euro 16,00

ISBN 979-12-5976-584-0

in copertina: Federico Guida, *Red Passion*, Milano, 2015/2016

4

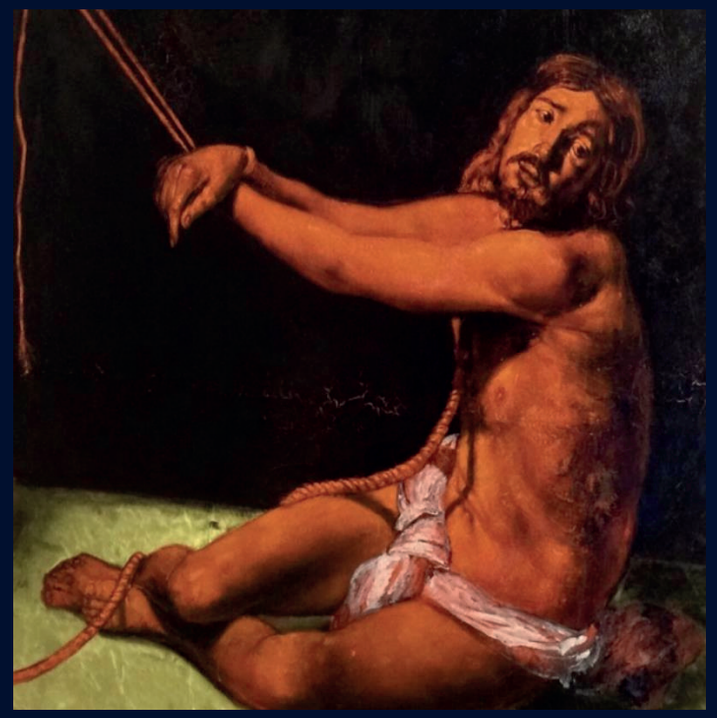
Massimo Giavazzi
LA GIUSTIZIA PROATTIVA

Collana CERIDAP
diretta da
Diana Urania Galetta

Massimo Giavazzi

LA GIUSTIZIA PROATTIVA

L'uso politico della giurisdizione



Editoriale Scientifica

collana
CERIDAP

diretta da
Diana Urania Galetta

In un contesto in cui l'evoluzione delle Amministrazioni Pubbliche muove costantemente dal dato giuridico, normativo e giurisprudenziale, che ne conforma ogni organizzazione ed attività, per districarsi in un sistema amministrativo complesso e pluriarticolato le Pubbliche Amministrazioni debbono necessariamente integrare ampie e diverse conoscenze, specifiche ed interdisciplinari, relative tanto all'organizzazione quanto all'esercizio delle proprie competenze, con l'obiettivo di realizzare un'azione amministrativa sempre più efficiente ed imparziale e di cogliere le esigenze della società e del sociale e le aspettative dei cittadini nei confronti dei soggetti pubblici nella comunità amministrata.
In tale prospettiva la collana CERIDAP – nata nel contesto delle attività dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano ed in stretto collegamento con CERIDAP Rivista (https://ceridap.eu) – intende ospitare approfondimenti su temi che riguardano tutti e tre i pilastri dell'amministrazione (organizzazione, attività e tutela giurisdizionale) e svolti in una prospettiva anche multidisciplinare. La collana CERIDAP si pone infatti come luogo di approfondimento e ricerca sui temi connessi al funzionamento della Pubblica Amministrazione, in una prospettiva di c.d. "buona amministrazione".

Comitato scientifico della Collana (in ordine alfabetico):
Proff. Margaret Allars, Barbara Boschetti, Gabriele Bottino, Patrick Birkinshaw, Maria Di Benedetto, David Capitant, Mario P. Chiti, Elena D'Orlando, Mercedes Fuertes, Eduardo Gamero Casado, Guido Greco, Herwig H.C. Hofmann, Roberta Lombardi, Andrea Maltoni, Luke Milligan, Oriol Mir Puigpelat, Nicoletta Rangone, Jens-Peter Schneider, Renata Spagnuolo Vigorita, Jacques Ziller.

I volumi devono essere inviati alla Redazione "CERIDAP".
Se il tema è di interesse per la stessa, il volume verrà sottoposto – dopo una previa delibazione da parte del Direttore e di uno o più componenti del Comitato scientifico – ad una procedura di doppia valutazione da parte di docenti autorevoli, esterni al Comitato scientifico della Collana, di cui verrà garantito l'anonimato.
La relativa documentazione verrà conservata dal Direttore della Collana.

MASSIMO GIAVAZZI

LA GIUSTIZIA PROATTIVA

L'uso politico della giurisdizione

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Editoriale Scientifica S.r.l. 2023
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-584-0

A chi mi vuole bene

datemi dunque un governo,
nel quale i magistrati possono arbitrare,
e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti,
il quale renderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto,
quanto il numero de' magistrati supera quello dell'unità
(Gaetano Filangieri)

INDICE

CAPITOLO PRIMO

L'USO POLITICO DELLA GIURISDIZIONE

1.1 La giurisprudenza orientata al futuro 11
1.2 Il diritto proattivo 13
1.3 L'approccio proattivo al diritto UE 16
1.4 La giustizia proattiva 18
1.5 Le cultura legale 22
1.6 L'interpretazione del diritto 25
1.7 La certezza del diritto 29
1.8 La nomofilachia 31
1.9 La funzionalizzazione della iniziativa processuale alla effettività del diritto oggettivo 32
1.10 Il ricorso di cassazione come veicolo dell'interesse pubblico 34
1.11 Il *prospective overruling* e la giustizia proattiva 37

CAPITOLO SECONDO

LE ORIGINI DEL *PROSPECTIVE OVERRULING*

2.1 Il diritto di formazione giudiziale 43
2.2 L'ingannevole prospettiva: il creazionismo giudiziario 53
2.3 Il *common law* nell'era della legislazione 62
2.4 Il dialogo evolutivo 65
2.5 L'uso proattivo della giurisdizione 71
2.6 La discrezionalità giudiziale 75
2.7 L'*overruling* 82
2.8 La dimensione morale della *rule of law* 89
2.9 L'*overruling* nella prospettiva della *rule of law* 92
2.10 Il problema della retroattività 94
2.11 Il *prospective overruling* nella prassi 100
2.12 Alcuni spunti di riflessione per una dogmatica del *prospective overruling* 115

CAPITOLO TERZO

L'*OVERRULING* NEL DIRITTO UE

3.1 Il problema della retroattività dell'*overruling* 131
3.2 La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 264, comma 2, TFUE 137
3.3 L'efficacia *erga omnes* delle sentenze dichiarative 139
3.4 La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estensibilità dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE 143
3.5 Il *prospective overruling* selettivo, nella variante europea 150
3.6 I presupposti della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza 153
3.7 La giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia 155
3.8 I residui margini di autonomia procedurale degli Stati membri, ovvero la competenza funzionale dei giudici nazionali 157
3.9 Alcune considerazioni di sintesi sulla tecnica del *prospective overruling* nel diritto UE 160

CAPITOLO QUARTO

L'ESPERIENZA ITALIANA

4.1 L'*overruling* nella giurisprudenza della Corte di cassazione 173
4.2 Il travisamento del modello originario 187
4.3 I dubbi nella dottrina 190
4.4 L'*overruling* sostanziale nella giurisprudenza della Corte di cassazione. 194
4.5 L'*overruling* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato 195
4.6 La violazione degli ambiti di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia 206
4.7 Alcune considerazioni di sintesi sulla tecnica del *prospective overruling* nel nostro ordinamento 212

CAPITOLO QUINTO

LA GIUSTIZIA PROATTIVA

5.1 Prolegomeni 221
5.2 *Actio finium regundorum* 224
5.3 La *pars construens* 226
5.4 La tecnica della giurisprudenza proattiva 229
5.5 Considerazioni conclusive 232

CAPITOLO PRIMO

L'USO POLITICO DELLA GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1.1. La giurisprudenza orientata al futuro. – 1.2. Il diritto proattivo. – 1.3. L'approccio proattivo al diritto UE. – 1.4. La giustizia proattiva. – 1.5. La cultura legale. – 1.6. L'interpretazione del diritto. – 1.7. La certezza del diritto. – 1.8. La nomofilachia. – 1.9. La funzionalizzazione della iniziativa processuale del singolo all'effettività del diritto oggettivo. – 1.10. Il ricorso di cassazione come veicolo dell'interesse pubblico. – 1.11. Il *prospective overruling* e la giustizia proattiva.

1.1. La giurisprudenza orientata al futuro

Quali nuove prospettive di indagine del c.d. diritto inclusivo, si è scritto di una giurisprudenza terapeutica (a migliorare gli effetti della giurisdizione sul benessere psicologico delle persone coinvolte), di una giurisprudenza ristorativa (volta a riconciliare i rapporti tra le parti in contenzioso), persino di una giurisprudenza risolutrice (secondo la logica «*problem solving*», a individuare soluzioni creative, attingendo alla realtà extralegale, per sfuggire alla stringente logica «*win-lose*»)[1].

Si è tentato, in altre parole, di assegnare alla giurisdizione funzioni aggiuntive rispetto a quella (tradizionale) di risolvere un contenzioso: di individuare chi tra i due litiganti abbia ragione e chi torto; a provare a perseguire una logica «*win-win*»: un ideale processo nel quale siano tutti – magari non in eguale misura – soddisfatti.

Valga un esempio (tratto dalla nostra prassi processuale) a dimostrare come si possa piegare, o perlomeno adattare, il processo alla logica «*win-win*»: il giudice può affermare la ragione di una delle parti e il torto dell'altra (com'è inevitabile nell'esercizio della giurisdizione) e, tuttavia, compensare le spese di lite, sottraendosi alla meccanica applicazione del principio di soccombenza, ancorché in questo modo ricusando il principio chiovendiano: «*Il processo per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale*»[2].

---

[1] S. DAICOFF, *The Comprehensive Law Movement: An Emerging Approach to Legal Problems,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 109.

[2] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1932, 41.

Una giurisdizione che lascia tutti insoddisfatti (una giustizia «*in guisa monca*»[3]) e, dunque, di converso, anche tutti parzialmente soddisfatti.

La logica «*win-win*», appunto.

Quanto, purtroppo, il nostro legislatore (insensibile alla soddisfazione dell'utente del sistema giustizia e, piuttosto, preoccupato di introdurre in ogni dove, e senza adeguata meditazione, strumenti deflattivi del contenzioso) ha ora reso difficilmente percorribile[4].

Ma non è ovunque così.

Altrove, negli ultimi anni, si sono sperimentati nuovi approcci giuridici orientati al futuro («*future-oriented*»): l'uso del diritto a prevenire i conflitti, piuttosto che a risolverli.

Si sono, quindi, aperte nuove prospettive di indagine: il diritto preventivo e (quale variante di esso) il diritto proattivo.

Tutto questo a realizzare una sorta di benessere legale («*legal health*»): applicare il diritto per migliorare la qualità delle relazioni intersoggettive, piuttosto che al fine di sanzionare la condotta del trasgressore della norma (talvolta incolpevole vittima dell'equivocità del suo precetto).

Questo è l'obiettivo del *prospective overruling*:

La tecnica processuale che consente al giudice di affermare il significato della legge seguendo inedite traiettorie interpretative («*overruling*»), al solo fine di guidare la futura condotta degli individui verso nuove regole di comportamento (la legge come innovativamente interpretata dal giudice muovendosi negli spazi interstiziali che la fattispecie normativa consente di riempire attingendo ai princìpi), senza, tuttavia, decidere il caso controverso facendo applicazione di quel nuovo paradigma normativo («*pure prospective overruling*»), o, perlomeno, rifiutando di estendere quella sua inedita affermazione giurisprudenziale ad altre vicende non ancora *sub iudice* («*selective prospective overruling*»)[5].

Questa tecnica (applicata per la prima volta dalla Corte Suprema statunitense negli anni '30 del secolo scorso per risolvere problemi intrinseci ai sistemi di *common law*[6]) è stata, da ultimo, accolta anche negli ordinamenti di

---

[3] In questo senso, Corte costituzionale, 19/12/1986, n. 303, ove si legge che «[dello] *accoglimento della domanda … è normale complemento la liquidazione delle spese e delle competenze, in difetto della quale il diritto di agire in giudizio, per antico insegnamento, sarebbe in guisa monca garantito*».

[4] M. GIAVAZZI, *La rilettura del principio di soccombenza nella logica dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 703 ss.

[5] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 128.

[6] Com'è noto, la tecnica consegue a un'originaria intuizione di B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921, che anni dopo egli stesso tradusse in una fondamentale affermazione giurisprudenziale nella celeberrima sentenza U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

giustizia continentale, sia da parte della Corte di giustizia[7], sia di tante giurisdizioni costituzionali[8], sia, infine, dai nostri giudici della nomofilachia civile[9] e amministrativa[10], talvolta con qualche invasione di campo persino delle giurisdizioni di merito[11].

1.2. Il diritto proattivo.

Il diritto proattivo è sicuramente una prospettiva nuova, ancorché trovi la sua più lontana origine in uno studio statunitense degli anni '50 di Brown[12], riconosciuto fondatore del diritto preventivo.

In uno dei suoi primi scritti in argomento[13], egli distinse l'approccio classico al diritto («*basato su fatti inalterabili, compiuti dalle parti, rievocato dai testimoni nelle aule dei tribunali e cristallizzati nei repertori di giurisprudenza*»[14]) e il nuovo metodo fondato, invece, sulla prospettiva del diritto preventivo (impostato sullo studio di vicende attuali, ancora modificabili nel loro presente divenire).

Egli differenziò, perciò, il diritto retrospettivo classico, attrezzato a indagare su vicende del passato («*cold facts*») coinvolte in un contenzioso dinanzi a un tribunale, dalla nuova prospettiva preventiva, invece, immaginata a gestire il presente («*hot facts*») nel suo continuo, inarrestabile e mutevole fluire, prima ancora che insorga un contenzioso.

Si deve, tuttavia, ai primi studi in Finlandia sul finire del secolo scorso[15]

---

[7] Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.

[8] Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10: «*la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*».

[9] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[10] Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.

[11] Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755.

[12] L.M. BROWN, *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business,* New York, 1950.

[13] L.M. BROWN, *The Law Office. A Preventive Law Laboratory*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1956, 940.

[14] Nell'originale si legge: «*The case method of instruction, in relying upon appellate reports of decided controversies, concentrates study upon unalterable historical facts – facts created by the parties, re-enacted as testimony in the trial court and solidified in the reporter's transcript*».

[15] R. SUSSKIND, The *Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*, Oxford, 1987, 292, sostiene al proposito che: «*legal systems of the information society will evolve rapidly under the considerable influence of ever more powerful information technologies … Legal risks will be managed in*

la più ampia affermazione anche in Europa del nuovo modello di diritto preventivo, nella sua declinazione – in parte innovativa[16] – del diritto proattivo[17]: il giurista non deve soltanto applicare le norme giuridiche a fatti accaduti nel passato; bensì deve usare la sua esperienza del passato per plasmare eventi del presente e pianificare una futura regola di condotta e migliorare così le relazioni intersoggettive[18].

La tecnica del *prospective overruling* (nella sua versione pura, a escludere che la sentenza abbia a produrre effetti retroattivi persino tra le parti del giudizio che ha provocato il sovvertimento della vecchia regola giurisprudenziale[19]) si giustifica proprio in questa logica di impiegare il processo per gestire nel futuro i nuovi rapporti sociali (e a migliorare il benessere legale) piuttosto che al fine di risolvere controversie su vicende del passato.

L'approccio proattivo al diritto analiticamente può scomporsi in sei azioni coordinate: (i) considerare che i problemi derivano dalla relazione di un soggetto con l'ambiente sociale; (ii) identificare i vari elementi dell'ambiente sociale che sono alla radice del problema; (iii) comprendere le relazioni (fisiologiche e patologiche) tra il soggetto e l'ambiente sociale; (iv) individuare l'importanza relativa di ciascun elemento nella genesi del problema; (v) immaginare le differenti possibilità di arrestare o rallentare l'interazione causale degli elementi del sistema da cui scaturisce il problema; (vi) assumere azioni positive volte ad aggiungere nuovi elementi o nuove interazioni al sistema, al fine di migliorarne le prestazioni e l'affidabilità[20].

Quanto consente ai giudici di concorrere alla trasformazione della società attraverso l'interpretazione evolutiva della legge, andando oltre il loro tradizionale ruolo di garanzia dello *status quo* attraverso la risoluzione di specifiche controversie, ma promuovendo (ovviamente non da soli, bensì gio-

---

advance of problems occurring so dispute pre-emption rather than dispute resolution will be the order of the day. Our law will thus become far more fully integrated with our domestic, social and business lives».

[16] H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 24, la quale sostiene che «*Preventive law and proactive law are very similar, although the primary target groups and the emphasis differ. While the primary target group of the preventive law message is lawyers – lawyers practicing preventive law – the proactive law message is targeted at both lawyers and clients, and the clients' buy-in is crucial*».

[17] G. BERGER-WALLISER, *The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Development of the Proactive Law Movement*, in AA.VV., *Proactive Law in a Business Environment,* Copenaghen, 2012.

[18] H. HAAPIO, op. cit., 84.

[19] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, cit., 128.

[20] T.D. BARTON, *Thinking Preventively and Proactively*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 23.

cando un ruolo di primo piano nell'interazione con gli altri attori della società) piuttosto il cambiamento dei princìpi sociali[21].

Com'è accaduto nella giurisprudenza della Corte Suprema con la storica sentenza *Brown v. Board of Education*[22], che ha abiurato la tradizionale dottrina «*Separate but Equal*», dando con ciò un fondamentale impulso alla trasformazione della società americana, che all'epoca era ben lungi dall'avere maturato una adeguata sensibilità rispetto al tema dei diritti civili.

Così che, «*in una prospettiva evolutiva, la dogmatica dei princìpi può anche collegare in modo proattivo la legge al cambiamento delle condizioni, degli interessi e della coscienza sociali. Sostenendo nuovi modi di concepire i princìpi, la dottrina può elaborare nuove idee, aspettative e bisogni emergenti dalla società. Ciò che consente di collegare l'ordinamento giuridico alle dinamiche sociali. A volte, l'elaborazione di princìpi può addirittura alimentare un costituzionalismo evolutivo. Di conseguenza, i princìpi possono sia formare le strutture del diritto vigente, sia contribuire alla loro trasformazione*»[23].

Quel distinguo (diritto preventivo/diritto proattivo) si suole rappresentare attraverso una metafora: il diritto preventivo persegue l'obiettivo di vaccinare le persone contro le malattie (problemi legali, controversie e conten-

---

[21] F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 23: «*Il moltiplicarsi delle visioni etiche, che frenano un legislatore opportunista e restio a misurarsi con decisioni critiche, il diffondersi delle "scelte tragiche" su aspetti essenziali della vita umana un tempo affidati alle leggi naturali ed un'evoluzione tecnologica troppo rapida per il legislatore ci consegnano dei giudici sempre più spesso destinatari di "deleghe" legislative, quindi sollecitati a ricercare quella massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti e conseguenti decisioni adottate – da giudici sia costituzionali che comuni – sulla base di princìpi e scarne indicazioni legislative*».

[22] U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), nella quale si legge: «*in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment*». La vecchia regola giurisprudenziale in *Plessy v. Ferguson,* 163 U.S. 537 (1896) si giustificava nell'opinione della maggioranza della Corte Suprema con le incredibili parole del giudice Brown: «*The object of the* [Fourteenth] *amendment was undoubtedly to enforce the equality of the two races before the law, but in the nature of things it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to endorse social, as distinguished from political, equality … If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane*» (il solo dissenziente fu il giudice Harlan, che ebbe il buon senso di affermare l'ovvia obiezione che: «*Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law*»). Quanto rende evidente l'enormità della svolta in *Brown v. Board of Education,* sia pure nell'affermazione di un principio di uguaglianza tutt'altro che rivoluzionario. E che, nondimeno, ancora fatica ad affermarsi nella società.

[23] A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlino, 2022, 84.

ziosi giudiziari); mentre il diritto proattivo è inteso, non solo a prevenire le malattie, ma anche a promuovere il benessere collettivo[24].

Fuor di metafora: il diritto preventivo enfatizza il ruolo del giurista nel prevenire il contenzioso e il rischio di causa; mentre il diritto proattivo pone al centro il soggetto che agisce e assume di conseguenza come obiettivo la diffusione della coscienza giuridica e della capacità dell'individuo di pianificare le proprie strategie nel rispetto della legge (benessere legale)[25].

Quanto corrisponde alla fondamentale funzione del diritto – secondo i princìpi della *rule of law* – di individuare una direzione («*guidance*»[26]); a evitare che la formazione della coscienza sociale si realizzi attraverso l'applicazione retrospettiva di regole di condotta imprevedibili al momento dell'azione, alla stregua del celebre aforisma di Bentham[27].

Tornando alla metafora, per fronteggiare la malaria, si può lavorare su tre livelli: (i) eliminare le zanzare che portano la malattia (primo livello); (ii) non potendo eliminare tutte le zanzare, si possono installare delle reti alle finestre (secondo livello); (iii) infine, non potendo comunque escludere in assoluto il contagio, si può curare la malattia perché non degeneri, somministrando al paziente il chinino (terzo livello)[28].

Fuor di metafora, entrambi i nuovi approcci al diritto («*future-oriented*») operano sui tre livelli della prevenzione del contenzioso: (i) evitare le cause del contenzioso (primo livello); (ii) evitare il contenzioso (secondo livello); (iii) evitare le perdite da contenzioso (terzo livello). Sennonché, si distinguono l'uno dall'altro perché il diritto proattivo opera principalmente sul primo livello, mentre il diritto preventivo è, invece, attivo soprattutto tra il secondo e il terzo livello[29].

1.3. L'approccio proattivo al diritto UE.

Nella valorizzazione degli studi finlandesi sul diritto proattivo, il Comita-

---

[24] H. HAAPIO, op. cit., 22 e 24

[25] H. HAAPIO, op. cit., 22.

[26] C. SAMPFORD, *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006, 56, sostiene che *«One of the leitmotifs of the rule of law is guidance»*.

[27] J. BENTHAM, *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, Londra, 1823; nell'originale si legge: «*It is the Judges that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything, you want to break him of, you wait till he does it, and then you beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the Judges make law for you and me*».

[28] H. HAAPIO, op. cit., 25.

[29] G. BERGER-WALLISER, op. cit., 27.

to economico e sociale europeo ha, di recente, elaborato un parere sul tema «*L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE*»[30].

Vi si legge: «*è il diritto, non la legislazione concepita dai giuristi, a rispecchiare la condotta che una data società accetta ed esige come condizione preliminare dell'ordine sociale; il diritto non è composto di concetti formali senza tempo e incisi nella pietra, ma di norme e princìpi – scritti e non scritti – che rispecchiano i legittimi interessi collettivi dei cittadini in un dato momento storico ... Da troppo tempo in ambito giuridico l'attenzione si concentra sul passato. Legislatori e magistrati agiscono in risposta a carenze, controversie, scadenze non rispettate e infrazioni, cercando di ovviare, di comporre e di rimediare. Le controversie, i procedimenti e i meccanismi volti a imporre il rispetto delle norme comportano un costo eccessivo, che non può essere misurato solo in termini pecuniari ... Il Comitato economico e sociale europeo (CESE) insiste quindi per un cambiamento di paradigma. È giunto il momento di abbandonare l'approccio reattivo al diritto, ormai vecchio di secoli, per passare a un approccio proattivo. È giunto il tempo di considerare il diritto in modo diverso: di guardare avanti e non più indietro, di concentrarsi sul modo in cui il diritto è utilizzato e opera nella vita quotidiana e sul modo in cui viene accolto nella comunità che aspira a disciplinare. Anche se reagire ai problemi e risolverli rimangono aspetti importanti, è vitale prevenirne le cause e insieme soddisfare i bisogni e agevolare l'interazione produttiva di cittadini e imprese*».

Ciò che segna il passaggio del diritto proattivo dalla teoria alla prassi, sia pure senza evidenti ricadute nell'operatività concreta delle istituzioni comunitarie.

Vi è, tuttavia, che – seppure non declamato in una affermazione di principio – l'approccio proattivo al diritto si è da tempo insinuato nelle tecniche della giurisdizione europea: com'è stato, indubbiamente, nell'estensione analogica della tecnica di modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento della Corte di giustizia (art. 264, paragrafo 2, TFUE) a impedire altresì, in taluni eccezionali vicende, la retroattività delle sentenze dichiarative nei rinvii pregiudiziali di interpretazione (art. 267 TFUE)[31].

Ad aprire, appunto, a una giustizia proattiva.

Quanto consegue inevitabilmente alla logica evolutiva che definisce il tratto genetico dell'ordinamento comunitario, com'è reso evidente dal preambolo del Trattato di Lisbona (gli Stati membri si dichiarano «*decisi a*

---

[30] Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «*L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE*» (2009/C175/05) in GUUE 28/7/2009.

[31] Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.

portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa») e dall'art. 1 TUE («*Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*»), e che lo caratterizza inevitabilmente come in costante evoluzione.

In questa nuova prospettiva, a volere assegnare ai giudici anche un ruolo attivo nelle dinamiche evolutive del diritto UE, diviene centrale l'affermazione contenuta nell'art. 2 TUE: «*L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*».

Quei valori, che in realtà si atteggiano a princìpi giuridici (giacché li si ritiene cogenti[32]), assegnano alle istituzioni comunitarie degli obiettivi, che inevitabilmente proiettano la giurisprudenza della Corte di giustizia verso il cambiamento, e la definiscono perciò nel ruolo di una giustizia proattiva.

1.4. La giustizia proattiva.

In effetti, il sintagma giustizia proattiva[33] appare un ossimoro.

Tuttavia, si può impiegare la giurisdizione (anche) a prevenire il contenzioso e a migliorare, dunque, le relazioni intersoggettive e il benessere legale.

Le traiettorie evolutive del diritto giurisprudenziale nel suo rapporto con le leggi scritte all'interno dei sistemi di *common law* dimostrano come la giurisprudenza possa svolgere un ruolo positivo nel miglioramento delle regole giuridiche (anche a smuovere l'eventuale inerzia del legislatore), là dove lo sviluppo tecnologico e il mutamento dei princìpi sociali rendano obsolete le norme esistenti[34].

Non sorprende, dunque, che il *prospective overruling* abbia avuto un primo riconoscimento costituzionale negli USA[35].

L'approccio proattivo al diritto s'interpone tra le due tradizionali rappresentazioni della norma: la «*lex lata*» (a individuare la legge com'è) e la «*lex*

---

[32] A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlino, 2022, 86.

[33] S. NYSTÉN-HAARALA, *Contract Law and Everyday Contracting, in Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 263, sostiene che «*Even judges can be proactive in their problem-solving work*».

[34] G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982.

[35] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

ferenda» (la legge come dovrebbe essere), intercalando tra i due originari criteri di apprezzamento del diritto la valutazione empirica di come la legge effettivamente agisce nella realtà sociale (la «*lex ponderanda*»)[36]: così da fare emergere dalla prassi nuovi obiettivi da perseguire per migliorare il benessere legale.

Di ciò si fa carico, inevitabilmente, il giudice[37].

Quanto induce a realizzare una *liaison dangereuse* tra la giurisdizione e la legislazione: la tentazione del giudice di farsi legislatore[38].

Per dirla con Grossi, «*L'interpretazione come intuizione, invenzione e quindi costruzione*»[39]. A indurre, dunque, il giudice verso la «*ars combinatoria*», nel distinguo leibniziano («*ars inveniendi*»/«*ars combinatoria*»), richiamato da Galgano a descrivere il vario atteggiamento del giudice rispetto all'interpretazione della norma[40]. A distinguere, dunque, la scoperta di qualcosa prima ignoto, sebbene già presente nell'ordinamento («*ars inveniendi*»), dall'invenzione di qualcosa che prima non esisteva nell'ordinamento, sulla base delle conoscenze acquisite («*ars combinatoria*»).

La tentazione, dunque, del giudice di farsi creatore della norma[41].

---

[36] P. SEIPEL, *Nordic School of Prospective Law Conference, June 2005, Closing Comments*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49*,* Stoccolma, 2006, 362.

[37] F. SAITTA, op. cit., 33: «*la consacrazione dei diritti fondamentali in disposizioni necessariamente generali e generiche implica inevitabilmente un certo grado di creatività giudiziale che deve essere accettato, rifuggendo da anacronistiche mitizzazioni del principio di separazione dei poteri*».

[38] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del "governo delle leggi" (Rule of Law)*, in *Dir. Amm.*, 2011, 38, scrive di «*un ordine od ordinamento globale (che sembra individuato proprio grazie al richiamo, comunque evocativo, al* ROL*) che adotta una versione piuttosto esile del principio di legalità, a tal punto esile da far pensare che anche in questa descrizione siano presenti elementi prescrittivi volti a supportare l'ideale, buono anche a fini domestici, (non tanto del governo delle leggi quanto) di un sistema fondato sul binomio principi-giudici*».

[39] P. GROSSI, *La Fantasia nel diritto,* in *Quad. fiorentini*, 1986, 589 ss.

[40] F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 84.

[41] Sui rischi di una simile prospettiva, si rinvia al recente scritto di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff, creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo,* Napoli, 2021, 82, che li rappresenta nel richiamo, appunto, all'avvertimento di Forsthoff: «*chi si affida oggi a contenuti sovrapositivi di questo tipo sigla una cambiale per il futuro, della quale non si conosce il presentatore – se sfortuna vorrà che essa sia presentata*» (F. FORSTHOFF, *Die Bindung an Gesetz und Recht (art. 20 Abs 3 GG)* , in *DöV*, 1959, 41). Quanto diviene di vivida evidenza nella retrospettiva di ciò che l'avversione al *Paragraph* (simbolo del positivismo giuridico, metaforicamente impiccato a una forca) provocò nel dodicennio nero nazista. Ciò che, tuttavia, non impedisce all'A. (con una, almeno apparente, contraddizione) di sollecitare il giudice all'approccio inventivo in senso ampliativo degli spazi di accesso al giudice. Quanto rende evidente come l'*ars combinatoria* – o perlomeno l'esercizio discrezionale dell'attività giurisdizionale – risponde indubbiamente a una insopprimibile esigenza.

Ciò che si è avvertito (e criticato) nell'uso (azzardato?) del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa[42].

Quell'accesso anticonvenzionale (ma non necessariamente creativo[43]) del giudice alla modulazione nel tempo degli effetti d'una sentenza – nella sua giustificazione pratica di riconnettere coscienza giuridica, legge e prassi –, bene potrebbe definirsi come un approccio proattivo al diritto da parte della giurisprudenza.

In breve: una giustizia proattiva.

Non vi è, tuttavia, in ciò alcun eccesso di potere giurisdizionale, perché – come già ebbe a sostenere Calamandrei – lo «*scopo di nomofilachia* [è] *niente affatto scopo giurisdizionale*»[44].

Sicché, probabilmente, bisogna affrontare la questione sotto altra prospettiva: la nomofilachia quale funzione di «*controllo sul funzionamento dello Stato*»[45]; il giudice della nomofilachia quale *trait d'union* tra il legislatore e la giurisdizione[46]. Com'era nelle originarie attribuzioni del *Tribunal de cassation* (l'antesignano della nostra Corte di cassazione), secondo le tesi illuministiche della Rivoluzione francese[47]. Quando si richiedeva, a risolvere un contrasto sull'interpretazione della legge dichiarato dal giudice della nomofilachia, l'intervento del legislatore con una sua interpretazione autentica («*référé obligatoire*»)[48].

Da qui (dalla storia dell'istituto[49]) l'evidenza che l'esatta interpretazione

---

[42] M.A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *www.federalismi.it*, 2021.

[43] Anche se così è stato pressoché unanimemente inteso (F. SAITTA, op. cit., 522).

[44] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, I, 1920, ora anche in Opere giuridiche, VI, Roma, 2019, 413.

[45] P. CALAMANDREI, op. e loc. cit.

[46] L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 2.

[47] C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?,* in *Riv. dir. proc.*, 2012, 568: «*La natura di questo Tribunal de Cassation doveva essere, nelle previsioni e nelle intenzioni del legislatore francese, essenzialmente politica: la sua originaria configurazione era quella di un organo ancillare del Parlamento; la sua funzione era di "sorvegliare il potere giudiziario", tutelando, cioè, le norme legislative, così come insindacabilmente dettate dal legislatore, da possibili applicazioni eversive ad opera dei giudici, considerati, per dirla con Rousseau, la più grave minaccia al mantenimento delle leggi*».

[48] P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 435.

[49] P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 413, a sostegno della sua teorica, riporta le discussioni dell'Assemblea costituente del 1789 sull'opinione che il *Tribunal de cassation*, nonostante il nome, non dovesse avere i requisiti di un organo giudiziario: «*la cassation n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif. C'est, par rapport à l'ordre judiciaire, un hors-d'œuvre, une espèce de commission extraordinaire du Corps législatif chargée de réprimer la rébellion contre*

della norma a garanzia dell'uniformità della giurisprudenza e dell'uguaglianza del diritto obiettivo inevitabilmente interferisce con l'esercizio della funzione legislativa, tanto da essere in origine riservata, appunto, al legislatore attraverso il «*référé obligatoire*»[50].

Com'è noto, il progressivo affinamento del ricorso per cassazione (per come si è evoluto dalla sua iniziale configurazione nel *Tribunal de cassation* di origine rivoluzionaria, da strumento legislativo di reazione all'eccesso di potere giurisdizionale a concreto esercizio dell'attività giurisdizionale) ha esteso il sindacato del giudice della nomofilachia dalle sentenze «*contra ius in thesi clarum*» (la «*contravention express eau texte de la loi*») anche a valutare gli errori giuridici *in hypotesi*, in questo modo spostando la nomofilachia dalla premessa maggiore (l'interpretazione della norma astratta) alla premessa minore (la sussunzione del caso concreto alla norma astratta) del sillogismo giudiziario[51].

Donde, si è inevitabilmente ottenebrata la linea di demarcazione tra la giurisdizione e la legislazione: giacché l'attività di *dicere ius* si sostituisce ora senza soluzione di continuità alla funzione legislativa nel suo rapporto con la prassi, in una reciproca contaminazione tra le spinte dal basso (il diritto com'è applicato) e le pressioni dall'alto (il diritto come dovrebbe essere).

In mezzo, astretto tra le due pulsioni (con i piedi piantati nella prassi e gli occhi levati verso la norma[52]), vi è il giudice che va alla ricerca del corretto significato da assegnare alla norma, in tal modo facendo sintesi tra la «*lex lata*» (la legge com'è) e la «*lex ponderanda*» (la legge come è applicata) spingendo – in via interpretativa – il sistema verso la «*lex ferenda*» (la legge come dovrebbe essere).

Così com'è nell'approccio proattivo al diritto, dove le tre prospettive si confondono e si contaminano tra loro[53].

L'evoluzione costituzionale del ricorso di cassazione ha senz'altro assegnato alla giurisdizione la funzione di nomofilachia, che originariamente era in-

---

la volonté générale de la loi» (M. Goupil de Préfeln); «*nous devons la considérer, non comme une partie de l'ordre judiciaire mais comme placée entre le législateur et la loi rendue, pour réparer les atteintes qu'on pourrait lui porter*» (M. de Robespierre).

[50] P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 435, sostiene al proposito che «*Anche da queste norme relative al référé obligatoire, appariva così sempre meglio definito nella sua posizione di organo extragiudiziario posto in mezzo tra il potere giudiziario e il potere legislativo*».

[51] P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 417 ss.

[52] M. HEIDEGGER, *Der Feldweg*, nella traduzione italiana, Il *sentiero di campagna*, Genova, 2002, 17, in ben altra prospettiva, scrive: «*crescere significa: aprirsi alla vastità del cielo e, al tempo stesso, affondare le radici nell'oscurità della terra*».

[53] P. SEIPEL, op. cit., 362.

vece una competenza del legislatore; quanto, tuttavia, non ne ha mutato l'originale suo scopo (di protezione della legge dalle interpretazioni giurisprudenziali *contra legem*). In questo modo, tuttavia, si è trascinato verso il fatto (lo «*ius litigatoris*») l'individuazione del corretto significato che l'ordinamento intende attribuire alla norma (lo «*ius constitutionis*»[54]). Questo a consentire alla prassi (la legge com'è in concreto applicata) e alla coscienza giuridica (la legge com'è conosciuta e accettata in un certo ambiente sociale) di concorrere all'interpretazione (ma non all'invenzione) della norma[55], favorendo il miglioramento del precetto e conseguentemente delle relazioni intersoggettive (il benessere legale), attraverso la diffusione della cultura legale.

Ciò che – come si è scritto – consegue all'approccio proattivo al diritto.

1.5. La cultura legale.

Il diritto proattivo e il diritto preventivo, quantunque differenti, muovono tuttavia da un comune principio fondante: la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni (la consapevolezza giuridica che una determinata scelta può comportare l'insorgenza, a posteriori, di un problema legale).

Il fondamento del diritto orientato al futuro si definisce, infatti, attraverso il binomio «*prevedibilità e previdenza*»[56].

---

[54] M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1990, 64 ss., avverte come artificiosa e potenzialmente fuorviante la distinzione.

[55] M. FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giust. e Cost.*, 1986, 41, sul rilievo che «*il bene supremo della giustizia non è ... una staticità e uniformità di giurisprudenza ... ma è, al contrario, una disponibilità all'intendere il nuovo e ad interpretare il pluralismo, e quindi ad un confronto continuo di posizioni*», ha perciò teorizzato una nuova dimensione della nomofilachia: «*il processo di° interpretazione non può più concepirsi come proveniente (solo) dall'alto verso il basso, ma anche dal basso verso l'alto* [dinanzi al giudice del merito, dove] *si formano le prime decisioni sulle nuove leggi o sulle pressioni che le mutate realtà sociali esercitano rispetto all'interpretazione delle vecchie leggi*». Di contro, V. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, 419, critica questo approccio, perché «*Non si tratta, quindi, di intendere diversamente la funzione di nomofilachia, come propone Franceschelli, bensì di cancellarla, puramente e semplicemente, dal nostro ordinamento ... teorizzando una nomofilachia "dal basso verso l'alto", che non ha alcun fondamento positivo*». Tuttavia, anche a escludere che ciò induca a una visione «*dialettica*» e «*collettiva*» della nomofilachia (nel senso che «*La Cassazione, quindi, conserverebbe il compito di concorrere a formare la "esatta" interpretazione della legge, mentre le verrebbe meno quella di assicurarne la "uniforme" interpretazione*»), è difficile negare, alla luce del diritto vivente, che «*la "mobilità" della giurisprudenza* [sia] *un fatto fisiologico, coerente col "pluralismo" dell'attuale sistema sociale*» (ivi, 417). Quanto induce, inevitabilmente, all'instabilità del precedente.

[56] L.M. BROWN, *The Law Office*, cit., 941 e 942.

Quanto (la prevedibilità in funzione della previdenza) può definirsi cultura legale.

Beninteso, non già nel senso filosofico con cui Schmitt intende il termine cultura, nel suo riferimento al giurista colto contemporaneo («*empirische Typus des modernen rechts gelehrten Juristen*»[57]), quale ipostasi della prassi giuridica che attinge alla cultura («*Volksgeist*») per pronunciare la sentenza giusta in antitesi al diritto positivo[58].

Nel diritto proattivo, la cultura non è intesa a consentire al giudice di pronunciare la sentenza oltre la legge (ma all'interno del diritto) attingendo a canoni extralegali. Più semplicemente, nel diritto proattivo la cultura serve a definire la coscienza legale di un gruppo sociale: la capacità di un gruppo di individui di comprendere il significato di una legge (prevedibilità), al fine di organizzare le loro relazioni intersoggettive per adattarle alla norma, così da evitare l'insorgenza di contenziosi (previdenza).

Donde, la cultura legale è il grado di effettività di una norma di diritto positivo.

Il diritto proattivo non è, quindi, creazionismo giudiziario[59].

In esso, la cultura è, piuttosto, intesa quale tratto tangibile (la prassi applicativa extragiudiziaria*)* del diritto positivo.

Tutto l'opposto di come è intesa nella teorica di Schmitt e – nel riferimento di essa a canoni extralegali – dai propugnatori delle dottrine antipositiviste[60].

Indubbiamente, vi è un rapporto di diretta dipendenza tra la prevedibilità e la proattività: «*la prevedibilità dovrebbe, in larga misura, essere vista come una precondizione della proattività, e la proattività dovrebbe essere considerata come l'obiettivo finale della prevedibilità*»[61].

Quanto richiede, anzitutto, la conoscenza (e quindi anche la conoscibilità) della disciplina legale di una determinata attività.

---

[57] C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem des Rechtspraxis*, Berlino, 1912.

[58] P.L. PORTALURI, op. cit., 36.

[59] L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018, 22, lo descrive come «*potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e perfino contro la legge*».

[60] A riassumere il contrasto tra positivisti e antipositivisti, si rinvia a N. IRTI, *I "cancelli delle parole". Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, 25, che si assume la difesa di una «*sobria, direi francescana, cultura della positività normativa*», e a P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole* (Annuario AIPDA 2014), Napoli, 2015, 26, che invece sostiene che «*il pluralismo giuridico ... detronizzando la legge ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, frantumandolo e togliendogli pregnanza; a tal punto da rendere la sua intestazione lessicale unicamente una reliquia storica*».

[61] D.W. SCHARTUM, *Introduction to a Government-based Perspective on Proactive Law,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49*,* Stoccolma, 2006, 48.

Ma ciò non è sufficiente.

La cultura è prevedibilità e previdenza.

Dunque, non solo la conoscenza del precetto legislativo; ma altresì l'idoneità della norma a dirigere le scelte del soggetto in una logica di previdenza (a evitare l'insorgenza di situazioni di contenzioso).

Il centro di gravità del diritto proattivo è, dunque, la cultura legale di un determinato ambiente sociale.

Ciò consegue al fatto che l'approccio proattivo al diritto pone al centro la prevedibilità di quello che le persone faranno (piuttosto che la previsione degli esiti di un contenzioso – ciò che i tribunali decideranno –, com'è nell'approccio classico).

Quindi, a realizzare una situazione di benessere legale (nella quale il contenzioso è ridotto ai minimi termini e le relazioni sociali non sono conflittuali) concorrono: le norme, i fatti e la cultura.

Quest'ultima (la cultura) in misura preponderante.

Si possono fare buone norme, è necessario eliminare le situazioni di fatto che ostacolano l'applicazione delle norme, ma soprattutto si devono assumere le norme all'interno della coscienza sociale.

Si è, infatti, sostenuto che quando la cultura e la legge confliggono è sempre la cultura a prevalere[62].

A spiegare l'assunto si è impiegata un'utile esemplificazione tratta dall'esperienza concreta.

In una fabbrica di manufatti in metallo, a evitare infortuni sul lavoro si è, in un primo momento, introdotta la regola che l'operatore dovesse inserire il pezzo da lavorare sotto la pressa utilizzando entrambe le mani. Dipoi, si è rimediato all'inefficacia della regola (disattesa dagli operai per velocizzare la manovra) introducendo un meccanismo di azionamento della pressa comandato da due pulsanti sui due lati opposti della macchina utensile (così da evitare che l'operaio potesse al contempo, con una mano, azionare la pressa e, con l'altra, manovrare il manufatto da lavorare). Quanto corrisponde all'approccio proattivo (aggiungere nuovi elementi o nuove interazioni al sistema, al fine di migliorarne le prestazioni e l'affidabilità). Tuttavia, modificare le regole e introdurre nuove circostanze di fatto nella organizzazione del lavoro non fu sufficiente a eliminare gli infortuni. Gli operai si industriarono per aggirare le regole e superare gli impedimenti fattuali, fissando in modo permanente uno dei due pulsanti con il nastro adesivo, così da manovrare contemporaneamente con una mano la pressa e con

---

[62] E.A. DAWER, *The Role of Culture in Legal Risk Management,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 95.

l'altra il pezzo da lavorare (ciò che le norme di prevenzione degli infortuni volevano, appunto, evitare)[63].

Questo esempio pratico dimostra il ruolo fondamentale della cultura (l'assimilazione della regola nella coscienza sociale) a realizzare la condizione di benessere legale[64].

Ciò, ovviamente, nell'approccio proattivo al diritto.

Quanto a significare, dunque, non già la (inammissibile) prevalenza della prassi sulla norma; bensì ad affermare che la norma fallisce il suo fondamentale obiettivo di essere proattiva (potendo essere eventualmente solo rimediale), se non appartiene alla coscienza giuridica di un determinato ambiente sociale.

Donde, la necessità (nel diritto proattivo) di connettere la legge alla prassi, attraverso la prevedibilità dell'interpretazione del diritto.

1.6. L'interpretazione del diritto.

La coscienza giuridica consegue, anzitutto, dalla chiarezza del precetto legislativo (la norma non deve essere di equivoco significato[65]).

In una situazione irreale di una norma suscettibile solo di una meccanica interpretazione (il giudice «*bouche de la loi*» dell'illuminismo giuridico[66]), questo sarebbe sufficiente.

Ma, nella realtà di una legislazione irrimediabilmente di equivoco signifi-

---

[63] L'esemplificazione è tratta da E.A. DAWER, op. cit., 96.

[64] È interessante notare che G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziario in Italia*, in *Quad. Foro it.*, 1966, 20, già all'epoca affermava che «*lo stare decisis, armonizzato con l'esigenza del moto o sviluppo del diritto, rappresenti un rimedio contro il malanno della litigiosità, che è malanno sociale, ma che affligge anche direttamente l'amministrazione della giustizia, concorrendo a creare il ben noto sovraccarico di lavoro per i giudici*». Con il che (nel riferimento al «*malanno sociale*» che la certezza del diritto intende prevenire) intuiva la nuova prospettiva del diritto proattivo (che troverà una prima elaborazione dogmatica solo sul finire del secolo scorso) e la problematica della sua interferenza con l'interpretazione evolutiva del diritto da parte dei giudici.

[65] D.W. SCHARTUM, op. cit., 40, ove si legge: «*The general point is that the absence of vague and discretionary concepts generally prepares the ground for predictability and hence proactivity*».

[66] P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, 2007, 23 ss.: «*Al giudice, bouche de la loi, sarebbe spettato un ruolo di mera applicazione sillogistica della norma al caso concreto. Nel caso fossero sorti dubbi interpretativi, o si fosse presentata una lacuna nell'ordinamento, il giudice – per evitare di svolgere funzioni normative – avrebbe dovuto sospendere il giudizio e rivolgersi al legislatore per ottenere una legge interpretativa*».

cato (e per certi versi anche necessariamente[67] non prevedibile), assume un ruolo predominante l'interpretazione del diritto[68]: i precetti normativi sono affidati sempre più frequentemente a concetti giuridici indeterminati, che assolvono all'indispensabile funzione omeostatica di un ordinamento[69].

Ciò che è inevitabile e, per di più, corrisponde proprio all'approccio proattivo al diritto; giacché la legge, in questa prospettiva, non è intesa come la rappresentazione statica di una realtà devitalizzata («*frozen politics*»), bensì è un continuo processo di apprendimento («*law as an enabler*»), dove le sollecitazioni che provengono dall'esterno dell'ambiente giuridico consentono di individuare nuovi obiettivi da perseguire[70] (e, infatti, nei concetti giuridici indeterminati la sussunzione opera alla rovescia: è il fatto concreto a definire la norma astratta di vago significato[71]).

In questa nuova prospettiva, la legge dunque interagisce con la realtà in un rapporto circolare; la norma non si impone autoritativamente, ma rappresenta un comune sentire («*thinking together*»).

Solo in questo modo si costruisce il benessere legale.

L'applicazione giurisdizionale della norma (il contatto con la realtà) non è

---

[67] D.W. SCHARTUM, op. cit., 42, ammette che: «*Governments' objective of creating predictability may encourage the drafting of detailed, coherent and explicit clarification of the legal norms ... However, the lack of legislative responsiveness must be regarded as a problem for a proactive law approach. This remind us that a proactive law approach is not only about businesses' ability to follow rules and make the best use of existing regulations. Proactivity may also encompass how to avoid being bound by rules that fail to provide a fruitful and appropriate response to business' needs*».

[68] S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1989, 124: «*in maniera del tutto indipendente dalle somme opzioni teoriche cui si ritenga di dover aderire, e, quindi, anche dal punto di vista del positivista più ostinato, una certa funzione creativa va riconosciuta alla giurisprudenza, in relazione ad una certa qualità che le regole del diritto scritto talvolta assumono e sempre più spesso, secondo taluni punti di vista, dovrebbero assumere nel governo della società complessa*».

[69] S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 103.

[70] A. TORRENTE, Il *giudice e il diritto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1962, 1261, nella sua privilegiata prospettiva di giudice della Corte di cassazione, già allora si interrogava sul delicato rapporto tra la certezza del diritto e l'inevitabilità del progresso del diritto: «*Resta però sempre il punto cruciale: quando il giudice deve attenersi strettamente alla norma o al precedente? quando, invece, aprire la finestra (e fino a che punto aprirla) all'aria fresca e vivificante della realtà, sconvolgendo peraltro la certezza acquisita?*». Avverte, però, G. GORLA, Raccolta, cit., 1966, 19, che «*L'esigenza del moto, dello sviluppo o progresso del diritto, non è soddisfatta dal semplice "andare in diverso avviso", magari sotto pretesto che l'unica autorità è quella della legge scritta: questo mero "andare in diverso avviso"non è moto, ma incomposto "andare"…* ». Donde, la necessità che il giudice motivi il suo recesso dal precedente, a individuare la direzione di quel moto, altrimenti imperscrutabile.

[71] G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure praes.*, 1989, 446.

dunque il fine, bensì è uno strumento: serve a sperimentare le conseguenze della legge, con l'obiettivo di provocarne il suo perfezionamento. Quanto induce a nuove applicazioni, successive sperimentazioni e ulteriori miglioramenti della norma. In un rapporto, appunto, circolare: *top-down* (dal legislatore al mondo reale) e *botton-up* (dal mondo reale al legislatore)[72].

Esemplare di ciò è il formante della giurisprudenza comunitaria sui princìpi *Rewe*[73] di equivalenza e di effettività a indurre continui perfezionamenti degli istituti processuali nazionali in termini di effettività delle norme UE (*effet utile*) e della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive definite dalle norme comunitarie[74].

Com'è stato (ne è la didascalica rappresentazione) per la tutela cautelare nel processo amministrativo.

Inizialmente intesa solo a sospendere gli effetti dei provvedimenti impugnati (c.d. sospensiva)[75], poi estesa dalla giurisprudenza a consentire altresì provvedimenti atipici anche di carattere propulsivo (a protezione degli interessi legittimi pretensivi), determinando la successiva modifica legislativa introdotta dall'art. 3 della legge n. 205/2000, ad ammettere le «*misure cautelari ... che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*». Inizialmente attivabile solo nel corso del processo (dapprima nel contraddittorio tra le parti e successivamente anche con provvedimento *inaudita altera parte*), poi estesa – in applicazione dei princìpi UE[76] – anche a provvedimenti *ante causam*, attraverso una prassi giurisprudenziale che troverà infine conferma positiva nell'art. 61 c.p.a.

Tutto questo, in un continuo andirivieni tra definizione astratta del modello (legge) e sperimentazione concreta dell'istituto processuale (giurisprudenza), nella loro ininterrotta interazione, utile a realizzare un soddisfacente sistema di tutela cautelare, a partire da una originaria previsione

---

[72] S. POHJONEN, *Proactive Law in the Field of Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, 2006, 62.

[73] Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

[74] M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull'autonomia processuale degli Stati dell'UE),* Napoli, 2021.

[75] L'art. 39 r.d. 26/6/1924 n. 1054 disponeva, infatti, che «*I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la esecuzione dell'atto può essere sospesa per gravi ragioni con decreto motivato della sezione sopra istanza del ricorrente*». Così già disponeva, peraltro, l'art. 12 della legge 31/3/1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Analogamente, l'art. 21 della legge TAR statuiva che «*Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio*».

[76] Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, *DAC*.

legislativa, senz'altro inappagante in termini di effettività della tutela giurisdizionale[77].

Ciò che potrebbe definirsi come la funzione formativa della giurisprudenza, in chiave, appunto, proattiva.

In questo modo, la trasformazione del diritto «*segue una prospettiva evolutiva, eppure produce discontinuità, momenti di rottura e radicali trasformazioni … da un lato, il diritto è trasformato dal complesso delle forze della società (genitivo oggettivo) dall'altro, la legge può provocare il cambiamento sociale (genitivo soggettivo)*»[78].

Questa è anche la dinamica evolutiva del *common law*, in un continuo rapporto costruttivo tra legislatore e giurisprudenza, nel tentativo di tenere in equilibrio la definizione astratta di una fattispecie normativa con i princìpi sociali in perenne trasformazione, così da consentire la continuità nel cambiamento («*continuity and change*»)[79].

E, com'è noto, proprio l'utilizzo della giurisprudenza ad assolvere a una funzione «*quasi-legislative*» ha fatto emergere il problema della retroattività dell'*overruling* nei sistemi di *common law*.

Ciò che si è voluto neutralizzare attraverso la tecnica del *prospective overruling*.

La convergenza dei due modelli evolutivi consente, dunque, di accomunare il diritto continentale al *common law* nell'esigenza di consentire il cambiamento della norma su impulso della giurisprudenza[80] con la tutela delle

---

[77] A. DE ROBERTO, *Premessa,* in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, XV.

[78] A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlino, 2022, 11 e 12.

[79] G. CALABRESI, op. cit.

[80] S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1989, 118 ss., condivide l'astratta affermazione della dogmatica positivista che «*le istituzioni giudiziarie non possano porsi come gli agenti del cambiamento, appartenendo il monopolio di esso alle istituzioni che sono il luogo di residenza della sovranità popolare, cui spetta il compito di adeguare le regole giuridiche alle esigenze sociali, che via via storicamente si determinano*», e tuttavia ritiene che attraverso i contrasti di giurisprudenza «*si invera la dialettica dell'evoluzione e del moto e, nello stesso tempo, non ne rimane conculcata, ma, al contrario, ne risulta confermata e, anzi, rafforzata, la funzione di nomofilachia, a patto di concepire la norma giuridica non come un precetto il cui significato sia ineluttabilmente fissato una volta per sempre, ma come un organismo vivente capace di evolversi in sintonia con i cambiamenti dell'ambiente in cui vive. Si tratta, naturalmente, dei contrasti diacronici che si collocano lungo l'asse del divenire temporale, venendo a costituire la storia della giurisprudenza come parte (piccola) della più generale storia della società umana. Quei contrasti la cui legittimità, o meglio, imprescindibilità è riconosciuta o addirittura sanzionata anche negli ordinamenti dove il precedente è dotato di autorità vincolante. È solo in questo contesto … che le ragioni della stabilità, se non la si vuole meccanicamente concepire come rigida e inalterabile fissità, possono trovarsi a dover cedere le armi alle ragioni del cambiamento, senza per questo negare sé stesse, ma, anzi, riaffermandosi ad un superiore livello di sintesi storica*». Analogamente

legittime aspettative di chi ha agito nel rispetto della vecchia norma (della norma come precedentemente interpretata)[81]: quanto induce, senz'altro, a fare emergere il problema della retroattività e, probabilmente, consente altresì di importare il meccanismo del *prospective overruling* negli ordinamenti di *civil law*.

1.7. La certezza del diritto.

È oggi a tutti evidente quanto mai lontano dalla verità fosse Filangieri nella sua stentorea affermazione: «*datemi dunque un governo, nel quale i magistrati possono arbitrare, e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti, il quale renderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto, quanto il numero de' magistrati supera quello dell'unità*»[82].

Egli stesso, del resto, ebbe poi a pentirsene[83].

La discrezionalità dell'interpretazione (ma persino la discrezionalità del canone ermeneutico) è connaturale alla legge[84].

La conoscenza del precetto normativo (la coscienza giuridica che condiziona l'approccio proattivo al diritto) dipende, inevitabilmente, dalla prevedibilità della sua interpretazione giurisprudenziale.

G. GORLA, *Raccolta*, cit., 1966, 16, sostiene che il principio di certezza che induce al rispetto del precedente deve essere armonizzato con «*una certa libertà di interpretazione in ogni giudice o collegio giudicante, e così con l'esigenza dello sviluppo o progresso e moto del diritto nel detto momento interpretativo*». Altrimenti, «*il diritto resterebbe in gran parte cristallizzato e immobile... salvo un continuo intervento, provocato o spontaneo, del legislatore; il che è appunto ciò che si presuppone mancante o non desiderabile, o contrastante con il principio della divisione dei poteri*» (G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi"*, in *Foro it.,* 1976, V, 136).

[81] G. GORLA, *Les sections réunies de la Cour de cassation en droit italien: comparaison avec le droit français*, in *Foro it.* 1976, V, 119: «*il faut noter que les principes de la certitude du droit et de l'égalité de traitement des citoyens devant la loi, qui sont respectés par l'uniformité de son interprétation, ces principes doivent être harmonisés ou accordés avec celui du changement de l'interprétation … C'est là une exigence de changement, de développement et de progrès du droit au moment de son interprétation: autrement des erreurs graves et préjudiciables se perpétueraient et on arriverait à l'immobilisme*». È, dunque, un problema di «*prudentia iuris*» o di «*iuris-prudentia*» (ivi, 120). Invero, vi è un «*dovere funzionale, e quindi giuridico, e non meramente morale, della Corte di cassazione e dei giudici di merito di non staccarsi dai precedenti della corte stessa se non per ragioni gravi o congrue a giustificare il sacrificio dei cennati princìpi della certezza del diritto e dell'uguaglianza, con il congiunto dovere di motivare tale distacco mediante l'allegazione di quelle ragioni*» (G. GORLA, *Postilla*, cit., 136).

[82] G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774.

[83] P. ALVAZZI DEL FRATE, op. cit., 23 ss.

[84] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, 1991, 73 ss.

Ciò che attinge a piene mani al principio di certezza del diritto (si possono plasmare preventivamente i fatti del presente, solo se si possono predire con una ragionevole certezza le conseguenze pratiche e legali del loro adattamento alla previsione legale[85]).

Quanto trova conferma in un recente documento della amministrazione della giustizia inglese intitolato «*La prospettiva del sistema di giustizia civile nell'era dell'informazione*», ove si legge: «*Dovremmo volere più di un sistema giudiziario efficiente, semmai un sistema integrato di giustizia civile all'interno del quale il ricorso ai tribunali sia residuale ... e quindi dovremmo senz'altro preoccuparci che i cittadini ... abbiano un sufficiente grado di conoscenza delle leggi, al fine di sapere se esse li riguardano, di conoscere adeguatamente i loro diritti e di evitare se possibile le controversie o comunque di risolverle secondo le tecniche più appropriate*»[86].

Ciò che corrisponde, indubbiamente, al paradigma del diritto proattivo (la divulgazione della cultura giuridica per la realizzazione del benessere legale).

Si è, dunque, affermato che l'approccio proattivo al diritto esige, anzitutto, la certezza del diritto[87]: solo la conoscibilità preventiva della norma consente la formazione di una cultura giuridica idonea a promuovere il c.d. benessere legale, evitando l'insorgenza di controversie, o consentendo, perlomeno, di gestirle con modelli alternativi al contenzioso giudiziario.

Quanto induce, in primo luogo, a influire sulla produzione normativa (un precetto normativo è tanto più accettabile e cogente, ossia suscettibile di applicazione coattiva, tanto più esso è comprensibile e accessibile[88]).

Eppure, nella constatazione empirica dell'impossibilità concreta di avere una legislazione proattiva, un ruolo di primo piano in questa prospettiva assume, senz'altro, l'interpretazione della norma, quando non funzionale (o, comunque, non funzionale soltanto) alla soluzione di controversie insorte nel passato, bensì (altresì) utile a schiarire il significato di una norma di equivoco significato, per uniformare la sua applicazione concreta nel futuro, a evitare l'insorgenza di contenziosi e a conformare *ex ante* le relazioni sociali alla legge[89].

---

[85] L.M. BROWN, *The Law Office*, cit., 945.

[86] *Civil.justice.2000 – A Vision of the Civil Justice System in the Information Age 2000*, riportato in H. HAAPIO, op. cit., 27.

[87] H. HAAPIO, op. e loc. cit.

[88] Il CESE nel suo parere in merito a «*L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE*» (2009/C175/05) in GUUE 28/7/2009, afferma che la «*produzione normativa deve essere: comprensibile, accessibile, accettabile e cogente*».

[89] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 11 e 12: «*Ciò che conta e discrimina è invece lo scopo, o la "direzione", del controllo di legittimità. Può darsi infatti che esso muova dalla decisione sul singolo caso per verificarne la legittimità ma considerandolo – per così dire – "un caso paradigmatico". In questa situazione*

Questo coinvolge la funzione di nomofilachia.

1.8. La nomofilachia.

Come si è visto, la certezza del diritto è l'indispensabile presupposto dell'approccio proattivo al diritto.

Fondamentale ai fini che qui interessano (la funzionalizzazione della nomofilachia alla giustizia proattiva) è l'osservazione che il contenzioso giudiziario – quantunque abbia prevalentemente a oggetto fatti immodificabili del passato[90] – non è solo retrospettivo, bensì è anche prospettivo.

Invero, perfino una controversia su fatti del passato coinvolge altresì, in molti casi, anche vicende del presente ancora suscettibili di essere adattate alla legge per il futuro[91]. Così che la soluzione di un conflitto su vicende del passato (si immagini l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo) è, tuttavia, suscettibile altresì di influire sul presente adattandolo alla legge per il futuro (i ben noti effetti conformativi del giudicato di annullamento sull'azione della P.A.).

Ciò che apre alla prospettiva di funzionalizzare la tutela giurisdizionale a finalità proattive.

Quello che si vuole, qui, indagare è, dunque, se il processo tradizionalmente codificato per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive (approccio reattivo) possa essere eventualmente funzionalizzato anche alla tutela del diritto oggettivo (l'effettività della norma) secondo le ben sperimentate coordinate dell'*effet utile* delle norme comunitarie (anche al di là dello stretto perimetro delle interazioni con il diritto UE), indirizzando il processo al perseguimento del c.d. benessere legale.

---

l'interpretazione della norma effettuata in occasione di quel caso particolare è rivolta prevalentemente al futuro, ossia ai futuri casi identici o analoghi e il suo scopo principale consiste allora nello stabilire un criterio valido per la decisione di questi casi futuri, Si può dire allora che la funzione della Cassazione è orientata verso la creazione di precedenti diretti ad influenzare la giurisprudenza successiva (dei giudici di merito ma anche della stessa Cassazione). Può darsi invece che il controllo verta soltanto sulla legalità della specifica decisione impugnata. In questa situazione il caso paradigmatico non è paradigma di nulla e – per così dire – rappresenta solo se stesso. Il giudizio di legittimità effettuato dalla Cassazione si volge allora solo al passato, poiché interessa solo la fattispecie che si è già verificata ed è stata decisa da altri giudici, ed è finalizzato a scoprire ed eliminare gli errori eventualmente commessi da costoro nell'applicazione di una norma al caso concreto».

[90] Non è così nelle azioni di accertamento, che consentono invece di condurre il giudizio su fatti del presente («*Hot facts*») che ancora possono essere modellati alla legge, prima di divenire fatti irretrattabili del passato («*Cold facts*»), suscettibili solo di essere giudicati in una prospettiva reattiva.

[91] L.M. BROWN, *The Law Office*, cit., 946.

Un diverso approccio, dunque, secondo la logica della giustizia proattiva.

Non vi è dubbio, invero, che la prevedibilità (della interpretazione giudiziaria) della legge sia l'indispensabile presupposto dell'effettività della norma[92].

Ciò che consente, probabilmente, di assumere un differente atteggiamento (non necessariamente critico) sull'utilizzo della tecnica del *prospective overruling*, ogniqualvolta sia opportuno proiettare nel futuro gli effetti di sentenze che abbiano a realizzare un repentino cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza consolidata; a evitare che siano tradite le legittime aspettative di chi avesse fatto affidamento sulla prevedibilità della norma – per come tradizionalmente intesa – e si fosse, prudentemente, organizzato per adeguare la propria condotta alla legge, così come gli era stata chiarita dall'interpretazione consolidata, secondo l'approccio proattivo al diritto definito dal connubio di prevedibilità e previdenza.

Questo a condizione di valorizzare le caratteristiche originali della nomofilachia: «*il fenomeno di un organo che pur appartenendo all'ordinamento giudiziario e pur funzionando, di fronte ai litiganti, come un vero e proprio organo giurisdizionale, non trova nella giurisdizione la ragione della sua esistenza, poiché, attraverso la giurisdizione, mira al raggiungimento di uno scopo non giurisdizionale*»[93].

1.9. La funzionalizzazione della iniziativa processuale del singolo all'effettività del diritto oggettivo.

Com'era già evidente nel *Tribunal de cassation* di origine rivoluzionaria, «*il giudicare, l'esercitare, sia pure parzialmente, la giurisdizione, costituiva per la Cassazione solamente un mezzo: il fine era per essa la possibilità di mantenere, attraverso gli atti di giurisdizione, la uniformità della giurisprudenza*»[94].

Quanto trova nell'attualità singolare consonanza con l'insegnamento della Corte di giustizia nella celeberrima sentenza *Van Gend & Loos*[95], nella quale si riconosce che «*La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli* [258 e 259 TFUE] *affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri*»[96].

---

[92] D.W. SCHARTUM, op. cit., 40, sostiene che: «*The ability to create a predictable legal situation is an important success criterion for effective legislation*».

[93] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., VI, 696.

[94] P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 495.

[95] Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

[96] Quanto, del resto, corrisponde a una risalente dogmatica; R. JHERING, *Der Kampf ums Re-*

La necessità di funzionalizzare l'iniziativa processuale del singolo alla tutela della legalità obiettiva era già avvertita nel diritto germanico medievale, che prevedeva infatti uno strumento processuale analogo (la *Revision*), al proposito del quale si riteneva che «*la realizzazione del pubblico interesse è affidata alle parti in causa e soltanto ad esse: l'interesse privato è posto al servizio dell'interesse pubblico*»[97], e che si riverberò anche nei risalenti istituti della *proposition d'erreur* e della *requête civile* nella Francia dell'*ancien régime*, con riferimento ai quali si è osservato che «*In questo modo il sovrano, impossibilitato ad esercitare un diretto controllo su tutte le decisioni dei parlamenti, volgeva a suo profitto lo spirito di litigiosità delle parti in causa, sempre meglio di ogni altro poste in grado, per il loro immediato intervento in giudizio, e più di ogni altro inclinate, per la loro bramosia di sottrarsi alla irrevocabilità di una cosa giudicata sfavorevole, a scoprire nella decisione dei giudici anche i vizi più nascosti*»[98].

Ciò che indusse Joly de Fleury (avvocato generale del *Grand Conseil*) a spiegare a Luigi XV che sulle domande di cassazione nella giurisdizione del *Conseil des Parties* (il precursore del *Tribunal de cassation*) «*c'est l'intérêt public et le respect de la loi, plus que l'intérêt de la partie, que l'on consulte*»[99].

Tutto ciò a perpetuare un'originale intuizione (il «*germe politico*»[100]) risalente addirittura al diritto romano, nel quale l'estensione della categoria dei vizi processuali comportanti la nullità a racchiudere anche le sentenze «*contra ius constitutionis*» (viziate da un errore relativo all'esistenza stessa della norma, interno dunque alla premessa maggiore del sillogismo giudiziario; a distinguerle da quelle «*contra ius litigatoris*», che invece attenevano alla sussunzione del caso concreto alla norma) fu, in realtà, «*una misura politica suggerita agli imperatori dalla necessità di far prevalere la loro legislazione centrale sui diritti locali che tentavano di affermarsi nelle parti più remote dello sconfinato impero romano*»[101].

Ciò che nel diritto intermedio darà poi ingresso alla *querela nullitatis*: che

---

cht, nella traduzione inglese *The Struggle for Law* (di J.H. LALOR), Chicago, 1915, 2, così si esprimeva: «*Law is an uninterrupted labour, and not of the state power only, but of the entire people. The entire life of the law, embraced in one glance, presents us with the same spectacle of restless striving and working of a whole nation … Every individual placed in a position in which he is compelled to defend his legal rights, takes part in the work of the nation, and contributes his mite towards the realization of the idea of law on earth*».

[97] J. WEISMANN, *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung,* in *ZZP*, 1886, 170, nella traduzione di P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 308.

[98] P. CALAMANDREI, op. e loc. ult. cit.

[99] Così riportato in P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 311.

[100] P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 62.

[101] Questo il pensiero di J. KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, in *Rechtsgang. Zeitschrift für das Recht aller Zweige der Justiz,* 1916, 121, come riportato in P. CALAMANDREI, op. cit., VI, 59.

tanta influenza ha avuto nella conformazione del ricorso per cassazione, nella giurisdizione, prima, del *Conseil des Parties* e, successivamente, del *Tribunal de cassation*, attraverso un percorso evolutivo ininterrotto che condurrà alla configurazione della funzione di nomofilachia nella sua attuale conformazione.

Ed è interessante notare che Chiovenda ebbe al proposito ad affermare che «*la querela serviva a garantire l'esatta osservanza della legge da parte del giudice e ad impedirgli di fare opera di legislatore: così che la querela in ogni tempo ebbe in sé un elemento politico, associando la difesa del privato (ius litigatoris) a quella dell'interesse generale (ius constitutionis)*»[102].

Questo a dimostrare che la nomofilachia è (per suo tratto genetico) funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico di tutelare l'effettività della norma (l'uso politico della giurisdizione[103]), quantunque attivata su impulso di un soggetto che intende con la sua azione perseguire la tutela della sua personale situazione giuridica soggettiva.

A evitare l'equivoco (che potrebbe indurre l'infelice consonanza con l'eguale affermazione degli antipositivisti tedeschi del secolo scorso[104]), non si intende, ovviamente, qui affermare che il giudice della nomofilachia debba decidere la controversia attingendo a canoni di giudizio extralegali, per assecondare la pervasività della politica a elidere la neutralità del potere giurisdizionale.

L'uso politico della giurisdizione, secondo l'insegnamento di Mortara[105], è piuttosto a riconoscere l'inevitabile funzionalizzazione della nomofilachia alla tutela della legalità obiettiva (ciò che è, appunto, tutt'altra prospettiva).

1.10. Il ricorso di cassazione come veicolo dell'interesse pubblico.

Vi è da verificare se sia ancora di attualità (nella vigenza dell'art. 24 Cost. e dei coincidenti princìpi sovranazionali) l'affermazione di Calamandrei che

---

[102] G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 866 e 867.

[103] In questo senso, già L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, II, 21, (quando ancora di ciò si discuteva) riconosceva la natura giurisdizionale della Corte di cassazione, ma sosteneva altresì che «*la funzione di questo organo è specificamente politica, e in ciò segue un intento diverso da quello ordinario della potestà giurisdizionale*», e chiariva che «*tale osservazione va intesa nel senso e per il fine al quale essa mira, di precisare, cioè, il compito che spetta alla Corte di cassazione come regolatrice del rapporto tra la funzione giurisdizionale e la legislativa*».

[104] C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del secondo impero tedesco: la vittoria del borghese sopra il soldato*, in AA.VV., *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, 169.

[105] L. MORTARA, op. cit., 21.

«*In sede di Cassazione, dunque, l'interesse privato è riconosciuto e tutelato in quanto esso coincida con quello speciale interesse collettivo che sta a base dell'istituto: non oltre*»[106].

In assoluto, la risposta è scontata.

A ritenere che il ricorso di cassazione sia niente di più che un «*veicolo dell'interesse pubblico*»[107] com'era un tempo inteso, volendo con ciò far apparire il diritto del privato nel giudizio di cassazione con le sembianze di un interesse occasionalmente protetto, bisognerebbe allora espungere la funzione nomofilattica dal perimetro della giurisdizione (com'era alle origini dell'istituto nel ricorso al *Conseil des Parties* dell'*ancien régime* e nella prima versione rivoluzionaria del *Tribunal de Cassation*).

Quanto, in effetti, consentirebbe di subordinare il diritto del privato a una sentenza giusta alla coincidenza di quella sua pretesa con l'interesse pubblico alla tutela della legalità obiettiva.

Tuttavia, ciò non è (costituzionalmente) ammissibile.

La Corte di cassazione è indubbiamente un organo giudiziario ed esercita con chiara evidenza una funzione giurisdizionale.

Nondimeno, nel ricorso di cassazione «*l'esercizio della giurisdizione non è scopo ma mezzo*»[108].

Non pare, però, che possa acconsentirsi – nell'attualità del nostro ordinamento costituzionale – alla conclusione che da quel corretto rilievo Calamandrei ritraeva: e cioè che l'esercizio della giurisdizione nel ricorso di cassazione sia «*contenuto entro quegli stretti limiti, oltre i quali esso non gioverebbe più al raggiungimento dello scopo*»[109].

L'esercizio da parte del privato della tutela giurisdizionale di una sua personale situazione giuridica soggettiva può, senz'altro, essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico (il ricorso di cassazione come «*veicolo dell'interesse pubblico*»); ma è da escludere che gli esiti di quella sua iniziativa processuale possano essere subordinati alla coincidenza con l'interesse pubblico.

Bisogna, dunque, distinguere i due profili del giudizio di cassazione: l'annullamento delle sentenze in contrasto con la legge («*aspetto negativo*») e

---

[106] P. CALAMANDREI, op. cit., VII, 135.

[107] K. SCHULZ, *Die Entlastung des Reichsgerichts*, in AA.VV., *Handbuch der Politik. Erster Band: Die Grundlagen der Politik,* Berlino, 1914, 351, riferisce che vi fosse all'epoca la diffusa convinzione che «*Das Privatinteresse ist bei der Revision das Vehikel des öffentlichen Interesses*», e suggerisce di conseguenza che «*Die wichtigste Frage für die künftige Gestaltung des Rechtsmittels dürfte daher sein: Auf welche Weise könnte dem öffentlichen Interesse ein stärkerer Einfluss auf die Einlegung des Rechts-mittels verschafft werden?*».

[108] P. CALAMANDREI, op. cit., VII, 162.

[109] P. CALAMANDREI., op. e loc. ult. cit.

l'individuazione del corretto significato da attribuire alla legge al fine di uniformare la giurisprudenza per il futuro («*aspetto positivo*»)[110].

Una volta che sia fatto salvo il diritto del privato (coincidente con l'interesse del legislatore) di ottenere l'annullamento di una sentenza *contra ius* che egli abbia tempestivamente impugnato (aspetto negativo della funzione nomofilattica), non vi è alcun principio costituzionale a escludere che il giudice della nomofilachia possa interpretare la legge, con l'unico obiettivo (e dunque solo nella stretta misura in cui lo richieda) l'interesse pubblico alla legalità obiettiva[111].

Quanto è dimostrato con chiara evidenza dagli esiti dell'accoglimento del ricorso di cassazione nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.), che «*non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito*».

Ciò che trova simmetrica consonanza nell'art. 99, comma 5, c.p.a., ove, appunto è previsto che, «*se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio* [e] *In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato*».

Quello che, appunto, consente di differenziare il ruolo – di principale attore – che il privato gioca sul lato negativo della funzione nomofilattica (l'annullamento della sentenza ingiusta, a condizione che essa sia tempestivamente impugnata dal soggetto leso), rispetto a quello – di semplice comparsa – che egli invece assume sul lato positivo del ricorso di cassazione (l'interpretazione della norma)[112].

