

---

# *Diritto e processo amministrativo*

---

**Edizioni Scientifiche Italiane**

# Diritto e processo amministrativo

*Rivista trimestrale*

Anno XVII – n. 2/2023



**Edizioni Scientifiche Italiane**

#### Direttori

Luigi BENVENUTI, Giuseppe CAIA, Marcello CLARICH, Alfredo CORPACI, Vittorio DOMENICHELLI, Rosario FERRARA, Eremio FERRARI, Enrico FOLLIERI, Carlo Emanuele GALLO, Lucio IANNOTTA, Nino LONGOBARDI, Enzo Maria MARENGHI, Francesco MERLONI, Eugenio PICOZZA, Andrea PUBUSA, Paolo URBANI

#### Direttore responsabile

Enrico FOLLIERI

#### Comitato scientifico

Sergio AGRIFOGLIO, Nicola AICARDI, Massimo ANDREIS, Francesco ASTONE, Antonio BARONE, Barbara BOSCHETTI, Salvatore CIMINI, Stefano COGNETTI, Alfredo CONTIERI, Daniele CORLETTI, Andrea CRISMANI, Alessandro CROSETTI, Vera FANTI, Claudio FRANCHINI, Giovanni LEGNE, Sebastiano LICCIARDELLO, Alessandro LOLLI, Paola LOMBARDI, Roberta LOMBARDI, Francesco MANGANARO, Agostino MEALE, Remo MORZENTI PELLEGRINI, Viviana MOLASCHI, Giorgio ORSONI, Vera PARISIO, Sergio PERONGINI, Aristide POLICE, Fabio SAITTA, Giovanni Antonio SALA, Maria Alessandra SANDULLI, Michael SCIASCIA, Stefano Salvatore SCOCA, Ernesto STICCHI DAMIANI, Fabrizio TIGANO, Luisa TORCHIA, Michele TRIMARCHI, Diego VAIANO e Alberto ZITO

#### Comitato editoriale

Vittoria BERLINGO, Ada CALDARERA, Giuseppe CAMMAROTA, Enza CARACCIOLLO LA GROTTIERA, Stefano COLOMBARI, Gabriella CREPALDI, Mariaconchetta D'ARIENZO, Leonardo DI CARLO, Andrea DI LIETO, Alessandra FABRI, Gianfrancesco FIDONE, Giuliano FONDERICO, Carmencita GUACCI, Fabrizio LOFOCO, Francesca MITE, Alberto MORBIDELLI, Lucia MURGOLO, Michela MUTI, Clara NAPOLITANO, Angelo Giuseppe OROFINO, Chiara ORREI, Michela PETRACHI, Gianmarco POLI, Francesca PUBUSA, Stefania PUDDU, Enza ROMANO, Anna ROMEO, Rosaria RUSSO, Nicola SCOTTO DI VETTIMO, Paolo TANDA, Stefano TATTI, Marco TIBERII, Giuseppe TROPEA, Graziana URBANO, Domenico VESE, Cristina VIDETTA, Stefano VILLAMENA, Francesco ZAMMARTINO

#### Comitato scientifico per la valutazione, estraneo ed indipendente dalla direzione e gestione della rivista

Piergiorgio ALBERTI, Mario CALDARERA, José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAJOR, Vincenzo CERULLI IRELLI, Giovanni DUNI, Françoise FRAYSSE, Vittorio ITALIA, Gérard MARCOU, Mario Alberto QUAGLIA, Salvatore RAIMONDI, Nazareno SAITTA, Filippo SALVIA, Franco Gaetano SCOCA, Ernesto STICCHI DAMIANI, Aldo TIGANO, Riccardo VILLATA

I contributi inviati alla rivista sono sottoposti, in forma anonima, a due componenti del Comitato scientifico per la valutazione, scelti considerando l'affinità del tema del contributo agli interessi di studio e di ricerca dei valutatori, ed in modo da assicurare una rotazione, e coperti da anonimato; i contributi vengono pubblicati se ottengono il giudizio positivo di tutti e due i valutatori o anche di uno solo di essi, se la direzione lo riterrà. Non sono sottoposti alla valutazione i contributi degli autori di chiara fama. Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni di Diritto e processo amministrativo*.

Hanno collaborato a questo numero:

Luigi BENVENUTI, ordinario di diritto amministrativo, Università di Venezia; Giovanni BOTTO, dottorando in Security and Law, Università di Genova; Paolo BRAMBILLA, dottore di ricerca in Diritto Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro, Università Ca' Foscari Venezia; Enrico FOLLIERI, docente di diritto amministrativo, Università Telematica Pegaso Napoli; Carlo Emanuele GALLO, ordinario di diritto amministrativo, Università di Torino; Massimo GIAVAZZI, associato di diritto amministrativo, Università "Parthenope" di Napoli; Raffaele MANFRELLOTTI, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Napoli Federico II; Pier Marco Rosa SALVA, docente a contratto di Diritto Amministrativo e Diritto Amministrativo Comparato ed Europeo, Università di Udine; Paolo TANDA, associato di diritto amministrativo, Università telematica "Niccolò Cusano" - Roma; Michele TRIMARCHI, ordinario di diritto amministrativo, Università di Foggia

La traduzione degli *abstract* in inglese, quando non redatta dagli autori, è stata eseguita dalla prof.ssa Vera FANTI  
*Gli indici della rivista sono consultabili sul sito della casa editrice*  
[www.edizioniiesi.it](http://www.edizioniiesi.it)

Indirizzo redazione: Enrico Follieri Via Indipendenza, 35 - 71036 Lucera (FG)

e-mail: [enrico.follieri@efalex.it](mailto:enrico.follieri@efalex.it); tel.: 0881/520848; 520980.

Segretaria di redazione: Carmela Giambattista

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, n. 100 del 20 novembre 2006.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78.

## INDICE

LUIGI BENVENUTI, <i>Il comune italiano da Santi Romano ai lavori della costituente. Profili finanziari</i>	279
ENRICO FOLLIERI, <i>Cittadino e pubblica amministrazione</i>	295
CARLO EMANUELE GALLO, <i>Il metodo giuridico nella riflessione di Ignazio Maria Marino</i>	309
RAFFAELE MANFRELLOTTI, <i>L'eccesso di potere come vizio causale dell'atto amministrativo</i>	327
MICHELE TRIMARCHI, <i>Giacomo Macrì e la partizione delle scienze amministrative</i>	353
MASSIMO GIAVAZZI, <i>Le origini del prospective overruling</i>	369
PAOLO TANDA, <i>Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo illegittimo: disapplicazione o doveroso accertamento dell'illecito urbanistico nel caso di lavori effettuati sulla base di permesso edilizio illegittimo?</i>	409
PAOLO BRAMBILLA e PIER MARCO ROSA SALVA, <i>Alla ricerca di una tutela per i concessionari dei beni demaniali marittimi: l'art. 49 cod. nav. sotto la lente della Corte di giustizia</i>	437
GIOVANNI BOTTO, <i>Giustizia predittiva e sentenza in forma semplificata: alcuni spunti per una (razionale) applicazione dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo</i>	493

MASSIMO GIAVAZZI

LE ORIGINI  
DEL PROSPECTIVE OVERRULING

SOMMARIO: – 1. Il diritto di formazione giudiziale. – 2. L'ingannevole prospettiva: il creazionismo giudiziario. – 3. Il *common law* nell'era della legislazione. – 4. Il dialogo evolutivo e l'uso proattivo della giurisdizione. – 5. La discrezionalità giudiziale. – 6. *L'overruling*. – 7. La dimensione morale della *rule of law*. – 8. Il problema della retroattività. – 9. Il *prospective overruling* nella prassi. – 10. Alcuni spunti di riflessione per una dogmatica del *prospective overruling*.

