

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E
STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Triennale* in Diritto dell'Economia



L'OVERRULING
NEL MODELLO INGLESE,
STATUNITENSE E ITALIANO

Relatore: Prof. Filippo Viglione

Laureando: Marco Stocco
matricola N. 1028841

A.A. 2013/2014

SOMMARIO

| | |
|--|----|
| Introduzione | 5 |
| Capitolo 1 | |
| IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEL MODELLO INGLESE | 7 |
| Capitolo 2 | |
| IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEL MODELLO STATUNITENSE | 13 |
| Capitolo 3 | |
| IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEL MODELLO ITALIANO | 25 |
| Capitolo 4 | |
| ESPERIENZE A CONFRONTO E CONCLUSIONI | 35 |
| Bibliografia | 39 |

INTRODUZIONE

Il principio dello “Stare Decisis” è un cardine fondamentale del sistema di Common Law, secondo il quale “i giudici di grado inferiore sono tenuti a rispettare le sentenze precedenti dei giudici superiori, per assicurare un’uniformità di orientamento giurisprudenziale. Una sentenza di incostituzionalità da parte del più alto organo giudiziario (es. la *Corte Suprema negli USA*), equivale in pratica, per il principio dello stesso Stare Decisis, ad un annullamento”.¹

Tuttavia, la regola dello Stare Decisis presenta un paio di eccezioni²:

1) Lo si può ritenere non pertinente al caso di specie (*Distinguishing*). Il giudice dimostra che vi sia una notevole differenza fra le fattispecie del caso attuale e quelle del precedente, in modo da poter prendere una decisione “nuova”, senza quindi doversi adeguare al precedente;

2) Oppure si può negare l’esistenza dei presupposti che ne giustificano la sopravvivenza (*Overruling*). Possiamo definire l’Overruling come “l’ipotesi in cui una Corte adotta una regola giuridica in contrasto con un precedente, sia esso di natura sostanziale o procedurale”.³

Il concetto di Overruling nasce in Inghilterra a fine 800, attraverso i cosiddetti Judicature Acts, che costituiscono la principale riforma giudiziaria inglese. Importante è stata in quel periodo la sentenza *London Street Tramways v. London County Council* (1898), con la quale viene affermato il principio dello Stare Decisis *verticale*: la decisione presa dalla Corte sarà *vincolante per se stessa*, non solo la Corte inferiore dovrà rispettare il precedente, ma anche quelle di pari grado

¹ V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* vol. 1, 4° ed., Torino 2010.

² Per approfondire, vedi F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5° ed., 2011, cap II. Il precedente giudiziario nel sistema inglese, F. MORETTI, pp. 11 ss.

³ F. VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014, p. 2.

sarà tenuto a farlo⁴. Lo Stare Decisis si evolverà poi in *orizzontale* con il *Practice Statement* (1966): da qui in poi l'House of Lords potrà superare i propri precedenti qualora lo ritenga opportuno.

Per quanto riguarda in particolare il Prospective Overruling, è possibile individuare tre gruppi di ordinamenti di Common Law, “a seconda dell’atteggiamento di totale chiusura nei confronti del Prospective Overruling (Australia), di potenziale rilevanza teorica dell’istituto (Inghilterra e Galles, Nuova Zelanda, Canada), o di un accoglimento teorico cui si accompagna un riscontro nella prassi (Stati Uniti)”.⁵

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, una sorta di parallelismo e di somiglianza con il principio dello Stare Decisis (pur non essendo presente qui da noi) lo possiamo osservare nelle decisioni della Corte di Cassazione.

Notiamo innanzitutto che il ricorso in Cassazione in materia civile è possibile per diversi motivi, quali la *violazione del diritto materiale* (errores in iudicando) o *procedurale* (errores in procedendo); *i vizi della motivazione* (mancanza, insufficienza o contraddizione) della sentenza impugnata; o ancora, i *motivi relativi alla giurisdizione*.

Un regime simile è previsto per il ricorso in Cassazione in materia penale. Quando la Corte rileva uno dei vizi summenzionati, ha il potere-dovere non soltanto di cassare la decisione del giudice del grado inferiore, ma anche di enunciare il principio di diritto che il provvedimento impugnato dovrà osservare: principio cui anche il giudice del rinvio non potrà fare a meno di conformarsi quando procederà al riesame dei fatti relativi alla causa. I giudici si conformano a queste decisioni nella maggioranza dei casi⁶.

⁴ Sul valore verticale dello Stare Decisis si veda L. PASSANTE, *Sistemi Giuridici nel Mondo*, cap IV *il common law*, Torino 2010.

⁵ F. VIGLIONE, *L'Overruling nel p. civile italiano cit.*, p. 5.

⁶ Vedi il sito web “www.CortediCassazione.it” alla pagina “le funzioni della Corte”.

CAPITOLO 1

IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEL MODELLO INGLESE

Il principio dell'Overruling nasce nell'ultimo periodo di evoluzione del diritto inglese, nel cosiddetto periodo moderno, sviluppatosi verso la fine dell' 800.¹

Si tratta del periodo caratterizzato soprattutto dai *Judicature Acts*²: questi in particolare andranno ad eliminare il doppio binario di giustizia inglese, formato rispettivamente dalle corti di *Common Law*³ e dalle corti dell'*Equity*⁴.

L'Equity ricordiamo che si era formata per una serie di motivi che avevano reso inefficaci i sistemi delle corti di Westminster: le formulazioni dei *Writs* oltre ad essere particolarmente costose, iniziavano ad essere standardizzate, stereotipate, e inoltre vi erano delle situazioni soggettive che non venivano tutelate dal Common Law. I ricorrenti hanno cominciato quindi a rivolgersi direttamente al Re, il quale a sua volta reindirizzava le cause al cancelliere (il suo più stretto funzionario), che avrebbe deciso in suo nome con *equità*, da qui il nome dell'istituto.

¹ Possiamo suddividere lo sviluppo del diritto inglese in quattro periodi: periodo anglosassone; periodo di formazione del Common Law; periodo di concorrenza con l'Equity; periodo moderno.

² *Judicature Acts*, 1873-1875. Si trattano di alcuni atti legislativi con cui venne riformato l'ordinamento giudiziario inglese; tra questi ricordiamo la costituzione della *Court of Appeal* e della *High Court*. Per approfondire vedi U. MATTEI – E. ARIANO – G. MARCHISIO, *Il modello di common law*, III ed., Torino, 2010, p.61 ss.

³ Le corti di Common Law cominciarono a diffondersi dopo la conquista normanna (battaglia di Hastings, 1066). Da questa si andrà a strutturare un processo formulare e formale, per il quale accedere occorreva un *Writ* (ordine del re).

⁴ L'Equity, sistema di corti diffusosi a partire dal 1300, originariamente era un sistema privo di organicità, anche se col passare degli anni emersero alcuni caratteri dello stesso. Si trattava infatti di un processo scritto, inquisitorio (il giudice aveva diversi poteri per acquisire informazioni) e senza giuria. Inoltre il cancelliere, all'interno della Corte dell'Equity, aveva creato alcuni istituti come l'*esecuzione in forma specifica*, la *tutela preventiva cautelare* e l'*injunction*.

Tornando al discorso principale, come già accennato, i Judicature Acts eliminarono questa differenza di corti, eliminando il sistema stesso dei *Writs* (che erano necessari per accedere alle corti di Common Law), prevedendo la codificazione dei *Law Reports* (rendendo in questo modo il diritto della magistratura conoscibile da tutti e di conseguenza imponendo il principio dello *Stare Decisis* - precedente vincolante).

Altra importante riforma è stata fatta nei confronti della gerarchia delle corti, suddivise secondo una struttura piramidale in *High Court*, *Court of Appeal*, *House of Lords*.