---

[110] P. CALAMANDREI, op. ult. cit., 91 e 92.

[111] M. GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 445, sostiene che «*la decisione della Corte debba assicurare, almeno in astratto, una tutela dell'interesse collettivo alla soluzione della quaestio iuris dedotta in giudizio (c.d. ius constitutionis) accanto alla tutela del più tradizionale interesse privato delle parti processuali al controllo della sentenza in punto di violazione della legge (c.d. ius litigatoris)*».

[112] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 18 e 19, nell'interpretazione dell'art. 111, comma 7, Cost., distingue una prospettiva oggettiva della garanzia di legalità («*Il sistema si serve dell'iniziativa dei privati nel singolo caso, per far emergere i problemi di legittimità secondo un criterio di selezione che è appunto l'interesse delle parti nella singola controversia: ma l'obiettivo istituzionale che viene perseguito è di dimensione diversa e si svincola dall'interesse specifico del ricorrente, poiché attiene all'attuazione della legge in quanto tale, più che alla soddisfazione di questo interesse*») da una soggettiva («*il contenuto essenziale e primario della garanzia di legalità consiste per l'appunto nell'assicurare che siano integralmente soddisfatti i diritti dei soggetti coinvolti nel processo: è dunque il caso concreto, definito dalle specifiche situazioni giuridiche soggettive che in esso sono messe in gioco ad individuare l'ambito nel quale la legalità va attuata. Il fatto che in conseguenza di ciò si realizzi anche un frammento di legalità del sistema costituisce una mera eventualità, opportuna ed auspicabile ma in fondo non dotata di autonoma rilevanza*»).

Donde, si può, in effetti, ancora oggi sostenere che il ricorso di cassazione del privato é funzionale all'interesse pubblico alla tutela della legalità obiettiva (l'effettività della norma) e persino ritenere che l'interesse privato è tutelato solo nella misura in cui coincide con quell'interesse pubblico, secondo l'insegnamento di Calamandrei[113]: ma ciò solo con riferimento alla ricerca del significato che si voglia attribuire alla legge per uniformarne nel futuro la sua applicazione giurisprudenziale (aspetto positivo della funzione nomofilattica).

Quanto trova una chiara assonanza con l'uso selettivo del *prospective overruling* da parte della giurisprudenza anglo-americana, che ha voluto in questo modo conciliare la funzione primaria della tutela giurisdizionale (che è di risolvere le controversie insorte nel passato ed è perciò inevitabilmente retrospettiva) con la sua funzione secondaria («*buy-products*») di modificare leggi anacronistiche (o promuoverne la modifica da parte del legislatore, smuovendolo dalla sua inerzia), senza tuttavia ledere le legittime aspettative di chi nel passato aveva adeguato la propria condotta alle leggi esistenti, per quanto inopportune (così da proiettare la funzione giurisdizionale verso il futuro)[114].

1.11. Il *prospective overruling* e la giustizia proattiva.

Dovendosi distinguere e differenziare l'aspetto negativo della nomofilachia (l'annullamento della sentenza ingiusta) da quello positivo (l'interpretazione della legge)[115], ed esigendo la funzione nomofilattica solo

---

[113] M. TARUFFO, op. ult. cit., 108, avverte tuttavia che la concreta operatività della Corte di cassazione (il modo in cui essa interpreta il proprio ruolo) l'ha condotta a «*trovarsi agli antipodi del modello puro delineato ed auspicato da Calamandrei*», essendo la nomofilachia intesa in concreto «*più come attuazione dello ius litigatoris che dello ius constitutionis, privilegiando appunto le esigenze di giustizia del caso concreto su quelle di uniforme interpretazione della legge*». Così che «*si continua a pensare nei termini della teorizzazione di Calamandrei e dell'art. 65 LOG, mentre la Corte fa qualcosa di molto diverso ed opera essenzialmente come controllore della legittimità della singola decisione impugnata*» (ivi, 160).

[114] W. ROOSEVELT, *A Little Theory Is a Dangerous Thing: The Myth Of Adjudicative Retroactively*, in *Conn. L. Rev.,* 1999, 1112.

[115] F.P. LUISO *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 821: «*È sufficiente una breve e superficiale indagine storica, per evidenziare che, quanto l'art. 65 del vigente ordinamento giudiziario definisce come "l'esatta e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale..."; e quanto l'art. 122 della previgente legge sull'ordinamento giudiziario prevedeva, stabilendo che "La corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi", comporta il compimento di due attività diverse, complementari, ed ambedue*

l'uniforme applicazione del diritto nel medesimo istante (essendo consentita e, anzi, addirittura auspicata la sua modifica nel tempo, al fine di soddisfare esigenze sociali che, per loro natura, non sono statiche[116]), non si intravvedono ostacoli all'uso preventivo/proattivo della statuizione del giudice della nomofilachia nell'interpretazione della norma per risolvere altri contenziosi.

Così che il distinguo tra i due aspetti della nomofilachia (eliminare la sentenza ingiusta/interpretare la norma) consente anche la differenziazione dell'approccio: necessariamente retrospettivo nell'aspetto negativo (lo esige l'art. 24 Cost. e i coincidenti princìpi sovranazionali), a sanzionare la violazione della norma per come interpretata dall'organo di vertice della giurisdizione; preventivo/proattivo sul lato positivo, a prevenire i contenziosi e a migliorare le relazioni intersoggettive al fine di favorire la formazione del benessere legale (la natura non conflittuale dei rapporti sociali).

Donde, la possibilità (costituzionale) e l'opportunità (proattiva) di modulare nel tempo gli effetti della sentenza del giudice della nomofilachia, limitatamente al suo aspetto positivo, ogniqualvolta l'interpretazione della legge conduca a esiti sorprendenti rispetto alla tradizione, in tal modo tradendo le legittime aspettative di chi si fosse organizzato per conformare la sua condotta alla consolidata interpretazione, dipoi, ripudiata. A condizione, appunto, che non sia con ciò negletto l'aspetto negativo della nomofilachia, che deve inevitabilmente condurre all'annullamento della sentenza *contra ius*, qualora il soggetto che ne è stato vittima si sia tempestivamente adoperato per ottenere giustizia (altro si è visto accadere, quando la statuizione del giudice della nomofilachia sia nell'esclusivo interesse della legge – artt. 363 c.p.c. e 99, comma 5, c.p.a. –, avendo il diretto interessato trascurato di esercitare i suoi diritti nei termini e con le modalità prescritte dall'ordinamento processuale, in questo caso non essendovi un imperativo costituzionale a imporre di eliminare la sentenza ingiusta, come insegna l'antico brocardo: «*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*»).

Quanto, dunque, consente al giudice della nomofilachia di escludere dagli effetti della sua pronuncia le vicende passate («*cold facts*») non ancora coin-

---

necessarie: una negativa ("l'esatta osservanza"), volta a togliere efficacia al singolo atto contrario alla legge; una positiva ("l'uniforme interpretazione"), volta a dettare un criterio cui possa ispirarsi le future decisioni. Dobbiamo anzi rilevare come la funzione originaria della Cassazione fu quella negativa, e che solo in seguito si evidenziò che l'attività repressiva svolge anche un ruolo propositivo. Il termine "nomofilachia" era appunto utilizzato da Calamandrei per indicare l'eliminazione delle sentenze contrarie al diritto, in contrapposizione alla funzione di unificazione del diritto».

[116] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 96: «*Mentre infatti è tendenzialmente da escludere la variazione sincronica (che è solo difformità e incoerenza), la variazione nel tempo deve essere ammessa*».

volte in un contenzioso e di affermare nel presente e di proiettare nel futuro («*hot facts*») la sua interpretazione innovativa della norma.

Com'è, appunto, nel diritto preventivo e in quello proattivo.

Ciò che corrisponde esattamente al modello del *prospective overruling* selettivo, ampiamente sperimentato nella giurisprudenza anglo-americana, quantunque con giustificazioni dogmatiche non sempre coerenti (è, invero, difficile conciliare con il principio di giustizia equitativa l'applicazione di norme differenti a vicende accadute simultaneamente, solo perché le identiche situazioni controverse sono casualmente giunte a definizione in tempi differenti[117]).

Quanto non deve però sorprendere, giacché la tecnica del *prospective overruling* è chiamata a risolvere un contrasto tra princìpi (la certezza del diritto e la legalità), nel rispetto dell'imperativo categorico della giustiziabilitá delle situazioni giuridiche, e – com'è sempre in questi casi – vi è da raggiungere un compromesso che lascia inevitabilmente insoddisfatti (ma anche tutti parzialmente soddisfatti secondo la logica *win-win*).

Bibliografia

ALVAZZI DEL FRATE P., *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, 2007

BARTON T.D., *Thinking Preventively and Proactively*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

BERGER-WALLISER G., *The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Development of the Proactive Law Movement*, in AA.VV., *Proactive Law in a Business Environment,* Copenaghen, 2012

---

[117] L'ingiustizia del *selective prospective overruling* è resa evidente in Supreme Court of Illinois, *Molitor v. Kaneland Community Unit Dist.,* 18 Ill. 2d 11 (1959) 163 N.E.2d 89, nell'opinione dissenziente del giudice Davis: «*The principle announced by the court is an aborted offspring of the Sunburst theory ... Eighteen pupils of defendant school district were riding on its bus on March 10, 1958, when the bus crashed into a culvert which resulted in an explosion of the gasoline tank whereby most of them were burned and injured … When we consider that under the court's decision only Thomas Molitor can recover even though the other pupils were similarly injured in the same accident, the position of the court becomes even less tenable*». In quel caso, l'uso selettivo del *prospective overruling* aveva, infatti, condotto la Corte a riconoscere il nuovo principio di diritto (che aveva abolito l'immunità degli istituti scolastici) solo a uno (Thomas Molitor) degli studenti feriti nel medesimo incidente, in ragione del fatto che il sovvertimento del precedente si realizzò all'interno del processo che lo vedeva coinvolto e che giunse a decisione prima di quello di altri studenti che pure furono coinvolti nel medesimo incidente.

BROWN L.M., *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business,* New York, 1950

BROWN L.M., *The Law Office. A Preventive Law Laboratory*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1956

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile,* Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in Opere giuridiche, VI, Roma, 2019

CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982

CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1989

CHIARLONI S., *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.,* 2001

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Il significato formale dell'ideale del "governo delle leggi" (Rule of Law)*, in *Dir. Amm.*, 2011

DAICOFF S., *The Comprehensive Law Movement: an Emerging Approach to Legal Problems, in Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, *In iure praes.*, 1989

DAWER E.A., *The Role of Culture in Legal Risk Management,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

DE ROBERTO A., *Premessa,* in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011

DENTI V., *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986

FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018

FILANGIERI G., *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774

FORSTHOFF F., *Die Bindung an Gesetz und Recht (art. 20 Abs 3 GG),* in *DöV*, 1959

FRANCESCHELLI M., *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giust e Cost.*, 1986

GABOARDI M., *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017

GALGANO F., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012

GIAVAZZI M., *La rilettura del principio di soccombenza nella logica dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma* UE, in *Dir. proc. amm.*, 2020

GIAVAZZI M., *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull'autonomia processuale degli Stati dell'UE),* Napoli, 2021

GORLA G., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziario in Italia*, in *Quad. Foro it.*, 1966

GORLA G., *Les sections réunies de la Cour de cassation en droit italien: comparaison avec le droit français,* in *Foro it.,* 1976

GORLA G., *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi",* in *Foro it.,* 1976

GROSSI P., *Sulla odierna "incertezza" del diritto,* in AA.VV., *L'incertezza delle regole* (Annuario AIPDA 2014), Napoli, 2015

GROSSI P., *La Fantasia nel diritto,* in *Quad. fiorentini*, 1986

HAAPIO H., *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, 2006

HEIDEGGER M., *Der Feldweg*, nella traduzione italiana, Il *sentiero di campagna*, Genova, 2002

IRTI N., *I "cancelli delle parole". Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015

JHERING R., *Der Kampf ums Recht,* nella traduzione inglese *The Struggle for Law* (di J. H. LALOR), Chicago, 1915

KOHLER J., *Prozess und Nichtprozess*, in *Der Rechtsgang. Zeitschrift für das Recht aller Zweige der Justiz,* 1916

LUISO F.P., *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923

NYSTÉN-HAARALA S., *Contract Law and Everyday Contracting, in Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018

POHJONEN S., *Proactive Law in the Field of Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, 2006

PORTALURI P.L., *La cambiale di Forsthoff, creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021

PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?,* in *Riv. dir. proc.*, 2012

RODOTÀ S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009

SAITTA F., *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023

SANDULLI M.A., *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *www.federalismi.it*, 2021

SCHARTUM D.W., *Introduction to a Government-based Perspective on Proactive Law,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

SCHMITT C., *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem des Rechtspraxis*, Berlino, 1912

SCHMITT C., *Compagine statale e crollo del secondo impero tedesco: la vittoria del bor-*

ghese sopra il soldato, in AA.VV., *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935

SCHULZ K., *Die Entlastung des Reichsgerichts*, in AA.VV., *Handbuch der Politik. Erster Band: Die Grundlagen der Politik,* Berlino, 1914

SEIPEL P., *Nordic School of Prospective Law Conference, June 2005. Closing Comments*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49*,* Stoccolma, 2006

SUSSKIND R., Th*e Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*, Oxford, 1987

TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1990

TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, 1991

TORRENTE A., Il *giudice e il diritto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1962

VON BOGDANDY A., *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlino, 2022

WEISMANN J., *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung,* in *ZZP*, 1886

Giurisprudenza

U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)

U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76*, Rewe*

Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, *DAC*

CAPITOLO SECONDO

LE ORIGINI DEL *PROSPECTIVE OVERRULING*

SOMMARIO: 2.1. Il diritto di formazione giudiziale. – 2.2. L'ingannevole prospettiva: il creazionismo giudiziario. – 2.3. Il *common law* nell'era della legislazione. – 2.4. Il dialogo evolutivo. – 2.5. L'uso proattivo della giurisdizione. – 2.6. La discrezionalità giudiziale. – 2.7. L'*overruling*. – 2.8. La dimensione morale della *rule of law*. – 2.9. L'*overruling* nella prospettiva della *rule of law*. – 2.10. Il problema della retroattività. – 2.11. Il *prospective overruling* nella prassi. – 2.12. Alcuni spunti di riflessione per una dogmatica del *prospective overruling*.

2.1. Il diritto di formazione giudiziale.

La dogmatica positivista di Austin si riassume nella trilogia: comando, sanzione e sovranità[1]; dunque, la legge è il comando di un potere sovrano, la cui volontà è insindacabile, anche nel suo rapporto con la morale[2]: da qui il tradizionale principio: «*What the Queen in Parliament enacts is law*»[3].

---

[1] J. AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined*, 1832. Al proposito, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2012, 49, obietta: «*The theory of law as coercive orders meets at the outset with the objection that there are varieties of law found in all systems which, in three principal respect, do not fit this description. First, even a penal statute, which come nearest to it, has often a range of application different from that of orders given to other; for such a law may impose duties on those who make it as well as on others. Secondly, other statutes are unlike orders in that they do not require persons to do things, but may confer powers on them; they do not impose duties but offer facilities for the free creation of legal rights and duties within the coercive framework of the law. Thirdly, thought the enactment of statute is in some ways analogous to the giving of an order, some rule of law originate in custom and do not owe their legal status to any such conscious law-creating act*».

[2] Secondo la massima: «*Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem*» (T. HOBBES, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis,* tr. latina, in Leviatano, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668, a cura di R. SANTI, Milano 2001, cap. XXVI, § 21, 448). Al proposito, J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 2009, 3, afferma: «*It is of the nature of authority that it requires submission even when one thinks that what required is against reason. Therefore, submission to authority is irrational. Similarly, the principle of autonomy entails action on one's judgement on all moral questions. Since authority sometimes requires action against one's own judgement, it requires abandoning one's moral autonomy. Since all practical questions may involve moral considerations, all practical authority denies moral autonomy and is consequently immoral … Whatever the relevance of the second sentence to the problem of autonomy, it is true that accepting authority inevitably involves giving up one's right to act on one's judgement on the balance of reason. It involves accepting an exclusionary reason*».

[3] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 111.

Tuttavia, a evitare di rappresentare la legge come lo strumento di prevaricazione (la violenza) di chi ha la forza di minacciare un male (la sanzione) nel caso che il suo desiderio non sia soddisfatto (ciò che equivarrebbe all'avvertimento del delinquente armato: O la borsa o la vita![4]), bisogna trovare un'altra forma di legittimazione del comando, oltre la sovranità (la volontà di chi non è subordinato all'altrui volontà)[5].

Quanto impone di cercare altrove la giustificazione della legge[6], e induce a riproporre la distinzione cara ai positivisti inglesi[7] – il diritto com'è e come dovrebbe essere – nella prospettiva di un diverso (rispetto a quello morale) modello[8], secondo l'insegnamento di Coke[9]: «…*quando un atto del Parlamento è contrario al diritto e alla ragione comune, o ripugnante o impossibile da eseguire, quell'atto sarà giudicato nullo secondo il common law*»[10].

---

[4] Già Sant'Agostino avvertiva: «*Quam similia sint latrociniis regna absque iustitia*» (Aurelius Augustinus Hipponensis, *De Civitate Dei,* IV).

[5] H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in AA.VV., *The Philosophy of Law*, 2010, 19.

[6] T. BINGHAM, *The rule of Law*, Londra, 2011, 160, scrive al proposito: «*some distinguished academic authors, and some judges in extrajudicial utterances and obiter observations, have suggested that Parliament is not, or is no longer, supreme and that in some circumstances the judges might, without the authority of Parliament, hold a statute to be invalid and of no effect because contrary to a higher, fundamental, law or to the rule of law itself. If this is a correct view, the rule of law and parliamentary sovereignty are not, as one might have hoped, a happily married couple but are actual or potential antagonist*».

[7] J. AUSTIN, *The Provinces*, cit.

[8] H.L.A. HART, *Positivism*, cit., 27, afferma al proposito: «*The word "ought" merely reflects the presence of some standard of criticism; one of these standards is a moral standard but not all standard are moral*».

[9] Court of Common Pleas, *Thomas Bonham v College of Physicians* (1610) 8 Co Rep 114.

[10] Nell'originale si legge: «*It appears in our books that in many cases the common law will control acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void*». Eppure, si legge in Court of Queen's Bench, *Ex parte Canon Selwyn* (1872): «*There is no judicial body in this country by which the validity of an Act of Parliament could be questioned. An Act of Legislature is superior in authority to any court of law. We have only to administer the law as we find it, and no court could pronounce judgment as to the validity of an Act of Parliament*». Tuttavia, Lord Stein in *R (Jackson) v Attorney General* (2005) UKHL 56; (2006) 1 AC 262, sostenne in un *obiter dictum*: «*The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom. Nevertheless, the supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism. In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of Lords or a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish*». In realtà, come afferma T. BINGHAM, op. cit.,

Nella dogmatica di Hart, vi sono norme che corrispondono a comandi (norme primarie); ma ve ne sono anche altre (norme secondarie) che servono solo a valutare le prime nei termini della loro validità rispetto a un determinato ordinamento giuridico[11]. Sono queste le c.d. norme di legittimazione («*rule of recognition*»[12]), che permettono di riconoscere come valide (il diritto come dovrebbe essere) per l'ordinamento giuridico alcune altre norme (non già perché giustificate dalla morale, bensì) perché fondano la loro autorità nel collegamento con una norma fondamentale, che giustifica originariamente la sua forza legale nella sua accettazione da parte di una determinata collettività, che si è costituita in un autonomo ordinamento giuridico[13].

Ciò pone al centro degli ordinamenti di *common law* – quale criterio di validazione delle norme giuridiche – l'insieme dei princìpi sociali, così come individuati dalla giurisprudenza attingendo alla consuetudine[14], nel concorso talvolta – ma sempre in una posizione subalterna, seppure non subordinata[15] – del legislatore (*statute law*).

167, appare più verosimile che «*the principle of parliamentary sovereignty has been recognized as fundamental in this country not because the judges invented it but because it has for centuries been accepted as such by judges and other officially concerned in the operation of our constitutional system. The judges did not by themselves establish the principle and they cannot, by themselves, change it*».

[11] H.L.A. HART, *Positivism*, cit., 19.

[12] J. KENNETH KRESS, *Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis. Retroactivity, and the Linear Order of Decisions*, in *CAL. L. Rev.*, 1984, 372: «*Valid legal rules are distinguished form spurious legal rules and from moral rules and etiquette by a master rule, the rule of recognition*».

[13] R.M. DWORKIN, *Is Law a system of rules?,* nell'opera collettanea da lui diretta, *The Philosophy of Law*, 2010, 42.

[14] R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 2004, 28: «*The doctrine of Hale and Blackstone appears to have been that the common law consist of usages and customary rules by which Englishman have been governed since time immemorial supplemented by general principles of private justice and public convenience, and liable to be varied by Act of Parliament*». In effetti, W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England,* 1808, 63 e 64, al proposito del *common law* scriveva: «*these parts of our law leges non scriptae, because their original institution and authority are not set down in writing, as acts of parliament are, but they receive their binding power, and the force of laws, by long and immemorial usage, and by their universal reception throughout the kingdom*». E, in modo più analitico, M. HALE, *The History of the Common Law of England*, Londra, 1713, 18, sosteneva: «*First, the common law does determine what of those customs area good and reasonable, and what area unreasonable and void. Secondly, the common law gives to those customs, that it adjudges reasonable, the force and efficacy of their obligation. Thirdly, the common law determines what is that continuance of time that is sufficient to make such a custom. Fourthly, the common low does interpose and authoritatively decide the exposition, limit and extension of such customs*».

[15] Com'è noto, nel sistema inglese «*custom and precedent area subordinate to legislation since customary and common law rules may be deprived of their status as law by statute*» (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 102).

Lo stesso principio costituzionale che definisce la sovranità del parlamento inglese («*What the Queen in Parliament enacts is law*») ha origine consuetudinaria e ha, perciò, valore solo in quanto socialmente accettato[16].

Si deve a Dicey (la sua opera ha avuto così grande influenza nella formazione del sistema giuridico britannico, che le si è persino attribuito valore costituzionale[17]) la fondamentale affermazione che la legge non è la fonte, bensì la conseguenza dei diritti dell'individuo: che trovano piuttosto la loro origine nella consuetudine[18].

Quanto costituisce il tratto distintivo della *rule of law*[19].

---

[16] M.S. GREEN, *Kelsen, Quietism, and the Rule of Recognition*, in AA.VV, *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, 354: «*the English rule of recognition (roughly, what the Queen in Parliament enacts is law) exists by virtue of its acceptance by English officials*». Come chiarisce J. RAZ, op. cit., 92, nella teoria di Hart, «*the behaviour of the population is not part of the conditions for the existence of the rule of recognition. Its existence consists in the behaviour of the 'officials' of the system, by which he presumably means law-applying officials*».

[17] F. MOUNT, *The British Constitution Now: Recovery or Decline?,* Londra, 1993, 47.

[18] A.V. DICEY, *Introduction to the study of The Law of the Constitution,* Londra, 1915, 121: «*The "rule of law," lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land*».

[19] La concettualizzazione del termine si deve a A.V. DICEY, op. cit., 107 ss., ove egli descrive il sistema giuridico inglese, come caratterizzato, da un lato, dalla sovranità del parlamento, e, dall'altro, dalla «*rule or supremacy of law*». Ciò che egli definisce attraverso tre concorrenti caratteristiche: (i) nessuno può essere giudicato se non da un giudice imparziale; (ii) tutti i soggetti dell'ordinamento (e tra essi anche i pubblici poteri) sono assoggettati a norme di carattere generale, giustiziabili dai tribunali comuni; (iii) i principi generali della costituzione conseguono al loro riconoscimento – come già esistenti nella consuetudine («*the law of the land*») – e alla loro affermazione come diritti soggettivi in precedenti statuizioni giudiziarie. Così che «*the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are non the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts*». Indubbiamente, la *rule of law* è una delle nozioni giuridiche maggiormente richiamate, eppure meno compresa; spesso confusa con l'espressione continentale *Rechtsstaat* (o le equivalenti *État de droit* e Stato di diritto), che piuttosto significa il dominio della legge – *rule by law* – (J. MEIERHENRICH e M. LOUGHLIN, *Thinking about the rule of law*, nel volume collettaneo da loro curato, *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021, 3). Una diversa prospettiva che si può spiegare nella disputa tra Coke, che definisce la *rule of law* come l'insieme dei principi giuridici fondamentali, interpretati dai giudici della *common law*, sovraordinati alle leggi scritte – *statute law* –, e Hobbes che individua piuttosto la giustificazione della legge nella sovranità del parlamento: la legge come comando – *rule by law* – (D. DYZENHAUS, *Tomas Hobbes and the Rule by Law Tradition,* in AA.VV., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021, 261 ss). In una – *rule of law* – si richiede che la legislazione trovi una giustificazione oltre la sovranità, nel riferimento alla consuetudine – *common law* – e, dunque, in ultima analisi alla volontà

Com'è noto, nell'ordinamento inglese[20] il diritto è soprattutto di formazione giurisprudenziale[21]: i giudici individuano quali consuetudini siano razionali e quali no[22]; assegnando in questo modo forza ed efficacia di legge (*common law*) a quelle razionali e durevoli nel tempo[23].

Si usa al proposito l'equivoca formula «*judge-made law*»[24].

In effetti, la diffusa prassi giurisprudenziale di motivare la sentenza con argomenti sovrabbondanti rispetto a quelli realmente necessari per decidere la controversia è la dimostrazione concreta che (in contrasto con le ingannevoli declamazioni astratte), in molti casi, l'obiettivo reale perseguito dai giudici è quello di formulare norme giuridiche per disciplinare i comportamenti sociali, anziché risolvere la singola controversia[25]. Quanto è di chiara evidenza nell'adesione alla tecnica del «*pure prospective overruling*» – di cui in seguito si dirà –, giacché in questo caso la nuova regola affermata nella sentenza non si applica nemmeno alle parti coinvolte nel giudizio, ed è, perciò, inutilmente sovrabbondante (un *obiter dictum)* rispetto alla soluzione della vicenda controversa. Sicché, l'affermazione giurisprudenziale è – in simili vicende – solo funzionale alla modifica del diritto[26].

---

popolare; nell'altra – *Rechtsstaat* – l'unica fonte di legittimazione è lo Stato. Quanto consegue a una differente genesi ideologica: il liberalismo (con al centro i diritti dei cittadini), in un caso; l'autoritarismo paternalistico, come evoluzione dell'assolutismo (che pone l'enfasi piuttosto sui doveri dei cittadini), nell'altro (M. RAEFF, *The Well-Ordered Police State and the Development of Modernity in Seventeenth-and Eighteenth-Century Europe: An Attempt at a Comparative Approach*, in *AHR*, 1975, 1240). Così che, in un caso – *rule of law* –, la legge è uno strumento di controllo della sovranità; nell'altro – *Rechtsstaat* –, la legge è invece uno strumento della sovranità – *rule by law* –, com'è reso evidente nella felice formula: governo delle leggi («*Regierung nach Gesetzen*») (R. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlino, 1879, 286).

[20] F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, Milano, 1984, 13, avverte che «*non esiste un diritto del Regno Unito o britannico ma un diritto inglese, scozzese e irlandese*». Oggetto della nostra indagine è il diritto inglese, che è «[l']*archetipo dei numerosi ordinamenti di common law esistenti al mondo*».

[21] J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Londra, 1885, I, 35, il quale – quantunque critico con la formula «*judge-made law*» – nondimeno così si esprime: «*A law or rule may be set or established in either of two modes: namely, in the properly legislative mode (or in the way of direct legislation), on in the improperly legislative mode (or in the way of judicial legislation)*».

[22] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 45, sostiene al proposito: «*in many systems the tests which courts apply, in determining whether a custom fit for legal recognition, incorporate such fluid notions as that of 'reasonableness' which provide at least some foundation for the view that in accepting or rejecting a custom courts are exercising a virtually uncontrolled discretion*».

[23] M. HALE, op. cit., 18.

[24] T.S. CURRIER, *Time and change in judge-made law: prospective overruling*, in *Va. L. Rev.*, 1965.

[25] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 7 ss.

[26] M.A. EISENBERG, op. cit., 55.

Dunque, i giudici esercitano, talvolta, una funzione «*quasi-legislative*»[27].

La gran parte del *common law* ha, tuttavia, origine legislativa; infatti, molte norme di *common law* sono nate dall'innesto di leggi scritte sulla trama del diritto giurisprudenziale e si sono poi sviluppate secondo percorsi autonomi[28].

Difatti, le leggi anteriori al 1189 («*before Time of Memory*»[29]) assumono giuridica rilevanza solo come diritto giurisprudenziale[30]; e anche in seguito molte norme di *common law* sono nate dall'innesto di leggi scritte e si sono poi sviluppate secondo percorsi autonomi[31].

È altrettanto noto che risiede nel precedente vincolante (*stare decisis*) la capacità del giudice di concorrere alla formazione del *common law*; solo in questo modo (attraverso il vincolo del precedente) la sentenza travalica gli angusti limiti del caso concreto per farsi regola giuridica da applicare nella soluzione di tutte le altre analoghe controversie[32].

---

[27] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 29. Tuttavia, C. NELSON, *The Legitimacy of (Some) Federal Law,* in *Va. L. Rev.,* 2015, 8, afferma: «*Still, the idea that all common law is quasi-legislative strikes me as an exaggeration*».

[28] J. MCCAULEY LANDIS, *Statute and the Sources of Law*, in *Harvard J. Legis*, 1965, 8, «*much of what is ordinarily regarded as "common law" finds its source in legislative enactment … The American doctrine of common-law statutes is in itself testimony to this concept of the statute as nursing mother of the law*». Scrivono al proposito U. MATTEI – E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 234 e 235: «*Scorrere la letteratura moderna di common law in materia di fonti del diritto mette l'osservatore di fonte ad un curioso paradosso. In primo luogo, infatti, non c'è opera che non paghi il proprio tributo, più o meno esplicito, al positivismo di matrice benthamiana: gli statutes vengo perciò posti ovunque al vertice della gerarchia delle fonti ... Pagato il necessario tributo formale alla retorica della separazione dei poteri e della legittimazione democratica del legislativo, ecco gli autori procedere ad una demolizione operazionale di quanto proclamato a chiare lettere: gli statutes non vivono di vita propria; essi si inseriscono nel corpus del case law, che ad essi preesiste, emendandolo soltanto nella misura in cui ciò risulti necessario a causa delle mutate condizioni economiche e sociali. Il potere ultimo di far rientrare nel grande schema del common law risiede negli interpreti istituzionali: i giudici*».

[29] Il riferimento è all'inizio del regno di Riccardo I.

[30] M. HALE, op. cit., 4: «*And doubtless, many of those Things that now obtain as common law, had their Original by Parliamentary Acts or Constitutions, made in Writing by the King, Lords and Commons, thought those Acts are now either non extant, of if extant, were made before Time of Memory*».

[31] J. MCCAULEY LANDIS, op. cit., 8.

[32] L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018, 19 e 20, sostiene che «*la tesi della normatività formale dei precedenti contraddice il principio di legalità e quello della separazione dei poteri, i quali riservano al legislatore la iuris-latio, cioè la produzione di nuovo diritto, e affidano alla giurisdizione la iuris-ditio, con gli ampi e crescenti spazi connessi all'interpretazione* [e] *non vale neppure, a rigore, per i sistemi di common law essendo, paradossalmente auto-contraddittoria. Parlare di vincolo formale dei precedenti giudiziari equivale infatti a legificarli, cioè a trasformarli in leggi. Di più: equivale ad attribuire ai precedenti l'autorità formale e la forza formalmente vincolante che in quegli stessi sistemi non vengono attribuite neppure alla legge, e perciò a ingessare l'intera giurisprudenza più di quanto possano fare i vincoli*

Al proposito, Eisenberg sostiene: «*In base al principio di obiettività, i giudici sono obbligati a ragionare in termini di carattere generale, vale a dire con affermazioni che sono disposti ad applicare non solo alle parti coinvolte nella controversia, ma anche a tutti coloro che si troveranno in situazioni analoghe dinanzi a loro nel futuro. Lo stare decisis codifica questo principio. In base allo stare decisis, un giudice sa che, se sceglie di applicare ora una determinata regola per risolvere una controversia tra i soggetti coinvolti nel contenzioso, sarà poi obbligato ad applicare la medesima regola a tutti coloro che si troveranno in futuro nella medesima situazione* [sicché] *nella sua concreta esistenza il common law incorpora non solo i princìpi della congruenza sociale e della coerenza sistemica, ma anche il principio della stabilità delle regole giurisprudenziali. Da ciò consegue che non è sufficiente a giustificare il sovvertimento di una regola legale l'affermazione della sua incoerenza sociale e sistemica. Così, per esempio, possiamo criticare una regola legale nella prospettiva che qualche alternativa regola sarebbe più congruente con i princìpi sociali applicabili e meglio coerente con le altre regole legali, e tuttavia concludere che l'esigenza di stabilità giustifica il mantenimento della vecchia regola*»[33].

In effetti, il diritto giurisprudenziale è in continua trasformazione,

---

legali, e così a contraddire proprio la natura di case law rivendicata come il tratto distintivo del diritto di creazione giurisprudenziale. Non solo. È anche contraddittorio rivendicare la creatività della giurisdizione sulla base del fatto che gli enunciati legislativi sono muti e parlano solo se interpretati e, insieme, sostenere il carattere formalmente vincolante dei precedenti; come se questi non fossero anch'essi dei testi normativi, di per sé non meno muti dei testi di legge, e la loro assunzione come formalmente vincolanti non equivalesse, di fatto, a una loro legificazione … Conseguentemente il vincolo dei precedenti può avere un carattere sostanziale e non anche formale, basato non sulla loro forma bensì sulla loro sostanza, cioè sulla razionalità e perciò sulla persuasività dei loro contenuti». Tuttavia, l'argomentazione logico-filosofica non consente di disconoscere il principio acquisito del vincolo formale dello *stare decisis* e il conseguente carattere normativo della giurisprudenza, secondo gli ordinamenti costituzionali anglo-americani nella loro concreta rappresentazione. Donde, l'affermazione è, semmai, utile a confermare la conseguenza (la natura normativa della giurisprudenza), piuttosto che a rinnegare la premessa (la vincolatività formale del precedente).

[33] M.A. EISENBERG, op. cit., 47 e 48; nell'originale si legge «*Under the principle of objectivity, courts are obliged to reason from proposition that are universal, that is, propositions the courts are ready to apply non merely to the parties to the immediate dispute, but to all similarly situated disputants who may come before them in the future. Stare decisis gives effect to this concept too. Under stare decisis, a court is on notice that if chooses to apply a given proposition to resolve a dispute between these litigants today, it may be obliged to apply the same proposition to all similarly situated disputants in the future … In the real world a model of the common law must incorporate not only the standards of social congruence and systemic consistency, but also the standard of doctrinal stability. As a result, criticism of a legal rule that are based on the model of double coherence may not be conclusive as to legal reasoning that applies the rule in a particular case So, for example, we might criticize a legal rule on the ground that some alternative rule would be more congruent with applicable social propositions and more consistent with other legal rules, and yet conclude that under the standard of doctrinal stability a court reasoned properly in applying the rule*».

all'interno degli spazi interstiziali di manovra che lo *stare decisis* consente[34]; ciò che bene rappresenta la principale caratteristica del *common law* riassumibile nel motto: il cambiamento nella continuità («*continuity and change*»).

Lo strumento evolutivo del *common law* è il fondamentale principio dell'analogia («*like cases should be treated alike*»); in questo modo, il giudice può cambiare il diritto – senza creare il diritto –, giacché egli estende analogicamente la regola applicata nel passato al caso simile (eppure in parte differente) oggetto ora del suo giudizio[35]: ma lo fa con modalità inedite («*in a new way*»)[36].

A esemplificare l'assunto, è utile l'analisi del ragionamento giuridico seguito da Cardozo (che diverrà poi influente giudice della Corte Suprema) nella sentenza *MacPherson v. Buick Motor Co.*[37], che costituì un fondamentale punto di svolta nella responsabilità del fabbricante di prodotti difettosi.

Agli inizi del XX secolo, la norma giurisprudenziale era che il fabbricante negligente di prodotti difettosi rispondesse esclusivamente nei confronti del suo diretto acquirente. Ciò con la sola eccezione di prodotti che fossero intrinsecamente pericolosi («*inherently dangerous*»). Una regola, all'evidenza, inappagante in una società di produzione di massa. In quell'occasione, Cardozo affermò di aderire al tradizionale principio di *common law*, eppure lo sovvertì, con l'affermazione che, «*se la natura di un prodotto è tale che vi è una ragionevole certezza ch'esso metta a rischio la vita e l'incolumità fisica di una persona se fabbricato negligentemente, allora quello è un prodotto pericoloso*»[38]. In questo modo, dunque, semplicemente spostando la definizione della pericolosità dal prodotto com'è («*inherently dangerous*») al prodotto com'è stato fabbricato («*when negligently made*»), si è reso responsabile il produttore nei confronti di soggetti terzi delle conseguenze della sua negligenza. L'esatto contrario di ciò che

---

[34] U.S. Supreme Court, *South Pacific v. Jensen* (1917), 244 US 205, nella quale il giudice Holmes afferma: «*I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions. A common law judge could not say, "I think the doctrine of consideration a bit of historical nonsense, and shall not enforce it in my court"…*».

[35] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 26: «*The rule of stare decisis cause the judges to reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves the analogical extension of the decision in a earlier case*».

[36] G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982, 97: «*Each judicial decision, at its best, is meant to represent a reasoned attempt to adapt a past set of decisions to a current problem. It tries to treat like cases alike when what is "alike" changes constantly because of ideological, technological, or even constitutional or statutory change*».

[37] New York Court of Appeals, *MacPherson v. Buick Motor Co.* - 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

[38] Nell'originale si legge: «*If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger*».

la tradizionale norma di *common law* prevedeva. Eppure, quel sovvertimento si è realizzato attraverso un ragionamento giuridico che interamente su quella regola giurisprudenziale si svolge[39].

Il giudice talvolta manipola il precedente per adeguarsi ai cambiamenti sociali o tecnologici; subendo dunque la necessità dell'adattamento da sollecitazioni esterne (ciò che realizza la funzione omeostatica del sistema: la stabilità interna dell'ordinamento richiede continue modifiche per mantenere inalterato il rapporto con l'ambiente esterno in ininterrotto mutamento). In altre situazioni, il bisogno di trasformazione è, invece, endogeno: il giudice avverte come inadeguata la vecchia regola di giudizio rispetto ai princìpi emergenti nell'ordinamento (come risultato di nuove leggi e più recenti innovazioni del *common law*), e, quindi, la inserisce in un contesto meno specifico («*by moving to treat cases alike on successively different levels of generality*»), diluendo in questo modo l'elemento caratterizzante del precedente e così guadagnando spazi interstiziali per modificare gradualmente il diritto, ancorché dichiarando di trattare in modo uguale casi analoghi e, dunque, senza tradire il precedente[40].

In ogni caso, la trasformazione del *common law* è incrementale[41]: «*La gran parte delle norme non è mai stata ideata consapevolmente ma è cresciuta attraverso un graduale processo di tentativi ed errori, nel quale l'esperienza di generazione dopo generazione ha permesso di configurarle come esse ora sono ... Perciò le norme nell'osservanza delle quali i cittadini agiscono costituiscono un adattamento dell'intera società al suo ambiente e alle caratteristiche comuni dei suoi soggetti*»[42].

---

[39] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, 132 e 133, afferma che la sentenza *MacPherson v. Buick Motor Co.* è un esempio di scuola della tecnica della trasformazione. Ciò che costituisce un'alternativa all'*overruling*, realizzando il sovvertimento di una regola giurisprudenziale, senza tuttavia dichiararlo. Egli sostiene: «*Since both transformation and overruling involve the full overturning of an established doctrine, the distinction between the two modes is often formal rather than substantive*».

[40] G. CALABRESI, op. cit., 13: «*Courts acting on that principle could change law, indeed make law, without arrogating to themselves undue power because they always seemed to apply past precedents or principles in new ways to situations made new by the world around them*».

[41] A. SCALIA, *The rule of law as a Law of Rules*, in *UCLR*, 1989, 1178: «*Of course, in a system in which prior decisions are authoritative, no opinion can leave total discretion to later judges. It is all a matter of degree. At least the very facts of the particular case are covered for the future. But sticking close to those facts, not relying upon overarching generalizations, and thereby leaving considerable room for future judges is thought to be the genius of the common-law system. The law grows and develops, the theory goes, not through the pronouncement of general principles, but case-by-case, deliberately, incrementally, one-step-at-a-time*».

[42] F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty,* Londra, 2011, 225 e 226; nell'originale si legge: «*most of these rules have never been deliberately invented but have grown through a gradual process of trial and error in which the experience of successive generations has helped to make them what they are … Thus*

Ciò che consente al diritto inglese di evolversi nel tempo, quantunque rimanendo sempre lo stesso («*continuity and change*»).

Un'apparente contraddizione che la dottrina inglese spiega con la metafora degli argonauti: la nave della mitologia greca alla fine del suo lungo viaggio fu praticamente sostituita in tutte le sue parti a causa dei rovinosi accadimenti occorsi, e nondimeno giunse in porto al termine dell'avventura com'era salpata; allo stesso modo, il diritto inglese rimane lo stesso delle origini, quantunque incessantemente modificato dalla giurisprudenza[43].

In ragione di ciò, il diritto inglese mantiene la sua identità nonostante i continui cambiamenti (com'è nel gattopardesco «*se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*»[44]).

Nondimeno, l'intrinseca natura evolutiva del *common law* fa emergere il problema pratico di gestire il cambiamento[45]: a consentire ai giudici – guardiani del *common law*[46] – di applicare il diritto[47] eppure cambiarlo, nel rispetto tuttavia delle legittime aspettative di chi aveva conformato la propria condotta alla norma vigente quando egli aveva agito.

---

the rules under which the citizens act constitute an adaptation of the whole of society to its environment and to the general characteristic of its members».

[43] Secondo C.M. GRAY, *History of the common law*, Chicago e Londra, 1971, xxi, tre sono le giustificazioni di questo apparente paradosso: «*change might be consistently but less than drastic; substantive continuity, as well as constitutional continuity might characterize the system's history; the abiding constitution might permit sudden chance, yet change might in fact have been incremental*».

[44] G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, 1958.

[45] E. STEINER, *Judicial Rulings with Prospective Effects: From Comparison to Systematization*, in *General Reports of The XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Dordrecht, 2017: «*The question of the temporal effects of judicial decisions needs to be considered in the context of today's unprecedented growth in domestic case law and the continuing increase of overruling decisions resulting from the implementation of new policies and rapid changes in social conditions and values*».

[46] C.M. GRAY, op. cit., XXV, riassume così la teorica anti-legislativa di Coke: «*Legislation was a necessary technique, not a suspect human interference with the working of time and the judges' guardianship of the common law*»; così che, secondo questa teorica, «*progress was toward a richer and more perspicuous gloss on the pre-existent law, not toward better law. The judges expound, they do not create*»: quanto consente «*the formal continuity of English system*».

[47] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 26, sostengono che il precedente talvolta è rispettato e in altri casi è applicato. Essi scrivono, al proposito: «*There is, of course, a difference between following a previous decision because of the absence of a convincing distinction between it and the instant case, and following a previous decision because a reasonable distinction which exists between it and the instant case is not regarded as one which should be acted upon. In the latter situation the previous decision is applied rather than followed*».

2.2. L'ingannevole prospettiva: il creazionismo giudiziario.

Quantunque il diritto sia prevalentemente di formazione giudiziale («*a judge-made law*»[48]), generalmente si esclude che il giudice possa creare la legge attingendo alla morale[49].

Nella teoria dichiarativa di Blackstone, il giudice «[is] *not delegated to pronounce a new law but to maintain and expound the old one*»[50].

Così che, anche nei sistemi di *common law,* si riafferma l'antico insegnamento di Cicerone («*Magistratum legem esse loquentem*»), come accolto nella teorica di Montesquieu («*les juge de la nation ne sont ...que la bouche qui prononce les paroles de la loi*») e nella dottrina inglese di Coke («*Judex est lex loquens*»)[51].

Come affermato dalla Corte Suprema sin dal 1824, nella sentenza *Osborn v. Bank of the United States*[52]: «*I tribunali sono semplicemente strumenti della legge, e non esprimono una loro volontà. Quando si afferma che essi esercitano un potere discrezionale, si tratta semplicemente di una discrezionalità all'interno della legge, una discrezionalità volta a individuare il corso prescritto dalla legge; e quando questo è individuato, il tribunale deve seguirlo. Il potere giudiziario non è mai esercitato al fine di dare attuazione alla volontà del giudice, bensì sempre per dare attuazione alla volontà del legislatore o, in altre parole, la volontà della legge*»[53].

Chiara, al proposito, è l'affermazione del giudice Esher in *Willis v. Baddeley*: «*In effetti, non esiste il così detto diritto di creazione giudiziale, perché i giudici non creano il diritto, quantunque essi debbano frequentemente applicare il diritto esistente a fattispecie rispetto alle quali in precedenza non si è mai statuito in forma autoritativa l'applicabilità di una determinata regola di giudizio*»[54].

---

[48] T. BINGHAM, op. cit., 40.

[49] M.A. EISENBERG, op. cit., 23 avverte, tuttavia, che: «*It is primarily in deciding cases regarding which the law is unsettled (as well as in distinguishing and reversing settled law) that judges are thought to develop the law using moral, social, and other non-legal arguments*». Quanto, induce, taluni ad affermare che il giudice crea la legge attingendo a canoni metagiuridici.

[50] W. BLACKSTONE, op. cit., 69.

[51] In questo senso F.A. HAYEK, *The Constitution,* cit., 245, traccia un collegamento tra l'insegnamento di Cicerone, la dottrina di Montesquieu, la lezione di Coke e la giurisprudenza della Corte Suprema Marshall.

[52] U.S. Supreme Court, *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824).

[53] Nell'originale si legge: «*Courts are the mere instruments of the law, and can will nothing. When they are said to exercise a discretion, it is a mere legal discretion, a discretion to be exercised in discerning the course prescribed by law; and, when that is discerned, it is the duty of the court to follow it. Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge, always for the purpose of giving effect to the will of the legislature; or, in other words, to the will of the law*».

[54] Court of Appel, *Willis & Co. v Baddeley* [1892] 2 Q.B. 324 (CA); nell'originale si legge: «*There is, in fact, no such thing as judge-made law, for the judges do not make the law, though they fre-*

Dunque, un principio universale («*judges as the mere mouthpiece of the law*»[55]), che, tuttavia, nei sistemi giuridici anglo-americani trova una sua singolare applicazione, nel rapporto tra leggi scritte e diritto giurisprudenziale[56], in una prassi giudiziaria dai risultati ermeneutici non sempre prevedibili[57].

In effetti, «*soprattutto quando decidono controversie facendo applicazione di leggi di equivoco significato (così come quando manipolano o sovvertono un precedente di chiaro significato), si pensa che i giudici integrino la legge usando argomenti morali, sociali e altri argomenti non legali*»[58] (quanto corrisponde a quello che nei sistemi continentali si ritiene faccia il giudice nell'interpretazione valutativa delle clausole generali, quando attinge ai valori per attribuire un significato tangibile ai concetti giuridici indeterminati[59]).

Ciò che parrebbe giustificare l'irriverente affermazione di Austin, secondo il quale la teoria dichiarativa di Blackstone sarebbe «a *childish fiction*»[60].

---

quently have to apply existing law to circumstances as to which it has not been authoritatively laid down that such law is applicable».

[55] F.A. HAYEK, *The Constitution,* cit., 245.

[56] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 28, scrivono al proposito: «*The doctrine of Hale and Blackstone appears to have been that the common law consists of the usages of customary rules by which Englishmen have been governed since time immemorial supplemented by general principles of private justice and public convenience, and liable to be varied by Act of Parliament*».

[57] A.G.L. NICOL, *Prospective Overruling: A New Device for English Courts?* in *Mod Law Rev.*, 1976, 550, afferma: «*There are few lawyers now who would agree with Montesquieu that "judge are the mere mouthpieces of the law". The opportunity for creativity in choosing "the" relevant statutes or precedents, in favoring one of a pair of antagonistic canons of construction, in distinguishing a case on its facts or following it on principle, is apparent on both sides of the Atlantic*». Con ciò, tuttavia, si stinge la discrezionalità all'interno di un amplissimo (e perciò insignificante) concetto di creatività giudiziaria, confondendo l'*ars inveniendi* e l'*ars combinatoria.*

[58] J. RAZ, op. cit., 49; nell'originale si legge: «*It is primarily in deciding cases regarding which the law is unsettled (as well as in distinguishing and reversing settled law) that judges are thought to develop the law using moral, social, and other non-legal arguments*».

[59] V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 77.

[60] J. AUSTIN, *Lectures,* cit., 1895, 321, nella prospettiva positivista, critica la «*childish fiction employed by our judges ... that ... common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing .... from eternity, and merely declared from time to time by the judges*». Afferma al proposito S. BESWICK, *Retroactive Adjudication,* in *Yale L. J., 2020*, 302 e 303: «*Criticisms of the declaratory theory – and of jurists who lend it credence – have become frequent and blunt to the point of condescension. The predominant view is that the declaratory theory is a "myth," a "fiction," a "fairy tale," a "nightmare," and an "ancient dogma" that is "inherently circular"; excessively "formalist," and "antiquated". The idea that "judges do no more than discover the law that marvelously has always existed, awaiting only the judicial pen that would find the right words for all to heed" is "moonspinning". It also "lacks the virtue of being true". The claim that courts find law is said to be "routinely contravened" by judges and is "less and less useful each day". The theory has been "ridiculed," "discredited," "abandon[ed]," and "irretrievably lost". Therefore, its proponents are either "naive" formalists who are easily "fool[ed]", or they are*

Tuttavia, anche quando il giudice attribuisce un significato tangibile e concreto a un principio generale e astratto, talvolta di vago significato, «*is the implication of the whole system of accepted rules that decide, not the will of the court*»[61].

Si è, dunque, scritto al proposito che il giudice, a differenza del legislatore, quando crea nuovo diritto lo fa «*reasoning according to law*»[62].

Ciò che consente di aggiornare l'anacronistica teoria dichiarativa di Blackstone in una nuova, accettabile, prospettiva[63]: «*la tendenza dei giudici a parlare come se il common law avesse una risposta a ogni domanda che gli si pone quando la materia non è disciplinata dalla legislazione è riconducibile al fatto che i nostri tribunali sono obbligati a considerare una quantità di materiale di gran lunga più esteso rispetto ai contenuti delle leggi scritte e delle ratio decidendi dei precedenti vincolanti. Devono essere rispettati le leggi e le ratio decidendi, ma devono essere presi in considerazione anche precedenti solo persuasivi, obiter dicta e princìpi o standard generali che hanno guidato i giudici in passato*»[64].

---

disingenuous and probably concealing devious agendas. Judges who employ the theory perhaps only "pretend to hold" it for "politically expedient" purposes». Quanto indurrebbe a declinare la teoria dichiarativa al passato. Eppure, non è così. A ben vedere, la critica radicale non è meno *naive* della adesione più ingenua alla teoria di Blackstone. Non vi è dubbio che, in una più sofisticata prospettiva (a intendere il diritto sino a ricomprendere i princìpi), il giudice scopre (e dichiara) quanto nell'ordinamento già esiste. Inevitabilmente, «*Despite contemporary condemnation of the declaratory theory, the modern law remains committed to it*» (A. BEEVER, *The Declaratory Theory of Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2013, 442). Come sostiene S.E. SACHS, *Finding Law*, in *Calif. L. Rev.,* 2019*,* 527, la teoria dichiarativa «*is a real and plausible option for a modern legal system*». Sicché, non si può non essere d'accordo con P.J. MISHKIN, *The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law,* in *Harv. L. Rev.,* 1965, 60: «*while the Blackstonian conception is not entirely valid, neither is it wholly wrong*».

[61] F.A. HAYEK, *The Constitution*. cit., 224.

[62] J. GARDNER, *Legal Positivism: 5½ Myths*, in *Am. J. Juris*, 2001, 216. E, come spiega C. NELSON, op. cit., 20: «*If doing so sometimes requires the judges to resolve lingering indeterminacies about the content of those rules, the judges are still adjudicating rather that legislating*».

[63] Si legge, al proposito, in Supreme Court of Ireland, *A v Governor of Arbour Hill Prison*, IESC 45; [2006] 4 I.R. 88: «*The common law has never conceived as consistent with any ordered administration of justice that previously decided and finally determined cases could necessarily be set aside or reopened in the light of a new precedent notwithstanding the historical view of the common law, expressed by Blackstone in his Commentaries, that Judges "discover" the law as it truly is and that overruled precedents were misrepresentations of the law and were never law. "For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law" (Blackstones' Commentaries 1, 69). In modern constitutional systems we have moved on from that perception of the law, at least in its purest form, but even when viewed through Blackstones' prism the common law did not envisage absolute retroactivity of judicial decisions and did not permit previous cases, even though finally determined on principles that were 'never law' to be reopened*».

[64] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 33; nell'originale si legge: «*the judges' tendency to speak as*

Dunque, una prospettiva, pur sempre, positivista[65].

L'evoluzione del *common law* non è «*oltre la legge, ma nel diritto*»[66], secondo il motto degli antipositivisti; essa è interamente all'interno del diritto positivo[67], ancorché il giudice talvolta approfitti delle maglie larghe della definizione legislativa della fattispecie per guadagnare spazi di manovra nell'affermazione di un nuovo diritto giurisprudenziale[68], o utilizzi la tecnica del *distinguishing* in alcuni casi per sovvertire il precedente (com'è stato

---

though the common law has an answer to every question that come before them when the matter is not covered by legislation is attributable to the fact that our courts are obliged to consider a far greater quantity of material that the contents of statutes and rationes decidendi of cases binding upon them. The statutes and rationes decidendi have to be followed, but persuasive precedents, obiter dicta and the general principles or standards which have guided judges in the past, have to be considered».

[65] W.M. GELDART, *Elements of English Law, Londra,* 1927, 23*: «In the absence of clear precedents which might govern a question, we find judges relying on such considerations as the opinions of the legal writers, the practice of conveyancer, the law of modern countries, the Roman law, principles of 'natural justice', o public policy. The proper application of these may be a matter of dispute and difficulty but in any case the judge is applying standards; he shows that he is not free, as a legislator would be, to decide as he pleases; he is bound to decide according to principle*».

[66] P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff, creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo,* Napoli, 2021, 82.

[67] J.D. HEYDEN, *Judicial Activism and the Death of the Rule of Law*, in *Quadrant*, 2003: «*Our common law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency, and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised*».

[68] J. RAZ, op. cit., 182: «*One distinction is fundamental: that between regulated and unregulated cases or disputes. Regulated cases are those which fall under a common law or statutory rule which does not require judicial discretion for the determination for dispute (rules referring to what is reasonable or just, etc., do require such discretion) ... It is unregulated if some of these questions do not have a correct legal answer, i.e., if there is a gap in the applying to the case. Unregulated disputes, like regulated ones, are subject to laws applying to them and guiding the courts as to their solution. But since the law applying to unregulated disputes has gaps, no particular solution to the dispute is required by law, thought the law may rule out several solutions as inappropriate and give same general guidance concerning the choice between some or all of the remaining solutions ... The difference between a regulated and an unregulated dispute is not that only the second calls for the exercise of judgment by the court. Nor is that in regulated disputes the courts use their legal judgment to apply the law whereas in unregulated disputes they use moral judgment to make law … The difference between regulated and unregulated disputes is that because, by definition, in regulated disputes the law provides a solution to the case, the court cannot make new laws except by changing existing ones* [in] *Unregulated disputes … since, by definition, in an unregulated dispute the law contains a gap, since it fails to provide a solution to the case, the court can make law without changing existing law. It makes law by filling the gap*».

nella sentenza *MacPherson v. Buick Motor Co.*[69], di cui si è scritto). Tutto ciò per mantenere il necessario collegamento con i princìpi sociali in continua trasformazione.

Donde, il *common law* non è creazionismo giudiziario[70]: il giudice scopre nell'ordinamento, e dunque dichiara, una norma che già esiste[71] («*ars inveniendi*»), senza attingere a canoni metagiuridici per inventare un precetto prima inesistente («*ars combinatoria*»); anzi, ad aderire alla teoria neo-blackstoniana di Dworkin, vi sarebbe una sola risposta giusta, che si impone al giudice come necessaria conseguenza della valutazione sufficientemente meditata del contesto giuridico («*the legal landscape*»)[72].

Come spiega Galgano, «*È, nei termini di Leibniz, ars inveniendi: ricerca di una norma di diritto preesistente, non importa se resa esplicita dalla legge oppure se latente nell'ordinamento giuridico e reperibile con l'ausilio delle tecniche di "chiusura del sistema" che vanno sotto il nome di analogia legis e di analogia iuris. È, invece, definibile come ars combinatoria per quei giudici ... che attribuiscono alla loro opera una "funzione integrativa" del precetto legislativo e si esprimono in termini di "ricostruzione della regola di giudizio" …*»[73].

---

[69] New York Court of Appeals, *MacPherson v. Buick Motor Co.* - 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

[70] Altro è a dirsi delle norme di *equity*. In effetti, non vi è dubbio che «*the rules of courts of equity are not, like the rules of the common law, supposed to have been established from time immemorial. It is perfectly well known that they have been established from time to time – altered, improved, and refined from time to time. In many cases we know the names of chancellors who invented them*» (Court of Appeal, *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch. D. 696).

[71] Quanto corrisponde alla dottrina classica. In questo senso, sono gli insegnamenti di M. HALE, op. cit., e W. BLACKSTONE, op. cit. Si legge al proposito, in Court of Appel, *Willis v. Baddeley* (1892) 2 QB, 324: «*There is ... no such thing as judge-made law, for the judges do not make the law, though they frequently have to apply existing law to circumstances as to which it has not previously been authoritatively laid down that such law is applicable*». Tuttavia, quegli insegnamenti classici sono nell'attualità messi a dura prova. Si è affermato che «*The whole of the rules of equity and nine-tenths of the common law have in fact been made by judges*» (*Allen v. Jackson* (1875) 1 Ch. D. 399). K. DIPLOCK, *Court as Legislator*, Birmingham, 1965, 2, ha scritto: «*Courts by the very nature of their functions are compelled to act as legislator … No lawyer really supposes that such decisions as Rylands v. Fletcher in the last century or Donoghue v. Stevenson in this did not change the law just as much as the Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945 … Implicitly every judgment … speaks to the future and speaks generally. It says not only to the particular party to the action but to all to whom the judicial becomes known: "If anyone does this kind of thing in the future this kind of consequence will follow". It is by that implicit content of every judgment that the Courts in performing judicial function exercise a legislative power*». Nondimeno, proprio quanto riferisce Lord Diplock sull'attività effettivamente svolta dal giudice nella soluzione dei c.d. *hard cases* conferma che la creatività del giudice (intesa in senso lato) non ha nulla a che vedere con il creazionismo giudiziario. La creatività di cui Lord Diplock parla è null'altro che la discrezionalità nell'interpretazione del diritto esistente nei casi dubbi.

[72] R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977.

[73] F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 84.

Dunque, nei sistemi di *common law*, il giudice non crea il diritto, bensì dichiara una regola immanente al sistema («*ars inveniendi*»)[74].

Tuttavia, nell'applicazione concreta del principio dello *stare decisis* un certo grado di incertezza (o, in altra prospettiva, uno spazio aperto alla valutazione interpretativa del giudice) è inevitabile[75].

Vi è, al proposito, da considerare che solo la *ratio decidendi* è vincolante. E, in molte situazioni, non è per nulla agevole individuare la ragione (talvolta le ragioni concorrenti) della decisione e distinguerla dagli *obiter dicta*, che hanno al più efficacia persuasiva (ma non sono per nulla vincolanti).

In astratto, il distinguo è chiaro (la *ratio decidendi* è l'affermazione di una regola generale senza la quale la causa sarebbe stata decisa diversamente[76]), tuttavia nel concreto è sovente difficile individuare la *ratio decidendi* distinguendola dagli *obiter dicta*.

Secondo la dottrina dello *stare decisis*, le statuizioni riguardanti gli «*immaterial facts*» non sono in alcun modo vincolanti; quanto comporta, in primo luogo, la difficoltà di distinguere i fatti decisivi della controversia («*material facts*») da quelli che invece non lo sono («*immaterial facts*»).

Ciò che è bene rappresentato nella sentenza *Rylands v. Fletcher*[77], nella quale si controverteva del danno causato a un vicino da un proprietario di un terreno per l'esondazione di un bacino idrico realizzato con negligenza dall'appaltatore da lui incaricato. I fatti coinvolti nella controversia erano: (1) l'esistenza di un bacino idrico; (2) la negligenza dell'appaltatore; (3) l'esondazione dell'acqua dal bacino in danno del vicino. Astrattamente, il proprietario avrebbe potuto essere ritenuto responsabile della negligenza dell'appaltatore da lui incaricato (secondo il principio «*cuius commoda, eius et incommoda*»). La Corte ha, tuttavia, giustificato la sua decisione solo con riguardo ai fatti (1) e (3). Così che la regola giurisprudenziale che si ricava

---

[74] A. BEEVER, op. cit., 442, sostiene l'attualità della teoria dichiarativa di Blackstone sul rilievo che «*the theory holds that legal decision making is rightly guided by abstract principles*».

[75] J. STONE, *Precedent and Law*, *Dynamics of Common Law Growth*, Londra, 1985, 74.

[76] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 52, affermano che la più completa definizione giudiziaria del concetto di *ratio decidendi* si ha nella sentenza Supreme Court of Appeal of South Africa, SA 405 (1949), *Pretoria City Council v. Levison,* nella quale si legge: «*As I understand the ordinary usage in this connection, where a single judgement is in question, the reason given in the judgement, properly interpreted, do constitute the ratio decidendi, originating or following a legal rule, provided (a) that they do not appear from the judgement itself to have been merely subsidiary reasons for following the main principle or principles; (b) that they were not merely a course of reasoning on the facts and (c) (this may cover (a)) that they are necessary for the decision, not in the sense that it could not have been reached along other lines, but in the sense that along the lines actually followed in the judgement the result would have bee different but for the reasons*».

[77] House of Lords, *Rylands v. Fletcher,* LR 3 HL 330 (1868).

dalla sentenza *Rylands v. Fletcher* è l'affermazione della responsabilità senza colpa («*absolute liability*») del proprietario per i danni da lui arrecati. Altra sarebbe stata la *ratio decidendi* della sentenza, se si fosse ritenuto determinante dell'insorgenza della responsabilità del proprietario l'errore commesso dall'appaltatore da lui incaricato[78]; meglio sarebbe dire: altro sarebbe il significato del precedente se l'interprete (il giudice che deve applicarlo) ritenesse determinante del *dictum* la circostanza di fatto di cui sub (2), giacché spetta al giudice chiamato ad applicare il precedente di individuare la sua *ratio decidendi*, senza essere vincolato da una definizione che di essa voglia dare il giudice che ha pronunciato la sentenza[79].

Vi è, poi, la difficoltà di individuare la *ratio decidendi* quando la sentenza si giustifica su affermazioni concorrenti. E, ancora più, quando la sentenza si fonda su opinioni contrastanti, ma tuttavia convergenti sul medesimo risultato. Si hanno, in questo caso, due differenti *ratio decidendi* o una sola giustificazione della decisione determinata dal loro comune denominatore («*the narrower of the two grounds should be treated as the ratio decidendi*»)[80]?

Quantunque probabilmente esagerata, l'affermazione che il precedente è una «*category of illusory reference*»[81] è perlomeno utile a escludere la possibilità di una meccanica applicazione della regola giurisprudenziale.

Ciò che induce talvolta nella falsa prospettiva che i giudici possano essere «*bocca della legge*» solo se la giurisdizione consiste in un sillogismo perfetto, così che, «*di fronte all'impossibilità di raggiungere una cognizione e una verità giudiziaria assolutamente certe,* [i giudici] *finiscono per cadere nel creazionismo*»[82].

In effetti, si ritiene dai più che la dottrina dichiarativa di Blackstone[83] («*the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law*»[84]) sia ininfluente sulle reali dinamiche giudiziarie e che essa sia «*little more than a ghost*», giacché i giuristi contemporanei hanno sempre più riconosciuto la funzione creativa («*lawmaking functions*») del giudice[85], in quanto la radicale tra-

---

[78] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 66.
[79] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 65.
[80] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 90.
[81] J. STONE, op. cit., 74.
[82] L. FERRAJOLI, op. cit., 18.
[83] In realtà, prima di lui, M. HALE, op. cit., 18, si era espresso in questi termini: «*the Decision of Courts of Justice ... do not make a Law properly so called (for that only the King and Parliament can do); yet they have a great Weight and Authority in Expounding, Declaring, and Publishing what the Law of this Kingdom is, especially when such Decisions hold a Consonancy and Congruity with Resolutions and Decisions of former Times*».
[84] W. BLACKSTONE, op. cit. 69.
[85] J.D. HEYDEN, op. cit.: «*The expression "judicial activism" is here used to mean using judicial power*

sformazione del diritto, specialmente in alcuni settori (i contratti, gli illeciti civili e la famiglia), ha reso insostenibile la tradizionale finzione («*the time-honored fiction*»[86]) dell'attività dichiarativa del giudice[87].

In questo modo, però, si confonde il punto di arrivo della continua evoluzione incrementale del *common law*, che è davvero talvolta rivoluzionario, con il modello evolutivo, che si basa, invece, sulla tecnica dell'analogia («*treating like cases alike*»). Ciò che, in effetti, consente, in taluni casi, al giudice di giungere a risultati opposti a quelli di un precedente, attraverso il c.d. *distinguishing*[88], riducendo o ampliando lo spazio applicativo della regola giurisprudenziale, ammettendo eccezioni prima non considerate o comunque non risolte, oppure negando il carattere generale di eccezioni invece valorizzate nel precedente[89]. Ma, come affermato da Galgano[90], ogniqualvolta la preesistente norma di diritto sia resa esplicita attraverso la tecnica dell'analogia – per quanto l'attività del giudice appaia creativa[91] – siamo sempre all'interno dell'*ars inveniendi*, conforme alla dogmatica positivista.

Raz sostiene al proposito che «*i tribunali hanno il dovere di applicare le leggi dell'ordinamento quando sono applicabili e di esercitare la loro discrezionalità al fine di decidere controversie (parzialmente) non disciplinate da regole giuridiche; controversie nelle quali la legge non consente una risposta chiara o dove il tribunale ha la possibilità di*

---

for a purpose other than that for which it was granted, namely doing justice according to law in the particular case. It means serving some function other than what is necessary for the decision of the particular dispute between the parties. Often the illegitimate function is the furthering of some political, moral or social program: the law is seen not as the touchstone by which the case in hand is to be decided, but as a possible starting point or catalyst for developing a new system to solve a range of other cases».

86 W. FRIEDMAN, *Limits of Judicial Law-making and Prospective Overruling*, in *Mod. L. Rev.*, 1966, 593.

87 R.H.S. TUR, *Time and Law,* in *Oxf. J. Leg. Stud.,* 2002, 472: «*Of course, no one believes this strong version of the fairy tale anymore and the fairy tale has been 're-interpreted'. Nowadays it may represent little more than the suggestion that judges remain under some institutional duty to distinguish from legislation properly so called*».

88 J. RAZ, op. cit., 185 : «*The English doctrine of precedent (though some courts also have power to overrule their own or other courts' decisions). It combines following precedent with considerable flexibility because it allows courts, event those bound by precedent, to distinguish a previous decision rather than follow it. Since 'distinguishing' means changing the rule which is being distinguished, the power to distinguish is a power to develop the law even when deciding regulated cases and even by courts which have no power to overrule*».

89 H.L.A. HART, *The Concept*, cit. 135.

90 F. GALGANO, op. cit., 84.

91 L. FERRAJOLI, op. cit., 17: «*È sulla negazione di queste due incompatibilità o contraddizione in termini – di quella tra creazione e argomentazione interpretativa e quella tra argomentazione interpretativa e logica deduttiva – che si basano, a me pare, le tesi creazioniste, Dietro di esse c'è infatti una concezione allargata di creazione e una concezione ristretta di cognizione, in forza delle quali dove c'è discrezionalità interpretativa e perciò decisione, sia pure sulla verità, c'è creazione e non cognizione*».

modificare il diritto giurisprudenziale. In virtù dello stare decisis quell'esercizio di discrezionalità spesso equivale a creare una nuova legge»[92].

Donde, se proprio si vuole definire l'attività giurisdizionale come creativa, lo si può fare solo in senso «*improprio o debole*»[93]; solo a evidenziare in questo modo l'ampia discrezionalità interpretativa del giudice nell'applicazione del diritto positivo[94].

In effetti, la tradizionale contrapposizione del giuspositivismo al giusnaturalismo si definisce ora più pragmaticamente nelle dottrine del realismo giuridico, che aggiornano il positivismo ideologico secondo la nuova declinazione del positivismo metodologico, che concilia la creatività giudiziaria («*il diritto vive e si evolve nelle mani dei giudici*») con l'interpretazione della norma e, dunque, consente di ricondurre l'interpretazione evolutiva all'*ars inveniendi*, raccordando la logica *fuzzy* del bilanciamento dei princìpi (l'interpretazione valutativa dei concetti giuridici indeterminati) con la certezza del diritto, e aprendo dunque a un positivismo giuridico inclusivo: ad ammettere che il diritto positivo si definisca anche con riferimento a princìpi morali, o perlomeno al sostrato valoriale di una società, secondo gli approdi delle dottrine neocostituzionaliste (ciò che consente di concretizzare le clausole generali attingendo ai princìpi costituzionali), senza tuttavia aprire alla deriva del creazionismo giudiziario[95].

Ciò con la sola eccezione dell'*overruling*[96]; che, invece, costituisce un mo-

---

[92] J. RAZ, op. cit.; nell'originale si legge: «*Courts have a duty to apply the laws of the system when they are applicable and to exercise discretion in order to decide (partially) unregulated disputes – disputes to which the laws do not provide a clear answer or where the courts have power to change the law. By the rule of precedent this exercise of discretion often amounts to the creation out new law*».

[93] L. FERRAJOLI, op. cit., 22: «*La questione del carattere "creativo" o "cognitivo" della giurisdizione può allora risolversi con una chiarificazione del significato che associamo alle nostre parole. Ho più volte distinto due significati di "creatività", di solito associati indistintamente alla giurisdizione: in senso proprio o forte con "creatività della giurisdizione" e con "giurisdizione come fonte" si intende il potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e persino contro la legge; in senso improprio o debole, con queste medesime espressioni si intende l'ampia discrezionalità interpretativa, e perciò argomentativa, inevitabilmente connessa all'applicazione della legge*».

[94] Il giudice Scalia, in U.S. Supreme Court, *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501*, U.S. 529 (1991) si è così espresso: «*I am not so naive (nor do I think our forebears were) as to be unaware that judges in a real sense "make" law. But they make it as judges make it, which is to say as though they were "finding" it – discerning what the law is, rather than decreeing what it is today changed to, or what it will tomorrow be*».

[95] Per una recente ricostruzione dei profili generali dell'interpretazione nel rapporto con la discrezionalità del giudice, si rinvia a F. SAITTA, op. cit., 13 ss.

, [96] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 30: «*the declaratory theory … is inconsistent with current rules of precedent. A judge is bound to follow previous decision, and appellate courts may overrule the previous decisions of courts beneath them in the hierarchy, provided they are not precluded from doing so by a decision*

mento di discontinuità dell'evoluzione incrementale del *common law*[97], e dunque pare piuttosto impingere nell'*ars combinatoria*[98].

2.3. Il *common law* nell'era della legislazione.

Storicamente, si individua il tratto distintivo del diritto inglese nella sua origine giurisprudenziale[99]. E, in effetti, nel modello originario erano i giudici i principali agenti nel processo di formazione e di aggiornamento del diritto («*the fabric of the law*»[100]), essendo assegnata al legislatore la fondamentale (ma limitata) funzione di correggere il *common law,* solamente nei casi in cui la giurisprudenza si fosse significativamente disallineata dai fondamentali princìpi sociali rappresentati dall'ordinamento giuridico[101].

Ma così non è più – quantomeno a partire dal XVIII secolo – perché l'affermarsi della dottrina della separazione dei poteri[102] ha inevitabilmente costretto («*as a matter of logical verity*») a ripensare il ruolo del giudice («*as lim-*

---

which is binding upon them or by an Act of Parliament. If a previous decision is only evidence of what law is, no judge could ever be absolutely bound to follow it, and it could never be effectively overruled because a subsequent judge might always treat it as having some evidential value».

[97] A.C. MICHAELS, *Retroactivity and Appointments*, in *Loy. U. Chi. L.J.,* 2021, 633: «*The law as stated by the court must generally apply to those past events, and it does because the law as stated in a judicial decision is generally not new; it was the law before and will continue to be after. In this sense, retroactivity rests on and fosters continuity in the law. But the continuity is not perfect-all would admit that courts in some cases do shift the law in a real sense, and it is in such cases that retroactivity becomes an issue and something of a fiction … applying the retroactivity doctrine, the fiction is that the change was not actually a change; the court was still merely stating what the law always was, even if that statement may arguably contradict prior reasonable understandings of what the law was*».

[98] Il giudice O'Connor in U.S. Supreme Court, 501 U.S. 529 (1991), *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia,* difende così l'irretroattività della sentenza: «*precisely because this Court has "the power to say what the law is", Marbury v. Madison, ... when the Court changes its mind, the law changes with it. If the Court decides, in the context of a civil case or controversy, to change the law, it must make the subsequent determination whether the new law or the old is to apply to conduct occurring before the law-changing decision*». J. RAZ, op. cit., 96, sostiene però che «*the distinction between applying an existence law and applying a new one is seen to be more a difference of degree that of kind*». Quanto stinge il distinguo tra l'*ars inveniendi* e l'a*rs combinatoria* in un indistinto creazionismo giudiziario.

[99] J. MCCAULEY LANDIS, op. cit., 7: «*A chief point of departure between nineteenth-and twentieth-century theories of law lies in the emphasis placed upon the judge as a creative artist in the making of law*».

[100] G. CALABRESI, op. cit., 73.

[101] J. DAVIES, *A Response to Statutory Obsolescence. The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979, 203. Analogamente, J. MCCAULEY LANDIS, op. cit., 23: «*The function of the legislature as, in essence, a supreme court of appeal constantly busying itself with correcting the aberrations of the judicial process*».

[102] J. MCCAULEY LANDIS, op. cit., 9.

ited to the mere finding of the law») nella fabbrica del diritto[103]. E, specialmente nel diritto statunitense, si è assistito – soprattutto con l'avvento del *New Deal* (con il conseguente interventismo governativo a provocare continue e anche rapide modifiche dell'ordinamento per eliminare le diseguaglianze sociali e fare evolvere dunque lo *status quo* verso obiettivi di uguaglianza sostanziale) – a una vera e propria «*orgy of statute making*»[104].

Si è, dunque, rapidamente passati da un sistema giuridico tradizionale dominato dal *common law* di origine giurisprudenziale a uno nuovo, dove le leggi scritte (*statute law*) sono divenute la fonte primaria del diritto.

Si è, al proposito, scritto di una «*statutorification*» del diritto statunitense[105] (ma, per vero, lo stesso è accaduto anche nel Regno Unito, quale conseguenza del suo ingresso nelle Comunità europee, senza che sia prospettabile ora un ritorno alla tradizione in seguito alla *Brexit*[106]).