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

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!<sup>4</sup>), bisogna trovare un'altra forma di legittimazione del comando, oltre la sovranità (la volontà di chi non è subordinato all'altrui volontà)<sup>5</sup>.

Quanto impone di cercare altrove la giustificazione della legge<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> J. AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined*, 1832, rist. Cambridge 2009.

<sup>2</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 2009, 3.

<sup>3</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2012, 111.

<sup>4</sup> Già Sant'Agostino avvertiva: «Quam similia sint latrociniiis regna absque iustitia» (Aurelius Augustinus Hipponensis, *De Civitate Dei*, IV).

<sup>5</sup> H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in R.M. DWORKIN, *The Philosophy of Law*, 2010, 19.

<sup>6</sup> T. BINGHAM, *The rule of Law*, London, 2011, 160.

e induce a riproporre la distinzione cara ai positivisti inglesi<sup>7</sup> – il diritto com'è e come dovrebbe essere – nella prospettiva di un diverso (rispetto a quello morale) modello<sup>8</sup>, secondo l'insegnamento di Coke: «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*»<sup>9</sup>.

Ciò pone al centro degli ordinamenti di *common law* – quale criterio di validazione delle norme giuridiche – l'insieme dei principi sociali, così come individuati dalla giurisprudenza attingendo alla consuetudine<sup>10</sup>, nel concorso talvolta – ma sempre in una posizione subalterna, seppure non subordinata<sup>11</sup> – del legislatore (*statute law*).

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<sup>12</sup>.

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<sup>13</sup>) 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<sup>14</sup>.

Quanto costituisce il tratto distintivo della *rule of law*<sup>15</sup>.

Com'è noto, nell'ordinamento inglese<sup>16</sup> il diritto è soprattutto di

<sup>7</sup> J. AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence*, cit.

<sup>8</sup> H.L.A. HART, *Positivism*, cit., 27.

<sup>9</sup> Court of Common Pleas, *Thomas Bonham v College of Physicians* (1610) 8 Co Rep 114.

<sup>10</sup> R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 2004, 28.

<sup>11</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 102.

<sup>12</sup> M.S. GREEN, *Kelsen, Quietism, and the Rule of Recognition*, in M. ADLER, K. EINAR HIMMA, *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, 354.

<sup>13</sup> F. MOUNT, *The British Constitution Now: Recovery or Decline?*, London, 1993, 47.

<sup>14</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, 1915, 121.

<sup>15</sup> La concettualizzazione del termine si deve a A.V. DICEY, *op. cit.*, 107 ss.

<sup>16</sup> 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».

formazione giurisprudenziale<sup>17</sup>: i giudici individuano quali consuetudini siano razionali e quali no<sup>18</sup>; assegnando in questo modo forza ed efficacia di legge (*common law*) a quelle razionali e durevoli nel tempo<sup>19</sup>.

Si usa al proposito l'equivoca formula «judge-made law»<sup>20</sup>.

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<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>.

Nondimeno, il diritto giurisprudenziale è in continua trasformazione, all'interno degli spazi interstiziali di manovra che lo *stare decisis* consente<sup>23</sup>; 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

<sup>17</sup> J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, London, 1885, I, 35.

<sup>18</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 45.

<sup>19</sup> M. HALE, *The History of the Common Law of England*, London, 1713, 18.

<sup>20</sup> T.S. CURRIER, *Time and change in judge-made law: prospective overruling*, in *Va. L. Rev.*, 1965.

<sup>21</sup> J. McCauley Landis, *Statute and the Sources of Law*, in *Harvard J. Legis.*, 1965, 8.

<sup>22</sup> M.A. Eisenberg, *The nature of the Common Law*, Cambridge-London, 1988, 47 e 48.

<sup>23</sup> U.S. Supreme Court, *South Pacific v. Jensen* (1917), 244 US 205, nella quale 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"».

al caso simile (eppure in parte differente) oggetto ora del suo giudizio<sup>24</sup>; ma lo fa con modalità inedite («in a new way»)<sup>25</sup>.

Il giudice talvolta manipola il precedente per adeguarsi ai cambiamenti sociali o tecnologici<sup>26</sup>; 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 principi 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<sup>27</sup>.

In ogni caso, la trasformazione del *common law* è incrementale<sup>28</sup>.

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

Nondimeno, l'intrinseca natura evolutiva del *common law* fa emergere il problema pratico di gestire il cambiamento<sup>29</sup>: a consentire ai giudici – guardiani del *common law*<sup>30</sup> – di applicare il diritto

<sup>24</sup> R. CROSS, J.W. HARRIS, *op. cit.*, 26.

<sup>25</sup> G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982, 97.

<sup>26</sup> Esemplare in questo senso è il ragionamento seguito da Cardozo in New York Court of Appeals, *MacPherson v. Buick Motor Co.* - 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916), per affermare la responsabilità verso terzi del fabbricante di prodotti difettosi, sovvertendo in questo modo il vecchio principio di *common law* che la escludeva, ma facendo applicazione di quello stesso principio, semplicemente spostando la definizione della pericolosità dal prodotto com'è («inherently dangerous») al prodotto com'è stato fabbricato («when negligently made»).

<sup>27</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 13.

<sup>28</sup> A. SCALIA, *The rule of law as a Law of Rules*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1989, 1178.

<sup>29</sup> E. STEINER, *Judicial Rulings with Prospective Effects: From Comparison to Systematization*, in *General Reports of The XIX<sup>th</sup> Congress of the International Academy of Comparative Law*, Dordrecht, 2017.

<sup>30</sup> C.M. GRAY, *op. cit.*, XXV.

eppure cambiarlo, nel rispetto tuttavia delle legittime aspettative di chi aveva conformato la propria condotta alla norma vigente quando egli aveva agito.

2. – Quantunque il diritto sia, prevalentemente, di formazione giudiziale («a judge-made law»)<sup>31</sup>, generalmente si esclude che il giudice possa creare la legge attingendo alla morale<sup>32</sup>.

Nella teoria dichiarativa di Blackstone, il giudice «[is] not delegated to pronounce a new law but to maintain and expound the old one»<sup>33</sup>.

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<sup>34</sup>.