Sono importanti da ricordare come già accennato nell'introduzione, il caso *London Street Tramways v. London County Council* (1898)⁵ e il *Practice Statement* (1966)⁶, i quali sono passaggi fondamentali nel definire l'operatività *orizzontale* e *verticale* del precedente stesso: “ la prima opera tra Corti di pari grado, mentre la seconda opera tra Corti di diverso grado. [...] Mentre l'efficacia orizzontale del precedente serve soprattutto alle Corti superiori per consolidare la propria influenza nell'esercizio della funzione di corretta ed uniforme interpretazione del diritto, l'operare in verticale dello *Stare Decisis* costituisce un riflesso dell'organizzazione gerarchica delle Corti”.⁷

⁵ “a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was *res integra* and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided.” – sentenza *L. s. tramways v. L. county council*, 1898.

⁶ “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. [...] Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. [...]”.

⁷ L. PASSANTE, *Sistemi Giuridici nel Mondo*, Torino 2010, pg 147 ss.

Con la sentenza appena nominata, venne dichiarata l'assoluta vincolatività del precedente, "la House of Lords, si riconobbe obbligata ad attenersi alle proprie passate decisioni, obbligo esteso alle corti inferiori".⁸

Sul *Practice Statement* vediamo come "mentre il sistema degli Stati Uniti è da taluni considerato come un sistema di Stare Decisis temperato dall'Overruling, diversamente è in Inghilterra, almeno sino al 1966 anno in cui venne promulgato il *Practice Statement*, sebbene il cambiamento abbia riguardato, formalmente, solo la Camera dei Lords, tanto che, ancor oggi, la Court of Appeal rimane vincolata, almeno formalmente, al proprio precedente, anche se, nella realtà, il sistema si è di molto avvicinato a quello statunitense".⁹

L'House of Lords, fino a prima dell'affermarsi del *Practice Statement*, risultava vincolata anch'essa ai propri precedenti.

Si è trattato di un atto stragiudiziale, proveniente dal Lord Chancellor a nome di tutti i lords, con il quale l'House of Lords si è attribuita il potere di modificare i propri precedenti nella misura in cui ciò risulti giusto ed opportuno.

Gli Overruling dell'House of Lords non sono frequenti, tuttavia il punto rilevante di questo atto è stato nel riconoscere la funzione di *creazione di diritto* della House of Lords.

⁸ F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5° ed., 2011, cap II. Il precedente giudiziario nel sistema inglese, F. MORETTI, pp. 5.

⁹ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *L'Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, relazione n. 31 del 29 marzo 2011, Roma, p.11 ss.

La situazione attuale di vincolatività del precedente è la seguente:

I precedenti della *House of Lords* vincolano tutti i giudici delle corti inferiori, e a sua volta l'*House of Lords* è vincolata (a seguito del trattato di Maastricht), dalle decisioni della Corte di giustizia europea;

La *Court of Appeal*, si considera vincolata ai propri precedenti, anche se vi è stata una sentenza che ha previsto anche per essa di potere effettuare un *Overruling*¹⁰:

- 1) Se vi sia un conflitto tra decisioni della stessa Corte, essa può scegliere quale seguire;
- 2) Può effettuare l'*Overruling* per uniformarsi ad un precedente della H. of Lords;
- 3) Se il precedente si sia formato per *incuriam*, aveva per esempio ignorato una legge di cui, invece avrebbe dovuto tener conto.¹¹

Punto importante da evidenziare, a questo punto, è capire quale parte della sentenza sia vincolante: infatti possiamo suddividere la stessa in *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*. Ed è proprio la prima, la *Ratio Decidendi* ad essere la parte che vincola il giudice successivo: “deve consistere in un elemento determinante ai fini della decisione. La *ratio decidendi* è il risultato di una complessa interazione fra principio di diritto ed aspetti della controversia che il giudice ritiene qualificanti ed essenziali”.¹²

Ma è proprio nel caso della necessità di un mutamento che viene meno l'efficacia vincolante del precedente giudiziario: vedi quelle eccezioni allo *Stare Decisis* accennate nell'introduzione, il *Distinguishing* e l'*Overruling*.

¹⁰ *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd* ([1944] KB 718 CA).

¹¹ L. PASSANTE, *Sistemi Giuridici nel Mondo* cit., pp. 147 ss.

¹² F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5° ed., 2011, cap II. Il precedente giudiziario nel sistema inglese, F. MORETTI, pp. 10 ss.

L'Overruling (in particolare nel Common Law americano) si è sviluppato attraverso due tipologie:

Anticipatory Overruling: è il caso in cui una Corte inferiore si discosti dal precedente (di una Corte superiore) perché ritiene ragionevolmente certo che quell'orientamento non verrà più seguito;

Prospective Overruling: è il caso in cui il giudice riconosce che il precedente non è più adatto alla risoluzione del conflitto, stabilendo che non verrà più applicato per i casi futuri, ma tuttavia lo applica nel caso sottoposto. “Ammettere questa possibilità risulta incompatibile con due dogmi del Common Law classico:

- a) il fatto che il giudice nel decidere una controversia non crea nuovo diritto, ma semplicemente applica un diritto già esistente;
- b) il fatto che soltanto la Ratio Decidendi e non anche l'Obiter Dictum, crea regole giuridiche vincolanti nei casi successivi”.¹³

Un parziale superamento della chiusura al Prospective Overruling si è avuto solamente nel 2005 con il caso *Spectrum*¹⁴. Vi si legge infatti che “in casi eccezionali, laddove un'applicazione retroattiva determini conseguenze particolarmente inique, i giudici possano discostarsi dalla regola generale che vuole applicato il principio espresso dalla Corte a tutti i casi, compreso quello in decisione”.¹⁵

¹³ F. GALGANO, *Atlante di d.p.c.*, cit., cap III. Stare decisis negli Stati Uniti, U. MATTEI, p. 21.

¹⁴ *National Westminster Bank Plc v. Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41.

¹⁵ F. VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014, p. 6.

Con questa sentenza, secondo F. Viglione, sono stati rivisitati i principi che reggono gli effetti temporali delle decisioni giudiziali, “ammettendo che in casi eccezionali [di Prospective Overruling], vi possa essere spazio per l’applicazione della vecchia regola per un’ultima volta, venendo così sostituita solamente per il futuro”, anche se ad oggi ancora non si rinvergono applicazioni pratiche di questa apertura da parte della Supreme Court.

CAPITOLO 2

IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO NEL MODELLO STATUNITENSE

La storia del diritto statunitense fonda le sue radici nel Common Law inglese. Tuttavia, alla sua origine, nel 1600, sono molto più numerose le fonti normative: oltre al Common Law inglese, troviamo il diritto consuetudinario (Folk Law), ed anche qualche norma e prassi indigena.

Tra le evoluzioni dei secoli successivi punti fondamentali sono nella *Dichiarazione d'Indipendenza*¹ e nella successiva *Costituzione*².

È interessante far notare come il modello americano si sia diffuso poi col passare del tempo, influenzando diversi paesi, anche di quelli non appartenenti al mondo di Common Law³. I modelli, i principi della costituzione americana, sono stati adottati da quei paesi soprattutto a seguito della loro indipendenza.

Nel sistema americano il rispetto dello *Stare Decisis* è profondamente diverso da quello inglese, troviamo infatti una maggiore elasticità nei suoi confronti: “non soltanto tramite l’affinamento di tecniche che superano le tradizionali impostazioni e distinzioni, ma andando a rigettare la contrapposizione tra *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*, tra *Distinguishing* e *Overruling*.”

¹ Declaration of independence, 4 luglio 1776, con la quale le tredici colonie inglesi si dichiararono indipendenti dalla madre patria inglese. Con questa vengono sacralizzati due libertà fondamentali, alla base per la successiva costituzione: *trial by jury* (i casi giudiziari vengono risolti con una giuria popolare) e *haebeas corpus* (l’inviolabilità della sfera personale nell’assenza di reato).

² United States Constitutions, 17 settembre 1787, è la legge suprema degli Stati Uniti d’America, formata da 7 articoli (con cui disciplina la forma di stato e di governo), e da (attualmente) 27 emendamenti, 10 originariamente (questi ultimi contengono i Bill of Rights, garanzie e tutele che accompagnano i 7 articoli).

³ Vedasi ad esempio le influenze nei paesi africani che adottarono costituzioni di ispirazione americana, oppure le influenze sul Giappone dopo la II guerra mondiale.

L'idoneità del precedente ad imporsi come regola di giudizio viene meno allorché esso contrasti con la logica intrinseca della fattispecie regolata o con i principi di *Natural Justice*⁴, oppure con le concezioni etiche contemporanee, gli indirizzi politico-amministrativi stabilmente affermati o le condizioni di sviluppo economico".⁵

Per tracciare i casi che hanno modificato il concetto di Stare Decisis americano è necessario effettuare una premessa, riguardo il sistema di corti americano, suddivise rispettivamente in corti statali e corti federali.

A. Le *Corti Federali* hanno competenza in questioni che riguardano più stati o comunque in controversie che presentano elementi di "internazionalità".

A volte vengono utilizzate anche come garanzia di terzietà rispetto alle controversie fra due stati.

B. Le *Corti Statali* invece, sono istituite nei singoli stati americani, e vengono utilizzate generalmente per questioni proprie dello stato in cui operano.

"Le Corti Federali hanno giurisdizione sulle questioni di diritto civile e di diritto penale che si fondano sul diritto Federale, così come le Corti Statali giudicheranno ogni controversia che attenga al diritto statale. [...]"

Inoltre, secondo l'art III, sezione 2 della Costituzione la competenza giurisdizionale è assegnata: in base alla materia (oggettiva), o per ragioni soggettive. Le materie federali riguardano materie regolate dalla Costituzione, dalle legge Federale e dai trattati stipulati dagli Stati Uniti, nonché alla materia marittima. La competenza *soggettiva* si riferisce ai casi che riguardino più stati federati, o questioni con soggetti esteri.

⁴ Per *Natural Justice* si intende il diritto ad avere un giudizio equo e senza pregiudizi.

⁵ C. S. DI CASSAZIONE, *L'Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile* cit, p 12.

Il successivo problema, è individuare quale diritto applicare, se Federale o Statale. Questa questione è stata affrontata dal *Judiciary Act*⁶, il quale presentava comunque il problema nel definire “*Laws*” solo come le leggi prodotte dagli stati, o anche il Common Law dei precedenti delle corti statali”.⁷

Questa difficoltosa questione verrà risolta poi con due casi successivi:

Nel caso *Swift v. Tyson*⁸ si discuteva di un titolo cambiario usato per pagare un debito preesistente: il dubbio nasceva nell’applicare il diritto di New York o di un Common Law Federale. Venne dimostrato come il diritto commerciale fosse per natura universale, e pertanto soggetto ad un Common Law generale e uniforme, che non poteva avere natura Federale. Ma vediamo un documento al riguardo:

“Scopo dell’azione promossa dal sig. Swift contro il sig. Tyson [...] era l’ottenimento del pagamento del credito incorporato nel titolo cambiario che, giunto alla scadenza, non era stato onorato.

[...]

In causa il convenuto cercò di liberarsi dall’obbligo di pagamento facendo valere nei confronti dell’ultimo prenditore i vizi inficianti il rapporto contrattuale sostanziale sottostante all’obbligo cartolare originariamente intercorso con i traenti della cambiale. Ma non solo, la difesa del convenuto tentò, altresì, di dimostrare l’infondatezza dell’azione avversaria dimostrando la nullità del titolo fatto valere in giudizio da parte attrice che, creato per pagare un debito preesistente risultata privo del requisito indispensabile della *consideration*.⁹

[...]

⁶ Judiciary act (1789), ha istituito il sistema giudiziario federale, compresa la Corte suprema. Con questo i giudici dovevano applicare “*the laws of the several states*”.

⁷ G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato: casi e materiali*, 2013, p. 278 ss.

⁸ *Swift v. Tyson* 41 U.S. 1 (1842), “*Common Law is not strictly local*”.

⁹ La *Consideration* non ha una definizione univoca, le varie applicazioni giurisprudenziali fanno riferimento all’esistenza di una “repromissione onerosa in cambio della promessa (sinallagma) che può comportare un *benefit* per il promittente e un *detriment* per il promissario”. Inoltre può essere considerata come “nell’esecuzione contestuale della promessa (*executed consideration*, contraddistingue gli unilateral contract”, U. MATTEI - E. ARIANO - G. MARCHISIO, *il modello di Common Law*, 2010, p.236.

Il convenuto sosteneva che poiché l'accettazione del titolo di credito si è avuto a New York, il contratto doveva ritenersi disciplinato dal diritto dello stato di New York [...] secondo il quale un debito preesistente non costituisce una valida *consideration* applicabile ai titoli di credito.

Anche se questo principio fosse ritenuto valido dalle corti di New York, resta da vedere se questa disciplina risulta vincolante nel caso differisca dai principi del diritto commerciale generale. Le corti newyorchesi non fondano le loro decisioni sulla base di leggi statali, ma piuttosto deducono la dottrina dai principi generali del diritto commerciale.

Per sostenere le argomentazioni difensive del convenuto è essenziale ritenere che il termine “the laws” debba interpretarsi come comprensivo nel suo significato delle decisioni dei tribunali locali. Nei casi precedenti alla presente decisione è stato uniformemente ritenuto che la corretta interpretazione dell'articolo 34 debba essere limitata nella sua applicazione alle leggi statali strettamente locali. [...] Non è mai stato ritenuto che l'articolo 34 potesse applicarsi a questioni di natura più generale. Questo articolo, nella sua reale costruzione, è strettamente limitato alle leggi locali e agli usi e consuetudini locali, non si estende ai contratti e agli strumenti di natura commerciale la cui interpretazione e i cui effetti devono essere rintracciati nei principi generali e nelle dottrine della giurisprudenza in materia commerciale”.¹⁰

Sempre secondo “Diritto comparato: casi e materiali”, possiamo vedere come un caso successivo, “Erie Railroad Co. V. Tompkins (1938)” abbia rivoluzionato ulteriormente la questione, andando ad effettuare un *Overruling* di quanto stabilito sopra.

¹⁰ G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato: casi e materiali*, 2013.

“Nel secondo caso si discute di quanto accaduto ad un cittadino della Pennsylvania, sig. Tompkins, mentre percorreva di notte un sentiero lungo i binari della ferrovia di proprietà della società Erie Railroad.

Al passaggio di un treno il sig. Tompkins veniva urtato da un vagone e ferito. Poiché il treno apparteneva alla Erie Railroad, società incorporata nello Stato di New York, il sig. Tompkins agiva presso la Corte Federale del Southern District di New York, chiamata ad applicare le leggi della Pennsylvania, secondo il criterio generale del luogo in cui si è verificato l’evento dannoso, stabilito dal Judiciary Act (art. 34).

La Erie Railroad eccepiva che, secondo il Common Law Statale della Pennsylvania, il sig. Tompkins non aveva diritto al risarcimento perché [*trespasser*¹¹]: la proprietaria del suolo sarebbe stata eventualmente considerata responsabile in caso di dolo. Il sig. Tompkins si difendeva citando la doctrine espressa nel caso *Swift v. Tyson*¹²[...], si sarebbe dovuto fare riferimento al Common Law Federale (che in casi come questo prevedeva il risarcimento del danno)¹³. Tompkins avrà dalla sua anche la Corte d’appello, ma la sua tesi verrà impugnata dinanzi alla Corte Federale, “la quale, dava torto al sig. Tompkins e statuiva definitivamente che il caso doveva essere deciso secondo il Common Law della Pennsylvania: *there is no federal general Common Law*”.

Ma vediamo un altro documento:

“Diversi dubbi sono stati ripetutamente sollevati sulla correttezza della interpretazione dell’articolo 34 del Judiciary Act del 1789 riguardo la validità della regola esplicita in esso.

¹¹ in modern law trespass is an unauthorized entry upon land.

¹² Vedi sopra, l’interpretazione “laws of the several states” del judiciary act.

¹³ G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato: casi e materiali* cit., pp. 281 ss.

Grazie ad un riesame del documento, si è scoperti che l'interpretazione data finora era errata: scopo della norma era solo assicurare che in qualsiasi questione, ad eccezione di quelle in cui deve applicarsi il diritto Federale, le corti federali applicassero il diritto Statale, tanto scritto che non scritto.

[...]

La perseveranza delle corti statali nelle loro specifiche opinioni sulle principali questioni di Common Law hanno impedito l'uniformità [delle stesse corti]. L'impossibilità di individuare una linea di confine soddisfacente tra l'ambito del diritto generale e quello del diritto locale ha finito per creare ulteriore incertezza.

[...]

Swift v. Tyson ha introdotto gravi discriminazioni poste in essere dai cittadini stranieri contro i cittadini di un certo Stato. Ha fatto sì che i diritti goduti sotto la "legge generale" potessero variare ove la tutela venisse richiesta innanzi allo Stato o presso le corti federali; e il privilegio di individuare e selezionare la Corte presso la quale azionare la tutela è stato conferito ai non cittadini. Così la dottrina ha reso impossibile la *equal protection of the law*¹⁴.

La discriminazione è stata possibile:

- A) in parte per l'ampia interpretazione del concetto di "general law" nel cui ambito alle corti federali era attribuito un potere di giudizio indipendente;
- B) in parte per l'ampio numero di persone ritenute legittimate ad avvalersi di questa possibilità di cambiare corti in base alla diversity of citizenship (con un semplice trasferimento di residenza in un altro Stato). [...]

¹⁴ *Equal protection clause*, fa parte del 14° emendamento della Costituzione Americana, si tratta del diritto di poter accedere in modo giusto ed equo alla legge e alle corti e, in caso di giudizio, di esserne giudicati allo stesso modo, con equità e giustizia.

Non esiste alcun Federal General Common Law. Il Congresso non ha alcun potere di dichiarare le regole sostanziali di Common Law da applicarsi in uno Stato, sia che si tratti di questioni locali, sia che si tratti di questioni generali, sia che si tratti di questioni commerciali o che si tratti di responsabilità. E nessuna delle clausole costituzionali stabilisce l'attribuzione di tali poteri alle Corti federali. Anzi, la stessa Costituzione degli Stati Uniti riconosce e tutela l'autonomia e l'indipendenza degli Stati.

Una supervisione Federale (legislativa e giudiziaria) non è in alcun caso permessa a eccezione delle materie che la costituzione specificamente autorizza o delega agli Stati Uniti".¹⁵

In un certo senso, con quest'ultimo caso, cessa la possibilità di uniformare il diritto dei vari stati attraverso la giurisprudenza Federale.

L'atteggiamento americano nei confronti dello Stare Decisis, come visto anche in questi casi, nella definizione del termine *laws*, è stato sin dagli albori piuttosto elastico. È proprio qua che si sono sviluppati maggiormente le due tipologie di Overruling, accennate anche nel capitolo riguardo l'Inghilterra:

- 1) *Anticipatory Overruling*, che si applica quando “una Corte inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base di pronunce giudiziarie dei componenti di questa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente”.¹⁶
L'anticipatory Overruling in particolare coinvolge lo Stare Decisis nella sua portata verticale.

¹⁵ G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato: casi e materiali cit.*, pp. 282 ss.

¹⁶ U. MATTEI, *Precedente giudiziario e Stare Decisis*, Torino, 1996, cit. 161-163.

2) *Prospective Overruling*, in caso di necessità di urgenza, “per evitare il travolgimento dell’affidamento; è la limitazione in posterum dell’applicazione della nuova norma. L’*Overruling decision* annuncia una norma nuova che non verrà applicata, con vari aggiustamenti, alle fattispecie anteriori alla data della decisione”.¹⁷ Il *prospective Overruling* opera più a livello di suprema giurisdizione.

Il *Prospective Overruling* ha trovato in particolare negli Stati Uniti una forte diffusione, soprattutto con la cosiddetta *Warren Court*, negli anni 50-60.

L’utilizzare le decisioni giudiziali in modo prospettico era fondato su una duplice premessa: “da un lato, si era sempre ritenuto che il principio costituzionale di irretroattività della legge fosse confinato all’area del diritto di fonte legislativa e non giurisprudenziale; d’altro lato, si faceva riferimento all’*opinion* del giudice Cardozo nel caso *Sunburst*¹⁸, la più ampia ed autorevole difesa del *Prospective Overruling*”.¹⁹

¹⁷ V. R. MANDELLI, *Recenti sviluppi dello Stare Decisis in Inghilterra ed in America*, 1979. [Dalla relazione della C. S. DI CASSAZIONE, *L’Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit.].

¹⁸ *Great Northern Railway Co v. Sunburst*, 287 U.S. 358 (1932). Il giudice qua ha affermato: “Non è questa l’occasione per considerare se la divisione nel tempo degli effetti di una decisione sia o meno una valida applicazione della dottrina dello *Stare Decisis* per come è conosciuto nel *Common Law*. Valida o non valida, non è in questione alcuna negazione di un diritto protetto dalla costituzione federale. Questo non è un caso in cui una Corte, operando l’*Overruling* di una decisione anteriore, ha dato alla nuova regola una portata retroattiva, rendendo così invalido ciò che era valido mentre veniva fatto [...]. Uno stato, nel definire i limiti dell’adesione al precedente, può operare una scelta autonoma tra il principio degli effetti futuri o del riferimento al passato. Può dire che le decisioni delle sue corti supreme, anche se successivamente oggetto di *Overruling*, sono comunque diritto per gli atti intermedi [...]. D’altro canto, può mantenere l’antico dogma che il diritto dichiarato dalle sue corti ha una esistenza platonica o ideale prima della dichiarazione, nel qual caso la dichiarazione screditata sarà vista come *tamquam non esset*, e la dichiarazione rivista come diritto sin dall’inizio [...]. La scelta per ciascuno stato può essere determinata dalla filosofia giuridica dei giudici delle sue corti, dalle loro concezioni del diritto, della sua origine e della sua natura. [Noi giudici della Corte suprema federale] non controlliamo la saggezza delle loro filosofie, ma la legalità dei loro atti” [vedi documento della Corte Costituzionale “Favor Rei ed effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale”, a cura di Paolo Passaglia con contributi di C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Pico, S. Pasetto, M. T. Rörig.]

¹⁹ F. VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014, p. 9.

La diffusione di questo nasceva dal fatto di tutelare la buona fede della parte che confidava su una certa linea giurisprudenziale, evitando che venisse travolta da un Overruling. “qualora una parte avesse acquisito un diritto di natura proprietaria o contrattuale sulla base di una vecchia regola di Common Law che in quel momento si decideva di cambiare, le aspettative di tale parte meritavano protezione, e la decisione del caso di specie doveva essere ancora resa ai sensi della vecchia regola”.²⁰

Un altro momento significativo di *pure prospectivity* si ha avuto nei primi anni '70, con il caso *Chevron Oil Co V. Huson*²¹, dove sono state stabilite 3 condizioni affinché si abbia una decisione caratterizzata da *nonretroactivity*: 1) un nuovo principio di diritto, totalmente contrapposto al precedente sul quale le parti potevano aver riposto affidamento; 2) una ponderazione dei pro e dei contro derivanti dall'applicazione retroattiva; 3) la valutazione di profili di ingiustizia del caso concreto derivanti dalla retroattività.

Questi principi (definiti come *Chevron test*) saranno ribaditi successivamente dalla Corte suprema anche in altre occasioni, vedi ad esempio il caso *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537, 563 (1982).²²

Più recentemente però, il Prospective Overruling è stato visto sempre più con maggior sfavore da parte delle Corti americane, fino a scomparire del tutto negli anni '90.

²⁰ F. GALGANO, *Atlante di d.*, cit., cap III. Stare decisis negli Stati Uniti, U. MATTEI, p. 21.

²¹ 404 U.S. 97 (1971).

²² F. VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano* cit., pp. 10. In originale nella sentenza i 3 principi sono: “The Chevron Oil test required courts to consider three factors: (1) whether the decision to be applied nonretroactively established a new principle of law, either by Overruling clear past precedent on which litigants may have relied, or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed; (2) whether retrospective operation would further or retard the new rule's operation; and (3) whether the equities cut in favor of prospective application”.

Ma per capire come sia successo questo allontanamento dal Prospective Overruling possiamo andare ad analizzare alcune teorie dichiarative sul precedente. Si tratta di un'elaborazione di F. Viglione realizzata andando ad osservare alcuni recenti casi della giurisprudenza americana.²³

La premessa parte dal fatto che “se la Corte è chiamata semplicemente a svelare una regola giuridica da sempre esistente, allora è inevitabile che la dichiarazione giudiziale si applichi anche alle parti del processo in cui la pronuncia viene resa”.

Ma il positivismo di John Austin ha affermato anche come “il ruolo del giudice non si limita alla scoperta del diritto preesistente, ma lo arricchisce, lo riempie di significato e ne crea ogni volta una nuova dimensione”²⁴. È possibile osservare, alla luce di quanto affermato, come vi sia una profonda contraddizione tra la teoria dichiarativa e la teoria del valore creativo della giurisprudenza. Per questo la dottrina americana si è sviluppata in altre direzioni.

Il più significativo indirizzo è dato dal fatto che “non si comprende quale vantaggio avrebbe una parte processuale a sostenere una nuova tesi, in contrasto con la giurisprudenza consolidata, se il giudice venisse chiamato comunque ad applicare alle parti in causa, sia pure per un'ultima volta la regola superata”.²⁵

È proprio questo ragionamento che ha fatto sì che la Corte Suprema aderisca alla regola definita come *Adjudicative Retroactivity*²⁶.

²³ F. VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano* cit., p. 11.

²⁴ Vedi al riguardo la sentenza Linkletter, dove viene richiamato proprio il pensiero di Austin “judges do in fact do something more than discover law[...].” (623-23).

²⁵ Questa questione è stata notata immediatamente da R. Von Moschzisker, *Stare Decisis in courts of last resort*, 37 *Harv. L. Rev.* (1923) 409.

²⁶ Announcing and applying a new standard of conduct in an adjudicative proceeding would have a retroactive effect, but concluded that the agency's duty to be faithful to the statutory design or to legal and equitable principles “may override concerns about retroactivity.” [332 US 194 (1947)]. In pratica si era stabilito che se dalla decisione venisse imposto un nuovo indirizzo, questo avrebbe avuto anche effetti retroattivi, salvo il rispettare il disegno di legge e principi di equità.

Altri commentatori hanno tratto la conclusione invece “che la stagione del Prospective Overruling abbia rappresentato poco più che una parentesi nella storia del diritto di Common Law, ancorata saldamente al principio della retroattività delle sentenze”.²⁷

A tal riguardo, si vedano le riflessioni di Ronald Dworkin, che ha difeso la tesi dell’unica risposta corretta (*one-right-answer-thesis*²⁸): secondo questi, “la maggior parte dei casi sottoposti all’attenzione dei giudici può essere risolta grazie a un’unica risposta corretta, frutto della migliore interpretazione possibile del sistema giuridico nel suo complesso”.

Il pensiero di Dworkin, leggiamo ancora, ha inciso profondamente sul problema della retroattività dei mutamenti giurisprudenziali, negando loro una autonoma rilevanza, infatti “di fronte alla risposta corretta pensata ed applicata dai giudici, non vi è spazio per una sua disapplicazione ai casi sottoposti alla loro attenzione”. Altro problema del Prospective Overruling, è dato dalla distinzione fra Ratio Decidendi ed Obiter Dictum, che viene in qualche modo svilita con quest’ultimo. Con un Prospective Overruling, si finisce per “capovolgere la natura stessa della distinzione, rendendo vincolante quanto espresso in Obiter e negando valore alla vera Ratio Decidendi con la quale viene risolto il caso specifico”.²⁹

Altra argomentazione a sfavore del Prospective Overruling, è data dal fatto che “ogni mutamento del *judge-made law* è inevitabilmente destinato a generare forme di disuguaglianza”, sul quale si è espressa anche la Corte Suprema

²⁷ Qui F. Viglione far riferimento a J.E. FISH, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 *Harv. L. Rev.* (1997) 1055, 1059 parla di “*general rule of adjudicative retroactivity*” e di saltuarie eccezioni della Corte Suprema da questo principio generale.

²⁸ R. DWORKIN, *No Right Answer?*, 53 *N.Y.U. L. Rev.* (1978), 1, trad. it. R. Guastini, *Non c’è soluzione corretta*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, 2, 1983.

²⁹ Per questo motivo, alcuni autori ritengono che la nuova regola elaborata dalla giurisprudenza, e non applicata, in seguito ad un *Prospective Overruling*, non sarebbe comunque vincolante per i giudici successivi. Così M.N. KNIFFEN, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*, 51 *Fordham L. Rev.* (1982) 53, 58. Sul rapporto tra *Prospective Overruling* ed *obiter dictum*, si veda LORD RODGER, *A Time for Everything under the Law: Some Reflections on Retrospectivity*, 121 *L.Q.R.* (2005) 57, 78. [F. VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014].

americana, che ha così ancorato il principio di applicazione retroattiva della giurisprudenza ad un “*equality principle*” secondo cui “*similarly situated litigants should be treated the same*”.³⁰

F. Viglione fa altresì notare che al mutamento di giurisprudenza corrisponde un costo in termini di affidamento. È questi non è altro che “il tema centrale da affrontare per risolvere le questioni legate all’applicazione delle sentenze nel tempo; tale questione si pone, peraltro, in maniera differenziata a seconda del tipo di regola che viene sovvertita da un *Overruling* e, soprattutto, della materia su cui quest’ultimo incide”.

F. Viglione nell’analisi individua aree “*a maggior resistenza*”, nelle quali l’affidamento delle parti si accompagna spesso ad un elevato costo delle loro condotte, precedenti all’instaurazione del processo, poste in essere in conformità alla regola da sovvertire. (es. in tema di proprietà o di contratti, che inducono i soggetti proprietari o i contraenti a comportarsi in maniera conforme agli orientamenti consolidati in Common Law.³¹

Aree “*a minore resistenza*” sono invece quei casi in cui un precedente definisce regole procedurali o relative al sistema delle prove.³²

In conclusione, viene fatto notare nel documento proprio il paradosso che, “proprio nei casi di mutamento giurisprudenziale in ambito processuale si manifestano minori esigenze di modellare gli effetti della sentenza”.

³⁰ *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. (1991) 529, 540.

³¹ Si veda al riguardo le somiglianze con l’inglese *Practice Statement* del 1966: con questo, la House of Lords dichiara di non essere più vincolata ai propri precedenti, pur affermando espressamente una preminenza del principio dell’affidamento in taluni settori del diritto, tra cui, oltre al diritto penale, vengono menzionati il diritto dei contratti e le negoziazioni in materia proprietaria. In questo senso si comprende perché, a fronte di una più rigida applicazione della vincolatività del precedente, le corti inglesi non abbiano carattere retroattivo delle proprie decisioni [vedi documento F. VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano* cit.].

³² Esempio è il caso *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991): “*Considerations in favor of Stare Decisis are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved [...] the opposite is true in cases such as the present one involving procedural and evidentiary rules*” [Vedi documento F. VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano* cit.].

CAPITOLO 3

IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO

NEL MODELLO ITALIANO

Il sistema giuridico italiano, rispetto ai modelli trattati nei capitoli precedenti, appartiene alla famiglia di *Civil Law*, con origini, istituti, e modalità di applicazione del diritto diversi, benchè entrambe le famiglie (*Common Law* e *Civil Law*) siano nate in Europa.

Innanzitutto possiamo osservare come i modelli di *Civil Law* si sono sviluppati nell'Europa continentale a partire dal diritto romano-giustiniano, e sono basati su un sistema di codici (aggregato di leggi e norme) e sull'importanza del ruolo dell'Università (e quindi della dottrina).

Il giudice deve attenersi alla legge e allo spirito del legislatore, sovrano in quanto eletto dal popolo.

Possiamo dedurre come il giudice di *Civil Law* non ricopra lo stesso ruolo che troviamo invece nel modello di *Common Law*: infatti “nel nostro ordinamento non è contemplata la regola dello *Stare Decisis* e il giudice è vincolato solo dalla legge (art 101, secondo comma, Cost.)”.¹ La giurisprudenza nell'ordinamento italiano non è contemplata tra le fonti del diritto, anche se è comunque diffusa la convinzione che la giurisprudenza assuma invece un ruolo fondamentale “nella attività decisionale del giudice e quindi nelle argomentazioni dei giuristi”.²

¹ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *L'Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, relazione n. 31 del 29 marzo 2011, Roma, pp. 23 ss.

² B. INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, 1988, pg. 527-528.

Il concetto dell'Overruling in Italia ha trovato il suo fondamento solo recentemente a partire dagli anni 2010/2011 grazie alla nostra Corte di Cassazione, in particolare nella tutela del legittimo affidamento³ sulla questione del rapporto cittadino e pubblica amministrazione.

Pur osservando che vi siano “fattori di avvicinamento tra le famiglie di Common Law e di Civil Law, pare comunque incompatibile [l'Overruling] con il nostro sistema, nel quale certamente perdura l'assenza di un generale principio dello Stare Decisis”.⁴ Infatti nel nostro ordinamento di Civil Law, la giurisprudenza è solo uno strumento di supporto per interpretare al meglio la legge in questione. E non ha certamente effetti retroattivi.

Possiamo dire altresì che “per escludere la retroattività di un mutamento di indirizzo giurisprudenziale (sia legato ad aspetti procedurali o sostanziali), occorrerebbe attribuire alla giurisprudenza un ruolo, anche formale, di fonte del diritto, ipotesi palesemente smentita”.⁵

Da evidenziare è la sentenza delle Sezioni Unite della C. di Cassazione n. 19246 del 9 settembre 2010, in merito dei termini di costituzione dell'opponente in giudizio.

³ Il legittimo affidamento si tratta di un principio secondo il quale il ragionevole affidamento suscitato nei terzi da una situazione apparentemente corrispondente a quella reale è meritevole di tutela. È stato recepito in Italia grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia Europea (sentenza 3 maggio 1978, *Töpfer*, in causa 112/77).

⁴ F. VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014, p. 16.

⁵ F. VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano* cit., viene fatto notare come solo la giurisprudenza costituzionale possa incidere direttamente sulla vigenza e sull'efficacia degli atti normativi di fonte legislativa, la quale può anche limitare i propri effetti retroattivi.

Prima di questa sentenza, si poteva affermare come “la giurisprudenza della Corte di Cassazione sia stata costante e granitica nell’affermare che i termini di costituzione dell’opponente si dimezzano ex lege solo se vengono ridotti i termini a comparire dell’opposto (volontariamente o involontariamente)”.⁶

Ma le Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 hanno cambiato completamente orientamento, infatti:

“esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell’opponente e dell’opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all’opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l’opposizione sia stata proposta, in quanto l’art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà. Nel caso, tuttavia, in cui l’opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell’opposto, costituitosi nel termine dimidiato, di chiedere l’anticipazione dell’udienza di comparizione ai sensi dell’art. 163 bis, comma 3”.⁷

È a partire da questa sentenza che si sviluppa in Italia l’*Overruling*, definito già nel giugno 2010 dalla Cassazione stessa come “un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e in una somministrazione all’arbitro del potere-dovere di giudicare dell’atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell’atto di impugnazione”.⁸

⁶ G. BUFFONE, *termine di costituzione per l’opponente e Overruling: la giurisprudenza di merito*, articolo del 29/10/2010 a commento della sentenza Cass. Civile S. U. del 9 settembre 2010, n. 19246 [Altalex.it].

⁷ Motivazioni della SENTENZA S. U. Cassazione 9 settembre 2010 n. 19246 [Altalex.it].

⁸ ORDINANZA n 14627 del 17 giugno 2010 della Suprema Corte di Cassazione, sez. II civile.

L'ipotesi di Overruling, in ogni caso, è prevista solo se sussistono tre requisiti, come afferma ancora Giuseppe Buffone nell'articolo del 29 ottobre 2010:

1. deve trattarsi di norme processuali⁹ (non sostanziali);
2. l'orientamento precedente della Corte di legittimità deve essere assolutamente costante e granitico nel sostenere la tesi opposta;¹⁰
3. la nuova interpretazione deve essere in *malam partem*.¹¹

L'Overruling però rischia di compromettere le fondamenta stesse del processo: continuando nell'articolo, G: Buffone afferma come “la lite rischia di essere decisa applicando una regola non procedimentale non prevedibile al tempo della instaurazione della controversia”.

Ma l'applicare questa regola o meno ai giudizi pendenti viene in ogni caso deciso dagli stessi giudici di merito:

“Ad ogni modo, i giudici di merito già intervenuti, in vario modo hanno escluso che il nuovo principio possa compromettere i procedimenti in corso”.

Da quanto esaminato finora, la Cassazione “sembra escludere l'applicazione di questo strumento per gli orientamenti legati a norme sostanziali, limitandolo alle sole ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale improvviso riguardi le regole del processo”.¹²

⁹ Le norme processuali affermano come agire nel caso concreto; mentre le norme sostanziali vanno ad esprimere precetti.

¹⁰ Deve esserci un mutamento giurisprudenziale imprevedibile.

¹¹ Deve esserci la presenza di un possibile effetto preclusivo del diritto di azione o difesa.

¹² F VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano* cit., p. 17.

Fra gli esempi citati da F. Viglione nel documento abbiamo il caso di nuovi indirizzi giurisprudenziali per i termini per la comparazione e costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo,¹³ il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione,¹⁴ l'improcedibilità del ricorso per Cassazione in ipotesi di mancato deposito di copia della sentenza impugnata,¹⁵ la competenza nel procedimento di liquidazione dei compensi agli ausiliari nei procedimenti penali¹⁶ o ancora nel caso di giurisprudenza innovativa sui termini per l'impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche.¹⁷

Si trattano di casi che hanno avuto bruschi cambiamenti di orientamento giurisprudenziali, nei quali la Cassazione ha "ricercato uno strumento in grado di eludere il problema della tutela di un affidamento incolpevole riposto su linee giurisprudenziali consolidate".¹⁸

¹³ CASS., sez. un., 9.9.2010, n. 19246, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 253, e in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2360.

¹⁴ CASS., sez. un., 9.10.2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806 e in *Giur. it.*, 2009, 406.

¹⁵ CASS., sez. un., ord. 16.4.2009, n. 9005, in *Corr. giur.*, 2009, 1355 e in *Giur. it.*, 2010, 382.

¹⁶ CASS., sez. un., 3.9.2009, n. 19161, in *Giur. it.*, 2010, 1368.

¹⁷ CASS., sez. un., 30.3.2010, n. 7607, in *Foro it.*, 2011, I, 546.

¹⁸ Cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., ove si afferma che "i tentativi per giustificare l'irretroattività del mutamento di giurisprudenza urtano contro l'ostacolo della mancanza di potere del giudice di incidere sul testo della legge" [F. VIGLIONE, *L'Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014].

Ma è nella sentenza n. 15144 dell'11 luglio 2011¹⁹ delle Sezioni Unite della Cassazione che si realizza una lettura organica della questione: viene infatti presa una posizione sul tema generale della retroattività degli Overruling vertenti sull'interpretazione-applicazione di norme processuali.

Nella rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti pubblicata il 31 gennaio 2012, G. Sorrenti individua diversi profili di interesse sulla decisione presa dalla Cassazione nel 2011²⁰:

1. Il *primo profilo di interesse* della decisione, è nel fatto che la Cassazione va a smentire la tesi (per quanto autorevole²¹) secondo la quale la giurisprudenza abbia lo stesso valore delle innovazioni normative, andando ad eliminare la differenza tra funzione legislativa e giurisdizionale: “il mutamento radicale di indirizzo interpretativo, tale da ribaltare prassi giurisprudenziali diffuse e consolidate, è in grado di innovare l'ordinamento giuridico in maniera non dissimile dal sopraggiungere di una nuova norma e come tale non può che assumere un'efficacia proiettata solo nel futuro (irretroattività della legge).

¹⁹ Le sezioni unite con la sentenza dell'11 luglio 2011, n. 15144 hanno fatto applicazione della nuova norma in fattispecie relativa a mutamento di giurisprudenza della Corte di Cassazione in ordine al termine di impugnazione delle sentenze del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. La tutela dell'affidamento incolpevole della parte, che aveva proposto il ricorso per Cassazione in base alla regola processuale espressa dal pregresso e consolidato orientamento giurisprudenziale successivamente mutato, si è realizzata nel ritenere non operante la decadenza per mancata osservanza del termine per impugnare e, dunque, tempestivamente proposto il ricorso stesso. Il principio sotteso è che il mutamento della propria precedente interpretazione, porta a ritenere esistente una decadenza o una preclusione prima escluse.[...] E' un'interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale “ora per allora” (quindi un cambiamento di orientamento da lì in poi - Prospective Overruling). [A. BRANCACCIO, *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, volume 7, 2013, p. 241-242].

²⁰ G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un Overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, rivista n.1/2012 AIC, articolo pubblicato il 31/01/2012.

²¹ R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di Cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come jus superveniens retroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311 ss.

La ricostruzione realizza l'apprezzabile intento di evitare ogni pregiudizio per gli atti processuali già compiuti, a prezzo però di una integrale quanto discutibile equiparazione delle innovazioni giurisprudenziali alle innovazioni normative”.

Quanto affermato però nel passo successivo mostra come questa posizione sia viziata nei suoi passaggi: “una prima volta, quando l'organo giurisdizionale di legittimità mostra di credere che, per determinare quale sia l'efficacia (sul piano temporale) degli Overruling, sia necessario dirimere la questione circa la natura creativa o dichiarativa della giurisprudenza; la seconda quando afferma, nel prendere successivamente posizione in merito a quest'ultimo problema, che la funzione giurisdizionale è un'attività di natura prevalentemente dichiarativa o di accertamento”.

È evidente che G. Sorrenti sostenga invece come “i cambiamenti di indirizzo dell'organo giurisdizionale di ultima istanza derivano la loro efficacia dallo statuto tipico degli atti giurisdizionali, che è dunque sempre identico a sé, per cui negare che si proiettino solo in avanti nel tempo bastava appellarsi a detta efficacia tipica e non occorreva indagarne la portata creativa o dichiarativa. Secondariamente, quanto asserito dalla Cassazione sull'intrinseca natura dell'attività interpretativo-applicativa presta il fianco a considerazioni critiche di portata generale”.

2. Il *secondo profilo* riguarda il fatto che, ribadendo la distinzione tra fonti di produzione e atti di applicazione giurisprudenziale, si va a riproporre l'idea dell'interpretazione come mero atto di accertamento. “Per far questo la suprema istanza di legittimità prende le mosse dal vincolo di soggezione del giudice alla legge, sancito nell'art. 101 Cost²²: dal quale discenderebbe il riconoscimento agli atti giudiziali di una mera funzione di accertamento delle potenzialità di significato già insite nella disposizione legislativa”. È vero come questo articolo costituisca il cardine del sistema costituzionale, ma l'art 101 “va declinato preferibilmente in negativo (per ciò che vieta al giudice di fare), non consentendogli di prescindere dal riferimento testuale nelle sue argomentazioni, che in positivo (*per* il modo invece in cui gli impone di agire), prescrivendogli viceversa di non trarre la sua decisione da altro luogo rispetto alla fonte legislativa”.

Insomma, “la componente inventiva dell'operare dei giuristi è un'acquisizione non più contestabile nella cultura giuridica contemporanea”.

3. Il *Terzo profilo* di interesse va ad esaminare come possa essere eseguita un'interpretazione giurisprudenziale.

Leggiamo dalla motivazione della sentenza 15144 dell'11 luglio 2011 come sia preferibile un'interpretazione “*correttiva*”, che si ha quando il giudice “torna direttamente sul significante (...) per desumerne un significato diverso da quello consacrato in una precedente esegesi”. In questo caso il mutamento giurisprudenziale appare imprevedibile, e per la tutela dell'affidamento, risulta non retroattiva.

²² Art 101 Costituzione Italiana: *la giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*

L'interpretazione “*innovativa*” risulta invece sconsigliata per esigenze di stabilità e certezza, indipendentemente dal fatto “che essa possa offrire una garanzia più intensa dei beni in gioco, già riconosciuti meritevoli di protezione dall’ordinamento giuridico”.²³ In questo caso, non essendo meritevole di tutela l’affidamento delle parti, la decisione avrà un’efficacia *ex tunc*. La distinzione fra le due interpretazioni risulta in ogni caso solo in apparenza netta, e scarsamente utilizzabile: per quanto riguarda l’interpretazione adeguatrice, non si comprende se, il giudice cerca di orientarsi verso un’interpretazione via via più vicina ai valori costituzionali (in ogni caso “evoluzioni dell’interesse sotteso alla disposizione”), oppure siano solo evoluzioni che egli preferisce “grazie ad una più raffinata tecnica e sensibilità”.

Viene concluso questo terzo profilo affermando come: “più condivisibile e proficuo sarebbe stato non distinguere tra diversi tipi di mutamento giurisprudenziale, gli uni dotati gli altri privi di efficacia retroattiva, ma affermare che, ferma restando la loro applicabilità ai rapporti pendenti, il conseguente problema di salvaguardia dell’affidamento merita una risposta differenziata”.

Alla luce di quanto osservato, vediamo come “distinguere differenti tipologie di mutamento giurisprudenziale, cui far conseguire un’efficacia retroattiva o prospettica, appare in conclusione un’operazione assai discutibile”.

²³ L’articolo dell’AIC fa riferimento a quanto affermato da F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell’affidamento, tipi di Overruling*, in *Corr. Giur.* 2011, 1408.

F. Viglione osserva come sarebbe più corretto “considerare unitamente ogni ipotesi di mutamento di indirizzo interpretativo, da applicarsi anche a tutti i rapporti pendenti, ma salvaguardando ove possibile l’affidamento delle parti del processo, laddove il mutamento riguardi proprio regole processuali, per il tramite della rimessione in termini”.²⁴ Andare a dare maggiori poteri alla giurisprudenza di incidere retroattivamente, sembra infatti andare a generare problemi più gravi di quelli che è in grado di risolvere.

²⁴ F. VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014.

CAPITOLO 4

ESPERIENZE A CONFRONTO E CONCLUSIONI

Dopo quanto esaminato, possiamo osservare due principali caratteristiche del Common Law americano che lo differenziano dal Common Law inglese:

- “1) Presenza di una Costituzione scritta;
- 2) Presenza di due ordini di giurisdizione: Federale e Statale;

La centralità del testo costituzionale ha un chiaro effetto sullo stile della sentenza e sullo Stare Decisis: principi e clausole della stessa hanno favorito lo sviluppo di un metodo di applicazione della norma scritta al caso concreto di tipo evolutivo.

Il duplice circuito invece, (Federale e Statale) influenza lo stile delle decisioni e dello stesso Stare Decisis: alle corti statali spetta la soluzione di gran parte delle controversie (sia civili che penali). Ciò provoca la produzione di una mole di decisioni “di routine”, alla quale si affianca un numero minore di casi “innovativi”, che possono essere interpretati con modalità tecniche eterogenee”.¹

In ogni caso, i precedenti giurisprudenziali nei sistemi di Common Law “rivestono ovunque un ruolo fondamentale nel sistema delle fonti, anche se ormai si è abbandonato (anche in Inghilterra a partire dal Practice Statement del 1966), la regola Stare Decisis come precetto vincolante per i giudici”.²

¹ G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato: casi e materiali*, 2013, cap. 6 “giudici e dottrina nel Common Law statunitense” p. 286.

² F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5° ed., 2011, cap IV Stare Decisis nel restante mondo di common law, L. ANTONIOLLI, p. 29.

Riguardo i modelli di Common Law, possiamo trovare una serie di fattori comuni:

- “1) Le corti vengono ripartite tra inferiori e superiori (solamente i precedenti delle seconde vengono tenuti in conto ai fini della regola Stare Decisis);
- 2) Le decisioni giudiziali sono ovunque raccolte in Law Reports, che sono il necessario supporto affinché esse possano essere conosciute e conseguentemente seguite; nella scelta di quali di esse pubblicare ha rilievo la dicotomia corti inferiori-corti superiori;
- 3) Le sentenze sono scritte seguendo uno stile discorsivo, con elaborate disquisizioni di diritto e di fatto, sono ammesse le dissenting opinions;
- 4) Gli organi giurisdizionali di vertice sono composti da un numero ristretto di giudici, che giudicano relativamente poche cause all’anno,[...] ciò fa sì che le loro decisioni godano di grande peso e prestigio e impongano il rispetto alle corti inferiori;
- 5) Tutti i giudici vengono reclutati fra le file della professione forense, al contrario di quanto avviene nel mondo di Civil Law, dove essi eseguono una carriera separata ed autonoma”.³

Si trattano di elementi comuni nei paesi di Common Law che garantiscono una certa uniformità al diritto giurisprudenziale, pur considerando le differenze che abbiamo osservato in merito all’elasticità del rispetto dello Stare Decisis e dell’Overruling.

³ F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, cit. L. ANTONIOLLI, p. 29.

Per quanto riguarda l'Italia la tesi del giudice I. Borasi del Tribunale di Piacenza è che “ il Prospective Overruling effettuato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nell'ambito del potere nomofilattico, alle condizioni e ai limiti di cui sopra [visti nel capitolo precedente dedicato alla situazione italiana], ha un effetto normante per l'ordinamento processuale penale pro futuro”.⁴

Confrontando i due mondi, di Common Law e Civil Law, possiamo dire come “divergono fra loro per la soluzione data ai medesimi problemi: al problema della certezza del diritto o della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, o del problema della uguaglianza di trattamento dei singoli che versino nella stessa situazione.

- Il Common Law, basato sulla creazione giudiziaria del diritto, risolve questi problemi con la regola dello Stare Decisis;
- Il Civil Law li risolve con la creazione legislativa di un diritto generale e astratto, cui il giudice deve conformare le proprie decisioni”.⁶

Di fatto però, “nell'esperienza forense dei paesi di Civil Law, gli avvocati redigono le proprie difese – ed i giudici le proprie sentenze – facendo appello, più che alle norme di legge, ai precedenti di giurisprudenza, assumendo a questo modo atteggiamenti argomentativi non dissimili da quelli degli avvocati – o dei giudici di Common Law”.⁵

Questo avvicinamento tra i due mondi, dal punto di vista italiano è stato sicuramente favorito - perlomeno nel Prospective Overruling - dalla nostra Corte di Cassazione.

⁴I. BORASI (giudice del tribunale di Piacenza), *Prospective Overruling e processo penale*, documento n. 225, pubblicato il 7 dicembre 2010 in “*ilcaso.it*”.

⁵*Atlante di diritto p. c. cit.*, cap IV. Il precedente giudiziario in civil law-GALGANO, p. 29-30.

Concludo con quanto affermato nell'Atlante di Galgano: "Entro la stessa Corte di Cassazione operano così due opposte tensioni:

- da un lato quella che mira a realizzare il più alto grado di certezza del diritto;
- dall'altro l'ideologia propria del giudice di Civil Law, che a null'altro si ritiene sottoposto se non alla legge e che, in nome di una interpretazione della legge che sia la migliore possibile, non esita a contraddire le proprie precedenti interpretazioni".⁶

⁶ *Atlante di diritto p. c. cit.*, cap IV. Il precedente giudiziario in civil law-GALGANO, p. 31

BIBLIOGRAFIA

- V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* vol. 1, 4° ed., Torino 2010;
- F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5° ed., 2011;
- F. VIGLIONE, *L'OVERRULING nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, 2014;
- L. PASSANTE, *Sistemi Giuridici nel Mondo*, Torino, 2010;
- Sito web della Corte Suprema di Cassazione Italiana, in particolare nella pagina "le funzioni della Corte". [www.CortediCassazione.it];
- G. BUFFONE, *Termine di costituzione per l'opponente e OVERRULING: la giurisprudenza di merito*, articolo del 29/10/2010 a commento della sentenza Cass. Civile S. U. del 9 settembre 2010, N. 19246 [Altalex.it];
- S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, 2002;
- U. MATTEI – E. ARIANO – G. MARCHISIO, *il modello di Common Law*, III ed., Torino, 2010;
- CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *L'OVERRULING giurisprudenziale in materia di processo civile*, relazione n. 31 del 29 marzo 2011, Roma;
- Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd* ([1944] KB 718 CA);
- National Westminster Bank Plc v. Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41;
- G. AJANI – B. PASA, *Diritto comparato: casi e materiali*, 2013;
- Swift v. Tyson* 41 U.S. 1 (1842);
- U. MATTEI, *Precedente giudiziario e Stare Decisis*, Torino, 1996;
- V. R. MANDELLI, *Recenti sviluppi dello Stare Decisis in Inghilterra ed in America*, 1979. [Dalla relazione della C. S. DI CASSAZIONE, *L'OVERRULING giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit.];
- Great Northern Railway Co v. Sunburst*, 287 U.S. 358 (1932);
- J.E. FISH, *Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach*, 110 *Harv. L. Rev.* (1997);
- R. DWORKIN, *No Right Answer?*, 53 *N.Y.U. L. Rev.* (1978), 1, trad. it. R. Guastini, *Non c'è soluzione corretta*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, 2, 1983;
- James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. (1991) 529, 540;
- B. INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, 1988;
- SENTENZA S. U. Cassazione 9 settembre 2010 n. 19246 [Altalex.it];
- ORDINANZA n 14627 del 17 giugno 2010 della Suprema Corte di Cassazione, sez. II civile;
- CASS., sez. un., 9.9.2010, n. 19246, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 253, e in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2360;
- CASS., sez. un., 9.10.2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806 e in *Giur. it.*, 2009, 406;
- CASS., sez. un., ord. 16.4.2009, n. 9005, in *Corr. giur.*, 2009, 1355 e in *Giur. it.*, 2010, 382;
- CASS., sez. un., 3.9.2009, n. 19161, in *Giur. it.*, 2010, 1368;
- CASS., sez. un., 30.3.2010, n. 7607, in *Foro it.*, 2011, I, 546;

A. BRANCACCIO, *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, volume 7, 2013;

G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento lesa da un Overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, rivista n.1/2012 AIC, articolo pubblicato il 31/01/2012;

R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di Cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come jus superveniens retroattivo*, in *Foro it.*, 2010;

F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di Overruling*, in *Corr. Giur.* 2011, 1408;

¹I. BORASI (giudice del tribunale di Piacenza), *Prospective Overruling e processo penale*, documento n. 225, pubblicato il 7 dicembre 2010 in "*ilcaso.it*".