Quantunque la legge sia normalmente intesa a disciplinare situazioni specifiche (donde la sua inadeguatezza a sostituirsi al *common law* che ha invece una più generale prospettiva[107]), nondimeno la tradizionale dottrina della «*equity of the statute*» (ad affermare il canone ermeneutico secondo cui «*when the words of a statute enact one thing, they enact all other things are in a like gree*»[108]), sino al XVIII secolo, ha consentito alla giurisprudenza di utilizzare lo *statute law* per imprimere un'evoluzione al *common law,* facendo applicazione del principio «*treating like cases alike*» anche nell'interpretazione delle leggi scritte (com'è stato, ad esempio, nelle vicende in cui una legge aveva previsto una responsabilità in una determinata serie di casi e si è ritenuto che il giudice potesse comunque estendere quella stessa responsabilità in situazioni governate dai medesimi princìpi, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge e quindi ancora disciplinati dal *common law*[109]).

Tuttavia, anche in seguito – quando la dottrina della «*equity of the statute*» è

---

[103] J. McCauley Landis, op. cit., 11.

[104] G. Gilmore, *The ages of American Law*, 1977, 95.

[105] G. Calabresi, op. cit., 163: «*The reasons for statutorification are too profound to be reversed, for courts are not capable of writing speedily enough most of the rules that a modern society apparently need*».

[106] T. Bingham, op. cit., 40: «*It seems that legislative hyperactivity has become a pertinent feature of our governance*».

[107] F. de Franchis, op. cit., 39: «*la statute law, per quanto cospicua possa essere, è priva di una sua propria autonomia in quanto, quasi come un innesto, essa presuppone l'esistenza del tronco della common law sul quale alligna*».

[108] Court of King's Bench, *Eyston v. Studd*, 2 Plowd. 459, 467, 75 Eng. Rep. 688, 698 (C.B. 1573).

[109] J. McCauley Landis, op. cit., 10.

stata soppiantata dalla teoria della «*strict interpretation*»[110] – fu inevitabile che l'affermazione legislativa di una situazione giuridica soggettiva (l'attribuzione di un valore a una pretesa che prima era priva di riconoscimento giurisdizionale) conducesse alla definizione di un nuovo *status* (ciò che definisce il ruolo di un soggetto nella società), e inducesse perciò la giurisprudenza all'individuazione di nuovi diritti, anche al di fuori dello specifico ambito del riconoscimento legislativo (com'è stato, ad esempio, nelle varie leggi che hanno attribuito specifici diritti alle donne coniugate, e che hanno quindi concorso nel loro insieme a definire un nuovo *status* sociale della donna unita in matrimonio, dal quale è perciò discesa la sua diretta responsabilità per danni, in sostituzione della vecchia regola di *common law* che, invece, teneva responsabile il marito delle condotte illecite della moglie[111]).

D'altro canto, il legislatore interviene sovente a modificare il *common law* quando è disallineato dai princìpi sociali. È, anzi, frequente che l'impulso all'approvazione di una legge provenga proprio dai giudici, che segnalano al legislatore gli aspetti critici del *common law,* che la giurisprudenza non è capace di correggere autonomamente[112].

Donde, una continua osmosi tra «*legislation*» e «*adjudication*». Così che è oggi più realistico riconoscere che il diritto inglese e quello americano si sono entrambi – in larga parte – formati su testi scritti («*statute as a source of common law*»[113]).

Quindi, si può ben dire che: «*the major part of the law is now skeletonized between the covers of the statute book*»[114].

---

[110] J. McCauley Landis, op, cit., 12: «*Courts to-day have avowedly rejected as part of their technique the doctrine of equity of the statute. Whatever significance statutes possess to govern results, they achieve by virtue of being interpreted to include the particular situation. Under the guise of interpretation, however, much is accomplished that upon analysis reveals the court as true to the more ancient doctrine of the equitable application of statutes. The results of such dissembling are doubly unfortunate. They discredit the conception that there is any science of interpretation; but they also prevent the development of an appropriate juristic approach towards statutes as a source of common law*».

[111] J. McCauley Landis, op. cit., 10.

[112] M.A. Eisenberg, op. cit., 13: «*The profession and the general community can also enter into the development of the common law through the legislature. This concept may seem paradoxical. After all, if the legislature has entered the picture a statutory rather than a common law rule must be in question. As a practical matter, however, the legislature often intervenes partially, by way of correction, in areas that it generally leaves to development by common law techniques. This corrective function is linked to discourse in the wider arena. Legislative correction is most likely to occur when the profession believes that a common law rule is unsound but cannot practicably or quickly be changed in the courts, or when wide criticism of a decision is expressed outside the profession*».

[113] J. McCauley Landis, op. cit., 25.

[114] J. Davies, op. cit., 7.

Da qui («*if statutes are to be made an integral part of the new common law fabric*»[115]), il ruolo fondamentale della legge nella definizione del diritto anglo-americano; ma anche la possibilità di estendere allo *statute law* il principio fondamentale («*treating like cases alike*»), che consente al giudice l'interpretazione evolutiva del *common law*[116].

Così che il significato concreto dello *statute law* non è quello ricavabile dal testo della legge, bensì quello che risulta dall'interpretazione del giudice, che in virtù dello *stare decisis* (che opera anche nell'interpretazione del diritto di formazione legislativa) diviene poi vincolante per ogni altro giudice che non sia a esso sovraordinato[117].

Si è, al proposito, sostenuto che «*la legge scritta viene a trovarsi in una specie di limbo e in uno stato di incertezza, fino a quando non sia intervenuto il giudizio interpretativo di un giudice*»[118]. E, quindi, il diritto giurisprudenziale si appropria di quello legislativo, facendolo vivere nella dimensione del *common law*[119]. Sicché, solo una nuova legge potrà, a quel punto, modificare la regola giurisprudenziale[120].

2.4. Il dialogo evolutivo.

A descrivere il disallineamento temporale tra i princìpi sociali e la legge scritta («*the persistence of law*»), Hart riferisce di una singolare vicenda processuale. Nel 1944 una donna inglese fu condannata per avere fatto delle profezie, sulla base di una legge del 1735 contro la stregoneria («*Witchcraft*

---

[115] G. CALABRESI, op. cit., 86: «*If there is a fabric of the law that defines, justifies and delimits judicial lawmaking, if statutes are a part of this total fabric of the law, and if courts are to perform their role of treating like cases alike, why should they fail to exercise common law powers over statutes?*». Sicché, si è al proposito affermato che *«il giudice si pone in effetti come legislatore; anzi, per l'esattezza, come il principale legislatore, giacché anche in materia di statute law, spetta a lui stabilire qual'è la legge; il sistema viene considerato in continua formazione, si direbbe "in the making"; non sussiste una linea di distinzioni tra fonti materiali e fonti formali»* (F. DE FRANCHIS, op. cit., 34).

[116] G. CALABRESI, op cit., 86.

[117] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 30: «*Although the North American practice of giving judgement in the form of elaborate discussions of previous cases is more like the English than the continental, the United States' Supreme Court and the appellate courts in the different states do not regard themselves as absolutely bound by their past decisions*».

[118] F. DE FRANCHIS, op. cit., 40.

[119] F. DE FRANCHIS, op. cit., 40: «*A questo proposito, va rammentato che i principi, i concetti fondamentali e le nozioni giuridiche che costituiscono il tessuto connettivo dell'ordinamento inglese vanno rintracciate nella common law*».

[120] F. DE FRANCHIS, op. cit., 39.

Act»)[121]. L'anacronismo dell'accusa fu a tal punto evidente che lo stesso primo ministro (Winston Churchill) scrisse una nota al ministro dell'interno, lamentandosi dell'uso improprio della giustizia per perseguire «*sciocchezze obsolete*»[122].

In effetti, l'intervento sempre più invasivo del legislatore nella definizione del contesto normativo ha fatto emergere all'interno della dogmatica anglo-americana un problema inedito (nemmeno immaginabile nella tradizione del *common law*): l'obsolescenza della norma. A intendere con ciò l'inattualità della regola definita da un modello normativo statico (*statute law*) rispetto alla consistenza attuale del *common law*, che è invece in continua evoluzione, sia pure con modalità incrementali, e dunque in un continuo collegamento tra passato e presente («*continuity and change*»). Così che il giudice è richiesto di essere creativo ogniqualvolta il legislatore sia inerte («*legislative inaction*»)[123].

Questa tensione (generata dalla forza attrattiva del *common law* sullo *statute law*, che pure – secondo la dogmatica – dovrebbe prevalere senz'altro sul diritto giurisprudenziale[124]) trova soluzioni inedite all'interno dell'ordinamento statunitense, là dove l'interazione opera tra diritto giurisprudenziale, legge scritta e Costituzione.

Una prima soluzione si basa sulla sostituzione del principio «*like cases should be treated alike*» (che – come si è scritto – è funzionale all'evoluzione incrementale del *common law* secondo il principio «*continuity and change*») con il suo equivalente costituzionale: la «*equal protection clause*» sancita dal XIV

---

[121] Court of King's Bench, *R. v Duncan*, [1944] K.B. 713.

[122] N. SHANDLER, *The Strange Case of Hellish Nell: The Story of Helen Duncan and the Witch Trial of World War II*, Cambridge, 2009, 3: «*Let me have a report on why the Witchcraft Act of 1735 was used in a modern Court of Justice. What was the cost of the trial to the state, observing that witnesses were brought from Portsmouth and maintained here in this crowed London for a fortnight, and the Recorder* [His Lordship Sir Gerald Dodson] *kept busy with all this obsolete tomfoolery*».

[123] A giustificare l'attività creativa del giudice, «*It is the failure or inability of the legislature to act where there is, nevertheless, a desperate need for creative lawmaking*» (C.D. BREITEL, *The Lawmakers, 22d Annual Benjamin N. Cardozo Lecture,* in *Colum. L. Rev.,* 1965, 777).

[124] J. DAVIES, op. cit., 203: «*The rules of our society come from a variety of lawmaking institutions which stand in a hierarchy of lawmaking authority. This means the rules made by each branch of government are open or closed to change by another branch according to the relative hierarchical rank of each. Thus, the rules of administrative agencies can be modified by the agency itself, by the courts, or by the legislature. Legal rules derived from judicial precedent can be changed by both courts and legislatures, but not by agencies. Higher still in the order of legal primacy are rules derived from legislative enactment, for they can be changed only by the legislature. Highest are constitutional law doctrines which, although enunciated by judges, derive their legal supremacy from the underlying authority of a written constitution*».

emendamento[125]. Così da risolvere ogni antinomia tra una legge scritta anacronistica e il *common law* nella sua attuale configurazione attraverso l'attivazione di un giudizio di legittimità costituzionale. Ciò che induce, tuttavia, a un'eccessiva sollecitazione dei princìpi costituzionali («*the flight to the Constitution*»), che rischia di svilire il loro ruolo all'interno dell'ordinamento[126].

Altra – più sofisticata, ancorché probabilmente ingannevole – tecnica si fonda sull'inazione del giudice («*passive virtues*»), che decide di non invalidare subito una norma di dubbia costituzionalità («*not necessarily unconstitutional but … sufficiently close to the constitutional line*»); ma evita altresì di legittimarla con l'affermazione della sua validità. E, quindi, rifiuta per il momento di applicarla, così da consentire al legislatore frattanto di modificarla, facendo tuttavia ricorso a teorie («*delegation of powers*», «*void for vagueness*», «*desuete*», «*strict interpretation*»), che sono state elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ad altri fini (la desuetudine e l'invalidità per indeterminatezza sono a garanzia della conoscibilità della norma, il principio di stretta interpretazione è a definizione dei confini tra il diritto scritto e il *common law*) e che perciò appaiono piuttosto richiamate in motivazione al solo fine di celare il reale obiettivo perseguito dal giudice, che è invece quello di smuovere il legislatore dalla sua inerzia con la minaccia dell'invalidazione della norma per incostituzionalità[127].

Il principale strumento di reazione del *common law* all'anacronismo legislativo è, però, l'interpretazione secondo i nuovi percorsi individuati dalla c.d. interpretazione funzionale della scuola di Harvard[128], che consente al giudice di interpretare la legge alla luce degli obiettivi che si era originariamente posto il legislatore («*to put itself in imagination in the position of the legislature which enacted the measure*»), tuttavia, adeguandola al nuovo contesto, ancorché, in questo modo, assegnandole eventualmente un significato differente da quello che essa in origine oggettivamente aveva, eppure senza violare (almeno formalmente) il fondamentale principio che impedisce al *common law* di occupare («*no trespassing, no lawmaking*»[129]) gli spazi già governati dal legislatore.

---

[125] F. DE FRANCHIS, op. cit., 696, la definisce come «*Una variante, sembra, del principio dell'eguaglianza di fronte alla legge*».

[126] G. CALABRESI, op. cit., 8.

[127] G. CALABRESI, op. cit., 3.

[128] H. HART – A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958.

[129] J. DAVIES, *A Response to Statutory Obsolescence,* cit., 213.

Quanto è bene rappresentato dalla giurisprudenza della Corte Suprema sul *Federal Employers Liability Act*.

Quando entrò in vigore (nel 1908) la legge era intesa a consentire ai dipendenti delle ferrovie una più agevole tutela risarcitoria, introducendo l'innovativo principio della proporzionalità della colpa («*comparative negligence*»), in sostituzione della regola di *common law* del concorso di colpa («*contributory negligence*»), che escludeva la risarcibilità del danno se vi avesse concorso, in una qualsiasi misura, anche la negligenza del danneggiato[130].

In questo modo, i lavoratori delle ferrovie godevano di una migliore tutela risarcitoria rispetto agli altri lavoratori che erano invece risarciti secondo le ordinarie norme del *common law*.

Con il passare del tempo, però, il *common law* (com'è nella sua natura) si è evoluto; in un primo momento, ripudiando l'anacronistico e ingiusto principio della *contributory negligence*: ma, poi, è addirittura andato oltre, introducendo ipotesi di responsabilità oggettiva («*liability without fault*») per l'esercizio di attività pericolose.

Si è posto, perciò, il problema della sopravvivenza del *Federal Employers Liability Act,* che – nel nuovo contesto ordinamentale definito dalle più moderne norme di *common law* – operava contronatura in pregiudizio dei lavoratori delle ferrovie, che la legge aveva originariamente voluto, invece, avvantaggiare.

Quantunque il *Federal Employers Liability Act*, obiettivamente, non fosse suscettibile di una differente interpretazione, tuttavia la giurisprudenza della Corte Suprema si consolidò nell'affermazione che la legge dovesse essere integrata e aggiornata con le norme di *common law*, assegnando pressoché tutte le controversie sugli infortuni sul lavoro alla decisione di una giuria[131].

In questo modo, tradendo il chiaro significato della legge, ma consentendole di assolvere alla sua originaria funzione[132].

Ciò che è descritta come una forzatura nell'opinione dissenziente del giudice Frankfurter nella sentenza *Ferguson v. Moore-McCormack Lines*[133], il quale obiettò che il rimedio a un sistema risarcitorio anacronistico non fosse l'uso discrezionale della potestà giurisdizionale nei singoli casi contro-

---

[130] La definizione di «*comparative negligence*» e «*contributory negligence*» e la spiegazione nei termini a noi noti si legge in F. DE FRANCHIS, op. cit., 507 e 563.

[131] Come riferisce J. RAZ, op. cit., 194, «*The common law holds that generally when it is best to develop the law progressively the job is best to be done by judges, whereas where it is best to let full discretion reign in each new case the matter is to be entrusted to the jury to inform its decision with the shifting views and attitudes prevailing in society*».

[132] G. CALABRESI, op. cit., 33.

[133] U.S. Supreme Court, *Ferguson v. Moore-McCormack Lines Inc.*, 352 U.S. 521 (1957).

versi per correggere – caso per caso – le disfunzioni della legge, dovendo piuttosto essere vinta l'inerzia del legislatore nel mantenere in vigore una legge arcaica e ingiusta, così da eliminare – una volta per tutte – l'iniqua antinomia normativa.

Come bene evidenziato da Calabresi quando si voglia leggere onestamente – senza ingannevoli finzioni – i repertori giurisprudenziali (tra le righe di motivazioni che pretendono di giustificarsi in ossequio alla tradizione quantunque tradendola nella sostanza), emerge con chiara evidenza che i giudici di *common law* si sono avventurati nell'esercizio di una nuova funzione in realtà legislativa, volendo essi individuare con la loro giurisprudenza le leggi scritte divenute obsolete, sollecitando un intervento legislativo di abrogazione/modificazione della norma non più adeguata ai mutati princìpi sociali e nemmeno supportata da una maggioranza parlamentare attuale (che, altrimenti, potrebbe sempre confermare nella sua vigenza la norma anacronistica)[134]. Così da definire un nuovo modello evolutivo del diritto («*the fabric of the law*»), nel quale individuare il confine tra il potere legislativo e quello giudiziario («*the traditional legislative-judicial balance*») attraverso la giusta allocazione dell'onere di superare l'inerzia del sistema, in una logica di pesi e contrappesi che persegua al contempo la continuità e il cambiamento[135]. In questo modo, il giudice costringe il legislatore a un dialogo franco – quale alternativa all'attivazione altrimenti di un giudizio di legittimità costituzionale –, necessario a espungere la norma obsoleta dall'ordinamento, in ragione del suo contrasto (perpetuato dall'inerzia del legislatore) con i princìpi fondanti dell'ordinamento nella sua attuale conformazione.

Nella teoria di Calabresi, i giudici sono, dunque, chiamati a gestire l'inerzia del legislatore. Essi, attraverso la minaccia di invalidare una norma anacronistica («*blackmailing*»), costringono il legislatore a riconsiderare la vecchia legge. Tuttavia, i giudici non si sostituiscono al legislatore (la costituzione non glielo permetterebbe). Sicché, qualora il legislatore riproponga la norma che la giurisprudenza considera inadeguata («*out of phase*») – in questo modo ponendo fine alla sua inerzia – viene conseguentemente smentita l'ipotesi giurisprudenziale che la norma disarmonica fosse anche anacronistica («*did not fit the legal landscape*»), giacché in realtà appare piuttosto in linea con i prevalenti princìpi della società, che la maggioranza parlamentare rappresenta. E, dunque, era solo apparentemente obsoleta, essendo anzi in linea con le aspettative della società, come manifestate dai suoi rappresentanti elettivi[136]. Così che, a quel punto, eventualmente vi è solo la pos-

---

[134] G. CALABRESI, op. cit., 3.
[135] G. CALABRESI, op. cit., 82.
[136] G. CALABRESI, op. cit., 121.

sibilità di traslare il contrasto sul piano della legittimità costituzionale della legge, essendo sempre riservato al giudice il potere di invalidare la norma incostituzionale[137].

L'esercizio da parte dei giudici di questa funzione sostanzialmente legislativa (a promuovere la modifica di una legge obsoleta) trova la sua giustificazione costituzionale («*legitimacy*») in un'implicita delega di poteri da parte del legislatore[138].

Quale che sia la sua giustificazione, si tratta di quel medesimo esercizio del potere giurisdizionale (la verifica della corrispondenza della norma con i princìpi sociali che definiscono l'ordinamento in un determinato periodo storico nella rappresentazione di una durevole volontà popolare) che il giudice esercita tradizionalmente sul *common law*. Quanto richiede al giudice l'esercizio di quel medesimo modello di giudizio – basato sulle distinzioni e sulle analogie («*like cases should be treated alike*») – che gli consente di fare evolvere il diritto giurisprudenziale attraverso il fondamentale principio di «*continuity and change*». E, in entrambi i casi (il ruolo tradizionale del giudice nella evoluzione del *common law* e il nuovo modello dei poteri giurisdizionali a promuovere la modifica dello *statute law*), è sempre il potere legislativo che ha l'ultima parola, essendo comunque consentito al legislatore di ribaltare la giurisprudenza che fosse, in realtà, l'effetto di una falsa percezione da parte del giudice delle sollecitazioni della società, che solo la maggioranza parlamentare ha la legittimazione costituzionale di rappresentare[139].

Ora, si può anche non convenire con la teoria di Calabresi[140], tuttavia, la sua ricostruzione dogmatica di una giurisprudenza disorganica non è altro che la rappresentazione di un'innegabile realtà fattuale (sia pure dissimulata con espedienti argomentativi)[141]. Vi è, invero, evidenza del fatto che i giudici promuovono senz'altro la modifica delle leggi obsolete, attraverso un

---

137 U. S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

138 C.D. BREITEL, op. cit., 777: «*Legislative inaction, total or partial, in a troubled area, may indicate a rejection of proposal; or it may indicate a warrant to the courts to exercise the traditional common law responsibility of piercing out, case by case, the necessary legal innovation*».

139 G. CALABRESI, op. cit., 116.

140 W.M. TREANOR – G.B. SPERLING, *Prospective Overruling and the Revival of "Unconstitutional" Statutes*, in *Colum. L. Rev.*, 1993, 1948, riferiscono che «*Calabresi's theory has been generously praised, and it has at the same time sparked significant criticism*».

141 G. CALABRESI, op. cit., 166: «*If the courts and legislature openly accept this common law function as appropriate to the age of statutes, they will be recognizing some significant changes in our legal-political system. But they will only be recognizing the changes, not making them. The statutorification and the concomitant tendency toward obsolescence of American law have already occurred. So have the judicial reactions to these changes. What remains to be done is only the taking of the last step, the seeing of the world as it is, and the giving of a name to what is already happening in indirect and often careless ways*».

continuo confronto con il legislatore. Talvolta attraverso la declinazione del principio «*like cases should be treated alike*» nel suo equivalente costituzionale – la «*equal protection clause*» –, così da prospettare la possibilità dell'invalidazione della norma disarmonica («*the flight to the Constitution*»). In altri casi, rifiutando di applicare la norma anacronistica nel richiamo a teorie («*delegation of powers*», «*void for vagueness*», «*desuete*», «*strict interpretation*») senz'altro riconosciute, ma immaginate per altre finalità («*passive virtues*»). In altre vicende, ancora, approfittando degli spazi di manovra che il giudice conquista attraverso un uso abnorme della c.d. interpretazione funzionale, immaginata a tutela degli obiettivi che originariamente si era prefissato il legislatore.

È proprio la contaminazione reciproca tra giurisprudenza e legge (quel dialogo continuo tra i giudici e il legislatore) che consente, attraverso un ininterrotto movimento circolare, di realizzare la «*continuity and change*» del diritto: i giudici creano il *common law* facendosi interpreti dei princìpi sociali; il legislatore modifica il diritto giurisprudenziale in risposta alle nuove sollecitazioni della società; i giudici manipolano la legge obsoleta perché non più in accordo con il *common law* nella sua continua evoluzione incrementale e altresì non più giustificata da una attuale volontà legislativa; il legislatore rettifica l'intervento giurisprudenziale che la maggioranza parlamentare – e dunque la società che essa rappresenta in un determinato momento storico – non condivide.

2.5. L'uso proattivo della giurisdizione.

Il modello evolutivo di Calabresi (o, comunque, la giurisprudenza disorganica che egli riconduce a sintesi[142]) è di estremo interesse per spiegare il *prospective overruling*.

D'interesse non è tuttavia la tecnica (ben nota e forse proprio perciò abusata), quanto piuttosto la descrizione del meccanismo evolutivo nell'ordinamento giuridico in cui essa è stata ideata, è normalmente utilizzata e si è continuamente evoluta.

Quanto consente di individuare e descrivere la dogmatica che la giustifica, e quindi anche di tratteggiare i limiti entro i quali è lecito far ricorso alla modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze, che – per assolvere alla

---

[142] G. CALABRESI, op. cit., 147: «*So the need to keep law current helps explain why courts have been asserting, and commentators have been urging, new models of deciding which enhance judicial capacity to act prospectively and hence aggressively*».

loro funzione[143] – sarebbero ordinariamente destinate a retroagire al tempo in cui risalgono i fatti da cui ha tratto origine la controversia.

Il modello evolutivo descritto da Calabresi[144] si regge sull'osservazione del dialogo continuo tra i giudici (al plurale, perché non è il singolo giudice a creare il diritto, bensì l'insieme della giurisprudenza[145]) e il legislatore nella formazione della norma[146]: sono i giudici che si fanno interpreti della necessità di cambiamento avvertita nella società[147]; mentre spetta al legislatore di correggere eventualmente la nuova regola giurisprudenziale con una legge successiva[148], ogniqualvolta l'*overruling* sia incongruente rispetto ai princìpi sociali erroneamente interpretati dai giudici[149].

Un esempio tratto dalla giurisprudenza è utile a descrivere il modello di sviluppo incrementale del *common law* attraverso il dialogo continuo tra giudici e legislatore.

---

[143] È piuttosto ovvio quanto afferma J. DAVIES, op. cit., 215: «*Retroactive change by judicial decision is justified as an inducement to litigators to challenge established rules which ought to be changed. If the judicial branch instead applied a rule of non-retroactivity, making its overruling of old law prospective only, the chief incentive to battle in the courtroom against defective rules would be destroyed*».

[144] G. CALABRESI, op. cit., 111: «*It may be well to reemphasize here that the accretional nature of judicial lawmaking remains a safeguard when courts are dealing with statutes. If a court modifies or begins to update a statutory rule, without thereby replacing it with a full-blown substitute, its misjudgments can readily be rejected or limited by later courts as they work out the new rule*».

[145] G. CALABRESI, op. cit., 94: «*judicial lawmaking takes places in case-by-case situations and therefore is of necessity accretional, incremental, and the product of many judges*».

[146] F. DE FRANCHIS, op. cit., 17, osserva al proposito che «*il legislatore britannico si distingue per una sorprendente attività che ... si traduce in una serie numerosissima e disparata di caratteristici atti legislativi casistici e frammentari, non di rado parafrasi di decisioni giurisprudenziali, emblematica dell'evoluzione continua del diritto ad opera del giudice, in un rapporto tra legge scritta e giurisprudenza privo di equivalenza negli ordinamenti di civil law*».

[147] M.A. EISENBERG, op. cit., 9: «*It is not enough that the rules that a court establishes and applies are objective in the sense that they are universal. These rules should also be supported by general standards of the society or the special standards of the legal system. In this respect a court differs from a legislature, which can appropriately adopt legal rules that do not have such support … In terms of social function, the courts are the institution to which a person is entitled to go to resolve a dispute deriving from a claim of right based on the existing standards of the society or its legal system. Therefore, it is those standards from which the courts should reason when they resolve disputes … In contrast, the primary function of the legislature is to make rules to govern the future, and for the future the best course may be to alter existing standards*».

[148] G. CALABRESI, op. cit., 100: «*We are, after all, still talking about conditional rules and burdens of inertia, to be overcome by legislative bodies with whatever ease we wish to establish*».

[149] G. CALABRESI, op. cit., 113: «*When statutes were few, and courts ignored them in defining the legal landscape, courts did not need to worry about what a majority might wish and could simply fit each case in the evolving framework. Increasingly, however, it seems that courts are relying on their sense of what the majority wants to define the outward boundaries of their lawmaking. Why strike down a common law rule that seems not to fit if the legislature is sure to re-enact it? Why develop a common law rule, to fill out the fabric, if it will immediately be abrogated by the people's representative?*».

Nella sentenza *Califano v. Goldfarb*[150] era in discussione il diritto dei vedovi di ottenere prestazioni previdenziali equivalenti a quelle garantite alle vedove. E ciò in ragione di una legge che differenziava esplicitamente le due situazioni. Il *Social Security Act* prevedeva, infatti, che le vedove avessero senz'altro diritto alle prestazioni previdenziali in ragione dei contributi versati dal marito defunto, mentre i vedovi non avevano alcun diritto previdenziale, a meno che dimostrassero che dipendevano economicamente dalla moglie all'epoca del suo decesso. La Corte Suprema concluse che la legge contrastava con il principio di non discriminazione («*Equal protection clause*»). Ma, al proposito, furono espresse opinioni divergenti. Quattro giudici ritennero che la discriminazione colpisse le donne lavoratrici, perché i loro contributi previdenziali non valevano quanto quelli dei lavoratori maschi. E affermarono che l'unica concepibile giustificazione di quella differenziazione fosse «*based simply on an archaic and overbroad generalization*». Altri quattro sostennero, invece, che la differenziazione si giustificava quale misura compensativa della situazione di svantaggio della donna nella nostra società e che non potesse leggersi in ciò una discriminazione a danno delle donne lavoratrici. Il contrasto fu risolto dalla «*telling opinion*» del giudice Stevens, che affermò di essere d'accordo con chi riteneva che la legge fosse semmai in discriminazione a danno degli uomini, ma sostenne tuttavia che quella discriminazione si fondasse su null'altro che un tradizionale modo di pensare il ruolo della donna nella società, concludendo dunque che una simile discriminazione di genere fosse inammissibile perché basata su di un anacronistico stereotipo. Nondimeno egli affermò, altresì, che se il Congresso avesse in futuro approvato quella stessa legge con una inequivocabile volontà di ripristinare la differenziazione, egli avrebbe aderito alle argomentazioni dei giudici dissenzienti e avrebbe, allora, votato a favore della difesa di quella legge.

Nel dubbio sull'effettiva volontà del legislatore di mantenere in vita una norma anacronistica che appariva non più aderente ai nuovi orientamenti sociali e costituzionali sulle discriminazioni di genere e che induceva al sospetto che la vecchia legge fosse rimasta in vigore solo in conseguenza dell'inerzia del legislatore, il giudice Stevens ha, dunque, ritenuto che dovesse essere il Congresso a valutare nuovamente la questione, assumendosi eventualmente la responsabilità costituzionale di riaffermare l'anacronistica regola, anche nel differente contesto sociale[151].

Quanto, appunto, rappresenta il corretto meccanismo di dialogo giudi-

---

[150] U.S. Supreme Court, *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977).

[151] G. CALABRESI, op. cit., 10.

ci/legislatore nell'aggiornamento incrementale del *common law* ai mutevoli princìpi sociali: il giudice assume l'iniziativa di dirozzare l'ordinamento dalle norme obsolete, ma l'ultima parola spetta comunque al legislatore, che può sempre confermare nella sua vigenza una norma, quantunque appaia ai giudici inopportuna (perché non più adeguata al *common law*, come si è frattanto evoluto).

Altra sarebbe stata, ovviamente, la conclusione qualora la Corte Suprema avesse ritenuto la legge non solo inadeguata perché non in linea con il *common law* nella sua attuale consistenza, bensì altresì in contrasto con i principi costituzionali[152]. In questo caso, la declaratoria dell'illegittimità costituzionale della norma avrebbe assegnato l'ultima parola al giudice, impedendo ogni futuro ripensamento del legislatore[153]. E, in effetti, questo avrebbe potuto essere l'esito della sentenza *Califano v. Goldfarb*[154], nella quale erano coinvolte questioni di discriminazione di genere, la cui conformità con il principio costituzionale di eguaglianza (la «*Equal protection clause*» sancita dal XIV emendamento) era opinabile.

Ciò che bene rappresenta il fattore coercitivo del dialogo tra giudici e legislatore, in una dinamica di pesi e contrappesi (la minaccia della declaratoria di illegittimità costituzionale costringe il legislatore a un rapporto franco con i giudici), che – com'è noto – rappresenta la migliore realizzazione della dimensione democratica di un ordinamento.

È proprio la contaminazione reciproca tra giurisprudenza e legge (quel dialogo continuo tra i giudici e il legislatore) che consente, attraverso un ininterrotto movimento circolare, di realizzare la «*continuity and change*» del diritto: i giudici creano il *common law* facendosi interpreti dei princìpi sociali,

---

[152] F.A. HAYEK, *The Constitution,* cit., 269, descrive il rapporto tra la legge e la Costituzione in questi termini: «*Because of the restricted capacity of our minds, our immediate purposes will always loom large, and we will tend to sacrifice long-term advantages to them. In individual as in social conduct we can therefore approach a measure of rationality or consistency in making particular decision only by submitting to general principles, irrespective of momentary needs … It need hardly be pointed out that a constitutional system does not involve an absolute limitation of the will of the people but merely a subordination of immediate objective to long-term ones*». Una volta che si sia individuata la linea di distinzione tra norme costituzionali e norme ordinarie nel periodo temporale di riferimento (breve/lungo termine) dei princìpi sociali che esse tutelano, diviene ancora più evidente il rapporto circolare tra giudice (che individua l'obsolescenza della legge in relazione ai princìpi sociali del momento) legislatore (la maggioranza parlamentare che in un sistema democratico rappresenta la società) e Costituzione (che definisce i princìpi sociali di lungo periodo). Ciò che consente all'ordinamento giuridico («*the fabric of the law*») di evolversi in allineamento alle continue modifiche della società, in una logica di continuità.

[153] G. CALABRESI, op. cit., 11.

[154] U.S. Supreme Court, *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977).

il legislatore modifica il diritto giurisprudenziale in risposta alle nuove sollecitazioni della società, i giudici manipolano la legge obsoleta perché non più in accordo con il *common law* nella sua continua evoluzione incrementale e altresì non più giustificata da una attuale volontà legislativa, il legislatore rettifica l'intervento giurisprudenziale che la maggioranza parlamentare – e dunque la società che essa rappresenta in un determinato momento storico – non condivide.

Si consideri, infine, che il rapporto tra la giurisprudenza e la legge (così come dinanzi tratteggiato) si definisce, altresì, attraverso il principio di «*strict interpretation*», che consente al giudice di sminuire l'efficacia innovativa della legge (*statute law*) derogatoria del *common law*[155]. Sicché, quel tanto che non è attribuito al perimetro della norma scritta è riassegnato alla vigenza del *common law*. Ciò che consente alla giurisprudenza di riassorbire, col tempo, lo *statute law* all'interno del *common law*[156].

2.6. La discrezionalità giudiziale.

Il concreto atteggiarsi del modello evolutivo del *common law* esclude che il giudice possa attingere a canoni metagiuridici per inventare un precetto prima inesistente («*ars combinatoria*»); piuttosto il giudice scopre una norma che già esiste all'interno dell'ordinamento («*ars inveniendi*»)[157].

Quanto non esclude, tuttavia, la discrezionalità del giudice e, dunque, l'imprevedibilità dell'esito del giudizio (che nella dinamica evolutiva del *common law* significa anche impossibilità di conoscere *ex ante* la norma)[158].

---

[155] G. CALABRESI, op. cit., 4 e 15, il quale però riferisce altresì che «*the technique of reading strictly statutes in derogation of the common law had fallen into disuse – in part because of the devastating criticism by scholars of its abuse*».

[156] J. DAVIES, op. cit., 204, – in una prospettiva *de iure condendo* – riferisce di un suo progetto di legge («*Non-primacy of Statutes Act*») per lo Stato del Minnesota, nel quale egli aveva suggerito di prevedere che «*Under this bill each statute matures, twenty years after its enactment, into something comparable to a principle of common law*». Ciò che, tuttavia, non avrebbe sovvertito l'ordinamento costituzionale, perché la riforma di una legge obsoleta da parte della giurisprudenza «*is likely to end when the legislature, responding to judicial reformation of the old statute, again steps into the field by either confirming, modifying, or rejecting those policies reflected in the judicial actions*». Così che l'ultima parola in argomento è, pur sempre, assegnata al legislatore. G. CALABRESI, op. cit., recupererà più tardi quell'idea in una prospettiva *de iure condito*, elaborando una innovativa teoria generale sull'obsolescenza degli atti legislativi.

[157] F. GALGANO, op. cit., 84.

[158] T. BINGHAM, op. cit., 48, riferisce che «*Dicey was adamantly opposed to the conferment of discretionary decision-making power on officials. This, he believed, opened the door to arbitrariness, which is the*

Ciò è soprattutto vero con riferimento agli Stati Uniti, dove la Corte Suprema ha interpretato la Costituzione con approccio indubbiamente creativo[159] (come disse uno dei suoi presidenti: «*the Constitution is what the courts say it is*»[160]); ma così è anche in Inghilterra, sia pure tra le righe di una dogmatica che è ancora fondata sul principio blackstoniano, che assegna al giudice il compito di «*find out what the law is* [not] *what the law ought to be*»[161].

Al proposito, Hart «*invita a riconsiderare la rappresentazione di un ordinamento giuridico interamente, o anche solo principalmente, composto da regole. Indubbiamente i giudici danno forma ai loro giudizi per dare l'impressione che le loro sentenze siano la necessaria conseguenza di regole predeterminate il cui significato è saldo e chiaro. In casi molto semplici può essere così; ma nella stragrande maggioranza delle cause discusse nei tribunali, né le leggi scritte né il diritto giurisprudenziale in cui le regole sarebbero contenute consentono un unico risultato. Nei casi più importanti c'è sempre una scelta. Il giudice deve scegliere tra alternativi significati da attribuire alle parole di una legge o tra concorrenti interpretazioni della portata di un precedente. È solo la tradizione secondo cui i giudici 'trovano' e non 'fanno' il diritto che nasconde ciò, e rappresenta le loro decisioni come se fossero semplici deduzioni da preesistenti regole di chiaro contenuto senza interferenze del giudice nella scelta. Le norme giuridiche possono avere un nucleo centrale di significato evidente, e in alcuni casi può essere difficile immaginare che insorga una*

---

antithesis of the rule of law», e riferisce altresì che, in questa prospettiva, Lord Shaw in Scott v. Scott (1913), AC 417, affermò: «*To remit the maintenance of constitutional right to the region of judicial discretion is to shift the foundations of freedom from the rock to the sand*». Egli, tuttavia, sostenne che «*The rule of law does not require that official or judicial decision-makers should be deprived of all discretion, but it does require that no discretion should be unconstrained so as to be potentially arbitrary*».

[159] Da intendersi qui nel suo significato «*improprio o debole*», nella distinzione di L. FERRAJOLI, op. cit., 22. Come sostiene C. NELSON, op. cit., 13, «*common law decision-making is less analogous to legislation than a species of interpretation*».

[160] C. EVANS HUGHES, *Addresses and Paper 1906-1916*, New York, 1916, 185 (così citato in W. FRIEDMANN, *Limits of Judicial Law-making and Prospective Overruling*, in *Mod. L. Rev.*, 1966, 21).

[161] Dichiarazione del Lord Chancellor W.A. Jowitt alla *Australian Law Convention* del 1951 (riportata in E. MCWHINNEY, *Judicial Review in the English-speaking World,* Toronto, 1965): «*there was a time when the earth was void and without form, but after these hundreds of years the law of England, the common law, has at any rate got some measure of form in it … The problem is not to consider what social and political conditions of to-day require; that is to confuse the task of the lawyer with the task of the legislator. It is quite possible that the law has produced a result which does not accord with the requirements of to-day. If so, put it right by legislation, but do not expect every lawyer, in addition to all his other problems, to act as Lord Mansfield did and decide what the law ought to be. He is far better employed if he puts himself to the much simpler task of deciding what the law is*». Egli, quindi, conclude con l'esortazione: «*Please do not get yourself into the frame of mind of entrusting to the judges the working out of a whole new set of principles which does accord with the requirements of modern conditions. Leave that to the legislature, and leave us to confine ourselves to trying to find out what the law is*».

controversia sul significato di una regola … Tuttavia, tutte le norme hanno una penombra di incertezza quando il giudice deve scegliere tra alternative»[162].

Escluso che il giudice possa con la sua volontà concorrere a formare la norma attingendo a canoni extralegali[163], vi è però che in alcuni casi inevitabilmente la soluzione della controversia richiede l'applicazione di norme di contenuto vago, che richiamano a definire la fattispecie normativa princìpi giuridici. E, quando vi è da attingere ai princìpi per assegnare un contenuto concreto a una norma di vago significato, vi è sempre da assegnare agli stessi un valore relativo (impossibile da stabilire a priori, ma piuttosto valutato *ex post facto*), dovendo i princìpi essere bilanciati gli uni con gli altri, al fine di individuare la soluzione meglio adatta (equilibrata) a soddisfare l'esigenza di giustizia emergente nel caso concreto[164].

Anche nel *common law* vi è, dunque, il problema della discrezionalità giudiziale e la sua relazione con modelli di giudizio non suscettibili di meccanica applicazione[165].

---

[162] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 12; nell'originale si legge: «... *invites us to reconsider the view that a legal system wholly, or even primarily, consists of rules. Not doubt the courts so frame their judgments as to give the impression that their decisions are the necessary consequence of predetermined rules whose meaning is fixed and clear. In very simple cases this may be so; but in the vast majority of cases that trouble the courts, neither statutes nor precedents in which the rules are allegedly contained allow of only one result. In most important cases there is always a choice. The judge has to choose between alternative meanings to be given to the words of a statute or between rival interpretations of what a precedent 'amounts to'. It's only the tradition that judges 'find' and not 'make' law that conceals this, and presents their decisions as if they were deductions smoothly made from clear pre-existing rules without intrusion of the judge's choice. Legal rules may have a central core on undisputed meaning, and in some cases it may be difficult to imagine a dispute as to the meaning of a rule breaking out … Yet all rules have a penumbra of uncertainty when the judge must choose between alternative*».

[163] C. NELSON, op. cit., 7: «*Like Justices Rehnquist and Scalia, I am reluctant to interpret either the Constitution or the typical federal statute as giving federal courts sweeping authority to invent new rules of decision out of whole cloth, even in the service of the policies establish by the Congress. Nonetheless, I see a substantial role for certain types of federal common law in area of federal preemption, because I don't think that modern federal courts are inventing rules of decision out of the whole cloth whenever they articulate and apply any legal doctrines that have not been codified*».

[164] L. FERRAJOLI, op. cit., 32, critica la conclusione, perché «*non rispettosa del principio di legalità e della separazione dei poteri, la ponderazione, in caso di concorso di princìpi tra loro in conflitto, avrebbe come oggetto i princìpi medesimi e comporterebbe perciò la disapplicazione del principio, per esempio un determinato diritto fondamentale, valutato meno pesante pur se in astratto applicabile, rispetto a quello ritenuto prevalente perché più pesante e perciò concretamente applicato*». Egli ritiene, piuttosto, che in questi casi il ragionamento giudiziario sia basato, «*anziché sulla ponderazione dei princìpi, sulla valutazione e sulla ponderazione equitativa delle circostanze fattuali del caso sottoposto al giudizio ai fini della decisione se sussumerlo o meno nella sua premessa giuridica*».

[165] J. KENNETH KRESS, op. cit., 372: «*If a case is not clearly covered by rules, whether due to vagueness, conflicting rules, or a gap, the case is not covered by "the law". The judge must exercise his discretion,*

Quanto costituisce uno degli aspetti più controversi della *rule of law*[166].

Al proposito, il giudice Scalia sostenne che «*the rule of law requires a law of rules*»[167]; volendo con questo escludere la discrezionalità di giudizio che inevitabilmente consegue all'applicazione dei princìpi. E si è persino descritto il declino della *rule of law* come conseguenza diretta della introduzione nella legislazione e nella giurisdizione di concetti giuridici indeterminati[168]. Tutto ciò a perpetuare l'insegnamento di Dicey[169] nell'affermazione dell'incompatibilità della discrezionalità (perché espressione di un potere arbitrario) con i fondamenti della *rule of law*[170].

---

creating new law and applying it retroactively to the case ad hand». Nondimeno, anche in simili circostanze, l'affermazione che il giudice crea la norma è da intendersi in senso improprio (creativo in quanto discrezionale). In realtà, *«At this point judges may again make a choice which is neither arbitrary not mechanical; and here often display characteristic judicial virtues, the special appropriateness of which to legal decision explain why some feel reluctant to call such judicial activity 'legislative'. These virtues are: impartiality and neutrality in surveying alternative; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern deploy some acceptable general principle as reasoned basis for decision. No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be demonstrated that a decision is uniquely correct: but it may be made acceptable as the reasoned product of informed impartial choice. In all this we have the 'weighing' and 'balancing' characteristic of the effort to do justice between competing interests»* (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. 205).

166 J. WALDRON, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in AA.VV., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021, 125: «*The rule of law requires certainty in the way a society is governed … But does the rule of law require clarity in form of mechanically applicable rules, such as numerical speed limits? Does it preclude the use of what jurist call standards, like the prohibitions of "excessive" bail, "cruel" punishments, and "unreasonable" searches and seizure in the American Bill of Rights? Some say no*».

167 A. SCALIA, op. cit., 1175, sostiene che «*The Equal Protection Clause epitomizes justice more than any other provision of the Constitution. And the trouble with the discretion-conferring approach to judicial law-making is that it does not satisfy this sense of justice very well*».

168 F.A HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, 1972, 78.

169 A.V. DICEY, op. cit., 120: «*rule of law ... means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else*».

170 A intenderla come «*an authority conferred by law to act in certain conditions or situations in accordance with an official's or an official agency's own considered judgment and conscience. It is an ideal of morals belonging to the twilight zone between law and morals*» (R. POUND, *Criminal Justice in America*, New York, 1930, 926). Ma, come avverte, F.A. HAYEK, *The Constitution,* cit., 321, «*The discussion of this problem has been obscured by a confusion over the meaning of the term "discretion". We use the word first with regard to the power of the judge to interpret the law. But authority to interpret a rule is not discretion in the sense relevant to us. The task of the judge is to discover the implications contained in the spirit of the whole system of valid rules of law or to express a general rule, when necessary, what was not explicitly stated previously in a court of law of by the legislator. That this task of interpretation is not one in which the*

Una (angusta) prospettiva che pare tuttavia condannare la *common law* all'obsolescenza[171].

Dworkin afferma, di contro, che è piuttosto la cogenza dei princìpi a escludere la discrezionalità giudiziaria. Egli fonda la sua teorica su quattro assunti: (i) la differenza tra norme e princìpi (le norme non confliggono tra loro e sono applicate secondo la logica vero/falso: una sola di esse è correttamente invocata nella vicenda controversa; i princìpi confliggono tra loro e il loro conflitto è risolto attraverso la valutazione comparativa della loro importanza e rilevanza, e, quindi, la loro applicazione non consegue come effetto automatico dalle premesse); (ii) le norme di legittimazione («*rule of recognition*») non si applicano ai princìpi; (iii) i princìpi fanno, dunque, parte del diritto a prescindere da un loro riconoscimento esplicito; (iv) i giudici applicano sia le norme sia i princìpi. Da qui egli deriva la critica al positivismo, sull'assunto che l'esclusione dei princìpi dal perimetro del diritto positivo impedisce al giudice di risolvere situazioni non definite da un precedente («*hard cases*») nell'applicazione della legge, in tal modo legittimandolo ad attingere ad altri standard sulla base di sue valutazioni discrezionali, queste sì, in effetti, arbitrarie ed *ex post facto*[172].

Una volta che si riduca la *rule of law* al suo tratto essenziale – la norma deve consentire all'individuo di conoscere *ex ante* come la sua condotta sarà valutata *ex post facto* dal giudice, così da consentirgli di agire e di interagire in modo consapevole con altri individui nel perseguimento degli obiettivi che egli ha liberamente scelto[173] – è innegabile che contrasta con essa una norma che, quantunque non retroattiva, sia tuttavia definita (in modo incerto) da un concetto giuridico indeterminato[174].

---

judges have discretion in the sense of authority to follow his own will to pursue particular concrete aims appears from the fact that his interpretation of the law can be, and as a rule is, made subject to review by another such body that needs to know only the existing rules and the fact of the case is probably the best test as to whether a decision is bound by rule or left to the discretion of the judge's authority. A particular interpretation of the law may be subject to dispute, and it may sometimes be impossible to arrive at fully convincing conclusion; but this does not alter the fact the dispute must be settled by an appeal to the rules and not by a simple act of will».

[171] K. CULP DAVIS, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, 1969, 27 ss.

[172] J. KENNETH KRESS, op. cit., 377.

[173] C. SAMPFORD, *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006, 62.

[174] J. KENNETH KRESS, op. cit., 373: «*Dworkin's criticism of legal positivism is based on the claim that the retroactive applications of law resulting from the positivist doctrine of discretion make it difficult to justify the use of the state's coercive power. Dworkin argues that Hart's doctrine of judicial discretion entails that judges legislate in hard cases, thereby creating new rights and they applying those rights retroactively to the case at hand. Dworkin asserts that if this account of adjudication in hard cases are correct, the use of the coercive mechanism of the state to enforce those judgments would be not only unjustified but unjust*».

Dworkin elude la questione, affermando che vi sarebbe una sola risposta giusta («*a single right answer*»), anche nell'applicazione di un principio, dovendo comunque il giudice attingere al contesto giuridico («*the legal landscape*»), dal quale la soluzione anche dei casi non risolvibili con l'applicazione delle norme («*hard cases*») discenderebbe sempre quale logica conseguenza[175].

Sennonché, l'argomento non elimina l'imprevedibilità *ex ante* (al momento dell'azione) della regola giuridica, perché bisogna considerare che le norme («*settled laws*»), che concorrono a definire il contesto giuridico («*the legal landscape*»), sono in continua evoluzione, e, perciò, non vi è una sola risposta giusta («*a single right answer*»), bensì differenti risposte giuste a seconda del momento in cui la controversia è decisa.

Quindi, la teoria di Dworkin non elimina il problema dell'imprevedibilità della decisione[176].

Tuttavia, è innegabile che vi può essere libertà nel rispetto della legge (ciò che costituisce il codice genetico della *rule of law* e il tratto caratteristico del diritto proattivo) solo se la legge è un insieme astratto di regole stabilite *ex ante* senza considerare che esse saranno applicate a una individuata persona in relazione a una vicenda specifica in cui essa è coinvolta[177].

Una legge deve consentire di rendere prevedibile la sua applicazione[178].

Come insegna Blackstone: «*Una mera risoluzione, rimasta nell'intimo del legislatore, senza manifestarsi all'esterno con qualche segno, non potrà mai essere propriamente una legge. È, quindi, necessario che questa risoluzione sia resa conoscibile alle persone che la devono obbedire, con adeguati strumenti di pubblicità ... non come fece Caligola che scrisse le sue leggi con caratteri minuscoli e le appese sopra alte colonne; un modo assai efficace per ingannare il popolo. C'è un metodo ancora più assurdo, vale a dire fare leggi ex post facto; quando, dopo che un'azione* [di per sé irrilevante] *è compiuta, il legislatore per la prima volta la dichiara illegale, e infligge punizioni a chi l'ha commessa; in questo caso è impossibile che il suo autore potesse prevedere che un'azione, legale quando fu compiuta, divenisse poi illegale per l'effetto di una legge successiva; egli non*

---

175 R.M. DWORKIN, *Taking,* cit.

176 J. KENNETH KRESS, op. cit., 380: «*Often, if not always, the settled law will change between the occurrence of events being litigated and their eventual adjudication. In consequence, a litigant's rights will sometimes also be changed. If changes in the settled law change the dispositive legal right, a litigant who would have prevailed given the legal rights exiting at the time of the occurrence will lose because he no longer has that right at the time of adjudication*».

177 F.A. HAYEK, *The Road*, cit., 72.

178 T. BINGHAM, op. cit. 41, afferma al proposito che «*The length, elaboration and prolixity of some common law judgements … can in themselves have the effect of making the law to some extent inaccessible*».

aveva perciò ragione di non commetterla; e tutte le punizioni per non avere desistito sono di conseguenza crudeli e ingiuste. Tutte le leggi devono perciò essere efficaci solo per il futuro, ed essere rese conoscibili prima che abbiano effetto»[179].

Nondimeno, la *rule of law* è uno dei valori che un ordinamento deve soddisfare.

Probabilmente, il più importante.

Ma, certo, non l'unico[180].

Donde, la necessità di conciliare quel valore (la *rule of law*) con gli altri che concorrono a definire nel loro insieme un ordinamento come giusto. E – come accade ogniqualvolta si debbano conciliare valori con traiettorie divergenti – non è possibile la piena applicazione di uno di essi annullando gli altri; bensì vi è da accettare che di essi si abbia solo una parziale realizzazione. Quanto consente di (meglio sarebbe dire obbliga ad) accettare che una legge realizzi l'ideale della *rule of law* soltanto in una certa misura.

Quindi, anche ad ammettere che la *rule of law* sia (non solo un ideale, bensì) un principio normativo[181] e la sua trasgressione consenta dunque di invalidare una norma, non si può escludere che una norma sia, in una qualche misura, retrospettiva e di incerta applicazione giurisprudenziale («*fuzzy truths*»), quando ciò sia necessario a perseguire obiettivi di giustizia sostanziale.

È, dunque, da escludere che la sentenza sia sempre la meccanica applicazione di una regola chiara, precisa e inequivocabile, dovendosi piuttosto, realisticamente, ammettere il ruolo, talvolta, creativo del giudice (l'interpretazione valutativa dei concetti giuridici indeterminati[182]).

---

[179] W. BLACKSTONE, op. cit., 46; nell'originale si legge: «*Because a bare resolution, confined in the breast of the legislator, without manifesting itself by some external sign, can never be properly a law. It is requisite that this resolution be notified to the people who are to obey it … in the most public and perspicuous manner; not like Caligula, who … wrote his laws in very small character, and hung them up upon high pillars, the more effectually to ensnare the people. There is still a more unreasonable method than this, which is called making of laws ex post facto; when after an action [indifferent in itself] is committed, the legislator then for the first time declares it to have been a crime, and inflicts a punishment upon the person who has committed it; here it is impossible that the party could foresee that an action, innocent when it was done, should be afterwards converted to guilt by a subsequent law; he had therefore no cause to abstain from it; and all punishment for not abstaining must of consequence be cruel and unjust. All laws should be therefore made to commence in future, and be notified before their commencement*».

[180] J. RAZ, op. cit., 202: «*conformity to the rule of law is a virtue but only one of the many virtues a legal system should possess*».

[181] Il *Constitutional Reform Act* del 2005 prescrive che una legge non deve violare «*the existing constitutional principle of the rule of law*».

[182] V. VELLUZZI, op. cit., 77.

Quanto non contraddice, tuttavia, la formula «*rule of laws, not men*»[183], perché il giudice è vincolato non solo alla legge, bensì anche ai princìpi ch'essa traduce in concreto[184].

2.7. L'*overruling*.

Si è visto come il tratto caratteristico del *common law* sia la sua continua evoluzione, seguendo traiettorie incrementali[185].

Nella sua rappresentazione della dottrina dello *stare decisis*, Raz afferma che bisogna distinguere l'applicazione di norme giurisprudenziali definite da una fattispecie chiusa («*regulated cases*») dall'interpretazione valutativa di norme a trama aperta («*unregulated cases*»). In un caso, la soluzione della controversia è imposta dalla legge in modo inevitabile; nell'altro, invece, (come, ad esempio, quando le norme si riferiscono ai concetti vaghi di buona fede, giusta causa, ragionevolezza) il giudice per risolvere la controversia deve completare la fattispecie seguendo le linee direttive della norma. In entrambi i casi, il giudice può avvertire la necessità di modificare la norma per soddisfare l'inesauribile esigenza di adeguamento dell'ordinamento giuridico ai princìpi sociali in continua evoluzione. La differenza è che, nell'ipotesi di norme a fattispecie indefinita, il giudice può creare la nuova norma riempiendo gli spazi lasciati aperti dall'incerta definizione normativa (cambia la norma applicando la norma); mentre nell'applicazione di norme di significato definito, «*the court cannot make new laws except by changing existing ones*». In questo caso, il cambiamento della norma è realizzato, anzitutto, mediante la tecnica del *distinguishing* (si aggiungono condizioni applicative alla *ratio decidendi* del precedente per escludere che la vecchia regola giurisprudenziale si applichi al nuovo caso controverso, senza entrare in contraddizione – e dunque violare – il precedente). Attraverso il *distinguishing* la modifica della norma giurisprudenziale è di per sé impercettibile *(«a modified rule can usually be justified only by reasoning very similar to that justifying the original rule*»). Solo se ciò non fosse ancora sufficiente per soddisfare le necessità di adeguamento del *common law* ai nuovi princìpi sociali, le supreme giurisdi-

---

[183] Sulle origini storiche di questo motto, C. SAMPFORD, op. cit., 40.

[184] R.A. CASS, *Judging, Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making*, in *BULR*, 1995, 941.

[185] Lord Goff, in House of Lords, *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349, così si esprime: «[judges] *must act with the confines of the doctrine of precedent* [and] *change must be seen as a development, usually a very modest development, of existing principle and so can take its place as a congruent part of the common law as a whole*».

zioni hanno altresì la possibilità dell'*overruling*, che consiste nella negazione aperta dell'effetto vincolante del precedente, sostituendo la vecchia regola giurisprudenziale anacronistica con una nuova con essa dichiaratamente incompatibile[186].

Come ho anticipato, l'*overruling* – a differenza del *distinguishing* che è una tecnica applicativa del ragionamento analogico («*treating like cases alike*») e rientra dunque a pieno titolo nella definizione leibniziana di «*ars inveniendi*»[187] – ha una sua speciale connotazione («ars *combinatoria*») e una sua eccezionale collocazione tra gli strumenti evolutivi del *common law*.

Così che – con riguardo all'*overruling* – si può certo convenire con l'affermazione che i giudici si fanno legislatore[188].

Non sorprende, dunque, la *«repeated judicial self-exhortations to exercise the power to overrule with great caution*»[189].

In Inghilterra, il principio dello *stare decisis* si è allentato sul finire del XX secolo[190], quando i *Law Lords* inglesi – quantunque ribadendo l'importanza dell'osservanza dei precedenti per la certezza del diritto e avvertendo il rischio che l'*overruling* potesse violare le legittime aspettative di chi aveva confidato sulla validità e sull'efficacia della vecchia regola – hanno affermato che «*too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law*», e hanno perciò reso manifesta la loro intenzione di modificare i propri precedenti ogniqualvolta «*it appears right to do so*»[191].

---

[186] J. RAZ, op. cit., 185 ss.

[187] F. GALGANO, op. cit., 84.

[188] J. RAZ, op. cit., 197: «*within the admitted boundaries of their law-making power courts act and should act just as legislators do, namely, they should adopt those rules which they judge best*».

[189] J. RAZ, op. cit., 191.

[190] In precedenza, la giurisprudenza della House of Lords si era attestata sul rispetto di quanto da essa affermato in *Beamish v. Beamish* (1861) 11 Eng. Rep. 735 (HL) 761: «*The law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority*».

[191] All. E.R., 1966, 77: «*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House*».

Quanto induce alla possibilità di una modifica retroattiva del *common law* (come gli stessi *Law Lords* riconoscono nell'affermazione che l'*overruling* dovrà, comunque, considerare il pregiudizio che esso comporta in termini di certezza del diritto e di lesione delle legittime aspettative di chi aveva adeguato la sua condotta alla regola successivamente sovvertita).

Allo stesso modo, la Corte Suprema ha escluso che la dottrina dello *stare decisis* fosse un principio costituzionale[192], e non si è, dunque, mai sentita vincolata ai propri precedenti[193], ma ritiene obbligati tutti gli altri tribunali degli Stati Uniti, che, tuttavia, hanno guadagnato anch'essi spazi di manovra attraverso il c.d. «*anticipatory overruling*»[194]: ciò che consente a un tribunale inferiore di rifiutarsi di seguire un precedente vincolante se è assai probabile («*is reasonably certain*») che la Corte Suprema – sulla base delle affermazioni («*concurring/dissenting opinions*») dei suoi membri – non seguirà più un suo determinato precedente[195].

Di questo nuovo meccanismo è paradigmatico il caso *McCray v. Abrams*[196], dove era in discussione la legittimità (sull'apparente contrasto con la «*equal protection clause*») del meccanismo di ricusazione («*peremptory challenges*») dei giurati per motivi razziali. In quel caso un tribunale federale ritenne di poter contrastare il precedente della Corte Suprema *Swain v. Alabama*[197] – che aveva negato che la ricusazione per motivi razziali avesse effetti discriminatori –, dopo che la Corte Suprema aveva rifiutato un *certiorari* e dunque confermato il suo precedente, con opinioni, tuttavia, disallineate di alcuni giudici, che avevano espresso la loro disponibilità a riconsiderare il caso nella sede appropriata[198].

---

192 U.S. Supreme Court, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991): «*adherence to the doctrine of stare decisis is usually the best policy, the doctrine is not an inexorable command*». Come riferiscono R. CROSS – J.W. HARRIS, op. cit., 19, «*Although the North American practice of giving judgement in the form of elaborate discussions of previous cases is more like the English than the continental, the United States' Supreme Court and the appellate courts in the different states do not regard themselves as absolutely bound by their past decisions*».

193 D.C. BRATZ, *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Wash. L. Rev.*, 1984, 89: «*The Supreme Court adheres to its own precedents as a matter of policy … The Court then considered the impact that overruling the particular precedent would have on each policy. Finding none of the policies significantly threatened, the Court deemed it appropriate to over-rule the precedent*».

194 U. MATTEI – E. ARIANO, op. cit., 196.

195 D.C. BRATZ, op. cit., 89: «*lower courts, within narrow limits, should be free to disregard even authoritative precedent when it is predictable that the Supreme Court would no longer follow the precedent*».

196 US District Court for the Eastern District of New York - 576 F. Supp. 1244 (E.D.N.Y. 1983).

197 U.S. Supreme Court, *Swain v. Alabama,* 380 U.S. 202 (1965).

198 U.S. Supreme Court, *McCray v. New York*, 461 U.S. 961 (1983).

Al proposito dell'*overruling,* Eisenberg scrive: «*Una regola giurisprudenziale dovrebbe essere sovvertita se (i) non riesce a soddisfare effettivamente gli standard di congruenza sociale e di coerenza sistematica, e (ii) i valori sottesi al principio di stabilità della regola giurisprudenziale e al principio dello stare decisis – imparzialità, tutela del legittimo affidamento, prevedibilità, replicabilità e giustificazione – sono soddisfatti meglio dal sovvertimento della regola giurisprudenziale anziché dalla sua conferma*»[199].

In effetti, a giustificare l'*overruling* è il fatto che una regola giurisprudenziale sia stata ripetutamente oggetto di eccezioni incoerenti («*inconsistent exception*»); cioè di eccezioni che si giustificano in relazione a quei medesimi princìpi sociali che la giustificano. Ciò che determina una situazione di incoerenza sistemica, da cui consegue l'imprevedibilità dei risultati e l'ingiustificata differenziazione di situazioni analoghe. Quanto impone la necessità del cambiamento per ristabilire, appunto, l'indispensabile coerenza interna dell'ordinamento giuridico[200].

Si realizza, in questo modo, una situazione di disequilibrio del sistema. E, com'è nella fisica, anche nell'ordinamento giuridico una volta che l'originario equilibrio sia disturbato da forze esterne si produce un'energia che riporta la situazione in equilibrio, ma in una nuova posizione.

Quando l'equilibrio sia instabile, sarà sufficiente una piccola energia a provocare la ricerca di un nuovo equilibrio. Sarà, invece, necessaria una forza maggiore per destabilizzare una situazione di equilibrio stabile. In questo modo, si possono, dunque, distinguere situazioni di tipo evolutivo (in equilibrio instabile) e di tipo rivoluzionario (a smuovere le quali è necessaria una forza notevole).

Da qui la definizione delle modifiche delle regole giurisprudenziali come discontinue, là dove le norme sono di chiaro contenuto e sono socialmente accettate e sistematicamente coerenti, ed evolutive, invece, quando vi è incertezza giurisprudenziale e vi sono incongruenza sociale e incoerenza sistemica.

In un caso, la ricerca di una nuova situazione di equilibrio attraverso la modifica della regola giurisprudenziale sarà avvertita come rivoluzionaria

---

[199] M.A. EISENBERG, op. cit., 105; nell'originale si legge: «*A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of even-handedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, ad support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling*».

[200] J. FINNIS, *The Fairy Tale's Moral,* in *LQ*R, 1999, 113, sostiene che l'esercizio della funzione giudiziaria «*involves the duty not to declare and apply a rule unless it can fairly be said to have been all along a legally appropriate standard*».

(crea una frattura nel *continuum* spazio-temporale della norma[201]); nell'altro sarà, invece, percepita come la naturale evoluzione della situazione esistente[202].

Solo a fronte di modifiche rivoluzionarie, vi è la necessità di tutelare le legittime aspettative fondate sull'ipotesi della stabilità e la retroattività della modifica della regola giurisprudenziale è avvertita come ingiusta (o, comunque, è insostenibile nel rapporto costi/benefici)[203].

Donde, la naturale retroattività dell'*overruling* evolutivo[204], che non può mai essere avvertito come ingiusto, né sovversivo della certezza del diritto, che, piuttosto, concorre a ristabilire[205].

Un esempio tratto dalla giurisprudenza aiuta a rappresentare la teoria evolutiva di Eisenberg.

Secondo la «*charitable-immunity doctrine*», le istituzioni di beneficienza erano immuni da responsabilità per fatto illecito. Un tempo, la regola giurisprudenziale si spiegava in ragione di una serie di concorrenti giustificazioni sociali: (i) la destinazione delle risorse dell'istituzione di beneficienza al perseguimento di finalità caritatevoli; (ii) l'ingratitudine di un soggetto che avanzi una pretesa risarcitoria nei confronti del proprio benefattore; (iii) l'utilità collettiva della sopravvivenza degli enti di beneficienza; (iv) la responsabilità per il fatto illecito di un collaboratore si giustifica sul profitto che l'imprenditore ritrae dalla sua attività e mal si presta a essere estesa a enti caritatevoli che non perseguono scopo di lucro.

Tutto ciò si traduceva, nella sostanza, nel bisogno (socialmente avvertito e universalmente condiviso) di evitare che gli enti di beneficienza (all'epoca realtà di piccole dimensioni, ma estremamente utili al soddisfacimento di bisogni essenziali di collettività locali) soccombessero alle azioni risarcitorie. Negli anni le giustificazioni sociali a rendere immuni gli enti di benefi-

---

[201] R.H.S. TUR, op. cit., 463, definisce l'efficacia della legge con riferimento alle sue due dimensioni (spazio e tempo) nelle quali opera.

[202] S. BESWICK, op. cit., 287: «*The judgments did not suddenly appear one day out of a blue sky. Owing to the process of dispute and public litigation by which these cases rose through the courts, it cannot be said that these novel precedents, on the day they were handed down, would have taken any prudent observer of the law wholly by surprise*».

[203] J.E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1104 e 1105.

[204] J.E. FISCH, op. cit., 1110: «*To the extent that judicial lawmaking most commonly occurs within the context of an unstable equilibrium, equilibrium analysis is consistent with a general rule of adjudicative retroactivity. Equilibrium analysis provides normative support for the intuition that adjudication should normally be retroactive*».

[205] S. BESWICK, op. cit., 288: «*Retroactive law may be justified to bring certainty to unstable rules*».

cienza dalla responsabilità dei fatti illeciti commessi dai propri dipendenti perse di giustificazione sociale: la possibilità di traslare il proprio rischio risarcitorio su di un'assicurazione consentì alle istituzioni caritatevoli di convertire un'eccezionale esternalità negativa in un ordinario costo di gestione, gli enti di beneficienza crebbero di dimensioni e la funzione sociale da loro svolta divenne non più essenziale, essendovi assicurazioni private che si facevano carico delle spese sanitarie.

La regola giurisprudenziale cominciò quindi – a partire dagli anni '40 – a essere oggetto di eccezioni incoerenti («*inconsistent exception*»). Si iniziò con l'ammettere alla tutela risarcitoria i dipendenti delle istituzioni di beneficienza. Quindi, si differenziò tra attività caritatevoli e attività svolte con profitto dalle istituzioni di beneficienza, tra negligenza amministrativa (risarcibile) e negligenza gestionale (non risarcibile). Ne risultò una giurisprudenza frammentata e dagli esiti imprevedibili e contraddittori[206].

Si erano, perciò, realizzati entrambi i presupposti per l'*overruling* (l'incongruenza sociale e l'incoerenza sistematica/il pregiudizio ai valori di imparzialità, tutela del legittimo affidamento e prevedibilità).

Non sorprende, quindi, che la «*charitable-immunity doctrine*» fu infine abbandonata: «*Nonostante il modello teorico, la regola non ha superato le prove del tempo e gli attacchi delle sentenze. Valutata sulla base dei risultati, essa è stata demolita dalle eccezioni. La discussione è proseguita continuamente, non tanto sul se, ma sul come*

---

[206] In questo senso, è paradigmatico quanto si legge in Court of Appeals of the State of New York, *Bing v. Thunig*, 2 N.Y.2d 656 (N.Y. 1957): «*The difficulty of differentiating between the 'medical' and the 'administrative' in this context, highlighted as it is by the disagreement of the judges below, is thus brought into sharp focus. That difficulty has long plagued the courts and, indeed, as consideration of a few illustrative cases reveals, a consistent and clearly defined distinction between the terms has proved to be highly elusive. Placing an improperly capped hot water bottle on a patient's body is administrative (Iacono v. New York Polyclinic Med. School & Hosp., 296 N.Y. 502, 68 N.E.2d 450), while keeping a hot water bottle too long on a patient's body is medical (Sutherland v. New York Polyclinic Med. School & Hosp., 298 N.Y. 682, 82 N.E.2d 583). Administering blood, by means of a transfusion, to the wrong patient is administrative (Necolayff v. Genesee Hosp., 296 N.Y. 936, 73 N.E.2d 117), while administering the wrong blood to the right patient is medical (Berg v. New York Soc. for Relief of Ruptured & Crippled, 1 N.Y.2d 499, 154 N.Y.S.2d 455, reversing 286 App.Div. 783, 146 N.Y.S.2d 548). Employing an improperly sterilized needle for a hypodermic injection is administrative (Peck v. Charles B. Towns Hosp., 275 App.Div. 302, 89 N.Y.S.2d 190), while improperly administering a hypodermic injection is medical (Bryant v. Presbyterian Hosp. in City of N. Y., 304 N.Y. 538, 110 N.E.2d 391). Failing to place sideboards on a bed after a nurse decided that they were necessary is administrative (Ranelli v. Society of N. Y. Hosp., 295 N.Y. 850, 67 N.E.2d 257), while failing decide that sideboards should be used when the need does exist is medical (Grace v. Manhattan Eye, Ear & Throat Hosp., 301 N.Y. 660, 93 N.E.2d 926). From distinctions such as these there is to be deduced neither guiding principle nor clear delineation of policy; they cannot help but cause confusion, cannot help but create doubt and uncertainty*».

dovesse essere modificata, con modifiche sempre più estese ... Se guardiamo ai risultati ... anziché alle espressioni e alle argomentazioni utilizzate nelle affermazioni giurisdizionali, in risposta alla domanda di quale sia la legge o la regola da applicare, l'immunità non è la regola e la responsabilità l'eccezione. La regola giurisprudenziale è divenuta semplicemente un relitto sopravvissuto alla gran massa di eccezioni»[207].

Donde, la conferma del modello teorico di Eisenberg.

In questo modello, l'*overruling* è funzionale allo *stare decisis* (e non contrasta con esso, come potrebbe sembrare)[208].

Normalmente, l'*overruling* è, infatti, anticipato da un gran numero di distinzioni incoerenti («*inconsistent exception*»), che segnalano che la regola non soddisfa in modo adeguato gli standard di congruenza sociale e di coerenza sistematica (il primo dei due presupposti dell'*overruling*), ma i princìpi sociali ancora non consentono il sovvertimento della regola giurisprudenziale, perché ne deriverebbero svantaggi inaccettabili nei termini di imparzialità, tutela del legittimo affidamento, prevedibilità, replicabilità e giustificazione (nella verifica del secondo presupposto dell'*overruling*): i valori sottesi al principio dello *stare decisis*.

E ciò impedisce al successivo *overruling* di essere pregiudizievole di affidamenti legittimi, che (dopo ripetute eccezioni incoerenti) non sono più giustificati.

Si legge, al proposito, nella sentenza *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*: «*Noi crediamo che le parti che, in data successiva alla sentenza Oulette, abbiano pattuito condizioni restrittive come quelle coinvolte nella controversia, potessero ragionevolmente avere fatto affidamento che nella successiva occasione utile questa Corte avrebbe sovvertito la regola giurisprudenziale affermata nei precedenti di Shade e di Norcross, come in effetti ora abbiamo fatto. Noi crediamo inoltre che le parti che hanno pattuito siffatte condizioni dopo Oulette non potessero ragionevolmente attendersi che quei vincoli sarebbero rimasti inefficaci in base alla giurisprudenza Shade e Norcross. Di conseguenza, stabiliamo che il nostro overruling della regola giurisprudenziale in Shade e in Norcross si applicherà a tutti quei vincoli contrattuali stabiliti dopo la decisione Oulette*» (NdR: la vecchia giurisprudenza di *Shade* e *Norcross* escludeva la trasferibilità di alcuni oneri reali che non potevano dunque essere azionati giudizialmente dal

---

[207] US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit *President and Dir. of Georgetown College v. Hughes*, 130 F.2d 810 (D.C. Cir. 1942); nell'originale si legge: «*Notwithstanding the pattern, the "rule" has not held in the tests of time and decision. Judged by results, it has been devoured in "exceptions." Debate has gone on constantly, not so much as to whether, but concerning how far it should be "modified," with ever widening modification. If we look at results, therefore, rather than words or forms of statement in opinions, for the test of what is "the law" or "the prevailing rule," immunity is not "the rule" and liability "the exception". The rule has become merely a relict in the multitude of departures*».

[208] M.A. EISENBERG, op. cit., 126.

cessionario; la sentenza *Oulette* confermò il precedente *Norcross*, ma affermò nondimeno che potessero esservi valide ragioni per giungere a una differente conclusione)[209].

Quanto consente di affrontare il problema della retroattività dell'*overruling* con un atteggiamento meno preoccupato (una vecchia regola giurisprudenziale si sviluppa ordinariamente secondo il modello dell'evoluzione darwiniana[210], attraverso una serie continua di impercettibili trasformazioni, che fanno emergere poco alla volta la fisionomia della nuova regola, sicché l'*overruling* raramente costituisce un momento di reale discontinuità[211]).

2.8. La dimensione morale della *rule of law*.

Il noto aforisma di Anatole France – «*La legge, nella sua solenne equità, proibisce al ricco come al povero di dormire sotto i ponti, di elemosinare nelle strade e di rubare pane*»[212] – impedisce di confondere la norma legittima (perché assolve ai requisiti della *rule of law* di essere generale, astratta e definita in anticipo attraverso una regola di preciso significato) con la norma giusta.

Nella dogmatica positivista, «*la definizione di ciò che è il diritto è una questione sociale, e l'individuazione della legge non implica questioni morali, sicché la conformità a*

---

[209] Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas,* 378 Mass. 85, 390 N.E.2d 243 (1979); nell'originale si legge: «*We believe that parties who, after the date of the Ouellette decision, executed restrictive covenants of the kind involved in this case could reasonably have relied on the expectation that on the next appropriate occasion thereafter this court would overrule the Shade and Norcross decisions, as we have done by our present decision. We believe further that parties who executed such covenants after Ouellette could not reasonably expect that the covenants would continue to be unenforceable under the rule of the Shade and Norcross decisions. We therefore hold that our overruling of the rule of the Shade and Norcross decisions shall apply to all such covenants executed after the Ouellette decision*».

[210] M.A. EISENBERG, op. cit., 126. Al proposito, H. HOVENKAMP, *Evolutionary Models in Jurisprudence*, in *Tex. L. Rev.*, 1985, 683 ss., sostiene che «*An examination of the intellectual and legal history of the period from 1880 to 1940 reveals the extent to which the theory of evolution dominated legal thinking in numerous areas*».

