

## **Il rapporto tra giudice e legge nel sistema giuridico italiano<sup>1)</sup>**

*Marco De Cristofaro\**

### **1. – Il sistema italiano ed il controllo di costituzionalità accentrato: solo la Corte costituzionale è inserita nel sistema delle fonti del diritto**

È tradizionale considerare il sistema giuridico italiano tra gli ordinamenti di *civil law*. In effetti nella Costituzione (all'art. 101) si trova il principio fondamentale per cui “il giudice è soggetto alla legge”, è dunque chiamato all'applicazione della volontà degli organi del potere legislativo, espressione della volontà popolare ed unica possibile fonte del diritto: vuoi in via diretta, con l'approvazione di leggi frutto di un esame e del Parlamento; vuoi in via indiretta, tramite la conferma dei decreti legge approvati dal Governo per ragioni di urgenza o tramite la delega al Governo per l'elaborazione di testi normativi più articolati e complessi (come i codici o le grandi leggi di riforma del diritto sostanziale o del diritto processuale).

Il giudice pertanto non ha la facoltà di disapplicare le leggi che ritenga non conformi alla Costituzione<sup>2)</sup>. Certamente anche il sistema italiano è fondato sull'esistenza di una Costituzione “rigida”, che ha un rango superiore nella gerarchia delle fonti e non può essere derogata o contrastata dal legislatore ordinario.

Tuttavia non è previsto un controllo di costituzionalità diffuso, quale quello conosciuto agli Stati Uniti, poiché – analogamente a quanto accade, ad es., in Germania – il controllo di conformità delle leggi ordinarie alla Costituzione è affidato in via accentrata ad una Corte costituzionale<sup>3)</sup>, disciplinata nella Carta fondamentale, creata nel 1956 e composta da 15 giudici che restano in carica 9 anni: 5 di nomina del Presidente della Repubblica, 5 di nomina del Parlamento e 5 di nomina delle Corti Supreme (3 da parte della Corte Suprema civile e penale, la Corte di cassazione; 2 da parte delle Corti Supreme amministrative, il Consiglio di Stato e la Corte

\* Professore Ordinario, Università degli Studi di Padova.

1) Testo della Relazione tenuta presso lo Hikakuhō Kenkyūjo di Nihon University il 6 dicembre 2024, integrato delle note.

2) Diversamente da quanto accade nel sistema statunitense, sin dal *milestone case* rappresentato – ancora nei primi tempi di attività della *Supreme Court* – da *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

3) V. art. 134 della Costituzione.

dei Conti)<sup>4)</sup>.

Se il giudice – qualunque giudice, anche le Corti Supreme civili, penali od amministrative – ha un dubbio circa la compatibilità di una legge ordinaria alla Costituzione deve sottoporre questo dubbio alla Corte costituzionale<sup>5)</sup> che, unica nell'ordinamento, ha il potere di dichiarare la legge invalida *in toto* oppure di dichiararla valida ma solo a condizione che ne venga data una certa interpretazione che la rende conforme alla Costituzione<sup>6)</sup>.

Questo obbligo, per il giudice ordinario, vale anche davanti a leggi che sono chiaramente non conformi ai principi costituzionali elementari: quali quello dell'uguaglianza e della dignità umana. Ad es. negli anni '60 è stato necessario l'intervento della Corte costituzionale per cancellare la previsione per cui solo gli uomini potevano accedere a determinate carriere pubbliche, quale quella di giudice<sup>7)</sup> (ad oggi i magistrati sono prevalentemente donne, sul piano numerico); per far dichiarare incostituzionale il reato di adulterio, che poteva essere commesso solo dalla donna sposata ma non dall'uomo sposato<sup>8)</sup>; per far dichiarare illegittima la disposizione del codice di procedura civile che imponeva a chi voleva iniziare una causa di depositare

4) V. art. 135 della Costituzione: «La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative.

I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d'esercizio.

I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati».

5) V. art. 23 della legge sul funzionamento della Corte costituzionale, n. 87 del 11.3.1953: «L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso».

6) Si tratta della categoria di *sentenza interpretativa di accoglimento*, con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sul significato attribuito dal giudice *a quo* alla disposizione di legge controversa, accerta la fondatezza della questione e dichiara la illegittimità costituzionale di tale disposizione di legge nel solo significato difforme da Costituzione. La norma permane così nell'ordinamento giuridico, ma non può esserle attribuito il significato dichiarato incostituzionale. Questa categoria di pronunce ha dato origine ad una complessa fenomenologia, comprensiva delle decisioni che gli studiosi hanno variamente definito "additive", "sostitutive", "manipolative", nelle quali la Corte si avvale di una particolare tecnica legislativa, sotto specie di emendamenti puntualmente indicativi degli effetti ritenuti illegittimi e dei rimedi considerati indispensabili.

7) Fu la sentenza n. 33 del 1960 ad aprire l'accesso alle donne a tutti i posti di funzionario pubblico. Successivamente la legge 9.2.1963, n. 66, specificamente consentì alle donne di partecipare al concorso in magistratura. Nel 1965 vi furono le prime 8 donne magistrato.

8) C. Cost., 16.12.1968, n. 126. Invece l'art. 587 codice penale, che prevedeva un'attenuante speciale per il "delitto d'onore", ossia per chi avesse commesso omicidio del coniuge se motivato dal tradimento coniugale, ha dovuto attendere l'abrogazione espressa del legislatore con la legge 5.8.1981, n. 442.

una cauzione per il rimborso delle spese di soccombenza alla controparte: norma che rappresentava un ostacolo all'accesso alla giustizia per la parte sprovvista di mezzi economici ed impediva un confronto equilibrato tra chi era più povero e chi era più benestante, sempre in violazione del principio di uguaglianza<sup>9)</sup>.

Solo gli interventi della Corte costituzionale si inseriscono nella categoria delle c.d. "fonti del diritto"<sup>10)</sup>. Tra le fonti invece non rientrano le decisioni delle Corti ordinarie, nemmeno quelle delle Corti Supreme: queste sono formate da giudici che sono stati ammessi alla magistratura solamente sulla base di un concorso e senza alcuna designazione politica, né per elezione né per designazione da parte del governo nazionale o locale. Le Corti ordinarie non hanno quindi una composizione simile a quella della Corte costituzionale che, sia pur indirettamente, si ricollega alla volontà popolare tramite la nomina di 2/3 dei suoi membri ad opera del Parlamento o del Presidente della Repubblica, che viene a propria volta eletto dal Parlamento.

## **2. – Il giudice è soggetto soltanto alla legge: autonomia ed indipendenza del magistrato anche nei rapporti con la Corte Suprema di Cassazione**

L'art. 101 della Costituzione, già richiamato sopra, certifica l'inesistenza di un vincolo del giudice, di ogni giudice, alle decisioni di altre Corti.

Nel sistema italiano la giustizia civile (e quella penale) prevede normalmente tre gradi di giudizio: contro le decisioni di primo grado è prevista la possibilità di rivolgersi alla Corte d'appello e, infine, alla Corte Suprema. La Corte Suprema è chiamata Corte di cassazione sul modello della rivoluzione francese, quando nel 1792 si volle istituire un nuovo Tribunale che sorvegliasse l'applicazione dei nuovi principi rivoluzionari da parte dei magistrati del vecchio regime che non avevano potuto essere tutti sostituiti<sup>11)</sup>. Questo Tribunale aveva il compito, appunto, di annullare, di "cassare" le decisioni contrarie allo spirito del nuovo ordinamento istituito dalla rivoluzione francese: donde il nome di Corte di cassazione che si perpetua ancora oggi per designare sia la Corte Suprema francese che quella italiana.

9) Corte cost., 29.11.1960, n. 67.

10) Al riguardo l'art. 136 Costituzione contempla solamente una funzione di "fonte negativa": «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». V. peraltro quanto osservato *supra* con riferimento alla possibilità delle sentenze additive, manipolative o in genere interpretative di accoglimento.

11) V. Calamandrei, *La Cassazione civile*, I vol., Torino, 1920; Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989; Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution*, Paris, 1987.

La conclusione del processo si avrà solamente quando la sentenza di primo grado o d'appello non viene impugnata, oppure quando verrà respinta l'impugnazione in Cassazione: unicamente in tale momento si avrà la formazione del giudicato, la conclusione irretrattabile del contenzioso con la definitiva attribuzione delle ragioni e dei torti, dei diritti e degli obblighi.

Ebbene: l'art. 101 della Costituzione ci dice non solo che "il giudice è soggetto alla legge", ma anche che è soggetto *soltanto* alla legge. Questo significa che ogni singolo magistrato "dialoga" direttamente con la legge approvata dal potere legislativo<sup>12)</sup>, senza essere costretto a seguire le interpretazioni delle Corti di grado superiore, nemmeno se provenienti dalla Corte Suprema. Le decisioni di questa potranno influenzare i giudici dei gradi inferiori, ma solo per l'autorevolezza riconosciuta ai giudici che fanno parte della Corte di cassazione e sempre che queste decisioni siano persuasive e capaci di offrire un'adeguata interpretazione della legge.

Se il giudice singolo, anche di primo grado, non ritiene di condividere le decisioni della Corte Suprema, è libero di respingerne l'opinione e di ritenere che la legge abbia un'altra corretta interpretazione, perché è la legge che costituisce l'unico criterio di decisione per ogni giudice, senza che vi sia alcuna intermediazione del diritto giurisprudenziale<sup>13)</sup>.

Questa regola trova riscontro nell'art. 107 della Costituzione, in base al quale i giudici sono tutti uguali e si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni. Non vi è dunque alcuna gerarchia tra i giudici; i componenti della Corte Suprema non sono differenti o migliori rispetto ai giudici che

12) M. Esposito, *Iurisdiction in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 830: «l'art. 101, comma 2, Cost. dispone la soggezione del giudice non già alle norme, bensì alla legge in senso stretto, ossia agli atti della rappresentanza – nonché dei soggetti ai quali questa abbia legittimamente conferito delega di esercizio della funzione legislativa – dal momento che soltanto delle disposizioni di legge può effettivamente postularsi che, corrispondendo al menzionato vincolo di mutuo impegno tra consociati, siano parte integrante del fatto sul quale l'attore (e, sul fronte opposto, il convenuto) basa la propria postulazione di giudizio».

13) Resta peraltro fermo un "dovere funzionale" dei giudici di merito e di legittimità di non discostarsi dalla giurisprudenza della Cassazione se non per gravi e giustificati motivi: Gorla, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge ed i tribunali supremi»*, in *Foro italiano*, 1976, V, 127 e 134 ss., che fonda questo "dovere funzionale" sul combinato disposto dell'art. 111 Cost. e dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (*ivi*, 133 ss.). Nel medesimo senso v. Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Rivista diritto processuale*, 2001, 623 s., che postula altresì un bilanciamento alquanto approfondito dei valori coinvolti nelle situazioni confliggenti, affinché il contrasto possa risultare adeguatamente giustificato; Evangelista, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, in *Foro italiano*, 1999, V, 171; con accenti in parte diversi anche Taruffo, *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 96 s.; di esplicito «dovere di fedeltà ai propri precedenti», discendente dalle due suddette norme, parla anche Cass., sez. un., 4 luglio 2003, n. 10615.

operano in primo grado o in appello, né questi ultimi sono in qualche modo soggetti ai primi.

Tutte le decisioni relative alla carriera ed allo stipendio dei magistrati vengono infatti prese non dai giudici della Corte Suprema, bensì da un organo speciale, che deve preservare quell'indipendenza e quell'autonomia del giudice rispetto agli altri poteri dello Stato, ivi compresi altri giudici, che costituisce la pietra angolare dello Stato di diritto, della *rule of law*: ossia del primato della legge rispetto a qualunque soggetto dell'ordinamento<sup>14)</sup>, a prescindere dal fatto che sia coinvolto un "potente", sul piano economico o politico<sup>15)</sup>.

Questo organo speciale è il Consiglio Superiore della Magistratura, composto per 2/3 da giudici e per 1/3 da professori od avvocati eletti dal Parlamento, ed in aggiunta con la partecipazione dal Presidente della Repubblica, del Primo Presidente della Corte di cassazione e del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione<sup>16)</sup>. Si tratta di un organo di garanzia,

14) V. anche Borré, *Indipendenza e politicità della magistratura*, in P. L. Zanchetta (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, 1987, pp. 145 ss.: «Il principio costituzionale secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge"... non è la riedizione del vecchio mito illuministico della subalternità del giudice alla legge... Se così fosse, infatti, la formula direbbe "i giudici sono soggetti alla legge", mentre l'art. 101 della Costituzione contiene in più la parola "soltanto", che dà alla frase non un significato di conformità, di adeguamento, ma piuttosto la forza di una provocazione polemica. Che i giudici siano non semplicemente soggetti alla legge, ma soltanto ad essa soggetti, significa che la fedeltà alla legge è anzitutto "cultura della disobbedienza". Disobbedienza a tutto ciò che la legge non è: e dunque, in primo luogo, ai poteri dominanti, politici o economici, pubblici o privati che essi siano; alle improprie gerarchie interne allo stesso apparato giurisdizionale; e infine alla giurisdizione di vertice, se essa sia mediamente non condivisa. In questa luce, la fedeltà alla legge diventa un elemento non di passività, ma di responsabile scelta ispirata ai valori della Costituzione e al principio pluralistico, fuori del quale non sarebbe concepibile la stessa indipendenza della magistratura».

15) Il principio risale all'insegnamento fondamentale del Baron de Montesquieu, *De l'esprit de lois*, Ginevra, 1748: «La libertà politica, in un cittadino, consiste in quella tranquillità di spirito che proviene dalla convinzione, che ciascuno ha, della propria sicurezza; e, perché questa libertà esista, bisogna che il governo sia organizzato in modo da impedire che un cittadino possa temere un altro cittadino. Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso senato facciano leggi tiranniche per attuarle tirannicamente. Non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse unito con il potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore. Tutto sarebbe perduto se la stessa persona, o lo stesso corpo di grandi, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare leggi, quello di eseguire le pubbliche risoluzioni e quello di giudicare i delitti e le liti dei privati». V. anche Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2, 2003; Pitto, "Unpacking the courts": *prevenzione e reazione agli attacchi all'indipendenza dei giudici. Brevi riflessioni a partire dal Convegno "Giudice e stato di diritto"*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)

16) V. l'art. 104 Costituzione: «Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal

dove la prevalente presenza dei giudici assicura una sufficiente separazione dal potere politico, e dove la presenza minoritaria di componenti eletti dal Parlamento evita che le decisioni siano corporative ed auto-referenziali, sensibili solo agli interessi della categoria, ed impedisce così che questo organo si trasformi in una sorta di sindacato.

### **3. – La natura creativa dell’attività di ogni interprete ed il “diritto vivente” come parametro di costituzionalità e di legittimità di leggi retroattive**

L’impostazione che ho sin qui esposto – in Italia come in molti altri Paesi di *civil law* – sta entrando però in crisi. In particolare l’esplosione del contenzioso civile, che si è avuta a partire dagli anni ’70 con la “scoperta” di nuovi diritti economici e sociali, ha determinato l’esigenza che le leggi approvate dal potere legislativo venissero soggette ad una interpretazione il più possibile uniforme, per fare in modo che il principio di uguaglianza (“la legge è uguale per tutti”, la *equal protection of the law*) venisse confermato non solo sul piano formale, ma anche nel momento dell’applicazione della norma da parte del giudice chiamato a risolvere un conflitto tra privati o tra privati e la Pubblica Amministrazione.

La piena libertà riconosciuta al giudice, in altri termini, non può diventare una cacofonia di strumenti che, pur suonando la stessa musica, finiscono con l’emettere suoni diversi.

Nello stesso periodo è stata definitivamente superata l’illusione – ancora affermata dai filosofi illuministici nel ‘700 – per cui il giudice è “bocca della legge”, si limita cioè ad enunciare meccanicamente un comando, contenuto nella legge, che è chiaro, di agevole comprensione e suscettibile di essere applicato al caso concreto senza dubbi, in modo quasi matematico<sup>17)</sup>.

Presidente della Repubblica.

Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione.

Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio».

Il successivo art. 105 prevede appunto che «Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell’ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati». Analogamente l’art. 107, co. 1, conferma che: «I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall’ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

17) Le dottrine dell’Illuminismo, sulla base dei principi della separazione dei poteri e del “primato della legge” sulle altre fonti del diritto (consuetudinarie, giurisprudenziali e dottrinarie), avevano teorizzato la realizzazione di un sistema normativo che consentisse l’applicazione della norma senza necessità di sua “interpretazione”. Il riferimento va

Questa concezione, che risale al Digesto di Giustiniano e che trova tuttora espressione nell'art. 5 del *Code civile* di Napoleone Bonaparte (che proibisce ai giudici di formulare principi generali nel decidere le cause di loro competenza<sup>18)</sup>), è oramai ritenuta superata proprio dai filosofi del diritto, ed in particolare dagli studiosi della scienza dell'esegesi, che hanno dimostrato come ogni atto di applicazione della legge sia atto di interpretazione, e come ogni atto di interpretazione sia un atto attributivo di significato: l'interpretazione è sempre "creazione del diritto", poiché seleziona uno tra i molteplici possibili significati che può avere l'espressione generale ed astratta della norma confezionata dal potere legislativo, che per definizione non è mai univoca e dotata di un unico possibile significato.

Ciò significa che il giudice, quando decide una controversia, comunque "crea diritto", perché contribuisce a determinare il significato della norma che applica<sup>19)</sup>.

immediatamente ai grandi autori quali Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Pietro e Filangieri. Ciò prevedeva per il giudice un'attività meramente meccanica di applicazione della norma al caso oggetto del giudizio, con esclusione di qualunque attività interpretativa. Unica interpretazione ammessa era l'*interpretazione autentica*, perché fornita dal legislatore stesso. Tali teorie costituiscono il fondamento delle dottrine giuridiche dominanti negli anni della Rivoluzione francese (cfr. Paolo Alvazzi del Frate, *Il Code civil e l'interpretazione della legge*, in *Lezioni di storia della codificazione e delle costituzioni*, a cura di Ascheri, Torino, 2008, p. 142) e furono a base della stessa creazione del *Tribunal de Cassation*: costituito "presso" il potere legislativo con la finalità di reprimere le usurpazioni della propria funzione da parte dei giudici, che si fossero permessi di interpretare la legge anziché chiedere chiarimenti al riguardo tramite l'istituto (presto divenuto desueto ed abbandonato) del cd. *référé législatif*, ossia del rinvio all'Assemblea dei rappresentanti, unica depositaria della volontà popolare (v. sempre Halperin, *op.cit.*).

18) V. sempre Alvazzi del Frate, *Il Code civil e l'interpretazione della legge*, cit., 141 ss.

19) La tesi contraria muove da un presupposto culturalmente obsoleto e teoricamente insostenibile: secondo il quale le parole (e le disposizioni con esse formulate) conterrebbero in sé stesse uno o più significati "veri", a contenuto costante, capaci dunque di evocare sempre certe realtà, in qualunque momento e contesto le parole stesse vengano invocate. In questa prospettiva i significati dei termini linguistici vengono assimilati ad una serie di oggetti rinchiusi in un contenitore che possono, certo, venire estratti all'occorrenza e in tempi successivi, ma non possono venire sostanzialmente mutati da chi li trova. Né il presupposto di cui sopra (ingenuamente razionalistico) viene sostanzialmente abbandonato da chi riconosce alle disposizioni di legge una "plurivocità del significante testuale": potendosi infatti ancora intendere la molteplicità dei significati come un insieme di oggetti racchiusi entro confini precisi, rispetto ai quali sia possibile con esattezza stabilire cosa sta fuori e cosa stia dentro, anzi cosa sia sempre stato dentro anche se progressivamente messo in evidenza in circostanze diverse.

In realtà tutte le sentenze rappresentano una determinazione della disposizione di legge; infatti i termini di questa sono sempre vaghi e generali, insufficienti a considerare tutti gli elementi caratteristici della fattispecie concreta come si presenta nell'esperienza; perciò il giudice, per far rientrare un certo accadimento in una previsione normativa, deve comunque considerare alcune caratteristiche (e non altre) dell'accadimento e aggiungerle a quelle esplicitamente, o meno, menzionate dalla disposizione di legge. È possibile solo distinguere tra sentenze che confermano e sentenze che innovano la precedente giurisprudenza. È possibile infatti che, nel susseguirsi di casi che pur avendo caratteristiche simili restano

Tutte le sentenze rappresentano una determinazione della disposizione di legge; infatti i termini di questa sono sempre vaghi e generali, insufficienti a considerare tutti gli elementi caratteristici della fattispecie concreta come si presenta nell'esperienza; perciò il giudice, per far rientrare un certo accadimento in una previsione normativa, deve comunque considerare alcune caratteristiche (e non altre) dell'accadimento e aggiungerle a quelle esplicitamente, o meno, menzionate dalla disposizione di legge<sup>20)</sup>.

Certo, in un ordinamento di *civil law*, il giudice e la giurisprudenza, quando vengono ad individuare il contenuto della norma – eventualmente mutando nel tempo il suo significato ed adattandolo alle nuove esigenze sociali – si muovono necessariamente «entro il limite dei significati possibili del testo» della legge<sup>21)</sup>. L'atto di interpretazione ed applicazione della legge è dunque bensì “attributivo di nuovi significati”, ma ha pur sempre una funzione di accertamento di una potenzialità già racchiusa nella norma, in funzione della sua “tolleranza ed elasticità”<sup>22)</sup>: opera pertanto solo sulle

comunque difformi uno dall'altro, prima rilevino i caratteri che permettono di ascriverli ad una certa serie e poi, col mutare del contesto e della morfologia dell'esperienza, rilevino i caratteri che li rendono estranei alla medesima serie. Resta però che l'area semantica della disposizione che prevede una serie di casi viene comunque modificata ad opera di una determinazione: v. Cavalla-Consolo-De Cristofaro, *Le Sezioni Unite aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corriere Giuridico*, 2011, 1409.

20) Già Portalis, nel *Discours Préliminaire* che accompagnava il progetto di codice civile del 1° Anno IX (21 gennaio 1801) osservava: «per quanto si faccia, le leggi positive non saprebbero mai sostituire interamente l'uso della ragione universale nelle cose della vita. I bisogni sono così diversi, la comunicazione degli uomini così attiva, i loro interessi sono così numerosi, e i loro rapporti così estesi, che è impossibile per il legislatore provvedere a tutto (...) Un codice per quanto completo possa apparire, non è compiuto che già mille questioni inattese si presentano al magistrato. Perché le leggi, una volta emanate, restano così come sono state scritte. Gli uomini, invece, non si riposano mai e questo movimento (...) produce, in ogni istante, qualche combinazione nuova, qualche fatto nuovo, qualche risultato nuovo» (v. Fenet P.-A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vv., Paris, 1827, I, p. 469).

21) Sul punto v. Cass., 2.10.2018, n. 23950 «Ove una norma, o un sistema di norme, si prestino a diverse interpretazioni, tutte plausibili, dovere primario dell'interprete, e specie del giudice, è di perseguire l'interpretazione più corretta e non una qualsiasi di quelle che il testo consente; certo essendo, altresì, che il giudice non crea il diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti ed entro i limiti del diritto positivo»

22) Principio espresso in Cass., Sez. Unite, Sent., 29.1.2021, n. 2143, che ribadisce il compito del giudice di tentare di colmare l'eventuale lacuna dell'ordinamento rispetto alla disciplina di un caso concreto attraverso il procedimento analogico. Questo esige, ai sensi dell'art. 12, co. 2, preleggi, che fra la disposizione (*analogia legis*) o lo stesso “principio generale dell'ordinamento” (*analogia iuris*) e la fattispecie alla quale forniranno la *regola iuris*, si possa ravvisare la medesima ragione giustificativa che legittima il ricorso al procedimento stesso. Ciò implica il riconoscimento a monte di un rapporto di similitudine fondato sulla comunanza di elementi (giuridici o fattuali), strutturali e/o funzionali, che devono essere presenti all'interno dell'ordinamento (quali norme frutto dell'attività interpretativa svolta) nel momento in cui il giudice si trova a doverli applicare, non potendo egli fare opera creativa.

zone grigie di quel significato, per cercare di aderire meglio ai principi, creati dalla dottrina, in un dialogo con il legislatore<sup>23)</sup>.

Questo vincolo fondamentale al testo della norma, in realtà, è proprio dell'opera di qualunque interprete: non solo dell'operato del giudice, ma anche di quello della dottrina e degli avvocati che cercano di persuadere il giudice della correttezza di una certa interpretazione nell'interesse della parte che difendono. L'opera dei giudici vanta però un "tasso di effettività" più immediato nel determinare i comportamenti dei cittadini e degli operatori del diritto.

Non è un caso che l'interpretazione della giurisprudenza è stata individuata, in Italia, quale parametro del giudizio di costituzionalità<sup>24)</sup>. La Corte costituzionale è infatti chiamata a giudicare della legittimità di una norma non per il suo tenore letterale, bensì per come essa è interpretata dalla giurisprudenza e, in particolare, dalla Corte Suprema. È l'interpretazione della Corte di cassazione (e non il testo scritto) che dà luogo al "diritto vivente", ossia al diritto come vive nella realtà sociale e che rappresenta il precetto effettivo di cui va determinata la compatibilità alla Costituzione<sup>25)</sup>.

23) In dottrina Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana, Napoli, 2008, 117 s.: «tra l'ordine giudiziario e il potere legislativo non deve esserci, come è stato notato, una *Spannungsbeziehung*, un rapporto di conflitto, bensì la prima deve indirizzarsi verso la realizzazione, quanto più neutrale (e trasparente, grazie alla motivazione) possibile del vincolo legislativo. Il che significa che il giudice è tenuto a stabilire cosa è giusto a partire dal diritto vigente, anche quando questo è lacunoso, indeterminato o poco chiaro. Il vincolo alla legge non costituisce dunque, in nessun modo, un'eccezione all'indipendenza del giudice».

24) «*Testo e comportamento sono sempre equivoci [...] data l'inevitabile astrattezza della norma che poi non è che l'altra faccia della medaglia della sua costanza; è appunto questa necessaria equivocità che ne permette tuttavia un'applicazione a una realtà concreta e mutevole [...] La norma così è sempre e solo quella interpretativamente formulata e in funzione di una sua applicazione e in realtà non esiste se non nella sua applicazione, compiuta la quale la formulazione data passa ad essere testo, punto di partenza per nuove formulazioni, e per nuove posizioni di norme*». Così rifletteva e scriveva, in una "lettera" al Suo maestro Francesco Carnelutti, T. Ascarelli, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (lettera al prof. Carnelutti)*, in *Rivista Diritto Processuale*, 1958, p. 15, poi in *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 153-154.

25) Il "diritto vivente" è diventato il criterio di risoluzione del problema che disturbava il rapporto fra la Corte costituzionale e gli altri giudici, sulla spettanza del potere di interpretare le norme sottoposto al giudizio di costituzionalità. Fin dai primi anni infatti, infatti, la Corte costituzionale ha spesso rivendicato quel potere, reinterprestando le norme impugnate, in termini diversi da quelli indicate nelle ordinanze di rimessione; mentre la Cassazione ha più volte contrastato un tale sforzo, mantenendo od imponendo la propria interpretazione, anche in presenza di contrarie decisioni interpretative di questa Corte. È soltanto a partire dagli anni '70 – con particolare evidenza nel periodo più recente – che un criterio risolutivo è stato rinvenuto, su entrambi i versanti, proprio nel c.d. "diritto vivente", cioè nelle interpretazioni giurisprudenziali prevalenti e consolidate, alla cui formazione entrambe le Corti concorrono, ricevendo molto spesso le rispettive indicazioni ed anche reagendo – ma in modi ormai costruttivi e pienamente collaborativi – alle rispettive decisioni, ciascuna adottata nell'ambito delle rispettive competenze (queste le parole di Livio Paladin, nel suo discorso tenuto in

Al contempo l'interpretazione giurisprudenziale della norma costituisce il termine di riferimento per la valutazione di ammissibilità degli interventi del potere legislativo volti ad introdurre norme di applicazione retroattiva ovvero norme che contengano una interpretazione autentica dei testi di legge. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (su cui torneremo), è vero che il divieto di retroattività della legge ha una forza pregnante soprattutto nel diritto penale (in ossequio al principio *nullum crimen sine lege*, non si può essere condannati per una condotta che, al momento in cui è stata tenuta, non era prevista come reato dalla legge); tuttavia anche nelle materie extra-penali il potere legislativo non è libero di prevedere norme di applicazione retroattiva, perché deve essere rispettata la garanzia della certezza del diritto e la tutela dell'affidamento dei consociati.

Gli interventi del legislatore che vogliano introdurre delle interpretazioni autentiche di norme oscure, con efficacia retroattiva, sono stati considerati legittimi solo in presenza di lacune o di incertezze applicative invincibili (v. sentenza del 7 giugno 2011, C-43549/08, 6107/09 e 5087/09, *Agrati e altri c. Italia*<sup>26)</sup>) e sono stati così ritenuti illeciti quando il potere legislativo – per realizzare un interesse economico dello Stato (risparmio di spesa sulle pensioni di dipendenti pubblici) – ha voluto riscrivere una norma in senso

occasione dei trent'anni della Corte Costituzionale, a Palazzo della Consulta il 5 giugno 1986).

Il principio del “diritto vivente” è riconosciuto dalla Corte Costituzionale, che lo adotta quale criterio decisivo, v. sentenza n. 338 del 2011, ove la Corte ha affermato «*in presenza di un orientamento non univoco, le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, hanno ritenuto, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, di cui questa Corte deve tenere conto, di superare in tal modo il contrasto. Siffatta interpretazione costituisce, pertanto, “diritto vivente”, del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati*».

Non solo la Corte costituzionale (a partire da Corte cost. n. 276 del 1974) pronuncia l'incostituzionalità della norma legislativa per come applicata dalla Cassazione, ma anche la Corte di Strasburgo assume il diritto vivente quale termine di riferimento per la valutazione di ammissibilità – a fronte della garanzia della certezza del diritto sottesa all'art. 6 Cedu – degli interventi di interpretazione autentica del legislatore diretti ad incidere sui processi in corso (v. subito nel testo).

26) Sul tema della giurisprudenza della Corte Edu in materia di leggi di interpretazione autentica e di loro conformità al requisito di legalità, in particolare sulle pronunce *Agrati c. Italia*, in riferimento alla vicenda del personale ATA di enti locali trasferito nei ruoli statali ad opera della legge finanziaria per il 2006, e *Arras c. Italia*, relativamente al trattamento economico sfavorevole ai pensionati del Banco di Napoli introdotto dalla L. n. 234/2004, si richiamano R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti, in Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 5, 3753-3777; G. Lavagna, *L'interpretazione autentica nella giurisprudenza costituzionale. Da persistente causa di contrasto a dialogo potenziale tra Corte Costituzionale e Corte Edu*, in *Nomos*, 2020, 2, 40, 23-27; A. Valentino, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, 32.

contrario alla interpretazione consolidata accolta dalla Corte di cassazione, così influenzando negativamente le controversie al riguardo pendenti e con ciò superando i limiti all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con lo scopo d'influenzare l'esito giudiziario di una lite («à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige»<sup>27)</sup>).

#### **4. – La necessità di uno sviluppo uniforme della giurisprudenza ed il “vincolo” delle Sezioni semplici della Cassazione alle decisioni delle Sezioni Unite**

L'importanza della giurisprudenza della Corte Suprema è dunque oggi divenuta oggetto di riconoscimento comune e ha reso centrale il problema dell'uniformità della giurisprudenza.

Questo è un tema non solamente, ma tipicamente italiano. Nel nostro ordinamento infatti esso risulta particolarmente acuto per il fatto che la Corte di cassazione civile è raggiunta da oltre 30.000 impugnazioni all'anno e, successivamente al 2000, ha depositato altrettante decisioni ogni anno nella sola materia civile, arrivando, nel 2021, al numero di 42.000 (cui si aggiungono altre 45.000 decisioni circa in materia penale).

È evidente che è ben più facile mantenere l'uniformità dei precedenti

27) Ripudiando il principio espresso da C. cost., 23 luglio 2002, n. 374, per cui «il legislatore può porre norme che precisino il significato di altre norme non solo ove sussistano situazioni di incertezza nell'applicazione del diritto o siano insorti contrasti giurisprudenziali, ma anche in presenza di indirizzi omogenei, se la scelta imposta per vincolare il significato ascrivibile alla legge anteriore rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario».

In commento critico a detta sentenza v. M. Esposito, *Brevi considerazioni sui rapporti tra legge e giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, 165 ss., che così conclude (172): «la legge di interpretazione autentica che voglia mutare il corso dei giudizi già pendenti non è legge rispetto a tali giudizi, è atto del legislatore nel senso di una volontà che aspira a surrogare quella del giudice. Il che non è possibile, prima di ogni altra cosa, alla stregua dell'ordine costituzionale delle competenze».

Così C. cost., 5.4.2012, n. 78, ha finalmente dichiarato costituzionalmente illegittima una norma “di interpretazione autentica” con la quale il legislatore aveva stabilito un particolare *dies a quo* del decorso della prescrizione nei rapporti tra banca e cliente. I giudici costituzionali hanno richiamato il principio per cui il legislatore «può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di interesse generale”, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)». Nel caso della norma in questione, la Corte costituzionale ha osservato che la stessa doveva ritenersi incostituzionale poiché «è intervenuta sull'art. 2935 c.c. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario in detta giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il *dies a quo* per il decorso del suddetto termine».

giurisprudenziali da parte di Corti Supreme – come quella statunitense ed inglese – che rendono circa 80 o 120 decisioni all’anno, tanto in materia civile che penale, di quanto possa essere per la Corte di cassazione italiana, che è autrice di un numero di decisioni di 600 volte superiore. Così tante decisioni non possono provenire da solo 9 o 15 giudici (come negli Stati Uniti o in Inghilterra), ma richiedono l’impiego di quasi 150 giudici nella materia civile; e l’impiego di un così elevato numero di giudici rende probabile che qualche decisione esprima principi difformi da altre, così cagionando dei contrasti di giurisprudenza che nuocciono all’immagine della Corte Suprema e che creano un problema di uguaglianza di trattamento dei cittadini.

Per questa ragione il potere legislativo ha cercato di promuovere istituti che garantiscano l’uniformità della giurisprudenza quanto meno della Corte di cassazione: sul modello di altri ordinamenti che sono molto sensibili all’uniformità dell’applicazione della legge, quale quello tedesco, che per evitare problemi quali quelli italiani è riuscito a ridurre il numero delle decisioni (circa 1.200 all’anno le sentenze della Corte Suprema civile), e che ha addirittura previsto nella Costituzione una legge chiamata ad assicurare l’uniformità degli orientamenti delle 5 Corti Supreme federali<sup>28)</sup>.

Va premesso che la Corte di cassazione è divisa in cinque sezioni: tre sezioni nelle materie civili in generale, una sezione che si occupa di diritto del lavoro ed una sezione che si occupa della materia fiscale. Quando decide in Sezione ordinaria semplice, la Corte decide con la partecipazione di 5 giudici. Quando però si presenta una questione di diritto di massima importanza o appunto vi è da risolvere un contrasto negli orientamenti delle Sezioni semplici, la Corte di cassazione decide a Sezioni Unite.

Ciò non significa che viene convocata una riunione di tutti i circa 150 giudici nel settore civile, per affrontare il caso entro un’assemblea che finirebbe per somigliare all’Assemblea generale delle Nazioni Unite, con tutti che parlano e pochi che comprendono. Piuttosto la Corte di cassazione decide in un collegio di 9 giudici, guidati dal Primo Presidente e con altri due Presidenti di Sezione semplice, per dare una maggiore autorevolezza al principio che verrà espresso nel decidere la questione giuridica portata

28) *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG)*, del 19.6.1968, appunto emanata sulla base dell’art. 95, co. 3, della Costituzione federale, che esplicitamente richiama il valore dell’uniformità della giurisprudenza quale obiettivo da perseguire con l’istituzione di questa particolare istituzione. Le Sezioni Riunite delle 5 Corti Supreme federali (quella civile e penale, BGH; quella laburistica; quella previdenziale; quella amministrativa; quella tributaria) sono composte dai presidenti delle rispettive Corti Supreme, dai giudici che presiedono le diverse Sezioni delle Corti Supreme e da un giudice aggiuntivo per ciascuna Sezione.

all'attenzione delle Sezioni Unite<sup>29)</sup>.

Nondimeno era capitato negli anni che, nonostante l'intervento e l'autorevolezza della decisione delle Sezioni Unite, una Sezione ordinaria semplice avesse respinto il principio così affermato, "ribellandosi" e proponendo una propria soluzione della questione di diritto.

Il legislatore ha voluto impedire questo rischio e ha introdotto, nel 2006, una specie di "vincolo" delle Sezioni semplici alle decisioni delle Sezioni Unite entro l'art. 374 del codice di procedura civile<sup>30)</sup>. Quando cioè le Sezioni Unite hanno reso una decisione, e la Sezione semplice è in disaccordo, quest'ultima non può più "ribellarsi" ed offrire una soluzione diversa, ma è obbligata a chiedere un nuovo intervento delle Sezioni Unite. La Corte di cassazione può dunque rivedere un principio affermato dalle Sezioni Unite solamente per il tramite di una nuova decisione delle Sezioni Unite, altrimenti tutti i giudici della Cassazione sono obbligati a rispettare il precedente giurisprudenziale che proviene dalle Sezioni Unite.

Ci si può chiedere se questo meccanismo sia compatibile con il principio – che abbiamo ricordato all'inizio – per cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge". La dottrina ha ritenuto di rispondere in senso affermativo, ritenendo che questo principio sia comunque rispettato in presenza della possibilità per i giudici delle Sezioni semplici di contestare i principi affermati dalle Sezioni Unite provocando una nuova decisione di queste. Si realizza così non una soggezione di giudici alla decisione di altri giudici, bensì un meccanismo che assicura che la Corte Suprema si esprima in modo coerente ed uniforme, offrendo ai cittadini la garanzia della uniformità di trattamento, senza però costringere la libertà degli altri giudici della Cassazione; ed ancor meno dei giudici di primo grado o di appello, che non hanno nessun obbligo di rispettare i principi affermati dalle Sezioni Unite.

Certo è che, in questo modo, l'importanza e l'autorevolezza delle decisioni della Corte Suprema rese a Sezioni Unite è diventata molto maggiore, e – nonostante le raccomandazioni che aveva formulato un tempo l'art. 5 del codice di Napoleone Bonaparte – abbiamo avuto per questa ragione

29) Art. 67 legge ordinamento giudiziario.

30) Un obiettivo omologo è stato perseguito dal "filtro" ex art. 360 bis c.p.c., che assume la giurisprudenza della S.C. a parametro di inammissibilità del ricorso (*recte*, di manifesta infondatezza: Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051, su cui Consolo, *Dal filtro in cassazione ad un temperato stare decisis. La prima ordinanza sull'art. 360 bis c.p.c.*, in *Corriere giuridico*, 2010, 1405; in arg. cfr. già De Cristofaro, in Consolo-De Cristofaro, *La riforma del 2009*, Milano, 2010, sub artt. 360 bis-392, numeri a margine 31 ss.

Cfr. al riguardo anche Carbone, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corriere giuridico*, 2011, 2, 153; Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, in *Questione giustizia*, 2018, fasc. 4, p. 126.

una serie di decisioni che non si sono limitate a decidere il caso singolo sollevato dalla specifica controversia, bensì hanno enunciato un'ampia serie di principi generali, destinati ad influenzare l'applicazione delle norme processuali in modo molto più intenso di un intervento del potere legislativo.

In ogni caso, in diverse ipotesi, il dialogo tra Sezioni Unite e Sezione semplice ha provocato effettivamente un cambiamento dei principi affermati dalle Sezioni Unite, anche in tempi molto brevi, che ha consentito di elaborare un principio di diritto ancora più convincente<sup>31)</sup>: e questo

31) Si considerino, al riguardo, almeno tre casi.

Il primo è quello riguardante il regime di impugnazione del provvedimento del Presidente del Tribunale che, ex art. 814 c.p.c., liquida il compenso e le spese dovuti agli arbitri, in caso di mancato accordo con le parti. All'improvviso, dopo decenni che la decisione del Presidente del Tribunale era stata ritenuta impugnabile direttamente in Cassazione, Cass., sez. un., 3.7.2009, n. 15586, aveva escluso questa possibilità. La Sezione II della Cassazione tornava ad investire le Sezioni Unite sulla base di una serie di argomenti che queste ultime, nella successiva sentenza 31.7.2012, n. 13620, dichiaravano espressamente essere "meditati rilievi" e tali da ripercorrere in maniera critica tutti i principali passaggi della pronuncia menzionata: nondimeno le Sezioni Unite ritenevano di dover confermare l'orientamento contestato per l'esigenza di assicurare un sufficiente grado di stabilità agli indirizzi giurisprudenziali formati riguardo alla interpretazione della norma processuale («benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento, in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative»). Nuovamente investite della questione, questa volta dalla Sezione I della Cassazione, le Sezioni Unite hanno finalmente abbandonato la decisione extra-vagante del 2009 e, con la sentenza 7.12.2016, n. 25045, sono tornate ad affermare la possibilità di impugnare direttamente in Cassazione il provvedimento di liquidazione degli onorari degli arbitri pronunciato dal Tribunale e (a partire dall'entrata in vigore della riforma del 2006) reclamabile altresì in Corte d'appello.

Il secondo caso attiene ai limiti oggettivi del giudicato nei giudizi in materia contrattuale. In un primo momento, Cass., sez. un., 4.9.2012, n. 14828, aveva ritenuto che in un ogni giudizio avente ad oggetto un diritto nascente da un contratto la sentenza finale avrebbe sempre risolto – se del caso in via implicita – la questione dell'esistenza, efficacia e validità del contratto, quand'anche fosse stata una pronuncia di rigetto della domanda soffermatasi, in ipotesi, solo sul tema della prescrizione del diritto di credito azionato in quel primo giudizio. Sollecitate a tornare sulla questione dall'ordinanza della Sezione seconda, secondo la quale in tal modo non si dava adeguato riscontro al principio del primato della "questione più liquida" (ossia alla possibilità per il giudice di respingere la domanda sulla base della questione più facilmente risolvibile, senza dover necessariamente affrontare tutti i temi prospettati dalla causa: Cass., Sez. II, 3.7.2013, n. 16630), le Sezioni Unite, con la sentenza 12.12.2014, n. 26242, hanno rimeditato la teoria del giudicato implicito sul contratto limitandola alle sentenze di accoglimento della domanda concernente un diritto di fonte contrattuale. È solo la sentenza di accoglimento, dunque, che estende sempre la propria forza di giudicato all'accertamento dell'esistenza del vincolo contrattuale (con ciò richiamandosi le tesi di Zeuner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen 1959; v. anche Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, 226 s.; Dalla Bontà, *Una «benefica inquietudine»*. Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane, in *Giusto processo civile*, 2011, 895 ss.

dimostra che il meccanismo di dialogo ideato nel 2006 effettivamente funziona, anche se ha elevato il ruolo delle Sezioni Unite quasi al pari di una vera e propria fonte del diritto.

### 5. – La problematica dell'*overruling* specie in materia processuale

Anche tenendo conto di questo nuovo ruolo delle Sezioni Unite, resta comunque intatto il principio per cui la giurisprudenza si limita a svelare una potenzialità di significato del testo, senza porsi quale vera e propria fonte di “nuovo” diritto. Il precedente giudiziario crea dunque delle regole di comportamento che hanno dei caratteri del tutto peculiari: caratteri che vengono messi in luce da quegli autori che parlano della giurisprudenza come “fonte-fatto”, che è sempre suscettibile di verifica o contestazione, poiché la sua legittimazione è diffusa (non esistendo un vincolo per gli altri giudici) ed è fondata sulla sua razionalità e persuasività<sup>32)</sup>.

Le “norme” ricavabili dai precedenti giudiziari sono pertanto per definizione “instabili” poiché rivedibili in base a nuove giustificazioni ermeneutiche, e così vivono in una realtà “mutevole”, sempre esposta al rischio di smentita<sup>33)</sup>.

Il terzo caso attiene alla possibilità di proporre un'azione revocatoria (la *pauliana* degli artt. 2901 e seguenti c.c.) nei confronti del terzo acquirente, ove questi sia stato destinatario di una sentenza dichiarativa di fallimento o di apertura della liquidazione giudiziale. Dapprima Cass., sez. un., 23.11.2018, n. 30416, aveva statuito che, in siffatte ipotesi, non vi fosse alcuna possibilità per i creditori del disponente di recuperare dal patrimonio del fallito/liquidato alcuna risorsa: essendo la revocatoria una sentenza costitutiva, un suo accoglimento successivamente all'avvio della procedura sarebbe stato contrastante con il principio della cristallizzazione del patrimonio del fallito. Un ripensamento veniva sollecitato da Cass., Sezione prima, 23.7.2019, n. 19881, che a tal fine addirittura metteva in discussione la natura costitutiva della *pauliana*, sostenendo che la stessa ha invece natura di accertamento e, pertanto, i suoi effetti vengono solamente dichiarati dopo l'apertura della procedura concorsuale, ma debbono ritenersi già prodotti anteriormente ad essa. Alla fine Cass., Sez. Un., 24.6.2020, n. 12476, dopo aver ribadito che la domanda di revocatoria (ordinaria o fallimentare) ha natura costitutiva, ha precisato che il suo oggetto non è costituito dal bene in sé, ma dalla reintegrazione della garanzia patrimoniale generica dei creditori mediante l'assoggettività del bene ad esecuzione; ove l'azione costitutiva non sia stata dai creditori dell'alienante introdotta prima del fallimento dell'acquirente del bene che ne costituisce oggetto, essa – stante l'intangibilità dell'asse fallimentare in base a titoli formati dopo il fallimento (cd. cristallizzazione) – non può essere esperita con la finalità di recuperare il bene alienato alla propria esclusiva garanzia patrimoniale, ma i creditori dell'alienante (e per essi il curatore fallimentare ove l'alienante sia fallito) restano tutelati nella garanzia patrimoniale generica dalle regole del concorso, nel senso che possono insinuarsi al passivo del fallimento dell'acquirente per il valore del bene oggetto dell'atto di disposizione astrattamente revocabile, demandando al giudice delegato di quel fallimento anche la delibazione della pregiudiziale costitutiva.

32) Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, II ed., in *Comm. al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 2011, 171 ss.

33) D'altra parte, osserva Consolo, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*. I. *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 93: «negli stessi ordinamenti a base legislativa ... si avrà un diritto posto a mo' di progetto vincolante, proiettato verso il futuro,

Carattere tipico dei precedenti giurisprudenziali è quello per cui essi possono essere abbandonati a favore di una regola ritenuta migliore e più adatta ai tempi. Persino negli ordinamenti di *common law* è possibile il fenomeno del superamento di un precedente, per quanto storico ed oramai radicato nei comportamenti sociali. Ciò succede con molta frequenza negli Stati Uniti, dove la Corte Suprema – con il mutare delle maggioranze politiche – non si sente particolarmente vincolata al rispetto dei propri precedenti: la dimostrazione più eclatante la si è avuta con la revisione della storica decisione *Roe v. Wade* in materia di aborto, avvenuta due anni fa. Tuttavia anche la Corte Suprema inglese, all'epoca un comitato della House of Lords, già nel 1966 ha elaborato un *Practice Statement* nel quale ha indicato le condizioni in presenza delle quali avrebbe potuto violare il principio dello *stare decisis* ed accogliere un orientamento giurisprudenziale diverso da quello seguito sino a quel momento.

Se dunque la giurisprudenza può essere innovata e cambiata, poiché fonte instabile e mutevole, ma se al contempo essa non costituisce fonte di diritto paragonabile alle leggi del potere legislativo, è chiaro che le innovazioni giurisprudenziali non equivalgono alle modifiche della legge: queste – come abbiamo visto – in linea di principio valgono solo per il futuro e non per il passato e per i comportamenti già tenuti<sup>34)</sup>.

Dalla funzione essenzialmente accertativa della giurisprudenza consegue che l'*overruling* dei giudici – l'abbandono di un principio a vantaggio

di regolazione degli snodi critici della vita sociale. L'attuazione di questo progetto, onde farne un ordinamento giuridico vitale, risiede ... nello sviluppo giurisdizionale ... Questo carattere decentrato nella specificazione – a seconda dei casi più o meno visibile ed intensa (è questione solo quantitativa) – della norma è, ovviamente, il riflesso del fenomeno per cui la norma esige sempre una interpretazione e ne è, a ben vedere, essa stessa il risultato e questa interpretazione dell'enunciato legislativo non può essere mero rinvenimento di senso giuridico preesistente, ma attribuzione di senso in virtù di un apporto ricostruttivo non privo di (più o meno evidenti o preminenti) componenti creative».

34) Che le regole ricavabili dalle decisioni giudiziarie, ai fini di una loro possibile invocazione in casi analoghi, sono sempre suscettibili di essere disattese, per quanto provenienti dalla Corte Suprema, è stato ribadito dalla Corte costituzionale allorché ha escluso che l'*overruling* giurisprudenziale favorevole alla parte la cui condanna è già passata in giudicato possa assurgere a ragione di revocazione della sentenza penale (quale ipotesi di *abolitio criminis*): V. Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 3440 ss., con nota di Rescigno: «L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni Unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito, ma si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo". Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni Unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

dell'applicazione di un principio nuovo e diverso – vale necessariamente anche per il passato. Questa conclusione però pone un problema notevole per le parti del processo e per i loro avvocati.

Dobbiamo infatti tener conto che i processi hanno una loro durata non proprio breve: anzi l'Italia si distingue per essere un ordinamento ove tradizionalmente i processi sono tra i più lenti d'Europa. Per questa ragione i finanziamenti che sono stati garantiti al nostro Paese dal programma *Next Generation EU*, elaborato alla fine della pandemia Covid-19, sono stati condizionati anche al raggiungimento di risultati significativi in tema di riduzione della durata dei processi civili (ed anche penali).

Questo può significare che, all'inizio di un processo, gli avvocati abbiano tenuto una certa condotta processuale confidando in un precedente delle Sezioni Unite della Cassazione. Nel corso degli anni, nell'attesa che il processo si concluda con il giudicato, le Sezioni Unite cambiano orientamento, e scelgono un nuovo principio in base al quale la condotta processuale tenuta anni prima risulta essere invalida o viziata da nullità. Posto che l'*overruling* ha sempre efficacia retroattiva, questo pone il problema di come e fino a che punto “salvare” le parti dalle conseguenze negative che verrebbero a colpirle per aver confidato in buona fede sulla stabilità degli indirizzi pregressi, cristallizzati magari da decenni in regole di condotta precise, come accade in particolare in materia processuale, e poi smentiti all'improvviso<sup>35</sup>).

## 6. – *L'overruling* applicabile solo per il futuro

La questione si è posta nell'ordinamento italiano una decina d'anni fa, quando – in tre occasioni ravvicinate nel tempo – si è avuto l'abbandono improvviso da parte delle Sezioni Unite di orientamenti consolidati nell'interpretazione di norme procedurali in materia di lunghezza o decorrenza di termini o di forma dell'atto d'impugnazione: orientamenti sostituiti da nuove regole di segno più rigoroso, destinate a sfociare in nullità od inammissibilità delle attività processuali compiute sino a quel momento.

È sorto immediatamente l'interrogativo sulla possibilità di tutelare la parte ed il suo difensore, che avevano tenuto una determinata condotta processuale conforme ai dettami dell'orientamento originario, ma risultata *ex post* inadeguata o tardiva<sup>36</sup>). Il dibattito si è sviluppato con velocità e la

35) V. anche Turatto, *Overruling in materia processuale e principi del giusto processo*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, 149 ss.

36) Prima a confrontarsi con tale problematica è stata la Sezione II che, in una coppia di sentenze di inizio estate 2010 (pronunce del 17 giugno 2010, n. 14627, e del 2 luglio 2010,

Cassazione a Sezioni Unite è infine intervenuta con la sentenza n. 15144 del 2011 ad elaborare una teoria per cui l'*overruling* della giurisprudenza, quando incide su norme processuali in modo tale da violare l'affidamento che gli avvocati hanno riposto nella stabilità del precedente abbandonato e superato, non può determinare un pregiudizio violando l'affidamento di chi abbia riposto fiducia nel precedente principio e nella sua stabilità.

La Cassazione invero ha accolto una distinzione tra le ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale esprime un'interpretazione nuova tendenzialmente imprevedibile, da quelle in cui esso è invece il frutto di un'interpretazione "evolutiva": allorché cioè l'*overruling* discenda vuoi dalle diverse connotazioni che l'interesse sostanziale protetto ha assunto nella coscienza sociale, vuoi da innovazioni della legge che disciplina questioni vicine.

Secondo la Suprema Corte, la tutela dell'affidamento si impone nei diversi casi di *overruling* imprevedibile, capace di sfociare in un totalmente inaccettabile effetto preclusivo del diritto della parte, che aveva riposto la propria fiducia nella stabilità del precedente, ad avere una decisione nel merito delle proprie ragioni o torti. Non risulta infatti compatibile né con la garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, né con quella di pari trattamento che la parte venga privata della possibilità di accedere ad un giudizio di merito per aver tenuto una condotta conforme alla legge per come da quasi tutti intesa nel momento dell'elaborazione strategica delle condotte processuali, sulla base di una interpretazione ripudiata solo a distanza di anni<sup>37)</sup>.

n. 15811), ha valorizzato il rimedio della rimessione in termini quale mezzo coesistente al canone *self executing* del giusto processo ed alla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, onde non far sopportare alla parte conseguenze decadenziali irreversibili quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, se non quella di aver fatto affidamento su di una giurisprudenza (pressoché) unanime, prima di aver conseguito adeguata notizia del sopravvenire dell'*overruling*. La rimessione in termini è stata così intesa come riferibile non solo alle ipotesi eccezionali di materiale impedimento, rientrante nell'onere di allegazione e di dimostrazione ad opera della parte interessata; ma anche a quelle della «scelta difensiva dipendente da indicazioni sul rito da seguire provenienti dalla consolidata giurisprudenza del tempo del promosso ricorso, solo *ex post* rivelatesi non più attendibili».

37) Principi riaffermati di recente da Cass., Sez. Unite, 12.10.2022, n. 29862, che ha sentito la necessità di ribadire il seguente principio: «l'interpretazione di una norma processuale consolidata può essere abbandonata solo in presenza di forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare di fenomeni sociali o del contesto normativo, oppure quando l'interpretazione consolidata risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo; ne consegue che, ove siano compatibili con la lettera della legge due diverse interpretazioni, è doveroso preferire quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione»

Per queste ipotesi la Suprema Corte ha ritenuto ineludibile l'utilizzo dello strumento della rimessione in termini. Si avrà una vicenda di sanatoria vuoi sub specie di assegnazione di un termine per regolarizzare le attività processuali già compiute senza il dovuto rispetto delle forme; vuoi sub specie di "convalidazione oggettiva" dell'atto, ossia – pur sempre in conformità con i principi di cui è intessuto l'art. 153, comma 2, del codice di procedura civile – sottraendo la condotta della parte ad una valutazione secondo la norma come intesa dal nuovo *overruling*<sup>38)</sup>.

D'altronde quando si agisce in un contesto di probabilità, la frequenza degli accadimenti tiene luogo di verità. Il che significa che, quando non è possibile prevedere con assoluta certezza un accadimento futuro, è bene ipotizzare che esso avrà la forma più frequentemente assunta nel passato. Sicché, non essendo mai possibile prevedere con certezza come si comporterà un uomo in una data circostanza, è opportuno ritenere che, probabilmente, egli si condurrà nei modi consolidati nel suo passato.

Perciò, se un avvocato, basandosi sul criterio dei precedenti, nel caso specifico sbaglia previsione, la sua azione appare sicuramente sostenuta da una evidente buona fede oggettiva, che merita di essere tutelata<sup>39)</sup>.

38) Così semplicemente escludendo l'operatività della decadenza a salvaguardia dell'affidamento riposto nella precedente consolidata esegesi della norma stessa, senza necessità di dare corso ad una rinnovazione dell'atto da ritenersi comunque inutile, quando non addirittura priva di qualsivoglia razionalità. Tale sarebbe la richiesta – da parte di un giudice d'appello o della stessa S.C. – che l'attore in opposizione a decreto ingiuntivo rinnovi la propria costituzione *in primo grado*, con conseguente azzeramento del giudizio in ossequio ad una prescrizione di forma intrinsecamente ininfluenza sulla bontà e correttezza degli esiti "meritali" sin lì attinti.

39) L'errore "scusabile" meritevole di tutela tuttavia, non è quello di chi ha continuato a riporre affidamento in un'interpretazione della cui obsolescenza vi erano state ripetute avvisaglie: così, quando l'*overruling* risulti "preparato" da un lungo lavoro dottrinal-giurisprudenziale, nonché da epocali mutamenti nel sistema ordinamentale, il giurista deve essere capace di soppesare le *guidelines* evolutive del diritto vigente e "predire" l'evoluzione della giurisprudenza in particolare delle Sezioni Unite.

V. Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2067; «*La sentenza n. 24883 del 2008, emessa in punto di giudicato implicito sulla giurisdizione dalle Sez. un., non ha rappresentato una svolta inopinata e repentina rispetto ad un diritto vivente fermo e consolidato, ma ha solo portato a termine un processo di rilettura dell'art. 37 c.p.c., pervenendo ad un esito interpretativo da tempo in via di elaborazione; ne consegue che la parte la quale, proponendo appello in epoca precedente a tale pronuncia, non abbia contestato la giurisdizione implicitamente affermata dal giudice di primo grado, così da non impedire il formarsi del relativo giudicato, non può invocare il ricorso a rimedi ripristinatori quali la rimessione in termini o la semplice esclusione della sanzione di inammissibilità della questione*».

V. anche Consolo, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 3168: «L'affidamento delle parti su di una interpretazione giurisprudenziale consolidata di norme processuali è valore che va preservato, quantomeno ove l'interpretazione abbia ad oggetto norme schiettamente, diremmo "nudamente", procedurali non innervate da valori. L'impegno profuso nella ricerca della soluzione interpretativa astrattamente più corretta si

## 7. – Il diritto giudiziario, la pluralità delle fonti sovranazionali, la tutela multi-livello dei diritti fondamentali

L'importanza del giudice non si limita però al ruolo del precedente giurisprudenziale nello specificare il significato delle norme approvate dal potere legislativo, al punto da orientare i comportamenti dei cittadini e degli avvocati difensori e da porsi quale presupposto per l'efficacia solo *pro futuro* di eventuali *overruling*.

Abbiamo visto che i giudici, quando applicano la legge in un determinato caso, compiono un'attività che non è solamente interpretativa, ma è essa stessa creatrice di significato. Questa creazione di significato è tanto più rilevante quanto più il caso singolo – portato all'attenzione del giudice – non sia stato oggetto di disciplina espressa da parte del legislatore.

Abbiamo ricordato che il Codice di Napoleone, all'art. 5, vieta ai giudici di pronunciarsi enunciando principi generali. Tuttavia lo stesso Codice, all'art. 4, proibisce ai giudici di rifiutarsi di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'incertezza della legge: vietando quell'istituto, che invece avevano voluto i rivoluzionari del 1792, dell'obbligo per il giudice, in caso di oscurità od incompletezza della legge, di rivolgersi al potere legislativo per chiedere a questo di colmare la lacuna (v. *supra*).

Il Codice di Napoleone cancella questa regola e ne pone un'altra tutta nuova, in base alla quale, se anche il Codice risulta non completo ed incapace di disciplinare una particolare vicenda della vita, il giudice deve comunque offrire una soluzione: e questa soluzione la dovrà ritrovare nelle norme che regolano dei casi simili o, in mancanza, nei principi generali dell'ordinamento. Il giudice acquista così un potere indefinito di risolvere le liti, non solo con l'applicazione pura e semplice o con l'interpretazione della legge, ma anche tramite la creazione di un diritto giudiziario tutte le volte che è indispensabile supplire al silenzio della legge<sup>40</sup>.

La particolarità degli ultimi decenni è che questi principi generali, che possono diventare fonte del diritto giudiziario, possono essere ritrovati non

rivela qui in ultima istanza inutilmente laborioso, poiché attiene a profili procedurali che non modificano la qualità della tutela delle parti (né sostanziale né processuale).

40) Cfr. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 245 s., il quale sottolinea come il fatto che l'*analogia legis* e l'*analogia iuris* soddisfino solo nominalmente il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico (cfr. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, p. 111: «giacché non necessariamente tutti i comportamenti inqualificati sono analoghi a comportamenti qualificati») provochi un «immane momento giurisprudenziale del diritto, cioè una fase di lavorazione inventiva da parte della giurisprudenza», anche «all'interno di un ordinamento legale tendente o pretendente alla completezza, qual è la nostra legislazione codificata», nel quale sussiste un largo spazio vuoto che l'interprete è chiamato a colmare con mezzi propri.

solo nell'ambito dell'ordinamento nazionale e nella Costituzione<sup>41)</sup>, poiché – negli anni successivi alla creazione dell'ONU – sono state elaborate una serie di convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. Queste contengono, appunto, una serie di principi che gli Stati, che hanno approvato tali convenzioni, sono obbligati a rispettare ed a promuovere dapprima tramite il potere legislativo ma, in caso di inerzia o di attivazione insufficiente o lacunosa di questo, anche per il tramite dei loro giudici.

In questo contesto i giudici italiani, pur nel silenzio del legislatore, hanno ad es. introdotto la possibilità per i parenti di un malato in stato vegetativo da molti anni di chiedere l'interruzione dell'alimentazione o della respirazione forzata, se vi sono prove che quella persona – quando era sana – aveva dichiarato che avrebbe desiderato morire piuttosto che sopravvivere senza possibilità di muoversi, parlare, agire. Nel silenzio della legge, la Corte di cassazione ha ritenuto che le convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti e sul rispetto della dignità del malato “creassero” il diritto dei parenti ad ottenere l'interruzione delle cure e la “liberazione” del proprio caro dalla gabbia del suo corpo e dal dovere di continuare a vivere (caso *Englaro*)<sup>42)</sup>.

41) È proprio la Costituzione che, tramite il costituzionalismo giuridico e la legalità costituzionale, ha aperto un autonomo spazio di valutazione critica nei confronti delle leggi e del diritto prodotto dal legislatore, da parte di chi, come il giudice, rappresenta il solo e unico organo che può attivare il controllo di costituzionalità delle leggi, sottoponendo al giudizio della Corte costituzionale una questione di costituzionalità.

Tale punto di vista critico consegna al giudice il compito di esercitare una costante valutazione delle leggi ordinarie, operata indossando le lenti critiche costituite dalle norme costituzionali, e fa della giurisdizione il luogo privilegiato di affermazione così della Carta costituzionale come della sua superiorità gerarchica nell'ordinamento, che sarebbe di contro negata e disattesa, qualora il giudice restasse ancorato alla acritica e incondizionata soggezione alla legge, anche là dove di questa sospetti il contrasto con la Costituzione e con i diritti, le libertà e i principi fondamentali in essa sanciti: v. Spina, *Stato costituzionale e ruolo della giurisdizione. Il giudice quale primo critico della legge*, in [www.questionegiustizia.it/articolo/stato-costituzionale-e-ruolo-della-giurisdizione-il-giudice-qual-primo-critico-della-legge](http://www.questionegiustizia.it/articolo/stato-costituzionale-e-ruolo-della-giurisdizione-il-giudice-qual-primo-critico-della-legge)

42) Cfr. Cass., Sez. Un., 13.11.2008, n. 27145, in *Foro Italiano*, 2009, I, 786, con nota di Mazzarella; ivi, 2009, I, 983, con nota di Caponi-Proto Pisani-Maltese; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, 223, con nota di Santosuosso; in *Diritti dell'uomo*, 2008, 2, 95, con nota di Tria; in *Rassegna di diritto civile*, 2009, 538, con nota di Paesano; in *Diritto della famiglia*, 2009, 115, con nota di Dano; cfr. anche Cass., Sez. I, 16.10.2007, n. 21748, in *Foro italiano*, 2007, I, 3025, con nota di Casaburi; ivi, 2008, I, 125, con nota di Maltese; in *Diritto della famiglia*, 2008, 592, con nota di Virgadamo; Cetto, *La dignità oltre la cura*, Milano, 2009, 139 ss., Englaro Eluana, 119 ss.

In quel caso, appunto, i giudici hanno fondato le proprie conclusioni sul principio del “consenso informato”, che sta “alla base del rapporto medico paziente” e costituisce “norma di legittimazione del trattamento sanitario” (altrimenti illecito), non solo secondo il consolidato orientamento delle Sezioni civili e penali della Cassazione, ma anche in quanto previsto dalle fonti sovranazionali (Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata a Nizza il 7 dicembre 2000).

Si parla al riguardo di tutela “multi-livello” dei diritti, che viene vivificata anche dal dialogo tra le Corti Supreme nazionali e le Corti sovranazionali preposte a sorvegliare l’uniforme applicazione delle convenzioni, in particolare la Corte di giustizia dell’Unione Europea e la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che comunque rivestono un ruolo istituzionale diverso e distinto<sup>43)</sup>.

## **8. – Corte di giustizia dell’Unione Europea e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**

La Corte di giustizia è sovraordinata ai giudici degli Stati dell’Unione, perché – in base ai Trattati – ha il compito di interpretare il diritto dell’Unione con efficacia vincolante per tutti quei giudici. Tuttavia la Corte di giustizia non è un giudice di impugnazione (come, ad es., la Corte Suprema degli Stati Uniti): essa può essere attivata solamente su iniziativa di un giudice nazionale, che ha la facoltà di rivolgere un quesito pregiudiziale su una questione di diritto da risolvere ai fini della decisione di una determinata causa. Nel caso la questione si ponga davanti ad una Corte Suprema, questa ha il dovere, e non solo la facoltà, di richiedere l’intervento della Corte di giustizia.

Le pronunce interpretative della Corte di giustizia, rese sull’interpretazione di una norma europea, debbono essere rispettate da tutti i giudici degli Stati dell’Unione, come una vera e propria fonte del diritto al pari delle norme del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha invece una collocazione diversa. Neppure essa è un giudice d’impugnazione, ma non è neppure

43) Sul “dialogo tra le Corti” quale elemento propulsivo della tutela dei diritti fondamentali, per il combinato operare del catalogo della Costituzione interna e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, v. – con riferimento ad un rinvio pregiudiziale con cui la Corte costituzionale italiana interrogava la Corte di giustizia sulla correttezza di una propria interpretazione a salvaguardia del diritto di rimanere in silenzio nell’ambito dei procedimenti sanzionatori amministrativi a carattere penale condotti dalla Consob (C. Cost. n. 117 del 2019, seguita da Corte di giustizia 2 febbraio 2021 nella causa C-481/19 – cfr. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine*, n. 2/2019; Scaccia, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 6/2019; Catalano, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019; Anzon Demmig, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019; Galimberti, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019.

una Corte cui si possano rivolgere i giudici nazionali per far risolvere in modo vincolante per tutti gli Stati membri un quesito circa l'applicazione delle norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Alla Corte Europea si possono rivolgere in via diretta coloro che ritengono che un proprio diritto fondamentale sia stato violato nel corso di un processo che si è svolto in un ordinamento nazionale, ma solo una volta che questo processo sia stato concluso e solamente per richiedere un risarcimento del danno allo Stato nazionale i cui giudici si sono resi responsabili della violazione denunciata.

La decisione della Corte Europea non ha efficacia sulla sentenza definitiva che ha chiuso il processo nazionale, è irrilevante nei rapporti tra le parti di quel processo, però offre un indennizzo monetario a chi è stato vittima della violazione.

È soprattutto per effetto della Corte di giustizia dell'Unione Europea, e della forza del diritto europeo che essa porta con sé, che in tempi recenti si è visto erodere anche il principio, che abbiamo ricordato all'inizio di questa relazione, per cui al giudice ordinario non è attribuito un potere diffuso di controllo di validità delle leggi né un potere di loro disapplicazione.

In realtà sin dalla sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978, C-106/77, la Corte di giustizia ha affermato il dovere dei giudici nazionali di disapplicare le norme interne contrastanti con quelle europee direttamente applicabili, ammettendo così quel controllo diffuso di validità delle leggi – in quanto contrastanti con il diritto europeo – che gli ordinamenti interni di *civil law* prevalentemente non conoscono. Se dunque il giudice italiano non può disapplicare di sua iniziativa una legge ritenendola contraria alla Costituzione, invece ha il dovere di disapplicare una legge interna se la ritiene contraria al diritto europeo.

È vero che si potrebbe ritenere che il giudice italiano, prima di disapplicare la norma interna, dovrebbe investire la Corte di giustizia di una questione interpretativa pregiudiziale circa il significato e l'interpretazione del diritto europeo. Tuttavia è anche vero che la Corte di giustizia, nella nota sentenza *Cilfit*, ha stabilito che non vi è un obbligo di sollevare una questione interpretativa se la soluzione della questione è chiara e nitida e non lascia alcun dubbio<sup>44)</sup>.

44) In particolare, la sentenza citata concludeva: «L'art. 177, co. 3, del Trattato CEE, va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi;

La Corte costituzionale italiana ha riconosciuto, nella sentenza *Granital* del 5 giugno 1984 n. 170, che questa regola è stata correttamente affermata dalla Corte di giustizia poiché trova fondamento nella supremazia del diritto europeo rispetto al diritto degli Stati membri. Più di recente, nel 2017, tanto la Corte di giustizia quanto la Corte costituzionale hanno riconosciuto che, se vengono in considerazione diritti fondamentali, il giudice interno ha sempre la facoltà di disapplicazione diretta della norma nazionale in contrasto con quella europea, in alternativa alla possibilità di provocare l'intervento della Corte costituzionale nazionale<sup>45)</sup>.

Quel che rileva, in ogni caso, è che la sempre maggior rilevanza delle fonti sovranazionali ha dato luogo ad un sistema “multi-livello” di tutela dei diritti: sia dei diritti fondamentali della persona umana riconosciuti in convenzioni internazionali, sia di quelli che trovano la loro fonte nei Trattati istitutivi dell'Unione Europea, che a loro volta si fondano sul principio di rispetto della dignità umana e sul divieto di discriminazione in qualunque situazione<sup>46)</sup>.

In questo sistema il ruolo del giudice è sempre più importante, perché non solo nei trattati internazionali può trovare le risposte che l'ordinamento interno non è in grado di offrire per la lacunosità della disciplina e delle leggi interne, ma anche perché in quei trattati può trovare la forza per disapplicare la volontà del potere legislativo, quando la stessa si pone in

*la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità».*

45) V. da ultimo C. cost., 19.11.2024, n. 181: «entrambi i rimedi garantiscono il primato del diritto dell'Unione, uno dei capisaldi dell'integrazione europea, riconosciuto fin dalle prime pronunce della Corte di giustizia e poi dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 170 del 1984 e, più di recente, sentenza n. 67 del 2022). Anche negli Stati membri in cui esiste, come in Italia, un sindacato accentrato di costituzionalità, tutti i giudici possono controllare la compatibilità di una legge con il diritto comunitario (Corte di giustizia, sentenza 9.3.1978, C-106/77, Simmenthal). Né le competenze delle Corti costituzionali possono ostacolare o limitare il potere dei giudici di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e di non applicare la legge statale incompatibile con il diritto dell'Unione (Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 22.2.2022, C-430/21, RS), quando esso sia provvisto di efficacia diretta (Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 24.6.2019, C-573/17, Popławski)». V. in arg. il commento di Ruggeri, *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta On-Line*, 2024, fasc. III, 21.11.2024.

46) Vi è un contributo delle norme sovranazionali alla ricostruzione della portata dei diritti costituzionalmente garantiti, poiché le tutele approntate a livello europeo «si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione»: così C. Cost., ord. di rinvio alla Corte di giustizia n. 182/2020; v. nel senso della alimentazione reciproca tra le diverse Carte dei diritti Ruggeri, *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in *Diritti Comparati*, n. 2/2019, p. 24 e, ancor prima, Ruggeri, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta OnLine*, p. 60.

contrasto con i valori dell'Unione Europea o della comunità internazionale. È appunto quello che sta accadendo in questi mesi in Italia, dove la volontà del potere legislativo di deportare in campi di concentramento situati in Albania i rifugiati, se provenienti da Stati inseriti in una lista generale di “paesi sicuri”, sta venendo disapplicata dai giudici per il suo contrasto con i principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea circa la necessità di verificare in concreto, con riguardo al singolo caso, se la persona rifiutata sia in pericolo nel Paese di provenienza.

Si ha qui la conferma che, negli Stati moderni che hanno una Costituzione rigida e sono vincolati da obblighi internazionali liberamente assunti, i giudici – oltre ad applicare la legge – continuano a rappresentare la pietra angolare dello Stato di diritto, della *rule of law*, perché sono il baluardo della salvaguardia dei diritti e della dignità della persona umana.