In effetti, si ritiene dai più che la dottrina dichiarativa di Blackstone («the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law»)<sup>35</sup> sia ininfluenza 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<sup>36</sup>, in quanto la radicale trasformazione del diritto, specialmente in alcuni settori (i contratti, gli illeciti civili e la famiglia), ha reso insostenibile la tradizionale finzione («the time-honoured fiction»)<sup>37</sup> dell'attività dichiarativa del giudice<sup>38</sup>.

Ciò che parrebbe giustificare l'irriverente affermazione di Austin, secondo il quale la teoria dichiarativa di Blackstone sarebbe «a childish fiction»<sup>39</sup>.

In questo modo, però, si confonde il punto di arrivo della con-

<sup>31</sup> T. BINGHAM, *op. cit.*, 40.

<sup>32</sup> U.S. Supreme Court, *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738 (1824).

<sup>33</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 1808, 69.

<sup>34</sup> J. STONE, *Precedent and Law, Dynamics of Common Law Growth*, London, 1985, 74.

<sup>35</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, 69.

<sup>36</sup> J.D. HEYDEN, *op. cit.*, 2003.

<sup>37</sup> W. FRIEDMAN, *Limits of Judicial Law-making and Prospective Overruling*, in *Mod. L. Rev.*, 1966, 593.

<sup>38</sup> R.H.S. TUR, *Time and Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2002, 472.

<sup>39</sup> J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., 321.

tinua 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*<sup>40</sup>, 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<sup>41</sup>.

Quanto consente di aggiornare l'anacronistica teoria dichiarativa di Blackstone in una nuova, accettabile, prospettiva: «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 principi o standard generali che hanno guidato i giudici in passato»<sup>42</sup>.

Una prospettiva, pur sempre, positivista<sup>43</sup>.

Donde, il *common law* non è creazionismo giudiziario: il giudice scopre nell'ordinamento, e dunque dichiara, una norma che già esiste<sup>44</sup> («ars inveniendi»), senza attingere a canoni metagiuridici per inventare un precetto prima inesistente («ars combinatoria»)<sup>45</sup>; anzi,

<sup>40</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., 185.

<sup>41</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. 135.

<sup>42</sup> R. CROSS, J.W. HARRIS, *op. cit.*, 33.

<sup>43</sup> W.M. GELDART, *Elements of English Law*, London, 1927, 23.

<sup>44</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, 1808.

<sup>45</sup> F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 84: «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"».

ad aderire alla teorica 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»)<sup>46</sup>.

Quindi, anche nei sistemi di *common law*, il giudice non crea il diritto<sup>47</sup>, bensì dichiara una regola immanente al sistema («ars inveniendi»)<sup>48</sup>.

Donde, se proprio si vuole definire l'attività giurisdizionale come creativa, lo si può fare solo in senso «improprio o debole»<sup>49</sup>; solo a evidenziare in questo modo l'ampia discrezionalità interpretativa del giudice nell'applicazione del diritto positivo<sup>50</sup>.

Ciò con la sola eccezione dell'*overruling*<sup>51</sup>; che, invece, costituisce un momento di discontinuità dell'evoluzione incrementale del *common law*<sup>52</sup> e, dunque, pare piuttosto impingere nell'*ars combinatoria*<sup>53</sup>.

3. – Storicamente, si individua il tratto distintivo del diritto inglese nella sua origine giurisprudenziale<sup>54</sup>. E, in effetti, nel modello originario erano i giudici i principali agenti nel processo di formazione

<sup>46</sup> R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977.

<sup>47</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., 96.

<sup>48</sup> A. BEEVER, *The Declaratory Theory of Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2013, 442.

<sup>49</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 22.

<sup>50</sup> Il giudice Scalia, in US Supreme Court, *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501, U.S. 529 (1991): «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».

<sup>51</sup> R. CROSS, J.W. HARRIS, *op. cit.*, 30.

<sup>52</sup> A.C. MICHAELS, *Retroactivity and Appointments*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, 2021, 633.

<sup>53</sup> Il giudice O'Connor in US 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».

<sup>54</sup> J. MCCAULEY LANDIS, *Statute and the Sources of Law*, in *Harvard J. Legis.*, 1965, 7.

e di aggiornamento del diritto («the fabric of the law»)<sup>55</sup>, 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 principi sociali rappresentati dall'ordinamento giuridico<sup>56</sup>.

Ma così non è più – quantomeno a partire dal XVIII secolo – perché l'affermarsi della dottrina della separazione dei poteri<sup>57</sup> ha inevitabilmente costretto («as a matter of logical verity») a ripensare il ruolo del giudice («as limited to the mere finding of the law») nella fabbrica del diritto<sup>58</sup>. E, specialmente nel diritto statunitense, si è assistito – soprattutto con l'avvento del *New Deal* (con il conseguente interventismo governativo a provocare continue e soprattutto rapide modifiche dell'ordinamento per eliminare le disuguaglianze sociali e fare evolvere dunque lo *status quo* verso obiettivi di uguaglianza sostanziale) – a una vera e propria «orgy of statute making»<sup>59</sup>.

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<sup>60</sup>.

Si è, al proposito, scritto di una «statutorification» del diritto statunitense<sup>61</sup> (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<sup>62</sup>).

Quindi, si può ben dire che: «the major part of the law is now skeletonized between the covers of the statute book»<sup>63</sup>.

Da qui («if statutes are to be made an integral part of the new common law fabric»<sup>64</sup>), il ruolo fondamentale della legge scritta nella

<sup>55</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 73.

<sup>56</sup> J. DAVIES, *A Response to Statutory Obsolescence The Non-primacy of Statute Act*, in *Vermont L. Rev.*, 1979, 203.

<sup>57</sup> J. McCAULEY LANDIS, *op. cit.*, 9.

<sup>58</sup> J. McCAULEY LANDIS, *op. cit.*, 11.

<sup>59</sup> G. GILMORE, *The ages of American Law*, 1977, 95.

<sup>60</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 163.

<sup>61</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 1.

<sup>62</sup> T. BINGHAM, *op. cit.*, 40.

<sup>63</sup> J. DAVIES, *op. cit.*, 7.

<sup>64</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 86.

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*<sup>65</sup>.

Così che il significato concreto dello *statute law* non è quello ricavabile dal testo della legge, bensì quello che risulta dall'interpretazione fattane dal 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<sup>66</sup>.

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»<sup>67</sup>. E, quindi, il diritto giurisprudenziale si appropria di quello legislativo, facendolo vivere nella dimensione del *common law*<sup>68</sup>. Sicché, solo una nuova legge potrà, a quel punto, modificare la regola giurisprudenziale<sup>69</sup>.

4. - 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»)<sup>70</sup>.

Questa tensione (generata dalla forza attrattiva del *common law* sullo *statute law*, che pure - secondo la dogmatica - dovrebbe preva-

<sup>65</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 86.

<sup>66</sup> R. CROSS, J.W. HARRIS, *op. cit.*, 30.

<sup>67</sup> F. DE FRANCHIS, *op. cit.*, 40.

<sup>68</sup> F. DE FRANCHIS, *op. cit.*, 40.

<sup>69</sup> F. DE FRANCHIS, *op. cit.*, 39.