[211] J.E. FISCH, op. cit., 1098-1100: «*To the extent that legal change is incremental and predictable, the equitable arguments for notice and reliance appear less compelling*»; ma egli afferma che ben altra sarebbe, ovviamente, la conclusione «*to view legal change as the result of a power struggle, implementation of the values of a successful insurgent, or random experimentation in policy*». Così che egli ritiene la teoria evolutiva insoddisfacente a giustificare la retroattività, giacché la sua teoria suggerisce «*a model of legal change, understood through the metaphor of equilibrium, in which both revolutionary and evolutionary legal change are sometimes possible* [and] *also rejects the rigidity of the jurisprudential categories, arguing that any given change falls somewhere along a spectrum between revolution and evolution, and that assessment on the nature of the change provides a way to consider its temporal scope*».

[212] A. FRANCE, *Il Giglio rosso*, 1894.

valori e princìpi morali non può assolutamente essere un presupposto della legge o della sua vincolatività»[213].

Solo in una particolare prospettiva («*morality of duty*»), si può dunque andare alla ricerca di una giustificazione morale all'interno della *rule of law*.

Quello che consegue nella dottrina di Fuller[214] alla c.d. «*internal morality of law*»: ciò che attiene non all'impronta morale della norma («*morality of aspiration*»), bensì alle regole che devono conformare la tecnica legislativa.

In questo senso, la norma è giusta se soddisfa otto requisiti: (i) è astratta; (ii) è conoscibile; (iii) non è retroattiva; (iv) è sufficientemente chiara; (v) non è contraddittoria; (vi) è eseguibile; (vii) è duratura nel tempo; (viii) è effettiva.

Quanto definisce una sorta di tassonomia della *rule of law*[215].

Ai nostri fini (l'indagine del *prospective overruling*), è fondamentale il terzo requisito, che è, invero, da intendere nella *common law* nel senso che la dichiarazione giudiziale di nuove regole di diritto – salvo eccezionali casi – deve valere solo per il futuro («*in a prospective manner*»).

A fare retroagire la norma si contraddice, invero, la funzione giudiziaria; con le parole di Fuller: «*we no longer judge a man we act upon him*»[216].

Come sostiene Hayek, l'esercizio del potere coercitivo dello Stato deve essere vincolato da regole decise e rese conoscibili prima che un individuo pianifichi le proprie scelte nella consapevolezza di quanto l'ordinamento esige da lui[217].

Solo in questo modo è tutelata la libertà nel rispetto della legge («*freedom under the law*»[218]).

Sicché, si è affermato che i fondamentali insegnamenti di Fuller e Hayek pongono l'accento sulla prevedibilità[219].

Ciò che trova conferma nella teorica di Raz, che individua due fonda-

---

[213] J. RAZ, op. cit., 38; nell'originale si legge: «*Since by the social thesis what is law is matter of social fact, and the identification of law involves no moral argument, it follows that conformity to moral values or ideas is in no way a condition for anything being a law or legally binding*». In realtà, poi egli sostiene che «*The claim that what is law and what is not is purely a matter of social fact still leaves it an open question whether or not those social facts by which we identify the law or determine its existence do or do not endow it with moral merit*».

[214] L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1962.

[215] J. MEIERHENRICH, *What the rule of law Is ... and Is Not*, in AA.VV., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021, 52.

[216] L.L. FULLER, op. cit., 163.

[217] F.A. HAYEK, *The Constitution*, cit., 153.

[218] F.A HAYEK, op. ult. cit., 72.

[219] R.A. CASS, op. cit., 960: «*Predictability allows adjustments of individual behaviour that increase societal well-being: increased predictability lowers costs associated with a decision*».

mentali requisiti a definire un ordinamento giuridico come giusto (secondo l'approccio formale delle c.d. «*thin' theories*»[220]): (i) i soggetti dell'ordinamento devono essere governati dalla legge; (ii) la legge deve guidare le scelte degli individui.

La funzione del diritto è, dunque, di individuare una direzione («*guidance*»[221]).

Quanto pone, nuovamente, al centro la conoscibilità *ex ante* del precetto: «*all laws should be prospective, open and clear*»[222].

Sicché: «*La violazione della rule of law può assumere due forme. Può portare all'incertezza o può portare alla violazione di aspettative. Porta alla prima quando la legge non consente alle persone di prevedere sviluppi futuri o di formare aspettative definite (come nei casi di vaghezza e nella maggior parte dei casi di ampia discrezionalità). Porta ad aspettative frustrate quando l'apparenza di stabilità e certezza che incoraggia le persone a fare affidamento e pianificare sulla base della legge esistente viene infranta da un processo legislativo retroattivo o è impedita da un'adeguata applicazione della legge*»[223].

Ciò a escludere, dunque, che il diritto possa essere retrospettivo (e, a maggior ragione, ch'esso possa essere addirittura retroattivo); ma, in eguale misura, anche a evitare che il diritto sia di vago significato[224], perché i con-

---

[220] Altre sono le caratteristiche di un ordinamento giuridico secondo le c.d. «*tick' theories*», intese a inserire altre caratteristiche (oltre a quelle individuate da Fuller, Hayek, Raz) a definire un ordinamento come giusto, includendovi altri valori a tradurre la *rule of law* in una *rule of justice*, come, ad esempio, è nella definizione dello ICJ, secondo cui essa è «*important to protect the individual from arbitrary government and to enable him to enjoy the dignity of men*» (ICJ, Nuova Deli, 1959), così da richiedere «*not only the recognition of* [the individual's] *civil and political rights but also the establishment of the social, economic, educational, and cultural conditions which are essential to the full development of his personality*» (ICJ, Ginevra, 1966). Quanto è stato ritenuto da J. RAZ, op. cit., una «*perversion of the doctrine of the rule of law* [since] *A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better that any of the legal systems of the more enlightened western democracies*».

[221] C. SAMPFORD, op. cit., 56, sostiene che «*One of the leitmotifs of the rule of law is guidance*».

[222] J. RAZ, op. cit., 198 ss.

[223] J. RAZ, op. e loc. cit.; nell'originale si legge: «*The violation of the rule of law can take two forms. It may lead to uncertainty or it may lead to frustrated and disappointed expectation. It led to the first when the law does not enable people to foresee future developments or to form definite expectation (as in cases of vagueness and most cases of wide discretion). It leads to frustrated expectations when the appearance of stability and certainty which encourage people to rely and plan on the basis of the existing law is shattered by by retroactive law-making or by preventing proper law-enforcement*».

[224] F.A. HAYEK, *The Road*, cit., 78: «*one could write a history of the decline of the rule of law … in terms of the progressive introduction of these vague formulas* [fair, reasonable] *into legislation*».

[224] R.M. DWORKIN, *Taking*, cit., 81-85.

cetti giuridici indeterminati impediscono a una norma di divenire intellegibile regola di comportamento (di individuare una precisa direzione verso la quale guidare l'individuo), se non *ex post facto* attraverso l'esercizio della delega del legislatore al giudice di stabilire (attraverso la sua interpretazione valutativa) il significato chiaro, preciso e inequivocabile della legge.

2.9. L'*overruling* nella prospettiva della *rule of law*.

Il problema della retroattività[225] dell'*overruling* attiene, indubbiamente, al rapporto della sentenza con la norma[226] (nella rappresentazione blackstoniana della natura dichiarativa della sentenza non vi è difficolta teorica ad ammettere la coincidenza tra il diritto esistente nel momento della decisione – «*decision- time law*» – e quello esistente quando si verifica il fatto controverso – «*transaction-time law*» –[227]; com'è nella teoria neo-blackstoniana di Dworkin[228]).

Ma non si esaurisce in ciò.

Quale che sia il rapporto tra la sentenza e la norma, vi è, in ogni caso, che l'*overruling* non solleva soltanto una questione di ciò che è conforme al diritto («*justice*»), ma anche di ciò che è giusto («*fairness*»)[229].

---

[225] W. ROOSEVELT, op. cit., 1075, precisa al riguardo che «*Courts have distinguished between "primary" and "secondary" retroactivity, of which the former alters the past legal effect of past conduct, and the latter only the future legal effect of past conduct*».

[226] A. BEEVER, op. cit., 436: «*there is a natural connection between the declaratory theory and retrospectivity of judicial law making*».

[227] Il giudice Scalia attinge a piene mani alla dottrina di Blackstone per sostenere l'inevitabile retroattività delle sentenze. Egli così si esprime in U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993): «*That original and enduring American perception of the judicial role sprang not from the philosophy of Nietzsche but from the jurisprudence of Blackstone, which viewed retroactivity as an inherent characteristic of the judicial power, a power "not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one." 1 W. Blackstone, Commentaries 69 (1765). Even when a "former determination is most evidently contrary to reason ... [or] contrary to the divine law," a judge overruling that decision would "not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation." Id., at 69-70. "For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law." Id., at 70 (emphases in original). Fully retroactive decision-making was considered a principal distinction between the judicial and the legislative power*».

[228] R.M. DWORKIN, *Taking*, cit., 81-85.

[229] W. ROOSEVELT, op. cit., 1075, scrive al proposito della teorica neo-blackstoniana di Dworkin «*This unification of decision-and transaction-time law seems to do away with the problem of retroactivity, just as the Blackstonian model did. If a judicial decision is simply the best reading of the law, then it produces not only the just but the legally correct answer, and there is no issue of retroactively imposing*

E, quindi, bisogna considerare che le ragioni che rendono una nuova regola corretta non sempre consentono di realizzare risultati giusti.

Due situazioni opposte tratte dalla giurisprudenza statunitense aiutano a spiegare il concetto.

Nella sentenza *Linkletter v. Walker*[230], la Corte Suprema ha esteso l'operatività della c.d. «*exclusionary rule*» (la regola processuale che determina l'inutilizzabilità nel processo penale di prove ottenute in violazione del IV Emendamento), ma ha giustamente escluso l'applicazione retroattiva della nuova regola processuale perché ciò non avrebbe comunque favorito il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dall'*overruling* di scoraggiare perquisizioni illegali.

Nella sentenza *Lampf, Pleva, Lipkind et al. v. Gilbertson*[231], la Corte Suprema ha affermato che un'unica regola federale sulle decadenze processuali meglio perseguiva l'uniformità e la prevedibilità delle decisioni rispetto a differenziate regole statali, e, nondimeno, ha ingiustamente applicato la nuova regola anche alle cause già pendenti, senza considerare che la retroattività dell'*overruling* fosse in questo caso, piuttosto, controproducente rispetto al perseguimento di quell'obiettivo[232].

Da qui la necessità di affidare la scelta di fare, eventualmente, retroagire l'*overruling* a un bilanciamento scopo/affidamento/effetto («*purpose-reliance-effect triad*»), secondo il modello di giudizio definito dalla Corte Suprema nella sentenza *Linkletter v. Walker*[233].

Non solo.

Bisogna, altresì, considerare che, nello iato temporale tra il realizzarsi della vicenda controversa e la sentenza, la natura incrementale del *common law* rende assai probabile che vi siano successivi affinamenti della medesima regola. Sicché, la soluzione della causa dipende casualmente dal momento in cui la controversia viene decisa[234].

---

new duties on parties before the court. A first criticism of Dworkin's account is that metaphysical solutions do not resolve practical problems. The key issue of retroactivity is one of unfairness, not injustice. That is, the problem in applying decision-time law is not so much that the morally relevant rights and duties are transaction-time, but that it is unfair to parties to judge them by law about which they had no way of knowing. Dworkin's argument that an overruling decision is simply the best reading of pre-existing law may solve the meta-physical problem, but it is cold comfort for parties who relied on clear precedent».

[230] U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

[231] U.S. Supreme Court, *Lampf, Pleva, Lipkind et al. v. Gilbertson*, 501 U.S. 350 (1991).

[232] In questo senso l'opinione dissenziente di O' Connor: «*Our prior cases dictate that the federal statute of limitations announced today should not be applied retroactively. I would remand so that the lower courts may determine in the first instance the timeliness of respondents' lawsuit*».

[233] U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

[234] J. KENNETH KRESS, op. cit., 369.

E ciò è, senz'altro, inappagante in termini di giustizia sostanziale.

Nel distinguo tra legalità formale («*justice*») e giustizia sostanziale («*fairness*»), diviene, dunque, essenziale verificare la tenuta della retroattività dell'*overruling* con i princìpi della *rule of law*.

2.10. Il problema della retroattività.

Secondo la teoria evolutiva di Calabresi (condivisibile o no che sia, essa non è opinabile nella sua rappresentazione della prassi giurisprudenziale contemporanea), il legislatore è normalmente coinvolto nelle dinamiche evolutive del *common law*[235]; sicché, il problema della retroattività[236] si pone anche con riguardo alle leggi scritte[237].

Si legge al proposito nella sentenza *Bradley v. School Bd. of Richmond*[238]: «*Fondiamo la nostra decisione della controversia sul principio che un tribunale deve applicare la legge esistente nel tempo in cui pronuncia la sentenza, salvo che in questo modo si realizzi un'ingiustizia manifesta o che gli obiettivi perseguiti dalla legge o le vicende parlamentari inducano al contrario*»[239].

---

[235] J.E. FISCH, op. cit., 1118, sostiene, invece, che «*Examination of the lawmaking process has suggested that, as a descriptive matter, revolutionary legal change is most commonly associated with the legislative process and that adjudicative lawmaking is typically evolutionary* [thus] *to the extent that legislation disrupts a stable equilibrium, it should normally be prospective in application*». Non vi è, tuttavia, contraddizione con quanto da me sostenuto, perché «*Disruption of stable equilibria is consistent with a characterization of legislative lawmaking as based on politics and policymaking*». Sicché, altro è a dirsi nelle situazioni in cui l'intervento legislativo è, invece, sollecitato dai giudici a ristabilire la necessaria congruenza sociale e coerenza sistemica (l'equilibrio) del diritto giurisprudenziale.

[236] Vi è disaccordo anche nell'individuare il concetto di retroattività. Vi sono, in effetti, «*two types of retroactive laws. Strongly retroactive rules are backward-looking; they change the legal consequences of prior events front the date at which the event occurred. Thus, strong retroactivity operates as if the new rule had always been the law. Weakly retroactive rules are forward-looking; they change the legal consequences of prior events, but only from the date of the creation of the rule*» (J.E. FISCH, op. cit., 1071). Ma non sempre il ragionamento giurisprudenziale è coerente con questo, ineludibile, dato di fatto. In effetti, U.S. Supreme Court, *Landgraf v. USI Film Products,* 511 U.S. 244 (1994), esclude che una norma sia retroattiva «*whether the new provision attaches new legal consequences to events completed before its enactment*».

[237] Il giudice Cardozo in U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932), afferma al proposito della scelta se fare retroagire o no la sentenza che «*The alternative is the same whether the subject of the new decision is common law or statute*».

[238] U.S. Supreme Court, *Bradley v. School Bd. of Richmond*, 416 U.S. 696 (1974).

[239] Nell'originale si legge: «*We anchor our holding in this case on the principle that a court is to apply the law in effect at the time it renders its decision unless doing so would result in manifest injustice or there is statutory direction or legislative history to the contrary*».

Tuttavia, anche con riguardo alle leggi scritte è pur sempre il giudice che valuta se attribuire o no effetto retroattivo alla legge. Infatti, con l'eccezione del diritto penale, si ritiene che non vi sia un principio costituzionale a ostacolare la retroattività della legge, ponendosi soltanto un problema di ragionevolezza della scelta legislativa[240]. Infatti, il principio del giusto processo («*due process clause*») costituzionalizzato nel XIV emendamento proibisce la retroattività solo se la legge è particolarmente gravosa e oppressiva[241]. E nell'ordinamento inglese si ritiene che «*it is for the House* [of Lords], *as the ultimate court, to define the limits of its own jurisdiction … limited only by the fact that the inherent power which is vested in the House in its appellate capacity is a judicial power, not a legislative one*»[242]. Sicché, anche rispetto allo *statute law* la retroattività consegue alla sua affermazione giurisprudenziale, all'esito di una valutazione discrezionale in relazione alle qualità e all'identità delle parti, alla natura dei loro diritti e alla misura dell'impatto del cambiamento della legge su questi diritti[243].

Indubbiamente, il problema della retroattività è di tutt'altro peso nel diritto giurisprudenziale, rispetto al quale la retroattività, anziché una mera eventualità[244], appare piuttosto come un effetto naturale della sentenza (tant'è che qui i richiami ai princìpi costituzionali sono piuttosto a favore della retroattività, anziché a contrastarla[245]).

---

[240] U.S. Supreme Court, *PBGC v. R. A. Gray & Co,* 467 U.S. 717 (1984): «*retroactive legislation does have to meet a burden not faced by legislation that has only future effects. "It does not follow … that what Congress can legislate prospectively it can legislate retrospectively. The retroactive aspects of legislation, as well as the prospective aspects, must meet the test of due process, and the justifications for the latter may not suffice for the former" … But that burden is met simply by showing that the retroactive application of the legislation is itself justified by a rational legislative purpose*».

[241] U.S. Supreme Court, *Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977): «*The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment generally does not prohibit retrospective civil legislation, unless the consequences are particularly "harsh and oppressive" …*».

[242] House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 4.

[243] J.E. FISCH, op. cit., 1064.

[244] Il giudice Rehnquist in U.S. Supreme Court, *United States v. Sec. Indus. Bank*, 459 U.S. 70 (1982) afferma: «*The principle that statutes operate only prospectively, while judicial decisions operate retrospectively is familiar to every law student*».

[245] Il giudice Blackmun in U.S. Supreme Court, *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529 (1991), così si esprime: «*The nature of judicial review constrains us to consider the case that is actually before us, and, if it requires us to announce a new rule, to do so in the context of the case and apply it to the parties who brought us the case to decide. To do otherwise is to warp the role that we, as judges, play in a government of limited powers*». Allo stesso modo, Scalia, in *U.S. Supreme Court, Harper v. Virginia Dept. of Taxation,* 509 U.S. 86 (1993), scrive: «*Fully retroactive decision-making was considered a principal distinction between the judicial and the legislative power: "[I]t is said that that which distinguishes a judicial from a legislative act is, that the one is a determination of what the existing law is in rela-*

Secondo la celebre affermazione di Bentham: «*Sono i giudici ... che creano il common law. Sapete come fanno? Così con un uomo addestra il suo cane. Quando vuoi che il tuo cane smetta di fare qualcosa, aspetti finché non lo fa, e allora lo castighi per quello che ha fatto. Questo è il modo con cui fai le regole per il tuo cane, e questo è il modo nel quale i giudici fanno le leggi per te e per me*»[246].

Quanto descrive il carattere intrinsecamente retroattivo del *common law*.

Eppure, il fondamentale requisito morale («*morality of duty*») della *rule of law* è l'irretroattività della legge; quanto costituisce la sua caratteristica essenziale a guidare le scelte dei soggetti dell'ordinamento.

Quindi, vi è un'intrinseca contraddizione tra le caratteristiche del *common law* e i princìpi della *rule of law*.

Come affermato dalla Corte Suprema nella sentenza *Chevron Oil v. Huson*[247]: «*Negli ultimi anni, la questione dell'irretroattività dei provvedimenti giudiziari è stata considerata prevalentemente con riferimento al processo penale ... Tuttavia, il problema non è affatto limitato a esso. Anzi, le prime affermazioni dell'irretroattività delle sentenze di questa Corte – più di un secolo fa – riguardavano vicende che non avevano né rilevanza costituzionale né attinenza al diritto penale ... La prima volta che abbiamo applicato una sentenza irretroattivamente non era una controversia penale ... E, negli ultimi decenni, abbiamo più volte riconosciuto la dottrina della irretroattività al di fuori del diritto penale, in vicende che non sempre avevano implicazioni costituzionali ... Nelle cause dove ci siamo posti il problema della irretroattività, abbiamo solitamente valutato tre distinti aspetti. In primo luogo, la sentenza deve stabilire un nuovo principio di diritto, o perché riformula un chiaro precedente del passato sul quale le parti avevano fatto affidamento ... o perché chiarisce un principio in precedenza dubbio. Secondariamente, bisogna confrontare i costi e i benefici della scelta, valorizzando il contesto come definito dalla vecchia regola, la funzione e gli effetti di quella nuova, e quindi valutare se la sua applicazione retroattiva possa frustrare o invece favorire la sua operatività ... Infine, abbiamo valutato se l'irretroattività fosse necessaria a evitare risultati sostanzialmente iniqui, ingiustizie o pregiudizi*»[248].

---

tion to some existing thing already done or happened, while the other is a predetermination of what the law shall be for the regulation of all future cases"...».

[246] J. BENTHAM, *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, Edimburgo, 1792; nell'originale si legge: «*It is the Judges that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then you beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the Judges make law for you and me*».

[247] U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co . v. Huson*, 404 U.S 97, (1971).

[248] Nell'originale si legge: «*In recent years, the non-retroactive application of judicial decisions has been most conspicuously considered in the area of the criminal process ... But the problem is by no means limited to that area. The earliest instances of non-retroactivity in the decisions of this Court – more than a century*

Secondo Eisenberg: «*In termini di giustizia, un giudice, in misura maggiore del legislatore, agisce applicando norme in modo retroattivo. Questo, però, dà origine a ciò che può essere definito il problema della retroattività: come può essere giusto risolvere una controversia che concerne il passato applicando una regola giuridica che si è definita dopo che la vicenda si è conclusa? Richiedere ai giudici di ragionare sulla base dei princìpi esistenti riduce (anche se non elimina) questo problema, assicurando che le decisioni siano fondate su princìpi che i litiganti conoscevano o avevano ragione di conoscere al tempo della loro interazione, quantunque quei princìpi non fossero stati precedentemente riconosciuti ufficialmente come regole giuridiche*»[249].

In effetti, la concordanza dell'*overruling* con i princìpi sociali non ancora formalmente definiti in una norma giuridica – come in seguito si dirà – gioca un ruolo essenziale nella giurisprudenza anglo-americana a escludere l'ingiustizia della retrodatazione di una sentenza che modifica un precedente e a respingere dunque la necessità di attingere al *prospective overruling*.

Comunque, vi sono altri princìpi (la *rule of law* non è il solo principio che definisce l'ordinamento giuridico anglo-americano[250]) che sostengono, piuttosto, la retrodatazione degli effetti della sentenza che sovverte la vecchia regola vigente quando si è verificata la vicenda contenziosa («*transaction-time law*»).

---

ago – came in cases of non-constitutional, noncriminal state law ... It was in a noncriminal case that we first held that a state court may apply its decisions prospectively ... And, in the last few decades, we have recognized the doctrine of non-retroactivity outside the criminal area many times, in both constitutional and non-constitutional cases ... In our cases dealing with the non-retroactivity question, we have generally considered three separate factors. First, the decision to be applied non-retroactively must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedent on which litigants may have relied ... or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed ... Second, it has been stressed that "we must … weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation." .... Finally, we have weighed the inequity imposed by retroactive application, for "[w]here a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the 'injustice or hardship' by a holding of non-retroactivity».

[249] M.A. EISENBERG, op. cit., 10; nell'originale si legge: «*Finally, in terms fairness, a court, to a much greater degree than a legislature, acts by applying rules in a retroactive manner. This in turn gives rise to what might be called the retroactively dilemma: how can it be fair to resolve a dispute concerning a past transaction by applying a legal rule that is articulated after the transaction occurred? Requiring courts to reason from existing standards alleviate (although it does not eliminate) this dilemma, by ensuring that decisions are rooted in standards that the disputants either knew or had reason to know at the time of their transaction, albeit standards that had perhaps not previously been officially recognized as legal rules*».

[250] J. RAZ, op. cit., 228: «*Conflict between the rule of law and other values is just to be expected. Conformity to the rule of law is a matter of degree, and thought, other things being equal, the greater the conformity the better – other things are rarely equal. A lesser degree of conformity is often to be preferred precisely because it helps realization of other goals*».

Primo tra tutti, il principio di uguaglianza.

Sicché, in una certa misura la retroattività si impone[251].

In questo senso si è espressa la Corte Suprema nella sentenza *James Beam Distilling Co. v. Georgia*[252]: «*La questione coinvolta in giudizio è se* [l'*overruling*] *debba applicarsi retroattivamente alle controversie su fatti accaduti prima della sentenza. Noi riteniamo che l'applicazione della nuova regola giurisprudenziale in uno specifico caso imponga la sua applicazione retroattiva in tutti i casi accaduti ... Ordinariamente non si pone il problema della retroattività. I tribunali, normalmente, risolvono le controversie applicando i princìpi consolidati e le regole giurisprudenziali ... Siccome questi princìpi e queste regole giurisprudenziali sono anteriori agli eventi coinvolti nel contenzioso, il tribunale applica norme già esistenti, e le parti in giudizio non hanno motivo per chiedere di essere esentate dal rispetto di quelle regole. È solo quando interviene una modifica di una norma che il problema della retroattività si pone; ciò che accade principalmente quando un tribunale espressamente sovverte una regola giurisprudenziale, definendo il giudizio sulla base di una regola di condotta differente da quella a cui le parti si sono adeguate ... Dal punto di vista della tecnica processuale, vi sono tre modi per risolvere il problema di scegliere quale legge applicare. Nel primo, la sentenza è resa pienamente retroattiva, applicandola sia alle parti in giudizio sia a tutti gli altri soggetti che agiranno o saranno coinvolti in un giudizio, con il solo limite delle decadenze processuali e del giudicato ... Nel secondo, c'è la tecnica del prospective overruling puro, nella quale la nuova regola non è applicata né alle parti in causa né agli altri soggetti che potranno essere coinvolti in un giudizio in relazione a una condotta o a un evento accaduto prima della sentenza. Infine, il tribunale può applicare la nuova regola giurisprudenziale nel giudizio ove essa è stata dichiarata, e applicare invece la vecchia regola in tutte le altre controversie su fatti antecedenti alla sentenza. Questo metodo può essere definito prospective overruling selettivo ... Ma la tecnica del prospective overruling selettivo viola il principio che i soggetti coinvolti in situazioni simili devono essere trattati allo stesso modo, che è un elemento costitutivo fondamentale dello stare decisis e della rule of law ... La questione è, perciò, se sia errato rifiutare di applicare una nuova regola giurisprudenziale retroattivamente, ancorché ciò sia già stato fatto nella causa che ha determinato il sovvertimento della vecchia regola. Noi riteniamo che sia in effetti sbagliato, perché i princìpi di uguaglianza e dello stare decisis prevalgono su ogni altra considerazione basata sul test della sentenza Chevron Oil*» (NdR: il precedente richiamato impone la valutazione comparata dei costi e dei benefici della retroattività selettiva)[253].

---

[251] U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S 97, (1971).

[252] U.S. Supreme Court, *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529 (1991).

[253] Nell'originale si legge: «*The question presented is whether our ruling in Bacchus Imports, Ltd. v. Dias, 468 U. S. 263 (1984), should apply retroactively to claims arising on facts antedating that decision. We hold that application of the rule in that case requires its application retroactively in later cases… In the*

È, tuttavia, innegabile che non si può eludere il problema della valutazione comparativa dei valori che l'*overruling* mette in relazione, con la semplicistica alternativa di un tutto o niente («*all-or-nothing affair*»).

Si è, perciò, affermato che la scelta della retroattività dipende dalla coerenza della vecchia norma con le altre norme e con i princìpi vigenti nell'ordinamento giuridico di riferimento. Così da giustificare la retroattività dell'*overruling* ogniqualvolta la regola obsoleta costituisca un motivo di disequilibrio del sistema ed escluderla, invece, quando essa sia comunque armonica con le norme e i princìpi esistenti nell'epoca nella quale si verificò l'evento che ha innescato la controversia[254].

Quanto trova, in effetti, una certa consonanza con l'antico insegnamento di Blackstone sull'irretroattività della legge.

Si è sottolineato, infatti, che il sintagma «*indifferent in itself*» del suo brano sull'irretroattività delle leggi non compariva nell'originale versione dei *Commentaries*, ma fu aggiunta da Blackstone nel 1766. Così che la sua frase diviene infine (a una più attenta meditazione del suo autore) «*dopo che un'azione, di per sé irrilevante, è compiuta*»[255]. Ciò che induce ad ammettere, invece, la retroattività della norma ogniqualvolta la condotta sanzionata sia intrinsecamente illegale[256].

---

ordinary case no question of retroactivity arises. Courts are, as a general matter, in the business of applying settled principles and precedents of law to the disputes that come to bar … Where those principles and precedents antedate the events on which the dispute turns, the court merely applies legal rules already decided, and the litigant has no basis on which to claim exemption from those rules. It is only when the law changes in some respect that an assertion of non-retroactivity may be entertained, the paradigm case arising when a court expressly overrules a precedent upon which the contest would otherwise be decided differently and by which the parties may previously have regulated their conduct … As a matter purely of judicial mechanics, there are three ways in which the choice-of-law problem may be resolved. First, a decision may be made fully retroactive, applying both to the parties before the court and to all others by and against whom claims may be pressed, consistent with res judicata and procedural barriers such as statutes of limitations … Second, there is the purely prospective method of overruling, under which a new rule is applied neither to the parties in the law-making decision nor to those others against or by whom it might be applied to conduct or events occurring before that decision … Finally, a court may apply a new rule in the case in which it is pronounced, then return to the old one with respect to all others arising on facts predating the pronouncement. This method, which we may call modified, or selective, prospectivity … But selective prospectivity also breaches the principle that litigants in similar situations should be treated the same, a fundamental component of stare decisis and the rule of law generally … Thus, the question is whether it is error to refuse to apply a rule of federal law retroactively after the case announcing the rule has already done so. We hold that it is, principles of equality and stare decisis here prevailing over any claim based on a Chevron Oil analysis».

[254] J.E. FISCH, op. cit., 1100.

[255] W. BLACKSTONE, op. cit., 46.

[256] B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, 2008, 30.

2.11. Il *prospective overruling* nella prassi.

A gestire il problema della retroattività dell'*overruling*, la giurisprudenza anglo-americana ha ideato una tecnica – definita «*prospective overruling*» – con la quale ha voluto attenuare l'effetto retroattivo della nuova regola giurisprudenziale che spezza il *continuum* spazio-temporale della evoluzione incrementale del *common law*[257]. Nella sua forma più semplice l'inedita affermazione della norma si applica solo al caso oggetto di controversia, ma non a tutte le altre analoghe situazioni insorte prima del sovvertimento della giurisprudenza («*selective prospective overruling*»). Ci sono, tuttavia, diverse varianti del modello. In alcuni casi, la nuova interpretazione della norma non si applica nemmeno per risolvere la controversia in cui essa è stata dichiarata («*pure prospective overruling*»); in altri casi, la nuova regola giurisprudenziale è resa applicabile solo in una data futura («*prospective prospective overruling*»). E, poi, vi sono modelli intermedi: ad esempio, ad applicare retroattivamente la nuova interpretazione alle vicende insorte dopo che era già stato dato un forte segnale di discontinuità attraverso una non ambigua distinzione incoerente («*inconsistent exception*»), premonitrice di un futuro *overruling*[258].

La tecnica ha le sue origini nella giurisprudenza statunitense, che ne costituisce a tutt'oggi il modello di riferimento[259].

Gli esordi non furono facili.

Nel 1910, il giudice Holmes nella sentenza *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*[260] scrisse: «*Non conosco alcun potere che consenta a questa Corte di affermare che, ordinariamente, le sentenze degli Stati creano la legge solo per il futuro. Per quasi mille anni le sentenze hanno avuto effetto retroattivo*»[261].

---

[257] J.B. HADDAD, *The Finality Distinction in Supreme Court Retroactivity Analysis: An Inadequate Surrogate for Modification of the Scope of Federal Habeas Corpus*, in *Nw. U. L. Rev.,* 1984, 1062, afferma che: «*the primary rationale for prospective overruling* [is] *a party's justifiable reliance upon a decision that later was squarely overruled by the court that earlier had adopted it*».

[258] M.A. EISENBERG, op. cit., 128.

[259] E. STEINER, op. cit., 15 e 16: «*a number of jurisdictions have had to deal in recent past with the prospect of introducing in their own systems the well-established US practice of prospective overruling whereby the court may announce in advance that it will change the relevant rule or interpretation of the rule but only for future cases*». Di contro, S. BESWICK, op. cit., 287, avverte che: «*far from "well-established," the doctrine of prospective-only overruling in the United States is in decline. Moreover,* [he] *argues that abandonment of the doctrine is justified. Foreign jurists inclined to look to U.S. practice in this area should adopt a more critical gaze*».

[260] U.S. Supreme Court, *Kuhn v. Fairmont Coal Co.,* 215 U.S. 349 (1910).

[261] Nell'originale si legge: «*I know of no authority in this Court to say that, in general, state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years*».

Nondimeno, il *prospective overruling* trovò poi la sua legittimazione costituzionale[262] in una sentenza della Corte Suprema del 1932, motivata dal giudice Cardozo[263]: «*Non vi è qui da considerare se questa differenziazione temporale degli effetti di una sentenza sia corretta secondo la dottrina dello stare decisis, come nota alla common law. Corretta o meno che sia, questa differenziazione è funzionale alla tutela di un diritto garantito dalla Costituzione ... La Costituzione non prende posizione sull'argomento. Spetta, dunque, ai singoli Stati – nel definire i limiti della vincolatività del precedente – di scegliere se volgere le sentenze dei propri tribunali al futuro o se farle retroagire. Si può ritenere che le decisioni delle più alte magistrature, sebbene successivamente superate, siano comunque il diritto delle vicende non ancora definite ... All'opposto, si può sostenere l'antico dogma che il diritto dichiarato da un tribunale ha solo una platonica o ideale esistenza prima che si sia manifestato nella sentenza, e che perciò il diritto dichiarato nella sentenza in seguito contraddetta dalla giurisprudenza non è mai esistito, donde la nuova sentenza valga come diritto sin dall'inizio. La scelta che ciascuno Stato abbia fatto al riguardo dipende dalla filosofia giuridica dei giudici dei suoi tribunali, dalle loro concezioni del diritto, della sua origine e della sua natura. E la Corte non è chiamata a giudicare l'attendibilità delle loro teorie filosofiche, bensì la legalità dei loro atti*»[264].

Il riconoscimento costituzionale della (ammissibilità della) nuova tecnica[265] consegue all'abbandono della teoria dichiarativa di Blackstone[266].

---

[262] Il *prospective overruling* aveva già in precedenza trovato una sua (contrastata) applicazione in U.S. Supreme Court, *Gelpeke v. City of Dubuque*, 68 US (I Wall.) 175 (1864).

[263] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

[264] Nell'originale si legge: «*We have no occasion to consider whether this division in time of the effects of a decision is a sound or an unsound application of the doctrine of stare decisis as known to the common law. Sound or unsound, there is involved in it no denial of a right protected by the federal Constitution. This is not a case where a court, in overruling an earlier decision, has given to the new ruling a retroactive bearing, and thereby has made invalid what was valid in the doing … We think the Federal Constitution has no voice upon the subject. A state, in defining the limits of adherence to precedent, may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward. It may say that decisions of its highest court, though later overruled, are law nonetheless for intermediate transactions … On the other hand, it may hold to the ancient dogma that the law declared by its courts had a Platonic or ideal existence before the act of declaration, in which event the discredited declaration will be viewed as if it had never been, and the reconsidered declaration as law from the beginning … The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts*».

[265] J.B. HADDAD, op. cit., 1066 e 1067, ritiene che l'affermazione di Cardozo («*We think the Federal Constitution has no voice upon the subject*») sia stata equivocata dalla giurisprudenza successiva. Egli, infatti, ritiene che non si possa confondere l'*overruling* di una norma di *common law* e quella di un principio costituzionale, e conclude che «*Sunburst did not concern whether a court could deny retrospective effect to a new constitutional decision. Cardozo's emphasis that the old Mon-*

Senza più infingimenti[267], i giudici di *common law* (più quelli americani di quelli inglesi, che ancora sono fortemente condizionati dal «*judicial law-finding*» di Blackstone[268]) dichiarano ora l'esercizio di una funzione «*quasi-legislative*»[269]. Sicché, a un certo punto dell'evoluzione del *common law*, la giu-

---

tana rule was not unconstitutional and that the new rule merely altered the common law might even suggest that courts must accord new constitutional rules retrospective effect». Così che egli ritiene che «*Justice Cardozo's view of the process by which a right is elevated to the status of a due process guarantee would have led him to grant retrospective effect to any such new constitutional holding*».

[266] Nella sua opinione dissenziente in U.S. Supreme *Court*, *Gelpeke v. City of Dubuque*, 68 US (I Wall.) 175 (1864), il giudice Miller contrastava il *prospective overruling* seguito dalla maggioranza con questa affermazione: «*The Supreme Court of Iowa is not the first or the only court which has changed its rulings on questions as important as the one now presented. I understand the doctrine to be in such cases, not that the law is changed, but that it was always the same as expounded by the later decision, and that the former decision was not, and never had been, the law, and is overruled for that very reason. The decision of these court contravenes this principle, and holds that decision of the court makes the law, and in fact, that the same statute or constitution means one thing in 1853, and another thing in 1859*».

[267] La chiara abiura (densa di richiami alla dogmatica) della teorica blackstoniana da parte della giurisprudenza statunitense si ha in U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), ove si legge: «*At common law, there was no authority for the proposition that judicial decisions made law only for the future. Blackstone stated the rule that the duty of the court was not to "pronounce a new law, but to maintain and expound the old one." (Blackstone, Commentaries 69 (15th ed. 1809) ... On the other hand, Austin maintained that judges do, in fact, something more than discover law; they make it interstitially by filling in with judicial interpretation the vague, indefinite, or generic statutory or common law terms that alone are but the empty crevices of the law. Implicit in such an approach is the admission when a case is overruled that the earlier decision was wrongly decided. However, rather than being erased by the later overruling decision, it is considered as an existing juridical fact until overruled, and intermediate cases finally decided under it are not to be disturbed. The Blackstonian view ruled English jurisprudence and cast its shadow over our own as evidenced by Norton v. Shelby County ... However, some legal philosophers continued to insist that such a rule was out of tune with actuality largely because judicial repeal oft-time did "work hardship to those who [had] trusted to its existence" (Cardozo, Address to the N.Y. Bar Assn., 55 Rep. N.Y. State Bar Assn. 263, 296-297, 1932). The Austinian view gained some acceptance over a hundred years ago when it was decided that, although legislative divorces were illegal and void, those previously granted were immunized by a prospective application of the rule of the case (Bingham v. Miller, 17 Ohio 445, 1848). And as early as 1863, this Court drew on the same concept in Gelpcke v. City of Dubuque, 1 Wall. 175 (1863) … And in 1932, Mr. Justice Cardozo in Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co., 287 U. S. 358, applied the Austinian approach in denying a federal constitutional due process attack on the prospective application of a decision of the Montana Supreme Court. He said that a State "may make a choice for itself between the principle of forward operation and that of relation backward." Mr. Justice Cardozo based the rule on the avoidance of "injustice or hardship," citing a long list of state and federal cases supporting the principle that the courts had the power to say that decisions, though later overruled, "are law nonetheless for intermediate transactions"…*».

[268] W. BLACKSTONE, op. cit., 69. Eppure, W. ROOSEVELT, op. cit., 1083, afferma che «*The Blackstonian model, in its full metaphysical glory, is something of a legal unicorn. Its transcendently brooding common law does not exist now, and never really did*».

[269] T.S. CURRIER, op. cit., 201.

risprudenza statunitense ha abbandonato la vecchia dogmatica secondo cui «*law exists independent of judicial decisions*»[270], spiegando che le sentenze non sono solo la rappresentazione di ciò che il diritto è, bensì sono esse stesse il *common law*[271].

Quanto è indubitabile ogniqualvolta la giurisprudenza con l'*overruling* rinnega apertamente un precedente vincolante («*ars combinatoria*»), anziché muoversi attraverso il *distinguishing* negli spazi interstiziali che il *common law* lascia aperti all'interprete («*ars inveniendi*»).

Donde, non sorprende che il giudice – quando con la sua sentenza crea il diritto – disponga solo per il futuro, come normalmente fa il legislatore[272].

Vi è, tuttavia, da considerare che il nuovo modello di giudizio seguìto dalla Corte Suprema Warren non introduce un imperativo categorico (l'irretroattività senz'altro dell'*overruling),* ma richiede, piuttosto, uno sforzo analitico del giudice che deve calibrare la modulazione temporale della sentenza sulle peculiarità della vicenda controversa.

Si legge al proposito nella sentenza *Linkletter v. Walker*[273]: «*Siamo*

---

[270] In questo senso, U.S. Supreme Court, *Swift v. Tyson*, 41 U.S (16 Pet.) I (1842): «*In the ordinary use of language it will hardly be contended that the decisions of Courts constitute laws. They are, at most, only evidence of what the laws are; and are not of themselves laws. They are often re-examined, reversed, and qualified by the Courts themselves, whenever they are found to be either defective, or ill-founded, or otherwise incorrect. The laws of a state are more usually understood to mean the rules and enactments promulgated by the legislative authority thereof, or long-established local customs having the force of laws … Undoubtedly, the decisions of the local tribunals upon such subjects are entitled to, and will receive, the most deliberate attention and respect of this Court; but they cannot furnish positive rules, or conclusive authority, by which our own judgments are to be bound up and governed*». Come si legge nell'opinione dissenziente di Holmes in U.S. Supreme Court, *Kuhn v. Fairmont Coal Co.,* 215 U.S. 349 (1910), «*that fiction had to be abandoned and was abandoned … in recognizing the fact that decisions of state courts of last resort make law for the state. The principle is that a change of judicial decision after a contract has been made on the faith of an earlier one the other way is a change of the law... and therefore should be given only a prospective operation when contracts had been entered into under the law as earlier declared … when the contract or grant in question has not been made on the faith of a previous declaration of law. I know of no authority in this Court to say that, in general, state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years*».

[271] U.S. Supreme Court, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), ha rigettato l'opinione che «*decisions of Courts … are, at most, only evidence of what the laws are, and not of themselves laws*». Si è, al proposito, scritto: «*With the Erie decision, Swift v. Tyson was explicitly overruled and the incarnation was complete. The common law thus descended from the heavens was plainly mortal. As courts overruled themselves, law could change; law could die. With the possibility of law-changing decisions, the false unity of the Blackstonian model dissolved*» (W. ROOSEVELT, op. cit., 1088).

[272] S. BESWICK., *Retroactive Adjudication,* in *Yale L. J., 2020*, 298: «*The predominant view today is that judge-made law is law made by judges; that the declaratory theory of adjudication is dead; and so when judges create law there is no philosophical objection to applying their new law only to future events*».

[273] U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

dell'opinione che la Costituzione non proibisca e nemmeno esiga che la sentenza sia retroattiva ... Una volta che questa premessa sia condivisa, e che dunque non ci è richiesto né vietato applicare una sentenza retroattivamente, dobbiamo allora valutare i costi e i benefici della scelta con riferimento al caso specifico, nella considerazione della storia della norma in discussione, dei suoi obiettivi ed effetti, e valutando altresì se la retroattività possa favorire anziché ritardare la sua efficacia»[274].

La Corte Suprema nella sentenza *Johnson v. New Jersey*[275] ha declinato una sorta di matrice concettuale, a limitare il perimetro della discrezionalità giudiziaria nell'uso del *prospective overruling*: «*La soluzione del problema è affidata alla valutazione di: (a) lo scopo cui è funzionale l'affermazione della nuova norma; (b) il grado di affidamento sull'esistenza della vecchia norma indotto dalla giurisprudenza; (c) le conseguenze sull'amministrazione della giustizia dell'applicazione retroattiva della nuova norma*»[276].

Così che nei sistemi di *common law* il *prospective overruling* non può essere contrastato[277], essendo piuttosto una questione di misura[278]. Ciò che richiede il bilanciamento di cinque valori che seguono opposte traiettorie: la stabilità, la protezione del legittimo affidamento, l'efficienza nell'amministrazione della giustizia, l'uguaglianza, l'affidabilità della giurisprudenza[279]. Tutto questo nella considerazione, altresì, del disincentivo all'azione giudiziale che, per ovvi motivi, il *prospective overruling* induce[280]. Sicché, si ritiene che esso debba trova-

---

[274] Nell'originale si legge: «*we believe that the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect. As Justice Cardozo said, "We think the Federal Constitution has no voice upon the subject". Once the premise is accepted that we are neither required to apply, nor prohibited from applying, a decision retrospectively, we must then weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation*».

[275] U.S. Supreme Court, *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966).

[276] Nell'originale si legge: «*The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards*».

[277] Eppure, è contrasto nei suoi fondamenti dogmatici; J.B. HADDAD, op. cit., 1062: «*doctrinal confusion and inconsistency are the hallmark of non-retroactivity jurisprudence*». J.E. FISCH, op. cit., 1058, scrive: «*the Supreme Court's recognition of the intellectual poverty of its retroactivity analysis has led to efforts to formulate a more rational analytical structure, albeit with limited success*».

[278] W. FRIEDMAN, op. cit., 603.

[279] T.S. CURRIER, op. cit., 201.

[280] A evitarlo, sarebbe, tuttavia, sufficiente utilizzare il *prospective overruling* in modo discrezionale, così che l'impossibilità di profittare dell'*overruling* sia nota solo *ex post*.; W. ROOSEVELT, op. cit., 1132: «*A purpose-based inquiry, recall, would withhold a remedy only where the new rule is a clear break with existing doctrine. If the new rule has any basis in constitutional law, it can presumably also be reached incrementally. Finally, the concern about litigants' incentives is minimized by any remedial calculus that is not perfectly predictable. Since no clear line exists between incremental changes in law and rules so new that their enforcement would serve no deterrent purpose, the result of a purpose-based inquiry should seldom be foreordained*».

re applicazione solo in limitati casi di straordinaria importanza[281] e unicamente da parte dei giudici di ultima istanza[282].

Come già si è accennato, il *prospective overruling* assume diverse forme nella giurisprudenza anglo-americana[283].

Nella sua forma pura, la (sentenza a valere quale) norma trova applicazione solo in vicende accadute in epoca successiva all'affermazione dell'*overruling*; mentre i rapporti sorti in precedenza continuano a essere governati dalla vecchia regola giurisprudenziale.

Vi sono, tuttavia, applicazioni più selettive, a consentire, quantomeno, l'applicazione della nuova regola alla controversia che ha dato origine al mutamento di giurisprudenza[284].

Nella sentenza *Stovall v. Denno*[285] la Corte Suprema ha così statuito: «*È inevitabile riconoscere loro quel diritto, perché le sentenze non esauriscono i loro effetti in un semplice dictum. La funzione giurisdizionale – come definita dall'art. 3 della Costituzione – è di affermare un nuovo principio con riferimento a concrete situazioni controverse. Ciò che è possibile solo se l'avvocato della parte trae vantaggio dal promuovere il sovvertimento del precedente. E, quindi,* [gli attori] *devono trarre vantaggio dalla sentenza odierna. In effetti, appare iniquo applicare la nuova norma alle parti coinvolte nel processo dove essa è stata per la prima volta dichiarata, ma non alle altre parti in causa che pure hanno rivendicato quello stesso diritto. Riteniamo, tuttavia, che ciò sia un costo accettabile per il corretto funzionamento della giustizia*»[286].

---

[281] W. FRIEDMAN, op. cit., 605.

[282] B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 147: «*We will not help out the man who has trusted or the judgement of some inferior court. In this case, the chance of miscalculation is felt to be a fair risk of the game of life … he knows that he has taken a chance, which caution often might have avoided. The judgment of a court of final appeal is felt to stand upon a different basis*».

[283] C. NELSON, op. cit., 57, riferisce che «*In the 1980s and 1990s, however the court change course. At least as far as it's own precedent are concerned, the Court has categorically sworn off selective prospectivity, and it have raised grave doubts about the propriety of pure prospective too*».

[284] W. ROOSEVELT, op. cit. 1112: «*On the current Court, even the Justices most enamoured with prospectivity have conceded that new rules must be applied in the case that announces them*».

[285] U.S. Supreme Court, *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

[286] Nell'originale si legge: «*That they must be given that benefit is, however, an unavoidable consequence of the necessity that constitutional adjudications not stand as mere dictum. Sound policies of decision-making, rooted in the command of Article III of the Constitution that we resolve issues solely in concrete cases or controversies, and in the possible effect upon the incentive of counsel to advance contentions requiring a change in the law, militate against denying Wade and Gilbert the benefit of today's decisions. Inequity arguably results from according the benefit of a new rule to the parties in the case in which it is announced, but not to other litigants similarly situated in the trial or appellate process who have raised the same issue. But we regard the fact that the parties involved are chance beneficiaries as an insignificant cost for adherence to sound principles of decision-making*».

In questo modo, si ammette una gestione selettiva della retroattività («*selective prospective overruling*»[287]).

Ciò che, indubbiamente, soddisfa esigenze empiriche, ma crea discontinuità concettuale[288].

Una volta che si sia voluto escludere la retroattività della sentenza, si è deciso di applicare il diritto nel momento dell'azione («*transaction-time law*»). Di converso, quando la si fa retroagire, si è scelto di individuare il diritto nel momento della decisione («*decision-time law*»)[289]. Si tratta di due scelte antitetiche, ma entrambe dogmaticamente sostenibili (dipendono sostanzialmente da come si definisce il rapporto tra il giudice e la legge[290]). In effetti,

---

[287] W. ROOSEVELT, op. cit., 1102 e 1108. Quanto l'A. critica sul rilievo che: «*Formalism may be a vice, but incoherence is no virtue, and incoherence is what selective prospectivity brings. The idea that getting to the Court first is a legally significant distinction-even in a remedial calculus-between otherwise identical cases is terribly hard to justify*».

[288] G. TEDESCHI, *Prospective Revision of Precedent*, in *Isr. L. Rev.,* 1973, 178: «*Yet to speak of "prospective overruling" is like speaking of squaring the circle. "Overruling"-that is, the adoption of a new ratio decidendi in place of another that that was adopted in an earlier judgment-cannot be prospective only; it must form the foundation of a judgment which necessarily concerns certain past conduct. And if it is merely prospective-a "prophecy", in the words of Cardozo, of what the courts will decide for the future-it can only be prospective to a future overruling and not an actual one, according to what was said above regarding the nature of the latter. Even when we entirely reject the "declaratory theory", the difficulty inherent in the rule of precedent remains*».

[289] U.S. Supreme Court, *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S 103 (1801): «*It is in the general true that the province of an appellate court is only to inquire whether a judgment when rendered was erroneous or not. But if subsequent to the judgment and before the decision of the appellate court, a law intervenes and positively changes the rule which governs, the law must be obeyed, or its obligation denied … In such a case, the court must decide according to existing laws, and if it be necessary to set aside a judgment, rightful when rendered, but which cannot be affirmed but in violation of law, the judgment must be set aside*». Si legge, al proposito, in W. ROOSEVELT, op. cit., 1088: «*Supreme Court decisions through the 1940s, relying heavily on The Schooner Peggy, applied decision-time law without discussion in cases where changes were wrought by intervening legislation or decisions*». E, in effetti, U.S. Supreme Court, *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co,* 311 U.S. 538 (1940), così si esprime*: «These instances indicate that the dominant principle is that nisi prius and appellate tribunals alike should conform their orders to the state law as of the time of the entry. Intervening and conflicting decisions will thus cause the reversal of judgments which were correct when entered. Respondent earnestly presses upon us the desirability of applying the rule that appellate courts will review a judgment only to determine whether it was correct when made; that any other review would make the federal courts subordinate to state courts, and their judgments subject to changes of attitude or membership of state courts, whether that change was normal or induced for the purpose of affecting former federal rulings. While not insensible to possible complications, we are of the view that, until such time as a case is no longer sub judice, the duty rests upon federal courts to apply state law under the Rules of Decision statute in accordance with the then controlling decision of the highest state court*».

[290] U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965): «*At common law, there was no authority for the proposition that judicial decisions made law only for the future. Blackstone stated the rule that the duty of the court was not to "pronounce a new law, but to maintain and expound the old one" ...*

l'adesione al modello «*decision-time law*» esclude in radice la retroattività[291], quantunque l'*overruling* si applichi alle vicende del passato; giacché la norma è sempre stata una sola, nel presente e nel passato[292], secondo la teoria dichiarativa di Blackstone («*judge* [is] *not delegated to pronounce a new law but to maintain and expound the old one*»[293]). E, dunque, in questo senso, si riconcilia con il differente modello «*transaction-time law*» – sia pure sotto differente prospettiva – e con i princìpi della *rule of law*, che non ammette la retroattività della norma. La coerenza dogmatica svanisce, invece, quando si utilizzano entrambi i modelli concettuali. E, con ciò, anche la coerenza con i princìpi di irretroattività della *rule of law*, perché si ammette che, in taluni casi, la nuova regola sia retroattiva; distinguendo, per di più, all'interno di una medesima vicenda contenziosa, le conseguenze penali (nelle quali è escluso che la parte che ha provocato con la sua azione il mutamento della norma non se ne possa avvantaggiare) da quelle civili (rispetto alle quali la retrodatazione degli effetti dell'*overruling* è sempre discrezionale[294]).

Quindi, la giurisprudenza della Corte Suprema difetta di coerenza dogmatica[295].

On the other hand, Austin maintained that judges, in fact, do something more than discover law; they make it interstitially by filling in with judicial interpretation the vague, indefinite, or generic statutory or common law terms that alone are but the empty crevices of the law. Implicit in such an approach is the admission when a case is overruled that the earlier decision was wrongly decided. However, rather than being erased by the later overruling decision, it is considered as an existing juridical fact until overruled, and intermediate cases finally decided under it are not to be disturbed».

[291] W. ROOSEVELT, op. cit., 1125.

[292] R.H.S. TUR, op. cit., 473: «*Classical declaratory theory was a 'one law' theory. It supposed contrary to historical fact, that the one and body correct common law endured and it recognized that mistakes about common law could be made even by the highest judicial tribunals. When a mistake was seen to have occurred it was indeed inevitable that the correct law – the only law – applied to facts and transactions whether occurring before or after identification of the mistake. But the reinterpreted declaratory theory is an admittedly 'two law' theory; the law as it was … and the law as it now is*».

[293] W. BLACKSTONE, op. cit., 69.

[294] U.S. Supreme Court, *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 96 U.S. 167 (1990): «*In proposing that we extend the retroactivity doctrine recently adopted in the criminal sphere to our civil cases, the dissent assumes that the Court's reasons for adopting a per se rule of retroactivity in Griffith v. Kentucky, 479 U. S. 314 (1987), are equally applicable in the civil context. But there are important distinctions between the retroactive application of civil and criminal decisions that make the Griffith rationale far less compelling in the civil sphere*».

[295] S. BESWICK, op. cit., 276: «*the Supreme Court has cycled through five flawed frameworks. It has variously characterized adjudicative non-retroactivity as (1) a problem of legal philosophy; (2) a discretionary exercise for balancing competing right and reliance interests; (3) a matter of choice of law; (4) a remedial issue; and (5) a contingency of last resort*».

Sin dal 1801, nella sentenza *United States v. Schooner Peggy*[296], essa ha aderito al modello «*decision-time law*»[297]: «*Come regola generale, è vero che la competenza di un giudice di appello è solo di verificare se una sentenza fosse o no errata quando deliberata. Ma se – dopo la sentenza e prima della decisione dell'appello – una legge interviene e cambia positivamente la norma che disciplina la controversia, la legge deve essere applicata se non si vuole violarla ... In questa situazione, il giudice d'appello deve decidere applicando la norma esistente, se necessario annullando una sentenza, che era in effetti corretta quando fu resa, ma che non può essere confermata perché in contrasto con la legge*»[298].

In seguito, nel 1961, essa ha seguito il differente modello «*transaction-time law*» nella sentenza *Linkletter v. Walker*[299]: «N*oi crediamo che l'esistenza della* [vecchia norma] *sia un fatto concreto che può avere prodotto conseguenze che giustamente non possono essere ignorate. Il passato non può essere sempre cancellato da una nuova dichiarazione giudiziale … Ciò che decidiamo oggi è che, sebbene l'errore commesso potrebbe essere fondamentale, non ci può essere chiesto di annullare tutte le condanne definitive basate su di esso*»[300].

---

[296] U.S. Supreme Court, *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S 103 (1801).

[297] W. ROOSEVELT, *A Little Theory Is a Dangerous Thing*, 1088: «*Supreme Court decisions through the 1940s, relying heavily on The Schooner Peggy, applied decision-time law without discussion in cases where changes were wrought by intervening legislation or decisions*». E, in effetti, U.S. Supreme Court, *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co,* 311 U.S. 538 (1940), così si esprime: «*These instances indicate that the dominant principle is that nisi prius and appellate tribunals alike should conform their orders to the state law as of the time of the entry. Intervening and conflicting decisions will thus cause the reversal of judgments which were correct when entered. Respondent earnestly presses upon us the desirability of applying the rule that appellate courts will review a judgment only to determine whether it was correct when made; that any other review would make the federal courts subordinate to state courts, and their judgments subject to changes of attitude or membership of state courts, whether that change was normal or induced for the purpose of affecting former federal rulings. While not insensible to possible complications, we are of the view that, until such time as a case is no longer sub judice, the duty rests upon federal courts to apply state law under the Rules of Decision statute in accordance with they then controlling decision of the highest state court*».

[298] Nell'originale si legge: «*It is in the general true that the province of an appellate court is only to inquire whether a judgment when rendered was erroneous or not. But if subsequent to the judgment and before the decision of the appellate court, a law intervenes and positively changes the rule which governs, the law must be obeyed or its obligation denied … In such a case, the court must decide according to existing laws, and if it be necessary to set aside a judgment, rightful when rendered, but which cannot be affirmed but in violation of law, the judgment must be set aside*».

[299] U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

[300] Nell'originale si legge: «*We believe that the existence of the Wolf doctrine prior to Mapp is an operative fact and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration ... All that we decide today is that, though the error complained of might be fundamental, it is not of the nature requiring us to overturn all final convictions based upon it. After full consideration of all the factors, we are not able to say that the Mapp rule requires retrospective application*».

Questo, tuttavia, con continui ritorni all'alternativo modello «*decision-time law*»; com'è stato, nel 1974, con la sentenza *Bradley v. School Bd. of Richmond*[301], nella quale si afferma a chiare lettere: «*Noi basiamo la nostra decisione in questo caso sul principio che un tribunale deve applicare il diritto esistente al momento della decisione*»[302]; e così ancora nel 1993 in *Harper v. Va. Dep't of Tax'n*[303], ove si legge: «*Quando questa Corte applica una norma del diritto federale ai soggetti coinvolti nel giudizio dinanzi a essa quella regola giurisprudenziale è l'interpretazione del diritto federale e deve essere applicata retroattivamente in tutti i casi ancora sub judice e così a tutti gli eventi, indipendentemente dal fatto che questi eventi siano precedenti o successivi all'affermazione giudiziale della regola di giudizio*»[304].

La concorrenza dei due alternativi modelli emerge con chiara evidenza nella sentenza *American Trucking Ass'ns v. Smith*[305]. Mentre quattro giudici hanno aderito al modello «*transaction-time law*» («*La giurisprudenza di questa Corte sulla retroattività impone ai giudici di applicare la vecchia norma alle parti in causa, se le loro azioni o gli eventi si sono verificati prima dell'affermazione di quella nuova*»[306]). Altri quattro, all'opposto, si sono richiamati all'alternativo modello «*decision-time law*» («*Sebbene le regole processuali consentano una certa discrezionalità, ciò non può pregiudicare il principio sostanziale sottostante, secondo il quale – a meno dell'eccezione della res judicata e della prescrizione – i tribunali dovrebbero applicare la norma che si è infine affermata*»[307]). Così che la controversia è stata, infine, decisa grazie all'opinione originale del giudice Scalia, che, quantunque aderendo al modello «*decision-time law*» («*La proiezione nel futuro degli effetti della giurisdizione non può conciliarsi con la funzione del potere giurisdizionale come definita dall'art. 3 della Costituzione*»[308]), ha tuttavia escluso la retroattività della nuova

---

[301] U.S. Supreme Court, *Bradley v. School Board of Richmond*, 416 U.S. 696 (1974).

[302] Nell'originale si legge: «*We anchor our holding in this case on the principle that a court is to apply the law in effect at the time it renders its decision unless doing so would result in manifest injustice or there is statutory direction or legislative history to the contrary*».

[303] U.S. Supreme Court, *Harper v. Va. Dep't of Tax'n*, 509 U.S. 86, 97 (1993).

[304] Nell'originale si legge: «*When this Court applies a rule of federal law to the parties before it, that rule is the controlling interpretation of federal law and must be given full retroactive effect in all cases still open on direct review and as to all events, regardless of whether such events predate or postdate our announcement of the rule*».

[305] U.S. Supreme Court, *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 496 U.S. 167 (1990).

[306] Nell'originale si legge: «*The essential point is that, while there is flexibility in the law of remedies, this does not affect the underlying substantive principle that, short of a bar of res judicata or statute of limitations, courts should apply the prevailing decisional rule to the cases before them*».

[307] Nell'originale si legge: «*Rather, the Court's retroactivity doctrine obliged courts to apply old law to litigants before them if the operative conduct or events had occurred prior to the new decision*».

[308] Nell'originale si legge: «*Justice Scalia concluded that prospective decision-making by the Court cannot be reconciled with the scope of the judicial power under Article III*».

regola nel richiamo alla natura dello *stare decisis,* che nella concreta vicenda controversa avrebbe operato contronatura in danno di quelle situazioni giuridiche soggettive che, invece, avrebbe dovuto proteggere[309]. La singolare opinione di Scalia (teoricamente retroattiva/empiricamente proattiva) si spiega in ragione di ciò che egli ha in seguito affermato nella sentenza *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*[310], nella quale egli ha così giustificato il suo dissenso: «*L'approccio prospettivo, sia esso selettivo o puro, è in violazione dei doveri della Corte di svolgere la sua funzione costituzionale nella definizione di nuove regole per la decisione, ciò che implica il suo dovere di statuire solo con riferimento a situazioni controverse* [sicché] *entrambe le soluzioni prospettiche sono inammissibili, non per ragioni di giustizia, bensì perché non sono consentite dalla Costituzione*»[311].

Tutto ciò è la plastica rappresentazione di una giurisprudenza che non riesce a fare sintesi sul punto[312]; giacché non riesce a conciliare la tensione dogmatica con quella empirica, convogliandole in un'unica direzione, scegliendo uno dei due alternativi modelli («*decision-time law*»/«*transaction-time law*») e facendo poi derivare da quel presupposto le sue logiche conseguenze, sulla proiezione temporale degli effetti delle sentenze. Si è, invece, preferito somministrare soluzioni equitative.

Ciò che male si concilia con i fondamentali della *rule of law*.

Così che la Corte Suprema è divenuta negli ultimi anni sempre più cauta nel deflettere dalla naturale retroattività dell'*overruling*[313], preferendo piutto-

---

[309] Si legge nell'opinione di Scalia: «*The purpose underlying that doctrine, which is to protect settled expectations, justifies holding that Arkansas violated the Constitution in imposing its HUE tax after Scheiner was announced, but does not justify holding that Arkansas violated the Constitution in imposing its HUE tax before Scheiner overruled our earlier cases on which Arkansas presumably relied. To apply Scheiner retroactively, solely in the name of stare decisis, would turn the purpose of stare decisis against itself*».

[310] U.S. Supreme Court, *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529 (1991).

[311] Nell'originale si legge: «*Justice Scalia ... disagreed that the issue is one of choice of law, and concluded that both selective and pure prospectivity are impermissible, not for reasons of equity, but because they are not permitted by the Constitution*». J.E. FISCH, op. cit., 1080, critica l'assunto, sul rilievo che Scalia «*cites no independent constitutional authority for the proposition that retroactivity is a definitional component of the judicial power*». Egli obietta che «*Justice Scalia's narrow characterization of the judicial power is based on a formalist approach to separation of power doctrine*». Invero, «*The antiquated fiction that judges find law and legislator make it does not provide a sufficiently nuanced framework for determining rules of retroactivity. Separation of powers analysis simply cannot resolve the retroactivity debate*».

[312] W. ROOSEVELT, op. cit., 1130: «*the caselaw is an uninspiring hodgepodge of two-and three-Justice opinions*».

[313] S. BESWICK, op. cit., 279: «*The prominence of, and preference for, non-retroactivity doctrine has waxed and waned over the past century. Judicial enthusiasm for non-retroactive adjudication peaked during the Warren Court era. It has since been in decline and it seems likely to be disfavored by the current Roberts Court, even while U.S. non-retroactivity doctrine is increasingly influencing foreign common-law appellate*

sto gestire gli effetti della retroattività all'interno del processo («*remedial framework*»[314]), sulla base di valutazioni equitative dipendenti dall'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale[315].

Com'è stato nella sentenza *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*[316], nella quale essa ha escluso che la lesione di una legittima aspettativa («*no more than simple reliance*») fondata sull'applicazione di una vecchia regola giurisprudenziale che prevedeva un termine di decadenza per l'esercizio di una azione risarcitoria fosse di per sé sufficiente ad escludere la retroattività dell'*overruling*. Con ciò disattendendo l'argomentazione del soggetto leso che – riguardando l'*overruling* una norma processuale – la vicenda non ponesse il problema della retroattività («*as a choice-of-law rule*»), essendo piuttosto una questione di giustiziabilità («*as a remedial principle*»). Ma ciò non in ragione dell'infondatezza del modello astratto, bensì nella constatazione dell'insussistenza dei suoi presupposti concreti[317].

Nondimeno, la tecnica del *prospective overruling* (nei differenti modelli elaborati dalla Corte Suprema) ha poi trovato applicazione anche nella giurisprudenza inglese: «*Il prospective overruling assume molte diverse forme. Nella sua forma più semplice, il prospective overruling si ha quando il giudice pronuncia una regola specifica per il caso in esame. L'overruling in questa forma semplice o "pura" ha effetto esclusivamente prospettivo. La sentenza si applica solo ai rapporti e alle vicende avvenuti dopo la data della decisione. Tutti i rapporti iniziati o gli eventi accaduti prima di quella data continuano a essere disciplinati dalla legge come essa era concepita prima che il tribunale si pronunciasse. Altre forme di prospective overruling sono più limitate e "selettive" nella loro deviazione dal normale effetto delle decisioni giudiziarie. La sentenza*

---

courts». Come riferisce T.E. FAIRCHILD, *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting"*, in *Marq. L. Rev.*, 1968, 254, nella Corte Warren «*the technique of prospective overruling* [is] *as an exceptional expedient when the traditional retroactivity would wreak more havoc in society than society's interest in stability will tolerate*». Indubbiamente, «*The history of prospective decision-making at the federal level traces a distinctive arc: the practice found acceptance in the 1930s, escalated in the 1960s, fell into disfavor in the 1980s, and was strictly curtailed in the 1990*s» (S.J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y,* 2018, 413).

[314] R.H. FALLON – D.J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harv. L. Rev.*, 1991, 1731.

[315] S. BESWICK, op. cit., 328: «*Under this approach, judgments will always operate retroactively for the purpose of determining what the law was, but courts may employ equitable considerations to curb the remedial impact of un-expected judicial changes in the law*».

[316] U.S. Supreme Court, *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995).

[317] Nell'opinione del giudice Kennedy, la Corte Suprema ha avvertito la necessità di «*postponing extended discussion of reliance interests as they bear upon remedies for a case which requires us to address that issue*».

nella sua esecuzione può essere prospettiva e, in aggiunta, retrospettiva nel rapporto tra le parti nella causa in cui è stata pronunciata. O la sentenza può essere prospettica e, in aggiunta, retrospettiva sia tra le parti nella causa in cui è stata pronunciata sia nelle altre controversie ancora pendenti dinanzi a un tribunale. Vi sono, poi, altre variazioni sul medesimo tema»[318].

Anche in Inghilterra, tuttavia, è una tecnica discussa, perché in antitesi con l'affermazione giurisprudenziale che: «*Non si può dire che la legge era una cosa ieri ma avrà un differente significato domani. Se decidiamo che* [la regola esistente] *è sbagliata, dobbiamo ritenere che essa fosse sempre stata sbagliata, e ciò significherebbe che in molti rapporti già esauriti i titolari di diritti hanno sofferto un'ingiustizia. Ma è ciò che spesso accade quando un precedente viene cambiato*»[319].

Il vero è che la tradizionale cautela dei giudici inglesi nel deviare da un precedente[320] non ha sollecitato il bisogno di gestire il problema dell'ingiustizia che consegue inevitabilmente dalla retroattività dell'*overruling*[321].

Così che si è persino affermato che non vi sarebbe spazio nel sistema processuale inglese per il *prospective overruling*; com'è nelle parole del giudice Goff in *Kleinwort Benson v Lincoln City Council:* «*L'unica alternativa, a mio avviso, è di adottare un approccio di prospective overruling. Ma un siffatto approccio, sebbene sia stato occasionalmente seguito altrove con risultati, a quanto mi consta, alquanto contro-*

---

[318] House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 4; nell'originale si legge: «*Prospective overruling takes several different forms. In its simplest form prospective overruling involves a court giving a ruling of the character sought by the bank in the present case. Overruling of this simple or 'pure' type has the effect that the court ruling has an exclusively prospective effect. The ruling applies only to transactions or happenings occurring after the date of the court decision. All transactions entered into, or events occurring, before that date continue to be governed by the law as it was conceived to be before the court gave its ruling. Other forms of prospective overruling are more limited and 'selective' in their departure from the normal effect of court decisions. The ruling in its operation may be prospective and, additionally, retrospective in its effect as between the parties to the case in which the ruling is given. Or the ruling may be prospective and, additionally, retrospective as between the parties in the case in which the ruling was given and also as between the parties in any other cases already pending before the courts. There are other variations on the same theme*».

[319] House of Lords, *West Midland Baptist (Trust) Association Inc v Birmingham Corporation* [1970] AC 874, 898-899: «*We cannot say that the law was one thing yesterday but is to be something different tomorrow. If we decide that* [the existing rule] *is wrong we must decide that it always has been wrong, and that would mean that in many completed transactions owners have received too little compensation. But that often happens when an existing decision is reversed*».

[320] S.J. HAMMER, op. cit., 434: «*While not rejecting the power of courts to modify the common law, English practice has long placed greater restrictions on their ability to do so*».

[321] R.H.S. TUR, op. cit., 464: «*It seemed to me to be a classic Catch 22 – unless the House of Lord overrules more readily it won't adopt the technique of prospective overruling and unless it adopts the technique of prospective overruling it won't overrule more readily, which is indeed 'some catch'*».

versi, non è ammesso nel nostro sistema legale. Vorrei aggiungere che non considero la teoria dichiarativa del precedente un'aberrazione della common law. La ritengo piuttosto una conseguenza inevitabile del procedimento decisionale dei giudici, e perciò questa teoria deve, immagino, essere applicata allo stesso modo sia nei paesi di civil law sia in quelli di common law»[322].

Quanto consegue, tuttavia, a un'esigenza di carattere dogmatico.

A intendere il giudice come mero interprete della legge («*The declaratory theory of judicial decision*»), dovendo egli solo «*spiegare, dichiarare e rendere conoscibile la legge*»[323] – volendogli, dunque, attribuire solo la «*ars inveniendi*»[324] – quella soluzione (in ogni tempo e luogo, vi è una sola regola giurisprudenziale corretta) è teoricamente inevitabile[325].

Altro è, però, a dirsi qualora – più realisticamente – si voglia ammettere che il giudice con l'*overruling* sia, piuttosto, chiamato a inventare qualcosa che prima non esisteva nell'ordinamento, sulla base delle conoscenze acquisite («*ars combinatoria*»)[326]. Ciò che è da sempre affermato nell'interpretazione delle norme di *equity law*; ma le corti di *common law* hanno invece tradizionalmente escluso, e solo negli ultimi anni hanno finalmente ammesso, come afferma Lord Goff in *Kleinwort Benson v Lincoln City Council*: «*Talvolta, una trasformazione della legge sarà di una natura più radicale, costituendo una deviazione, anche fondamentale, da ciò che è stato precedentemente conside-*

---

[322] House of Lords, *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349, ove Lord Goff afferma: «*The only alternative, as I see it, is to adopt a system of prospective overruling. But such a system, although it has occasionally been adopted elsewhere with, I understand, somewhat controversial results, has no place in our legal system. I wish to add that I do not regard the declaratory theory of judicial decision, as I have described it, as an aberration of the common law. Since I regard it as an inevitable attribute of judicial decision-making, some such theory must, I imagine, be applied in civil law countries, as in common law countries*», e Lord Nicolls in *Hindcastle Ltd v. Barbara Attenborough* [1997] AC 70, 95, sostiene che «*Prospective overruling is not yet a principle known in English Law*».

[323] M. HALE, op. cit., 45: «*the Decision of Courts of Justice … do not make a Law properly so called (for that only the King and Parliament can do); yet they have a great Weight and Authority in Expounding, Declaring, and Publishing what the Law of this Kingdom is, especially when such Decisions hold a Consonancy and Congruity with Resolutions and Decisions of former Times*».

[324] F. GALGANO, op. cit., 84.

[325] R.S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Am. J. Comp. L.,* 2014, 38 e 39.

[326] R.H.S. TUR, op. cit., 474: «*The classical version of declaratory theory provided an argument against the introduction of prospective overruling but that manifest fiction has now been jettisoned. All that remains is the that judges should not act like legislators. Of course, even when overruling, judges may have to take much more into account than a legislature would in repealing a statute, but it is difficult, shorn of the 'one law' support declaratory theory, to see how overruling, which is both retrospective and prospective is 'not legislative' but overruling which is prospective only is 'legislative'. In truth, the overruling is 'legislative', irrespective of the temporal direction in which it runs*».

rato un principio consolidato, provocando una revisione dei princìpi complementari all'interno di quel ramo del diritto ... nondimeno deve essere visto come uno sviluppo del diritto, e trattato come tale ... È in questo contesto che dobbiamo reinterpretare la teoria dichiarativa del precedente. Si vede, infatti, che non si presuppone l'esistenza di un sistema ideale di common law che i giudici di volta in volta rivelano nelle loro sentenze. La classica teoria dichiarativa della sentenza, sebbene possa essere servita al suo scopo nel passato, era in realtà una finzione ... Ne consegue che in un caso simile la House of Lords sta facendo ben altro che migliorare la legge. Essa sta, piuttosto, cambiando la legge, come suggerisce il buon senso ... Se questa rappresentazione di ciò che accade non è coerente con la teoria dichiarativa della funzione giurisdizionale, allora è tempo che lo diciamo. È sempre stata una finzione. Se è giusto che la House of Lords possa cambiare la legge sovvertendo una precedente decisione della Court of Appeal, allora ne segue che un soggetto che fece affidamento sulla vecchia legge non ha commesso nessun errore a quel tempo, e non si può ritenerlo in errore ex post facto perché la legge è stata successivamente modificata. Ciò è ovviamente vero quando la legge è cambiata dal legislatore. A mio parere è ugualmente vero quanto la legge è stata modificata da un mutamento della giurisprudenza»[327].

Così che, solo di recente, si pone anche nell'ordinamento inglese il problema della retroattività delle sentenze.

Si legge in *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans,* nell'opinione del giudice Slynn: «*Ritengo che possano esistere situazioni in cui sarebbe auspicabile, e per nulla ingiusto, limitare al futuro gli effetti delle sentenze o comunque limitare la loro retroattività ad alcuni soggetti soltanto. La Corte di giustizia UE, seppure con cautela e comunque raramente, ha ristretto l'efficacia retroattiva della sentenza all'attore e a coloro che avessero comunque agito in giudizio prima della senten-*

---

[327] House of Lords, *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349; nell'originale si legge: «*Occasionally, a judicial development of the law will be of a more radical nature, constituting a departure, even a major departure, from what has previously been considered to be established principle, and leading to a realignment of subsidiary principles within that branch of the law … but it must nevertheless be seen as a development of the law, and treated as such … It is in this context that we have to reinterpret the declaratory theory of judicial decision. We can see that, in fact, it does not presume the existence of an ideal system of the common law, which the judges from time to time reveal in their decisions. The historical theory of judicial decision, though it may in the past have served its purpose, was indeed a fiction ... It follows that in such a case the House of Lords is doing more than develop the law. It is changing the law, as common sense suggests … If this view of what happens is inconsistent with the declaratory theory of the Court's function, then it is time we said so. It always was a fairy tale. If it is right that the House of Lords can change the law by overruling a previous decision of the Court of Appeal, it must follow that a person relying on the old law was under no mistake at the time, and cannot claim to have been under a mistake ex post facto because the law is subsequently changed. This is obviously true where the law is changed by legislation. In my opinion it is equally true when the law is changed by judicial decision*». R.H.S. TUR, op. cit., 472, obietta che «*It is difficult to understand how the substitution of 'not-x' for 'x' in any closed set of propositions can produce a new set legitimately described as a 'development' rather than as a negation of the old set*».

za. Chi non avesse cercato di contestare la legittimità di atti, talvolta risalenti ad anni prima, potrà avvantaggiarsi degli effetti della sentenza solo nel futuro. Questo approccio ha evitato di rimettere in discussione vicende definite da tempo e di commettere ingiustizie nei confronti di chi è convenuto in giudizio»[328].

Quanto ha indotto la House of Lords ad ammettere l'astratta possibilità della tecnica del *prospective overruling*.

È, tuttavia, singolare che si sia voluto dimostrare la sua ammissibilità nell'ordinamento inglese nel richiamo alla facoltà espressamente attribuita alla Corte di giustizia dall'art. 264, paragrafo 2, TFUE, anziché con riferimento alla giurisprudenza pretoria della Corte Suprema. Ciò che, probabilmente, trova una spiegazione nel tentativo di sfuggire al confronto dogmatico (quanto sarebbe stato necessario per giustificare l'ammissibilità della tecnica del *prospective overruling* all'interno del *common law*, dovendo allora farla discendere dai princìpi), piegando invece su di un approccio banalmente empirico (così si fa altrove!), che ha consentito di sospingere sul fondo della scena l'irrisolta questione della sostenibilità della teoria dichiarativa di Blackstone e, quindi, il fondamentale problema della natura della funzione giurisdizionale[329].

A ogni buon conto, anche in Inghilterra, il *prospective overruling* è attivabile solo in «a *wholly exceptional case*»[330].

2.12. Alcuni spunti di riflessione per una dogmatica del *prospective overruling*.

Il giudice di *common law* persegue due obiettivi (e con ciò esercita due funzioni): afferma ciò che il diritto era nel passato e dichiara quello che sarà nel futuro.

---

[328] House of Lords, *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans*, [2001] 2 AC 19; nell'originale si legge: «*I consider that there may be situations in which it would be desirable, and in no way unjust, that the effect of judicial rulings should be prospective or limited to certain claimants. The European Court of Justice, though cautiously and infrequently, has restricted the effect of its ruling to the particular claimant in the case before it and to those who had begun proceedings before the date of its judgment. Those who had not sought to challenge the legality of acts perhaps done years before could only rely on the ruling prospectively. Such a course avoided unscrambling transactions perhaps long since over and doing injustice to defendants*».

[329] P. DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in *Mod Law Rev.,* 1976, 6: «*Courts in the United States have begun to circumvent retroactivity by the device of deciding the case before them according to the old law while declaring that in the future the new law will prevail … I do not like it. It crosses the Rubicon that divides the judicial and the legislative powers*».

[330] House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 4.

Astrattamente, in un irrealistico ordinamento giuridico dove la società è statica e i giudici sono infallibili, il contemporaneo perseguimento di questi due obiettivi non sarebbe problematico; ma ben differente è la realtà: la società è in perenne movimento e i giudici talvolta sbagliano. Così che il giudice si trova frequentemente dinnanzi a un dilemma: tradire le legittime aspettative fondate sulla vecchia giurisprudenza, oppure seguire, e quindi avvalorare, una decisione obsoleta se non addirittura sbagliata[331].

Questo è il problema che la tecnica del *prospective overruling* tenta di risolvere.

Beninteso, il problema si pone solo se si rifiuta la teoria dichiarativa di Blackstone, perché diversamente si dovrebbe ritenere che attraverso l'*overruling* il giudice non crea un nuovo diritto, ma dichiara che il precedente era la falsa rappresentazione del diritto come è sempre stato («*For if it be found that the former decision is manifestly unjust or absurd, it is declared, not that such sentence was bad law, but that it was not the law*»[332]). Ma si è visto come sia, in una qualche misura, accettabile una versione aggiornata di quella teoria solo con riferimento allo sviluppo evolutivo del *common law*, attraverso il *distinguishing*. Diversamente, con l'*overruling* il giudice si fa indubbiamente legislatore («*ars combinatoria*»)[333], e, quindi, è inevitabile che vi sia un diritto all'epoca dei fatti («*transaction-time law*») differente da quello vigente nel momento della decisione («*decision-time law*»)[334].

---

[331] A.G.L. NICOL, op. cit., 542.

[332] W. BLACKSTONE, op. cit., 69 e 70. In questa prospettiva, «*A judge that decides something per incuriam (in ignorance of a piece of relevant case law or statute) does not discover or apply pre-existing law and so departure form that decision is permitted because it was not a valid exercise of judicial power*» (R. NOONAN, *Stare Decisis, Overruling, and Judicial Law-making, the Paradox of the JC Case*, in *Ir. Jur.*, 2017, 23). Si legge, al proposito, in House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 41: «*the declaratory theory ... is still valid when applied to cases where a previous decision is overruled as wrong when given. Most overruling occurs on this basis. These cases are to be contrasted with those where the later decision represents a response to changes in social conditions and expectations. Then, on any view, the declaratory approach is inapt. In this context this approach has long been discarded. It is at odds with reality*».

[333] B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1960, 10: «*the more courts begin to utilize prospective overruling the more it will become obvious that the judge is, in fact, inescapably a judicial legislator*».

[334] Il giudice Scalia in U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S 86 (1993), sostiene, invece che: «*a judge overruling* [a former] *decision would "not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation"*… », in questo modo riproponendo la teoria dichiarativa di Blackstone anche con riferimento ai momenti di reale discontinuità del *common law*. Ciò che, in effetti, è null'altro che una finzione, a volere negare l'evidenza del ruolo talvolta creativo del giudice. Indubbiamente, «*when a court overrules a case or strikes a statue, the fictional nature of the declaratory theory upon which retroactivity is based is brought to light*» (A.C. MICHAELS, op. cit., 637).

Ne consegue che la causa nella quale è emerso l'*overruling* (a evitare la retroattività della nuova regola giurisprudenziale) dovrebbe essere decisa sulla base del vecchio diritto, che pure è stato dichiarato obsoleto o persino sbagliato; mentre dovrebbero essere regolati dal nuovo diritto solo i soggetti coinvolti in un nuovo giudizio per la loro condotta in epoca successiva al sovvertimento della vecchia regola giurisprudenziale.

Ma in questo modo si rinnegherebbe l'effetto utile della tutela giudiziaria: il soggetto che agisce con successo in giudizio non trae vantaggio dalla sua azione[335]. Così che l'esito del giudizio diverrebbe per lui irrilevante. Quanto minerebbe nelle fondamenta il presupposto del principio dispositivo che sovrintende al corretto funzionamento del processo: il conflitto di interessi delle parti che vi sono coinvolte.

Quindi, anche a ritenere che il disconoscimento dei diritti di chi ha agito nel processo tempestivamente e con successo sia un costo sopportabile per consentire l'evoluzione del diritto, vi è comunque che un simile processo sarebbe disfunzionale (le parti che si confrontano in giudizio sarebbero insensibili alla decisione, e, perciò, verrebbe meno il conflitto d'interessi che spinge ciascuna parte del processo a mettere in luce tutte le circostanze che l'altro contraddittore avrebbe interesse a non rappresentare nel giudizio e che consente al giudice di mantenere un ruolo passivo nel gioco del contraddittorio[336]).

Per di più, il nuovo diritto affermato nel giudizio si atteggerebbe come fatto immateriale («*immaterial fact*»), dunque estraneo alla *ratio decidendi*[337], e perciò insuscettibile di condizionare ogni altro giudice secondo il principio dello *stare decisis*. Così che, in questo modo, si realizzerebbe il paradosso di stingere l'elemento centrale della decisione in un mero *obiter dictum* della sentenza[338].

Dunque, la proiezione nel futuro degli effetti della sentenza, se indubbiamente serve a riconciliare la funzione giurisdizionale (meglio sarebbe declinarla al plurale) con gli imperativi morali della *rule of law* (a evitare che il *common law* sia come gli editti di Caligola inaccessibile al soggetto che lo

---

335 R.S. KAY, op. cit., 230, 44. P.J. MISHKIN, op. cit., 60 e 61, sostiene: «*if parties anticipate such a prospective limitation, they will have no stimulus to argue for a change in the law*», ma precisa tuttavia che ciò non «*constitute a barrier to occasional, sporadic, and unpredictable resort to prospectivity*».

336 M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull'autonomia processuale degli Stati dell'UE),* Napoli, 2021, 45.

337 A.G.L. NICOL, op. cit., 550, sostiene al proposito del *prospective overruling* che «*Another version of the same argument is to say that the new rule is obiter, and therefore a waste of time*».

338 R.S. KAY, op. cit., 43. In questa prospettiva, R.H.S. TUR, op. cit., 482 e 483, definisce «*this opinion 'gross obiter dicta', to distinguish it from normal, run-of-the-mill obiter dicta*».

deve rispettare e sia inidoneo dunque a guidare la sua condotta[339]), solleva altrettanti problemi, sia di giustizia sostanziale, sia di coerenza dogmatica di questa nuova tecnica processuale con le caratteristiche della funzione giurisdizionale[340].

Tuttavia, il *prospective overruling* è un compromesso[341].

Non deve sorprendere, quindi, che sia inappagante in termini di coerenza dogmatica e che lasci qualcuno dei soggetti coinvolti insoddisfatto nelle sue richieste di giustizia sostanziale[342].

Nella problematica che l'*overruling* solleva (la gestione della retroattività) emerge un contrasto tra il principio di legalità e quello di certezza del diritto[343]. E, come accade in ogni vicenda nella quale vi sia da conciliare due princìpi che seguono traiettorie divergenti, vi è da attingere al caso concreto per individuare il migliore equilibrio possibile[344]. Così che il *prospective overruling* non si giustifica quando: (i) l'affidamento che esso intende tutelare è niente più che «*the figment of excited brains*»[345]; (ii) il sovvertimento della regola giurisprudenziale è stato anticipato da precedenti *obiter dicta*; (iii) l'ingiustizia della vecchia regola sovrasta la pretesa dell'affidamento[346].

---

339 W. BLACKSTONE, op. cit., 46.

340 S. BESWICK, op. cit., 279: «*Non-retroactive adjudication is a defective and superfluous doctrine. It lacks a coherent and generally accepted rationale*».

341 A.G.L. NICOL, op. cit., 552.

342 L'ingiustizia del *selective prospective overruling* è resa evidente in Supreme Court of Illinois, *Molitor v. Kaneland Community Unit Dist.*, 18 Ill. 2d 11 (1959) 163 N.E.2d 89, nell'opinione dissenziente di Davis: «*The principle announced by the court is an aborted offspring of the Sunburst theory … Eighteen pupils of defendant school district were riding on its bus on March 10, 1958, when the bus crashed into a culvert which resulted in an explosion of the gasoline tank whereby most of them were burned and injured … When we consider that under the court's decision only Thomas Molitor can recover even though the other pupils were similarly injured in the same accident, the position of the court becomes even less tenable*». In quel caso, l'uso selettivo del *prospective overruling* aveva, infatti, condotto la Corte a riconoscere il nuovo principio di diritto (che aveva abolito l'immunità degli istituti scolastici) solo a uno degli studenti feriti nel medesimo incidente.

343 Il giudice Scalia, in U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), sostiene che «*Prospective decision-making is the handmaid of judicial activism, and the born enemy of stare decisis. It was formulated in the heyday of legal realism and promoted as a "techniqu[e] of judicial lawmaking" in general, and more specifically as a means of making it easier to overrule prior precedent*».

344 P.J. STEPHENS, *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, in *Syracuse L. Rev.*, 1998, 1573, fa dipendere la scelta di proiettare nel futuro gli effetti dell'*overruling* dalle seguenti considerazioni: «*how well established the prior rule of law was, how clear it was,* [and] *perhaps whether there was reason (in the form of evolving, eroding caselaw) to predict a change*».

345 B.N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, New Haven, 1924, 122.

346 A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, 1934, 50.

L'obiettivo che il *prospective overruling* persegue è essenziale, e il compromesso accettabile, nei termini di cui si è scritto; bisogna, tuttavia, individuare la giustificazione legale del potere del giudice di modulare nel tempo gli effetti delle sue sentenze[347].

Si è sostenuto che le regole giurisprudenziali che impongono a un giudice di applicare un precedente, con la possibilità talvolta di sovvertirlo con effetto retroattivo quando esso è ingiusto e anacronistico («*out of fase*»), sono – nella tassonomia di Hart[348] – norme secondarie («*rules of recognition*»), che servono a vagliare quali regole di condotta (norme primarie) assumere come vincolanti all'interno di un ordinamento giuridico[349]. Quindi, il *prospective overruling* (che è una tecnica applicativa dello *stare decisis*) è valido nella misura in cui esso è socialmente accettato[350]; vale a dire, quando esso trova duraturo riscontro nella prassi dei tribunali. A individuarne il suo fondamento sociale, epperció la sua giustificazione legale, vi è, dunque, da ripercorrere le tappe evolutive del *prospective overruling* nell'ordinamento statunitense, da dove esso ha mosso i suoi primi passi.

Agli inizi degli anni '60 si sosteneva «*The failure of prospective overruling*»[351], come conseguenza della resistenza dei giudici statunitensi a utilizzare la nuova tecnica, perché ancora suggestionati dalla teoria dichiarativa di Blackstone e, dunque, indotti a escludere la funzione legislativa («*lawmaking*») della giurisprudenza[352]. Così che il problema della retroattività (e, dunque, l'esigenza di evitare l'ingiustizia che ne consegue) non era nemmeno avvertito. Già allora si iniziava, però, ad acquisire la consapevolezza che l'ingannevole prospettiva della teoria dichiarativa confondeva, in un tutt'uno indistinto, le due differenti funzioni assegnate alla giurisprudenza: di risolvere le controversie e di fare evolvere ininterrottamente il diritto (secondo le traiettorie dell'evoluzione darwiniana del *common law*[353]). E, per-

---

[347] Al proposito, vi è, tuttavia, da considerare che «*Non-retroactive adjudication simply has no principled foundation*» (S. BESWICK, op. cit., 283).

[348] H.L.A. HART, *Positivism*, cit., 19.

[349] A.G.L. NICOL, op. cit., 558.

[350] M.S. GREEN, op. cit., 354: «*the English rule of recognition (roughly, what the Queen in Parliament enacts is law) exists by virtue of its acceptance by English officials*». Come chiarisce J. RAZ, op. cit., 92, nella teoria di Hart, «*the behaviour of the population is not part of the conditions for the existence of the rule of recognition. Its existence consists in the behaviour of the 'officials' of the system, by which he presumably means law-applying officials*».

[351] B.H. LEVY, op. cit., 1.

[352] A.C. MICHAELS, op. cit., 634: «*Judicial retroactivity is partially rooted in the constitutional principle of separation of powers: prospective lawmaking is generally the role of the legislative branch, not the judicial branch*».

[353] J.L. RENSBERGER, *Choice of Law and Time*, in *Tenn. L. Rev.,* 2022, 428: «*The legislature's role is*

ciò, la dottrina sollecitava un cambio di prospettiva («*realistic jurisprudence*»), che consentisse di individuare le differenti tecniche processuali ad assolvere alle due differenti funzioni («*adjudication*» e «*lawmaking*»), così da ammettere, senza più ambiguità, che il *prospective overruling* è una «*technique of judicial lawmaking*»[354].

In effetti, si trattava di una tecnica relativamente nuova, che ebbe una sua prima affermazione in dottrina nel 1917[355], in seguito ad alcune sentenze nelle quali si era avvertita la necessità di preservare i soggetti coinvolti in un giudizio dall'applicazione retroattiva di una nuova regola giurisprudenziale affermata per la prima volta all'esito di quel medesimo giudizio[356].

Fu subito evidente che «*a whole-hearted repudiation of the theory that courts only declare law … may be necessary*»[357].

Eppure, in quegli stessi anni Cardozo (la cui dottrina è oltremodo significativa per il ruolo che egli poi assumerà nel riconoscimento del *prospective overruling* da parte della Corte Suprema[358]) così si espresse al proposito della retroattività dell'*overruling*: «*Non saprei dire se sia necessario individuare un criterio discretivo. Sono, tuttavia, sicuro che esso, quale che sarà, non dovrà discendere da concezioni metafisiche sulla natura del diritto giurisprudenziale, né dal culto di qualche principio fondamentale, quale la divisione dei poteri, bensì da considerazioni di convenienza e di utilità, e dai più radicati sentimenti di giustizia*»[359].

Così che il *prospective overruling*, nell'opinione di Cardozo, è una tecnica del processo, piuttosto che la conseguenza di una sua caratteristica dogmatica. E si presta, dunque, ad essere (come, in effetti, poi sarà) modellato secondo esigenze empiriche.

Una tecnica processuale utile a soddisfare necessità pratiche, che, tuttavia, si riteneva all'epoca in contrasto con princìpi fondamentali: (i) il prin-

---

to make law, but common law courts have a dual function, to decide cases and also to make law. Because a court must decide the case before it (which involves a past transaction), its pronouncements must necessarily have at least some retroactivity».

354 B.H. LEVY, op. cit., 6.

355 G.F. CALFIED, *Address at 24th annual meeting of the South Carolina Bar Association,* 1917.

356 Alabama Supreme Court, *Jones v. Woodstock Iron Co.*, 95 Ala, 551, 10, So 635 (1892).

357 R.H. FREEMAN, *The Protection Afforded Against Retroactive Operation of an Overruling Decision,* in *Colum L. Rev.*, 1918, 230.

358 U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

359 B.N. CARDOZO, *The Nature*, cit., 147; nell'originale si legge: «*Were the line of division wills some day be located, I will make no attempt to say. I feel assured, however, that its location, wherever it shall be, will be governed, not by metaphysical conceptions of the nature of judge-made law, nor by the fetich of some implacable tenet, such as the division of governmental powers, but by considerations of convenience, of utility, and of the deepest sentiments of justice*».

cipio di legalità, che subordina il giudice al rispetto della legge; (ii) l'effettività della tutela giudiziaria, perché chi agisce in giudizio viene privato dell'effetto utile della sua azione; (iii) lo svilimento della *ratio decidendi* a un mero *obiter dictum*, in questo modo tradendo gli obiettivi della funzione giurisdizionale[360].

Cardozo rifuggirà, poi, il confronto dogmatico (nulla rileva nella sua prospettiva che si voglia o no aderire alla teoria dichiarativa di Blackstone, come sarà poi evidente nella sentenza *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*[361]) per riportare nuovamente il problema sul piano pratico del soddisfacimento di esigenze empiriche di giustizia emergenti nel caso concreto: «*La regola che ci viene chiesto di applicare non è in sintonia con la vita che ci circonda. È stata resa discordante dalle forze che generano una legge vivente. La applichiamo a questo caso perché l'abrogazione potrebbe comportare difficoltà per coloro che hanno creduto alla sua esistenza. Avvisiamo, tuttavia, che chiunque vi confidi d'ora in poi lo farà a suo rischio*»[362].

Nella prospettiva di Cardozo è funzionale al *prospective overruling* la sua efficacia di mero *obiter dictum*, perché esso ha il solo scopo di avvertire i soggetti dell'ordinamento che in futuro la giurisprudenza potrà cambiare (non essendo i giudici vincolati a una premonizione estranea alla *ratio decidendi*), così che poi quando la regola giurisprudenziale sarà davvero sovvertita, non vi sarà più alcuna legittima aspettativa da tutelare. Donde, la funzione del *prospective overruling* non è di vincolare, bensì piuttosto di liberare i giudici successivamente chiamati a decidere una analoga controversia dal rispetto del precedente oramai obsoleto[363].

Quella sua opinione di dottrina diverrà poi la motivazione della sentenza *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*[364], che storicamente segna il primo riconoscimento del *prospective overruling* da parte della Corte Su-

---

360 R. VON MOSCHZISKER, *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, in *Harv. L. Rev.*, 1924, 426 e 427.

361 U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932), ove appunto si legge: «*The choice for any state may be determined by the juristic philosophy of the judges of her courts, their conceptions of law, its origin and nature. We review not the wisdom of their philosophies, but the legality of their acts*».

362 B.N. CARDOZO, *Address*, cit., 296; nell'originale si legge: «*The rule that we are asked to apply is out of tune with the life about us. It has been made discordant by the forces that generate a living law. We apply it to this case because the repeal might work hardship to those who have trusted to its existence. We give notice, however, that any one trusting to it here-after will do so as his peril*».

363 B.H. LEVY, op. cit., 13.

364 U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

prema e, dunque, la sua legittimazione costituzionale (di cui in effetti si dubitava[365]).

Ciò che consente di escludere che la tecnica del *prospective overruling* consegua quale necessario effetto di una determinata ricostruzione del rapporto tra il giudice e la legge e, quindi, dipenda dallo scioglimento del nodo gordiano: «*ars inveniendi*»/«*ars combinatoria*»[366]; a inibire o no il creazionismo giudiziario (quanto è utile ai fini della nostra indagine di verificare se, e in quale misura, sia possibile importare nel nostro ordinamento la tecnica del *prospective overruling*).

Il *prospective overruling* è solo una tecnica processuale, utile a consentire la coesistenza del cambiamento del diritto (che è l'elemento caratterizzante del *common law*) e la stabilità dei rapporti[367], secondo il moto «*continuity and change*».

Così che, in definitiva, la sua affermazione non è dogmatica.

Non vi è una sola risposta corretta («*all-or-nothing affair*»), bensì tante soluzioni ugualmente accettabili secondo le peculiarità del caso concreto («*fuzzy truths*»).

Volendo rappresentare su un piano cartesiano l'evoluzione del *common law* secondo la sua naturale traiettoria (la proiezione nel passato dell'*overruling*) si potrebbe individuare sull'asse delle ascisse l'incongruenza sociale (il disallineamento della norma dai princìpi sociali) e su quello delle ordinate la certezza del diritto. Così che la funzione che definisce la loro relazione inversa (all'aumentare dell'incongruenza sociale diminuisce il bisogno di tutela delle legittime aspettative fondate sulla norma anacronistica) individua graficamente l'insieme delle decisioni giudiziarie in cui la necessità del cambiamento giustifica il sacrificio della certezza del diritto. Tanto più la vecchia norma è anacronistica («*out of phase*»), tanto meno è giustificata la scelta del giudice di continuare ad applicarla al caso controverso e a tutte le altre vicende che si sono verificate prima del sovvertimento del precedente («*pure prospective overruling*»). Al crescere dell'incongruenza sociale («*inconsistent exception*»), si affievolisce la certezza del diritto. E, viceversa, dov'è massima la congruenza sociale della vecchia norma (quando

---

[365] B.H. LEVY, op. cit., 16.

[366] B.H. LEVY, op. cit., 18, sostiene, invece, che «*If retroactivity becomes only a matter of purposiveness on the part of the judge – in any given case he either will or will not give his decision retroactive effect – you have acknowledged the basic of the judge's mind; and whether you call him a judicial legislator becomes only a matter of semantic*».

[367] A. KOCOUREK – H. KOVEN, *Renovation of the Common Law Through Stare Decisis*, in *Ill. L. Rev.*, 1935, 973.

l'*overruling* è dunque avvertito come rivoluzionario) diviene pressoché inevitabile la tutela dei legittimi affidamenti, ed è perciò elevato il livello della certezza del diritto da salvaguardare. Come nella matematica il rapporto tra le due variabili è costante su ogni punto della curva [y=f(x)], così in ogni concreta vicenda processuale, nella quale l'esigenza del cambiamento della norma anacronistica entra in frizione con la tutela delle relazioni giuridiche definite nel passato, il disallineamento tra la legalità formale («*justice*») e la giustizia sostanziale («*fairness*») è costante in ogni punto della curva della funzione che rappresenta le dinamiche evolutive del diritto («*the fabric of the law*»). Così che il giudice può evitare la naturale retroattività della sentenza solo se l'ingiustizia che l'applicazione della norma anacronistica («*out of phase*») produce è proporzionata (uguale o minore) a quella che il sovvertimento *ex post facto* della regola arreca a chi si era autodeterminato nelle proprie scelte di vita nel rispetto del diritto vigente all'epoca della sua azione («*transaction-time law*»); e lo deve fare nella stretta misura in cui ciò sia necessario a riportare le due contrastanti tensioni nel loro originario equilibrio: a evitare che una norma legittima divenga nondimeno ingiusta («*selective prospective overruling*»). E, simmetricamente, quanto più il sovvertimento della regola giurisprudenziale sia stato preannunciato da opinioni dissenzienti, *obiter dicta* o eccezioni incoerenti («*inconsistent exception*»), maggiore è l'incongruenza sociale, minore è la giustificazione di chi ha fatto affidamento sulla doverosità della regola giurisprudenziale anacronistica (la certezza del diritto), e dunque maggiori sono gli spazi di manovra per la proiezione nel passato delle scelte rivoluzionarie della giurisprudenza («*judicial law making*»); a consentire il pieno perseguimento dell'obiettivo della congruenza sociale: l'unica fonte di legittimazione («*rule of recognition*») del diritto giurisprudenziale.

Così che appare evidente che la tecnica del *prospective overruling* (a usare le eloquenti parole di Cardozo): «*sarà governata, non già da concezioni metafisiche sulla natura del diritto giurisprudenziale, né dal feticcio di qualche principio fondamentale, come la divisione dei poteri, bensì da considerazioni di convenienza, di utilità, e dai più profondi sentimenti di giustizia*»[368].

Non deve, dunque, sorprendere che la tecnica del *prospective overruling* abbia sostanzialmente perso la sua originaria forza attrattiva, proprio nell'ordinamento giuridico dove essa aveva trovato la massima applicazione e la migliore definizione concettuale, e sia divenuta sul finire del secolo

---

[368] B.N. CARDOZO, *The Nature*, cit., 147; nell'originale si legge: «*will be governed, not by metaphysical conceptions of the nature of judge-made law, nor by the fetich of some implacable tenet, such as the division of governmental powers, but by considerations of convenience, of utility, and of the deepest sentiments of justice*».

scorso una soluzione di rara attivazione[369]: ciò consegue inevitabilmente dal fatto che l'ordinamento statunitense si è assestato in una nuova situazione di equilibrio, al termine dell'epoca dei cambiamenti rivoluzionari delle anacronistiche norme del *common law* nei settori fondamentali della società.

Bibliografia

AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Londra, 1885

AUSTIN J., *The Provinces of Jurisprudence Determined*, 1832

BEEVER A., *The Declaratory Theory of Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2013

BENTHAM J., *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, 1792

BESWICK S., *Retroactive Adjudication,* in *Yale L. J., 2020*

BINGHAM T., *The rule of Law*, Londra, 2011

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England,* 1808

BRATZ D.C., *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Wash. L. Rev.*, 1984

BREITEL C.D., *The Lawmakers, 22d Annual Benjamin N. Cardozo Lecture, in Colum. L. Rev.,* 1965

CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982

CALFIED G.F., *Address at 24th annual meeting of the South Carolina Bar Association,* 1917

CARDOZO B.N., *Address to the N.Y. Bar Assn., 55 Rep. N.Y. State Bar Assn.*, 1932

CARDOZO B.N., *The Growth of the Law*, New Haven, 1924

CARDOZO B.N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921

CASS R.A., *Judging, Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making*, in *BULR*, 1995

CROSS R. –HARRIS J.W., *Precedent in English Law*, Oxford, 2004

CULP DAVIS K., *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, 1969

CURRIER T.S., *Time and change in judge-made law: prospective overruling*, in *Va. L. Rev.*, 1965

---

[369] A.C. MICHAELS, op. cit., 640: «*the possibility of prospective judicial decision-making enjoyed a period of ascendancy in the 1960s and 1970s, but was walked back (though probably not completely eliminated) in the 1980s and 1990s.*».

DAVIES J., *A Response to Statutory Obsolescence The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979
DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico*, Milano, 1984
DEVLIN P., *Judges and Lawmakers*, in *Mod Law Rev.,* 1976
DICEY A.V., *Introduction to the study of The Law of the Constitution,* Londra, 1915
DIPLOCK K., *Court as Legislator*, Birmingham, 1965
DYZENHAUS D., *Tomas Hobbes and the Rule by Law Tradition,* in AA.VV., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021
DWORKIN R.M., *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977
DWORKIN R.M., *Is Law a system of rules?,* in AA.VV., *The Philosophy of Law*, 2010
EISENBERG M.A., *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988
EVANS HUGHES C., *Addresses and Paper 1906-1916*, New York, 1916
FALLON R.H. – MELTZER D.J., *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harv. L. Rev.*, 1991
FAIRCHILD T.E., *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting"*, in *Marq. L. Rev.*, 1968
FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018
FISCH J.E., *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997
FINNIS J., *The Fairy Tale's Moral,* in *LQR*, 1999
FREEMAN R.H.,*The Protection Afforded Against Retroactive Operation of an Overruling Decision,* in *Colum L. Rev.*, 1918
FRIEDMAN W., *Limits of Judicial Law-making and Prospective Overruling*, in *Mod. L. Rev.*, 1966
FULLER L.L., *The Morality of Law*, New Haven, 1962
GALGANO F., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012
GARDNER J., *Legal Positivism: 5½ Myths*, in *Am. J. Juris*, 2001
GELDART W.M., *Elements of English Law,* Londra, 1927
GILMORE G., *The ages of American Law*, 1977
GNEIST R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlino, 1879
GOODHART A.L., *Precedent in English and Continental Law*, 1934
GREEN M.S., *Kelsen, Quietism, and the Rule of Recognition*, in

AA.VV., *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, 2008

GROSSI P., *La Fantasia nel diritto,* in *Quad. fiorentini*, 1986

HADDAD J.B., *The Finality Distinction in Supreme Court Retroactivity Analysis: An Inadequate Surrogate for Modification of the Scope of Federal Habeas Corpus*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1984

HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty,* Londra, 2011

HAYEK F.A., *The Road to Serfdom*, Chicago, 1972

HALE M., The *History of the Common Law of England*, Londra, 1713

HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 2012

HART H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in AA.VV., *The Philosophy of Law*, 2010

HART H.L.A. –SACKS A., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958

HAMMER S.J., *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y,* 2018

HEYDEN J.D., *Judicial Activism and the Death of the Rule of Law*, in *Quadrant,* 2003

HOBBES T., *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, 1668

HOVENKAMP H., *Evolutionary Models in Jurisprudence*, in *Tex. L. Rev.*, 1985

KAY R.S., *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Am. J. Comp. L.,* 2014

KENNETH KRESS J., *Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis. Retroactivity, and the Linear Order of Decisions*, in *CAL. L. Rev.*, 1984

KOCOUREK A. –KOVEN H., *Renovation of the Common Law Through Stare Decisis*, in *Ill. L. Rev.*, 1935

JURATOWITCH B., *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, 2008

LEVY B.H., *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1960

LOUGHLIN M., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021

MATTEI U. – ARIANO E., *Il modello di common law*, Torino, 2018

MCCAULEY LANDIS J., *Statute and the Sources of Law*, in *Harvard J. Legis*, 1965

MCWHINNEY E., *Judicial Review in the English-speaking World*, Toronto, 1965

MEIERHENRICH J., *What the rule of law Is ... and Is Not*, in AA.VV., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021

MEIERHENRICH J. - LOUGHLIN M., *Thinking about the rule of law*, in AA.VV., *The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021

MICHAELS A.C., *Retroactivity and Appointments*, in *Loy. U. Chi. L.J.,* 2021

MISHKIN P.J., *The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law,* in *Harv. L. Rev.,* 1965

MOUNT F., *The British Constitution Now: Recovery or Decline?,* Londra, 1993

NELSON C., *The Legitimacy of (Some) Federal Law,* in *Va. L. Rev.,* 2015

NICOL A.G.L., *Prospective Overruling: A New Device for English Courts?* in *Mod Law Rev.*, 1976

NOONAN R., *Stare Decisis, Overruling, and Judicial Law-making, the Paradox of the JC Case*, in *Ir. Jur.,* 2017

PORTALURI P.L., *La cambiale di Forsthoff, creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo,* Napoli, 2021

POUND R., *Criminal Justice in America*, New York, 1930

RAEFF M., *The Well-Ordered Police State and the Development of Modernity in Seventeenth-and Eighteenth-Century Europe: An Attempt at a Comparative Approach*, in *AHR*, 1975

RAZ J., *The Authority of Law*, Oxford, 2009

RENSBERGER J.L., *Choice of Law and Time*, in *Tenn. L. Rev.,* 2022

ROOSEVELT W., *A Little Theory Is a Dangerous Thing: The Myth Of Adjudicative Retroactively,* in *Conn. L. Rev.,* 1999

SACHS S.E., *Finding Law*, in *Calif. L. Rev.,* 2019

SAMPFORD C., *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006

SCALIA A., *The rule of law as a Law of Rules*, in *UCLR*, 1989

SHANDLER N., *The Strange Case of Hellish Nell: The Story of Helen Duncan and the Witch Trial of World War II*, Cambridge, 2009

STEINER E., *Judicial Rulings with Prospective Effects: From Comparison to Systematisation*, in *General Reports of The XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Dordrecht, 2017

STEPHENS P.J., *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, in *Syracuse L. Rev.*, 1998

STONE J., *Precedent and Law*, *Dynamics of Common Law Growth*, Londra, 1985

TEDESCHI G., *Prospective Revision of Precedent*, in *Isr. L. Rev.,* 1973
TREANOR W.M. – SPERLING G.B., *Prospective Overruling and the Revival of "Unconstitutional" Statutes*, in *Colum. L. Rev.*, 1993
TUR R.H.S., *Time and Law,* in *Oxf. J. Leg. Stud.,* 2002
VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
VON MOSCHZISKER R., *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, in *Harv. L. Rev.*, 1924
WALDRON J., *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in AA.VV*., The Cambridge Companion to The rule of law,* Cambridge, 2021

Giurisprudenza

Court of King's Bench*, Eyston v Studd* (1574) Plow 459
Court of Common Pleas, *Thomas Bonham v College of Physicians* (1610) 8 Co Rep 114
U.S. Supreme Court, *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S 103 (1801)
U.S. Supreme Court, *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824)
U.S. Supreme Court, *Swift v. Tyson*, 41 U.S (16 Pet.) I (1842)
House of Lords, *Beamish v. Beamish* [1861] 11 Eng. Rep. 735 (HL) 761
U.S. Supreme Court, *Gelpeke v. City of Dubuque*, 68 US (I Wall.) 175 (1864)
House of Lords, *Rylands v. Fletcher* (1868) LR 3 HL 330
Court of Appeal, *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch. D. 696
Alabama Supreme Court, *Jones v. Woodstock Iron Co.,* 95 Ala, 551, 10, So 635 (1892)
Court of Appel*, Willis & Co. v Baddeley* [1892] 2 Q.B. 324 (CA)
U.S. Supreme Court, *Kuhn v. Fairmont Coal Co.,* 215 U.S. 349 (1910)
New York Court of Appeals*, MacPherson v. Buick Motor Co.* - 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)
U.S. Supreme Court, *South Pacific v. Jensen*, 244 US 205 (1917)
U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932)
U.S. Supreme Court, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)

U.S. Supreme Court, *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co.,* 311 U.S. 538 (1940)
US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *President and Dir. of Georgetown College v. Hughes*, 130 F.2d 810 (D.C. Cir. 1942)
Court of King's Bench, *R. v Duncan*, [1944] K.B. 713
Supreme Court of Appeal of South Africa, *Pretoria City Council v. Levison*, SA 405 (1949)
New York Court of Appeals, *Bing v. Thunig*, 2 N.Y.2d 656 (N.Y. 1957)
Supreme Court of Illinois, *Molitor v. Kaneland Community Unit Dist.*, 18 Ill. 2d 11 (1959) 163 N.E.2d 89
U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965)
U.S. Supreme Court, *Swain v. Alabama,* 380 U.S. 202 (1965)
U.S. Supreme Court, *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966)
U.S. Supreme Court, *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967)
House of Lords, *West Midland Baptist (Trust) Association Inc v Birmingham Corporation* [1970] AC 874
U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co . v. Huson*, 404 U.S 97 (1971)
U.S. Supreme Court, *Bradley v. School Bd. of Richmond*, 416 U.S. 696 (1974)
U.S. Supreme Court, *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977)
U.S. Supreme Court, *Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977)
Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas,* 378 Mass. 85 N.E.2d 243 (1979)
U.S. Supreme Court, *United States v. Sec. Indus. Bank*, 459 U.S. 70 (1982)
U.S. Supreme Court, *McCray v. New York*, 461 U.S. 961 (1983)
U.S. Supreme Court, *PBGC v. R. A. Gray & Co,* 467 U.S. 717 (1984)
District Court for the Eastern District of New York, *McCray v. Abrams*, 576 F. Supp. 1244 (E.D.N.Y. 1983)
U.S. Supreme Court, *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 96 U.S. 167 (1990)
U.S. Supreme Court, *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501*, U.S. 529 (1991)
U.S. Supreme Court, *Lampf, Pleva, Lipkind et al. v. Gilbertson*, 501 U.S. 350 (1991)
U.S. Supreme Court, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991)
U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993)
U.S. Supreme Court, *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995)
House of Lords, *Hindcastle Ltd v. Barbara Attenborough* [1997] AC 70
House of Lords, *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349

House of Lords, *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans*, [2001] 2 AC 19

U.S. Supreme Court, *Sosa v. Alvarez-Machain,* 542 U.S. 692 (2004)

House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 41

Supreme Court of Ireland, *A v Governor of Arbour Hill Prison*, IESC 45; [2006] 4 I.R. 88

CAPITOLO TERZO

L'*OVERRULING* NEL DIRITTO UE

SOMMARIO: 3.1. Il problema della retroattività dell'*overruling* – 3.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 264, paragrafo 2, TFUE. – 3.3. L'efficacia *erga omnes* delle sentenze dichiarative. – 3.4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estensibilità dell'art. 264, comma 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. – 3.5. Il *prospective overruling* selettivo nella variante europea. – 3.6. I presupposti della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza. – 3.7. La giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia. – 3.8. I residui margini di autonomia procedurale degli Stati membri, ovvero la competenza funzionale dei giudici nazionali. – 3.9. Alcune considerazioni di sintesi sulla tecnica del *prospective overruling* nel diritto UE.

3.1. Il problema della retroattività dell'*overruling*.

Il diritto UE è indubbiamente un diritto giurisprudenziale («*a case law system*»), quantunque il legislatore comunitario abbia promulgato una gran mole di atti legislativi[1].

Ciò consegue all'inevitabile constatazione che la soluzione di una vicenda contenziosa di una qualche complessità (gli «*hard cases*» sui quali si interroga da tempo la dottrina anglo-americana nel tentativo di individuare una netta linea di demarcazione tra *adjudication* e *legislation*[2]) raramente discende quale conseguenza ineludibile dell'applicazione meccanica di una norma scritta, dovendo piuttosto la legge (anche nelle rare ipotesi in cui si esprima attraverso un precetto chiaro e di preciso significato) interagire con i princìpi, che ne condizionano l'applicazione.

Ciò che sostituisce all'etereo sillogismo un più concreto rapporto costi/benefici della scelta giudiziale[3].

---

[1] F.G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice,* in *Tex. Int'l L.J.*, 2003, 548: «*Although the Treaties provide a broad legal framework, and the Union legislature has enacted a vast body of generally very detailed legislation … Union law can nonetheless be described as essentially a case law system*».

[2] K. DIPLOCK, *Court as Legislator*, Birmingham, 1965.

[3] D. MURAUSKAS, *Temporal Limitations by the Court of Justice of the EU: Dealing with the Consequences*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 2013, 104: «*The arguments addressed by Luhmann against consequen-*

Difatti, i princìpi richiamati nel contenzioso sono pressoché sempre destinati a una soddisfazione solo parziale, dovendosi quindi tra loro conciliare anche quando seguono opposte traiettorie (com'è, con riferimento alla retroattività della sentenza, la certezza del diritto e la tutela delle legittime aspettative nel rapporto con la legalità).

Donde, la necessità di una loro ponderazione.

Vi è, dunque, una sostanziale convergenza del modello comunitario con quello anglo-americano: specularmente a quanto si è scritto al proposito dell'ordinamento statunitense («*the major part of the law is now skeletonized between the covers of the statute book*»[4]), si può, perciò, ben dire che le norme scritte del diritto UE si strutturano in un precetto (assumono una forma definita) attraverso il diritto giurisprudenziale[5].

E, invero, la stessa trilogia dei princìpi fondativi dell'Unione europea (l'effetto diretto, il primato e la disapplicazione) è affermata nelle sentenze *Van Gend en Loos*[6], *Costa/Enel*[7] e *Simmenthal*[8] nella risoluzione di controversie di rilevanza assai modesta, e ha successivamente trovato riscontro negli atti fondativi solo con riguardo al principio del primato nella dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona. Ciò che rende evidente la sovrabbondanza degli effetti normativi su quelli giurisdizionali delle dette sentenze.

Così che, in entrambi i sistemi, l'ordinamento giuridico si definisce attraverso la continua osmosi tra legislazione e giurisdizione, in risposta all'ininterrotta mutazione dei princìpi sociali (nulla rileva che in un ordinamento si affermi prima la giurisprudenza e a seguire la legge e, nell'altro, di

---

tialism are "the argument of legal certainty", "the argument of legal equality", "the argument of overburdening the courts" and "the statement that consequentialism jeopardises the independence of the courts". However, the importance of consequences arises due to the critique regarding the logically-based reasoning of courts as a relatively vulnerable and too pretentious method in the practice of courts. For instance, formal syllogising is a tool pretending to a certainty and regularity which do not exist in fact. The effect of such pretension is increasing uncertainty and social instability. It is for this reason that either logic must be abandoned or it must be relative to consequences rather than antecedents».

[4] J. DAVIES, *A Response to Statutory Obsolescence. The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979, 7.

[5] J. TEMPLE LANG, *The Place of Legislation in European Community Law*, in *Statute L. Rev.,* 1989, 53: «*Community legislation is interpreted, on occasion, by means of analogies and by reference to very broad substantive principles … Indeed, the Court on occasions states that Community legislation embodies or illustrates a more general principle of law. The Court tries to interpret Community legislation so as to make Community law into a rational whole, in which both legislation and non-legislative principles are fully integrated*».

[6] Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

[7] Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64.

[8] Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 92/78.

contro, la giurisprudenza si definisca sull'ordito teso dal legislatore: in entrambi i casi la trama e l'ordito tessono la tela ordinamentale in un tutt'uno indistinto).

Inevitabilmente, la Corte di giustizia si è, perciò, trovata a gestire il problema (già avvertito dalla Corte Suprema negli anni '30 del secolo scorso[9]) di tenere assieme la retroattività della sentenza (indispensabile alla tutela giurisdizionale) e la certezza del diritto (che invece induce a proiettare nel futuro l'interpretazione della norma di equivoco significato).

Anzi, a ben vedere, l'effetto sorpresa dell'*overruling* è pressoché inevitabile nell'ordinamento comunitario, nel quale il sovvertimento del precedente è sempre rivoluzionario[10], non essendoci nella giurisprudenza della Corte di giustizia la possibilità di segnalare il dissenso di alcuni giudici rispetto alle decisioni della maggioranza («*dissenting opinion*»), che sono assunte nel segreto della camera di consiglio[11]. Ed è proprio la trasparenza del meccanismo decisionale che, invece, nell'ordinamento nordamericano consente talvolta ai giudici di grado inferiore persino di anticipare l'*overruling* della Corte Suprema («*anticipatory overruling*»)[12]; così che, in quell'ordinamento, il mutamento di giurisprudenza è principalmente di tipo evolutivo e solo in minima parte davvero rivoluzionario[13]: dovendosi, perciò, normalmente escludere che la naturale retrodatazione degli effetti di una sentenza innovativa sia pregiudizievole di legittime aspettative fondate sulla giurisprudenza consolidata.

Quindi, l'esigenza pratica di conciliare il principio di legalità con la certezza del diritto – a evitare l'ingiustizia sostanziale dell'*overruling* – è mag-

---

[9] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

[10] E. SHARPSTON, *European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom,* in *NW. J. INT'l L. & Bus.*, 1990, 101, afferma al proposito: «*one can distinguish between changes of view by the authorities (which are not usually foreseeable), changes in underlying circumstances (which may well be foreseeable by the alert, or prudent trader), and changes caused by increased problems of the same essential kind as earlier problems (which are surely foreseeable by those engaged in that particular economic sector)*». Così che, in questa prospettiva, il *prospective overruling* si giustificherebbe solo nella prima ipotesi, che corrisponde, appunto, alla rottura dello sviluppo incrementale dell'ordinamento comunitario.

[11] Artt. 35 dello Statuto della Corte di giustizia («*Le deliberazioni della Corte di giustizia sono e restano segrete*») e 32 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia («*Le conclusioni adottate dalla maggioranza dei giudici in esito alla discussione finale determinano la decisione della Corte*»).

[12] D.C. BRATZ, *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Wash. L. Rev.*, 1984, 89.

[13] J.E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1100.

giormente avvertita nell'ordinamento comunitario, dove l'opacità del meccanismo decisionale impedisce di leggere nella giurisprudenza della Corte di giustizia incertezze decisionali che potrebbero far presagire l'abbandono dell'interpretazione consolidata di una norma del diritto UE[14].

Nondimeno, anche nella giurisprudenza comunitaria la tecnica del *prospective overruling* fatica ad affermarsi nella dogmatica, che individua nella retroattività della sentenza un tratto ontologico della funzione giurisdizionale.

Anche alla Corte di giustizia fu, invero, subito evidente che «*Un primo elemento a sostegno della tesi dell'effetto ex tunc delle sentenze pregiudiziali deriva direttamente dalla funzione d'interpretazione affidata alla Corte: interpretare è riconoscere e rendere palese il significato di un testo; il significato così reso palese inerisce al testo interpretato fin dall'inizio*»[15].

Quanto ripropone all'interno dell'ordinamento comunitario la prospettiva semplicistica (tanto da essere definita «*a childish fiction*»[16]) della teoria dichiarativa di Blackstone – «*the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law*»[17] –, che negli ordinamenti nordamericano e inglese costituisce da sempre il principale ostacolo al riconoscimento dell'ingiustizia dell'*overruling* e, dunque, impedisce l'accettazione dogmatica della tecnica del *prospective overruling*, che proprio su quell'ingiustizia (conseguente alla negazione della certezza del diritto e della tutela dei legittimi affidamenti) fonda la irretroattività di una sentenza rivoluzionaria.

Donde, «*secondo una giurisprudenza costante, l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, che la Corte fornisce nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, nel senso in cui deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata sin dal momento della sua entrata in vigore* [epperció] *la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituitisi prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione*»[18].

Tuttavia, la Corte di giustizia è andata oltre, ad abbracciare alcune delle

---

[14] H. RASMUSSEN, *Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law*, in *U. Chi. Legal F.,* 1992: *«the ECJ's judgments are always without dissenting or concurring opinions. Indeed, such opinions are prohibited by law. Thus, a very important source of insights into the Willensbildung of the ECJ is not available. American constitutional scholars will quickly acknowledge the important loss for EC judicial research that this "closed window" represents»*.

[15] Corte di giustizia, 27/3/1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi.*

[16] J. AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined*, 1832, 32.

[17] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England,* 1808, 69.

[18] Corte di giustizia, 23/10/2012, cause riunite C-581/10 e C-629/10, *Nelson e a.*

considerazioni critiche della dottrina realista[19], là dove essa chiarisce che: «*Nel caso dell'interpretazione sistematica, se essa si fonda su elementi del sistema anteriori o contemporanei al testo, si può supporre, per lo meno in astratto, che l'interpretazione porti ancora una volta su quell'unico significato al quale "il legislatore comunitario" poteva, all'epoca, fare riferimento. Se, però, il metodo sistematico si riferisce al sistema vigente all'epoca della decisione della Corte e se il sistema ha subíto modifiche di cui la sentenza d'interpretazione tiene conto, solo un artificio consentirebbe di considerare la sentenza di interpretazione come una dichiarazione del contenuto originario del testo interpretato*»[20].

Quindi, l'inadeguatezza a gestire il problema della retroattività della interpretazione giurisprudenziale della teoria neo-blackstoniana di Dworkin della sola risposta giusta («*a single right answer*»), che si imporrebbe al giudice come necessaria conseguenza della valutazione sufficientemente meditata del contesto giuridico («*the legal landscape*»)[21], nella constatazione che anche l'ordinamento comunitario è in continua evoluzione e, dunque, non vi è un solo contesto giuridico, bensì tanti differenti contesti giuridici che segnano le varie tappe di quella inarrestabile evoluzione, e che dunque, impongono plurime risposte giuste[22].

---

[19] H. RASMUSSEN, *Remedying the Crumbling EC Judicial System*, in *CMLR*, 2000: «*The raison d'être of a preliminary ruling is to give an authoritative, principally not fact-interwoven, i.e. in essence abstract, and therefore immutable, answer to a question about the meaning of a provision of the EC Treaty, for example. In course of this interpretative process, the Court of Justice unveils the meaning of the article in question, the meaning as it was intended by those who drafted it in the first place … Those who defend this view often point to the jurisprudential principle of full retroactivity of preliminary rulings as the best evidence of a demise in practice of the raison d'être (the "traditional understanding")* [but] *the traditional understanding is nothing but a smokescreen. It was, presumably, put up to camouflage the fact that the Court of Justice was deeply involved – if not in theory, then in fact – in a continuous process of policymaking and of acting in a hierarchical judicial capacity* [and] *the credibility of the myth was punctured by the Court itself when it embarked on the course of handing down prospective rulings*».

[20] Corte di giustizia, 27/3/1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi*.

[21] R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977.

[22] T. KOOPMANS, *Retrospectivity Reconsidered*, in *CLJ*, 1980, 298: «*Perhaps, the abyss between the "realistic" or "modern" approach to the nature of judicial activities and that of the neo-Blackstonians is not as wide as it appears at first sight. If we refer to the law as something the courts should be faithful to, we are not only referring to rules of law which legislative action has brought into the statute book but also to those principle which form the backbone of the law, and which have performed this same function over the centuries. No Blackstonian would be easily willing to deny that "being faithful to the law" implies being faithful to such principles. The crux of our problem is then that old principles will have to be applied to new and unforeseen situations; and in the process, they may take a shape the had never shown before. It is this type of adjustment which brings us into the area where legislative and judicial activities come very close: principles of law may be actualised by a statute, but also by a court of law*».

Ciò che ha evidenziato la Corte di giustizia, nella constatazione che l'interpretazione sistematica interagisce con un sistema giuridico in continuo cambiamento e, quindi, costringe ad attribuire alla sentenza (formalmente dichiarativa) natura sostanzialmente creativa[23].

Da qui il problema di gestire l'applicazione di una nuova regola giurisprudenziale («*decision-time law*») a vicende che si sono svolte nel regime di una differente disciplina normativa («*transaction-time law*»)[24].

Non sorprende, dunque, che la Corte di giustizia abbia infine concluso che: «*Certi criteri* [di interpretazione] *conducono, così, ad una semplice dichiarazione del contenuto delle disposizioni interpretate, che suggerisce l'efficacia "ex tunc", ma altri tendono a sviluppare e completare l'ordine giuridico comunitario ed, in tal caso, se la sentenza della Corte non è puramente dichiarativa, è difficile ammettere che debba necessariamente produrre effetti retroattivi*»[25].

Così che, indubbiamente, anche nell'ordinamento comunitario la retroattività della sentenza, quantunque talvolta formalmente dichiarativa (com'è nei rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE), induce tuttavia sempre alla valutazione comparativa dei valori (certezza del diritto e legalità) che l'*overruling* mette in relazione[26]; generando in tal modo un contrasto tra opposte traiettorie giuridiche non risolvibile con la semplicistica alternativa di un tutto o niente («*all-or-nothing affair*»)[27], bensì da risolvere secondo le dinamiche della

---

[23] Corte di giustizia, 27/3/1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi.*

[24] S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility versus the Quest for Uniformity,* in *German L.J.,* 2013, 1689: «*judges are not just "la bouche de la loi". They often make drastic changes by creating new rules or by removing them. A retroactive application of such new rules in old cases creates significant uncertainty. This is especially true in cases where the alterations were unforeseeable*».

[25] Corte di giustizia, 27/3/1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi.*

[26] C. WALDHOFF, *Recent Developments Relating to the Retroactive Effect of Decisions of the ECJ*, in *CMLR*, 2009, 178: «*there is no inherently compelling reason for a decision reviewing legislation to have either retroactive effect or only to take effect ex nunc. If the legislature or the courts were to opt in favour of according decisions reviewing legislation complete retroactive effect, they would be following a rigour which treats legality as an absolute and neglects the problem of legal certainty thereby caused. In the reverse case, namely if such a decision were only to be effective for the future, it would have to be accepted that a norm now recognized as illegal would continue to exist. Bearing this in mind, there is probably no perfect solution; the problem end in aporia*».

[27] T. RADEMACHER, *Reading Up or Down EU Legislation: A Plea for a Principled Approach to an Extraordinary Judicial Power*, in *EPL*, 2017, 341: «*merely in pragmatic terms … an individual will more willingly accept uncertainty when it relates to the degree of detriment, and not to the 'if at all' … Therefore, it seems to make sense to resort to a case-by-case approach, where the various substantive interests at stake – those protected against correction by the principle of certainty and predictability, and those promoted by the purpose-led reading up or down – are weighed and one group is eventually out-weighed*».

logica *fuzzy*[28], tipica della interpretazione valutativa di ogni concetto giuridico indeterminato[29].

3.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 264, comma 2, TFUE.

L'art. 264, paragrafo 2, TFUE prevede che: «*Se il ricorso è fondato la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi*».

La norma, di per sé, si prestava a un'interpretazione (e in effetti fu inizialmente così intesa) riduttiva: si voleva con essa far salvi taluni degli effetti del provvedimento impugnato, ogniqualvolta il vizio colpisse solo parte dell'atto. Donde, la salvezza di quelle sue parti non coinvolte nella violazione della norma comunitaria[30].

Dunque, di un annullamento parziale si trattava, probabilmente, nelle intenzioni dei Signori dei Trattati («*Herren der Verträge*»).

Tuttavia, non fu così intesa dalla Corte di giustizia, che ne amplificò la portata.

Il giudice comunitario, infatti, l'ha sempre applicata come se vi si rinvenisse l'esplicita attribuzione del potere di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento, proiettandoli in tutto o in parte verso il futuro o comunque limitandone la retroattività, secondo la collaudata (negli ordinamenti anglo-americani) tecnica del *prospective overruling*[31].

---

[28] T. KOOPMANS, op. cit., 302: «*there is no way of defining a set of criteria that would enable courts to make their choice between retrospective and prospective application on the basis of fixed standard, and with clear conscience*».

[29] V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 77.

[30] L.N. BROWN, *Agrimonetary Byzantinism and Prospective Overruling*, in *CMLR*, 1981, 517.

[31] Ciò nell'applicazione estensiva dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE (Corte di giustizia, 20/3/1985, causa 264/82, *Timex).* In altri casi, invece, facendo riferimento al principio di certezza del diritto di cui la norma appare espressione. Com'è stato in Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 92/78, *Simmenthal*, nella quale si afferma: «*per ragioni inerenti alla certezza del diritto e tenuto conto in particolare della necessità di far salvi i diritti acquisiti dai concorrenti le cui offerte sono state accolte in funzione del prezzo minimo fissato dalla Commissione, è opportuno limitare l'annullamento alla decisione particolare di rigetto risultante, nei confronti della ricorrente*». Cosi che, nel richiamo al generico principio piuttosto che alla norma specifica, si sono modulati nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento, secondo la tecnica del *prospective overruling* selettivo, facendola retroagire solo a favore del ricorrente in relazione al provvedimento coinvolto nel giudizio.

Questa facoltà di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento era, in origine, limitata ai regolamenti; l'art. 174 del Trattato CEE stabiliva, infatti, che solo «*per quanto concerne i regolamenti, la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi*».

Sicché, la Corte di giustizia ne faceva applicazione solo con riguardo agli «*atti a carattere puramente normativo*»[32].

In seguito, con il Trattato di Lisbona, quella facoltà è stata genericamente estesa a tutti gli atti impugnati nel ricorso d'annullamento (art. 264, paragrafo 2, TFUE).

La Corte di giustizia fa applicazione dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE e dunque affranca l'atto impugnato nel ricorso d'annullamento dagli effetti normalmente retroattivi della sentenza di accoglimento del ricorso, ogniqualvolta, «*in considerazione di motivi di certezza del diritto … gli effetti immediati del suo annullamento comporterebbero conseguenze negative gravi per le parti interessate*»[33].

Quanto si giustifica, senz'altro, quando «*la legittimità dell'atto impugnato sia contestata non a causa della sua finalità o del suo contenuto, ma per motivi attinenti all'incompetenza del suo autore o alla violazione di forme sostanziali*»[34].

Altre volte, la sterilizzazione degli effetti della sentenza d'annullamento si

---

[32] Corte di giustizia, 30/9/1982, causa 108/81, *Amylum*.

[33] Corte di giustizia, 2/9/2021, causa C-180/20, *Commissione/Consiglio*. Nello stesso senso, anche Corte di giustizia: 22/11/2022, causa C-24/20, *Commissione/Consiglio*; 1/3/2022, causa C-275/20, *Commissione/Consiglio*; 2/9/2021, causa C-180/20, *Commissione/Consiglio*; 25/2/2021, causa C-389/19, *Commissione/Svezia*; 4/9/2018, causa C-244/17 *Commissione/Consiglio*; 25/10/2017, causa C-389/15, *Commissione/Consiglio*; 22/9/2016, cause riunite C-14/15 e C-116/15, *Parlamento/Consiglio*; 28/7/2016, C-660/13, *Consiglio/Commissione*; 14/6/2016, causa C-263/14, *Parlamento/Consiglio*; 23/12/2015, causa C-595/14, *Parlamento/Consiglio*; 1/12/2015, cause riunite C-124/13 e C-125/13, *Parlamento/Consiglio*; 28/4/2015, causa C-28/12, *Commissione/Consiglio*; 22/10/2013, causa C-137/12, *Commissione/Consiglio*; 6/9/2012, causa C-490/10, *Commissione/Consiglio*; 5/9/2012, causa C-355/10, *Parlamento/Consiglio*; 1/4/2008 cause riunite C-14/06 e C-295/06, *Parlamento e Danimarca/Commissione*. In questo senso, recentemente, si è espresso anche il Tribunale UE, 9/6/2021, causa T-665/29, *Ryanair*, che ha altresì considerato che la retrodatazione degli effetti della sentenza avrebbe negativamente inciso su di «*un contesto economico e sociale già funestato dalla pandemia di COVID-19*». Quanto aprirebbe a un uso generalizzato dell'istituto, che, invece, negli anni è stato di eccezionale applicazione.

[34] Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-660/13, *Consiglio/Commissione*. Analogamente, Corte di giustizia: 15/7/2021, causa C-584/20, *Commissione/ Landesbank Baden-Württemberg e SRB*; 20/9/2017, causa C-183/16, *Tilly-Sabco/Commissione*; 16/4/2015, C-540/13, *Parlamento/Consiglio*; 16/4/2015, cause riunite C-317/13 e C-679/13, *Parlamento/Consiglio*; 26/11/2014, cause riunite C-103/12 e C-165/12, *Parlamento e Commissione/Consiglio*.

giustifica nel perseguimento dell'obiettivo di «*evitare una discontinuità o una regressione nell'attuazione di politiche condotte o sostenute dall'Unione, come in materia di protezione dell'ambiente o di sanità pubblica*»[35].

Normalmente, la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento è a evitare che essa retroagisca (in tal modo assegnando efficacia *ex nunc* alla pronuncia giurisdizionale); altre volte il giudice comunitario giunge persino a proiettare nel futuro (sia pure per un tempo limitato) la sterilizzazione degli effetti della sentenza d'annullamento – a tutela di interessi economici rilevanti – per consentire alle istituzioni comunitarie di modificare nel frattempo la normativa in senso conforme ai Trattati[36].

Nondimeno, il principio generale è riassunto nell'affermazione che: «*è necessario tener conto del fatto che, benché le conseguenze pratiche di qualsiasi pronuncia del giudice vadano vagliate accuratamente, non si può tuttavia spingersi fino a sminuire l'obiettività del diritto e compromettere la sua applicazione futura a motivo delle ripercussioni che la pronuncia può avere per il passato*»[37].

In particolare, si è escluso che la limitazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento di un atto comunitario potesse pregiudicare le «*imprese che hanno proposto prima della data della sua pronuncia un ricorso giurisdizionale o un reclamo equivalente*»[38].

3.3. L'efficacia *erga omnes* delle sentenze dichiarative.

Ancorché la giustificazione sostanziale dell'annullamento ex art. 263 TFUE sia la stessa della dichiarazione di invalidità nel rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, vi sono significative differenze processuali tra le due sentenze.

La sentenza d'annullamento è di natura costitutiva e ha effetti *erga omnes*; di contro, la sentenza dichiarativa dell'invalidità è un mero accertamento ed è, in teoria, efficace solo nel giudizio nazionale da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale[39].

---

[35] Tribunale UE, 27/1/2021, causa T-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*. In questo senso, anche Corte di giustizia: 16/4/2015, cause riunite C-317/13 e C-679/13, *Parlamento/Consiglio*; 28/11/2006, causa C-414/04, *Parlamento/Consiglio*; 25/2/1999, cause riunite C-164/97 e C-165/97, *Parlamento/Consiglio*.

[36] Corte di giustizia: 6/5/2014, causa C-43/12, *Commissione/Parlamento e Consiglio*; 29/6/1988, causa 300/86, *Van Landschoot*.

[37] Corte di giustizia, 16/7/1992, causa C-163/90, *Administration des douanes e droits indirects/Legros e a.*

[38] Corte di giustizia, 22/12/2008, causa C-333/07, *Régie Networks*.

[39] J. SCHWARZE, *European Administrative Law,* Londra, 2006, 63, scrive al proposito: «*Although*

La dichiarazione d'invalidità è, per sua struttura, immancabilmente retroattiva (ciò che è dichiarato invalido, lo è sin dall'inizio[40]); l'annullamento può proiettare i suoi effetti nel futuro, e, anzi, le sentenze costitutive (in quanto tali modificative dei rapporti giuridici) sono ordinariamente inidonee, quantomeno in parte, a produrre i loro effetti nel passato (*factum infectum fieri nequit*).

Nondimeno, si è finito col riconoscere anche alle sentenze dichiarative dell'invalidità di un provvedimento comunitario ai sensi dell'art. 267 TFUE un effetto *erga omnes* simile a quello delle sentenze d'annullamento ex art. 263 TFUE, nella constatazione dell'illecito che commetterebbe chi volesse fare applicazione di un atto che sia stato dichiarato invalido dalla Corte di giustizia[41].

---

the quasi-normative decisions of the Court of Justice are here described as judge-made law, that is not intended to mean that they have the effect as such of binding "precedents" in the common law sense. In particular, the effect of preliminary rulings of the Court under Article [267 TFEU] *is both problematic and as yet unsettled. The view previously held by most commentators was that they could not have an effect erga omnes, but this has now been abandoned in favour of a more nuanced approach. Thus, decisions on the validity of Community law in preliminary rulings have in practice an effect erga omnes. Of course, national courts are quite free to make a further reference, which would seem to indicate that a decision is binding only on the particular case at issue. But in instances where the Court has declared a provision of Community law to be invalid, it is hardly likely – in particular for reasons of legal certainty – to come to the conclusion in a further reference the measure is in fact valid. The position is rather different where the Court has established that a measure is valid. Here the European Court frequently use the formula that "the consideration of the question submitted had disclosed no factor of such a kind as to affect the validity of the regulation". It would seem as if other of new arguments could perhaps do so … Decision on the interpretation of Community law given in the context of a preliminary ruling are, in comparison with those concerning validity, much more closely linked to the individual case. They take into account in particular the background to the preliminary reference. These decisions have no generally binding legal effect, but fulfill a sort of guiding function*».

[40] A. THOMSON, E. VAN DER STOK, *Temporal Limitations to Tax Judgments of the European Court of Justice,* in *Intertax,* 2006, 552: «*The function of a judgment of the Court is to state how a provision of Community law is to be interpreted. That interpretation is co-extensive with the provision: when the provision came into force, that was what it meant. The judgement of the Court is retrospective – in theory, and in most cases*».

[41] In questo senso, l'Avvocato Generale Capotorti in causa 101/78, *Granaria*, al proposito di una azione risarcitoria agli effetti dell'art. 340 TFUE, ha sostenuto che, «*alla stregua del diritto comunitario, un atto obbligatorio di efficacia generale, affetto da un vizio che potrà determinare il suo annullamento … esplica i suoi effetti, nei confronti dei destinatari, fino a che non sia dichiarato invalido*». Donde, la possibilità di farne applicazione solo sino alla pronuncia della sentenza ex art. 267 TFUE. E da ciò, indirettamente, si è derivata l'efficacia *erga omnes* anche di una sentenza dichiarativa dell'invalidità di un atto comunitario sul rinvio pregiudiziale di un giudice nazionale (L.N. BROWN, op. cit., 516). In precedenza, l'Avvocato Generale Gand in causa 16/65, *Schwarze/Einfuhr*, pur dando atto del dibattito in dottrina l'aveva invece esclusa sul risolutivo rilievo che «*attribuire alla dichiarazione di illegittimità un'efficacia erga omnes significherebbe in pratica*

Così che il giudice comunitario ha statuito che: «*la sentenza della Corte che accerti, in forza dell'art.* [267 TFUE]*, l'invalidità di un atto di un'istituzione, in particolare di un regolamento del Consiglio o della Commissione, sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione ch'esso debba emettere. Poiché tale constatazione non ha tuttavia l'effetto di privare i giudici nazionali della competenza loro attribuita dall'art.* [267 TFUE], *spetta a tali giudici stabilire se vi sia interesse a sollevare nuovamente una questione già risolta dalla Corte nel caso in cui questa abbia constatato in precedenza l'invalidità di un atto di un'istituzione della Comunità. Tale interesse potrebbe, in particolare, esistere qualora sussistessero questioni relative ai motivi, alla portata ed eventualmente alle conseguenze dell'invalidità precedentemente accertata. Nel caso contrario, i giudici nazionali sono pienamente legittimati a trarre, per cause dinanzi ad essi instaurate, le debite conseguenze da una sentenza declaratoria d'invalidità emessa dalla Corte nell'ambito di una controversia tra altre parti*»[42].

Si è, dunque, riconosciuto un valore giuridico al precedente.

In questo modo, si è però ridotta la differenza tra i due tipi di sentenza (di annullamento e dichiarativa dell'invalidità)[43], divenendo gli effetti dell'accertamento dell'invalidità sul rinvio pregiudiziale di un giudice nazionale sostanzialmente gli stessi di una sentenza di annullamento sull'impugnazione diretta di un atto dell'Unione europea dinanzi al giudice comunitario[44].

---

far rivivere il termine di ricorso previsto dall'articolo [263 TFUE] *ogni volta che in una controversia giunta dinanzi all'autorità giudiziaria venisse posta in discussione la validità di un atto delle istituzioni della Comunità*». In realtà, proprio a evitare ciò, Corte di giustizia, 9/3/1994, causa C-188/92, *TWD/Bundesrepublik Deutschland*, chiarisce che «*esigenze di certezza del diritto inducono ad escludere che il beneficiario di un aiuto oggetto di una decisione della Commissione adottata in forza dell'art.* [108 TFUE], *che avrebbe potuto impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine imperativo all'uopo prescritto dall'art.* [263 TFUE], *possa contestare la legittimità della medesima dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di questa decisione. Infatti, ammettere che in circostanze del genere l'interessato possa, dinanzi al giudice nazionale, opporsi all'esecuzione della decisione eccependo l'illegittimità di quest'ultima equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza dei termini di ricorso*».

[42] Corte di giustizia, 13/5/1981, causa 66/80, *International Chemical Corporation.*

[43] A. ALBORS-LLORENS, *Remedies against the EU Institutions after Lisbon: An Era of Oppurtunity*, in *Cambridge L.J.,* 2012, 510.

[44] G. BEBR, *Preliminary Rulings of the Court of Justice: Their Authority and Temporal Effect,* in *CMLR*, 1981, 482: «*Ruling that a declaration of invalidity constitutes a "sufficient ground" for all other national courts to consider such an act invalid, the Court reduced the difference between an effect of a declaration of invalidity and that of an annulment. Indeed, the general authority of a declaration of invalidity comes*

L'affermazione dell'efficacia *erga omnes* della sentenza dichiarativa dell'invalidità degli atti comunitari consente, quindi, alla Corte di giustizia di estendere il ragionamento analogico (dalla similitudine sostanziale tra l'annullamento e la dichiarazione di invalidità si passa a valorizzare l'analogia processuale tra le due ipotesi di rinvio pregiudiziale) per affermare altresì il vincolo del precedente con riguardo alle sentenze interpretative[45].

La Corte di giustizia ha, perciò, statuito che: «*se l'articolo* [267 TFUE]*, ultimo comma, impone, senza restrizioni, ai Fori nazionali … le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno, di deferire alla Corte qualsiasi questione d'interpretazione davanti ad essi sollevata, l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte ai sensi dell'articolo* [267 TFUE] *può tuttavia far cadere la causa di tale obbligo e così renderlo senza contenuto. Ciò si verifica in ispecie qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale*»[46].

Ciò a valere ovviamente solo per i giudici nazionali; non essendo il giudice comunitario vincolato ai suoi precedenti[47].

E anche sotto questo profilo vi è una significativa convergenza con il modello nordamericano, nel quale lo *stare decisis* è vincolante solo per le giurisdizioni inferiori, essendo invece sempre consentito di modificare la propria giurisprudenza alla Corte Suprema[48], che tuttavia si fa sempre cari-

---

close to an effect of an annulment». Il medesimo A., in *Direct and Indirect Judicial Control of Community Acts in Practice: The Relation between Articles 173 and 177 of the EEC Treaty,* in *Mich. L. Rev., 1984,* 1241, chiarisce tuttavia che: «*According to the Court, any national court may request the review of an act already declared invalid* [so] *the Court seeks, it seems, to maintain a subtle difference between the effect of a declaration of invalidity and that of an annulment. Whereas an act declared invalid still may be reviewed, this is clearly not the case with an annulment … The Court thus has clarified a rather equivocal jurisprudence respecting the distinctive functions of the annulment and review procedures*».

[45] C. WALDHOFF, op. cit., 177, osserva come «*Retroactivity of judicial decisions only poses a problem in all its rigour with regard to its erga omnes effect (either strictly de jure or de facto as precedents) and not its inter partes effect*». Quanto, inevitabilmente, fa discendere dall'estensione giurisprudenziale dell'efficacia *erga omnes* alle sentenze sui rinvii pregiudiziali la necessità di gestire l'*overruling* facendo applicazione analogica dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE.

[46] Corte di giustizia, 27/3/1963, causa 28/62, *Da Costa.*

[47] M.A. DAUSES, *Practical Considerations Regarding the Preliminary Ruling Procedure under Article 177 of the EEC Treaty*, in *Fordham Int'l L.J.*, 1987, 573: «*The Court reserves the right to depart from its previous judgments in appropriate circumstances. This accords not only with the dynamic nature of Community law, which implies that the Court cannot consider itself bound by its own judgments, but also with the cooperative function of the procedure, which requires that national courts always be able to refer to the Court new elements of fact or law*».

[48] D.C. BRATZ, op. cit., 89.

co di conciliare i princìpi di legalità e di certezza del diritto attraverso la tecnica del *prospective overruling*: ciò che le consente di selezionare le situazioni giuridiche soggettive meritevoli di non essere coinvolte nella modifica *ex post facto* della disciplina giuridica di un rapporto costituito in buona fede in aderenza alla giurisprudenza consolidata[49].

3.4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estensibilità dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Pur nel difetto di un esplicito avallo normativo, la Corte di giustizia dispone degli effetti nel tempo delle sue sentenze (similmente a come espressamente le è consentito di fare dall'art. 264, paragrafo 2, TFUE nei ricorsi per annullamento) anche nei giudizi di rinvio pregiudiziale (di validità e di interpretazione) ex art. 267 TFUE[50].

Quanto fu, per la prima volta, statuito dalla Corte di giustizia nel 1976, nella sentenza *Defrenne*[51], inaugurando una giurisprudenza pretoria che, da allora, non è mai più stata smentita[52].

Vi si legge: «*Benché le conseguenze pratiche di ogni pronunzia giurisdizionale vadano accuratamente soppesate, non si può tuttavia spingersi fino a distorcere l'obiettività del diritto od a comprometterne la futura applicazione, per tener conto delle ripercussioni che un provvedimento giurisdizionale può avere per il passato. Cionondimeno, di fronte al comportamento di vari Stati membri ed agli atteggiamenti assunti dalla Commissione e portati ripetutamente a conoscenza degli ambienti interessati, è opportuno tener conto, in via eccezionale, del fatto che gli interessati sono stati indotti, per un lungo periodo, a tener ferme pratiche in contrasto con l'art.* [157 TFUE]*, benché non ancora vietate dal*

---

[49] U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

[50] Corte di giustizia, 9/2/2017, causa C-585/15, *Raffinerie Tirlemontoise*, ove si legge: «*qualora lo giustifichino esigenze imperative di certezza del diritto, la Corte può avvalersi, in forza dell'articolo 264, secondo comma, TFUE, applicabile per analogia anche nell'ambito di un procedimento pregiudiziale vertente sulla validità degli atti dell'Unione, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, di un potere discrezionale per stabilire, in ciascun caso concreto, quali effetti di tale atto debbano considerarsi definitivi*».

[51] Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.

[52] Corte di giustizia, 10/3/1992, causa C-38/90, *Lomas*, richiama «*la costante giurisprudenza … secondo la quale, qualora lo impongano esigenze imperative connesse alla certezza del diritto, la Corte può valersi, in forza dell'art.* [264 TFUE]*, secondo comma, del Trattato, applicabile per analogia altresì nell'ambito di un procedimento pregiudiziale ai sensi dell'art.* [267 TFUE] *vertente sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità, di un potere discrezionale inteso a stabilire, per ciascun caso concreto, quali effetti del regolamento annullato debbano considerarsi definitivi*».

rispettivo diritto nazionale. Il fatto che la Commissione non abbia promosso, nei confronti di determinati Stati membri, dei ricorsi per infrazione ai sensi dell'art. [258 TFUE]*, nonostante gli avvertimenti da essa dati, è stato atto a corroborare un'opinione erronea circa l'efficacia dell'art.* [157 TFUE]. *Stando così le cose, si deve ammettere che, nell'ignoranza del livello complessivo al quale le retribuzioni sarebbero state fissate, considerazioni imprescindibili di certezza del diritto riguardanti il complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati, ostano in modo assoluto a che vengano rimesse in discussione le retribuzioni relative al passato. Di conseguenza, l'efficacia diretta dell'art.* [157 TFUE] *non può essere fatta valere a sostegno di rivendicazioni relative a periodi di retribuzione anteriori alla data della presente sentenza, eccezion fatta per i lavoratori che abbiano già promosso un'azione giudiziaria o proposto un reclamo equipollente*».