<sup>70</sup> C.D. BREITEL, *The Lawmakers*, 22d Annual Benjamin N. Cardozo Lecture, in *Colum. L. Rev.*, 1965, 777.

lere senz'altro sul diritto giurisprudenziale<sup>71</sup>) 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 emendamento<sup>72</sup>. 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 principi costituzionali («the flight to the Constitution»), che rischia di svilire il loro ruolo all'interno dell'ordinamento<sup>73</sup>.

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<sup>74</sup>.

Il principale strumento di reazione del *common law* all'anacronismo legislativo è, tuttavia, l'interpretazione secondo i nuovi per-

<sup>71</sup> J. DAVIES, *op. cit.*, 203.

<sup>72</sup> F. DE FRANCHIS, *op. cit.*, 696.

<sup>73</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 8.

<sup>74</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 3.

corsi individuati dalla c.d. interpretazione funzionale della scuola di Harvard<sup>75</sup>, 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 oltrepassare (almeno formalmente) il fondamentale principio che impedisce al *common law* di occupare («no trespassing, no lawmaking»<sup>76</sup>) gli spazi già governati dal legislatore.

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 principi 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<sup>77</sup>. Così che, a quel punto, eventualmente vi è solo la possibilità di traslare il contrasto sul piano della legittimità costituzionale della legge, essendo sempre riservato al giudice il potere di invalidare la norma incostituzionale<sup>78</sup>.

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 principi sociali; il legislatore modifica il diritto

<sup>75</sup> H. HART, A. SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958.

<sup>76</sup> J. DAVIES, *op. cit.*, 213.

<sup>77</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, 121.

<sup>78</sup> U. S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

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.

5. – 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»)<sup>79</sup>.

Escluso che il giudice possa con la sua volontà concorrere a formare la norma attingendo a canoni extralegali<sup>80</sup>, 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 principi giuridici. E, quando vi è da attingere ai principi 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 principi 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.

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<sup>81</sup>.

Quanto costituisce uno degli aspetti più controversi della *rule of law*<sup>82</sup>.

Al proposito, Scalia sostenne che «the rule of law requires a law

<sup>79</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, 84.

<sup>80</sup> C. NELSON, *op. cit.*, 7.

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> J. WALDRON, *The Tule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN, *The Cambridge Companion to The rule of law*, Cambridge, 2021, 125.

of rules»<sup>83</sup>; volendo con questo escludere la discrezionalità di giudizio che inevitabilmente consegue all'applicazione dei principi. E si è persino descritto il declino della *rule of law* come conseguenza diretta dell'introduzione nella legislazione e nella giurisdizione di concetti giuridici indeterminati<sup>84</sup>. Tutto ciò a perpetuare l'insegnamento di Dicey nell'affermazione della incompatibilità della discrezionalità (perché espressione di un potere arbitrario) con i fondamenti della *rule of law*<sup>85</sup>.

Una (angusta) prospettiva che pare tuttavia condannare la *common law* all'obsolescenza<sup>86</sup>.

Dworkin afferma, di contro, che è piuttosto la cogenza dei principi a escludere la discrezionalità giudiziaria. Egli fonda la sua teoria su quattro assunti: (i) la differenza tra norme e principi (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 principi 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 principi; (iii) i principi fanno, dunque, parte del diritto a prescindere da un loro riconoscimento esplicito; (iv) i giudici applicano sia le norme sia i principi. Da qui egli deriva la critica al positivismo, sull'assunto che l'esclusione dei principi 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*<sup>87</sup>.

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* dal giudice, così da consentirgli di agire e di interagire in modo consapevole con altri individui nel

<sup>83</sup> A. SCALIA, *op. cit.*, 1175.

<sup>84</sup> F. A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, 1972, 78.

<sup>85</sup> A.V. DICEY, *op. cit.*, 120.

<sup>86</sup> K. CULP DAVIS, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, 1969, 27 ss.

<sup>87</sup> J. KENNETH KRESS, *op. cit.*, 377.

perseguimento degli obiettivi che egli ha liberamente scelto<sup>88</sup> – è innegabile che contrasta con essa una norma che, quantunque non retroattiva, sia tuttavia definita (in modo incerto) da un concetto giuridico indeterminato<sup>89</sup>.

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<sup>90</sup>.

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 viene decisa.

Quindi, la teoria di Dworkin non elimina il problema dell'imprevedibilità della decisione<sup>91</sup>.

Tuttavia, è innegabile che vi può essere la libertà nel rispetto della legge (ciò che costituisce codice genetico della *rule of law* e 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<sup>92</sup>.

Una legge deve consentire di rendere prevedibile la sua applicazione<sup>93</sup>.

Nondimeno, la *rule of law* è uno dei valori che un ordinamento deve soddisfare. Probabilmente, il più importante. Ma, certo, non l'unico<sup>94</sup>. Donde, la necessità di conciliare quel valore (la *rule of law*) con gli

<sup>88</sup> C. SAMPFORD, *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006, 62.

<sup>89</sup> J. KENNETH KRESS, *op. cit.*, 373.

<sup>90</sup> R.M. DWORKIN, *op. cit.*

<sup>91</sup> J. KENNETH KRESS, *op. cit.*, 380.

<sup>92</sup> F. A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, cit., 72.

<sup>93</sup> T. BINGHAM, *op. cit.*, 41.

<sup>94</sup> J. RAZ, *op. cit.*, 202.

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<sup>95</sup> 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<sup>96</sup>).

Quanto non contraddice, tuttavia, la formula «rule of laws, not men»<sup>97</sup>, perché il giudice è vincolato non solo alla legge, bensì anche ai principi ch'essa contiene<sup>98</sup>.

6. – Si è visto come il tratto caratteristico del *common law* sia la sua continua evoluzione, seguendo traiettorie incremental<sup>99</sup>.

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

<sup>95</sup> Il *Constitutional Reform Act* del 2005 prescrive che una legge non deve violare «the existing constitutional principle of the rule of law».

<sup>96</sup> V. VELLUZZI, *op. cit.*, 77.

<sup>97</sup> Sulle origini storiche di questo motto, C. SAMPFORD, *op. cit.*, 40.

<sup>98</sup> R.A. CASS, *Judging, Norms and Incentives of Retrospective Decision-Making*, in *Boston Univ. L. R.*, 1995, 941.

<sup>99</sup> 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».

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 principi 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 principi sociali, le supreme giurisdizioni 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<sup>100</sup>.

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»<sup>101</sup> – 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<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> J. RAZ, *op. cit.*, 185 ss.

<sup>101</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, 84.

<sup>102</sup> J. RAZ, *op. cit.*, 197.

Non sorprende, dunque, la «repeated judicial self-exhortations to exercise the power to overrule with great caution»<sup>103</sup>.

In Inghilterra, il principio dello *stare decisis* si è allentato sul finire del XX secolo, 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»<sup>104</sup>.

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<sup>105</sup>, e non si è, dunque, mai sentita vincolata ai propri precedenti<sup>106</sup>, ma ritiene obbligati tutti gli altri tribunali degli Stati Uniti, che, tuttavia, hanno guadagnato anch'essi spazi di manovra attraverso la c.d. «anticipatory overruling»<sup>107</sup>: 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<sup>108</sup>.