Questo corrisponde al *prospective overruling* selettivo della giurisprudenza anglo-americana; e si è visto come quella tecnica innovativa sollevi irrisolti interrogativi anche nell'ordinamento nel quale è stata ideata, approfittando dell'incerto confine (in quegli ordinamenti) tra la funzione giudiziaria e quella legislativa, tra l'*ars inveniendi* e l'*ars combinatoria* di leibnitziana memoria[53], a ritenere che il giudice sia un artista creativo che inventa la norma attingendo ai princìpi sociali[54], e si faccia, perciò, egli stesso legislatore[55].

Ciò che è, senz'altro, da escludere nell'ordinamento comunitario, che assegna alla Corte di giustizia il compito di: «*Assicura*[re] *il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati*» (art. 19 TUE), e, dunque, costringe il giudice comunitario nel ruolo di fedele interprete della volontà dei Signori dei Trattati[56].

---

[53] F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 84.

[54] J. MCCAULEY LANDIS, *Statute and the Sources of Law*, in *Harvard J. Legis*, 1965, 7.

[55] C. WALDHOFF, op. cit., 176: «*One interpretation of the principle of the separation of powers assumes the temporal conditionality of all human behaviour and every event: accordingly the legislature strives to fashion the future, the executive is concerned with the present, whereas the judiciary looks to the past, apart from those exceptional cases in which the judiciary itself create legal rules*».

[56] L.N. BROWN, op. cit., 518, giustifica la sentenza *Defrenne* sul rilievo che in quel caso «*the Court was engaged in a judicial law-making and chose for good reason non to make their "legislation" retrospective*». E, in effetti, l'effetto diretto orizzontale di una norma del Trattato, che inequivocabilmente si rivolgeva agli Stati membri, era un esito imprevedibile nella giurisprudenza comunitaria dell'epoca (K.A. POLOMARKAKIS, *Social policy ant the judicial making of Europe: capital, social mobilisation and minority social influence* in *ELO*, 2022, 275: «*The constitutional implications of the judgement were immense. The CJEU, by fleshing out the specifics of direct effect further, accepting its horizontal application, contributed the final piece of the puzzle regarding the enforcement of EU law, broadening significantly the pool of situations where individuals could make use of the preliminary reference procedure*»). Tuttavia, quel riferimento all'attività creativa del giudice è da intendersi in senso improprio o debole secondo la distinzione di L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Bo-

Eppure, incurante della portata rivoluzionaria della sua sentenza (o forse proprio nella consapevolezza di ciò), la Corte di giustizia non scrive un solo rigo a individuare la giustificazione legale della sua originale statuizione[57]. Non si può, infatti, a questo fine ritenere sufficiente il generico riferimento alla certezza del diritto, che certo non si muove all'interno dell'ordinamento comunitario come una monade che riassume in sé l'intero universo dei valori giuridici, ma deve piuttosto congiungersi (e perciò compromettersi) con altri fondamentali princìpi – primo tra tutti quello di legalità – che forzano inevitabilmente verso la retrodatazione di una sentenza di accertamento[58].

Risalgono a questo primo periodo tre coeve sentenze nelle quali la Corte di giustizia statuì che l'accertata illegittimità di un regolamento comunitario «*non consente di rimettere in discussione la riscossione o il versamento degli importi compensativi monetari effettuati dalle autorità nazionali, in base a detto regolamento, per il periodo anteriore alla data della presente sentenza*»[59]. Ciò che condusse la Corte di giustizia a escludere dagli effetti della sentenza anche quegli stessi soggetti coinvolti nel giudizio di rinvio. Quanto difficilmente reggerebbe, ora, la verifica di compatibilità di quella giurisprudenza con l'art. 24 Cost. (a valere quale controlimite[60]). Ma – come vedremo – la giurisprudenza della Corte

---

logna, 2018, 22: «*in senso proprio o forte con "creatività della giurisdizione" e con "giurisdizione come fonte" si intende il potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e persino contro la legge; in senso improprio o debole, con queste medesime espressioni si intende l'ampia discrezionalità interpretativa, e perciò argomentativa, inevitabilmente connessa all'applicazione della legge*». In effetti, T. KOOPMANS, op. cit., 291, nega il tratto rivoluzionario della nuova affermazione giurisprudenziale, perché a suo avviso «*In that case, the reasoning of the Court of Justice seems to imply that its decision follow logically from its earlier case law on direct effect of Treaty provisions*» e comunque in termini generali riconosce che «*there, is of course, a "large murky area" between continuing an established interpretation and making a clear break with the past*». Così che è, in ogni caso, un azzardo equiparare la giurisdizione della Corte di giustizia alla legislazione.

[57] J. USHER, *The European Court of Justice – its Role in the Development of the Communities*, in *BLJ*, 1979, 16: «*The obvious question, yet one which does not seem to have been asked, is: can an institution by its conduct produce a result which it cannot produce by express legislation? Nonetheless, the result in Defrenne can be defended – indeed it was an eminently practical solution to the problem before the Court – even though there could perhaps have been more open ways of expressing it*».

[58] N. HYLAND, *Temporal limitation of the effects of judgments of the Court of Justice. A review of recent case-law,* in *Irish J. European L.*, 1995, 233.

[59] Corte di giustizia: 15/10/1980, causa 4/79, *Providence Agricole de la Champagne*; 15/10/1980, causa 109/79, *Maïseries de Beauce*; 15/10/1980, causa 145/79, *Roquette Frères* (nelle tre sentenze, il principio è riproposto pressoché con la medesima espressione letterale).

[60] Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232, nel riferimento a quanto statuito da Corte di Giustizia, 22/5/1985, causa 33/84, *Fragd*, è stata «*chiamata a decidere se l'art.* [267 TFUE], *in*

di giustizia è in seguito tornata ad escludere dalla proiezione nel futuro degli effetti della sentenza coloro che «*abbiano proposto un ricorso giurisdizionale o presentato un reclamo equivalente*»[61], secondo l'originario modello del *prospective overruling* selettivo inaugurato nella sentenza *Defrenne*[62].

Con riferimento al rinvio pregiudiziale di validità, l'applicazione dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE si giustifica, senz'altro, per l'analogia tra le due situazioni sostanziali[63]. Ciò perché: «*Tale possibilità si fonda infatti sull'interpretazione dell'art.* [264 TFUE]*, in considerazione del rapporto di necessaria coerenza tra il rinvio pregiudiziale nell'ambito del quale la Corte si pronunci sulla validità di un atto comunitario e il ricorso d'annullamento, i quali costituiscono i due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal Trattato*»[64].

Così che l'assimilazione, agli effetti pratici, delle due tipologie di sentenza

---

quanto consente alla Corte di Giustizia di limitare la efficacia ex tunc della dichiarazione di invalidità di un regolamento comunitario fino al punto di renderla inoperante nel giudizio principale che ha provocato la pronuncia incidentale, non vulneri la garanzia del poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi assicurata dall'art. 24 della Costituzione». In quell'occasione, il nostro giudice costituzionale ha ritenuto che l'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia, a estendere analogicamente il meccanismo di cui all'art. 264, paragrafo 2, TFUE anche alle sentenze sui rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE «*non suscita di per sé alcuna obiezione: essa può anzi essere ritenuta ... la logica conseguenza dell'efficacia generale che la giurisprudenza della Corte è pervenuta sostanzialmente ad attribuire alle pronunce ex art.* [267 TFUE], *quando esse dichiarano l'invalidità di un regolamento. Ove però la sentenza arrivi ad escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o gli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il ricorso pregiudiziale alla Corte da parte del giudice nazionale, non si può nascondere che sorgono gravi perplessità in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della norma che consente una pronuncia siffatta* [perché] *il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima*». L'affermazione non si è tradotta nell'attivazione di un controlimite (ad affermare l'illegittimità costituzionale delle norme di recepimento del Trattato di Roma) Asolo perché «*la controversia di cui* [era] *investito il giudice a quo non* [era] *quella che ha provocato la declaratoria d'invalidità del regolamento contestato*».

[61] Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna*.

[62] C. WALDHOFF, op. cit., 185: «*Since then the case law can be considered established and summed up … in the following points: in principle the declaration of the invalidity of a regulation in preliminary ruling proceedings has ex tunc effect; in exceptional cases the retroactive effect can – possibly by way of analogy to Article* [264 TFEU] *– be excluded; substantively this is supported on the grounds of legal certainty or the protection of legitimate expectations respectively; the limitation of the retroactive effect can only be effected by the Court itself in the judgment establishing the invalidity; the applicant in the main proceeding as well as others who have also initiated legal proceeding are exempted from the exclusion of retroactive effect*».

[63] R. BARATTA, *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?,* in *Giust. civ.*, 2006, 2275.

[64] Corte di giustizia, 26/4/1994, causa C-228/92, *Roquette Frères*.

ha introdotto la possibilità dell'applicazione analogica dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE alle sentenze dichiarative dell'invalidità di un atto comunitario nel giudizio di rinvio ex art. 267 TFUE[65].

Tuttavia, la prima applicazione estensiva dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE – come si è scritto – si è avuta nella causa *Defrenne*[66], con riferimento a una sentenza interpretativa, là dove anche la sostanza delle situazioni coinvolte nel giudizio è affatto differente, e, quindi, in una vicenda processuale nella quale era improponibile un'applicazione analogica della facoltà di modulare nel tempo gli effetti della sentenza.

Dunque, in una situazione processuale non consentita da alcuna norma dei Trattati (nemmeno amplificata nel suo perimetro di azione dall'estensione analogica del suo precetto).

Invero, con riguardo al rinvio pregiudiziale d'interpretazione, è da escludere l'applicazione analogica dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE[67]: in un caso, la sentenza è dichiarativa, donde la retroattività costituisce l'inevitabile conseguenza della sua struttura giuridica[68]; nell'altro, invece, la sentenza è co-

---

[65] Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*: «*in forza dell'art. 231, secondo comma, CE, divenuto art. 264, secondo comma, TFUE, applicabile per analogia anche nell'ambito di un procedimento pregiudiziale vertente sulla validità ex art. 234 CE, divenuto art. 267 TFUE, la Corte può valersi di un potere discrezionale per stabilire, in ciascun caso concreto, quali effetti di un atto dell'Unione da essa annullato o dichiarato invalido debbano considerarsi definitivi … Nell'esercizio di tale competenza la Corte può segnatamente decidere di sospendere gli effetti dell'annullamento o della dichiarazione di invalidità di un atto del genere sino all'adozione di un nuovo atto che ponga fine all'illegittimità constatata … Come risulta dalla giurisprudenza, il mantenimento degli effetti di un atto dell'Unione annullato o dichiarato invalido, il cui scopo è di evitare l'instaurarsi di un vuoto normativo fino a quando un nuovo atto non sostituisca quello annullato o dichiarato invalido … può essere giustificato qualora sussistano esigenze imperative di certezza del diritto attinenti al complesso degli interessi in gioco, sia pubblici sia privati … e per il lasso di tempo necessario a porre fine a siffatta illegalità*».

[66] Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.

[67] C. WALDHOFF, op. cit., 186: «*In such a case, the judgment only has a limited erga omnes effect. Consequently, a direct analogy to Article* [264 TFEU] *is not possible. In this in principle tri-polar relationship of Community, Member State and the citizen seeking legal protection in the main proceedings, a balance between legality and legal certainty must be found in each individual case; such a balance can, as a general rule, only lie in a principle recognized within all legal orders*».

[68] T. KOOPMANS, op. cit., 288: «*The question is then whether rulings of this kind should be considered as part of the rule of law they set out to interpret, and therefore apply retrospectively from the moment this rule of law came into force, or whether they should be considered as "new law", and therefore apply only to future cases. Framed in that way, the question presupposes that the normal system is one of retrospectivity, and this is in fact what most lawyers will take for granted. If a court interprets a legal provision, the interpretation it gives will normally be regarded as part and parcel of that provision since its inception; that means, in other words, that the effects of the judgement are retroactive, because the court, in applying its interpretation to the case at hand, implicitly assumes that it will apply the same interpretation to any case on the same problem – whether it arose before or after the court gave its interpretation, and whether it is based on facts occurring before or after that moment*».

stitutiva, quanto consente alla norma processuale di modulare gli effetti nel tempo della pronuncia giurisdizionale (la retroattività non è coessenziale all'annullamento, anche se talvolta è stata così intesa[69]).

Difatti: «*L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art.* [267 TFUE] *chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore* [sicché] *la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa*»[70].

Nondimeno, la Corte di giustizia ha ritenuto che: «*in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede*»[71].

Sicché, il giudice comunitario ha operato, in questo caso, in assenza di una norma dei Trattati che gli consentisse di modulare gli effetti temporali delle sue sentenze[72]; superando tuttavia il deficit normativo nel richiamo ai princìpi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento.

Come ci rammenta la stessa Corte di giustizia, «*secondo costante giurisprudenza, il principio della certezza del diritto costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale esige, segnatamente, che la normativa sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza*»[73]. Quanto è direttamente da essa collegato al principio del legittimo affidamento, che «*costituisce il corollario del principio della certezza del diritto ... ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario*»[74].

Perciò, la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze interpretative della Corte di giustizia nel rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE si giustifica solo allorché sia indispensabile a tutela di un legittimo affidamento, suscettibile di essere pregiudicato da un repentino e imprevedibile muta-

---

[69] T. KOOPMANS, op. cit., 290: «*the characteristic of a novel interpretation is not necessarily that it should be retrospective … on the contrary the purpose of annulment is to "erase the past"…*».

[70] Corte di giustizia, 27/3/1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*.

[71] Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*. L'affermazione costituisce giurisprudenza costante (Corte di giustizia 16/9/2020, causa C-339/19, *Romenergo and Aris Capital*).

[72] P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generali e tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 636.

[73] Corte di giustizia, 26/10/2006, causa C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun*.

[74] Corte di giustizia, 15/2/1996, causa C-63/93, *Duff*.

mento giurisprudenziale[75]. E, al riguardo, «*fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario*»[76].

Tuttavia, la stessa Corte di giustizia ha precisato che «*il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità* [sicché] *La decisione se l'uno o l'altro di detti princìpi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto*»[77].

Quanto induce a una cauta applicazione del *prospective overruling* nelle sentenze interpretative[78].

Questo consolidato orientamento giurisprudenziale è stato da ultimo così riassunto dalla Corte di giustizia: «*conformemente ad una giurisprudenza costante, l'interpretazione che la Corte dà di una norma del diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione* [sicché] *Solo in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli*

---

[75] T. KOOPMANS, op. cit., 291: «*Before proceptivity can even be considered, it must be clear that the decision is not just a further extension of existing case law, but that it really embarks a new course*». Eppure egli avverte che «*it will be hard to find judicial decisions which are not foreshadowed at all; normally, case law is something which is gradually evolving, and even major breaks may be announced in one way or another*». Sicché egli esclude che il mutamento di giurisprudenza possa davvero cogliere di sorpresa i soggetti dell'ordinamento. Quanto trova conferma nella teorica di M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 126, della evoluzione darwiniana del diritto anglosassone, secondo la logica *continuity and change*. Ma, appunto, negli ordinamenti di *common law* si è, altresì, avvertito che inevitabilmente, talvolta, l'evoluzione della giurisprudenza è davvero rivoluzionaria e pone, perciò, il problema della retroattività dell'*overruling* (A.C. MICHAELS, *Retroactivity and Appointments*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, 2021, 633).

[76] Corte di giustizia, 5/3/1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*.

[77] Corte di giustizia, 22/3/1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità*.

[78] J. RAITIO, *Legal Certainty, Non-Retroactivity and Periods of Limitation in EU Law*, in *Legisprudence*, 2008, 15: «*the limitations imposed by the ECJ on the retroactive effects of its judgments have been exceptional, which is a typical feature in the context of judicial decision-making*».

interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, vale a dire la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti»[79].

Nello specifico, il giudice comunitario ha chiarito che la limitazione degli effetti di una pronuncia su una domanda di interpretazione è da considerarsi assolutamente eccezionale ed è consentita «*soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando vi* [è] *un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute in particolare all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando risulta … che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza relativa alla portata delle disposizioni comunitarie, incertezza cui avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione*»[80].

3.5. Il *prospective overruling* selettivo nella variante europea.

La Corte di giustizia – sin dagli albori della sua giurisprudenza pretoria – ha fatto applicazione della tecnica del *prospective overruling* in modo selettivo, facendo in ogni caso salva la naturale retrodatazione degli effetti delle sue sentenze, non solo con riguardo a chi avesse già proposto un'azione giudiziaria[81], ma anche rispetto a chi si fosse attivato prima della sentenza interpretativa facendo valere stragiudizialmente il proprio diritto negato dalla norma anticomunitaria[82].

È, perciò escluso che: «*la tutela del legittimo affidamento* [possa] *essere evocata per negare al privato che ha intrapreso l'azione che ha portato la Corte a interpretare il diritto dell'Unione in senso ostativo alla norma di diritto nazionale di cui trattasi il beneficio di tale interpretazione*»[83].

Si è, dunque, affermato che: «*considerazioni tassative di certezza del diritto ostano alla rimessa in discussione di rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel*

---

[79] Corte di giustizia, 18/11/2021, causa C-413/20, *Bluetail Flight School.*

[80] Corte di giustizia, 11/8/1995, cause riunite da C-367/93 a C-377/93, *Roders.*

[81] Corte di giustizia: 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne.* In questo senso anche Corte di giustizia: 9/9/2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani;* 14/9/1995, causa C-485/93, *Simitzi.*

[82] Corte di giustizia: 15/12/1995, causa C-415/93*, Union royale belge des sociétés de football association e a./Bosman e a.*; 6/10/1993, causa C-109/91, *Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers - en Schoonmaakbedrijf;* 16/7/1992, causa C-163/90, *Administration des douanes e droits indirects/Legros e a.*; 2/2/1988, causa 24/86, *Blaizot/Université de Liège.*

[83] Corte di giustizia, 19/4/2016, causa C-441/14, *Dansk Industri.*

passato ... Si deve tuttavia predisporre un'eccezione a favore di chi si sia adoperato in tempo utile per salvaguardare i propri diritti»[84].

Costituisce, invero, *ius receptum* l'affermazione giurisprudenziale, a tenore della quale: «*dev'essere prevista una deroga a tale limitazione degli effetti della ... sentenza a favore di coloro che, prima della data della sua pronuncia, abbiano avviato azione giurisdizionale ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario*»[85].

Come già si è visto, non è, tuttavia, un principio assoluto[86].

Invero, la Corte di giustizia nella sentenza *Produits de maïs*[87] ha statuito che: «*Spetta quindi alla Corte, qualora si valga della possibilità di limitare l'efficacia in passato di un accertamento d'invalidità nell'ambito dell'art.* [267 TFUE]*, il determinare se una deroga a tale limitazione dell'efficacia temporale della sentenza possa essere fatta a favore, vuoi dell'attore dinanzi al giudice nazionale, vuoi di qualsiasi altro operatore economico che abbia agito nello stesso modo prima dell'accertamento d'invalidità, ovvero, anche per gli operatori economici che abbiano preso tempestivamente iniziative intese a far salvi i loro diritti,* [o se, altrimenti,] *la dichiarazione d'invalidità con effetto solo ex nunc costituisca un rimedio adeguato*».

Certo è che la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza non potrà mai avere (quantomeno, non nel nostro ordinamento) quale conseguenza che il «*ricorrente nella causa principale verrebbe, quindi, a trovarsi privato del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in caso di violazione, da parte delle istituzioni, del diritto comunitario e risulterebbe pregiudicato l'effetto utile dell'art.* [267 TFUE]»[88].

In ragione di ciò (a volere realizzare un utile compromesso tra l'effettività della tutela giurisdizionale e il principio della certezza del diritto) l'Avvocato Generale Tizzano nelle sue conclusioni nella causa *Meilicke*[89]

---

[84] Corte di giustizia, 17/5/1990, causa 262/88, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group.*

[85] Corte di giustizia, 4/5/1999, causa C-262/96, *Sürül.*

[86] R. BARATTA, op. cit., 2276, sostiene che «*una pur soggettivamente ristretta retroazione della sentenza è stata in principio salvaguardata*». Ma si tratta, appunto, di una prassi ordinariamente seguita. Non di un imperativo categorico, come pure i principi fondamentali del nostro ordinamento, invece, richiederebbero, secondo quanto statuito da Corte costituzionale, 21/4/1989, n. 232.

[87] Corte di giustizia, 27/2/1985, causa 112/83 (la congiunzione tra parentesi è nella versione in inglese della sentenza, e si è persa nella traduzione, che risulta altrimenti priva di senso compiuto). Allo stesso modo, anche Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna.*

[88] Corte di giustizia, 26/4/1994, causa C-228/92, *Roquette Frères.*

[89] Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa C-292/04.

suggerì di ammettere a usufruire della normale retroattività della sentenza interpretativa solo chi avesse intrapreso un'azione giudiziaria anteriormente alla pubblicazione sulla GUUE dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giacché «*si può ragionevolmente ipotizzare che è da quella data che la possibilità di un recupero abbia avuto adeguata pubblicità e che quindi si sia risvegliata l'attenzione anche dei soggetti meno diligenti*». In tal modo, dunque, discriminando tra chi si fosse diligentemente adoperato per la tutela dei propri diritti (e che sarebbe ingiustamente frustrato dall'irretroattività della sentenza) e chi, invece, avesse sostanzialmente prestato acquiescenza all'atto comunitariamente illegittimo. Quanto si tradusse poi nella seguente affermazione dell'Avvocato Generale Stix-Hackl nella causa *Banca Popolare di Cremona*[90]: «*Se un'eccezione dev'essere stabilita a favore di azioni avviate prima di una certa data ... essa deve soddisfare le seguenti condizioni: dev'essere la più oggettiva possibile; deve dare la possibilità di distinguere il più possibile tra le azioni avviate tempestivamente, nella convinzione che fossero realmente fondate, e nondimeno con un certo rischio vista l'incertezza del loro risultato, e quelle avviate in epoca successiva, nella prospettiva di un successo considerato abbastanza probabile; e deve essere tale da risolvere efficacemente il problema posto dal numero estremamente elevato di ricorsi*».

In questo modo si farebbero, però, retroagire gli effetti di una sentenza rivoluzionaria solo nei riguardi di chi si fosse attivato per la tutela dei suoi diritti prima dell'affermazione del principio che ha poi provocato il sovvertimento della giurisprudenza, quando ancora, dunque, vi era una situazione di incertezza e, quindi, nessuna ragionevole aspettativa di un imminente cambiamento da tutelare. L'opposto di ciò che accade nel *prospective overruling* selettivo della giurisprudenza anglo-americana, che consente la retroattività sino al momento in cui si sono manifestate le prime eccezioni incoerenti («*inconsistent exception*»), idonee a far presagire il cambiamento[91]. La differente prospettiva europea disaccoppia, dunque, il binomio irretroattività/tutela del legittimo affidamento, per utilizzare piuttosto la negazione della retroattività in funzione deflattiva del contenzioso, a neutralizzare la parte più cospicua delle rivendicazioni economiche di chi è stato leso dall'erronea interpretazione della norma UE. Quanto, però, snatura la tecnica processuale del *prospective overruling* selettivo, che fu piuttosto congegnata a evitare di sorprendere i soggetti che avevano in buona fede adeguato la loro condotta alla norma vigente all'epoca della loro azione («*transaction-time law*»)[92].

---

[90] Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl nella causa C-475/03.

[91] S. BESWICK., *Retroactive Adjudication,* in *Yale L. J., 2020*, 288.

[92] Non è dato di sapere l'esito giudiziale di questa prospettiva (la Corte di giustizia non si è

3.6. I presupposti della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza.

La Corte di giustizia consente di limitare nel tempo gli effetti delle sue sentenze solo nella ricorrenza di eccezionali circostanze: (i) «*un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente*»; (ii) «*i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione*»[93].

Così definiti – in positivo – i presupposti per la limitazione degli effetti nel tempo delle sue sentenze, la Corte di giustizia ha, altresì, chiarito – in negativo – che «*le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell'efficacia nel tempo di tale sentenza*»[94]; giacché, «*se così non fosse, le*

---

pronunciata, perché in entrambi i casi non vi è stata la necessità di escludere la retroattività della sentenza: in uno perché è stato escluso il contrasto con la norma UE (Corte di giustizia, 3/10/2006, causa C-475/03, *Banca Popolare di Cremona*); nell'altro perché non vi era alcuna situazione di legittimo affidamento da tutelare (Corte di giustizia, 6/3/2007, causa C-292/04, *Meilicke*).

[93] Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*. Allo stesso modo, Corte di giustizia, 9/3/2000, causa C-437/97, *EKW and Wein & Co.*, ha acconsentito alla irretroattività della sentenza, nella considerazione dell'equivocità della condotta della Commissione e del fatto che «*motivi imperativi di certezza del diritto si oppongono a che siano rimessi in discussione rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato, allorché questa rimessa in discussione perturberebbe retroattivamente il sistema di finanziamento dei Comuni austriaci*». La concorrenza di entrambi i due requisiti (la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti) quali necessari presupposti del *prospective overruling* costituisce giurisprudenza costante. In questo senso, Corte di giustizia: 24/11/2020, causa C-510/19, *Openbaar Ministerie*; 10/11/2016, causa C-477/16, *Kovalkovas*; 2/9/2016, causa C-110/15, *Microsoft Mobile Sales International e a.*; 29/9/2015, causa C-276/14, *Gmina Wrocław*; 22/1/2015, cause riunite C-401/13 e C-432/13, *Balazs*; 27/2/2014, causa C-82/12, *Transportes Jordi Besora*; 19/12/2013, causa C-262/12, *Vent De Colère*; 10/5/2012, causa C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC*; 17/2/2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Linneweber e Akritidis;* 10/1/2006, causa C-402/03, *Skov e Bilka*; 3/10/2002, causa C-347/00, *Barreira Pérez*; 20/9/2001, causa C-184/99, *Grzelczyk;* 4/5 1999, causa C-262/96, *Sürül*; 30/3/1996, causa C-308/93, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank/Cabanis-Issarte;*, 13/2/1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94, *Bautiaa e Société française maritime*.

[94] Corte di giustizia, 23/5/2000, causa C-104/98, *Buchner*. In questo stesso senso anche Corte di giustizia: 3/6/2010, causa C-2/09, *Kalinchev*; 27/4/2006, causa C-423/04, *Richards*; 30/3/2006, causa C-184/04, *Uudenkaupungin kaupunki*; 19/10/1995, causa C-137/94, *The Queen/Secretary of State for Health, ex parte Richardson*; 31/3/1992, causa C-200/90, *Dansk*

violazioni di maggiore gravità sarebbero trattate più favorevolmente dal momento che sono queste che possono comportare implicazioni finanziarie di maggiore rilevanza per gli Stati membri [e poi] *considerazioni di questa natura porterebbero ad una sostanziale riduzione della tutela giurisdizionale dei diritti che i contribuenti traggono dalla normativa fiscale comunitaria*»[95].

Si è, tuttavia, ritenuto che la Corte di giustizia segua un differente approccio, a seconda che la sentenza abbia un impatto economico verticale (nel senso che a sopportarne gli effetti negativi sia uno Stato membro), piuttosto che abbia un impatto economico orizzontale (quando gli effetti negativi ricadono su soggetti privati), ricavandosi dalla lettura della giurisprudenza un approccio meno rigoroso ad accordare il beneficio dell'irretroattività, quando a esserne avvantaggiato sia il privato in buona fede[96].

Esemplare di questo maggiore rigore nei rapporti con gli Stati membri è la sentenza *Stradasfalti*[97] (ove si è escluso il beneficio dell'irretroattività, quantunque la sentenza mettesse oggettivamente a rischio la tenuta del bilancio statale), se paragonata alla sentenza *Bosman*[98], nella quale si sono invece modulati gli effetti della sentenza nel tempo, dando per postulato il rischio di gravi ripercussioni economiche che le associazioni calcistiche avrebbero altrimenti subìto in conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità delle norme da loro emanate a disciplinare il trasferimento dei calciatori.

Quantunque i presupposti del *prospective overruling* siano gli stessi in entrambi i casi, la Corte di giustizia accorda con maggiore facilità la limitazione degli effetti della sentenza nei rinvii pregiudiziali di validità rispetto a quelli di interpretazione. E questo parrebbe giustificarsi in ragione del fatto che, in un caso (il rinvio pregiudiziale di interpretazione), la negazione della retroattività consente di mantenere in vita una norma nazionale contraria al diritto UE e quindi interrompe il *continuum* spazio-temporale dell'ordinamento comunitario; mentre nell'altro (il rinvio pregiudiziale di validità) si consente la sopravvivenza di un atto comunitario illegittimo, allo stesso modo, all'interno di

---

Denkavit and Poulsen Trading v Skatteministeriet (nella quale si era avvertito che la retroattività della sentenza avrebbe addirittura comportato «*il crollo del sistema giudiziario danese*»); 11/3/1981, causa 69/80, *Worringham e Humphreys/Lloyds Bank*.

[95] Corte di giustizia, 11/8/1995, causa C-367/93, *Roders e a./Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*.

[96] P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generali e tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 639.

[97] Corte di giustizia, 14/9/2006, causa C-228/05.

[98] Corte di giustizia, 15/12/1995, causa C-415/93.

tutti i differenti ordinamenti nazionali, senza corrompere il fondamentale principio dell'uniforme applicazione del diritto UE[99].

3.7. La giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia.

Sin dalla sentenza *Winner-Wetten*[100], è chiaro che soltanto la Corte di giustizia può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, acconsentire alla sospensione dell'obbligo di disapplicazione di una norma di diritto interno in contrasto con una norma del diritto UE. Diversamente, infatti, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto comunitario.

La Corte di giustizia è risoluta nell'affermazione che a essa soltanto compete di limitare gli effetti nel tempo della sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta dal giudice del rinvio: «*gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione*»[101].

Per di più, anche la Corte di giustizia può farlo (o, perlomeno, lo ha fatto) «*solo nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta*»[102].

Altro è a dirsi del fatto che sono, comunque, le norme nazionali (sulla prescrizione e sulla decadenza) a stabilire le regole che possono limitare il diritto dei singoli di trarre vantaggio concreto dall'accertata illegittimità comunitaria di una norma nazionale (quanto è consentito a ogni Stato membro, nell'esercizio della sua autonomia processuale, sempreché le re-

---

[99] S. VERSTRAELEN, op. cit., 1716.

[100] Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409/06. In effetti, la sentenza meglio definisce un principio che già si poteva ricavare in Corte di giustizia, 19/11/2009, causa C-314/08, *Filipiak*, là dove il giudice comunitario, richiesto di valutare se «*il primato del diritto comunitario imponga al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali controverse nell'ambito della controversia di cui è investito, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso il rinvio della perdita di efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali*», ha statuito che «*il rinvio, da parte del Trybunał Konstytucyjny, della data in cui le disposizioni controverse perderanno la efficacia vincolante non impedisce al giudice del rinvio, conformemente al principio del primato del diritto comunitario, di disapplicare tali disposizioni nell'ambito della causa di cui è investito qualora le consideri contrarie al diritto comunitario*».

[101] Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*. Si tratta di giurisprudenza costante; in questo senso anche Corte di giustizia: 24/1/2013, causa C-186/11, *Stanleybet International e a.*

[102] Corte di giustizia, 2/2/1988, causa 309/85, *Barra/Stato belga.*

gole da esso autonomamente scelte non siano tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale e l'effettività della norma UE[103]). Invero: «*benché gli effetti di una sentenza interpretativa della Corte retroagiscano normalmente sino alla data in vigore della norma interpretata, perché quest'ultima venga applicata dal giudice nazionale a fatti precedenti a tale sentenza occorre inoltre che siano state rispettate le modalità processuali nazionali, di natura sia sostanziale sia formale, stabilite per agire in giudizio*»[104].

Si è tentato di conformare l'esercizio del *prospective overruling* a una regola astratta, distinguendo i casi in cui la Corte di giustizia si fosse limitata a dichiarare il significato di una disposizione attribuendole uno dei possibili significati individuati in base all'esperienza comune (quanto indurrebbe a ritenere consequenziale la naturale retrodatazione degli effetti dell'interpretazione al momento in cui la norma interpretata è entrata in vigore) da quelli in cui la sentenza fosse invece il formante di un nuovo diritto pretorio (quanto escluderebbe ordinariamente di farne retroagire i suoi effetti), e ancora distinguendo le ipotesi in cui l'interpretazione facesse sorgere diritti soggettivi dei privati nei confronti degli Stati membri (rispetto alle quali sarebbe connaturale l'efficacia retroattiva della sentenza) da quelle in cui invece la statuizione giurisdizionale facesse sorgere obblighi a carico dei privati (dove l'effetto *ex tunc* della sentenza sarebbe ammissibile solo a condizione che non sia in tal modo arrecato pregiudizio alla certezza del diritto e alla tutela del legittimo affidamento)[105].

Il giudice comunitario ha, però, sbrigativamente concluso nel senso che: «*la norma di diritto comunitario interpretata nel modo indicato ha, fin dalla sua entrata in vigore, effetti conformi all'interpretazione data, senza che si debba distinguere fra il caso in cui le disposizioni in questione impongano oneri agli interessati e quello in cui*

---

[103] Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*.

[104] Corte di giustizia, 15/9/1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*.

[105] Nelle cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Salumi*, si era sostenuto dalle parti coinvolte nel giudizio che «*Mentre, allorché la Corte si limita a dichiarare il significato di una disposizione, è lecito ritenere spontaneamente che l'interpretazione valga dal momento in cui la disposizione interpretata è entrata in vigore; la situazione è diversa quando la sentenza colma le lacune del sistema apparendo come una sorta di diritto pretorio. Nella prima ipotesi, nulla si oppone all'efficacia retroattiva della sentenza d'interpretazione allorché essa fa sorgere per i soggetti privati nei confronti degli Stati membri, diritti soggettivi che i giudici nazionali debbono tutelare, ma se la sentenza fa sorgere obblighi a carico dei privati, bisogna accertare che l'effetto "ex tunc" della sentenza stessa non contraddica elementari esigenze di certezza del diritto. L'efficacia retroattiva della sentenza interpretativa non presenta difficoltà nella misura in cui il significato attribuito dalla Corte alla norma interpretata costituisce uno dei possibili significati individuati in base all'esperienza comune. Al di fuori di tal caso, l'efficacia "ex tunc" della sentenza interpretativa è ammissibile solo nella misura in cui il diritto comunitario non escluda, a certe condizioni, l'efficacia retroattiva dei suoi atti normativi*».

attribuiscano loro vantaggi, e, in particolare, senza che si debba distinguere fra il caso in cui si tratti di importi che le amministrazioni nazionali avrebbero dovuto riscuotere, ma, violando il diritto comunitario, hanno omesso di riscuotere, e quello in cui dette autorità abbiano riscosso importi violando tale diritto»[106].

In tal modo, la Corte di giustizia ha definitivamente chiarito che si tratta di un potere discrezionale, dagli esiti non prevedibili *ex ante*, ma esclusivamente condizionato dalle particolarità del caso concreto.

In questo senso, infatti, l'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle sue conclusioni nella causa *Banca Popolare di Cremona*[107], dopo avere tentato una rappresentazione delle varie situazioni in cui fosse possibile modulare nel tempo gli effetti di una sentenza su rinvio pregiudiziale e la ricostruzione di una sistematica delle differenti tecniche di declinazione temporale dell'efficacia delle pronunce giurisprudenziali sui rinvii pregiudiziali, ha tuttavia infine riconosciuto che: «*qualsiasi decisione di limitare gli effetti nel tempo di una sua pronuncia dev'essere adottata in base ad un'analisi di ogni singolo caso concreto, alla luce, volta per volta, del complesso delle circostanze*».

3.8. I residui margini di autonomia procedurale degli Stati membri, ovvero la competenza funzionale dei giudici nazionali.

Quantunque la Corte di giustizia abbia rivendicato per sé l'esclusiva dell'uso del *prospective overruling* nelle controversie attribuite alla sua giurisdizione, nondimeno essa ha delegato ai giudici nazionali la possibilità di intervenire autonomamente (ma all'interno degli stretti margini di manovra che il giudice comunitario ha stabilito al fine di funzionalizzare quel residuo di autonomia procedurale al perseguimento degli obiettivi comunitari) ogniqualvolta la temporanea sospensione dell'*effet utile* della norma UE sia occasionalmente funzionale al perseguimento degli obiettivi comunitari[108].

---

[106] Corte di giustizia, 27/3/1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi*.

[107] Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl nella causa C-475/03.

[108] K. SOWERY, *Reconciling primacy and environmental protection: Association France Nature Environmen*t, in *CMLR*, 2017, 1157: «*The Court explores the circumstances where primacy may be outweighed, for a certain period, by the application of other primary law interests ... In so doing, the Court recognizes a decentralized power available to the national courts to delay and to moderate the effects of Union law*». Sicché, «*it is the Court, firmly at the EU level, that authorizes the national court to exercise this exceptional power*» (ivi, 1169); e tuttavia «*In terms of the nature of the power available to national courts, it can only be exercised where such a power exists under national law; thus the Court does not "create" a power for Member State*» (ivi, 1171).

Si legge al riguardo nella sentenza *Association France Nature Environnement*[109] che: «*il giudice nazionale può limitare nel tempo, qualora il diritto interno lo consenta, eccezionalmente e caso per caso, taluni effetti di una dichiarazione di illegittimità di una disposizione del diritto nazionale, adottata in violazione degli obblighi previsti dalla* [norma UE] *a condizione che tale limitazione risulti necessaria alla luce di considerazioni imperative connesse alla tutela dell'ambiente e tenuto conto delle specifiche circostanze della controversia sottoposta al suo esame*».

Quanto il giudice nazionale può fare solo qualora ricorrano tutte le condizioni indicate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Inter-Environnement Wallonie*[110]: (i) la norma del diritto nazionale che si vuole applicare, quantunque formalmente illegittima, costituisca una misura di sostanziale trasposizione del diritto dell'Unione (da intendersi nel senso che la norma nazionale, quantunque in violazione del diritto comunitario, contribuisca nondimeno al recepimento del diritto UE nell'ordinamento interno); (ii) l'adozione e l'entrata in vigore di una nuova disposizione del diritto nazionale non consentano di evitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla disapplicazione della vecchia norma; (iii) dalla disapplicazione della norma nazionale consegua un vuoto giuridico relativo alla trasposizione del diritto UE che risulterebbe ancor più pregiudizievole, nel senso che tale disapplicazione si risolverebbe in una minore protezione finendo, quindi, per contrastare con l'essenziale obiettivo del diritto dell'Unione; (iv) il mantenimento eccezionale degli effetti della disposizione del diritto nazionale in contrasto con il diritto UE copra soltanto il lasso di tempo strettamente necessario all'adozione delle misure che consentano di rimediare all'irregolarità accertata[111].

Ciò che nella sentenza *Association France Nature Environnement*[112] si giustifica nella particolare vicenda in ragione del fatto che si è in tal modo «*inteso conciliare, da un lato, i princìpi di legalità ed il primato del diritto dell'Unione con, dall'altro, l'imperativo della tutela dell'ambiente derivante da dette disposizioni del diritto primario dell'Unione*».

---

[109] Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15.

[110] Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11.

[111] T. LOCK, *Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive?: Inter-Environnement Wallonie,* in *CMLR*, 2013, 218 e 222: «*The judgment raises important questions of national procedural autonomy, whether procedural requirements can be overridden by substantive considerations and, more generally, whether there is a right for Member States to derogate from directives …The Advocate General suggested that this would not be the case if the provisions applying in lieu of the contested decision were less advantageous to the environment than the contested decision. It seems that the Court had this argument in mind when making its judgment. But the Court's reasoning lacks the clarity of the Advocate General's argument and is potentially confusing*».

[112] Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15.

Una spiegazione contingente (riferita alla particolare vicenda controversa) che, tuttavia, vale più in generale come paradigma della competenza funzionale del giudice nazionale all'uso eccezionale della tecnica del *prospective overruling* a sospendere temporaneamente il primato della norma UE sulla norma nazionale: il principio di legalità comunitaria è cedevole solo quando ciò è necessario (e nella stretta misura in cui lo sia) all'affermazione di un differente principio del diritto comunitario[113], con un'evidenza tale da consentire al giudice nazionale di evitare di rivolgersi alla Corte di giustizia, secondo i collaudati ragionamenti della teoria dell'*acte claire*[114].

Così che il giudice nazionale è dispensato dall'onere del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per attivare il *prospective overruling* sulla propria sentenza, «*soltanto allorché sia persuaso, cosa che è subordinata a circostanziata dimostrazione, che non sussistano ragionevoli dubbi riguardo all'interpretazione ed all'applicazione delle condizioni risultanti dalla sentenza … Inter-Environnement Wallonie*»[115].

Quanto ha una stretta analogia con la tecnica affermatasi nella giurisprudenza statunitense del c.d. «*anticipatory overruling*», che consente al giudice di grado inferiore di svincolarsi dallo *stare decisis* ogniqualvolta sia pressoché certo («*is reasonably certain*») che la Corte Suprema – sulla base di *obiter dicta* anticipatori – non seguirà più in futuro un suo determinato precedente[116].

In entrambi i casi, la relativizzazione del principio di legalità consente di sovvertire la gerarchia delle competenze giurisdizionali affrancando l'individuazione della norma giusta dalla funzione nomofilattica, a evitare la dilatazione temporale dell'affermazione della certezza del diritto; in ogni caso, però, all'interno di una matrice concettuale che è autoritativamente

---

[113] S. VERSTRAELEN, op. cit., 1726: «*there is an important difference between the Filipiak and Winner Wetten cases and the case at hand. This difference lies within the reasons given to further apply a national norm contrary to EU law. In the first two cases the reasons were rooted in the legal order of the Member States, i.e. to avoid a legal vacuum within national law, whereas in the Inter-Environnement Wallonie case, the only reason to maintain the national norm was to comply with Union law*». Nello stesso senso, T. LOCK, op. cit., 226: «*Winner Wetten is essentially a case concerning the primacy of EU law. The question was whether a national court may under certain circumstances derogate from its Simmenthal obligation to disapply national law which is in conflict with EU law … In contrast, Inter-Environnement does not deal with domestic concerns but with concerns of EU law. The legal vacuum which would exist if the contested decision were to be annulled would have been in violation of an EU Directive … Thus Inter-Environnement was not concerned with the primacy of EU law over national law but with two obligations both stemming from EU law*».

[114] Corte di giustizia, 6/10/1982, 238/81, *Cilfit*.

[115] Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*.

[116] D.C. BRATZ, *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Wash. L. Rev.*, 1984, 89.

definita dalle affermazioni del giudice della nomofilachia, che può sempre correggere *ex post* la prognosi errata del giudice del merito, che, nell'interpretazione di quelle linee guida, sia eventualmente giunto a conclusioni sbagliate.

Così che questa competenza del giudice nazionale all'esercizio di una scelta (il *prospective overruling*) che inequivocabilmente rientra nelle attribuzioni (quella che si è definita la giurisdizione esclusiva) della Corte di giustizia è, senza dubbio, funzionale (e quindi vincolata) al perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea[117], così come autoritativamente individuati dal giudice comunitario: e, perciò, il giudice nazionale deve fare esattamente quella medesima scelta che avrebbe fatto la Corte di giustizia, sulla base della sua consolidata giurisprudenza, nella ricorrenza di quella particolare situazione di fatto che definisce la controversia[118].

3.9. Alcune considerazioni di sintesi sulla tecnica del *prospective overruling* nel diritto UE.

Ancorché al proposito si faccia una certa confusione[119], bisogna tuttavia distinguere la modulazione nel tempo degli effetti di una sentenza di annullamento ex art. 263 TFUE (alla quale si può associare per l'identità dei presupposti sostanziali la sentenza sui rinvii pregiudiziali dì validità) dalla tecnica di selezione dei rapporti che si vogliono disciplinare con la nuova regola di diritto affermata in una sentenza interpretativa sul rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

---

[117] D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, nell'esegesi attenta della giurisprudenza comunitaria sulla c.d. autonomia procedurale degli Stati membri sostiene che non vi è in realtà alcuna autonomia nazionale, bensì ambiti di competenza procedurale e processuale funzionalizzati (eteroguidati dalla Corte di giustizia attraverso i suoi princìpi giurisprudenziali) al perseguimento degli obiettivi comunitari.

[118] K. SOWERY, op. cit., 1170: «*this decentralized power for national courts is established on a case-by-case basis*».

[119] Come riferisce l'Avvocato Generale Kokott nelle sue conclusioni nella causa C-41/11, «*Nella causa Winner Wetten, gli Stati membri che hanno preso parte al procedimento hanno affermato, in sostanza, che il riconoscimento di un principio che autorizzi, in circostanze eccezionali, il mantenimento provvisorio degli effetti di una norma nazionale ritenuta in contrasto con una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile si giustificherebbe, per analogia, alla luce della giurisprudenza elaborata dalla Corte sul fondamento dell'art. 264, n. 2,* TFUE, *al fine di mantenere provvisoriamente gli effetti di atti di diritto dell'Unione da essa annullati ai sensi dell'art. 263* TFUE *o di cui abbia dichiarato l'invalidità ai sensi dell'art. 267* TFUE».

Solo in quest'ultimo caso (la funzione nomofilattica della Corte di giustizia) è corretto gestire gli effetti nel tempo della sentenza secondo il modello del *prospective overruling* dell'esperienza anglo-americana.

Ogni altra prospettiva – a volere accomunare in un tutt'uno indistinto le sentenze di annullamento, gli accertamenti incidentali dell'invalidità di un atto comunitario e l'interpretazione di una norma UE – è ingannevole e conduce all'arbitrio giudiziario, consentendo al giudice di scegliere quali rapporti assegnare al nuovo regolamento giuridico («*decision- time law*») e quali rimettere al vecchio («*transaction-time law*»), sulla base di un imperscrutabile ragionamento dagli esiti sovente imprevedibili.

Il senso di una definizione è quello di individuare i tratti comuni di differenti vicende giuridiche, così da definire una disciplina unitaria (la regola giuridica), che consenta di valorizzare le contingenti esperienze individuali nella definizione di una teoria, utile a prognosticare l'esito di un contenzioso (a soddisfare l'obiettivo di conoscenza del diritto preventivo[120]), ma anche a migliorare le relazioni interpersonali (la norma giuridica come guida, nella prospettiva del diritto proattivo[121]).

Non ha, dunque, alcun senso accomunare le due differenti vicende (l'annullamento/la declaratoria di invalidità di un atto europeo e l'interpretazione del diritto UE) nell'ingannevole definizione del *prospective overruling*.

In un caso (l'annullamento/la declaratoria di invalidità), la scelta di non fare retroagire la sentenza si giustifica, quanto agli astratti presupposti di legittimazione, nel potere espressamente attribuito alla Corte di giustizia dall'art. 264, paragrafo 2, TFUE (senz'altro estensibile per analogia al rinvio pregiudiziale di validità), e, quanto ai concreti obiettivi da perseguire, nella riduzione dei negativi effetti della pronuncia sulle politiche comunitarie entro la massima misura tollerabile. Nell'altro (l'interpretazione del diritto UE), la scelta di emancipare alcuni rapporti dall'affermazione giurisdizionale del nuovo significato che il giudice attribuisce alla norma sovvertendo la consolidata giurisprudenza discende dal giusto equilibrio tra i due fondamentali princìpi (la certezza del diritto e la legalità) che definiscono un ordinamento giuridico nella dimensione della *rule of law,* e guadagna a fatica un proprio spazio di legittimazione all'interno della discrezionalità di giudizio che caratterizza l'interpretazione valutativa dei concetti giuridici

---

[120] L.M. BROWN, *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business,* New York, 1950.

[121] H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 24.

indeterminati: ciò che consente al giudice di attingere ai princìpi sociali per attribuire un precetto concreto a una norma di vago significato[122].

Si tratta, com'è evidente, di due vicende del tutto differenti, accomunate soltanto dall'essere espressione della medesima dimensione temporale della giustizia.

Ma ciò è insufficiente a ricondurre le due esperienze giuridiche a una unitaria categoria dogmatica.

Eppure, persino la House of Lords, agli inizi del nuovo secolo, volendo giustificare la sua adesione alla tecnica del *prospective overruling*, ha preferito richiamarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla restrizione degli effetti retroattivi delle sentenze di annullamento degli atti comunitari («*to challenge the legality of acts*»)[123], piuttosto che aderire alla originale tecnica di Cardozo[124], che già settant'anni prima aveva ottenuto il definitivo riconoscimento costituzionale della Corte Suprema[125], dando l'avvio a un graduale affinamento concettuale, giunto, al tempo del primo pronunciamento del giudice inglese, oramai a maturazione nella definizione di una prassi consolidata, indubbiamente ascrivibile ai princìpi universali del *common law*.

Appare, dunque, preferibile tornare alle origini, e, quindi, andare alla ricerca della giustificazione comunitaria della tecnica del *prospective overruling* in quei medesimi princìpi costituzionali che la giustificano nell'ordinamento statunitense, rifuggendo la tentazione di banalizzare il problema della retroattività della sentenza attraverso il ricorso all'analogia, per estendere il potere conformativo degli effetti nel tempo dell'annullamento degli atti comunitari (art. 264, paragrafo 2, TFUE) alle sentenze interpretative del diritto UE (art. 267 TFUE).

È, dunque, il modello americano che ci svela l'insostenibilità del nuovo approccio al *prospective overruling* immaginato dagli Avvocati Generali Tizzano e Stix-Hackl, agli inizi del XXI secolo, nelle cause *Meilicke*[126] e *Banca Po-*

---

[122] V. VELLUZZI, op. cit.

[123] House of Lords, *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans*, [2001] 2 AC 19: «*The European Court of Justice, though cautiously and infrequently, has restricted the effect of its ruling to the particular claimant in the case before it and to those who had begun proceedings before the date of its judgment. Those who had not sought to challenge the legality of acts perhaps done years before could only rely on the ruling prospectively. Such a course avoided unscrambling transactions perhaps long since over and doing injustice to defendants*».

[124] B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921.

[125] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

[126] Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa C-292/04.

polare di Cremona[127]: non è concettualmente ammissibile utilizzare la tecnica di Cardozo ai fini deflattivi del contenzioso, selezionando tra i soggetti avvantaggiati dalla nuova interpretazione giurisprudenziale del diritto UE quelli meritevoli della retrodatazione degli effetti dell'*overruling* in ragione del fatto che si fossero diligentemente adoperati per la modifica della giurisprudenza, attivandosi per la tutela dei propri diritti prima che fosse divenuto conoscibile l'errore (o affermato l'anacronismo) della vecchia giurisprudenza, volendo in questo modo premiare chi avesse assunto «*un certo rischio vista l'incertezza del loro risultato*[128], a evitare invece di estendere la nuova regola giurisprudenziale anche a rivendicazioni avanzate per la prima volta quando la possibilità dell'esercizio del proprio diritto «*abbia avuto adeguata pubblicità e … quindi si sia risvegliata l'attenzione anche dei soggetti meno diligenti*»[129].

Quella calibrazione degli effetti della sentenza nel tempo non si giustifica nella ponderazione dei princìpi della certezza del diritto e della legalità, a evitare che la sentenza corretta sia nondimeno ingiusta; ma vuole soltanto evitare l'inflazione di iniziative giudiziarie che potrebbero sovraccaricare il ruolo dei tribunali e mettere a rischio l'equilibrio di un mercato o del bilancio di uno Stato membro[130].

Ammesso che il sacrificio dei diritti del singolo a vantaggio della collettività sia ammissibile, una simile scelta processuale non si giustifica nel riferimento alla tecnica del *prospective overruling* (che si è definita nell'ordinamento statunitense piuttosto a salvaguardia dei diritti del singolo anche a detrimento dell'applicazione della legge, facendo all'opposto prevalere gli interessi individuali su quelli collettivi) e non trova una legittimazione costituzionale nell'art. 264, paragrafo 2, TFUE, che si riferisce alle sentenze di annullamento e può estendersi analogicamente ai soli rinvii pregiudiziali di invalidità. Altro, infatti, è per le sentenze interpretative, rispetto alle quali la retroattività consegue al tradizionale insegnamento di

---

[127] Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl nella causa C-475/03.

[128] Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl nella causa C-475/03.

[129] Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa C-292/04.

[130] Secondo l'opinione dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, nella causa C-475/03, «*La difficoltà notevole … è il numero apparentemente enorme di azioni avviate ai fini del rimborso dell'IRAP in base alla sua presunta incompatibilità con il diritto comunitario. Dato che il presente procedimento ha suscitato una grande attenzione per un periodo di tempo relativamente lungo, appare possibile che molte di queste azioni, in particolare le più recenti tra di esse, abbiano natura speculativa, essendo state promosse senza grande sforzo o spese allo scopo di approfittare della prossima sentenza. Un'eccezione a favore di azioni del genere non solo sembra meno giustificata a causa della loro natura, ma, a causa del loro numero, potrebbe probabilmente inficiare seriamente il risultato ricercato mediante la limitazione*».

Cicerone («*Magistratum legem esse loquentem*»[131]), come accolto nella dottrina di Montesquieu («*les juge de la nation ne sont ...que la bouche qui prononce les paroles de la loi*»[132]), a definire la linea di demarcazione tra la legislazione e la giurisdizione, così da impedire che il giudice si avventuri nel creazionismo giudiziale. Quanto, nella prassi giurisprudenziale statunitense, ha indotto i giudici e la dottrina a interrogarsi sull'attualità della teoria dichiarativa di Blackstone («*the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law*»[133]), a fronte di cambiamenti rivoluzionari del diritto, che segnano una frattura tra il diritto all'epoca dei fatti («*transaction-time law*») e quello vigente nel momento della decisione («*decision-time law*»), non potendosi negare che il giudice, in una certa misura, si fa talvolta creatore del precetto normativo, elidendo il diaframma tra la giurisdizione e la legislazione[134].

Da qui si giunge alla conclusione che il *prospective overruling* può, semmai, consentire di non fare retroagire la sentenza che interpreta in modo innovativo la legge, a salvaguardia di chi abbia agito nel rispetto della vecchia giurisprudenza («*transaction-time law*»); ma non si può all'opposto proiettare nel futuro gli effetti di una sentenza interpretativa («*decision-time law*»), per evitare che se ne avvantaggino soggetti che avevano ignorato di avere un diritto che la giurisprudenza in effetti gli negava.

La tecnica del *prospective overruling* è una delle tante applicazioni del principio di proporzionalità: il giudice può evitare la naturale retroattività della sentenza solo se vi è una chiara sproporzione tra l'ingiustizia di deludere le legittime aspettative di chi si era autodeterminato nelle proprie scelte nel rispetto del diritto vivente all'epoca della sua azione e quella che l'applicazione della regola giurisprudenziale anacronistica produce; e lo deve fare nella stretta misura in cui ciò sia necessario a riportare le due contrastanti tensioni nel loro originario equilibrio: a evitare che una norma legittima divenga nondimeno ingiusta.

Si legge al proposito nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa *Meilicke*[135] che «*tale decisione deve tener conto della necessità di non appesantire oltre quanto strettamente necessario la situazione degli Stati membri*».

Come a dire, non sparare a un passero con un cannone![136]

Quanto vale per gli Stati membri non può che valere, nella stessa misura

---

[131] M.T. CICERONE, *De legibus*, Libro III.

[132] C.L. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Parigi, 1748, Libro 11, Capitolo VI.

[133] W. BLACKSTONE, op. cit., 69.

[134] B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1960, 10.

[135] Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa C-292/04.

[136] F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 354.

(anche il giudice comunitario è terzo e imparziale), altresì per gli altri soggetti dell'ordinamento comunitario che hanno confidato nella correttezza dell'operato delle istituzioni UE, e che possono, dunque, essere delusi nelle loro legittime aspettative in relazione a «*rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente*»[137].

In questa prospettiva, si può, quindi, individuare il fondamento costituzionale del *prospective overruling* negli artt. 5, paragrafo 4, TUE («*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati*») e 52 della Carta di Nizza («*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*»).

Quanto consente al giudice comunitario di rifiutare la naturale retroattività di una rivoluzionaria interpretazione del diritto UE, nella misura in cui la negazione della naturale retroattività della sentenza che dichiara l'obsolescenza della vecchia regola giurisprudenziale sia idonea, necessaria e adeguata[138] alla tutela delle legittime aspettative di chi aveva conformato la sua condotta alla giurisprudenza consolidata.

Bibliografia

ALBORS-LLORENS A., *Remedies against the EU Institutions after Lisbon: An Era of Oppurtunity*, Cambridge L.J., 2012

AUSTIN J., *The Provinces of Jurisprudence Determined*, 1832

BARATTA R., *Una precisazione alla giurisprudenza Defrenne?,* in *Giust. civ.,* 2006

BEBR G., *Preliminary Rulings of the Court of Justice: Their Authority and Temporal Effect,* in *CMLR*, 1981

---

[137] Corte di giustizia, 15/3/2005, causa C-209/03, *Bidar.*

[138] D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2019, 906: «*Quanto al suo contenuto concreto, nel diritto tedesco (e in linea di principio anche negli altri ordinamenti nei quali il principio è stato mutuato, ivi compreso quello UE) il principio di proporzionalità risulta dall'unione di tre diversi elementi, che, a partire dalla notissima Apothekenurteil del 1958, sono stati riuniti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca nel principio di proporzionalità lato sensu. Si tratta dei tre elementi della idoneità (Geeignetheit), della necessarietà (Erforderlichkeit) e della proporzionalità in senso stretto (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)*».

BEBR G., *Direct and Indirect Judicial Control of Community Acts in Practice: The Relation between Articles 173 and 177 of the EEC Treaty,* in *Mich. L. Rev.*, 1984

BESWICK S., *Retroactive Adjudication,* in *Yale L. J., 2020*

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England,* 1808

BRATZ D.C., *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Wash. L. Rev.*, 1984

BROWN L.M., *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business,* New York, 1950

BROWN L.N., *Agrimonetary Byzantinism and Prospective Overruling*, in *CMLR*, 1981

CARDOZO B.N., *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921

CICERONE M.T., *De legibus*, Libro III

DAUSES M.A., *Practical Considerations Regarding the Preliminary Ruling Procedure under Article 177 of the EEC* Treaty, in *Fordham Int'l L.J.*, 1987

DAVIES J., *A Response to Statutory Obsolescence. The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979

DIPLOCK K., *Court as Legislator*, Birmingham, 1965

DWORKIN R.M., *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977

EISENBERG M.A., *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988

FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018

FISCH J.E., *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997

FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, 354

GALETTA D.U., *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2019

GALGANO F., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012

GRAY C.M., *History of the common law*, Chicago e Londra, 1971, XXI

HAAPIO H., *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

HYLAND N., *Temporal limitation of the effects of judgments of the Court of Justice. A review of recent case-law,* in *Irish J. European L.*, 1995

KOOPMANS T., *Retrospectivity Reconsidered*, in *CLJ*, 1980

JACOBS F.G., *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice,* in *Tex. Int'l L.J.*, 2003

LEVY B.H., *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.,* 1960

LOCK T., *Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive?: Inter-Environnement Wallonie,* in *CMLR*, 2013

MARIANI P., *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2007

MCCAULEY LANDIS J., *Statute and the Sources of Law*, in *Harvard J. Legis*, 1965

MICHAELS A.C., *Retroactivity and Appointments*, in *Loy. U. Chi. L.J.,* 2021

MONTESQUIEU C.L., *L'esprit des lois*, Parigi, 1748

MURAUSKAS D., *Temporal Limitations by the Court of Justice of the EU: Dealing with the Consequences*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 2013

POLOMARKAKIS K.A., *Social policy ant the judicial making of Europe: capital, social mobilisation and minority social influence* in *ELO*, 2022

RADEMACHER T., *Reading Up or Down EU Legislation: A Plea for a Principled Approach to an Extraordinary Judicial Power*, in *EPL*, 2017

RAITIO J., *Legal Certainty, Non-Retroactivity and Periods of Limitation in EU Law*, in *Legisprudence*, 2008

RASMUSSEN H., *Towards a Normative Theory of Interpretation of Community Law*, in *U. Chi. Legal F.,* 1992

RASMUSSEN H., *Remedying the Crumbling EC Judicial System*, in *CMLR*, 2000

SHARPSTON E., *European Community Law and the Doctrine of Legitimate Expectations: How Legitimate, and for Whom,* in *NW. J. INT'l L. & Bus.*, 1990

SCHWARZE J., *European Administrative Law,* Londra, 2006

SOWERY K., *Reconciling primacy and environmental protection: Association France Nature Environmen*t, in *CMLR*, 2017

TEMPLE LANG J., *The Place of Legislation in European Community Law*, in *Statute L. Rev.,* 1989

THOMSON A., VAN DER STOK E.,*Temporal Limitations to Tax Judgments of the European Court of Justice,* in *Intertax,* 2006

USHER J., *The European Court of Justice – its Role in the Development of the Communities*, in *BLJ*, 1979

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010

VERSTRAELEN S., *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility versus the Quest for Uniformity,* in *German L.J.,* 2013

WALDHOFF C., *Recent Developments Relating to the Retroactive Effect of Decisions of the ECJ*, in *CMLR*, 2009

Giurisprudenza

U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932)
Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*
Corte di giustizia, 22/3/1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità*
Corte di giustizia, 27/3/1963, causa 28/62, *Da Costa en Schaake NV e a./Administratie der Belastingen*
Corte di giustizia, 15/7/1964, causa 6/64, *Costa/Enel*
Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*
Corte di giustizia, 9/3/1978, causa 92/78, *Simmenthal*
Corte di giustizia, 27/3/1980, causa C-61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana.*
Corte di giustizia, 27/3/1980, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Salumi*
Corte di giustizia, 15/10/1980, causa 4/79, *Providence Agricole de la Champagne*
Corte di giustizia, 15/10/1980, causa 109/79, *Maïseries de Beauce*
Corte di giustizia, 15/10/1980, causa 145/79, *Roquette Frères*
Corte di giustizia, 13/5/1981, causa 66/80, *International Chemical Corporation v Amministrazione delle finanze dello Stato*
Corte di giustizia, 11/3/1981, causa 69/80, *Worringham e Humphreys/Lloyds Bank*
Corte di giustizia, 30/9/1982, causa 108/81, *Amylum*
Corte di giustizia, 6/10/1982, 238/81, *Cilfit*
Corte di giustizia, 27/2/1985, causa 112/83, *Produits de Maïs / Administration des douanes e droits indirects*
Corte di giustizia, 20/3/1985, causa 264/82, *Timex*
Corte di Giustizia, 22/5/1985, causa 33/84, *Fragd*
Corte di giustizia, 15/1/1986, causa 41/84, *Pinna*
Corte di giustizia, 2/2/1988, causa 24/86, *Blaizot/Université de Liège*
Corte di giustizia, 2/2/1988, causa 309/85, Barra/*Stato belga*
Corte di giustizia, 29/6/1988, causa 300/86, *Van Landschoot*
Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232
Corte di giustizia, 17/5/1990, causa 262/88, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*
Corte di giustizia, 10/3/1992, in causa C-38/90, *Lomas*
Corte di giustizia, 31/3/1992, causa C-200/90, *Dansk Denkavit and Poulsen Trading v Skatteministeriet*

Corte di giustizia, 16/7/1992, causa C-163/90, *Administration des douanes e droits indirects/Legros e a.*

Corte di giustizia, 6/10/1993, causa C-109/91, *Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers - en Schoonmaakbedrijf*

Corte di giustizia, 9/3/1994, causa C-188/92, *TWD/Bundesrepublik Deutschland*

Corte di giustizia, 26/4/1994, causa C-228/92, *Roquette Frères*

Corte di giustizia, 11/8/1995, causa C-367/93, *Roders e a./Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*

Corte di giustizia, 14/9/1995, causa C-485/93, *Simitzi*

Corte di Giustizia, 19/10/1995, causa C-137/94, *The Queen/Secretary of State for Health, ex parte Richardson*

Corte di giustizia, 14/12/1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*

Corte di giustizia, 15/12/1995, causa C-415/93*, Union royale belge des sociétés de football association e a./Bosman e a.*

Corte di giustizia, 13/2/1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94*, Bautiaa e Société française maritime*

Corte di giustizia, 15/2/1996, causa C-63/93, *Duff*

Corte di giustizia, 5/3/1996, cause riunite C- 46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*

Corte di giustizia, 30/3/1996, causa C-308/93, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank/Cabanis-Issarte*

Corte di giustizia, 15/9/1998, causa C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*.

Corte di giustizia, 25/2/1999, cause riunite C-164/97 e C-165/97, *Parlamento/Consiglio*

Corte di giustizia, 4/5/1999, causa C-262/96, *Sürül*

Corte di giustizia, 9/3/2000, causa C-437/97, *EKW and Wein & Co.*

Corte di giustizia, 23/5/2000, causa C-104/98, *Buchner*

House of Lords, *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans*, [2001] 2 AC 19

Corte di giustizia, 20/9/2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*

Corte di giustizia 3/10/2002, causa C-347/00, *Barreira Pérez*

Corte di giustizia: 9/9/2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani*

Corte di giustizia 17/2/2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Linneweber e Akritidis*

Corte di giustizia, 15/3//2005, causa C-209/03, *Bidar*

Corte di giustizia, 10/1/2006, causa C-402/03, *Skov e Bilka*

Corte di giustizia, 30/3/2006, causa C-184/04, *Uudenkaupungin kaupunki*

Corte di giustizia, 27/4/2006, causa C-423/04, *Richards*
Corte di giustizia, 14/9/2006, causa C-228/05, *Stradasfalti*
Corte di giustizia, 3/10/2006, causa C-475/03, *Banca Popolare di Cremona*
Corte di giustizia, 26/10/2006, causa C-248/04, *Koninklijke Coöperatie Cosun*
Corte di giustizia, 28/11/2006, causa C-414/04, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*
Corte di giustizia, 6/3/2007, causa C-292/04, *Meilicke*
Corte di giustizia, 1/4/2008, cause riunite C-14/06 e C-295/06, *Parlamento e Danimarca/Commission*
Corte di giustizia, 22/12/2008, causa C-333/07, *Régie Networks*
Corte di giustizia, 19/11/2009, causa C-314/08, *Filipiak*
Corte di giustizia, 3/6/2010, causa C-2/09, Kalinchev
Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*
Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie and Terre wallonne*
Corte di giustizia, 10/5/2012, causa C-338/11, *Santander Asset Management SGIIC*
Corte di giustizia, 5/9/2012, causa C-355/10, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 6/9/2012, causa C-490/10, *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 23/10/2012, cause riunite C-581/10 e C-629/10, *Nelson e a.*
Corte di giustizia, 22/10/2013, causa C-137/12, *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 19/12/2013, C-262/12, *Vent De Colère and Others*
Corte di giustizia, 6/5/2014, causa C-43/12, *Commissione/Parlamento e Consiglio*
Corte di giustizia, 27/2/2014, causa C-82/12, Transportes Jordi Besora
Corte di giustizia 17/9/2014, causa C-562/12, *Liivimaa Lihaveis*,
Corte di giustizia, 26/11/2014, cause riunite C-103/12 e C-165/12, *Parlamento e Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 22/1/2015, cause riunite C-401/13 e C-432/13, *Balazs*
Corte di giustizia, 16/4/2015, C-540/13, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 16/4/2015, cause riunite C-317/13 e C-679/13, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 28/4/2015, causa C-28/12, *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 29/9/2015, causa C-276/14, Gmina Wrocław
Corte di giustizia, 1/12/2015, cause riunite C-124/13 e C-125/13, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 23/12/2015, causa C-595/14, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 14/6/2016, causa C-263/14, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*

Corte di giustizia, 28/7/2016, C-660/13, *Consiglio/Commissione*
Corte di giustizia, 2/9/2016, causa C-110/15, *Microsoft Mobile Sales International e a.*
Corte di giustizia, 22/9/2016, cause riunite C-14/15 e C-116/15, *Parlamento/Consiglio*
Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05, *Brzeziński*
Corte di giustizia, 19/4/2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*
Corte di giustizia, 10/11/2016, causa C-477/16, *Kovalkovas*
Corte di giustizia, 9/2/2017, causa C-585/15, *Raffinerie Tirlemontoise*
Corte di giustizia, 20/9/2017, causa C-183/16, *Tilly-Sabco/Commissione*
Corte di giustizia, 25/10/2017, causa C-389/15, *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 4/9/2018, causa C-244/17 *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia 16/9/2020, causa C-339/19, *Romenergo and Aris Capital*
Corte di giustizia 24/11/2020, causa C-510/19, *Openbaar Ministerie*
Tribunale UE, 27/1/2021, causa T-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*
Corte di giustizia, 25/2/2021, causa C-389/19*, Commissione/Svezia*
Tribunale UE, 9/6/2021, causa T-665/29, *Ryanair*
Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*
Corte di giustizia, 15/7/2021, causa C-584/20, *Commissione/ Landesbank Baden-Württemberg e SRB*
Corte di giustizia, 2/9/2021, causa C-180/20, *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 18/11/2021, causa C-413/20, *Bluetail Flight School*
Corte di giustizia, 1/3/2022, causa C-275/20, *Commissione/Consiglio*
Corte di giustizia, 22/11/2022, causa C-24/20, *Commissione/Consiglio*

CAPITOLO QUARTO

L'ESPERIENZA ITALIANA

SOMMARIO: – 4.1. L'*overruling* processuale nella giurisprudenza della Cassazione. – 4.2. Il travisamento del modello originario. – 4.3. I dubbi della dottrina. – 4.4. L'*overruling* sostanziale nella giurisprudenza della Cassazione. – 4.5. L'*overruling* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 4.6. La violazione degli ambiti di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia. – 4.7. Alcune considerazioni di sintesi sulla tecnica del *prospective overruling* nel nostro processo.

4.1. L'*overruling* processuale nella giurisprudenza della Cassazione.

La Corte di cassazione ha aderito alla tecnica del *prospective overruling* solo di recente[1]; sino a ora, esclusivamente con riguardo alle decadenze processuali intervenute per l'effetto di un imprevedibile mutamento di giurisprudenza[2].

---

[1] Il problema della retroattività dell'*overruling* (a volerla escludere a tutela della certezza del diritto e a garanzia delle legittime aspettative e ad ammetterla invece *in bonam partem per* evitare di condannare un innocente) si pone ovviamente – e a maggiore ragione – anche nel diritto penale. Tuttavia, il concreto atteggiarsi del precetto penale secondo il modello a fattispecie analiticamente definita e insuscettibile di declinarsi attraverso concetti giuridici indeterminati affidati all'interpretazione valutativa del giudice (com'è, invece, nel diritto civile e amministrativo) non consente di estendere l'indagine anche alla giurisprudenza penale, che nell'approccio al problema innescato dall'*overruling* segue traiettorie e giustificazioni costituzionali affatto differenti. Al proposito, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV, *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 ss., afferma che «*il principio di legalità in materia penale nel suo complesso – così come tradizionalmente inteso nell'ordinamento italiano – si presenta congenitamente incapace di fornire una qualche garanzia contro le incoerenze della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme incriminatrici, laddove tale interpretazione si mantenga al di qua del limite del divieto di analogia*».

[2] La questione nel nostro ordinamento è relativamente nuova, eppure si è già scritto molto; tra gli altri: F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come il "valore del giusto processo può trovare attuazione"*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 1117 ss.; E. CALZOLAIO, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione "civil law-common law"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1003 ss.; R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.,* 2010, V, 311 ss.; F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzioni dichiarativa della giurisprudenza,* in *Corr. giur.,* 2011, 1392; P.

Le Sezioni unite nel 2010 hanno, infatti, escluso il «*cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata*»[3]; quanto, fuor di metafora, il nostro giudice della nomofilachia ha successivamente riferito a «*una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato*»[4].

Quanto consegue al fatto che «*La Corte considera che, se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire – e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario – l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile. Soltanto fattori esterni alla formula della disposizione di cui si discute – derivanti da mutamenti intervenuti nell'ambiente processuale in cui la formula continua a vivere, o*

COMOGLIO, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 525 ss.; C. CONSOLO, *La cassazione civile tra lacune legislative e vocazioni ordinamentali*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2012, 95 ss.; ID., *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato "internet addicted" e pure "veggente"*, in *Giur. cost.*, 2012, 3166 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss.; E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1476 ss.; M. GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 435 ss.; D. NOVIELLO, *L'ingiusta esclusione di tutela dell'affidamento della parte nell'ipotesi di overruling processuale determinato da interpretazione manipolativa ed ampliativa*, in *Corr. giur.,* 2020, 248, ss.; L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 273 ss.; A. PROTO PISANI, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile,* in *Foro it.,* 2011, V, 79; Id., *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, 117 ss.; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali,* in *Riv. dir. proc.,* 2011, 1337 ss.; Id., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?,* in *Riv. dir. proc.*, 2012, 567 ss.; R. ROLLI, *Overruling nel diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contr. impr.*, 2013, 577 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss.; G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento da overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *Riv. AIC*, n. 1/2012; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 709 ss.; M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1078 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; A. VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018.

[3] Corte di cassazione, Sez. un., 17/10/2010, n. 14627.

[4] Corte di cassazione, Sez. un., 8/1/2011, n. 2067.

dall'emersione di valori prima trascurati – possono giustificare l'operazione che consiste nell'attribuire alla disposizione un significato diverso»[5].

Ciò che definisce la nostra giurisprudenza secondo il modello del cambiamento nella continuità («*continuity and change*»), che consente l'evoluzione incrementale del *common law*, nel rispetto del vincolo del precedente.

E, in effetti, quantunque sia indubbia «*la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento*»[6], nondimeno il precedente (inteso da noi come il principio di diritto, che è tutt'altro rispetto alla *ratio decidendi* che lo definisce negli ordinamenti di *common law*[7]) è il formante del diritto vivente[8].

---

[5] Corte di cassazione, Sez. un., 18/5/2011, n. 10874. Secondo F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile*, cit., 1399, in questo modo, le Sezioni unite «*avevano fatto proprio il manifesto programmatico per cui, in materia di interpretazione di norme processuali, la stabilità degli orientamenti sottende un valore di certezza del diritto che è preminente rispetto alla ricerca della soluzione esegetica migliore o più corretta. E ciò sino al limite – per vero piuttosto oscuramente descritto – che si vorrebbe individuato dal sopravvenire di elementi "di contesto" che soli, mutando il quadro sistematico, si ritengono capaci di "giustificare l'operazione che consiste nell'attribuire alla disposizione un significato diverso"… »*.

[6] Corte costituzionale, 8/10/2012, n. 230. In questo senso, Corte di cassazione, Sez. I, 11/6/2003, n. 9363, afferma: «*Il contrasto della pronuncia di un giudice con i princìpi di diritto affermati in altre precedenti pronunce dello stesso giudice non comporta violazione del principio costituzionale di uguaglianza, il quale costituisce un vincolo per il legislatore ed un criterio di interpretazione della legge, ma non un vincolo – estraneo al nostro ordinamento – a conformarsi ai precedenti giurisprudenziali*». Si è, tuttavia, ritenuto che la riforma nel 2006 dell'art. 374 c.p.c. abbia, da ultimo, addirittura condotto alla «*codificazione del principio dello stare decisis*» (A. RICCIO, *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2006, 827).

[7] R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.,* 2017, 277, avverte che l'equivoca definizione di precedente nel nostro ordinamento si riferisce al principio di diritto che in esso si rinviene. Quanto impedisce l'analogia con gli ordinamenti di *common law*, nei quali il precedente «*esiste sempre con riferimento ad un caso concreto, dal quale non è possibile astrarre una regola, che non sia la regola di quel caso specifico*», mentre da noi «*si tende a riconoscere valore ad una pluralità di decisioni relative a vari e diversi casi concreti che fanno applicazione di un medesimo principio di diritto. In altre parole, è la "giurisprudenza costante" (o "l'orientamento dominante") a costituire il punto di riferimento, in termini di conferma autorevole circa l'interpretazione di una norma, formulata secondo una proposizione che prescinda il più possibile dai fatti di causa*» (E. CALZOLAIO, op. cit., 1017 e 1020). In questo senso anche M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018, 114, precisa che negli ordinamenti di *common law* «*il precedente non è rappresentato da un'astratta enunciazione in termini generali di una regola di diritto, ma dalle modalità con cui una regola giuridica è stata applicata a fatti concreti del singolo caso. In altri termini, è soprattutto l'applicazione della norma al caso di specie che costituisce l'oggetto della eventuale decisione successiva che segue il precedente* [sicché] *Il precedente non può consistere semplicemente nella astratta enunciazione di una regola di diritto, o*

Ciò che é reso ineludibile dall'esistenza di diversi istituti processuali che valgono ora ad accentuare il vincolo del precedente: l'art. 360-bis c.p.c. («*il ricorso è inammissibile … quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mu-*

---

nella interpretazione – ugualmente formulata in termini generali e astratti – di una regola di diritto, senza alcun riferimento alla situazione di fatto che è stata oggetto di decisione». Mentre, «*di regola i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza non includono i fatti che sono stati oggetto di decisione, sicché l'applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una regola generale*» (M. TARUFFO, *Precedente*, cit., 713). A impedire un semplicistico accostamento dell'*overruling* al recesso dalla giurisprudenza consolidata, vi è poi da considerare che, «*a parte il caso delle Sezioni unite, a costituire quella giurisprudenza non basta una sola decisione della corte. Ne occorrono più d'una tra loro conformi e senza dissenso rispetto ad altre, dissensi che mostrerebbero che la corte è ancora in istato di incertezza ... Correlativamente presso di noi (a differenza di quanto avviene in Inghilterra o in altri paesi di common law) per mutare giurisprudenza o fare il cosiddetto revirement non basta una sola decisione per sé, salvo che sia a sezioni unite ... quella decisione si considera di solito come l'inizio (di un processo) di mutamento che attende di essere confermato da successive decisioni*» (G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi",* in *Foro it.,* 1976, V, 129).

[8] Corte di cassazione, Sez. un., 6/11/2014, n. 23675: «*la salvaguardia dell'unità e della "stabilità" dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare … alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo. Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E, quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il "travaglio" che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale di queste sezioni unite civili con riguardo all'overruling in materia di interpretazione di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la "conoscenza" delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo medesimo. Certo alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi (nei limiti e nei termini dell'adeguamento suddetto) in certa misura "creativi", ed indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e "mera dichiarazione" (secondo l'utopia illuministica del giudice "bouche de la loi") ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione … Il problema della nomofilachia è in realtà proprio questo: garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione, soprattutto con riguardo a quella avente ad oggetto norme strumentali (come quelle processuali o comunque procedimentali). Ciò non impone automaticamente e necessariamente di ritenere che gli overruling in materia processuale debbano sempre essere evitati o sempre operare per il futuro, ma impone certamente al giudice innanzitutto di valutare* [se] *l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti"…*».

tare l'orientamento della stessa»), 363 c.p.c. («*Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi* [e] *La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito*») e 374 c.p.c. («*il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza* [e] *Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*»).

In un primo momento, la soluzione al problema della retroattività dell'*overruling* è stata affidata a una più permissiva applicazione dell'istituto della rimessione nel termine processuale[9]. Ciò che indub-

---

[9] Corte di cassazione, Sez. un., 17/10/2010, n. 14627: «*Alla luce del principio costituzionale del giusto processo, va escluso che abbia rilevanza preclusiva l'errore della parte la quale abbia fatto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata, al tempo della proposizione dell'impugnazione, giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, e che la sua iniziativa possa essere dichiarata inammissibile o improcedibile in base a forme e termini il cui rispetto, non richiesto al momento del deposito dell'atto di impugnazione, discenda dall'overruling; il mezzo tecnico per ovviare all'errore oggettivamente scusabile è dato dal rimedio della rimessione in termini, previsto dall'art. 184-bis cod. proc. civ. (ratione temporis applicabile), alla cui applicazione non osta la mancanza dell'istanza di parte, dato che, nella specie, la causa non imputabile è conosciuta dalla Corte di cassazione, che con la sua stessa giurisprudenza ha dato indicazioni sul rito da seguire, ex post rivelatesi non più attendibili*». In effetti, nella vigenza dell'art. 184-bis c.p.c, la prevalente giurisprudenza di legittimità, «*valorizzando la collocazione topografica della menzionata disposizione, la reputava inapplicabile ai poteri processuali interni a ciascun grado di impugnazione (appello e legittimità) così come ai poteri esterni a ciascun grado processuale e, segnatamente, ai termini per proporre impugnazione*» (E. D'ALESSANDRO, op. cit., 1479). Eppure, parte della dottrina già da tempo ne suggeriva l'estensione anche ai termini per proporre impugnazione, a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost. e 6 CEDU). Infatti, nell'*overruling* di una norma del processo, l'art. 184-bis c.p.c. «*viene in considerazione non già come una regola di dettaglio pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti, tipici, di natura materiale ed oggettiva, ma nella sua portata di precipitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia – coessenziale alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale – che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte, quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, le gravi conseguenze di un errore nella proposizione dell'impugnazione, indotto dalla stessa giurisprudenza di cassazione*» (Corte di cassazione, Sez. II., 2/7/2010, n. 15811). La regola giurisprudenziale ha poi indotto il legislatore a modificare la norma. La riforma processuale del 2009 ha, infatti, spostato la rimes-

biamente consentiva il perseguimento del risultato utile di evitare l'ingiustizia sostanziale di sanzionare con la decadenza scelte processuali conformi alla giurisprudenza consolidata.

Tuttavia, in questo modo «*si fingono errori e impedimenti inesistenti per rimanere fedeli a tutti i costi al principio della retroattività del mutamento di giurisprudenza*»[10].

Ma quella finzione era, inevitabilmente, inappagante a livello dogmatico, perché adeguava (fittiziamente) la realtà alla teoria, piuttosto che ripudiare apertamente il principio della retroattività dell'interpretazione della norma[11].

Indubbiamente, quella soluzione di carattere pratico aveva solo una lata somiglianza con la tecnica del *prospective overruling*[12].

In seguito, la Corte di cassazione ha invece affrontato il nodo dilemmatico «*tra il ritenere rituale (insuscettibile, quindi, di invalidazione ex post) l'atto compiuto nel vigore e in conformità alla precedente giurisprudenza, ed il considerarlo, invece, ora per allora, invalido, per difformità alla norma di riferimento come successivamente reinterpretata, con l'attivazione, in questo secondo caso, di meccanismi di tutela dell'affidamento che la parte abbia riposto in un pregresso diritto vivente di cui non fosse prevedibile il mutamento*»[13].

Fu subito evidente che «*La scelta tra le due soluzioni ruota intorno al nodo del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. overruling: che, a sua volta, incrocia le problematiche, di più ampio respiro, della funzione, meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa, riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione*

---

sione in termini dall'originario art. 184-bis c.p.c. (posto all'interno della disciplina della fase di trattazione del giudizio di primo grado) all'attuale art. 153 c.p.c., all'interno delle disposizioni generali del codice di rito, perché espressione di un principio più generale.

[10] R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.,* 2011, I, 3345, il quale sostiene, altresì, che «*sono venute meno le ragioni storiche che hanno sostenuto la negazione del carattere di fonte del diritto delle pronunce giudiziali. Passerà ancora del tempo prima che se ne rendano conto tutti, ma la direzione di marcia è segnata*» (ivi, 3346).

[11] R. CAPONI, *Il mutamento*, cit., 313: «*La semplice realtà è che il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione determina un effetto giuridico sopravvenuto, come l'intervento di un nuovo fatto rilevante, l'entrata in vigore di una nuova norma giuridica*».

[12] B. FICCARELLI, *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1004: «*mentre il prospective overruling è un nuovo orientamento che vale solo per il futuro, la rimessione in termini, al contrario, presuppone proprio che il nuovo orientamento sia applicato retrospettivamente*».

[13] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

dell'ordinamento giuridico e del discrimine tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa e novum ius; per coinvolgere, ancor più a monte, la definizione del ruolo del giudice nel sistema costituzionale di divisione dei poteri»[14].

Il secolare travaglio che ha accompagnato la gestazione della tecnica del *prospective overruling* nell'ordinamento nordamericano (la teoria dichiarativa di Blackstone[15] anche nella più attuale declinazione di Dworkin – a suggerire l'esistenza di «*a single right answer*» – che la concilia con la discrezionalità giudiziaria[16], la consapevolezza della dottrina realista che inevitabilmente in taluni casi il giudice agisce «*as a creative artist in the making of law*»[17], la difficoltà di conciliare il prin-

---

[14] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[15] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England,* 1808, 69. Quanto trova singolare consonanza, nella nostra dottrina più risalente, nell'affermazione di E.T. LIEBMAN, *Giudici legislatori?,* in *Riv. dir. proc.*, 1984, 760: «*La legge è legge, il giudice è soggetto alla legge e perciò non può completarla, e integrarla, ma solo applicarla, che vuol dire rendere esplicito e concreto ciò che è già contenuto nella sua astratta formulazione. L'efficacia puramente dichiarativa della sentenza non è una finzione, bensì la conseguenza naturale del fatto che la legge è efficace e obbligatoria indipendentemente dalle sentenze che le danno attuazione*». Ma, come avverte E. CALZOLAIO, op. cit., 1013, nel richiamo all'opinione espressa dal giudice Scott nella sentenza House of Lords, *West Midland Baptist (Trust) Association Inc v Birmingham Corporation* [1970] AC 874: «*É questione dibattuta da generazioni di studenti nelle università di tutto il mondo se i giudici nel rendere le loro decisioni creano diritto o semplicemente dichiarano il diritto esistente. Continuerà ad essere così. Non vi è una risposta unica è assoluta*». F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 85, avverte che il dilemma «*divide i giuristi sotto ogni latitudine. La divisione è presente – per quanto possa sorprendere – anche nei paesi di common law, ad onta del luogo comune secondo il quale al giudice sarebbe attribuita, in questi paesi, a differenza che nei paesi di civil law, la funzione di creare il diritto. È ben vero che, in quei paesi si è affermato fin dal Settecento, il primato della iurisdictio, con netta differenziazione rispetto ai paesi di civil law … Ma questo non significa, come erroneamente si ritiene, che ai giudici inglesi sia stato attribuito il potere di creare il diritto. Tutto all'opposto, in common law ha imperato, fin dalla sua settecentesca origine, la teoria nota come orthodox legal theory o declaratory theory, patrocinata dallo stesso Blackstone, il riconosciuto padre del common law …, secondo la quale il giudice, lungi dal creare il diritto, ne è "l'oracolo vivente": dichiara qual è la regola immanente nel sistema … A ben vedere, proprio la teoria dichiarativa dà ragione dello stare decisis, dell'efficacia vincolante del precedente giudiziario …, che non si giustificherebbe, per l'incompatibilità con la divisione dei poteri, se il principio di diritto vincolante fosse davvero creato dal giudice che lo ha pronunciato*».

[16] R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977. Al proposito, M. TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione,* in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni,* Milano, 2012, 124: «*La tesi dworkiniana della one right answer appare chiaramente come un'astrazione priva di rispondenza con quanto avviene nell'interpretazione del diritto, in particolare quando è il giudice a porla in essere: il giudice erculeo non esiste, e non esiste nessuna norma per la quale si possa configurare una sola soluzione corretta*».

[17] J. MCCAULEY LANDIS, *Statute and the Source of Law*, in *Harvard J. Legis*, 1965, 7. Come riferisce B. FICCARELLI, op. cit., 1001, appartiene anche alle più recenti acquisizioni della nostra

cipio costituzionale della separazione dei poteri con lo standard della irretroattività che definisce un ordinamento come giusto alla stregua delle c.d. *tick' theories* della *rule of law*[18], a evitare il paradosso di Bentham di una giurisprudenza che si fa norma *ex post facto*[19]) si è, dunque, riproposto, tal quale, nel nostro ordinamento[20].

---

dottrina la consapevolezza che «*la giurisprudenza riveste oramai un ruolo cruciale in ordine alla costruzione dell'ordinamento giuridico tanto da essere formante e, se non fonte di norme, fonte non formale di diritto, svolgendo innegabilmente un compito fondamentale che non si limita ad interpretare un diritto già interamente formato, ma contribuisce alla sua stessa formazione, sicché il diritto è sempre anche diritto giurisprudenziale*». In questo senso, R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279, sostiene che: «*Non si vuol certo negare che l'attività interpretativa del giudice debba svolgersi nell'ambito della legge, e quindi nel rispetto dell'art. 101, 2° comma, Cost. È tuttavia impossibile non riconoscere anche nel nostro sistema una funzione creativa della giurisprudenza, quanto meno – ma non solo – in tutti i campi nei quali il legislatore opera attraverso clausole generali (o norme elastiche), perciò stesso suggerendo che sia l'interprete a specificare di volta in volta il contenuto del precetto legale che deve essere attinto dal patrimonio dei valori sociali*». Analogamente, M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, 1991, 12 afferma: «*Non sembra dubbio che nessuna norma abbia in sé un solo significato o un solo significato "esatto", e che al contrario l'interpretazione sia opera necessariamente creativa nella quale il prodotto (ossia il significato che viene assegnato alla norma) dipende dalle scelte dell'interprete*». Così anche M. GABOARDI, op. cit., 437, sostiene «*l'indiscussa estraneità della giurisprudenza al sistema delle fonti del diritto e* [il] *conseguente disconoscimento di ogni funzione propriamente creativa in capo alla pronuncia giudiziale, quantunque* [riconosca che] *ogni opera interpretativa della norma scritta ne produca, quasi inevitabilmente, una precisazione o modificazione nella portata precettiva, così da innovare in misura maggiore o minore, anche l'incidenza della regola sulla decisione del caso concreto*», e spiega che l'attitudine creativa della giurisprudenza «*consegue, per l'appunto, alla individuazione di quella portata precettiva della norma che possa dirsi – per lo meno in un dato momento storico – coerente con il sistema giuridico di appartenenza della norma e altresì con il sistema di valori sociali ad esso sotteso*» (M. GABOARDI, op. cit., 445).

18 L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1962.

19 J. BENTHAM, *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, Londra, 1823.

20 S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1: «*Oggi è universalmente diffusa la consapevolezza che l'attività interpretativa della giurisprudenza racchiude in sé ineliminabili momenti di creazione del diritto*». Allo stesso modo, G. FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.,* XXXIV, Milano, 1985, 741: «*Che gli effetti che il giudice enuncia come disciplina del rapporto giudicato debbano essere ricavati dalla norma giuridica oggettiva che funziona da metro unico (salvi i casi di decisione di equità) della giustizia del contenuto della sentenza é dato che nel nostro ordinamento non ha bisogno di dimostrazione; d'altro canto, non ha bisogno di dimostrazione neppure il dato per cui l'atto interpretativo concreto, nella sua necessaria dimensione sistematica e storica, ha un insopprimibile portata che – se si vuole – si può anche chiamare creativa*». Come riferisce C. PUNZI, *Il ruolo*, cit., 1341: «*La norma, lungi dallo esaurirsi nella nuda lettera del testo legislativo …, ha valore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante ed è destinata a passare ed a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire*». Quanto corrisponde al pensiero di E.T. LIEBMAN, op. cit., 756, che, interrogandosi sulla natura creativa della interpretazione giurisprudenziale, così scrive: «*Dal punto di vista sociologico, filosofico e politico e nella visione dell'uomo laico e dell'uomo*

Non sorprende, dunque, che anche la Corte di cassazione si sia interrogata sulle dinamiche evolutive del diritto vivente[21] e sul ruolo attivo svolto dalla giurisprudenza nel raccordare i princìpi sociali in interrotto mutamento con la legislazione spesso disallineata dalla società[22], secondo il modello di Calabresi[23], nel quale i giudici si fanno interpreti

---

della strada, la risposta è: sì, nell'atto giurisdizionale c'è sempre qualche cosa, più o meno rilevante, che non c'è nella legge, a cominciare dalla concretezza della regola che viene enunciata e poi fino alle scelte più o meno numerose che la pronuncia dell'atto ha richiesto. Ma dal punto di vista giuridico le cose stanno in tutt'altro modo, perché il punto di vista giuridico non può prescindere dall'elemento formale e perciò la pronuncia del giudice consiste soltanto nel rendere esplicito, manifesto e concreto ciò che era già contenuto nella formulazione legislativa. E l'elemento formale non è affatto quel vecchiume inutile e ingombrante [da] *buttare nella pattumiera della storia*». In questo modo volendo egli contrastare l'opinione di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 82, di un giudice che dovrebbe cautamente attingere all'audacia del creazionismo giudiziario a superare una più rassicurante cautela conservatrice. Questo tema è inevitabilmente connesso con quello degli effetti nel tempo dell'interpretazione, che per sua natura «*è necessariamente dichiarativa di una regola posta altrove e perciò, naturalmente e innegabilmente, retroattiva*» (G. RUFFINI, op. cit., 1397). Quanto corrisponde anche al pensiero di G. VERDE, op. cit., 6: «*Se per regola si intende la norma che, nel caso concreto, è stata estratta dalla giurisprudenza, questa può ben essere cambiata, ma, in tal caso, restando immutato il testo della legge, il mutamento della regola non può che essere ricondotto al testo medesimo, di cui costituisce e non può non costituire ab origine estrinsecazione*».

21 Si vuole con ciò definire «*il consolidarsi della interpretazione di un testo legislativo ad opera di un costante orientamento giurisprudenziale*» (M. CAVINO, *Diritto vivente*, in *Dig. Pubbl.*, Agg. 2010, 134). Come scrive L. MENGONI, *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 151: «*negli ordinamenti di civil law il precedente costituito dalla giurisprudenza consolidata non ha la qualità di fonte del diritto, ma nemmeno una mera autorità di fatto (o morale). In quanto si è formato sulla base di una valutazione intersoggettiva, che ne ha riconosciuto la coerenza col sistema giuridico e quindi l'universalizzabilità, esso ottiene un'autorità istituzionale che lo introduce nei processi di concretizzazione del diritto come argomento ab auctoritate di grande peso ancorché non vincolante*». Sicché, è nel valore giuridico che gli è riconosciuto da Corte costituzionale, 21/11/1997, n. 350: «*pur essendo indubbio che nel vigente sistema non sussiste un obbligo per il giudice di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di Cassazione (salvo che nel giudizio di rinvio), è altrettanto vero che quando questi orientamenti sono stabilmente consolidati nella giurisprudenza – al punto da acquisire i connotati del "diritto vivente" – è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte*».

22 C. PUNZI, *Il ruolo*, cit., 1338: «*nel venire a considerare più in particolare come si atteggia il precetto di legge rispetto al giudizio attuale del magistrato, ci si avvede, innanzi tutto, che tale precetto si presenta come un passato. Ed è un passato sotto due profili. Innanzi tutto, perché è una creazione del legislatore, realizzatasi in un tempo trascorso, e rappresenta quindi cronologicamente un atto passato. E inoltre, e soprattutto, perché coerente con una realtà sociale e, talvolta, con un quadro costituzionale ormai passati, conseguenza necessaria della naturale adeguatezza storica della legge*».

23 In questo senso, M. GABOARDI, op. cit., 450, afferma che nei sistemi di *civil law* «*la giurisprudenza può vantare un potere assai più limitato nella valutazione degli interessi socioeconomici non (ancora) positivizzati*

delle istanze sociali di cambiamento della norma (assolvono cioè all'indispensabile funzione omeostatica dell'ordinamento), aggiornando la norma attraverso la sua interpretazione evolutiva[24], senza tuttavia travalicare il limite tra la giurisdizione e la legislazione.

Si legge, infatti, nella storica sentenza n. 15144/2011: «*La suitas della norma giuridica sta poi nella sua struttura ternaria, essendo in essa individuabile un significante (l'insieme, cioè, dei frammenti lessicali di che si compone), un significato, o più possibili significati (e, cioè, il contenuto precettivo, in termini di comando-divieto-permesso, che il significante esprime) ed un giudizio di valore (di avvertita positività, cioè, di un dato bene-interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività)* [e] *In ragione, appunto, di tale collegamento tra norma giuridica e valore (che segna il discrimine tra legge fisica o di natura e il diritto come legge assiologica), ed anche del suo inevitabile porsi come elemento (di settore) di un sistema ordinamentale, la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta, ex se, a dinamiche evolutive. Nel senso che, nel tempo, essa è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale … viene in rilievo, infatti, la considerazione che l'interesse dalla norma protetto – per la sua insopprimibile connotazione dinamica legata al suo esprimere una tensione della collettività verso un bene della vita – non può evidentemente restare imprigionato nella gabbia del testo della regola iuris, ma di questa invece costituisce l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi. Vale a dire che – entro il limite ovviamente già sottolineato di tolleranza ed elasticità del significante testuale – la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale*»[25].

---

dall'ordinamento. Quando, infatti, l'attività giurisprudenziale è circoscritta al riconoscimento, nel caso concreto, della esistenza di un diritto soggettivo (già tutelato in generale dall'ordinamento positivo), la sua funzione finisce per esaurirsi nella corretta individuazione della portata precettiva della norma invocata e nella sua conseguente corretta applicazione nel caso concreto. Di talché, la scelta di discostarsi da un indirizzo interpretativo appare ragionevole se la sua applicazione finisce per palesare una sopravvenuta incoerenza rispetto al sistema legislativo vigente ovvero rispetto alla finalità complessivamente perseguita dal legislatore».

[24] G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982.

[25] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

In ciò vi erano tutti gli elementi per ricondurre l'*overruling* evolutivo all'*ars inveniendi*[26]; a escludere dunque il creazionismo giudiziale[27].

La Corte di cassazione ha, quindi, statuito che il «*diritto vivente è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il "diritto vivente" esiste al momento – ma non (solo) per effetto – della interpretazione dei giudici*»[28].

Tuttavia, il giudice della nomofilachia ha, altresì, avvertito che «*Diversa dalla esegesi evolutiva è invece l'interpretazione "correttiva". Con la quale il giudice torna direttamente sul significante, sul testo cioè della disposizione, per desumerne – indipendentemente da vicende evolutive che l'abbiano interessata – un significato diverso da quello consacrato in un una precedente esegesi giurisprudenziale*»[29].

Quanto conduce, ogniqualvolta l'*overruling* sia correttivo, a differenziare il diritto esistente al momento dell'azione («*transaction-time law*») da quello sopravvenuto nel momento della decisione («*decision-time law*»)[30]: il punto di arrivo della lenta emancipazione (per vero non ancora completa) della giurisprudenza nordamericana dalla teoria dichiarativa di Blackstone (finalmente svelata per quello che in realtà è: «a *childish fiction*»[31]).

---

[26] Nel senso di F. GALGANO, op. cit., 84.

[27] C. CONSOLO, *Le sezioni unite,* cit., 3169: «*L'approdo delle Sezioni Unite presuppone il rifiuto ... dell'equiparazione dell'overruling allo ius superveniens. Questa suggestione – secondo cui, soprattutto nel sistema della CEDU ed in particolare del suo art. 6, bisognerebbe equiparare il formante giurisprudenziale ... al formante legislativo – viene in radice disattesa dalle Sezione Unite ... Il nostro sistema costituzionale – ed in particolare l'art. 101 Cost. – non tollera la postulata sovrapposizione tra funzione legislativa e funzione giudiziale; e ciò ancorché qualsiasi decisione giudiziale sia ascrizione del senso ad un progetto normativo, e quindi nella sostanza abbia un certo grado di innovatività ... La tesi della dichiaratività di ogni pronuncia giurisprudenziale va dunque tenuta ferma (pur se entro certi limiti risulta una consapevole e benefica fictio): ogni pronuncia giurisprudenziale vale nell'ordinamento come dichiarativa, anche se fatalmente ha un portato innovativo*».

[28] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[29] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[30] R. RORDORF, *Stare decisis*, cit., 284, lamenta la «*evidente inadeguatezza che mostra qui la finzione secondo cui, non avendo il dictum del giudice altro compito che quello di rendere esplicito ed attuale un precetto che soltanto nella legge si suppone possa risiedere, l'abbandono dell'orientamento giurisprudenziale precedente starebbe solo a significare che la norma era stata fin lì fraintesa, sicché la nuova interpretazione giurisprudenziale altro non farebbe che correggere un precedente errore per far finalmente emergere il vero significato che la norma sin dall'inizio aveva*».

[31] J. AUSTIN, op. cit., 321.

Sicché, le Sezioni unite hanno affermato che, «*nel caso, in particolare, che la overruling correttiva interessi una norma processuale, è difficile sfuggire allora alla conseguenza che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da essa tenuto, in conformità all'orientamento ovveruled, risulti – ora per allora – non rituale, "inidoneo per effetto appunto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale"…*»[32].

Anche in questo caso giungendo a conclusioni non dissimili da quelle maturate nella dottrina statunitense del *prospective overruling*, che appunto distingue l'evoluzione incrementale della norma[33] (che non interrompe il *continuum* spazio-temporale dell'ordinamento, non è dunque imprevedibile e non pone quindi un problema di retroattività della giurisprudenza da gestire attraverso la tecnica del *prospective overruling*) da quella rivoluzionaria, che é invece sempre un elemento di rottura dell'evoluzione incrementale della regola giuridica, disattende dunque le legittime aspettative di chi ha agito in coerenza con la vecchia giurisprudenza e perciò richiede di edulcorare gli effetti sovversivi della nuova giurisprudenza attraverso la selezione dei rapporti che è necessario (a evitare che la sentenza corretta sia nondimeno ingiusta) assoggettare alla anacronistica regola giurisprudenziale[34].

Non convince, dunque, la critica che autorevole dottrina ha mosso alla sentenza proprio in relazione alla distinzione dei «*due fenomeni di evoluzione della giurisprudenza … fra loro assolutamente diversi, ed a fronte dei quali le parti del processo … dovrebbero virtuosisticamente sapersi regolare in termini diversi*»[35].

Quella differenziazione costituisce, semmai, il punto più elevato della sentenza, che si congiunge agli approdi della dogmatica statunitense, che – in una versione realista della teoria dichiarativa di Blackstone[36]– distingue, appunto, tra l'evoluzione incrementale della regola giurisprudenziale (*ars inveniendi*) e il sovvertimento rivoluzionario del pre-

---

[32] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144: «*sul piano del sindacato di legittimità è possibile non di meno ipotizzare che l'interpretazione di una disposizione muti nel tempo in ragione del diverso contesto normativo in cui si innesta e che quindi ci sia parimenti una modulazione diacronica del suo significato precettivo senza che ciò smentisca la natura meramente dichiarativa dell'interpretazione della legge fatta dalla giurisprudenza*».

[33] Corte di cassazione, Sez. un., 20/6/2012, n. 10143.

[34] J.E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1104 e 1105.

[35] C. CONSOLO, *Le sezioni unite,* cit., 3171.

[36] W. BLACKSTONE, op. cit., 69.

cedente (*ars combinatoria*)[37], e nega la retroattività dell'interpretazione della norma (*prospective overruling*) solo a fronte di sentenze che rompono il *continuum* dell'evoluzione darwiniana della giurisprudenza e definiscono un nuovo precetto, sebbene senza attingere al creazionismo giudiziale, tuttavia assegnando a un concetto giuridico indeterminato un nuovo significato (attraverso l'interpretazione valutativa che la norma consente[38]), nemmeno fatto presagire da fattori di discontinuità sociale (il disallineamento del diritto vivente dai princìpi sociali) e giuridica (le *dissenting opinions* dei giudici della nomofilachia)[39].

Conseguentemente, nel caso di *overruling* rivoluzionario, la Corte di cassazione, a evitare l'ingiustizia sostanziale di una norma processuale sopravvenuta («*decision-time law*») che modifica le regole del giudizio quando l'azione richiesta dal processo è già stata compiuta[40], ha infine

---

[37] R. ROLLI, op. cit., 603, sostiene, invece, che «*probabilmente anche la cd. ars combinatoria, con la quale il giudice media tra l'ordinamento giuridico e realtà sociale ed economica, che ne guida l'interpretazione evolutiva più all'avanguardia, nella quale si deve riconoscere il tratto della creatività umana, è inclusa nella funzione giurisdizionale*». In questa diversa prospettiva, il giudice non svolge un'attività integrativa della norma e dunque non esercita una funzione normativa, neppure negli sviluppi della regola giurisprudenziale che creano un momento di discontinuità nell'evoluzione incrementale dell'ordinamento giuridico.

[38] V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 77.

[39] In questa prospettiva, non convince dunque la critica di F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, op. cit., 1404, nella loro affermazione che «*la distinzione di cui sopra … muove da un presupposto culturalmente obsoleto e teoricamente insostenibile: secondo il quale le parole (e le disposizioni con esse formulate) conterrebbero in sé stesse uno o più significati "veri", a contenuto costante, capaci dunque di evocare sempre certe realtà, in qualunque momento e contesto le parole stesse vengano invocate*». Altro è il senso di quel distinguo: talune modifiche della giurisprudenza sono evolutive (epperciò prevedibili) e altre discontinue (in quanto tali imprevedibili). Ciò che non contraddice l'acquisizione che «*quando si attribuisce un nuovo significato ad un termine vago, l'area semantica del termine vago viene alterata: attraverso un'operazione che ben poco ha a che vedere con l'accertamento, consistendo piuttosto in una modificazione dello stato quo ante:* [la] *riformulazione dei confini di un termine con l'aggiunta di elementi presenti nell'esperienza e che in nessun modo si potevano dire prima contenuti nel termine stesso*» (F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, op. cit., 1405). Tuttavia, non pare che in ragione di ciò si debba escludere che «*sia prevedibile un atto che … non è né automatico né scontato* [perché] *Il difensore può anticipare le evoluzioni culturali della società, ma … non è in grado di anticipare i mutamenti indotti dalla sensibilità o dalla cultura di un singolo giudice o di un collegio*» (F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, op. cit., 1406). E, quindi, non si può nemmeno accettare la conclusione che «*se uno, basandosi sul criterio dei precedenti, nel caso specifico sbaglia previsione, la sua azione appare sicuramente sostenuta da una evidente buona fede oggettiva*» (F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, op. e loc. ult. cit.). Quanto indurrebbe, irrealisticamente, a escludere il problema della retroattività dell'*overruling*.

[40] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144: «*se è pur vero che una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi contra legem, non può, per la con-*

concluso che qualora venga in rilievo «*un problema di tempestività dell'atto (sussistente in base alla giurisprudenza overruled, ma venuta meno in conseguenza del successivo mutamento di esegesi della regola di riferimento), il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività … della preclusione derivante dall'overruling nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa*»[41].

Ciò che indubbiamente (nell'affermazione della «*esclusa operatività … della preclusione*») introduce nel nostro ordinamento la tecnica del *prospective overruling*[42], a proiettare nel futuro gli effetti della sentenza che interpreta la norma in modo correttivo, così da consentire di definire i processi in corso con la regola legale dichiarata dalla giurisprudenza consolidata all'epoca in cui la scelta processuale fu, in buona fede, fatta («*transaction-time law*»).

Quanto consegue, nel ragionamento della Corte di cassazione, al disvelamento della «*consapevole e benefica fictio*»[43] (altrove la si è definita «a *childish fiction*»[44]) della natura dichiarativa della funzione giurisdizionale (il giudice «*bouche de la loi*»[45]), come riassunta nella storica affermazione di Blackstone: «*the decisions of courts of justice are the*

---

traddizione che non lo consente, essere considerata la lex temporis, vero è però anche che, sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme».

[41] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[42] R. CAPONI, *Retroattività*, cit., 3347, sostiene che a consentire la limitazione della retroattività della sentenza è il principio costituzionale del giusto processo, perché «*in questo caso non vi è una regola legislativa che si interpone tra principio costituzionale e fatto, impedendo al primo di disciplinare il secondo direttamente*». Vi è, piuttosto, un contrasto tra princìpi (la retroattività dell'interpretazione giudiziale della norma e il giusto processo), che deve essere risolto, di volta in volta, in relazione alla concreta vicenda controversa. Di contro, G. RUFFINI, op. cit., 1401, sostiene che «*Non appaiono … conformi ai principi costituzionali del giusto processo regolato dalla legge (art. 111 Cost.) e dell'assoggettamento del giudice soltanto a quest'ultima (art. 101 Cost.) né la negazione del carattere retrospettivo ed in questo senso retroattivo dell'interpretazione giudiziale delle norme processuali, né l'asserito carattere vincolante che, nei processi in corso, dovrebbe promanare dai precedenti giudiziari relativi all'interpretazione di norme processuali, i quali non possono vincolare il giudice e meno che mai l'organo investito del compito di assicurare l'esatta osservanza della legge, ivi compresa quella regolatrice del giusto processo*».

[43] C. CONSOLO, *Le sezioni unite,* cit., 3169. C. VANZ, op. cit., 1084, analogamente sostiene che la nuova tecnica del *prospective overruling* «*allenta una finzione resa in rigoroso omaggio a categorizzazioni passate, in parte superate, con l'occhio pragmatico di chi è attento a considerare lo stato reale delle cose*».

[44] J. AUSTIN, op. cit., 321.

[45] C.L. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Parigi, 1748, Libro 11, Capitolo VI.

evidence of what is common law»[46]. Ed è, perciò, che la convergenza dei due giudici supremi sulla tecnica del *prospective overruling* era inevitabile, per conformare, in entrambi gli ordinamenti giuridici (diversi ma per certi versi uguali), il diritto alla giustizia[47]. Ciò che è, ovunque, necessario a evitare l'ossimoro di un *summum ius, summa iniuria*.

4.2. Il travisamento del modello originario.

L'adesione della Corte di cassazione alla tecnica del *prospective overruling* tradisce l'originario modello nordamericano sotto tre aspetti: (i) è applicabile solo alle norme processuali[48]; (ii) ne demanda

---

[46] W. BLACKSTONE, op. cit., 69.

[47] Per una ricognizione dell'uso della tecnica del *prospective overruling* in materia processuale all'interno del nostro ordinamento, si rinvia alla relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione 29/3/2011, n. 31, dal titolo «*L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*», nella quale si è voluto dare una risposta al seguente quesito di diritto: «*Quale rimedio è ipotizzabile (ove lo sia), nell'ambito del sistema processuale, rispetto al verificarsi di un mutamento giurisprudenziale sull'interpretazione e sull'applicazione di una norma regolatrice del processo che affermi l'esistenza, in precedenza esclusa, di una decadenza od una preclusione in danno di una parte del giudizio? Può esso rinvenirsi nell'istituto della rimessione in termini (attualmente regolato dall'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ.) per l'esercizio del potere (inteso in termini più generali) dal quale si è decaduti? Oppure è necessario, o quantomeno opportuno, rivolgersi ad altro meccanismo di tutela consentito dall'ordinamento?*».

[48] M. CONDORELLI – L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.* 2018, riferiscono che, «*Secondo parte della dottrina tedesca, l'affidamento nell'interpretazione giurisprudenziale assumerebbe rilevanza giuridica solo qualora abbia a oggetto una regola processuale: nell'interpretare e applicare la regola sostanziale, il giudice decide su un rapporto rispetto al quale è terzo; al contrario, nell'applicare la regola processuale, il giudice modella la propria relazione con il cittadino. Egli sarebbe, quindi, tenuto a comportarsi secondo buona fede e a non modificare unilateralmente e repentinamente la disciplina di tale rapporto*». G. COSTANTINO, op. cit., 1074, sostiene che «*gli improvvisi ed imprevedibili mutamenti di giurisprudenza nella interpretazione di disposizioni processuali sono un fenomeno abnorme, che si è manifestato soltanto nell'ultimo periodo, nel corso di una stagione che si spera conclusa; la reazione ai devastanti effetti di questo aberrante fenomeno va ricercata soprattutto nell'evitare che si ripetano; la strada percorribile non può essere quella di legittimarli*». E, invero, uno degli effetti del *prospective overruling* è stato di agevolare il superamento del precedente (R.H.S. TUR, *Time and Law,* in *Oxf. J. Leg. Stud.,* 2002, 472). Quanto nell'esperienza nordamericana è stato, piuttosto, apprezzato come valore positivo (G. CALABRESI, op. cit.). Ciò ad aggiornare, però, l'interpretazione della norma di diritto sostanziale, piuttosto che a modificare le regole del processo. Difatti, come riferisce A. VILLA, op. cit., 59, nella giurisprudenza nordamericana «*la tecnica del prospective overruling è usualmente riferita al bilanciamento di interessi che è tipico del diritto sostanziale, volto a regolare in via primaria i rapporti tra consociati*». E, infatti, anche da noi si ritiene che nel diritto sostanziale, «*in riferimento alla interpretazione delle clausole generali ed alla determina-*

l'applicazione alle giurisdizioni di merito e, dunque, a un giudice differente da quello che ha modificato l'orientamento giurisprudenziale consolidato; (iii) realizza gli effetti di una rimessione nel termine processuale, già consentita dal codice di rito.

Quantunque il riferimento concettuale sia quello della Corte Suprema, le varianti al modello originario ne fanno una tecnica del tutto differente[49].

La Corte di cassazione condivide tutte le principali acquisizioni dogmatiche che hanno indotto gli ordinamenti di *common law* ad aderire alla tecnica del *prospective overruling*: la consapevolezza della natura evolutiva della giurisprudenza, che tuttavia non travalica la funzione dichiarativa dell'attività giurisdizionale, eppure aggiorna il precetto scritto ai princìpi sociali in continua evoluzione, per soddisfare il bisogno di cambiamento nella continuità («*continuity and change*»), che definisce l'evoluzione incrementale del *common law* attraverso il principio «*like cases should be treated alike*», ma ammette altresì alcuni passaggi evolutivi rivoluzionari che segnano inevitabilmente un elemento di discontinuità tra la norma esistente al momento dell'azione («*transaction-time law*») e quella sopravvenuta all'epoca della decisione («*decision-time law*»), così da rendere ineludibile il problema della retroattività della regola giurisprudenziale[50].

Tuttavia, il risultato concreto cui essa giunge (evitare una decadenza

---

zione dei poteri del giudice in materia, é fisiologica e doverosa l'evoluzione giurisprudenziale e l'adeguamento ai valori sociali ed economici» (G. COSTANTINO, op. cit., 1075).

[49] D. NOVIELLO, op. cit., 248: «*la Corte ha intrapreso un complesso e delicato percorso di elaborazione dei caratteri delle varianti interne, che rispetto alle figure originarie finiscono per conservare solo l'assonanza*».

[50] G. SORRENTI, op. cit., afferma che «*l'art. 101 Cost. nella sua lettura più avveduta e consapevole, va declinato preferibilmente in negativo (per ciò che vieta al giudice di fare), non consentendogli di prescindere dal riferimento testuale nelle sue argomentazioni, che in positivo (per il modo invece in cui gli impone di agire), prescrivendogli viceversa di non trarre la sua decisione aliunde rispetto alla fonte legislativa*». E su questo presupposto critica la sentenza perché «*Ribadire che la sentenza, per quanto volta a sovvertire una giurisprudenza consolidata, non possa essere equiparata allo jus novum non equivale dunque a negare le componenti innovative dell'interpretazione giudiziale relegandola a mero atto di invenzione (in senso etimologico) ovvero di scoperta di contenuti preesistenti nella formula normativa e lascia perciò del tutto impregiudicata la questione della natura discrezionale (o nelle posizioni più esasperate senz'altro libera) dell'attività giurisdizionale e correlativamente (trasponendo la questione stessa sul piano dell'autore di tale attività) quella del soggettivismo dell'interprete*». Così che, «*Il mutamento degli indirizzi interpretativi dominanti non è dunque solo il portato della dinamica giuridica legata alla trasformazione degli interessi e al sopraggiungere di nuovi atti normativi (aspetto diacronico), ma anche di un ineliminabile e non occultabile momento di scelta dell'interprete tra più norme più o meno plausibili (aspetto sincronico)*».

processuale in danno di chi ha agito in adesione a una giurisprudenza consolidata) è nulla di diverso da quello perseguibile attraverso la piana applicazione di una norma processuale (art. 153 c.p.c.)[51], e non attinge all'eccezionale potere del giudice della nomofilachia di mediare tra il principio di legalità e la certezza del diritto, per selezionare quali rapporti giuridici assoggettare alla nuova regola giurisprudenziale e quali, invece, definire facendo applicazione della giurisprudenza anacronistica (perché non adeguata ai nuovi princìpi sociali) e, talvolta, persino errata, per evitare di tradire le legittime aspettative di chi in buona fede si fosse adeguato alla consolidata interpretazione della norma[52].

Insomma, le coordinate di riferimento sono quelle della giustizia proattiva (la funzionalizzazione del processo al miglioramento della disciplina legale di una fattispecie inserendo la giurisprudenza in un dialogo continuo con il legislatore, a migliorare il benessere legale in riscontro ai princìpi sociali in ininterrotta evoluzione[53], secondo il modello darwiniano di Eisenberg[54]), ma il risultato concreto è assai più modesto: evitare che l'equivocità della norma e l'incertezza della sua interpretazione inducano un soggetto in buona fede in decadenze processuali, di cui egli non è affatto responsabile[55].

Donde, l'ingannevolezza del riferimento concettuale al modello nordamericano di gestione degli effetti nel tempo di una sentenza che sconvolge, inaspettatamente, la giurisprudenza consolidata, seguendo imprevedibili percorsi interpretativi, non anticipati da segnali di discontinuità[56].

---

[51] D. NOVIELLO, op. cit., 255, sostiene, invece, che «*lo strumento per attuare tale tutela è diverso, a seconda che il nuovo convincimento riguardi la forma di un atto ovvero la tempestività del suo compimento; nel primo caso, lo strumento di tutela è individuato nella rimessione in termini; nel secondo, nella esclusione dell'operatività della preclusione derivante dall'overruling*».

[52] R. CAPONI, *Il mutamento*, cit., 311, ritiene tuttavia che la rimessione nel termine sia una «*vera e propria finzione*», a nascondere il fatto che il giudice in realtà disapplica il nuovo principio di diritto affermato nell'*overruling*. Di contro, G. VERDE, op. cit., 6 e G. RUFFINI, op. cit., 1390, ritengono che sia proprio la rimessione nel termine la risposta adeguata a evitare la lesione dell'affidamento riposto sulla vecchia giurisprudenza.

[53] C. PUNZI, *Il ruolo*, cit., 1342: «*la norma, lungi dallo esaurirsi nella nuda lettera del testo legislativo, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante ed è destinata a passare ed a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire*».

[54] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 126.

[55] R. CAPONI, *Retroattività*, cit., 3347, spiega che «*si fingono errori e impedimenti esistenti per rimanere fedeli a tutti i costi al principio della retroattività del mutamento di giurisprudenza*».

[56] Quei segnali di discontinuità, che nell'ordinamento statunitense si leggono nella giuri-

4.3. I dubbi nella dottrina.

Com'è a suo tempo accaduto oltreoceano, anche da noi la condivisione pressoché unanime del bisogno (di evitare di applicare retroattivamente una regola giurisprudenziale di nuovo conio a una lite in corso) avvertito dalla giurisprudenza[57], ha, tuttavia, innescato un acceso dibattito in dottrina sull'individuazione dello strumento più adeguato per perseguirlo (la rimessione automatica nel termine processuale/la disapplicazione della norma da cui discende la decadenza), ma soprattutto sull'individuazione del fondamento costituzionale del potere del giudice di modulare gli effetti nel tempo di una sua innovativa interpretazione della vigente norma processuale[58].

---

sprudenza della Corte Suprema attraverso le «*dissenting opinion*s» di alcuni dei suoi giudici, sono rintracciabili nel nostro ordinamento nella dottrina. In questo senso, Corte di cassazione, Sez. un., 12/10/2012, n. 17402 sostiene che «*per overruling deve intendersi il mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione di una norma giuridica o di un sistema di norme dal carattere, se non proprio repentino, quantomeno inatteso o privo, comunque, di preventivi segnali anticipatori sul suo manifestarsi; segnali che possono essere quelli di un, pur larvato, dibattito dottrinale o di qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema oggetto di indagine*». Quanto segna un momento di discontinuità con la giurisprudenza amministrativa, incline piuttosto ad affermare che «*Il riconoscimento dell'errore scusabile e la conseguente rimessione in termini presuppongono uno stato di incertezza per la oggettiva difficoltà di interpretazione di una norma, per la particolare complessità della fattispecie concreta, per contrasti giurisprudenziali esistenti o per il comportamento non lineare dell'Amministrazione, idoneo a ingenerare convincimenti non esatti o comunque errore non imputabile al ricorrente*» (Consiglio di Stato, sez. V, 13/5/2011, n. 2892).

[57] F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, op. cit., 1398: «*Il dibattito si è sviluppato con velocità e, salvi i diversi percorsi e certe sordità della Suprema Corte, con una buona univocità valoriale, ossia coralmente nel senso di evitare, se non lo sconcerto, almeno il finale pregiudizio*». Il presidente della Suprema Corte, nel 2011, introducendo un incontro di studi dal titolo: «*Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*», si è così espresso: «*vi sono vari strumenti tecnici su cui non intendo soffermarmi, ma una cosa è certa: l'esigenza di salvaguardare la buona fede sulle regole del gioco appare ineludibile ed è un'esigenza di equità e giustizia sostanziale*».

[58] C. PUNZI, *La Cassazione*, cit., 579: «*solo se si ritiene che la giurisprudenza innovativa costituisce una vera e propria fonte di diritto, dal che consegue che la nuova interpretazione della norma deve essere considerata alla stessa stregua della norma processuale sopravvenuta, si può giungere alla conclusione che, per la regola tempus regit actum, le norme create dalla giurisprudenza evolutiva non possono operare che nel futuro e per il futuro e cioè che, come sancisce l'art. 25 Cost. a proposito delle leggi penali, sono applicabili solo per gli atti posti in essere in epoca successiva all'entrata in vigore del nuovo precetto normativo. Ma, per giungere a siffatta conclusione si dovrebbero introdurre nel nostro sistema giuridico istituti che sono apparsi solo in altri ordinamenti*». Tuttavia, W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1933-1934, 59, ritiene che se l'*overruling* disponesse solo per il futuro «*si esorbiterebbe dall'àmbito del diritto giudiziario vero e proprio e si verrebbe a creare una categoria di sentenze molto simili agli arréts de règlements francesi*». Quanto a evidenziare il contrasto del *prospective overruling* con il principio di

Inevitabilmente, il dibattito è ricaduto sul dogma della natura dichiarativa dell'interpretazione della legge e dell'assoggettamento del giudice alla legge nel rispetto del principio codificato dall'art. 101 Cost.[59].

Eppure, Cardozo avvertiva già un secolo fa che l'adesione alla tecni-

---

separazione dei poteri. Di contro, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, 729, riduce la problematica al difetto di una norma processuale che consenta espressamente l'importazione di quella tecnica nel nostro ordinamento. Egli, infatti, afferma al proposito della «*efficacia nel tempo della norma che costituisce il precedente... come al carattere di meta-fonte che di esso è proprio consegua la sua natura dichiarativa e pertanto retroattiva, che* [è] *propria delle norme di interpretazione, anche quando siano prodotte da altre fonti*», eppure ritiene che il problema avvertito dalla giurisprudenza statunitense «*sussiste anche con riferimento all'ordinamento italiano per cui non dovrebbe essere trascurata l'eventualità di introdurre qualche rimedio del genere in via di riforma legislativa*».

[59] M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 830: «*l'art. 101, comma 2, Cost. dispone la soggezione del giudice non già alle norme, bensì alla legge in senso stretto, ossia agli atti della rappresentanza – nonché dei soggetti ai quali questa abbia legittimamente conferito delega di esercizio della funzione legislativa – dal momento che soltanto delle disposizioni di legge può effettivamente postularsi che, corrispondendo al menzionato vincolo di mutuo impegno tra consociati, siano parte integrante del fatto sul quale l'attore (e, sul fronte opposto, il convenuto) basa la propria postulazione di giudizio*». Tuttavia, come dichiarato dal procuratore generale della Corte di cassazione nella relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009: «*tramontato l'ideale illuministico di una legge perfetta, espressione gelosa della sovranità nazionale, è oggi la dimensione europea ad indicarci una nozione nuova di legalità – attenta ad aspetti sostanziali più che formali – connotata dalla trasformazione del ruolo partecipativo della giurisprudenza alla formazione della norma o, come si legge in numerose sentenze della Corte costituzionale, del diritto vivente ed ancorata al rispetto dei diritti fondamentali della persona umana ... la legge – in Italia come in altri Paesi – non riesce a regolare la complessità del reale; non riesce a tener dietro alla vertiginosa accelerazione dei processi sociali. Essa, inoltre, assume spesso carattere valutativo e non meramente descrittivo; ha bisogno del giudice per essere integrata nei contenuti*». M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 73 ss., volendo superare l'erronea prospettiva del formalismo interpretativo (che egli irride nell'affermazione che «*Sembra davvero che chi ancora coltiva idee di questo genere si trovi nella situazione di colui che cerca di misurare la velocità con cui il sole gira intorno alla terra*» – ivi, 77 –), individua tre possibili approcci, conformi al realismo giuridico, che astrattamente consentono l'individuazione del significato esatto della norma, che l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (nel riferimento alla «*esatta osservanza della legge*») richiede al giudice della nomofilachia di individuare: un primo, che esclude sempre la possibilità di individuare una sola risposta corretta (e quindi lascia irrisolto il problema); un secondo, che si richiama agli *hard cases* di Hart ad ammettere l'esistenza di una risposta corretta solo quando la controversia fuoriesce dall'area di penombra della norma; un terzo, che, invece, nel riferimento alla teoria di Dworkin ammette sempre (anche negli *hard cases*) la possibilità di una sola risposta giusta ricavabile in ogni caso dall'insieme complessivo dell'ordinamento (ivi, 77 e 78). Egli, tuttavia, conclude che «*la semplice formulazione dell'ipotesi astratta circa l'esistenza eventuale (secondo Hart) o sicura (secondo Dworkin) di una soluzione giusta a priori, non serve a nulla*» (ivi, 82). Sicché, «*Il vero problema … non è di pensare che in qualche luogo "perfetto", accessibile solo a giuristi e giudici onniscienti, esiste la soluzione "perfetta". Il problema rilevante è un altro, e riguarda quali sono i modi per trovare una soluzione giusta della controversia, su quali basi è possibile stabilire che essa è davvero "giusta", e quali sono i rischi di una decisione ingiusta o non corretta*» (ivi).

ca da lui proposta «*sarà governata, non già da concezioni metafisiche sulla natura del diritto giurisprudenziale, né dal feticcio di qualche principio fondamentale, come la divisione dei poteri, bensì da considerazioni di convenienza, di utilità, e dai più profondi sentimenti di giustizia*»[60].

L'ampiezza del dibattito si definisce attraverso queste due contrastanti affermazioni: (i) «*Nel nostro ordinamento non vi può essere insensibilità dell'atto compiuto al mutamento giurisprudenziale perché significherebbe riconoscere natura di fonte di diritto alla interpretazione della legge da parte della giurisprudenza stessa. Dunque, l'unica strada percorribile è quella della rimessione in termini, sebbene non sia scevra di difficoltà*»[61]; (ii) «*Se il giusto processo è una norma giuridica (una sintesi di norme giuridiche) e se le norme giuridiche hanno la virtù di disciplinare direttamente i fatti della vita, non vi è dubbio che la garanzia del giusto processo costituisce il fondamento del limite alla retroattività del mutamento di giurisprudenza*»[62].

L'ammissibilità della tecnica del *prospective overruling* non consegue dall'adesione alla natura creativa dell'interpretazione giurisprudenziale (per vero, se l'*overruling* avesse natura normativa, la gestione della retroattività del *novum ius* seguirebbe altre traiettorie[63]), ma discende dalla necessità di conciliare astratti princìpi (la legalità, la certezza del diritto e anche il giusto processo, quando il cambiamento coinvolge le regole del processo), che vengono occasionalmente a collidere in una particolare situazione in contenzioso.

L'*overruling* non è creazionismo giudiziario (il giudice che si fa legislatore), bensì è l'inevitabile conseguenza dell'interferenza della norma con i princìpi sociali in continua evoluzione[64]; così che

---

[60] B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921, 147.

[61] C. PUNZI, intervento all'incontro di studi dal titolo: «*Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*» del 24/5/2011.

[62] R. CAPONI, intervento all'incontro di studi dal titolo: «*Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza*» del 24/5/2011.

[63] R. CAPONI, *Il mutamento*, cit., 311 ss.

[64] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile.* I. *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 93: «*negli stessi ordinamenti a base legislativa … si avrà un diritto posto a mo' di progetto vincolante, proiettato verso il futuro, di regolazione degli snodi critici della vita sociale. L'attuazione di questo progetto, onde farne un ordinamento giuridico vitale, risiede … nello sviluppo giurisdizionale … Questo carattere decentrato nella specificazione – a seconda dei casi più o meno visibile ed intensa (è questione solo quantitativa) – della norma è, ovviamente, il riflesso del fenomeno per cui la norma esige sempre una interpretazione e ne è, a ben vedere, essa stessa il risultato e questa interpretazione dell'enunciato legislativo non può essere mero rinvenimento di senso giuridico preesistente, ma attribuzione di senso in virtù di un apporto ricostruttivo non privo di (più o meno evidenti o preminenti) componenti creative*».

l'interpretazione di oggi non è necessariamente uguale a quella di ieri[65]. E ciò non perché i contrastanti risultati ermeneutici che si sono nel tempo consolidati nella giurisprudenza del giudice della nomofilachia conseguano alla correzione di un originario errore (secondo l'ingenua prospettiva di Blackstone: «*For if it be found that the former decision is manifestly unjust or absurd, it is declared, not that such sentence was bad law, but that it was not the law*»[66]), essendo piuttosto un problema di obsolescenza della vecchia interpretazione, non più adeguata agli aggiornati standard sociali[67].

Quindi, si può accettare il *prospective overruling*, senza perciò ripudiare la teoria dichiarativa dell'interpretazione giudiziaria[68].

---

[65] M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 94 e 96: «*Si può infatti distinguere una uniformità sincronica e una uniformità diacronica. Per uniformità sincronica si può intendere l'applicazione della stessa interpretazione a tutti i casi che nello stesso tempo vengono giudicati secondo una stessa norma … Per uniformità diacronica si può intendere il mantenimento della stessa interpretazione nel tempo, o almeno per periodi di tempo abbastanza lunghi.* [A] *proposito dell'uniformità diacronica … si pone con particolare evidenza il problema della variazione necessaria … Mentre infatti è tendenzialmente da escludere la variazione sincronica (che è solo difformità e incoerenza), la variazione nel tempo deve essere ammessa. Se la Cassazione deve essere un organo di giustizia, invece che il luogo ove si producono interpretazioni formalistiche di una legge posta fuori dal tempo è dalla storia, occorre che l'uniformità diacronica sia fortemente relativizzata e possa venir meno quando variazioni anche rilevanti nell'interpretazione di una norma siano necessarie … Ciò equivale a dire che l'uniformità dell'interpretazione di una norma dovrebbe essere mantenuta dalla Cassazione, finché non sorgano ragioni tali da giustificare l'adozione di un'interpretazione diversa*».

[66] W. BLACKSTONE, op. cit., 69 e 70.

[67] S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1989, 142, chiarisce che «*non tutti i contrasti* [di giurisprudenza] *rappresentano lo strumento per il realizzarsi della dialettica del moto, ove, attraverso il cambiamento, la giurisprudenza si evolve, adeguandosi ai mutamenti della realtà, e così soddisfacendo le esigenze di sviluppo o progresso del diritto nel momento interpretativo*»; ve ne sono, infatti, taluni che «*non appaiono funzionali alla dialettica del cambiamento o del moto ... essendo funzionali, semmai, all'erosione della funzione di nomofilachia*». Sicché, l'*overruling* talvolta può essere altresì funzionale alla correzione di un originario errore. Ma questa è, appunto, una disfunzione della giurisdizione nomofilattica, che va dunque distinta dalla fisiologica evoluzione dell'interpretazione della norma nel tempo, per adeguarla ai mutamenti della realtà sociale. Quanto piuttosto rafforza «*la funzione di nomofilachia, a patto di concepire la norma giuridica non come un precetto il cui significato sia ineluttabilmente fissato una volta per sempre, ma come un organismo vivente capace di evolversi in sintonia con i cambiamenti dell'ambiente in cui vive*» (ivi, 148).

[68] F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, op. cit., 1399 e 1400: «*La soggezione alla legge implica così che la giurisprudenza, quando viene ad individuare nel tempo il contenuto della norma, si muove necessariamente "entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale". Tramite atti che sono bensì "attributivi di nuovi significati", ma che pur sempre hanno una funzione di accertamento di una potenzialità già racchiusa nella norma, in funzione della sua "tolleranza ed elasticità". Operando dunque solo sulle zone grigie, per cercare di aderire meglio ai principi, pur essi non creati dai giu-*

4.4. L'*overruling* sostanziale nella giurisprudenza della Cassazione.

Il problema si è posto di recente nella sentenza delle Sezioni unite n. 4135/2019[69], sulla sollecitazione a porre in discussione l'acquisizione giurisprudenziale che circoscrive l'uso della tecnica del *prospective overruling* (la Corte di cassazione, con eccessiva e ingannevole enfasi, la definisce «*il principio del prospective overruling*»[70], quantunque Cardozo l'avesse piuttosto congegnata come uno strumento dell'esercizio della funzione giurisdizionale[71]) «*al mutamento della legge processuale ad opera del giudice della nomofilachia e come il rimedio, individuato per tali evenienze, sia quello di escludere la decadenza o di rimettere in termini la parte che vi sia incorsa*»[72].

Sull'estensibilità del *prospective overruling* al diritto sostanziale si era già espressa parte della dottrina, anche perché la tutela dell'affidamento non è, in questo caso, soddisfacibile attraverso la rimessione in termini, ma tuttavia si giustifica in relazione all'esigenza collettiva di ridurre nei minimi termini i costi di adeguamento («*transition costs*») al nuovo principio regolatore affermato dall'*overruling*[73].

Nondimeno, la Corte di cassazione ha concluso che «*Un simile potere di incidere sugli effetti applicativi della legge … non è conferito al giudice in presenza di orientamenti interpretativi innovativi di norme di diritto sostanziale che incidono su atti di autonomia privata o fatti illeciti*

---

dici, semmai invece dalla miglior dottrina, in un dialogo con i legislatori ai vari livelli, nazionali e sovranazionali».

[69] Corte di cassazione, Sez. un., 12/2/2019, n. 4135.

[70] Corte di cassazione, Sez. I, 2/8/2018, n. 20472.

[71] B.N. CARDOZO, op. cit., 147.

[72] Corte di cassazione, Sez. I, 2/8/2018, n. 20472. In realtà, l'accostamento della tecnica del *prospective overruling* all'istituto della rimessione nel termine («*affermando o sottintendendo che il secondo sarebbe strumento di attuazione del primo*») è quantomai inappropriato, giacché, «*mentre il prospective overruling è un nuovo orientamento che vale solo per il futuro, al contrario la rimessione in termini presuppone proprio che il nuovo orientamento sia applicato retrospettivamente. E non potrebbe essere altrimenti: diversamente di rimessione non vi sarebbe alcun bisogno*» (L. PASSANANTE, op. cit., 307).

[73] M. GABOARDI, op. cit., 452, afferma al proposito che «*non sembra troppo azzardato sostenere che una tutela dell'affidamento nel rispetto di un precedente in materia sostanziale non solo sia possibile, ma possa anche contenere efficacemente (senza comportare, cioè, eccessivi costi di trans*[i]*zione per le parti) gli effetti pregiudizievoli del revirement. Quel che pare certo è che una tutela dell'affidamento non può realizzarsi, in questi casi, attraverso un meccanismo che si limiti a salvaguardare l'aspettativa specifica della parte, ma va rimessa ad una valutazione generale con cui il giudice, allorché individua la ratio decidendi del caso concreto, si impegni a considerare, unitamente alle ragioni di fatto e di diritto della decisione, i possibili costi di trans*[i]*zione che il revirement finisce per provocare sulla generalità degli stakeholders*».

o comunque compiuti, sui quali neppure al legislatore è consentito di intervenire (arg. ex art. 11 disp. gen.), vertendosi su un terreno extraprocessuale cui è estraneo l'istituto della rimessione in termini»[74].

Quanto, però, tradisce la regola processuale affermata nel suo storico arresto giurisprudenziale del 2011, che era andato ben oltre l'ampliamento delle ipotesi in cui fosse applicabile la norma processuale sulla rimessione nel termine ex art. 153 c.p.c. e aveva piuttosto individuato nel «*valore del giusto processo*» il fondamento della potestà dei giudici di non applicare l'*overruling* a chi avesse in buona fede «*confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa*»[75].

Eppure, ancora di recente la Corte di cassazione ha risolutivamente affermato che «*Il prospective overruling è ... finalizzato a porre la parte al riparo da effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, così consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti, mentre non è invocabile nell'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità riguardi l'interpretazione del diritto sostanziale che spetta comunque alla parte valutare*»[76].

Segnando in questo modo il definitivo allontanamento dal modello originario[77], ma anche tradendo i fondamenti dogmatici espressi nella sua storica sentenza del 2011[78], che apriva a ben altre prospettive.

4.5. L'*overruling* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

L'Adunanza plenaria, con le due recenti sentenze[79] sulla proroga *ex lege* delle concessioni demaniali[80] ha affrontato una questione antica

---

[74] Corte di cassazione, Sez. un., 12/2/2019, n. 4135.

[75] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[76] Corte di cassazione, Sez. lav., 14/1/2021, n. 552.

[77] C.V. GIABARDO, *Mutamento di giurisprudenza, regole processuali e tutela dell'affidamento*, in *Giur. it.*, 2021, 1856.

[78] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[79] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18. Quantunque differenti siano gli estensori e (in parte) la composizione dei collegi, pressoché identico è il loro contenuto.

[80] Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, ha statuito che «*l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quel-*

(la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie, anche da parte degli organi della P.A.[81]) in una prospettiva pressoché[82] inedita: il *prospective overruling*.

---

la di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo».

[81] Problematica già da tempo affrontata e risolta da Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88, *Costanzo*, ove appunto si legge che «*Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni*».

[82] Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13 si era, in effetti, già espresso nel senso che: «*L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche*». Quanto era già stato anticipato da Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755, con la quale – per la prima volta – si è affermato che la «*sentenza debba avere unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, e non anche i consueti effetti ex tunc di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati, né quelli ex nunc*». E ciò in ragione del fatto che, nella particolare vicenda in contenzioso, «*l'annullamento ex tunc e anche quello ex nunc degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l'associazione appellante*». Su di essa hanno scritto, in senso critico, A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento dell'atto illegittimo"*, in *Urb. app.*, 2011, 936 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128 ss.. Ugualmente critico è il commento di M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione,* in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss., il quale tuttavia conclude nel senso che «*se, da un punto di vista teorico, l'ingresso nel processo amministrativo del potere di precisare l'efficacia della sentenza di annullamento, sotto le due forme dell'annullamento ex nunc ovvero della dichiarazione di perduranza degli effetti di un atto invalido, sembra a chi scrive un percorso del tutto naturale e in linea con i processi di maturazione degli strumenti a tutela dei privati, la cui paternità è tradizionalmente delle corti giurisdizionali, da un punto di vista pratico, si registrano viceversa maggiori perplessità*». Prima di allora, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9/3/2011, n. 1488 era giunto ad affermare l'irretroattività della sentenza in esito a valutazioni equitative che l'avevano condotto a individuare una soluzione intermedia (tra l'accoglimento e la reiezione del ricorso) che tenesse «*ragionevolmente conto delle posizioni in conflitto*». Quanto pareva giustificarsi, piuttosto che con la negazione degli effetti *naturaliter* retroattivi d'una sentenza d'annullamento, nell'applicazione del principio ritraibile dall'art. 1227 c.c., che esclude dal risarcimento il danno imputabile al

Il giudice della nomofilachia amministrativa ha, invero, ritenuto di non potersi sottrarre alle sollecitazioni derivanti da «*una situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione*»[83], volendo quindi soddisfare le esigenze di tutela dei legittimi affidamenti (così erroneamente ritenuti[84]) collegati al principio di certezza del diritto attraverso la modulazione degli effetti temporali della propria decisione, rinviandone l'efficacia al 31/12/2023. Quanto, appunto, giustificherebbe «*La deroga alla retroattività* [che] *trova fondamento nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa*»[85]. Ciò al fine di «*consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali*»[86].

In questo modo, non solo si introduce la tecnica del *prospective overruling* nel diritto sostanziale (superando la reticenza del giudice della nomofilachia civile), ma persino la si usa nella sua formula più spinta: il *prospective prospective overruling*; perché l'Adunanza plenaria, non solo declina al presente gli effetti della nuova regola giurisprudenziale (assegnando efficacia *ex nunc* alla sentenza), ma persino li neutralizza,

---

concorso colposo del danneggiato. Donde, l'impossibilità di ricavarne una qualunque indicazione dogmatica a consentire di modulare nel tempo gli effetti della sentenza d'annullamento.

[83] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

[84] M. NUNZIATA, *La concessione dei posteggi per il commercio tra vincoli europei e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 31 ss. osserva al proposito: «*È noto come il tema dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime (ma anche lacuali e fluviali) sia da anni al centro della riflessione giuridica, anche in considerazione del singolare attrito tra l'approccio protezionistico del legislatore interno e le spinte concorrenziali della Corte di Giustizia e della Commissione europea. A stimolare un percorso virtuoso di graduale apertura al mercato non sono valse neanche le dirompenti disposizioni dettate in sede europea con la direttiva Bolkestein, una prima procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e una pronuncia della Corte di Giustizia; e nemmeno le chiarissime e autorevoli indicazioni fornite dalla Corte costituzionale ogni qualvolta ha censurato, per mancato rispetto dei vincoli sovranazionali, disposizioni regionali che prevedevano forme di proroga in favore dei titolari delle concessioni*».

[85] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

[86] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

per un certo periodo, anche nel futuro, al fine di consentire al legislatore di intervenire con una nuova legge.

In effetti, non è la prima volta che il nostro giudice amministrativo di vertice rifiuta la naturale retrodatazione degli effetti di una sua sentenza.

E, infatti, già nel passato si era voluto modulare nel tempo gli effetti di una sentenza di annullamento, ogniqualvolta – nella peculiare situazione controversa – questo consentisse di apprestare una migliore tutela al ricorrente[87] (quanto consente di giustificare l'irretroattività della sentenza rispetto ai fondamentali della tutela giurisdizionale effettiva, così come individuati dalla Corte costituzionale nella sentenza *Fragd*[88]).

In una sentenza del 2011, il Consiglio di Stato aveva, invero, statuito che «*gli atti impugnati in primo grado, nel ritenere non necessaria la VAS prescritta dalla normativa statale del 2006, e nel ritenere sufficienti le "valutazioni di incidenza", si è posta in contrasto con le disposizioni statali emanate nel 2006 nel frattempo entrate in vigore, nonché in contrasto col principio (enunciato in via ricognitiva dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 225 del 2009), per il quale, poiché la disciplina della VAS rientra nella materia della tutela dell'ambiente di competenza dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., la Regione non può ridurre la tutela ambientale, i cui standard minimi siano stati fissati dalla legge statale*», eppure aveva poi concluso che, «*nel rispetto del principio di congruenza, per il quale la propria statuizione deve fondarsi quanto meno su regole disciplinanti un caso analogo, anche il giudice amministrativo nazionale possa differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo*», disponendo conseguentemente che «i*n attesa della rinnovata emanazione (con effetti di per sé non retroattivi) del piano faunistico regionale, nel rispetto dei procedimenti previsti dalle leggi, rimangono ferme tutte le prescrizioni contenute nella deliberazione* [impugnata] *così come resta inteso che la presente sentenza non produce ulteriori conseguenze, sulla legittimità e sulla efficacia di qualsiasi atto o provvedimento che sia stato emesso in applicazione o a seguito della me-*

---

[87] Quanto parrebbe porsi in contrasto con il carattere tipico dell'azione di annullamento, in violazione del più generale principio della tipicità delle azioni nel processo amministrativo. In questo senso, A. TRAVI, op. cit., 938.

[88] Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232.

desima deliberazione, ovvero che sia emesso fino a quando sia approvato il nuovo piano faunistico venatorio regionale». Ciò perché nel caso controverso «*l'annullamento ex tunc e anche quello ex nunc degli atti impugnati risulterebbero in palese contrasto sia con l'interesse posto a base dell'impugnazione, sia con le esigenze di tutela prese in considerazione dalla normativa di settore, e si ritorcerebbe a carico degli interessi pubblici di cui è portatrice ex lege l'associazione appellante*»[89].

La modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze d'annullamento del giudice amministrativo è stata avvertita come un azzardo rispetto alla dogmatica tradizionale che individua nella retroattività (con il solo limite insuperabile espresso nella massima «*factum infectum fieri nequit*») un attributo ontologico dell'annullamento[90].

La conclusione cui è giunto il Consiglio di Stato trova però conforto nella giurisprudenza d'Oltralpe[91] – dunque anche in un sistema di giu-

---

[89] Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755. A commento della sentenza, si veda, tra gli altri, F. BERTONAZZI, op. cit., 1128 ss., il quale ritiene che fosse possibile realizzare altrimenti l'obiettivo dichiarato di meglio soddisfare l'interesse del ricorrente alla migliore tutela dell'ambiente, svolgendo (o modificando d'ufficio la domanda di annullamento in) una domanda di condanna a un *facere* della P.A. (la rinnovazione del procedimento pianificatorio con acquisizione della VAS). Quanto, tuttavia, sarebbe compatibile con il principio dispositivo solo a intendere (come l'A. suggerisce) la domanda di condanna pubblicistica implicitamente contenuta nella domanda di annullamento. Ciò che – per vero – pare sollevare perplessità d'ordine dogmatico forse anche superiori a quelle che sollecitano il *prospective overruling*. Al proposito, A. TRAVI, op. cit., 937, osserva che, peraltro, la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento non è nemmeno idonea al perseguimento dell'obiettivo, giacché «*ai fini della applicazione di un divieto elemento della fattispecie è anche la illegittimità del divieto* [sicché] *se il divieto è stato posto da un atto illegittimo, la sua violazione non è sanzionabile. E nel nostro caso lo stesso Consiglio di Stato ha accertato l'illegittimità dell'atto*».

[90] C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 282, sostiene che «*se il provvedimento amministrativo è sin dall'origine, illegittimo, e per ciò da quando è divenuto efficace, la sentenza del giudice, che ne accerta l'illegittimità e per questo l'annulla, non può che avere effetto retroattivo*». Quanto (l'effetto retroattivo della sentenza d'annullamento) costituisce, del resto, affermazione risalente. In questo senso, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1963, 412, così definiva gli effetti delle decisioni di annullamento: «*Esso consiste infatti nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato, con la conseguente eliminazione ex tunc della sua operatività giuridica, vale a dire con la instaurazione ex tunc di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in essere*».

[91] Come osserva R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008, 1105, a partire dal celebre *arrêt* AC! (CE Ass. 11/5/2004), anche la giurisprudenza francese ha dato avvio a un percorso giurisprudenziale inteso ad affermare un «*relâchement du lien entre annulation et effet rétroactif*», consentendo la modulazione degli effetti retroattivi della sentenza ogniqualvolta la

stizia amministrativa analogo al nostro –, a dimostrazione che la modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze d'annullamento del giudice amministrativo risponde indubbiamente alla necessità di svecchiare gli strumenti di giustizia nel processo amministrativo[92]; ancorché – come poi si dirà – ciò solo con riferimento alle sue implicazioni di diritto nazionale, essendo, di contro, da escludere la sostenibilità comunitaria di questa nuova prospettiva.

Non pare, tuttavia, che la modulazione nel tempo degli effetti di una sentenza di annullamento possa ricondursi alla tecnica del *prospective*

---

naturale retroattività della sentenza («*l'acte annulé soit regardé comme étant jamais intervenu*») comporti «*conséquences manifestement excessives*». Sulla prospettiva d'Oltralpe, si rinvia al recente scritto di M. CONDORELLI, *Modulation des effets de l'annulation et protection de la sécurité juridique de la part du juge de l'excès de pouvoir*, in *Dir. econ.*, 2021, 269 ss., la quale spiega come nella giurisprudenza del *Conseil d'État* l'esercizio della potestà di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento è eccezionale, volendosi riaffermare ogniqualvolta la regola generale della retroattività, sia pure giustificando talvolta la deroga a quel principio all'esito di un bilanciamento costi-benefici (certezza del diritto vs. legalità) della modulazione degli effetti della sentenza, da valutarsi in una istruttoria *ad hoc*, dovendo il giudice sollecitare al proposito il contraddittorio tra le parti. Quanto, per certi versi, vale a rinvigorire l'antico adagio «*juger l'administration, c'est encore administrer*». Ciò che allontana tuttavia il giudice amministrativo dall'esercizio della funzione giurisdizionale. Vi è, tuttavia, (come osserva l'A.) che nel processo amministrativo francese emerge – a differenza di quanto accade da noi – una marcata funzionalizzazione dell'azione alla tutela della legalità obiettiva. Quanto non consente di importare superficialmente nel nostro ordinamento acquisizioni dogmatiche e evoluzioni (ma forse meglio sarebbe dire involuzioni) giurisprudenziali, che hanno attecchito in un differente sistema processuale. Invero, in quel diverso ordinamento, orientato alla tutela della legalità obiettiva e dunque conformato a una più blanda verifica della legittimazione al ricorso, non necessariamente la scelta di non fare retroagire gli effetti della sentenza si riverbera nella negazione della tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive. Com'è, invece, inevitabilmente da noi.