Al proposito dell'*overruling*, Eisenberg scrive: «Una regola giurisprudenziale dovrebbe essere sovvertita se (i) non riesce a soddi-

<sup>103</sup> J. RAZ, *op. cit.*, 191.

<sup>104</sup> All. E.R., 1966, 77.

<sup>105</sup> U.S. Supreme Court, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

<sup>106</sup> D.C. BRATZ, *Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*, in *Wash. L. Rev.*, 1984, 89.

<sup>107</sup> U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 196.

<sup>108</sup> D.C. BRATZ, *op. cit.*, 89.

sfare 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»<sup>109</sup>.

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 principi 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<sup>110</sup>.

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 normative 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 è incongruenza sociale e incoerenza sistemica.

In un caso, la ricerca di una nuova situazione di equilibrio attraverso la modifica della norma sarà avvertita come rivoluzionaria (crea una frattura nel *continuum* spazio-temporale della norma); nell'altro sarà, invece, percepita come la naturale evoluzione della situazione esistente<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> M.A. EISENBERG, *op. cit.*, 105.

<sup>110</sup> J. FINNIS, *The Fairy Tale's Moral*, in LQR, 1999, 113.

<sup>111</sup> S. BESWICK, *Retroactive Adjudication*, in *Yale L. J.*, 2020, 287.

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 giuridica è avvertita come ingiusta (o, comunque, è insostenibile nel rapporto costi/benefici)<sup>112</sup>.

Donde, la naturale retroattività dell'*overruling* evolutivo<sup>113</sup>, che non può mai essere avvertito come ingiusto, né sovversivo della certezza del diritto, che, piuttosto, concorre a ristabilire<sup>114</sup>.

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 principi 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.

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<sup>115</sup>, 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)<sup>116</sup>.

7. – 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 valori e principi

<sup>112</sup> J.E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1104 e 1105.

<sup>113</sup> J.E. FISCH, *op. cit.* nota 143, 1110.

<sup>114</sup> S. BESWICK, *op. cit.* nota 142, 288.

<sup>115</sup> M.A. EISENBERG, *op. cit.*, 126.

<sup>116</sup> J.E. FISCH, *op. cit.*, 1098-1100.

morali non può assolutamente essere un presupposto della legge o della sua vincolatività»<sup>117</sup>.

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

Ciò che consegue nella dottrina di Fuller<sup>118</sup> alla c.d. «internal morality of law»: quello 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*<sup>119</sup>.

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»<sup>120</sup>.

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<sup>121</sup>.

Solo in questo modo è tutelata la libertà nel rispetto della legge («freedom under the law»<sup>122</sup>).

Sicché, si è affermato che i fondamentali insegnamenti di Fuller e Hayek pongono l'accento sulla prevedibilità<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> J. RAZ, *op. cit.*, 38.

<sup>118</sup> L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1962.

<sup>119</sup> J. MEIERHENRICH, *What the rule of law Is... and Is Not*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN, *The Cambridge Companion to The rule of law*, Cambridge, 2021, 52.

<sup>120</sup> L.L. FULLER, *op. cit.*, 163.

<sup>121</sup> F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, cit., 153.

<sup>122</sup> F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, cit., 72.

<sup>123</sup> R.A. CASS, *op. cit.*, 960.

Ciò che trova conferma nella teorica di Raz, che individua due fondamentali requisiti a definire un ordinamento giuridico come giusto (secondo l'approccio formale delle c.d. «thin' theories»): (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»<sup>124</sup>).

Quanto pone, nuovamente, al centro la conoscibilità *ex ante* del precetto: «all laws should be prospective, open and clear»<sup>125</sup>.

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<sup>126</sup>, perché i concetti 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.

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

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*<sup>127</sup>.

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 controversia dipende casualmente dal momento in cui la causa viene decisa<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> C. SAMPFORD, *op. cit.*, 56.

<sup>125</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., 198 ss.

<sup>126</sup> F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, cit., 78.

R.M. DWORKIN, *op. cit.*, 81-85.

<sup>127</sup> U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

<sup>128</sup> 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 principi della *rule of law*.

8. – 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»<sup>129</sup>.

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 principi della *rule of law*<sup>130</sup>.

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 principi esistenti riduce (anche se non elimina) questo problema, assicurando che le decisioni siano fondate su principi che i litiganti conoscevano o avevano ragione di conoscere al tempo della loro interazione, quantunque quei principi non fossero stati precedentemente riconosciuti ufficialmente come regole giuridiche»<sup>131</sup>.

In effetti, la concordanza dell'*overruling* con i principi sociali non ancora formalmente definiti in una norma giuridica – come in

<sup>129</sup> J. BENTHAM, *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, 1792.

<sup>130</sup> U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, (1971).

<sup>131</sup> M.A. EISENBERG, *op. cit.*, 10.

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 principi (la *rule of law* non è il solo principio che definisce l'ordinamento giuridico anglo-americano<sup>132</sup>) 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»).

Primo tra tutti, il principio di uguaglianza.

Sicché, in una certa misura la retroattività si impone<sup>133</sup>.

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 principi 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 principi esistenti nell'epoca nella quale si verificò l'evento che ha innescato la controversia<sup>134</sup>.

9. – 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*<sup>135</sup>. Nella sua forma più semplice la nuova regola si applica solo al caso oggetto di controversia, ma non a tutte le altre analoghe si-

<sup>132</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, cit., 228.

<sup>133</sup> U.S. Supreme Court, *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, (1971).

<sup>134</sup> J.E. FISCH, *op. cit.* nota 143, 1100.

<sup>135</sup> 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.

tuazioni insorte prima del sovvertimento della regola giurisprudenziale («selective prospective overruling»). Ci sono, tuttavia, diverse varianti del modello. In alcuni casi, la nuova regola non si applica nemmeno per risolvere la controversia in cui essa è stata dichiarata («pure prospective overruling»); in altri casi, la nuova regola è resa applicabile solo in una data futura («prospective prospective overruling»). E, poi, vi sono modelli intermedi: ad esempio, ad applicare retroattivamente la nuova regola 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*<sup>136</sup>.

La tecnica ha le sue origini nella giurisprudenza statunitense, che ne costituisce a tutt'oggi il modello di riferimento<sup>137</sup>.

Gli esordi non furono facili.

Nel 1910, Holmes nella sentenza *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*<sup>138</sup> 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».

Nondimeno, il *prospective overruling* trovò poi la sua legittimazione costituzionale<sup>139</sup> in una sentenza della Corte Suprema del 1932, motivata da Cardozo<sup>140</sup>: «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... Il *common law* come amministrato dai suoi giudici attribuisce alle decisioni della sua più alta giurisdizione il potere insindacabile di vincolare o meno le transazioni intermedie a una decisione che sovverte un precedente.

<sup>136</sup> M.A. EISENBERG, *op. cit.*, 128.

<sup>137</sup> E. STEINER, *op. cit.*, 15 e 16.

<sup>138</sup> U.S. Supreme Court, *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349 (1910).

<sup>139</sup> Il *prospective overruling* aveva già in precedenza trovato una sua (contrastata) applicazione in U.S. Supreme Court, *Gelpeke v. City of Dubuque*, 68 US (1 Wall.) 175 (1864).

<sup>140</sup> U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

Rispetto a questi rapporti pregressi, possiamo dire che il precedente vincolante non è stato del tutto superato. La sentenza ha confermato quel precedente come diritto vigente. Ad accompagnare detto riconoscimento c'è tuttavia una profezia, che potrà o no concretamente realizzarsi, che le transazioni che si verificheranno in futuro saranno regolate da una norma diversa».

Il riconoscimento costituzionale della nuova tecnica consegue all'abbandono della dottrina dichiarativa di Blackstone.

Senza più infingimenti<sup>141</sup>, i giudici di *common law* (più quelli americani di quelli inglesi, che ancora sono fortemente condizionati dal «judicial law-finding» di Blackstone)<sup>142</sup> dichiarano ora l'esercizio di una funzione «quasi-legislative»<sup>143</sup>. Sicché, a un certo punto dell'evoluzione del *common law*, la giurisprudenza statunitense ha abbandonato la vecchia dogmatica secondo cui «law exists independent of judicial decisions»<sup>144</sup>, spiegando che le sentenze non sono solo la rappresentazione di ciò che il diritto è, bensì sono esse stesse il *common law*<sup>145</sup>.

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<sup>146</sup>, come normalmente fa il legislatore<sup>147</sup>.

Vi è, tuttavia, da considerare che il nuovo modello di giudizio seguito 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 mo-

<sup>141</sup> 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).

<sup>142</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, 69. Eppure, W. ROOSEVELT, *op. cit.*, 1083.

<sup>143</sup> T.S. CURRIER, *op. cit.*, 201.

<sup>144</sup> U.S. Supreme Court, *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 Pet.) I (1842).

<sup>145</sup> U.S. Supreme Court, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

<sup>146</sup> U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

<sup>147</sup> S. BESWICK, *Retroactive Adjudication*, in *Yale L. J.*, 2020, 298.

dulazione temporale della sentenza sulle peculiarità della vicenda controversa.

Si legge al proposito nella sentenza *Linkletter*<sup>148</sup>: «Siamo 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».

La Corte Suprema nella sentenza *Johnson*<sup>149</sup> 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».

Così che nei sistemi di *common law* il *prospective overruling* non può essere contrastato, essendo piuttosto una questione di misura<sup>150</sup>. 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, la credibilità della giurisprudenza<sup>151</sup>. Tutto questo nella considerazione, altresì, del disincentivo all'azione giudiziale che, per ovvi motivi, il *prospective overruling* induce. Sicché, si ritiene che esso debba trovare applicazione solo in limitati casi di straordinaria importanza<sup>152</sup> e unicamente da parte dei giudici di ultima istanza<sup>153</sup>.

Come già si è accennato, il *prospective overruling* assume diverse forme nella giurisprudenza anglo-americana<sup>154</sup>.

<sup>148</sup> U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

<sup>149</sup> U.S. Supreme Court, *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719 (1966).

<sup>150</sup> W. FRIEDMAN, *op. cit.*, 603.

<sup>151</sup> T. S. CURRIER, *op. cit.*, 201.

<sup>152</sup> W. FRIEDMAN, *op. cit.*, 605.

<sup>153</sup> B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 147.

<sup>154</sup> C. NELSON, *op. cit.*, 57.

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<sup>155</sup>.

Nella sentenza *Stovall*<sup>156</sup> 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, [essi] 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».

In questo modo, si ammette una gestione selettiva della retroattività («*selective prospective*»)<sup>157</sup>.

Ciò che, indubbiamente, soddisfa esigenze empiriche, ma crea discontinuità concettuale<sup>158</sup>.

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*»)<sup>159</sup>. Si tratta di due scelte antitetiche, ma entrambe dogmaticamente sostenibili (dipendono sostanzialmente da come si definisce il rapporto tra il giudice e la legge)<sup>160</sup>.

<sup>155</sup> W. ROOSEVELT, *op. cit.*, 1112.

<sup>156</sup> U.S. Supreme Court, *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

<sup>157</sup> W. ROOSEVELT, *op. cit.*, 1102 e 1108.

<sup>158</sup> G. TEDESCHI, *Prospective Revision of Precedent*, in *Isr. L. Rev.*, 1973, 178.

<sup>159</sup> U.S. Supreme Court, *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S. 103 (1801).

<sup>160</sup> U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

La coerenza dogmatica svanisce, invece, quando si utilizzano entrambi i modelli concettuali. E, con ciò, anche la coerenza con i principi 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)<sup>161</sup>.

Quindi, la giurisprudenza della Corte Suprema difetta di coerenza dogmatica<sup>162</sup>.

Sin dal 1801, nella sentenza *Schooner Peggy*<sup>163</sup>, essa ha aderito al modello «decision-time law»<sup>164</sup>: «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 quanto fu resa, ma che non può essere confermata perché in contrasto con la legge».

In seguito, nel 1961, essa ha seguito il differente modello «transaction-time law» nella sentenza *Linkletter*<sup>165</sup>: «Noi 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».

Ciò, tuttavia, con continui ritorni all'alternativo modello «decision-time law»; com'è stato, nel 1974, con la sentenza *Bradley*<sup>166</sup>,

<sup>161</sup> U.S. Supreme Court, *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 96 U.S. 167 (1990).

<sup>162</sup> S. BESWICK, *op. cit.* nota 142, 276.

<sup>163</sup> U.S. Supreme Court, *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S. 103 (1801).

<sup>164</sup> W. ROOSEVELT, *op. cit.*, 1088.

<sup>165</sup> U.S. Supreme Court, *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

<sup>166</sup> U.S. Supreme Court, *Bradley v. School Board of Richmond*, 416 U.S. 696 (1974).

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»; e così ancora nel 1993 in *Harper*<sup>167</sup>, 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».

La concorrenza dei due alternativi modelli emerge in chiara evidenza nella sentenza *American Trucking Ass'ns v. Smith*<sup>168</sup>. 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»). 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»). Così che la controversia è stata, infine, decisa grazie all'opinione originale di 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») ha tuttavia escluso la retroattività della nuova 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.

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*<sup>169</sup>,

<sup>167</sup> U.S. Supreme Court, *Harper v. Va. Dep't of Tax'n*, 509 U.S. 86, 97 (1993).

<sup>168</sup> U.S. Supreme Court, *American Trucking Ass'ns v. Smith*, 496 U.S. 167 (1990).

<sup>169</sup> U.S. Supreme Court, *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529 (1991).

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 prospettive sono inammissibili, non per ragioni di giustizia, bensì perché non sono consentite dalla Costituzione».

Tutto ciò è la plastica rappresentazione di una giurisprudenza che non riesce a fare sintesi sul punto<sup>170</sup>; 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 dal quel presupposto le sue logiche conseguenze, sulla proiezione temporale degli effetti delle sentenze. Si è, invece, preferito somministrare soluzioni a *la charte*.

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*<sup>171</sup>, preferendo piuttosto gestire gli effetti della retroattività all'interno del processo («remedial framework»<sup>172</sup>), sulla base di valutazioni equitative dipendenti dall'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale<sup>173</sup>.

Com'è stato nella sentenza *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*<sup>174</sup>, 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»).

<sup>170</sup> W. ROOSEVELT, *op. cit.*, 1130.

<sup>171</sup> S. BESWICK, *op. cit.* nota 142, 279.

<sup>172</sup> R.H. FALLON, D.J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harv. L. Rev.*, 1991, 1731.

<sup>173</sup> S. BESWICK, *op. cit.* nota 142, 328.

<sup>174</sup> U.S. Supreme Court, *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995).

Ma ciò non in ragione dell'infondatezza del modello astratto, bensì nella constatazione dell'insussistenza dei suoi presupposti concreti.

Nondimeno, la tecnica del *prospective overruling* (nei differenti modelli elaborati dalla Corte Suprema) ha poi trovato applicazione anche nella giurisprudenza inglese<sup>175</sup>.

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»<sup>176</sup>.

Il vero è che la tradizionale cautela dei giudici inglesi nel deviare da un precedente<sup>177</sup> non ha sollecitato il bisogno di gestire il problema dell'ingiustizia che consegue inevitabilmente dalla retroattività dell'*overruling*<sup>178</sup>.

Così che si è persino affermato che non vi sarebbe spazio nel sistema processuale inglese per il *prospective overruling*<sup>179</sup>.

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»<sup>180</sup> – volendogli, dunque, attribuire solo la «ars inveniendi»<sup>181</sup> – quella soluzione (in ogni tempo e luogo, vi è una sola regola giurisprudenziale corretta) è teoricamente inevitabile<sup>182</sup>.

Altro è, però, a dirsi qualora – più realisticamente – si voglia

<sup>175</sup> House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 4.

<sup>176</sup> House of Lords, *West Midland Baptist (Trust) Association Inc v Birmingham Corporation* [1970] AC 874, 898-899.

<sup>177</sup> S.J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2018, 434.

<sup>178</sup> R.H.S. TUR, *op. cit.*, 464.

<sup>179</sup> House of Lords, *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349.

<sup>180</sup> M. HALE, *op. cit.*, 45.

<sup>181</sup> F. GALGANO, *op. cit.*, 84.

<sup>182</sup> R.S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2014, 38 e 39.

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»)<sup>183</sup>. 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<sup>184</sup>.

Così che, solo di recente, si pone anche nell'ordinamento inglese il problema della retroattività delle sentenze<sup>185</sup>.

Quanto ha indotto la House of Lords ad ammettere l'astratta possibilità della tecnica del *prospective overruling*.

A ogni buon conto, anche in Inghilterra, il *prospective overruling* è attivabile solo in «a wholly exceptional case»<sup>186</sup>.

10. – Il giudice di *common law* persegue due obiettivi (e con ciò esercita due funzioni): afferma ciò che il diritto era nel passato e prevede quello che sarà nel futuro.

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 dinanzi a un dilemma: tradire le legittime aspettative fondate sulla vecchia giurisprudenza, oppure seguire, e quindi avvalorare, una decisione obsoleta se non addirittura sbagliata<sup>187</sup>.

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

<sup>183</sup> R.H.S. TUR, *op. cit.*, 474.

<sup>184</sup> House of Lords, *Kleinwort Benson v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349.

<sup>185</sup> House of Lords, *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans*, [2001] 2 AC 19.

<sup>186</sup> House of Lords, *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd*, [2005] UKHL 4.

<sup>187</sup> A.G.L. NICOL, *Prospective Overruling: A New Device for English Courts?*, in *The Modern Law Review*, 1976, 542.

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»<sup>188</sup>). 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»)<sup>189</sup>, 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»).

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.

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<sup>190</sup>. 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 lasciare nel buio e che consente al giudice di mantenere un ruolo passivo nel gioco del contraddittorio<sup>191</sup>).

Per di più, il nuovo diritto affermato nel giudizio si attergerebbe

<sup>188</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, 69-70.

<sup>189</sup> B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1960, 10.

<sup>190</sup> R.S. KAY, *op. cit.*, 230, 44. P.J. MISHKIN, *The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1965, 60 e 61.

<sup>191</sup> M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull'autonomia processuale degli Stati dell'UE)*, Napoli, 2021, 45.

come fatto immateriale («immaterial facts»), dunque estraneo alla *ratio decidendi*<sup>192</sup>, 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<sup>193</sup>.

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 deve rispettare e sia inidoneo dunque a guidare la sua condotta<sup>194</sup>), solleva altrettanti problemi, sia di giustizia sostanziale, sia di coerenza dogmatica di questa nuova tecnica processuale con le caratteristiche della funzione giurisdizionale<sup>195</sup>.

Tuttavia, il *prospective overruling* è un compromesso<sup>196</sup>.

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.

Nella problematica che l'*overruling* solleva (la gestione della retroattività) emerge un contrasto tra il principio di legalità e quello di certezza del diritto<sup>197</sup>. E, come accade in ogni vicenda nella quale vi sia da conciliare due principi che seguono traiettorie divergenti, vi è da attingere al caso concreto per individuare il migliore equilibrio possibile<sup>198</sup>. 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»<sup>199</sup>; (ii) il sovvertimento della regola giurisprudenziale è stato anticipato da precedenti *obiter dicta*; (iii) l'ingiustizia della vecchia regola soverchia di gran lunga la pretesa dell'affidamento<sup>200</sup>.

<sup>192</sup> A.G.L. NICOL, *op. cit.*, 550.

<sup>193</sup> R.S. KAY, *op. cit.*, 43. 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».

<sup>194</sup> W. BLACKSTONE, *op. cit.*, 46.

<sup>195</sup> S. BESWICK, *op. cit.* nota 142, 279.

<sup>196</sup> A.G.L. NICOL, *op. cit.*, 552.

<sup>197</sup> US Supreme Court, *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993).

<sup>198</sup> P.J. STEPHENS, *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, in *Syracuse L. Rev.*, 1998, 1573.

<sup>199</sup> B.N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, New Haven, 1924, 122.

<sup>200</sup> 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.

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<sup>201</sup> – norme secondarie («rules of recognition»), che servono a vagliare quali regole di condotta (norme primarie) assumere come vincolanti all'interno di un ordinamento giuridico<sup>202</sup>. Quindi, il *prospective overruling* (che è una tecnica applicativa dello *stare decisis*) è valido nella misura in cui esso è socialmente accettato<sup>203</sup>; vale a dire, quando esso trova duraturo riscontro nella prassi dei tribunali. A individuarne il suo fondamento sociale, epperò 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»<sup>204</sup>, 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<sup>205</sup>. 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 avvertire 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*)<sup>206</sup>. E, perciò, la dottrina sollecitava un cambio di prospettiva («realistic jurisprudence»), che

<sup>201</sup> H.L.A. HART, *Positivism*, cit., 19.

<sup>202</sup> A.G.L. NICOL, *op. cit.*, 558.

<sup>203</sup> M. S. GREEN, *op. cit.*, 354.

<sup>204</sup> B.H. LEVY, *op. cit.*, 1.

<sup>205</sup> A.C. MICHAELS, *op. cit.*, 634.

<sup>206</sup> J.L. RENSBERGER, *Choice of Law and Time*, in *Tenn. L. Rev.*, 2022, 428.

consentisse di individuare 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*»<sup>207</sup>.

In effetti, si trattava di una tecnica relativamente nuova, che ebbe una sua prima affermazione in dottrina nel 1917<sup>208</sup>, 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<sup>209</sup>.

Fu subito evidente che «*a whole-hearted repudiation of the theory that courts only declare law (...) may be necessary*»<sup>210</sup>.

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<sup>211</sup>) così si espresse al proposito della retroattività dell'*overruling*: «Non saprei dire se sia necessario individuare un criterio discrezionale. 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»<sup>212</sup>.

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 principi fondamen-

<sup>207</sup> B.H. LEVY, *op. cit.*, 6.

<sup>208</sup> G.F. CALFIED, *Address at 24<sup>th</sup> annual meeting of the South Carolina Bar Association*, 1917.

<sup>209</sup> Alabama Supreme Court, *Jones v. Woodstock Iron Co.*, 95 Ala, 551, 10, So 635 (1892).

<sup>210</sup> R.H. FREEMAN, *The Protection Afforded Against Retroactive Operation of an Overruling Decision*, in *Colum L. Rev.*, 1918, 230.

<sup>211</sup> U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

<sup>212</sup> B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., 147.

tali: (i) il principio 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<sup>213</sup>.

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.*)<sup>214</sup> 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»<sup>215</sup>.

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 successivi giudici dal rispetto del precedente oramai obsoleto<sup>216</sup>.

Quella sua opinione di dottrina diverrà poi la motivazione della sentenza *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*<sup>217</sup>, che storicamente segna il primo riconoscimento del *prospective over-*

<sup>213</sup> R. VON MOSCHZISER, *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, in *Harv. L. Rev.*, 1924, 426-427.

<sup>214</sup> U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

<sup>215</sup> B.N. CARDOZO, *Address to the N.Y. Bar Assn.*, cit., 296.

<sup>216</sup> B.H. LEVY, *op. cit.*, 13.

<sup>217</sup> U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

*ruling* da parte della Corte Suprema e, dunque, la sua legittimazione costituzionale (di cui in effetti si dubitava<sup>218</sup>).

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»; a inibire o no il creazionismo giudiziario.

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<sup>219</sup>, 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 di 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 principi sociali) e su quello delle ordinate la certezza del diritto. Così che la funzione di proporzionalità inversa che definisce la loro relazione (il perseguimento della congruenza sociale determina la delusione delle legittime aspettative fondate sulla norma anacronistica e quindi provoca incertezza nell'applicazione del diritto) individua graficamente l'insieme delle decisioni giudiziarie in cui la necessità del cambiamento giustifica il sacrificio delle legittime aspettative. 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 dunque la certezza del diritto. E, viceversa, dov'è massima la congruenza sociale della vecchia norma (quando l'*overruling* è dunque avvertito come rivoluzionario) diviene pressoché inevita-

<sup>218</sup> B.H. LEVY, *op. cit.*, 16.

<sup>219</sup> A. KOCOUREK, H. KOVEN, *Renovation of the Common Law Through Stare Decisis*, in *Ill. L. Rev.*, 1935, 973.

bile 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 sproporzionata rispetto a quella che il sovvertimento 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, allo stesso modo (ma in altra prospettiva), 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»<sup>220</sup>.

<sup>220</sup> B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, cit., 147.

Non deve, dunque, sorprendere che la tecnica del *prospective overruling* abbia sostanzialmente perso la sua originaria forza attrattiva, proprio nell'ordinamento giuridico dove esso aveva trovato la massima applicazione e la migliore definizione concettuale, e sia divenuta sul finire del secolo scorso una soluzione di rara attivazione<sup>221</sup>: 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.

### *Abstract*

La continua trasformazione del *common law* avviene attraverso dinamiche evolutive di tipo incrementale. Talvolta, tuttavia, accade che il mutamento dei consolidati orientamenti giurisprudenziali sia rivoluzionario. Si avverte, allora, l'ingiustizia dell'applicazione retroattiva di una sentenza che scompagina le legittime aspettative di chi si era determinato ad agire sulla base della vecchia giurisprudenza. L'abbandono dell'anacronistica teorica dichiarativa di Blackstone induce alla consapevolezza che vi è un ineliminabile tratto di discrezionalità nell'applicazione di norme di vago significato. Donde, l'imprevedibilità *ex ante* della regola giuridica che si definisce solo *ex post facto* attraverso la statuizione giudiziale. Da ciò consegue la necessità di conciliare il principio di legalità con quello della certezza del diritto attraverso la tecnica del *prospective overruling*, che consente di modulare nel tempo gli effetti della sentenza, a evitare che essa, quantunque corretta, sia nondimeno ingiusta.

Continuity and change are distinctive characteristics of common law, that evolves according to fundamental principle "like cases should be treated alike". Sometimes, however, changes in law are revolutionary. So, retroactive effects of innovative ruling violate legitimate expectations of people who acted in accordance to transaction-time law. The dissolution of the time-honoured fiction of Blackstonian declaratory theory makes it clear that judges make law, when they interpret rules of vague meaning (that's a quasi-legislative function). It follows the unpredictability of an *ex post facto* legal rule. It's therefore essential to reconcile principles of legality and legal certainty through the technique of prospective overruling, to avoid that decision is a legally correct answer but unjust one.

<sup>221</sup> A.C. MICHAELS, *op. cit.*, 640.



I Direttori di questa rivista sono amici e colleghi che insegnano nell'Università italiana. Vincitori del medesimo concorso di ordinario in diritto amministrativo, si sono incontrati il primo giugno del 1990 e si sono ritrovati a condividere una comune idea di libertà nella ricerca della verità, costituendo su questo fondamento il «Gruppo di San Giustino». Essi si propongono oggi come i direttori di questa Rivista che intende affrontare i temi più attuali e rilevanti del diritto e del processo amministrativo, con un approfondimento che consenta di avere un panorama completo della giurisprudenza e della dottrina, divenendo strumento essenziale per i teorici e per i pratici. L'idea fondante del gruppo di San Giustino permane quella che in ogni uomo sono presenti «semi di verità», per cui la rivista rappresenta uno spazio culturale aperto a tutti per un confronto in un libero dibattito, con un'attenzione particolare verso i giovani studiosi.

9923273000

*www.esidigita.it*

**Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone 7**  
**Finito di stampare nel mese di giugno 2023**

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003  
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli



ISSN 1971-6974



ISBN 978-88-495-5305-5

9 788849 553055