92 F. SAITTA, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective 'overruling'*, in *giustamm.it,* 2018: «*sostenere di non applicare il prospective overruling perché non è in potere della giurisprudenza stabilire il grado di retroattività delle proprie determinazioni, all'uopo occorrendo una disposizione legislativa ad hoc, sembra alquanto anacronistico ove si consideri, a tacer d'altro, che già da tempo il giudice amministrativo, pur non essendo facultato da alcuna norma processuale a disporre degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, ritiene di potere temperare la tradizionale regola dell'efficacia retroattiva di tali pronunce*». Quanto trova conferma nell'affermazione di F. CARINGELLA, *Brevi osservazioni sull'annullamento con effetti variabili del provvedimento amministrativo … "verso un annullamento a geometrie variabili?,* in *www.deiustitia.it,* 2016: «*nessuna legge, sostanziale o processuale, sancisce la regola della retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento, con la conseguenza che, in coerenza con la generale atipicità delle azioni e delle pronunce, non può che spettare al giudice il compito di distillare gli effetti della propria decisione, in guisa da offrire la tutela migliore all'interesse del ricorrente, tale essendo quella necessaria e sufficiente a soddisfare in modo pieno l'interesse azionato senza frustare in modo inutile l'interesse pubblico e la sfera giuridica dei controinteressati*».

overruling, che è piuttosto applicata negli ordinamenti di *common law* (ma anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione) a proiettare nel presente, e talvolta persino nel futuro, gli effetti di una nuova regola giurisprudenziale formatasi sull'interpretazione di una esistente norma giuridica: ciò che è altro rispetto alla calibrazione degli effetti di una sentenza di annullamento, in analogia con il potere espressamente attribuito in questo senso alla Corte di giustizia dall'art. 264, paragrafo 2, TFUE.

Come bene si è scritto: «*una cosa è il prospective overruling praticato dall'Adunanza plenaria quale organo della nomofilachia, altra cosa è modulare in maniera non retroattiva l'efficacia temporale dell'annullamento del provvedimento dichiarato illegittimo*»[93].

E, infatti, il Consiglio di Stato ha voluto «*precisare come il cosiddetto prospective overruling non condivida con la graduazione della portata caducatoria delle sentenze di annullamento null'altro che la comune riconducibilità alle tecniche di governo dell'efficacia delle pronunce giurisdizionali*»[94].

Come affermato dal Consiglio di Stato la prima volta che esso ha inteso relativizzare il principio, «*Di regola, in base ai princìpi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti ex tunc del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora". Tale regola fondamentale è stata affermata ab antiquo et antiquissimo tempore da questo Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità*»[95].

La dottrina ammette, tuttavia, che l'annullamento giurisdizionale – al pari di quello d'ufficio[96] – possa in taluni casi[97] avere solo effetti *ex*

---

[93] F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 473.

[94] Consiglio di Stato, Sez. I, 30/6/2020, n. 1233.

[95] Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011, n. 2755.

[96] F. MERUSI, B*uona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 143, afferma il «*carattere non assoluto alla retroattività dell'annullamento*» con riguardo all'annullamento d'ufficio, in ciò rifacendosi al classico insegnamento di G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 214. Nondimeno, egli esclude la pos-

nunc, escludendo che la naturale retroattività della sentenza costituisca un imperativo dogmatico[98], sempre che sia rispettato il principio dispositivo[99].

In questo senso, deve leggersi anche la sentenza n. 13/2017, nell'affermazione che «*L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più princìpi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche*»[100].

Nella argomentazione della sentenza, si tratta, pur sempre, dell'applicazione dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE, ritenuto estensibile (con un certo azzardo) al nostro processo giusta il richiamo dell'art. 1 c.p.a. alla «*tutela piena ed effettiva secondo i princìpi della Costituzione e del diritto europeo*».

---

sibilità di graduare gli effetti dell'annullamento nell'esercizio di una funzione giurisdizionale o para-giurisdizionale, con riferimento alle quali «*non si potrebbero graduare gli effetti dell'annullamento dell'atto se non in presenza di norme derogatorie espresse, le quali proteggessero determinate situazioni giuridiche soggettive anche contro gli effetti della sentenza o dell'atto ad essa materialmente assimilabile*».

97 Casi che – secondo taluni autori – dovrebbero essere, tuttavia, individuati attraverso l'intermediazione della legge, così come previsto dall'art. 113, comma 3, Cost., che, appunto, prevede che «*La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblicazione amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa*». In questo, senso, tra gli altri, A. TRAVI, op. cit., 938. M. MACCHIA, op. cit.,1313, obietta tuttavia che la norma costituzionale si giustificò storicamente quale soluzione di compromesso sulla rivendicazione di Calamandrei che «*della lesione dei diritti fosse unico giudice quello ordinario*», volendo appunto il Costituente con quella formula rinviare al legislatore ordinario il riparto di compiti tra le giurisdizioni e la soluzione del contrasto. Così che la modulazione nel tempo degli effetti della sentenza d'annullamento non sembra, per vero, contrastarla.

98 E. FOLLIERI, *L'ingegneria,* cit., 440: «*L'effetto dell'eliminazione dell'atto impugnato è una conseguenza necessaria dell'accoglimento dell'azione di annullamento che il ricorrente può scegliere di proporre e che non è disponibile né da parte del giudice, né da parte del ricorrente, nel senso che, se quest'ultimo chieda l'annullamento e il giudice accerti la illegittimità, l'atto impugnato cessa di esistere nel mondo giuridico. Disponibili, invece, salvo a vedere da parte di chi, sono gli ulteriori due profili degli effetti dell'annullamento e cioè la decorrenza temporale dell'annullamento ai fini del ripristino della situazione esistente al momento dell'atto caducato nonché il c.d. effetto conformativo volto a disciplinare l'azione amministrativa in esecuzione della sentenza*».

99 F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 989: «*la elasticità dei poteri decisori non può dipendere dalla iniziativa del giudice, ma deve consentire al giudice di rispondere in modo maggiormente adeguato alle domande di parte, allo scopo di soddisfare meglio la pretesa della parte vittoriosa*».

100 Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.

Niente a che vedere con il *prospective overruling,* che così si definisce nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: «*L'elaborazione di principi di diritto innovativi rispetto all'orientamento precedentemente consolidato, in quanto formulati in sentenze dichiarative di interpretazione intese a rendere manifesto il significato dell'originario dato normativo, esprime una naturale tendenza alla retroazione dei nuovi canoni esegetici. Tuttavia, a fronte della potenziale lesione di controinteressi di rango costituzionale, l'operatività del revirement giurisprudenziale può essere limitata alle sole fattispecie che vengano in rilievo posteriormente alla pubblicazione della nuova decisione*»[101].

Da ultimo, l'Adunanza plenaria ha, tuttavia, inteso andare oltre, volendo addirittura conformare la futura azione della P.A., proiettando nel futuro gli effetti della sua nuova interpretazione di una norma.

Con le due sentenze gemelle del 2021[102], il giudice della nomofilachia amministrativa ha, infatti, voluto proiettare la sua interpretazione della norma esistente verso il futuro, assegnando in questo modo alla tutela giurisdizionale una funzione proattiva (di evitare l'insorgenza di futuri contrasti sull'applicazione della norma), che senz'altro rompe con la tradizione (ma più probabilmente è un'esigenza dogmatica), secondo la quale la giustizia è piuttosto funzionale a risolvere controversie insorte nel passato.

L'Adunanza plenaria ha, quindi, concluso che «*Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative ... sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione*»[103].

Ma ciò solo a far data dal 31/12/2023[104].

Quanto sembrerebbe da escludere, se non altro, perché l'art. 34 c.p.a. statuisce ora inequivocabilmente che «*in nessun caso il giudice può pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati*»[105].

---

[101] Consiglio di Stato, Sez. I, 30/6/2020, n. 1233.

[102] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

[103] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

[104] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

[105] In questo senso, M. MACCHIA, op. cit., 1315, individua l'ostacolo di una azione di accertamento nel processo amministrativo nell'art. 34 c.p.a, nel richiamo a quanto sostenuto da B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 190, secondo il quale «*il provvedimento giurisdizionale dichiarativo, se rapportato alle situazioni soggettive, pone nel presente un criterio di qualificazione di fatti futuri in seguito alla ricognizione di fatti passati*».

E, in effetti, si è dubitato dell'esorbitanza del *dictum* dell'Adunanza plenaria dalla funzione giurisdizionale[106].

Vi è, però, che nella funzione di nomofilachia vi è un aspetto negativo («*a toglier vigore al singolo atto che il giudice abbia compiuto eccedendo i confini del suo potere*») e uno positivo («*ad assicurare nello Stato la uniformità di giurisprudenza e quindi la unità e la uguaglianza del diritto obiettivo*»)[107]; quanto consente di distinguere l'annullamento della sentenza (a valere retroattivamente nel caso *sub iudice*) dall'interpretazione della norma (a valere per il futuro in ogni altra vicenda nella quale si debba applicare la nuova regola giurisprudenziale).

Così che è, senz'altro, più agevole acconsentire all'estensione all'Adunanza plenaria (il giudice della nomofilachia amministrativa) del modello del *prospective overruling* sostanziale[108], cui si sono adeguate diverse giurisdizioni costituzionali[109].

---

[106] M.A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *www.federalismi.it*, 2021.

[107] P. CALAMANDREI, op. cit., VII, cit., 91 e 92.

[108] A. DE SIANO, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, pag. 1164, ritiene che «*tra nomofilachia e prospective overruling corra un rapporto di strumentalità del tutto esclusivo*».

[109] Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10, nella quale si legge: « *Questa Corte ha già chiarito (sentenze n. 49 del 1970, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966) che l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte; esso, tuttavia, non è privo di limiti. Anzitutto è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le "situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili" ovvero i "rapporti esauriti". Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici ... Inoltre, come il limite dei "rapporti esauriti" ha origine nell'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto, così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare princìpi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito ... Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i princìpi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo. Del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale».*

Ciò che, invece, più difficilmente si conviene alla giurisdizione delle singole sezioni del Consiglio di Stato, cui è più semplicemente assegnato il compito di rendere giustizia rispetto a una concreta vicenda controversa[110].

In effetti, l'Adunanza plenaria si era già espressa nel senso della «*praticabilità della prospective overruling, in forza della quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato (con vari aggiustamenti) alle situazioni anteriori alla data della decisione* [donde la] *possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata*»[111].

Quali che siano le perplessità (invero tante[112]) che quella sentenza ha provocato[113] – tanto da dare persino l'abbrivio a un atto di ribellione

---

110 E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. app.*, 2018, 395, afferma che «*il potere di modulare la portata temporale delle pronunce appartiene alle sentenze della Plenaria nella parte in cui dichiarano l'interpretazione della norma, non è un principio affermato per il giudice, quando annulli l'atto illegittimo e come possibile effetto della sentenza di annullamento*».

111 Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.

112 A commento di essa, si veda E. FOLLIERI, op. ult. cit., 373 ss., il quale, in effetti, condivide l'estensione del *prospective overruling* alla norma sostanziale, ma nondimeno esprime delle perplessità sia in ordine al richiamo ai princìpi comunitari (giacché «*Non si può pensare di applicare disposizioni dettate per il processo comunitario al processo amministrativo poiché ogni processo ha una sua sistematica e struttura che rendono i "trapianti" dall'uno all'altro forieri di possibili "rigetti"*»), sia con riferimento alla giustificazione della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza interpretativa del giudice della nomofilachia amministrativa, nell'improprio richiamo all'art. 34 c.p.a. e all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990. A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1133 ss., del pari disconosce l'esistenza di un principio UE che attribuisca al giudice un potere di modulazione degli effetti dell'annullamento. M. CONDORELLI, *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro it.*, 2018, III, 163 ss., obietta che l'Adunanza plenaria sarebbe incorsa nell'errore di assimilare la modulazione della sentenza di annullamento alla modulazione degli effetti della sentenza interpretativa e, comunque, oppone che, a differenza di quanto consentito alla Corte di giustizia dall'art. 274, paragrafo 2, TFUE, manca una previsione analoga nell'ordinamento italiano, soggiungendo infine che, oltretutto, il giudice amministrativo non avrebbe in questo modo tutelato un legittimo affidamento, bensì ragioni di interesse pubblico (la tutela del paesaggio).

113 Si dubita che il *prospective overruling* possa essere impiegato a paralizzare nel tempo l'efficacia di una norma di diritto sostanziale, essendo esso piuttosto riferibile alle sole norme processuali. Quanto corrisponde all'insegnamento di Corte di cassazione, Sez. un., 12/2/2019 n. 4135, volendo essa individuare il suo presupposto legale nell'art. 153 c.p.c., alla stregua del quale «*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini*». Sicché, un simile potere di interferire con l'efficacia di una legge «*non è conferito*

giurisdizionale[114] –, quanto vi è di rivoluzionario nel nuovo approccio dell'Adunanza plenaria del 2021 è che l'attivazione del *prospective overruling* consente ora addirittura al giudice della nomofilachia amministrativa di impedire, per un certo determinato lasso di tempo, la disapplicazione di una norma nazionale in (dichiarato) contrasto con la norma europea di effetto diretto.

Ciò che attenta a uno dei fondamentali princìpi UE: l'uniforme applicazione del diritto comunitario; quanto costituisce un limite oltre il quale non può spingersi l'autonomia processuale degli Stati membri[115].

E questo, ovviamente, induce a nuove riflessioni (e fa emergere ulteriori perplessità sull'uso disinvolto del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa).

4.6. La violazione degli ambiti di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia.

La scelta di modulare nel tempo gli effetti delle sentenze d'annullamento, anche nel difetto di una espressa copertura legislativa (com'è, nel processo amministrativo, solo negli artt. 121 e 122 c.p.a., con riguardo agli effetti caducanti dell'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica sui contratti stipulati dalla P.A.), già di per sé opinabile nella dogmatica del processo nazionale, diviene diffi-

---

al giudice in presenza di orientamenti interpretativi innovativi di norme di diritto sostanziale che incidono su atti di autonomia privata o fatti illeciti o comunque compiuti, sui quali neppure al legislatore è consentito di intervenire (arg. ex art. 11 disp. gen.), vertendosi su un terreno extraprocessuale cui è estraneo l'istituto della rimessione in termini». Ciò in sintonia, peraltro, con Consiglio di Stato, Ad. plen., 23/2/2018, n. 1, che ha, appunto, definito i presupposti che cumulativamente devono ricorrere per giustificare la modulazione nel tempo delle sentenze del giudice della nomofilachia amministrativa: «*a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte*». In senso contrario, si è di recente espresso A. DE SIANO, op. cit., pag. 1165, il quale ritiene «*ancor meno persuasiva la utilizzazione del prospective overruling nei confronti delle sole disposizioni di natura processuale, in quanto il potere nomofilattico può essere esercitato verso qualunque disposizione, pure di natura sostanziale*».

114 TAR Molise, 5/3/2018 n. 117, ove si afferma che «*la limitazione pro futuro degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza Plenaria equivale alla creazione di una norma transitoria, in funzione para-normativa che non può vincolare il giudice di primo grado, in quanto recessiva rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 Cost*».

115 Corte di giustizia, 21/9/1983, causa 205/82, *Deutsche Milchkontor*.

cilmente giustificabile nella prospettiva comunitaria, quantunque, paradossalmente, proprio nell'erroneo richiamo ai princìpi del diritto UE l'Adunanza plenaria vorrebbe giustificarla.

Nella sentenza del 2017[116] era controversa una vicenda (l'imposizione di un vincolo paesaggistico) che esauriva i suoi effetti all'interno dell'ordinamento nazionale, senza attingere alle norme dell'ordinamento comunitario. Quantunque l'Adunanza plenaria avesse giustificato il ricorso alla tecnica del *prospective overruling* nel richiamo a «*un principio affermato dalla Corte di Giustizia UE (e, meno incisivamente, dalla giurisprudenza costituzionale), che trova terreno fertile nel processo amministrativo*», e nel rinvio all'art. 1 c.p.a. (che consente di applicare nel processo amministrativo nazionale i princìpi del diritto europeo[117]), in realtà il giudice della nomofilachia amministrativa, in quell'occasione, aveva poi fatto applicazione, non già del principio UE, bensì di un principio del (immanente al) ordinamento nazionale, che ha solo una assonanza simbiotica con il principio affermato dalla giurisprudenza comunitaria (in effetti, quanto all'applicazione nel giudizio di annullamento, piuttosto, la piana applicazione del disposto dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE[118]).

Da ultimo, invece, con le sentenze gemelle del 2021 l'Adunanza plenaria ha preteso di modulare nel tempo gli effetti della sua sentenza, in relazione a una norma UE e in deroga ai princìpi del primato e dell'effetto diretto.

Non pare che il giudice della nomofilachia amministrativa si sia accorto di avventurarsi, con ciò, nell'esercizio di una potestà giurisdizionale semmai attribuita alla competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Come si è scritto, – per quante perplessità possa destare (e abbia destato) l'impiego del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa – vi sono valide ragioni (discendenti dai princìpi ordinamentali nazionali; dovendosi invece escludere la possibilità di applicare un principio comunitario) per condividere questo nuovo traguardo del processo amministrativo (sempreché si abbia

---

116 Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.

117 Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.

118 E. FOLLIERI, *L'ingegneria,* cit., 2012, 438 ss., osserva al proposito che «*Qui non si tratta di recepire princìpi del diritto comunitario, ma di voler applicare una disposizione dettata per un giudizio ad altro giudizio. Ogni processo ha le sue regole che non possono disinvoltamente trasmigrare da uno ad altro processo*».

l'accortezza di conciliare la tutela del legittimo affidamento con l'obbligo costituzionale di assicurare ai soggetti lesi dall'attività della P.A. una tutela giurisdizionale effettiva, secondo il monito espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza *Fragd*[119]).

Altro è a dirsi della modulazione nel tempo degli effetti d'una sentenza da parte di un giudice nazionale con l'obiettivo di sospendere l'applicazione di una norma UE di effetto diretto.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'applicazione dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE e, soprattutto, nell'estensione del *prospective overruling* anche al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE svela l'insostenibilità dogmatica (e l'eresia comunitaria) delle due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria.

Concorrono a suffragare questa conclusione, due notazioni: una (risolutiva) di carattere processuale; l'altra (corroborante) di sostanza.

La prima (che è sì di carattere processuale, ma si riverbera nella sostanza del principio di uniforme applicazione del diritto UE) è di chiara evidenza: l'invasione di campo dell'Adunanza plenaria in una competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Il giudice comunitario ha chiarito che «*gli effetti nel tempo di una decisione della Corte di giustizia pronunciata su rinvio pregiudiziale non possono dipendere dalla data di pronuncia della sentenza con cui il giudice nazionale statuisce definitivamente sul procedimento principale, e nemmeno dalla valutazione di quest'ultimo sulla necessità di preservare gli effetti giuridici della normativa nazionale in questione*»[120].

Quanto i giudici del Kirchberg hanno didascalicamente spiegato con l'affermazione che questa loro conclusione si impone in ragione del fatto che, altrimenti, «*se i giudici nazionali avessero il potere di attribuire alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente, in caso di contrasto con quest'ultimo, ne risulterebbe pregiudicata l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione*»[121].

Vero è che la Corte di giustizia si è pronunciata con riferimento alla (im)possibilità del giudice del rinvio di modulare nel tempo gli effetti di una sentenza nazionale che facesse applicazione del principio di diritto affermato dal giudice comunitario all'esito di una interpretazione pregiudiziale ex art. 267 TFUE. È, tuttavia, di immediata evidenza che quella sua statuizione (che si giustifica nell'impossibilità di «*attribuire*

---

[119] Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232.

[120] Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité).*

[121] Corte di giustizia, 25/6/2020, causa C-24/19*, A e a. (Impianti eolici ad Aalter e Nevele).*

alle norme nazionali il primato sul diritto dell'Unione, anche solo provvisoriamente») non può non valere anche con riferimento a una interpretazione della norma UE e all'accertamento del contrasto con essa della norma nazionale, cui sia giunto autonomamente il giudice nazionale, senza coinvolgere nel giudizio – attraverso il rinvio pregiudiziale – la Corte di giustizia.

Il giudice comunitario ha, tuttavia, riconosciuto che – nella ricorrenza di particolari circostanze – «*il giudice remittente potrà eccezionalmente essere autorizzato ad applicare la disposizione nazionale che gli consente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato*»[122]; ma ha avuto altresì cura di precisare che «*una simile limitazione può essere ammessa unicamente nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta*»[123].

La Corte di giustizia ha, invero, precisato che, «*anche a voler ritenere che considerazioni analoghe a quelle sottese* [alla] *giurisprudenza, sviluppata riguardo agli atti dell'Unione, possano condurre, per analogia e a titolo eccezionale, a una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma, una siffatta sospensione,* [è alle] *condizioni* [che] *potrebbero essere determinate solo dalla Corte*»[124].

In questo modo, la Corte di giustizia ha, dunque, assegnato a se stessa il monopolio dell'esercizio di quell'eccezionale facoltà di acconsentire alla momentanea sospensione degli effetti conformativi di una norma UE sulle norme e sugli atti amministrativi nazionali[125], ancorché, eventualmente, delegandone l'attuazione concreta al giudice nazionale sulla base di princìpi astratti (a valere quali condizioni di legittimazione all'esercizio del *prospective overruling*) da essa previamente definiti[126].

Quanto sarebbe sufficiente a escludere la compatibilità comunitaria dell'azzardo dell'Adunanza plenaria nelle due sentenze gemelle del 2021; e, dunque, la stessa possibilità che queste due statuizioni abbiano giuridica efficacia nel nostro ordinamento.

Invero – in somiglianza con quanto affermato dalla Corte di giustizia

---

122 Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie.*

123 Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité).*

124 Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten.*

125 M. CONDORELLI, *Il nuovo,* cit., 163 ss., sostiene di contro «*l'indifferenza del giudice comunitario sulla questione*».

126 Corte di giustizia, 28/7/2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement.*

con riguardo agli effetti di un giudicato coinvolgente le competenze esclusive delle istituzioni UE e quindi la giurisdizione esclusiva del giudice comunitario[127]– si tratta di atti *ultra vires*, insuscettibili di produrre alcun giuridico effetto, perché destinati a incidere là (sulla *primauté* delle norme UE) dove nessun giudice nazionale può statuire[128].

Donde, anche in questo caso, le sentenze gemelle del 2021 sono *inutiliter datae*[129].

Inutile, dunque, soggiungere che l'Adunanza plenaria ha persino violato tutti i princìpi giurisprudenziali (a valere quali presupposti di legittimazione all'esercizio dell'eccezionale facoltà di modulare gli effetti nel tempo delle sentenze dichiarative di una violazione di una norma UE): primo fra tutti la sussistenza di un legittimo affidamento, vieppiù indotto dall'atteggiamento equivoco delle istituzioni comunitarie o degli altri Stati membri.

Quanto è, per vero, categoricamente da escludere nella vicenda dei rinnovi automatici delle concessioni demaniali, la cui illegittimità era da tempo stata dichiarata dal giudice comunitario[130].

Ciò che è testimoniato dalla stessa argomentazione dell'Adunanza

---

[127] Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17, *Berlusconi*.

[128] Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88, *Zuckerfabrik* ha eccezionalmente consentito al giudice nazionale di «*concedere la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo adottato a stregua di un regolamento comunitario* [illegittimo]», in tal modo acconsentendo alla (indiretta) sospensione dell'efficacia delle norme UE da parte delle autorità giurisdizionali dei singoli Stati membri, così da infrangere (provvisoriamente) il dogma della uniforme applicazione del diritto UE. Ma ciò essa ha acconsentito di fare solo perché non vi era altra via per coniugare il principio del primato del diritto comunitario e della sua uniforme applicazione e quello di effettività della tutela giurisdizionale di cui è imprescindibile espressione la tutela cautelare (N. TROCKER, *Civil Law e Common Law nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 445). Quanto già di per sé aveva, tuttavia, sollevato commenti critici. In questo senso, tra gli altri, J. MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, in *SEW*, 1986, 40. È, dunque, da escludere che la sospensione provvisoria dell'efficacia delle norme UE possa giustificarsi persino a detrimento dell'effettività della tutela giurisdizionale, per il soddisfacimento del legittimo affidamento eventualmente indotto dall'equivocità della norma comunitaria. Invero, quel legittimo affidamento (se sussistente, come non lo è nel contenzioso sul rinnovo delle concessioni demaniali) potrebbe esaustivamente essere tutelato a livello accentrato dal giudice comunitario, senza compromettere le esigenze della *primauté* comunitaria e, soprattutto, senza infrangere l'uniforme applicazione delle norme UE sull'intero territorio comunitario.

[129] M. GIAVAZZI, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 683 ss.

[130] Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

plenaria, a escludere la necessità di un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giustificata dall'affermazione che «*Nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla c.d. giurisprudenza Cilfit … i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale*»[131].

Vale a dire (nel richiamo alla sentenza *Cilfit)* la ricorrenza nel caso concreto dei presupposti teorici dell'*acte clair*: «*la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*»[132].

Ciò che esclude il legittimo affidamento di chi abbia confidato sulla validità della norma contrastante con il principio perentoriamente (e inequivocabilmente) dichiarato dalla Corte di giustizia.

Donde, conclusivamente, l'insussistenza dei presupposti processuali (l'autorizzazione della Corte di giustizia) e di sostanza (il legittimo affidamento) che, eccezionalmente, consentirebbe al giudice nazionale di disporre la «*sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma*»[133], senza con ciò infrangere i fondamentali princìpi comunitari del primato e della uniforme applicazione del diritto UE e senza invadere una competenza esclusiva della Corte di giustizia.

Da ciò consegue, secondo quanto recentemente statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Randstad*[134], che: «*In una situazione del genere, il rimedio contro la violazione* [del diritto UE] *derivante dalla giurisprudenza del supremo giudice amministrativo consiste nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro*».

Di più, trattandosi di un giudice che ha preteso di farsi legislatore (comunitario), sarà possibile, altresì, annullare le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria del 2021 con un ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost., non essendovi dubbio di un eccesso di potere giurisdizionale[135].

---

131 Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

132 Corte di giustizia, 6/10/1982, causa 283/81, *Cilfit*.

133 Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten*.

134 Corte di giustizia, 21/12/2021, causa C-497/20.

135 In questo senso, nell'affermazione di un più generale principio, Cassazione civile, Sez.

Quanto, appunto, conferma che le dette sentenze sono *inutiliter datae*.

4.7. Alcune considerazioni di sintesi sulla tecnica del *prospective overruling* nel nostro processo.

Anche nel nostro ordinamento si è fatta una certa confusione.

Il *prospective overruling* è stato invocato di frequente a sproposito (nella giustificazione formale di scelte giurisdizionali niente affatto rivoluzionarie) e, in altri casi, quando richiamato correttamente a definire e a giustificare una scelta processuale, è stato applicato malamente.

È stato invocato a sproposito dalle Sezioni unite nella pratica della rimessione in termini per errore scusabile (art. 153 c.p.c.) di chi fosse incorso in decadenze processuali conformando la sua attività difensiva al rispetto di una regola giurisprudenziale consolidata che è stata improvvisamente (e in modo imprevedibile) ripudiata dal giudice della nomofilachia.

È, semmai, evidente che la necessità del soccorso processuale della parte che è incorsa incolpevolmente in una decadenza consegue proprio alla naturale retroattività della nuova interpretazione che recede dalla giurisprudenza consolidata (diversamente, bisognerebbe piuttosto affermare che la decadenza non si è verificata, perché la nuova regola giurisprudenziale non si applica al processo in corso rispetto alle attività processuali già svolte, in consonanza al principio *tempus regit actum*).

Allo stesso modo, la tecnica del *prospective overruling* non è idonea a descrivere la scelta processuale del giudice amministrativo di modulare nel tempo gli effetti di una sentenza di annullamento.

Anche in questo caso, l'annullamento del provvedimento impugnato (ancorché il giudice proietti nel futuro gli effetti della statuizione giudiziaria, consentendo invece il consolidamento delle vicende passate) consegue all'affermazione del contrasto dell'atto *sub iudice* con la nuova interpretazione della norma che ha ripudiato la giurisprudenza consolidata.

E, difatti, la giustificazione di questa scelta processuale si rinviene

---

un., 4/6/2021, n. 15569: «*L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, denunciato in sede di ricorso alle Sezioni Unite di sentenza di giudice speciale, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete*».

nel richiamo analogico all'art. 264, paragrafo 2, TFUE; che è altro rispetto alla modulazione nel tempo degli effetti di una sentenza interpretativa sul rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE: la sola che si giustifica nella giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia nella definizione del contrasto tra i princìpi di legalità, certezza del diritto e di tutela delle legittime aspettative, attraverso la migliore scelta nei termini di un rapporto costi/benefici (ovvero del principio di proporzionalità), secondo una tecnica che segue, perciò, le stesse argomentazioni giustificative che definiscono la tecnica del *prospective overruling* nell'originale invenzione di Cardozo.

Sono, invece, riconducibili senz'altro alla tecnica del *prospective overruling* la sentenza delle Sezioni unite del 2011[136] a firma del giudice Morelli (che poi diverrà presidente della Corte costituzionale, dove riuscirà ad affermare la sua dogmatica della modulazione nel tempo degli effetti dell'incostituzionalità nella prassi delle sentenze di accoglimento con efficacia differita[137], in una singolare coincidenza con l'analogo percorso professionale di Cardozo, che elaborò le sue originali teorie quando era giudice della Corte di Appello di New York per poi assurgere alla Corte Suprema, lá dove costituzionalizzò la tecnica del *prospective overruling*) e le sentenze gemelle del Consiglio di Stato del 2021 sulle concessioni demaniali[138] (che appaiono adespote, probabilmente il frutto di uno sforzo corale, essendo riferibili a due differenti relatori in due distinti collegi giudicanti, eppure scritte con una sola prosa).

Quanto a dire che la tecnica del *prospective overruling* (sebbene, nell'avvertimento di Cardozo, non sia giustificabile in ragione di astratti princìpi dogmatici, bensì necessaria a soddisfare un'esigenza concreta di giustizia equitativa) è stata importata nel nostro ordinamento da menti raffinatissime.

---

[136] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

[137] Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10, nel dichiarare l'illegittimità della disposizione che introduceva un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax), ha statuito che «*è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro*», e ha precisato che «*Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i princìpi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo*».

[138] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

Eppure, la raffinata sentenza di Morelli non ha saputo tradursi in un principio giurisprudenziale estensibile anche al diritto sostanziale, perché la giurisprudenza successiva ha valorizzato soltanto uno dei due strumenti alternativi (la rimessione in termini per errore scusabile) individuati a risolvere il problema dell'ingiustizia della retroattività dell'*overruling*, lasciando sostanzialmente nell'oblio l'altro (e più audace, seppure timidamente affermato): «*l'esclusa operatività … della preclusione derivante dall'overruling*»[139].

La sentenza n. 15144/2011 è, dunque, un'occasione perduta.

Le sentenze gemelle del 2021 dell'Adunanza plenaria sono tutt'altro: applicano senza remore la tecnica del *prospective overruling,* addirittura nella sua forma più audace (*prospective prospective overruling*), ma lo fanno con eccessiva disinvoltura, con noncuranza dei presupposti che eccezionalmente consentono negli ordinamenti di *common law* e nella giurisprudenza comunitaria di proiettare nel presente e nel futuro gli effetti dell'interpretazione della norma, che *naturaliter* dovrebbe invece retroagire.

Ciò con riferimento, sia alla blanda selezione delle situazioni giuridiche soggettive resistenti all'*overruling* (è di chiara evidenza che i concessionari dei lidi non siano stati colti di sorpresa dall'affermazione dell'illegittimità comunitaria delle continue proroghe delle concessioni demaniali), sia all'affermazione del temporaneo divieto di disapplicare la norma nazionale confliggente con la norma comunitaria (la tecnica del *prospective overruling* non può essere intesa quale utile grimaldello per divellere i princìpi fondativi dell'Unione europea).

Così che, rappresentando la tecnica del *prospective overruling* come il *passe-partout* concettuale, utile a consentire ciò che il principio di legalità non consente, l'Adunanza plenaria conduce quel raffinato strumento processuale (che è un'idea e non un'ideologia) sulla strada accidentata del creazionismo giudiziario, esponendolo alla facile critica.

Quindi, tra occasioni perdute e false partenze, si può senz'altro affermare che il nostro sistema processuale disconosce la tecnica del *prospective overruling*, che è stata rappresentata nel nostro ordinamento, o in forma caricaturale (dall'Adunanza plenaria), oppure in una forma ancora embrionale (dalle Sezioni unite).

Tuttavia, non se ne può prescindere, perché le Sezioni unite del 2011 hanno dimostrato la sostenibilità dogmatica anche nel nostro ordinamento del *prospective overruling*, che, dunque, non potrà essere rifiuta-

---

[139] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

to nelle eccezionali situazioni nelle quali la naturale retroattività della nuova regola giurisprudenziale sia semplicemente inaccettabile e non possa essere in altro modo impedito un *summum ius in summa iniuria.*

Bibliografia

AULETTA F., *Irretroattività dell'overruling: come il "valore del giusto processo può trovare attuazione"*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011

AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Londra, 1885

BENTHAM J., *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, Londra, 1823

BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012

BIGIAVI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1933-1934

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England,* 1808

CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile,* Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019

CALZOLAIO E., *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione "civil law-common law"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009

CAPONI R., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.,* 2010

CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.,* 2011

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984

CARDOZO B.N., *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921

CARINGELLA F., *Brevi osservazioni sull'annullamento con effetti variabili del provvedimento amministrativo … "verso un annullamento a geometrie variabili?,* in *www.deiustitia.it*, 2016

CASSATELLA A., *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018

CAVALLA F., CONSOLO C., DE CRISTOFARO M., *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzioni dichiarativa della giurisprudenza,* in *Corr. giur.,* 2011

CAVINO M., *Diritto vivente*, in *Dig. Pubbl.*, Agg. 2010

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008

COMOGLIO P., *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013

CHIARLONI S., *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1989

CHIARLONI S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2002

CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939

CONDORELLI M., *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro it.*, 2018

CONDORELLI M., PRESSACCO L., *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. giust.*, 2018

CONDORELLI M., *Modulation des effets de l'annulation et protection de la sécurité juridique de la part du juge de l'excès de pouvoir*, in *Dir. econ.*, 2021

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile.* I. *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010

CONSOLO C., *La cassazione civile tra lacune legislative e vocazioni ordinamentali*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2012

CONSOLO C., *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato "internet addicted" e pure "veggente"*, in *Giur. cost.*, 2012

COSTANTINO G., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011

D'ALESSANDRO E., *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur*., 2010

DE SIANO A., *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Dir. proc. amm.*, 2019

DWORKIN R.M., *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977

EISENBERG M.A., *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988

ESPOSITO M., *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011

FABBRINI G., *Potere del giudice*, in *Enc. dir.,* XXXIV, Milano, 1985

FICCARELLI B., *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020

FISCH J.E., *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997

FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012

FOLLIERI E., *L'Adunanza plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i princìpi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. app.*, 2018

FULLER L.L., *The Morality of Law*, New Haven, 1962

GABOARDI M., *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017

GALGANO F., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012

GALLO C.E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.,* 2012

GIAVAZZI M., *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in *Riv. it. dir. pubbl.* com., 2019

GORLA G., *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi",* in *Foro it.,* 1976

LIEBMAN E.T., *Giudici legislatori?,* in *Riv. dir. proc.*, 1984

MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione,* in *Giorn. dir. amm.*, 2011

MCCAULEY LANDIS J., *Statute and the Source of Law*, in *Harvard J. Legis*, 1965

MENGONI L., *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, in AA.VV., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996

MERTENS DE WILMARS J., *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, in *SEW*, 1986

MERUSI F., B*uona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001

MONTESQUIEU C.L, *L'esprit des lois*, Parigi, 1748

NOVIELLO D., *L'ingiusta esclusione di tutela dell'affidamento della parte nell'ipotesi di overruling processuale determinato da interpretazione manipolativa ed ampliativa*, in *Corr. giur.,* 2020

NUNZIATA M., *La concessione dei posteggi per il commercio tra vincoli europei e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022

PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018

PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011

PROTO PISANI A., *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile,* in *Foro it.,* 2011

PROTO PISANI A., *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011

PUNZI C., *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali,* in *Riv. dir. proc.,* 2011

PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?,* in *Riv. dir. proc.*, 2012

RICCIO A., *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2006

ROLLI R., *Overruling nel diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contr. impr.*, 2013

RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006

RORDORF R., *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.,* 2017

RUFFINI G., *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1963

SANDULLI M.A., *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *www.federalismi.it*, 2021

SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989

SAITTA F., *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective 'overruling'*, in *giustamm.it,* 2018

SAITTA F., *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023

SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011

SORRENTI G., *La tutela dell'affidamento da overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *Riv. AIC*, 2012

TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, 1991

TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007

TARUFFO M., *Il fatto e l'interpretazione,* in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni,* Milano, 2012
TARUFFO M., *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2018
TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento dell'atto illegittimo"*, in *Urb. app.*, 2011
TROCKER N., *Civil Law e Common Law nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007
R.H.S. TUR, *Time and Law,* in *Oxf. J. Leg. Stud.,* 2002
VANZ M. C., *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016
VILLA A., *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018

Giurisprudenza

Corte di giustizia, 6/10/1982, causa 283/81, *Cilfit*
Corte costituzionale 13/4/1989, n. 232
Corte di giustizia, 22/6/1989, causa 103/88, *Costanzo*
Corte di giustizia, 21/2/1991, causa 143/88, *Zuckerfabrik*
Corte di cassazione, Sez. I, 11/6/2003, n. 9363
Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409-06, *Winner Wetten*
Corte di cassazione, Sez. un., 17/10/2010, n. 14627
Corte di cassazione, Sez. un., 8/1/2011, n. 2067
Consiglio di Stato, Sez. VI, 9/3/2011, n. 1488
Consiglio di Stato, sez. V, 13/5/2011, n. 2892
Corte di cassazione, Sez. un., 18/5/2011, n. 10874
Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144
Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755
Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*

Corte di cassazione, Sez. un., 20/6/2012, n. 10143
Corte costituzionale, 8/10/2012, n. 230
Corte di cassazione, Sez. un., 12/10/2012, n. 17402
Corte di cassazione, Sez. un., 6/11/2014, n. 23675
Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10
Corte di giustizia, 14/6/2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*
Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13
Consiglio di Stato, Ad. plen., 23/2/2018, n. 1
Corte di cassazione, Sez. I, 2/8/2018, n. 20472
Corte di giustizia, 19/12/2018, causa C-219/17, *Berlusconi*
Corte di cassazione, Sez. un., 12/2/2019, n. 4135
Corte di giustizia, 25/6/2020, causa C-24/19*, A e a.*
Consiglio di Stato, Sez. I, 30/6/2020, n. 1233
Corte di cassazione, Sez. lav., 14/1/2021, n. 552
Cassazione civile, Sez. un., 4/6/2021, n. 15569
Corte di giustizia, 22/6/2021, causa C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*
Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, n. 17
Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, n. 18
Corte di giustizia, 21/12/2021, causa C-497/20, *Randstad*

CAPITOLO QUINTO

LA GIUSTIZIA PROATTIVA

SOMMARIO: 5.1. Prolegomeni. – 5.2. *Actio finium regundorum*.– 5.3. La *pars construens*. – 5.4. La tecnica della giurisprudenza proattiva. – 5.5. Considerazioni conclusive.

5.1. Prolegomeni.

A volere definire la tecnica del *prospective overruling* nel nostro ordinamento, anzitutto, sarebbe meglio tradurre *overruling* in recesso dalla giurisprudenza consolidata[1].

Questo, sia per rivendicare l'originalità del modello italiano rispetto alle esperienze di altri ordinamenti (non solo di quelli di *common law*), sia perché la definizione qui suggerita pone in evidenza la fondamentale differenza tra la nostra esperienza e quella nordamericana: e cioè che il vincolo (e la certezza del diritto che quel vincolo garantisce) discende da un certo numero di sentenze che convergono nell'affermazione di un astratto principio di diritto (l'interpretazione della norma)[2]; mentre negli ordinamenti di *common law* il vincolo discende da una singola sentenza e dalla relazione di un principio di diritto con una specifica vicenda concreta (*ratio decidendi*), da distinguere dalle argomentazioni giuridiche che fuoriescono da quel rapporto di stretta continenza (*obiter dicta*)[3].

Allo stesso modo, bisognerebbe sostituire al sintagma *prospective overruling* l'equivalente italiano di recesso proattivo dalla giurisprudenza consolidata, che ad abbreviare si potrebbe anche definire nella sua sineddoche: giurisprudenza proattiva.

Ciò per una serie di concorrenti ragioni: (i) l'opportunità di abbandonare l'ingannevole riferimento all'*overruling* (che sulla vincolatività del precedente e sull'irrilevanza delle argomentazioni giuridiche astratte, derubricate a *obiter dicta,* si fonda[4]); (ii) la valorizzazione della regola giurisprudenziale, non solo per risolvere le controversie su vicende del passato («*cold facts*»), ma altresì per definire lo standard legale di condotta su vicende del presente («*hot*

---

[1] G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi"*, in *Foro it.*, 1976, V, 128.

[2] G. GORLA, op. ult. cit., 129.

[3] R. CROSS – J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 2004, 33.

[4] R. CROSS – J.W. HARRIS, op. e loc. cit.

facts»)[5]; (iii) il riferimento alla giurisprudenza consente di non perdere di vista le modalità dell'interpretazione evolutiva di un precetto scritto negli ordinamenti di *civil law*, quale sintesi di un numero adeguato di sentenze su vicende differenti, ma tuttavia concorrenti a fare emergere un astratto principio generale[6]; (iv) la funzionalizzazione della giurisprudenza al miglioramento del benessere legale, riducendo la conflittualità tra i soggetti di un ordinamento e assumendo un ruolo di guida delle loro scelte di comportamento, secondo le nuove prospettive del diritto preventivo[7] e proattivo[8]; (v) l'inserimento della giurisprudenza in un rapporto dialogico con il legislatore, così da consentirle di assolvere alla indispensabile funzione omeostatica dell'ordinamento, aggiornando il precetto scritto ai mutevoli princìpi sociali in continua evoluzione[9]; (vi) l'allocazione della mediazione tra i princìpi di legalità, di certezza del diritto e di tutela delle legittime aspettative all'interno della funzione di nomofilachia, che storicamente costituisce il *trait d'union* tra la legislazione e la giurisdizione[10], potendosi in essa distinguere uno scopo negativo (riformare la sentenza ingiusta) da uno positivo (individuare il corretto significato della norma)[11], e ponendosi il problema della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive nel rapporto con la tutela del diritto oggettivo in modo assolutamente differente sui due aspetti della nomofilachia.

L'originalità del modello italiano non discende dal luogo comune che negli ordinamenti di *common law* il giudice crea la norma (secondo l'equivoca formula «*judge-made law*»[12]), mentre in quelli continentali il giudice la interpreta soltanto: il distinguo non è tra *ars combinatoria* e *ars inveniendi,* secondo la partizione leibniziana richiamata da Galgano[13] a definire ciò che è creazionismo giudiziario.

Si è visto che il *prospective overruling* ha attecchito in un ordinamento (gli Stati Uniti) e soprattutto in un'epoca (gli inizi del secolo scorso[14]), dove

---

[5] L.M. BROWN, *The Law Office. A Preventive Law Laboratory*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1956, 940.
[6] G. GORLA, *Postilla*, cit., 129.
[7] L.M. BROWN, *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business,* New York, 1950.
[8] H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 24.
[9] G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982, 86.
[10] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile,* Milano-Torino-Roma, I, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019, 38
[11] P. CALAMANDREI, op. cit.,54.
[12] T.S. CURRIER, *Time and change in judge-made law: prospective overruling,* in *Va. L. Rev.*, 1965.
[13] F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 84.
[14] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

ancora primeggiava la teoria dichiarativa di Blackstone[15] (solo in seguito, a fatica e non senza inciampi[16], svelata nella sua inconsistenza dogmatica come «*a childish fiction*» nella valorizzazione della prospettiva critica di Austin[17]), e vi è altresì acquisizione dogmatica che vi è un inevitabile tratto di creatività nell'interpretazione delle norme[18], che si definiscono sempre più frequentemente attraverso concetti giuridici indeterminati, chiamati ad assolvere alla fondamentale funzione omeostatica dell'ordinamento[19].

Donde, l'esistenza di una sola interpretazione giurisprudenziale corretta (secondo la dogmatica neo-blackstoniana di Dworkin della sola risposta giusta – «*a single right answer*» –, che si impone al giudice come necessaria conseguenza della valutazione sufficientemente meditata del contesto giuridico – «*the legal landscape*»[20] –), in ogni singolo momento della continua evoluzione incrementale di una norma in relazione ai cangianti princìpi sociali, ma l'inevitabile emersione di plurimi e differenti interpretazioni lungo l'intero arco dello sviluppo diacronico di una regola giurisprudenziale (nella prospettiva darwiniana dello sviluppo ordinamentale indagata da Calabresi nella sua descrizione della interazione tra la giurisprudenza e la legge[21]).

Il problema della retroattività del recesso dalla giurisprudenza consolidata/*overruling* si pone, dunque, in entrambi i sistemi, e consegue al fatto innegabile che il giudice concorre all'evoluzione dell'ordinamento giuridico muovendosi negli spazi interstiziali lasciati liberi dalla definizione normativa della fattispecie giuridica, così da aggiornare la regola giurisprudenziale (il precedente/la giurisprudenza) al continuo fluire dei princìpi sociali[22].

La questione non attiene, dunque, al riconoscimento della giurisprudenza quale fonte normativa sostanziale (ciò che comporterebbe quale conseguenza naturale la proiezione dei suoi effetti solo verso il futuro), bensì all'emersione, in entrambi i sistemi, di un contrasto latente tra il principio di legalità e quelli di certezza del diritto e di tutela delle legittime aspettative di chi ha adeguato la sua condotta alla giurisprudenza dipoi rinnegata[23].

Quanto definisce la tecnica del *prospective overruling* (il recesso proattivo

---

[15] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 1808, 69.

[16] U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993).

[17] J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Londra, 1895, 321.

[18] L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018, 22.

[19] S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 103.

[20] R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977.

[21] G. CALABRESI, op. cit.

[22] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 128.

[23] G. GORLA, *Postilla*, cit., 136.

dalla giurisprudenza consolidata) nel senso di una matrice concettuale che consente la sintesi tra princìpi centrifughi attraverso una soluzione di compromesso, da individuarsi secondo il canone di proporzionalità[24]: il pieno riespandersi della legalità violata, che la sentenza rivoluzionaria consente, si arresta là dove il sacrificio delle legittime aspettative fondate sulla vecchia giurisprudenza è semplicemente insopportabile (non si giustifica nel rapporto costi individuali/benefici sociali[25]), a evitare la contraddizione di un *summum ius summa iniuria*.

5.2. *Actio finium regundorum*.

Sempre nel tentativo di rintracciare i punti di riferimento concettuali della tecnica della giustizia proattiva, bisogna distinguere ciò che appartiene al modello (la proiezione verso il presente e nel futuro della nuova interpretazione della norma) da ciò che, invece, ha solo una lata somiglianza con esso.

Così che bisogna escludere dal perimetro della giustizia proattiva la consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione sulla rimessione nei termini processuali per l'errore scusabile commesso da chi abbia agito in giudizio nel rispetto della regola giurisprudenziale esistente al momento del compimento dell'atto, ma poi abiurata dalla giurisprudenza successiva[26].

La rimessione nei termini (art. 153 c.p.c.) si rende necessaria proprio perché la nuova regola giurisprudenziale, che ha receduto dalla giurisprudenza consolidata, retroagisce i suoi effetti (diversamente non si sarebbe verificata la decadenza alla quale si vuole porre rimedio con la rimessione nei termini[27]), e, dunque, si tratta di vicenda processuale che si muove all'esterno del perimetro che definisce l'operatività della tecnica del *prospective overruling*[28].

Ugualmente, bisogna escludere dalla definizione della giustizia proattiva le sentenze del giudice amministrativo, nelle quali la statuizione di annullamento del provvedimento impugnato è edulcorata (a evitare che essa

---

[24] Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10.

[25] U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S 97, (1971).

[26] Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione 29/3/2011, n. 31, dal titolo *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*.

[27] B. FICCARELLI, *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1004.

[28] R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.,* 2011, I, 3347.

produca più danni di quanti sono i vantaggi, a protezione talvolta persino degli interessi di chi ha agito in giudizio) dalla previsione che gli effetti della sentenza opereranno solo *ex nunc*[29].

L'annullamento del provvedimento impugnato si giustifica proprio perché il sillogismo alla base della motivazione della sentenza inserisce nella premessa maggiore la nuova regola giurisprudenziale, conducendo all'affermazione dell'illegittimità di un provvedimento che appariva legittimo (perché conforme alla giurisprudenza consolidata) quando deliberato. Così che la negazione degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento non consegue dalla proiezione nel futuro degli effetti della nuova regola giurisprudenziale (ciò che costituisce il *proprium* della tecnica della giustizia proattiva), bensì dall'apprezzamento dell'opportunità di evitare che l'esercizio della funzione giurisdizionale sia distruttivo oltre la misura di ciò che è strettamente necessario ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale[30] (quali che siano le obiezioni e il fondamento di una siffatta tecnica processuale, si tratta tuttavia di questioni che nulla hanno a che fare con la giustizia proattiva).

Una volta che si sia individuato il perimetro della giustizia proattiva (l'efficacia nel tempo di una sentenza dichiarativa di una nuova regola giurisprudenziale che si sia affermata nell'interpretazione di un precetto scritto, sconvolgendo la giurisprudenza consolidata e con essa le legittime aspettative di chi aveva conformato nel passato la sua azione a quella vecchia regola giurisprudenziale), vi è altresì da considerare che il giudice nazionale, ogniqualvolta abbia ad applicare una norma del diritto UE o una norma o un provvedimento nazionale che su di essa trovino il loro fondamento o il loro impedimento, deve rispettare il riparto di giurisdizione che consegue al principio delle competenze di attribuzione (art. 5 TUE), e che assegna alla Corte di giustizia la giurisdizione esclusiva sugli atti comunitari[31].

Donde, la negazione dell'uso della tecnica della giustizia proattiva nel processo nazionale, al fine di impedire l'effetto retroattivo di una nuova regola giurisprudenziale che si sia formata sull'interpretazione di una norma nazionale di recepimento di una norma UE, e men che meno sull'esegesi dello stesso precetto scritto della norma comunitaria[32].

Il *prospective overruling* non consegue alla definizione dogmatica del rapporto tra il giudice e la legge, ad assegnare alla giurisdizione una funzione quasi

---

[29] Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755.

[30] F. SAITTA, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective 'overruling'*, in *giustamm.it,* 2018.

[31] Corte di giustizia, 22/10/1987, causa 314/1985, *Foto-Frost.*

[32] Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409/06, *Winner-Wetten.*

legislativa[33], giacché l'esperienza giurisprudenziale nordamericana, all'interno della quale la tecnica è stata elaborata, non ha mai ripudiato del tutto la teoria dichiarativa di Blackstone, ma l'ha piuttosto aggiornata alle più recenti acquisizioni dogmatiche che riconoscono che il giudice (non solo quello di *common law*) gode di un inevitabile margine di scelta tra concorrenti opzioni interpretative del precetto scritto, così che l'interpretazione è inevitabilmente discrezionale e, perciò, dagli esiti incerti (logica *fuzzy*), quantunque normalmente prevedibili, perché si muove all'interno di un quadro di riferimento definito dai princìpi dell'ordinamento[34], ma talvolta è invece rivoluzionaria, epperció eccezionalmente imprevedibile[35].

A forza di togliere, si è giunti con ciò a individuare cos'è la giustizia proattiva: una tecnica processuale emergente nella prassi giurisprudenziale per consentire al giudice di emanciparsi dall'effetto cogente del precedente (negli ordinamenti di *common law*) o persuasivo della giurisprudenza consolidata (negli ordinamenti continentali), senza con ciò pregiudicare (se non nella stretta misura in cui sia necessario a conciliare il principio di legalità con la certezza del diritto) le legittime aspettative di chi aveva, in buona fede, agito facendo affidamento sulla regola giurisprudenziale consolidata, poi improvvisamente (senza momenti di discontinuità e incoerenza che facessero presagire l'evoluzione) ripudiata.

5.3. La *pars construens*.

Così definita la tecnica della giustizia proattiva (sgombrato il campo da ingannevoli somiglianze), è agevole descriverne il funzionamento e, altresì, individuarne la giustificazione costituzionale.

Pare utile incominciare da qui.

Il fondamento costituzionale della giustizia proattiva è nel principio della certezza del diritto e nel suo rapporto con il principio di legalità, a consentire che le legittime aspettative di chi aveva adeguato la propria condotta alla vecchia regola giurisprudenziale (la *guidance* che definisce la fondamentale funzione di una norma secondo i princìpi della *rule of law*[36]) non siano frustrate (o perlomeno lo siano nella stretta misura necessaria a ripristinare

---

[33] B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921, 147.

[34] R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977.

[35] B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling,* in *U. Pa. L. Rev.*, 1960, 10.

[36] C. SAMPFORD, *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006, 56.

la legalità violata) da un repentino cambio di quella giurisprudenza consolidata.

Si ha conferma di ciò nella sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015: (i) «*Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i princìpi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo*»; (ii) «*gli interventi … che regolano gli effetti temporali della decisione devono essere vagliati alla luce del principio di stretta proporzionalità. Essi debbono, pertanto, essere rigorosamente subordinati alla sussistenza di due chiari presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più princìpi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco*»[37].

È la medesima conclusione alla quale siamo giunti al termine della nostra indagine, cominciando dalle origini della tecnica del *prospective overruling* in Nordamerica secondo l'iniziale intuizione di Cardozo e la sua lenta assimilazione all'interno di un ordinamento nel quale la giurisprudenza è divenuta subalterna a una legislazione sempre più invasiva[38], passando attraverso la sua accidentata estensione alla Gran Bretagna (dove più forte è il vincolo dello *stare decisis* e ancora attuale la teoria dichiarativa di Blackstone, anche nella sua versione più radicale) e valorizzando, infine, le coincidenti acquisizioni della giurisprudenza UE (conseguenti all'impropria estensione analogica del precetto scritto dell'art. 264, paragrafo 2, TFUE alle sentenze sui rinvii pregiudiziali di interpretazione ex art. 267 TFUE).

In quelle poche righe c'è tutto quanto serve a legittimare la tecnica della giustizia proattiva nel nostro ordinamento: il recesso repentino (non avvisato da momenti di discontinuità) dalla giurisprudenza consolidata pone in occasionale contrasto i princìpi della certezza del diritto e della legalità, e perciò (come accade ogniqualvolta vengano a confliggere princìpi costituzionali di uguale valore) vi è da operare un loro bilanciamento (ciò che impedisce la piena soddisfazione di uno soltanto di essi).

Come affermato dal nostro giudice delle leggi, «*La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e*

---

[37] Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10.

[38] J. DAVIES, *A Response to Statutory Obsolescence. The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979, 7.

vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»[39].

Eppure, dall'insegnamento della Corte costituzionale discende, altresì, un limite (non negoziabile) all'esercizio della giustizia proattiva.

Quella sintesi tra princìpi e valori concorrenti, a impedire che uno dei diritti riconosciuti dalla Costituzione divenga «… *"tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette*»[40], è consentita solo se si tratta di diritti con uguale valore costituzionale.

Ciò che non è nel rapporto tra la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive e la certezza del diritto.

Il principio della certezza del diritto, per pacifica acquisizione dogmatica, è un principio relativo[41], e, perciò, è inevitabilmente recessivo rispetto al principio di effettività della tutela giurisdizionale, che è invece annoverato tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. ed è dichiarato uno dei princìpi supremi del nostro ordinamento, intimamente connesso con il principio di democrazia[42]. Così che è da escludere la possibilità di sacrificare il diritto alla tutela giurisdizionale a vantaggio di altri concorrenti princìpi costituzionali, come statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 232/1989, a ipotizzare che il *prospective overruling* della Corte di giustizia sui rinvii pregiudiziali di interpretazione potesse violare un controlimite, per l'appunto individuato nell'art. 24 Cost.[43].

Quanto esclude che si possa adottare nel nostro ordinamento la tecnica del *pure prospective overruling*; essendo piuttosto ammissibile una giurisprudenza proattiva selettiva, che distingua lo scopo negativo della funzione di nomofilachia (annullare la sentenza ingiusta e con ciò tutelare chi sia stato leso nei suoi diritti) da quello positivo (connettere il precetto scritto ai princìpi sociali in continua evoluzione, aggiornando l'interpretazione della norma, al fine di guidare i futuri comportamenti dei soggetti dell'ordinamento): così da risolvere la controversia per cui è causa, inevitabilmente, facendo applicazione della nuova regola giurisprudenziale e potendo, semmai, calibrare gli effetti della sentenza assegnandoli al futuro solo con riferimento ad altre controversie non ancora *sub iudice*.

---

[39] Corte costituzionale, 9/5/2013, n. 85.

[40] Corte costituzionale, 9/5/2013, n. 85.

[41] G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 109 ss.

[42] Corte costituzionale, 2/2/1982, n. 18.

[43] Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232, nel riferimento a quanto statuito da Corte di Giustizia, 22/5/1985, causa 33/84, *Fragd*.

Ciò quantunque, come l'esperienza nordamericana ci insegna, l'uso selettivo del *prospective overruling* produca inevitabilmente disuguaglianze tra soggetti che si trovano nella medesima situazione sostanziale in ragione soltanto del momento in cui i differenti soggetti dell'ordinamento hanno deciso di agire in giudizio per la tutela dei loro diritti[44]. Ma quell'ingiustizia è stata ritenuta (e, in effetti, a certe condizioni si può ritenere) una conseguenza accettabile (perché inevitabile) per consentire la convivenza del principio di legalità con quello di certezza del diritto, all'interno di un ordinamento dove gli sviluppi della giurisprudenza non sono sempre prevedibili e talvolta sono persino rivoluzionari[45].

5.4. La tecnica della giurisprudenza proattiva.

A questo punto, definito il modello della giustizia proattiva e individuata la sua legittimazione costituzionale, è giunto il momento di vedere come esso deve funzionare nel nostro ordinamento, se non vuole tradire il modello originale (che è un adattamento del *prospective overruling* nordamericano al nostro formante giurisprudenziale nella sua interazione con la legge nazionale e con il diritto UE).

Come si è scritto, non è possibile definire la tecnica attraverso il diritto vivente, perché vi sono state solenni affermazioni del *prospective overruling*[46] (che però non è in sé un principio, bensì più semplicemente una tecnica

---

[44] L'ingiustizia del *selective prospective overruling* è resa evidente in Supreme Court of Illinois, *Molitor v. Kaneland Community Unit Dist.,* 18 Ill. 2d 11 (1959) 163 N.E.2d 89, nell'opinione dissenziente del giudice Davis: «*The principle announced by the court is an aborted offspring of the Sunburst theory ... Eighteen pupils of defendant school district were riding on its bus on March 10, 1958, when the bus crashed into a culvert which resulted in an explosion of the gasoline tank whereby most of them were burned and injured … When we consider that under the court's decision only Thomas Molitor can recover even though the other pupils were similarly injured in the same accident, the position of the court becomes even less tenable*».

[45] U.S. Supreme Court, *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967): «*That they must be given that benefit is, however, an unavoidable consequence of the necessity that constitutional adjudications not stand as mere dictum. Sound policies of decision-making, rooted in the command of Article III of the Constitution that we resolve issues solely in concrete cases or controversies, and in the possible effect upon the incentive of counsel to advance contentions requiring a change in the law, militate against denying Wade and Gilbert the benefit of today's decisions. Inequity arguably results from according the benefit of a new rule to the parties in the case in which it is announced, but not to other litigants similarly situated in the trial or appellate process who have raised the same issue. But we regard the fact that the parties involved are chance beneficiaries as an insignificant cost for adherence to sound principles of decision-making*».

[46] Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144.

per conciliare princìpi che entrano occasionalmente tra loro in conflitto), ma soltanto saltuarie e incoerenti applicazioni, com'è stato nella giurisprudenza della Corte di cassazione nell'eccessiva cautela che l'ha indotta a ripiegare sulla rimessione nei termini processuali[47] e nell'azzardo dell'Adunanza plenaria che, invece, si è spinta a praticare il *prospective prospective overruling* a tutela di situazioni giuridiche sconnesse da legittime aspettative realmente fondate sulla regola giurisprudenziale consolidata, tradite da un repentino mutamento della giurisprudenza, per di più invadendo ambiti di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia[48].

Nella definizione della tecnica bisogna, dunque, partire dall'esperienza nordamericana e adeguarla alle caratteristiche del nostro ordinamento.

Conviene cominciare dalla sentenza *Chevron Oil*[49]: «*Nelle cause dove ci siamo posti il problema della irretroattività, abbiamo solitamente valutato tre distinti aspetti. In primo luogo, la sentenza deve stabilire un nuovo principio di diritto, o perché riformula un chiaro precedente del passato sul quale le parti avevano fatto affidamento ... o perché chiarisce un principio in precedenza dubbio. Secondariamente, bisogna confrontare i costi e i benefici della scelta, valorizzando il contesto come definito dalla vecchia regola, la funzione e gli effetti di quella nuova, e quindi valutare se la sua applicazione retroattiva possa frustrare o invece favorire la sua operatività ... Infine, abbiamo valutato se l'irretroattività fosse necessaria a evitare risultati sostanzialmente iniqui, ingiustizie o pregiudizi*».

Non vi è ragione di deflettere da quelle tre regole; anche nel nostro ordinamento, la giurisprudenza proattiva è consentita a condizione che: (i) sia stata ripudiata una regola giurisprudenziale consolidata sulla quale le parti avevano fatto affidamento; (ii) la valutazione delle conseguenze della scelta nel rapporto costi/benefici induca a escludere la retroattività della nuova regola giurisprudenziale; (iii) la retroattività produca risultati iniqui (e simmetricamente l'irretroattività non produca ingiustizie o pregiudizi insopportabili).

Ciò che può ricondursi al principio di proporzionalità, ben noto e sperimentato nel sindacato giurisdizionale sulle scelte di discrezionalità amministrativa[50].

In una certa misura (lá dove il contrasto tra princìpi costituzionali rende necessario un compromesso), il principio di proporzionalità è utile anche a sorvegliare l'esercizio della discrezionalità giurisdizionale, per sottrarla all'arbitrio del giudice.

---

[47] Corte di cassazione, Sez. un., 17/10/2010, n. 14627.

[48] Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, nn. 17 e 18.

[49] U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co . v. Huson*, 404 U.S 97, (1971).

[50] D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 903 ss.

La modulazione nel tempo degli effetti della sentenza è giustificata se è: (i) idonea (persegue l'obiettivo di tutelare le legittime aspettative di chi nel passato aveva adeguato la sua condotta alla giurisprudenza consolidata); (ii) necessaria (il sacrificio del principio di legalità è consentito nella stretta misura in cui sia necessario alla tutela della certezza del diritto e delle legittime aspettative); (iii) adeguata (il sacrificio dei diritti fondati sulla nuova regola giurisprudenziale non deve provocare ingiustizie o pregiudizi insopportabili, come sarebbe nel caso che si volesse negare la retroattività alle controversie *sub iudice* o si violassero altri diritti fondamentali della persona rilevanti ex art. 2 Cost.).

Quanto consente di verificare *ab externo* il corretto uso della tecnica del *prospective overruling* (meglio, giustizia proattiva) sino a oggi da noi sperimentata come una sorta di insindacabile principio equitativo, dagli esiti applicativi imprevedibili e, talvolta, anche sorprendenti.

A questo fine, si vorrà poi considerare che il sintagma «*giurisprudenza consolidata*» è una formula per definire la convergenza di una serie di sentenze nell'affermazione di un comune principio giuridico. Così che i momenti di discontinuità, che nella giurisprudenza della Corte Suprema consentono di far retroagire una nuova regola giurisprudenziale e che nell'ordinamento nordamericano sono individuati nelle «*dissenting opinion*» di alcuni dei suoi giudici[51], nel nostro ordinamento (nel quale non è consentito al giudice di rendere pubblico il proprio dissenso dalla decisione della maggioranza) si manifestano nell'emersione di contrasti in giurisprudenza. Così che è ragionevole escludere la necessità di declinare la sentenza nelle forme della giurisprudenza proattiva (*prospective overruling*) a tutela di chi abbia scelto di conformarsi a uno dei contrastanti orientamenti (nel processo, là dove l'incertezza si traduce di per sé in un ingiusto pregiudizio, si potrà sempre disporre la rimessione nei termini processuali, senza bisogno di attivare la tecnica della giurisprudenza proattiva).

Si dovrà, anche, considerare che la tecnica della giurisprudenza proattiva, nell'unica forma costituzionalmente ammissibile del *prospective overruling* selettivo, impone di distinguere l'attività negativa del giudice (l'annullamento della sentenza contraria alla legge) da quella positiva (l'individuazione della nuova regola giurisprudenziale per guidare le scelte future dei soggetti dell'ordinamento)[52], così che essa deve intendersi come esclusiva dei giudi-

---

[51] M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 128.

[52] F.P LUISO., *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 821.

ci della nomofilachia[53], cui sono attribuite entrambe le funzioni giurisdizionali.

Negli ambiti dove il diritto nazionale si interseca con il diritto UE, bisognerà altresì rispettare il perimetro della giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia, alla quale soltanto compete di proiettare verso il futuro la nuova interpretazione della norma comunitaria, che rompe con l'ermeneutica della tradizione, potendo la giustizia proattiva essere anticipata dal giudice nazionale («*anticipatory overruling*»), solo nell'esercizio delle prerogative e nel rispetto delle modalità definite nella sentenza *Inter-Environnement Wallonie*[54]: (i) la norma del diritto nazionale che si vuole applicare, quantunque formalmente illegittima, costituisca una misura di sostanziale trasposizione del diritto dell'Unione; (ii) l'adozione e l'entrata in vigore di una nuova disposizione del diritto nazionale non consentano di evitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla disapplicazione della vecchia norma; (iii) dalla disapplicazione della norma nazionale consegua un vuoto giuridico relativo alla trasposizione del diritto UE che risulterebbe ancor più pregiudizievole, nel senso che tale disapplicazione si risolverebbe in una minore protezione finendo, quindi, per contrastare con l'essenziale obiettivo del diritto dell'Unione; (iv) il mantenimento eccezionale degli effetti della disposizione del diritto nazionale in contrasto con il diritto UE copra soltanto il lasso di tempo strettamente necessario all'adozione delle misure che consentano di rimediare all'irregolarità accertata[55].

5.5. Considerazioni conclusive.

Giunti al termine, è opportuno fare una sintesi.

---

[53] F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 475: «*L'applicazione del prospective overruling da parte dell'organo della nomofilachia non pone, dunque, i problemi cui dà vita la modulazione temporale delle sentenze di annullamento da parte delle sezioni semplici, che finisce per assimilare impropriamente le sentenze costitutive a quelle interpretative*»

[54] Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11.

[55] T. LOCK, *Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive?: Inter-Environnement Wallonie,* in *CMLR*, 2013, 218 e 222: «*The judgment raises important questions of national procedural autonomy, whether procedural requirements can be overridden by substantive considerations and, more generally, whether there is a right for Member States to derogate from directives …The Advocate General suggested that this would not be the case if the provisions applying in lieu of the contested decision were less advantageous to the environment than the contested decision. It seems that the Court had this argument in mind when making its judgment. But the Court's reasoning lacks the clarity of the Advocate General's argument and is potentially confusing*».

La tecnica del *prospective overruling* nasce negli USA pressoché un secolo fa[56], in risposta a un problema concreto (la necessità di liberare l'interpretazione della norma dal vincolo dello *stare decisis* per consentire l'evoluzione della regola giurisprudenziale in accordo con i mutati princìpi sociali, senza tuttavia pregiudicare la certezza del diritto che quel tradizionale vincolo mira a proteggere[57]). Non è un caso che ciò sia accaduto in concomitanza con l'avvio del *New Deal,* su impulso di Cardozo (uno dei maggiori sostenitori del programma riformatore di Roosevelt all'interno della Corte Suprema). Quando, cioè, divenne impellente l'esigenza di modificare il diritto giurisprudenziale, piuttosto statico sino ad allora (secondo il motto «*continuity and change*»[58]), nel soddisfacimento dei nuovi princìpi sociali incessantemente emergenti in una società in veloce evoluzione, a contrastare lo *status quo,* avvertito come non più adeguato rispetto a quelle nuove esigenze di cambiamento[59]. E non sorprende, dunque, che l'uso della tecnica ideata da Cardozo negli anni '30 del secolo scorso sia stato frequente a partire dagli anni '60, sia divenuto sporadico negli anni '80, per scomparire quasi dai repertori di giurisprudenza sul finire del secolo, quando la necessità di cambiamento della società americana divenne meno impellente[60].

All'epoca della sua comparsa sulla scena, già si dubitava della validità della teoria dichiarativa di Blackstone[61]; ma la critica della dottrina[62] non era ancora riuscita a influenzare la giurisprudenza, che era saldamente fondata sull'illusione di un giudice *bouche de la loi*[63], così che è da escludere una sua derivazione dal creazionismo giudiziale[64].

Donde, l'errore di proiettare le traiettorie del *prospective overruling* all'esterno del positivismo giuridico, nell'ingannevole prospettiva dell'equivoca formula «*judge-made law*»[65].

Tuttavia, l'acquisizione dogmatica della teoria neo-blackstoniana di Dworkin della sola risposta giusta («*a single right answer*»), che si impone al giudice come necessaria conseguenza della valutazione sufficientemente

---

[56] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).
[57] M.A. EISENBERG, op. cit., 126.
[58] G. CALABRESI, op. cit.
[59] G. GILMORE, *The ages of American Law*, 1977, 95.
[60] S.J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y,* 2018, 413.
[61] W. BLACKSTONE, op. cit., 69.
[62] J. AUSTIN, op. cit., 321.
[63] C.L. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Parigi, 1748, Libro 11, Capitolo VI.
[64] U.S. Supreme Court, *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824).
[65] T.S. CURRIER, op. cit.

meditata del contesto giuridico («*the legal landscape*»)[66], svela che anche la più rigida prospettiva positivista non consente di sfuggire all'evidenza della discrezionalità del giudice nell'interpretazione di un precetto scritto[67], che sempre più frequentemente si definisce nel rinvio a un concetto giuridico indeterminato[68].

Quanto connette la norma scritta con i princìpi[69], e inevitabilmente la apre al cambiamento[70], normalmente secondo dinamiche evolutive (in quanto tali prevedibili), ma talvolta anche rivoluzionarie.

Ed è, appunto, sull'imprevedibilità dei cambiamenti rivoluzionari che si realizza il contrasto tra il principio di legalità e la certezza del diritto[71].

Questa è la situazione che consente al giudice della nomofilachia di distinguere lo scopo negativo della sua giurisdizione (l'affermazione del diritto di chi si rivolge al giudice per ottenere giustizia) da quello positivo (l'interpretazione della norma per guidare le scelte degli individui)[72], proiettando eventualmente (quando la certezza del diritto e la tutela delle legittime aspettative lo richiedono) gli effetti della sua sentenza nel futuro, facendo tuttavia sempre retroagire la nuova regola giurisprudenziale alla controversia *sub iudice*.

Quanto corrisponde alla tecnica statunitense del *selective prospective overruling*[73].

Nulla di eversivo, dunque.

Gli elementi costitutivi della giurisprudenza proattiva (l'uso politico della funzione di nomofilachia, a distinguere gli effetti inevitabilmente retroattivi dell'annullamento della sentenza ingiusta da quelli proiettati nel futuro della uniformazione della interpretazione giurisprudenziale della norma) erano già tutti nell'insegnamento di Calamandrei, nella sua impareggiabile opera

---

66 R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977.

67 U. MATTEI – E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 234 e 235.

68 S. RODOTÀ, op. cit., 103.

69 R.M. DWORKIN, op. cit., 1977.

70 F.P. LUISO, *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 82: «*L'evoluzione della giurisprudenza è necessaria, perché è lo stesso ordinamento ad evolversi, perché è la stessa società a cambiare. Solo che l'evoluzione dev'essere guidata e meditata non può aver luogo con salti in avanti o fughe all'indietro, oppure, sincronicamente, a macchia di leopardo*».

71 J.E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1100 ss.

72 P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, II, 1920, ora anche in Opere giuridiche, VI, Roma, 2019, 54.

73 M.A. EISENMBERG, op. cit., 128.

data alle stampe nel 1920[74], prima ancora che il *prospective overruling* facesse la sua comparsa nella giurisprudenza statunitense[75] e anche prima che Cardozo elaborasse la sua teoria[76].

Così che non costituisce certo un azzardo (bensì il soddisfacimento di una esigenza da tempo avvertita) la modulazione nel tempo degli effetti di una innovativa interpretazione che recede dalla giurisprudenza consolidata.

Ciò a condizione che se ne faccia un uso equilibrato, vale a dire rispettoso del principio di proporzionalità: e, quindi, la negazione della naturale retroattività dell'interpretazione giudiziale sia idonea, necessaria e adeguata a consentire la convivenza del principio di legalità con quelli della certezza del diritto e delle legittime aspettative di chi aveva fatto affidamento sulla giurisprudenza consolidata e che rischia altrimenti di essere ingiustamente (quantunque legalmente) pregiudicato dall'imprevedibile recesso da quella regola giurisprudenziale.

Dottrina

AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, Londra, 1895

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England,* 1808

BROWN L.M., *The Law Office. A Preventive Law Laboratory*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1956

BROWN L.M., *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business,* New York, 1950

CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile,* Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019

CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.,* 2011

CARDOZO B.N., *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921

CROSS R. – HARRIS J.W., *Precedent in English Law*, Oxford, 2004, 33.

CURRIER T.S., *Time and change in judge-made law: prospective overruling*, in *Va. L. Rev.*, 1965

DAVIES J., *A Response to Statutory Obsolescence. The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979

---

[74] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in Opere giuridiche, VI, Roma, 2019.

[75] U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

[76] B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process,* New Haven, 1921.

DWORKIN R.M., *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977

EISENBERG M.A., *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988

FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018

FICCARELLI B., *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020

FISCH J.E., *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2019

GALGANO F., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012

GILMORE G., *The ages of American Law*, 1977

GORLA G., *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi",* in *Foro it.,* 1976

HAAPIO H., *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View,* in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006

HAMMER S.J., *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y,* 2018

LEVY B.H., *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1960

LUISO F.P., *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003

MATTEI U. –ARIANO E., *Il modello di common law*, Torino, 2018

MONTESQUIEU C.L., *L'esprit des lois*, Parigi, 1748

PINO G., *La certezza del diritto nello Stato costituzionale, in AA.VV., Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto, Napoli, 2018*

RODOTÀ S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009

SAMPFORD C., *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006

SAITTA F., *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective 'overruling'*, in *giustamm.it,* 2018

SAITTA F., *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023

Giurisprudenza

U.S. Supreme Court, *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824)

U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932)
Supreme Court of Illinois, *Molitor v. Kaneland Community Unit Dist.,* 18 Ill. 2d 11 (1959) 163 N.E.2d 89
U.S. Supreme Court, *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967)
U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co . v. Huson*, 404 U.S 97, (1971)
Corte costituzionale, 2/2/1982, n. 18
Corte di Giustizia, 22/5/1985, causa 33/84, *Fragd*
Corte di giustizia, 22/10/1987, causa 314/1985, *Foto-Frost*
Corte costituzionale, 13/4/1989, n. 232
U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993)
Corte di giustizia, 8/9/2010, causa C-409/06, *Winner-Wetten*
Corte di cassazione, Sez. un., 17/10/2010, n. 14627
Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144
Corte di giustizia, 28/2/2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*
Corte costituzionale, 9/5/2013, n. 85
Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10
Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, n. 17
Consiglio di Stato, Ad. plen., 9/11/2021, n. 18

Collana *CERIDAP*

1. G. CARULLO, P. PROVENZANO (a cura di), *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, 2020
2. M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo*, 2021
3. G. CARULLO, *L'amministrazione quale piattaforma di servizi digitali*, 2022

Finito di stampare nel mese di marzo 2023
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli