

# **Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale**

*a cura di L. Salvato*

febbraio 2015

## **INDICE**

- 1. Premessa.**
- 2. *L'uso del sintagma «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale; la rilevanza dell'interpretazione della dottrina, dei giudici di merito e della prassi amministrativa.***
- 3. *Il «diritto vivente» quale interpretazione offerta dall'organo titolare del potere nomofilattico: presupposti della sua esistenza.***
- 4. *Il «diritto vivente» sopravvenuto all'ordinanza di rimessione.***
- 5. *«Diritto vivente» e “principio di diritto”.***
- 6. *«Diritto vivente» e libertà interpretativa della Corte costituzionale: la prima fase ed i contrasti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione.***
- 7. *La seconda fase: l'emersione della teorica del diritto vivente ed i nuovi contrasti tra le Corti.***
- 8. *La terza fase: la definitiva affermazione della teorica del «diritto vivente».***
- 9. *Diritto vivente e libertà interpretativa del giudice comune.***

## **Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale.**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *L'uso del sintagma «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale; la rilevanza dell'interpretazione della dottrina, dei giudici di merito e della prassi amministrativa.* – 3. *Il «diritto vivente» quale interpretazione offerta dall'organo titolare del potere nomofilattico: presupposti della sua esistenza.* – 4. *Il «diritto vivente» sopravvenuto all'ordinanza di rimessione.* – 5. *«Diritto vivente» e “principio di diritto”.* – 6. *«Diritto vivente» e libertà interpretativa della Corte costituzionale: la prima fase ed i contrasti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione.* – 7. *La seconda fase: l'emersione della teorica del diritto vivente ed i nuovi contrasti tra le Corti.* – 8. *La terza fase: la definitiva affermazione della teorica del «diritto vivente».* – 9. *Diritto vivente e libertà interpretativa del giudice comune.*

### **1. Premessa.**

«Diritto vivente» costituisce un sintagma utilizzato in diversi contesti ed in differenti accezioni, per indicare – in estrema sintesi e con l'inesattezza che questa rende ineludibile – la *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione. Secondo la prevalente dottrina, «la verbalizzazione del formante giurisprudenziale nella dottrina del diritto vivente» nel nostro Paese è conseguita proprio «alla riflessione condotta dalla Corte costituzionale che con la propria giurisprudenza ha riconosciuto espressamente il suo valore»<sup>1</sup>. Ed è appunto per questa considerazione che può essere non inopportuna una ricognizione sia pure ispirata ad una finalità molto specifica, poiché, in primo luogo, non ha ad oggetto la complessa teorica del diritto vivente, l'origine ed i molteplici significati di tale locuzione, indagati da una copiosa e sterminata elaborazione dottrinale<sup>2</sup>. In secondo luogo, neppure ha riguardo alle plurime

---

<sup>1</sup> M. Cavino, *Diritto vivente* [aggiornamento], voce in *Digesto pubbl.*, 2010.

<sup>2</sup> Tra i moltissimi contributi sul tema, cfr. G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, 47; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138), in *Giur. cost.*, 1998, 1082; ID, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, ivi, 1984, I, 300; T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352; ID, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, ivi, 1958, 14; AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; G. BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in *Jus*, 1997, 139; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005; F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41; M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 396; C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992; ID, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605; S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82; F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 195; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di*

implicazioni sottese alla stessa in riferimento (esemplificativamente) alle ragioni del suo accoglimento<sup>3</sup>, all'incidenza della medesima sulle tecniche decisorie utilizzate dalla Corte costituzionale, all'espansione che ha comportato delle sentenze interpretative, all'influenza avuta nella delimitazione del significato e del contenuto dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Scopo assai più limitato della presente ricognizione è, infatti, quello di identificare (e riportare nelle parti d'interesse) le pronunce in cui la Corte costituzionale ha fatto espresso uso di detto sintagma (utilizzando, conseguentemente, la tecnica di giudizio insita nello stesso), per accertare, con riguardo soltanto ad alcuni dei molti profili dallo stesso coinvolti, i presupposti ritenuti necessari per ritenere esistente un diritto vivente, la rilevanza da questo avuta nel garantire la composizione di eventuali dissidi interpretativi tra giudice delle leggi e giudici *comuni*, se, ed entro quali limiti, esso incida sulla libertà interpretativa del primo e dei secondi.

---

legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354), in Foro it., 1998, I, 14; T. LIEBMANN, Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale, in Riv. dir. proc., 1968, 568; S. MANGIAMELLI, Sentenze interpretative, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino), in Giur. cost., 1989, II, 22; L. MENGONI, Diritto vivente, voce in Digesto civ., Torino, 1990; C. MEZZANOTTE, La Corte costituzionale: esperienze e prospettive, in AA.VV., Attualità e attuazione della Costituzione, Bari 1979, 149; D. MICHELETTI, Le fonti di cognizione del diritto vivente, in Criminalia, 2012, 619; C. MESSNER, «Diritto vivente» - Performativo, non discorsivo, in Politica del diritto, 2011, 413; M.R. MORELLI, Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale, in Giust. civ., 1995, II, 169; S. PAGLIANTINI (a cura di), Il diritto vivente nell'età dell'incertezza - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi, Torino, 2011; M. PERINI, L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria, in Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione, a cura di Malfatti-Romboli-Rossi, Torino, 2002, 64; A. PUGIOTTO, Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente», Milano, 1994; ID, Il riferimento al diritto vivente, in Foro it., 1998, V, 366; ID, La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410), ivi, 1995, I, 474; ID, Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additiva, in Giur. cost., 1992, I, 3672; ID, Corte costituzionale e diritto vivente superveniens, ivi, 1991, I, 641; ID, Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente, in Annali Università Ferrara, V, III, 1989, 100; E. RESTA, Diritto vivente, Bari, 2008; R. ROLLI, Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens, in Contratto e impr., 2013, 577; F. SANTORO PASSARELLI, A proposito del «diritto vivente», in Iustitia, 1993, 54; G. ZAGREBELSKY, La dottrina del diritto vivente, in Giur. cost., 1986, I, 1148. Per riferimenti nella la letteratura straniera, ex plurimis, T.BOMBOIS-N.DUPONT, Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du «droit vivant»? Jurisdiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi, in Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo, a cura di M. Cavino, Milano, 2009, 113; J. BORÉ-L. BORÉ, La Cassation en matière civile, Parigi, 2003; G. ROUHETTE, Une fonction consultative pour la Cour de cassation, in Mélanges A. Breton et F. Derrida, Parigi, 1991; E. EHRLICH, I fondamenti della sociologia del diritto, trad. it., Milano, 1976; R. POUND, Law in Books and Law in Action, in Amer. Law Rev., 44, 1910, 12; J. OVALLE FAVELA, Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia, in Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 2005.

<sup>3</sup> Risultando controverso se siano rinvenibili nella stessa struttura logica del giudizio di costituzionalità, ovvero siano frutto esclusivamente di un *self-restraint* e di una scelta di politica giudiziaria volta a realizzare una efficiente e non conflittuale ripartizione di competenze tra Corte costituzionale e giudici *comuni*, A. PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, cit.

## ***2. L'uso del sintagma «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale; la rilevanza dell'interpretazione della dottrina, dei giudici di merito e della prassi amministrativa.***

La sentenza 11 dicembre 1974, n. 276, costituisce la pronuncia in cui, per la prima volta, si rinviene in una decisione della Corte costituzionale il sintagma «diritto vivente» che viene definito, mutuando la formulazione delle ordinanze di rimessione, come «il "sistema giurisprudenziale" formatosi, nel difetto di espresse disposizioni»<sup>4</sup>. Tale sentenza segna, quindi, l'ingresso nella giurisprudenza costituzionale di questo sintagma, successivamente sempre più spesso utilizzato sino ad imporsi nel linguaggio del giudice delle leggi.

La locuzione è stata utilizzata allo scopo di indicare, in buona sostanza, un approdo interpretativo stabilizzato nella giurisprudenza e può essere d'interesse accertare quali siano, più precisamente, le condizioni in presenza delle quali è possibile ritenere che una determinata esegesi costituisca diritto vivente.

Nelle prime pronunce in cui compare la locuzione, la Corte costituzionale non approfondisce il profilo, pure preliminare, concernente gli elementi che condizionano la possibilità di ritenere tale l'interpretazione offerta di una determinata disposizione<sup>5</sup>. Le decisioni non sembrano dedicare esplicita attenzione alla questione del se la sintesi verbale possa essere utilizzata esclusivamente in riferimento all'esegesi della disposizione fornita dalla giurisprudenza – e se poi debba aversi riguardo a quella offerta dai giudici di merito, ovvero di legittimità, oppure, per i giudici speciali, dagli organi di vertice delle relative giurisdizioni e quali siano i caratteri che consentano di ritenerla stabilizzata – ovvero se rilevi, invece, anche quella offerta dalla dottrina e quale, infine, sia il rilievo eventualmente riconoscibile alla prassi amministrativa.

In relazione alla rilevanza dell'interpretazione dottrinale, una delle più remote sentenze sembrava esprimere un'opzione favorevole a ritenere che, per accertare se e quando sussista un diritto vivente, debba – comunque possa – farsi riferimento all'esegesi della disposizione offerta non solo dalla giurisprudenza, ma anche dalla dottrina<sup>6</sup>. Questo approccio sembra

---

<sup>4</sup> La questione scrutinata aveva ad oggetto «gli artt. 24, 98 e seguenti, 101, 103 e seguenti del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, ecc.), "nella parte in cui consentono la riassunzione davanti al giudice fallimentare dei procedimenti di opposizione allo stato passivo, di insinuazione tardiva di crediti, e delle domande di rivendica, restituzione e separazione di cose mobili, interrotti a seguito dell'omologazione del concordato, e regolano il successivo svolgimento dei giudizi così riassunti"» e, quindi, «il diritto vivente, ossia il "sistema giurisprudenziale" formatosi, nel difetto di espresse disposizioni della vigente legge fallimentare, circa la disciplina dei giudizi derivanti dal fallimento, interrotti per effetto della chiusura dello stesso, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato».

<sup>5</sup> In particolare, mancano di ogni indicazione in tal senso le sentenze 11 dicembre 1974, n. 276, e 27 dicembre 1974, n. 286

<sup>6</sup> In questo senso sembrerebbe interpretabile una sentenza che, per la prima volta, dopo quelle richiamate nella nota che precede utilizza nuovamente il sintagma, facendo riferimento alla circostanza che «dottrina e giurisprudenza pressoché univoche ritengono che non basti un qualunque fuoco volontariamente appiccato su cosa altrui perché si verifichi l'elemento materiale del delitto di incendio», precisando poi che, «Tenendo presenti orientamenti, giustamente questa Corte, con la sentenza n. 286 del 1974, ha rilevato che "il diritto vivente finisce, se non con l'identificare, certo col ravvicinare assai le fattispecie dell'incendio di cosa propria e

privilegiato da alcune pronunce degli anni '80, nelle quali sono rinvenibili affermazioni sufficientemente chiare in ordine alla possibilità e necessità di avere riguardo anche a quest'ultima, non solo alle interpretazioni dei giudici<sup>7</sup>, e che, a distanza di molti anni, sembrerebbe ripreso da una recentissima pronuncia<sup>8</sup>.

Nondimeno, già in questa prima fase dell'utilizzazione del sintagma, ma soprattutto successivamente, il riferimento all'interpretazione della dottrina si è sviluppato e stabilizzato nel senso di ritenere che sia possibile trarre dalla ricostruzione da questa offerta argomenti a conforto dell'esegesi accolta dalla giurisprudenza<sup>9</sup>, ovvero utilizzabili allo scopo di valutarne

---

dell'incendio di cosa altrui"», sentenza 16 luglio 1979, n. 71. Elementi in tal senso – sia pure non chiari ed univoci – sembrerebbero desumibili anche dalla sentenza 14 luglio 1986, n. 184, nella parte in cui osserva: «L'esame della legislazione e dei relativi lavori preparatori nonché della giurisprudenza e della dottrina, precedenti e successive all'emanazione del vigente codice civile, induce a ritenere che nella nozione di danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., vadano compresi soltanto i danni morali subiettivi» e, soprattutto, laddove espone: «Non v'è dubbio, pertanto, che i risultati ai quali pervengono le prevalenti giurisprudenza e dottrina, dalle pur diverse interpretazioni dell'art. 2043 c.c., coincidono; e non v'è dubbio, pertanto, che esiste, in materia, un diritto vivente al quale questa Corte si richiama». Un approccio nel senso di una maggiore valorizzazione dell'interpretazione della dottrina traspare, nel decennio successivo, dalla sentenza 29 giugno 1995, n. 286, tenuto conto del seguente brano: «Nonostante queste disarmonie, mentre la logica paritaria in ordine alla sfera patrimoniale dei coniugi ha contribuito a far ritenere, nel diritto vivente e quasi pacificamente in dottrina, non più operante il vecchio istituto della presunzione "muciana" per il sopravvenuto regime di comunione legale dei beni, non è altrettanto prevalente l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale nel ravvisare analogia incompatibilità per l'ipotesi di regime di separazione dei beni».

<sup>7</sup> In tal senso, sembra incontrovertibile la puntualizzazione contenuta nella sentenza 12 maggio 1982, n. 92, nella parte in cui rimarca: «Ciò posto, osserva la Corte che, non sussistendo sul problema un'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale (c.d. "diritto vivente"), occorre procedere direttamente all'interpretazione della complessa normativa». Un'analogia conclusione potrebbe essere desunta anche dalla sentenza 22 febbraio 1984, n. 40, e, in particolare, sia dalla puntualizzazione che «la mancanza di una esplicita previsione nel ricordato art. 27 non ha impedito alla dottrina, che si è occupata della materia, e alla giurisprudenza, che ha preso in esame il problema, di ritenere che le attività agricole connesse siano comprese nella previsione delle norme impugnate», sia dall'ulteriore precisazione che «non è possibile individuare un "diritto vivente", poiché manca, oltre a qualsiasi apprezzabile apporto dottrinale, anche una giurisprudenza di merito, mentre la Corte di Cassazione, nei soli due casi in cui ha preso in esame il problema, si è orientata in senso contrastante».

<sup>8</sup> Sentenza 22 ottobre 2014, n. 239, in quanto reca la seguente puntualizzazione: «Quale notazione finale sul punto, si deve rilevare come la conclusione dianzi prospettata corrisponda pienamente al "diritto vivente": registrandosi, allo stato, una generale convergenza di opinioni, tanto in giurisprudenza che in dottrina, riguardo al fatto che la detenzione domiciliare speciale ricada anch'essa nel perimetro di operatività della norma censurata».

<sup>9</sup> In particolare, allo scopo di evidenziare come da essa la giurisprudenza abbia tratto spunti per superare una precedente esegesi della disposizione: «Le incongruenze denunciate dalla dottrina sono state gradualmente avvertite anche dalla Corte dei conti, la quale ha abbandonato il precedente indirizzo, orientandosi verso la tesi dottrinale superiormente accennata. Cosicché ormai si è formata una giurisprudenza ripetutamente espressa dalle sezioni semplici e ribadita anche dalle Sezioni Riunite, in base alla quale la responsabilità prevista dal cit. art. 252 non è che una comune responsabilità patrimoniale fondata sugli elementi precisi della colpa e del danno», sentenza 23 marzo 1983, n. 72. Sostanzialmente omologa appare la sentenza 8 marzo 1985, n. 56: «Più volte intervenendo, fin dai mesi immediatamente successivi alla presente ordinanza di rimessione, su conflitti o ricorsi occasionati proprio da richieste di riesame concernenti imputati minorenni, la Corte di cassazione si è costantemente pronunciata - in sintonia con l'orientamento subito espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura e con l'opinione unanime di copiosa dottrina -». La sentenza 12 giugno 2009, n. 178, reca la

ed apprezzarne il carattere di stabilità<sup>10</sup>, oppure per sottolineare l'esistenza di dubbi ed incertezze incidenti anche sull'esegesi fornita dai giudici<sup>11</sup>, ovvero per verificare se, in presenza di divergenti orientamenti dei giudici, sussistano i presupposti per un'interpretazione adeguatrice della disposizione<sup>12</sup>.

Il giudice delle leggi sembra, quindi, essersi orientato nel senso di escludere che la lettura di una disposizione fornita dalla dottrina possa condurre a negare il carattere di diritto vivente di un'interpretazione di segno contrario accolta e fatta propria dalla Corte di cassazione<sup>13</sup>, al cui indirizzo, in definitiva, occorre avere riguardo<sup>14</sup>.

---

seguinte precisazione: «Come affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza», mentre la sentenza 22 ottobre 2014, n. 239, rimarca: «Quale notazione finale sul punto, si deve rilevare come la conclusione dianzi prospettata corrisponda pienamente al "diritto vivente": registrandosi, allo stato, una generale convergenza di opinioni, tanto in giurisprudenza che in dottrina».

<sup>10</sup> L'ordinanza 5 maggio 1983, n. 135, ha osservato: «effettivamente le questioni sollevate colle prime due ordinanze si fondano su presupposto manifestamente destituito di fondamento, essendo insostenibile, per pacifica dottrina specialistica e per diritto vivente (Cass. 14 aprile 1969 n. 1186; Cass. 25 marzo 1966 n. 791)». La sentenza 22 febbraio 1984, n. 40, precisa: «Per esse infatti non è possibile individuare un "diritto vivente", poiché manca, oltre a qualsiasi apprezzabile apporto dottrinale, anche una giurisprudenza di merito, mentre la Corte di Cassazione, nei soli due casi in cui ha preso in esame il problema, si è orientata in senso contrastante». Secondo la sentenza 8 marzo 1985, n. 57, «pur essendosi in presenza di una ricostruzione piuttosto diffusa sia nell'ambito della giurisprudenza sia nell'ambito della dottrina - e ciò non tanto con riguardo all'interpretazione che conclude nel senso di "nessun appello per i minori", quanto con riguardo all'interpretazione che conclude nel senso dell'"appello allo stesso" tribunale per i minorenni in funzione di tribunale della libertà - più di una circostanza permette di dubitare che, almeno per il momento, si sia di fronte ad un sicuro "diritto vivente"». La sentenza 28 marzo 1985, n. 86, afferma: «Né la contraria interpretazione giurisprudenziale, fatta propria dal giudice *a quo*, può considerarsi tanto diffusa da costituire diritto vivente; all'opposto, tale interpretazione è stata giustamente disattesa, perché troppo lontana dal testo legislativo in esame, da parte di altri giudici e della dottrina tributaristica». La sentenza 2 novembre 1996, n. 369, ha ritenuto esistente il "diritto vivente" in riferimento ad una «esegesi univocamente accolta dai giudici di merito, condivisa anche dalla dottrina pressoché unanime e confortata infine dalla prima (e finora unica) decisione, in tema, della Cassazione». E' chiara l'evocazione nella sentenza 21 novembre 1997, n. 350, dell'interpretazione dottrinale a conforto della stabilità di una data esegesi di matrice giurisprudenziale, in quanto afferma: «Nel presente caso la giurisprudenza assolutamente maggioritaria, oltre che la dottrina prevalente, intendono il concetto di attitudine al lavoro, in riferimento alle norme impugnate, nel senso di capacità lavorativa generica anziché specifica; per cui la prospettata questione va affrontata nel merito».

<sup>11</sup> Sentenza 23 luglio 1987, n. 278, nella parte in cui sottolinea: «Ed infatti, dopo l'entrata in vigore della legge da ultimo citata, non solo non si riscontra il costituirsi, per il tema che ci occupa, d'un uniforme "diritto vivente" ma si manifestano, in materia, le più gravi incertezze giurisprudenziali e dottrinali».

<sup>12</sup> Ordinanza 6 luglio 2001, n. 237, sottolineando «che la norma impugnata, comunque, non ha finora ricevuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina un'interpretazione univoca sul punto in contestazione, sicché il giudice rimettente avrebbe anche potuto fornire una lettura diversa, allo stato non sussistendo un diritto vivente in argomento»; ordinanza 16 novembre 2001, n. 365: «nel caso in esame, non può affermarsi (come invece sembra sostenere il giudice *a quo* in alcuni passaggi della sua ordinanza) l'esistenza di un diritto vivente, in quanto nella materia dell'anticipazione delle spese si fronteggiano due diversi orientamenti giurisprudenziali (e dottrinali) che non hanno ancora dato segni di assestamento e, tanto meno, di consolidamento».

<sup>13</sup> Così, già negli anni 80: sentenza 30 aprile 1984, n. 120: «Si tratta, innegabilmente, di un'interpretazione assai diffusa tanto nella giurisprudenza di merito quanto in dottrina. Tuttavia, consentono di escludere che si debba, al momento, ritenere formato un diritto vivente la mancanza di precedenti nella Giurisprudenza della Corte di cassazione»; sentenza 28 giugno 1985, n. 190: «Scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di

La giurisprudenza costituzionale è, inoltre, costante nell'escludere che il diritto vivente possa essere ritenuto esistente avendo riguardo all'orientamento della giurisprudenza di merito. Le più remote pronunce nelle quali è stato utilizzato detto sintagma erano in realtà caratterizzate da segnali favorevoli ad una maggiore valorizzazione di quest'ultimo, desumibili, tra l'altro, dalla puntualizzazione secondo cui «per giurisprudenza di Cassazione e di giudici di merito (anche se con dissensi tra questi ultimi) deve senz'altro ammettersi [...] come "diritto vivente"» l'interpretazione da questi accolta, fermo il potere della Corte di verificarne la correttezza<sup>15</sup>, ponendo poi una distinzione, pure non ulteriormente specificata, tra «diritto vivente» e «deviazioni applicative»<sup>16</sup>.

In alcuni casi, l'idoneità a ritenere possibile il riferimento all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di merito per desumere l'esistenza di un diritto vivente era stata, peraltro, condizionata al riscontro della circostanza che la stessa costituisse oggetto di un orientamento oramai stabilizzato<sup>17</sup>. Successivamente è, invece, prevalso – e si è affermato – il

---

Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma, se il tentativo non ha riscosso l'assenso del giudice della nomofilachia quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte»; sentenza 22 luglio 1985, n. 213: «Indipendentemente dall'intrinseca validità degli argomenti che in dottrina sono stati e sono adottati a sostegno delle opposte tesi, è infatti pacifico che nella giurisprudenza della Cassazione si è consolidato da tempo l'orientamento per cui le indennità in esame non fanno parte del patrimonio del lavoratore e sono pertanto sottratte al suo potere di disposizione, venendo attribuite iure proprio ai vari possibili beneficiari. Del diritto vivente formatosi in tal senso la Corte non può non tener conto».

<sup>14</sup> Sentenza 17 dicembre 1985, n. 350: «Tale indirizzo costituisce diritto vivente, particolarmente per l'intervento delle due ordinanze delle Sezioni Unite penali che, con ampia motivazione, hanno preso in esame le varie tesi che giurisprudenza e dottrina avevano adombrate nell'intento di superare le difficoltà di ordine letterale e sistematico». Sentenza 27 febbraio 1996, n. 55, in quanto, dopo avere verificato che la premessa interpretativa del rimettente risultava conforme al «diritto vivente, fissato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione», la ritiene plausibile, e ciò «anche se una diversa ricostruzione sistematica sia ritenuta possibile da una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina».

<sup>15</sup> Sentenza 26 febbraio 1981, n. 33; nel senso della riserva indicata potrebbe assumere rilievo la constatazione che, dopo l'affermazione riportata *supra* nel testo, la pronuncia prosegue precisando: «Non è tuttavia privo di significato che la formulazione dell'art. 6 (nel testo vigente dopo le modifiche apportate dalla legge di conversione) conforti pienamente l'interpretazione prevalsa».

<sup>16</sup> La sentenza 1 febbraio 1982, n. 7, avente ad oggetto questioni concernenti norme delle leggi regionali del Veneto e della Lombardia che avevano introdotto il regime autorizzatorio su scala generale per la coltivazione dei giacimenti di cave e torbiere o per il proseguimento delle coltivazioni già in atto al momento della entrata in vigore delle leggi stesse, sottolinea: «Se però il diritto vivente (e non semplici deviazioni applicative) dovesse formarsi in violazione del principio del giusto procedimento, esercitandosi dall'autorità regionale poteri a discrezionalità non limitata, allora, al di là delle opinabili distinzioni tra carattere autorizzatorio o concessorio dei provvedimenti, muterebbero i termini normativi delle questioni attualmente sottoposte all'esame di questa Corte (che restano invece integri, per la legge della Regione Veneto, malgrado il sopravvenire delle leggi regionali 22 gennaio 1980, n. 5 e 20 agosto 1981, n. 50)».

<sup>17</sup> Sentenza 16 aprile 1982, n. 7, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 della legge 25 gennaio 1962, n. 20, in quanto ha negato che l'interpretazione assunta come diritto vivente fosse tale, riscontrando che «dell'art. 15 della legge n. 20 sono state fatte, sino ad ora, isolatissime e non certo uniformi applicazioni: come stanno a dimostrare, poco dopo l'emissione dell'ordinanza in esame, le decisioni e le motivazioni adottate dallo stesso Tribunale e poi dalla Corte d'appello di Roma». Analogamente, la sentenza 24 luglio 2007, n. 321, nella parte in cui ha osservato: «Va premesso che non spetta a questa Corte fornire una

convincimento in ordine all'inefficacia degli orientamenti dei giudici di merito a dare luogo al diritto vivente<sup>18</sup>, soprattutto in presenza di contrastanti indirizzi ed in mancanza di una pronuncia della Corte di cassazione<sup>19</sup>.

Non sono, peraltro, mancati casi nei quali l'orientamento della giurisprudenza di merito è stato valorizzato, sia pure allo scopo di attribuire valore di diritto vivente ad un'isolata pronuncia della Corte di cassazione<sup>20</sup>, oppure per confortare l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità al quale è stato riconosciuto tale carattere<sup>21</sup>. In una pronuncia la Corte, benché con qualche incertezza, è apparsa incline a condizionare la qualificazione di una data esegesi come diritto vivente alla verifica dell'esistenza di una conformità dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di merito e della Corte di cassazione<sup>22</sup>. Non mancano, inoltre, pronunce caratterizzate da un più ampio ed indistinto riferimento alla «predominante giurisprudenza

---

ricostruzione del sistema processuale introdotto con i provvedimenti legislativi cui appartengono le disposizioni censurate, né è possibile nel caso in esame il recepimento, quale base dello scrutinio di costituzionalità, di esiti interpretativi accettati dalla giurisprudenza comune (cosiddetto diritto vivente). Si tratta, infatti, di un complesso normativo di recente entrato in vigore, riguardo al quale si riscontrano orientamenti non concordi della magistratura di merito e sui quali la Corte di cassazione non ha ancora avuto modo di pronunciarsi».

<sup>18</sup> Sentenza 30 gennaio 2002, n. 1, tenuto conto della seguente puntualizzazione: «La Corte di appello - pur dichiarando di considerare i procedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale come "bilaterali o plurilaterali" e quindi soggetti all'art. 739, secondo comma, cod. proc. civ., che per il provvedimento camerale "dato nei confronti di più parti" prevede la notifica (e non la comunicazione con biglietto di cancelleria), e pur riconoscendo di avere sovente applicato tali principi - ritiene di non poter decidere in questo senso il caso di specie, per il contrario "diritto vivente" identificato nella prassi seguita dai tribunali per i minorenni ed in specie da quello che ha pronunciato il provvedimento reclamato. La rimettente, pertanto, non propone una questione di legittimità costituzionale, ma un mero dubbio interpretativo; e per di più rinunzia a ricercare la possibilità di interpretare la norma impugnata nel senso utile ad evitare quello che, secondo la sua prospettazione, è il contrasto con la Costituzione, pur mostrando di conoscere le argomentazioni letterali e sistematiche che tale interpretazione potrebbero sorreggere.». Sentenza 5 aprile 2012, n. 78: «Fermo il punto che alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente"».

<sup>19</sup> Sentenza 17 giugno 2010, n. 217; ordinanza 12 marzo 2010, n. 98.

<sup>20</sup> Sentenza 15 febbraio 1984, n. 25: «Nonostante la netta prevalenza del rigoroso indirizzo interpretativo sopra ricordato, non si può tuttavia parlare di diritto vivente, benché proprio di "norma vivente" parli il Tribunale di Torino. A parte, infatti, una, peraltro esigua, giurisprudenza pretorile che ha ammesso la prova testimoniale - tra cui la pronuncia *sub judice* dinanzi al Tribunale di Torino e di cui all'ordinanza in epigrafe (r.o. 827/1980) -, vi osta una recente sentenza della stessa Corte di Cassazione (sez. lavoro, 7 marzo 1980, n. 1537)».

<sup>21</sup> Significativa in tal senso sembra la seguente puntualizzazione: «La stragrande maggioranza dei giudici di merito e la Corte di Cassazione hanno fatto oggetto di "diritto vivente" la norma censurata, così la sentenza 11 aprile 1984, n. 104; sentenza 21 luglio 2000, n. 319, tenuto conto della genericità del riferimento alla «giurisprudenza dei giudici ordinari»; ordinanza 19 novembre 2002, n. 463, nella parte in cui osserva: «la qualificazione del suddetto orientamento giurisprudenziale come «diritto vivente» non appare arbitraria in quanto esso, come sottolineato dai remittenti e, più diffusamente dal Tribunale di Trani, non trova riscontro, come sostiene l'Avvocatura dello Stato, nella sola sentenza della Corte di cassazione n. 5553 del 1999 - che si è specificamente occupata del problema in oggetto - ma anche in altre pronunce della Corte di legittimità non in contraddizione con quella citata, nonché in una copiosa giurisprudenza di merito».

<sup>22</sup> Il riferimento è alla sentenza 4 maggio 1984, n. 133, in quanto ha affermato: «Una siffatta pronuncia richiederebbe, peraltro, secondo l'orientamento di questa Corte, che l'interpretazione asseritamente conforme a Costituzione fosse universalmente accolta o almeno prevalente nella giurisprudenza dei giudici chiamati ad applicarla e, soprattutto, della Corte di cassazione (diritto vivente)».



ordinaria»<sup>23</sup>, evidentemente suscettibili di ingenerare almeno un dubbio in ordine alla possibile rilevanza dell'orientamento dei giudici di merito, al fine di ritenere diritto vivente una determinata interpretazione<sup>24</sup>.

La giurisprudenza costituzionale è stata, invece, sempre chiara e ferma nel negare che il diritto vivente possa derivare dalla prassi amministrativa e da atti regolamentari o circolari, ritenuti a questo scopo irrilevanti, anche qualora siano stati emanati da un organo di rilevanza costituzionale, quale il C.S.M. Questi atti, infatti, «possono dar vita ad una prassi, ma non producono alcun "diritto vivente", che vincoli la Corte nell'interpretazione delle norme impugnate»<sup>25</sup> e, dunque, non «può invocarsi un presunto "diritto vivente" costituito da direttive e prassi dell'amministrazione [...], spettando viceversa ai giudici, soggetti soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ricostruire la corretta portata delle disposizioni legislative»<sup>26</sup>.

La prassi amministrativa non assume tale rilievo «né nella forma di regolamenti esecutivi o di circolari [...], né, tanto meno, nella forma di singoli provvedimenti, da

---

<sup>23</sup> Sentenza 15 dicembre 1986, n. 268, benché abbia poi sottolineato che l'interpretazione risultava avallata «dall'ammonimento delle S.U. penali della Corte di Cassazione (ordinanze nn. 1145 e 1146 del 24 maggio 1984), nonché dalla giurisprudenza di questa Corte Costituzionale (sent. n. 350/1985)»; analogamente, l'ordinanza 31 maggio 1988, n. 594, nella parte in cui ha rimarcato: «comunque, però, va ricordato che il diritto vivente, rappresentato sia dalla prevalente giurisprudenza di merito quanto da interventi, anche recentissimi, della Corte di Cassazione, esclude l'applicabilità di sanzioni sostitutive quando il reato sia punito con pena detentiva congiunta a quella pecuniaria». In senso sostanzialmente omologo, l'ordinanza 19 luglio 1996, n. 266, in quanto sottolinea che l'interpretazione assunta dal rimettente a presupposto della questione «non trova riscontro nella giurisprudenza ordinaria e tributaria».

<sup>24</sup> Cfr. l'ordinanza 3 marzo 1994, n. 175, tenuto conto dell'indistinto riferimento effettuato alla «giurisprudenza di legittimità e tributaria», al fine di ritenere sussistente un diritto vivente. L'ordinanza 15 dicembre 2005, n. 452, sottolinea: «in proposito, il rimettente muove dall'asserita esistenza di un "diritto vivente", in forza del quale non risulterebbe configurabile alcuna nullità per l'ipotesi di richiesta di rinvio a giudizio inoltrata dall'organo dell'accusa prima del compimento effettivo del citato termine di deposito degli atti; che, per contro, è agevole rilevare come tale presupposto – del quale il rimettente postula assoluta e costante uniformità interpretativa – appaia smentito tanto dall'esistenza di diverse, contrarie soluzioni della giurisprudenza di merito, quanto dai principi generali affermati dalla giurisprudenza di legittimità, in ordine agli effetti della violazione del termine minimo di comparizione dell'imputato: termine da ritenersi – al pari di quello stabilito nel comma 3 dell'art. 415-bis, cod. proc. pen. – preordinato all'esercizio del diritto di difesa».

<sup>25</sup> Sentenza 10 maggio 1982, n. 86. Nondimeno, le successive affermazioni contenute nella pronuncia potrebbero palesare qualche incertezza, dato che precisano: «In secondo luogo, la prassi in questione appare comunque mutevole e non si presta ad escludere che lo stesso Consiglio modifichi gli orientamenti in atto. In terzo luogo, i criteri sin qui stabiliti non sono ancora univoci ed organici: sia perché lasciano aperto il problema delle assegnazioni d'ufficio, in vista delle quali la circolare del '77 riconosce espressamente la necessità di far ricorso al solo fattore dell'anzianità; sia perché si limitano a sottolineare - come si riafferma nella circolare dell'82 - l'«idoneità specifica dell'aspirante a ricoprire, nella sede richiesta, il posto resosi vacante», lasciando pertanto insoluto l'aspetto essenziale della questione, rappresentato dal conferimento delle funzioni di consigliere di cassazione. In quarto ed ultimo luogo, resta l'ostacolo rappresentato dal testo della legge n. 831 del 1973, chiaramente ed intenzionalmente difforme dal testo della legge n. 570 del 1966, nel duplice richiamo alla sola anzianità, di cui agli artt. 10 e 19, primo comma: ossia nella configurazione di un sistema in cui la nomina implica l'esercizio d'una qualche funzione spettante ai magistrati di cassazione, che non potrebbe essere indefinitamente precluso ai nominati più anziani, senza violare lo spirito oltre che la lettera di tale disciplina».

<sup>26</sup> Ordinanza 26 maggio 1998, n. 188.

precludere al giudice una interpretazione diversa. Essa può valere soltanto come dato fattuale concorrente con i dati linguistici del testo normativo ad orientare l'interpretazione, sempreché si mantenga nei limiti consentiti dal dettato della legge [...] e non trovi controindicazioni nella giurisprudenza»<sup>27</sup>.

La prassi amministrativa è stata, peraltro, valorizzata, allo scopo di confortare la qualificazione come diritto vivente attribuita ad un dato indirizzo giurisprudenziale, soprattutto qualora essa abbia dato seguito ad un orientamento espresso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, recependolo<sup>28</sup>, ovvero quando ne sia stata accertata la conformità all'indirizzo della giurisprudenza di legittimità<sup>29</sup>, oppure per desumere dalla stessa elementi a conforto dell'inattendibilità di un'esegesi fatta propria dal rimettente, priva di elementi di stabilità ed unanime condivisione<sup>30</sup>.

### ***3. Il «diritto vivente» quale interpretazione offerta dall'organo titolare del potere nomofilattico: presupposti della sua esistenza.***

Il principio stabilizzatosi nella giurisprudenza costituzionale che, a far data dalla prima sentenza del 1976, ha utilizzato il sintagma in esame, è dunque senz'altro che di diritto vivente può argomentarsi solo in presenza di un orientamento espresso dalla Corte di cassazione<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentenza 19 marzo 1996, n. 83.

<sup>28</sup> Sentenza 20 giugno 1984, n. 172: «Tale interpretazione, confermata da altre pronunce della stessa Corte di Cassazione, è stata successivamente accolta dalle sezioni unite della Commissione tributaria centrale e fatta propria persino dal Ministero delle finanze, che con apposita nota della competente Direzione generale delle imposte dirette (20 aprile 1978, n. 11/679) ha comunicato ai dipendenti uffici "l'inopportunità di procedere agli accertamenti ai fini dell'imposta di ricchezza mobile e dell'imposta sulle società per gli avanzi di gestione degli enti ospedalieri", disponendo che pertanto "devono essere abbandonate tutte le contestazioni pendenti relativamente alle quali non sono intervenute decisioni passate in giudicato"». Analogamente, sentenza 20 giugno 1984, n. 178: «Questa sopra riferita è, dunque, la interpretazione che va data all'impugnata norma, in senso opposto a quella accolta dai giudici *a quibus*. Interpretazione che attualmente ben può considerarsi "diritto vivente", ed alla quale si è anche adeguata la stessa amministrazione finanziaria, invitando gli uffici delle imposte dirette, con circolare 29 ottobre 1981, n. 35/ 7/3210, ad astenersi dal coltivare ulteriormente le relative controversie ancora pendenti».

<sup>29</sup> In riferimento al C.S.M., sentenza 8 marzo 1985, n. 56: «Più volte intervenendo, fin dai mesi immediatamente successivi alla presente ordinanza di rimessione, su conflitti o ricorsi occasionati proprio da richieste di riesame concernenti imputati minorenni, la Corte di cassazione si è costantemente pronunciata - in sintonia con l'orientamento subito espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura e con l'opinione unanime di copiosa dottrina».

<sup>30</sup> Sentenza 28 marzo 1985, n. 86: «Né la contraria interpretazione giurisprudenziale, fatta propria dal giudice *a quo*, può considerarsi tanto diffusa da costituire diritto vivente; all'opposto, tale interpretazione è stata giustamente disattesa, perché troppo lontana dal testo legislativo in esame, da parte di altri giudici e della dottrina tributaristica, per non dire dello stesso Ministero delle finanze».

<sup>31</sup> Chiara in tale senso è la sentenza 30 aprile 1984, n. 120: «Si tratta, innegabilmente, di un'interpretazione assai diffusa tanto nella giurisprudenza di merito quanto in dottrina. Tuttavia, consentono di escludere che si debba, al momento, ritenere formato un diritto vivente la mancanza di precedenti nella Giurisprudenza della Corte di cassazione»; sentenza 31 marzo 1988, n. 377; sentenza 29 marzo 1989, n. 164; sentenza 26 luglio 1993,

Nell'identificare i presupposti che consentono di ritenerlo esistente, la Corte costituzionale ha costantemente rivendicato il proprio potere– dovere di procedere alla ricognizione degli indirizzi espressi dal giudice della nomofilachia, allo scopo di accertare se e quando presentino i caratteri necessari a farli ritenere appunto espressivi di un diritto vivente<sup>32</sup>.

---

n. 364; sentenza 8 giugno 1994, n. 225; sentenza 27 febbraio 1996, n. 55; sentenza 6 luglio 2004, n. 207; sentenza 8 febbraio 2006, n. 41; sentenza 26 giugno 2007, n. 234; sentenza 14 marzo 2008, n. 64; sentenza 27 febbraio 2009, n. 56; sentenza 5 marzo 2010, n. 82; sentenza 24 giugno 2010, n. 227; sentenza 15 luglio 2010, n. 255; sentenza 22 dicembre 2010, n. 368; sentenza 10 giugno 2011, n. 181; sentenza 10 maggio 2012, n. 117; sentenza 27 giugno 2012, n. 166; sentenza 14 febbraio 2013, n. 24; sentenza 29 maggio 2013, n. 107; sentenza 11 giugno 2014, n. 172.

<sup>32</sup> Sentenza 11 maggio 1992, n. 210: «Occorre invece osservare che non sussistono le condizioni perché l'enunciato interpretativo in esame sia considerato idoneo a rappresentare un consolidato indirizzo giurisprudenziale. A questo riguardo, è da rilevare che l'affermazione suddetta - che, peraltro, non risulta essere stata successivamente ripresa dalla giurisprudenza della Cassazione - non costituiva la *ratio decidendi* della richiamata pronuncia, ma rappresentava un semplice *obiter dictum*». Sentenza 27 maggio 1996, n. 171: «Nella stessa giurisprudenza di legittimità non si è ancora formato un diritto vivente, essendovi pronunce della Corte di cassazione che rigettano la richiesta di rinvio per legittimo impedimento del difensore e dispongono doversi proseguire oltre». Sentenza 10 maggio 1999, n. 156: «Il giudice *a quo* afferma l'esistenza di un "diritto vivente" sulla normativa, con riguardo a cui formula le suindicate censure d'incostituzionalità. Ma la ricognizione della giurisprudenza, dalla quale muove, appare incompleta e non corretta. Egli, infatti, ha trascurato di prendere in considerazione gli svolgimenti più recenti della giurisprudenza stessa, attraverso un doveroso esame di significative pronunce, nelle quali sarebbe stato agevole rinvenire quelle puntualizzazioni tese a dare della denunciata normativa un'interpretazione, non solo rispettosa di tutti i canoni ermeneutici, ma anche conforme alla Costituzione - così come di seguito precisato -, e dunque da preferire ad altre, sulla cui legittimità costituzionale possano sorgere dubbi in sede di giudizio.». Sentenza 12 luglio 2002, n. 336: «A ben vedere, però, l'asserito diritto vivente si sostanzia in poche pronunce del giudice di legittimità, delle quali quelle più recenti (Cass., n. 10713 del 1994; Cass., n. 258 del 1997) fanno propri in modo acritico principi enunciati in sentenze risalenti a circa mezzo secolo (Cass., n. 3637 del 1954; Cass., n. 1531 del 1955)». Sentenza 4 luglio 2003, n. 229: «Il remittente lo identifica in alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato e, più in particolare, in quattro pronunce dell'Adunanza plenaria (n. 22 del 1999, nn. 10, 11 e 12 del 2000), omettendo di rilevare che soltanto la prima decisione fa espresso riferimento all'art. 33 in questione, mentre le altre si limitano ad affermare - senza alcuno specifico riferimento normativo - che quello della non retribuitività delle mansioni superiori svolte dal pubblico dipendente è principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa». Sentenza 6 luglio 2004, n. 207: «Tale presupposto interpretativo non trova, tuttavia, conforto nel diritto vivente, essendosi la giurisprudenza di legittimità, dopo talune oscillazioni iniziali, ormai consolidata». Sentenza 23 dicembre 2005, n. 460; sentenza 29 dicembre 2005, n. 480; sentenza 6 luglio 2006, n. 266. La sentenza 26 giugno 2007, n. 234, sottolinea: «I giudici *a quibus* argomentano, a sostegno della mancanza di dubbi interpretativi, che, in ragione di un indirizzo ermeneutico univoco e costante, i principi affermati dalla Corte di cassazione, in primo luogo con la sentenza n. 3224 del 2005, seguita da analoghe pronunce, costituirebbero diritto vivente sull'applicazione dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999, con la conseguenza che la norma ora censurata rivelerebbe il solo intento di incidere sui giudizi in corso, in tal modo violando, da un lato, i canoni costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, e risultando, dall'altro, invasiva della sfera riservata al potere giudiziario, con lesione, pertanto, degli artt. 24, 101, 102, 103, 104 e 113 Cost. Tuttavia, diversamente da quanto emerge dalle ordinanze di rimessione, il contenuto fondamentale delle citate pronunce della Corte di cassazione si sostanzia, in definitiva, nell'affermazione che l'accordo del 20 luglio 2000 - recepito nel successivo decreto del 5 aprile 2001 - non può derogare a quanto stabilito dalla legge n. 124 del 1999, in quanto atto privo di efficacia normativa. Conseguenza che la tesi prospettata dai rimettenti si presenta viziata da una inesatta ricognizione del diritto vivente, sicché essa risulta basata su un erroneo presupposto interpretativo (ordinanza n.

È pacifico che a questo scopo è anzitutto insufficiente l'apodittica affermazione della sua ritenuta sussistenza da parte del giudice *a quo*<sup>33</sup>, procedendo la Corte costituzionale alla diretta verifica dell'esistenza di un orientamento dell'organo di vertice di una giurisdizione speciale idoneo ad esprimere un diritto vivente<sup>34</sup>. In armonia con i principi sopra richiamati in ordine alla rilevanza dell'interpretazione di giudici di merito e dottrina, il giudice delle leggi ha poi più volte affermato che la stabilità dell'orientamento connotato da questo carattere neppure può essere esclusa valorizzando la contraria opinione dottrinale e dei giudici di merito sia ordinari<sup>35</sup>, sia speciali<sup>36</sup>.

Fermo detto principio, nella giurisprudenza costituzionale sono rinvenibili, in misura senz'altro rilevante, affermazioni prive di una precisa identificazione sia delle pronunce identificabili come espressive di un determinato orientamento avente i caratteri del diritto vivente, sia del numero delle stesse necessario a questo scopo<sup>37</sup>, sia di quelle sintomatiche dell'esistenza di un contrasto in grado di farlo escludere<sup>38</sup>.

L'affermazione dell'esistenza di un diritto vivente non di rado è affidata alla constatazione (non altrimenti specificamente argomentata) che «la giurisprudenza della Corte di cassazione è costantemente orientata» nell'offrire una data interpretazione della norma censurata<sup>39</sup> – talora, peraltro, senza neppure operare precisi riferimenti alle pronunce della

---

332 del 2005)». Sentenza 16 maggio 2008, n. 147, sentenza 1 luglio 2009, n. 197, sentenza 26 novembre 2009, n. 311, sentenza 26 aprile 2012, n. 109. L'ordinanza 26 febbraio 1998, n. 32, espone: «la interpretazione della norma denunciata che sorregge la censura di costituzionalità, pur se confortata da una sentenza della Corte di cassazione, è contrastata da altre decisioni della stessa Corte» e smentita dalle S.U. L'ordinanza 3 novembre 2000, n. 466, pone in luce l'esistenza di «indirizzi giurisprudenziali non stabilizzati» e pressoché negli stessi termini cfr. ordinanza 6 luglio 2001, n. 233; ordinanza 3 gennaio 2003, n. 19.

<sup>33</sup> Ordinanza 7 novembre 2001, n. 361: «che siffatto diritto vivente - la cui esistenza è apoditticamente - affermata non trova tuttavia riscontro alcuno nella giurisprudenza di legittimità».

<sup>34</sup> Sentenza 30 gennaio 2009, n. 20.

<sup>35</sup> Sentenza 7 giugno 1984, n. 167: «la Corte deve prendere le mosse dagli orientamenti della Corte di Cassazione in materia pur non nascondendosi che alcuni autori e non pochi giudici di merito - pur senza sospingere il dibattito sullo scrutinio di costituzionalità - si sono impegnati a riconoscere a terzi, i quali lamentino di essere pregiudicati da ordinanze di convalida di sfratto, la legittimazione all'opposizione ordinaria e/o revocatoria».

<sup>36</sup> Sentenza 28 giugno 1985, n. 190: «Scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma, se il tentativo non ha riscosso l'assenso del giudice della nomofilachia quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte».

<sup>37</sup> Sentenza 3 aprile 1982, n. 69; sentenza 25 luglio 1984, n. 222; sentenza 22 luglio 1985, n. 213; sentenza 15 novembre 1985, n. 284; sentenza 14 luglio 1986, n. 184; sentenza 31 marzo 1988, n. 377; sentenza 26 luglio 1988, n. 887; sentenza 29 marzo 1989, n. 164; sentenza 19 maggio 1994, n. 189; sentenza 27 febbraio 1996, n. 55; sentenza 30 dicembre 1997, n. 452; sentenza 20 maggio 1999, n. 179; sentenza 28 maggio 1999, n. 202; sentenza 17 luglio 2000, n. 292; sentenza 8 giugno 2001, n. 180; sentenza 30 gennaio 2009, n. 20; ordinanza 3 dicembre 1987, n. 458; ordinanza 23 dicembre 1987, n. 596; ordinanza 23 dicembre 1987, n. 596; 6 giugno 1995, n. 230; 19 luglio 1996, n. 266; ordinanza 22 luglio 1996, n. 273.

<sup>38</sup> Sentenza 25 luglio 1995, n. 379.

<sup>39</sup> Sentenza 29 luglio 1982, n. 159; per l'utilizzo dell'avverbio «costante» allo scopo di affermare la sussistenza di un diritto vivente v. anche sentenza 18 luglio 1983, n. 215, sentenza 8 marzo 1985, n. 56; per il generico riferimento alla «costanza» dell'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione, sentenza 8 giugno

giurisprudenza di legittimità<sup>40</sup> – , attribuendo espresso e significativo rilievo alla circostanza che la questione era stata sollevata dal giudice della nomofilachia, il quale aveva altresì attribuito tale carattere all'interpretazione fatta propria<sup>41</sup>.

Molteplici sono le aggettivazioni utilizzate per ritenere identificabile il carattere di stabilità di una dato indirizzo. In alcuni casi ciò è avvenuto, sottolineando che la Corte di cassazione si era dimostrata «ferma» nell'affermare una data interpretazione<sup>42</sup>; in altri casi è stato puntualizzato che quella determinata esegesi risultava «pacifica»<sup>43</sup>, ovvero «consolidata»<sup>44</sup>, oppure era stata accolta in modo «concorde»<sup>45</sup>, ovvero emergeva «dall'univoco indirizzo interpretativo adottato in merito dalla Corte di cassazione»<sup>46</sup>.

---

1994, n. 225; sentenza 27 maggio 1996, n. 171; per il richiamo di un «costante indirizzo», sentenza 10 maggio 2005, n. 192. L'ordinanza 16 marzo 1989, n. 133, si caratterizza in quanto la genericità del richiamo è temperata dal riferimento ad una precedente pronuncia della Corte costituzionale che aveva già esaminato la questione dell'esistenza di un diritto vivente e, analogamente, cfr. ordinanza 5 febbraio 1999, n. 24, ordinanza 11 giugno 1999, n. 239 e ordinanza 27 gennaio 2006, n. 28; ordinanza 4 luglio 1997, n. 229.

<sup>40</sup> Ordinanza 27 gennaio 1995, n. 32, rimarcando che la soluzione auspicata dall'interpretazione in questione era «effettivamente ammessa per consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'art. 111 n. 1 L.F. che costituisce diritto vivente»; le ordinanze 5 febbraio 1999, n. 25, 23 giugno 1999, n. 264, e 14 luglio 1999, n. 299, 16 luglio 1999, n. 314, 21 aprile 2000, n. 117, 21 luglio 2000, n. 329, richiamano, genericamente, il «diritto vivente».

<sup>41</sup> Sentenza 18 luglio 1983, n. 215, precisando che una data interpretazione «è riconosciuta, dopo le incertezze del passato, dall'ormai costante giurisprudenza della Corte di cassazione, richiamata nelle premesse dell'ordinanza di rimessione della Corte stessa». In senso sostanzialmente analogo, sentenza 28 novembre 1997, n. 362; sentenza 24 luglio 1998, n. 322.

<sup>42</sup> Sentenza 26 ottobre 1982, n. 171; analogamente, sentenza 3 dicembre 1984, n. 257: «La seconda questione, con la quale si lamenta la lesione dell'art. 35 comma primo Cost. perpetrata da chi dalle norme impugnate inferisce l'infondatezza delle pretese economiche dei dipendenti che esplicano di fatto mansioni corrispondenti al grado superiore a quello di diritto occupato, pretermette il "diritto vivente" identificato nella ferma giurisprudenza della Corte di cassazione - da ultimo espresso nella sent. 19 giugno 1984 n. 3641».

<sup>43</sup> «Da un lato, ad esimere la Corte da ogni altro sindacato circa l'attuale vigenza della norma impugnata, vale il rilievo che nel diritto vivente si considera pacifica la vigenza stessa. Sia la Corte dei conti sia la Corte di cassazione procedono tuttora in maniera costante (come dimostrano le stesse ordinanze in esame) dalla premessa che l'art. 11 dell'allegato T dell'art. 39 della legge n. 486 del 1895 continui ad essere operante», così la sentenza 19 gennaio 1984, n. 1. Analogamente, la sentenza 22 luglio 1985, n. 213: «è infatti pacifico che nella giurisprudenza della Cassazione si è consolidato da tempo l'orientamento per cui le indennità in esame non fanno parte del patrimonio del lavoratore e sono pertanto sottratte al suo potere di disposizione».

<sup>44</sup> Sentenza 20 giugno 1984, n. 178; per il riferimento ad «orientamenti stabilmente consolidati», sentenza 21 novembre 1997, n. 350, ovvero alla giurisprudenza di legittimità «consolidatasi», sentenza 21 luglio 2000, n. 319. La sentenza 8 giugno 2001, n. 180, precisa: «Sulla base di questa interpretazione, la giurisprudenza di legittimità si è consolidata - divenendo "diritto vivente"-»; la sentenza 6 luglio 2004, n. 207, osserva: «Tale presupposto interpretativo non trova, tuttavia, conforto nel diritto vivente, essendosi la giurisprudenza di legittimità, dopo talune oscillazioni iniziali, ormai consolidata, in sede di regolamento di competenza avverso i provvedimenti con i quali è disposta dal giudice la sospensione del processo (art. 42 cod. proc. civ.), nel senso che non sussiste una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice fuori dei casi tassativi di sospensione necessaria. L'ordinanza 23 dicembre 1987, n. 596, argomenta di «giurisprudenza ormai consolidata della Corte di cassazione», mentre l'ordinanza 26 gennaio 1988, n. 88, richiama il «consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione»; v. anche l'ordinanza 13 luglio 2007, n. 281.

In alcune pronunce la Corte costituzionale ha esplicitato che un orientamento, per potere essere riconosciuto come espressivo di un diritto vivente, deve essere connotato dai «caratteri di costanza e ripetizione necessari per integrare [appunto] un "diritto vivente" valutabile ai fini del giudizio di costituzionalità»<sup>47</sup>, rimarcando che la giurisprudenza di legittimità si era evoluta secondo «una tendenza ormai uniforme da molti anni e tale comunque da costituire allo stato diritto vivente»<sup>48</sup>, così da dare vita ad «una interpretazione assolutamente dominante e consolidata nella giurisprudenza della Corte di cassazione»<sup>49</sup>.

Indicativa della stabilità è stata, altresì giudicata la circostanza che la contraria interpretazione «è sempre stata disattesa»<sup>50</sup> e la constatazione che, comunque, si era al

---

<sup>45</sup> Sentenza 15 novembre 1985, n. 284: «Al di fuori di tali ipotesi, non suscettibili peraltro di interpretazione estensiva, non sono applicabili - secondo la giurisprudenza concorde della Corte di Cassazione che costituisce sul punto diritto vivente - gli impugnati artt. 4 e 5 della legge n. 751 del 1976».

<sup>46</sup> Ordinanza 20 luglio 1994, n. 326.

<sup>47</sup> Sentenza 2 luglio 2008, n. 242: osservando che la questione sollevata dal rimettente è «inammissibile, in quanto tesa a censurare una interpretazione giurisprudenziale, priva di quei caratteri di costanza e ripetizione necessari per integrare un "diritto vivente" valutabile ai fini del giudizio di costituzionalità (vedi, *ex plurimis*, sentenze nn. 146 e 64 del 2008, n. 321 del 2007 e n. 376 del 2004)».

<sup>48</sup> Sentenza 25 luglio 1984, n. 225: «La giurisprudenza ordinaria ha subito, infatti, un'evoluzione allontanandosi dalla interpretazione restrittiva esposta nell'ordinanza di rimessione ed orientandosi invece, con una tendenza ormai uniforme da molti anni e tale comunque da costituire allo stato diritto vivente, nel senso che il termine per impugnare il mandato di cattura decorre - ai sensi dell'impugnato art. 10 d.P.R. n. 932 del 1955 - non dal verbale di vane ricerche, ma dalla consegna o dalla notificazione del mandato di cattura o comunque dal momento in cui l'imputato latitante ne abbia avuto piena conoscenza. La *ratio* della norma citata si informa, secondo la Corte di Cassazione, al principio generale che il termine per impugnare un provvedimento non può che decorrere dal giorno in cui esso viene formalmente conosciuto dalla parte, cui la legge riconosce il diritto di impugnarlo».

<sup>49</sup> Sentenza 8 febbraio 2006, n. 41: «Va premesso che, nonostante la lettera degli artt. 38 e 102 cod. proc. civ. non imponga l'interpretazione della cui legittimità costituzionale dubita, il Tribunale rimettente correttamente qualifica tale interpretazione come assolutamente dominante e consolidata nella giurisprudenza della Corte di cassazione: la quale, anche recentemente, ha ribadito che «l'eccezione sollevata da uno soltanto dei convenuti [...] resta priva di effetti nei confronti di tutti ed anche dello stesso convenuto che l'ha sollevata, in ragione della incontestabilità della competenza "*ratione loci*" del giudice adito nei confronti del convenuto che non ha proposto, ancorché lo stesso sia rimasto contumace, l'eccezione, attesa la natura dispositiva della predetta eccezione ed in conseguenza del carattere inscindibile della causa» (Cass. 4 ottobre 2004, n. 19802); traendone la conseguenza per cui la contumacia di un convenuto rende inefficace l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile sollevata dai convenuti costituiti. È, quindi, sulla norma quale vive nell'ordinamento che questa Corte deve esercitare il richiedole sindacato di legittimità costituzionale».

<sup>50</sup> Sentenza 29 dicembre 1982, n. 242: «La questione non è fondata perché l'ordinanza di rimessione adotta quale presupposto un'interpretazione della normativa riguardante il porto illegale di armi che è sempre stata disattesa dalla Corte di cassazione. Da anni, anzi da sempre, la sua giurisprudenza è costante nel ritenere che l'ipotesi delittuosa di cui agli artt. 14 e 12 legge 14 ottobre 1974, n. 497, in relazione all'art. 4 legge 2 ottobre 1967, n. 895, trova applicazione anche nei casi di porto abusivo di un'arma comune da sparo a bordo di un'autovettura, solo che l'arma sia in condizioni di funzionalità e disponibilità, con conseguente esclusione dell'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 699 c.p. Il diritto vivente è, quindi, agli antipodi dell'interpretazione prospettata dal giudice *a quo*».

cospetto di una «giurisprudenza pressoché unanime della Corte di cassazione, da considerare perciò alla stregua di diritto vivente»<sup>51</sup>.

Analogamente, con approccio per così dire rovesciato, talora il diritto vivente è stato escluso per la considerazione, genericamente espressa, in ordine alla circostanza che l'interpretazione giurisprudenziale fatta propria dal giudice *a quo* non poteva «considerarsi tanto diffusa» da essere giudicata tale<sup>52</sup>, ovvero quando era stata riscontrata l'esistenza di un contrasto tra le sezioni semplici non ancora composto dalle Sezioni unite<sup>53</sup>, oppure perché lo stesso rimettente aveva prospettato l'esistenza di una molteplicità di indirizzi<sup>54</sup>, ovvero non aveva considerato l'esistenza di «interpretazioni discordanti»<sup>55</sup>.

Numerose sono, peraltro, anche le pronunce nelle quali il Giudice delle leggi si è dato invece carico di indicare ed esaminare *funditus* le sentenze della Corte di cassazione assunte come espressive del diritto vivente<sup>56</sup>, specie nel caso in cui esse avevano rimeditato un progresso, contrario orientamento<sup>57</sup>, ovvero per attribuire rilievo alle sentenze espressive

---

<sup>51</sup> Sentenza 7 giugno 1996, n. 187, anche se l'avverbio «pressoché» sembra connotare la considerazione di una qualche incertezza.

<sup>52</sup> Sentenza 28 marzo 1985, n. 86: «Nè la contraria interpretazione giurisprudenziale, fatta propria dal giudice a quo, può considerarsi tanto diffusa da costituire diritto vivente; all'opposto, tale interpretazione è stata giustamente disattesa, perché troppo lontana dal testo legislativo in esame, da parte di altri giudici e della dottrina tributaristica, per non dire dello stesso Ministero delle finanze».

<sup>53</sup> Ordinanza 6 febbraio 2007, n. 32: «che, a fronte di questa diversa opzione ermeneutica, altra sezione della stessa Corte di cassazione ha quindi rimesso la questione alle Sezioni Unite, a norma dell'art. 618 cod. proc. pen., onde dirimere il contrasto interpretativo insorto sul punto; che, pertanto, deve registrarsi l'assenza, allo stato, di un "diritto vivente", conforme alla premessa interpretativa posta a base dei dubbi di legittimità costituzionale: risultando al riguardo formulata anche una diversa soluzione, che varrebbe a soddisfare il *petitum*». In tal senso, da ultimo, è chiara la sentenza 4 giugno 2014, n. 156: «È innegabile altresì – ed anche su tal punto concorda la Corte di legittimità – che esistesse, nella specie, in ordine all'applicazione della norma interpretata, «una situazione di oggettiva incertezza, tradottasi in un conclamato contrasto di giurisprudenza destinato, per altro, a riproporsi in un gran numero di giudizi» (sentenza n. 7099 del 2014), stante l'assenza di un intervento risolutore delle sezioni unite, che potesse consolidare una delle due opzioni interpretative in termini di diritto vivente».

<sup>54</sup> Ordinanza 6 luglio 2001, n. 234: «in ogni caso, il giudice *a quo* muove dal presupposto che il principio di corrispondenza tra unicità dell'incarico e unicità del compenso sia rigidamente affermato come diritto vivente, pur non disconoscendo egli stesso l'esistenza di altro orientamento, che ritiene possibile una pluralità di compensi in riferimento ad un accertamento avente ad oggetto una pluralità di beni con caratteristiche di autonomia, sì da non assolvere, conclusivamente, all'obbligo di scegliere, tra una pluralità di opzioni ermeneutiche possibili, la soluzione ritenuta conforme a Costituzione».

<sup>55</sup> Ordinanza 12 luglio 2001, n. 249: «che, in particolare, il giudice non tiene conto della giurisprudenza, che dell'art. 11 ha fornito interpretazioni discordanti (onde non può parlarsi di "diritto vivente"), proprio sul tema delle detrazioni da apportare alle somme di cui si chiede il rimborso per il titolo e per il periodo cui si riferisce la domanda».

<sup>56</sup> In particolare, sentenza 14 marzo 2008, n. 64; sentenza 14 novembre 2008, n. 373; sentenza 27 febbraio 2009, n. 56; sentenza 10 giugno 2011, n. 181; sentenza 29 maggio 2013, n. 107; sentenza 11 giugno 2014, n. 172; ordinanza 26 gennaio 1988, n. 88; ordinanza 31 marzo 1988, n. 382; ordinanza 18 gennaio 1989, n. 11; 20 luglio 1994, n. 326; ordinanza 23 novembre 2011, n. 318.

<sup>57</sup> Sentenza 6 luglio 2006, n. 266: «Tale approccio interpretativo - già all'epoca contrastato (Cass. n. 20 e n. 5419 del 1984) - è stato successivamente abbandonato, ed è ormai "diritto vivente" quello per il quale l'indagine sul verificarsi dell'adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto

dell'esistenza di un contrasto sufficiente a far negare l'esistenza di un diritto vivente<sup>58</sup>, oppure per ritenere inesistente quello assunto come tale dal rimettente<sup>59</sup>.

---

procreativo, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, può essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima, e al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda (v., tra le altre, Cass. n. 2113 del 1992, n. 8087 del 1998, n. 14887 del 2002); con l'ulteriore conseguenza che, in difetto di prova dell'adulterio, anche in presenza della dimostrazione che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento della paternità deve essere respinta. In presenza di tale "diritto vivente", questa Corte non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative (v. sentenza n. 299 del 2005), ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali. L'ordinanza 2 febbraio 1988, n. 128, osserva: «che, come lamenta il giudice *a quo*, successivamente alla citata pronuncia non vi è stato un immediato adeguamento da parte della Corte di Cassazione, la quale, in più occasioni, ha ritenuto legittimi "inviti a comparire" privi dell'indicazione degli "elementi" di cui sopra; che, tuttavia, a far corso dal 1985, la Corte di Cassazione ha mutato giurisprudenza, conformandosi pienamente alla Sent. n. 69 del 1975 di questa Corte; che, pertanto, il "diritto vivente" oggi venutosi a realizzare è nel senso della citata giurisprudenza costituzionale». Particolarmente approfondita nella ricognizione dello stato della giurisprudenza di legittimità risulta l'ordinanza 26 gennaio 1990, n. 33: «che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, malgrado qualche decisione contraria (ad es. Sez. III, 23 settembre 1987, Lofonso) successivamente, sia a sezioni unite (Sez. Un., 10 ottobre 1987, Bruni) sia a sezioni semplici in numerosissime decisioni (ad es., Sez. III, 18 dicembre 1987, Izzo; Sez. III, 8 aprile 1988, Gregori; Sez. III, 13 aprile 1988, Palomba; Sez. III, 22 aprile 1988, Medda; Sez. III, 22 aprile 1988, Palmas; Sez. III, 9 maggio 1988, Florio; Sez. III, 24 maggio 1988, Melis; Sez. III, 27 maggio 1988, Angelini; Sez. III, 27 giugno 1988, Serafino; Sez. II, 8 settembre 1988, Zerbini; Sez. III, 28 settembre 1988, Coppola) nonché nella stessa sentenza di rinvio al giudice *a quo* (Sez. III, 8 aprile 1988, Bonassin) ha ritenuto che l'ordine di demolizione di cui al citato art. 7 della legge n. 47 del 1985 è emesso in via sostitutiva della mancata esecuzione della demolizione da parte dell'autorità amministrativa ed a chiusura di tutto un sistema sanzionatorio amministrativo ed ha quindi natura di provvedimento amministrativo; che, di conseguenza, alla stregua del diritto vivente, non sussiste il denunciato contrasto con l'art. 104 Cost.».

<sup>58</sup> Sentenza 23 luglio 1987, n. 278, § 4 del Considerato in diritto; sentenza 27 luglio 1994, n. 361, che nel § 2 del Considerato in diritto procede ad un'analitica ricognizione delle pronunce della Corte di cassazione ritenute espressive del contrasto escludente l'esistenza di un diritto vivente; sentenza 24 luglio 1995, n. 360, § 4 del Considerato in diritto. La sentenza 25 giugno 1996, n. 214, precisa: «Preliminarmente, rileva la Corte che l'esegesi del Tribunale rimettente in ordine al contenuto delle disposizioni assunte a *tertium comparationis* appare non in linea con alcune recenti sentenze della Corte di cassazione che sembrerebbero piuttosto orientate nel senso di escludere che l'intervento del pubblico ministero, quale ivi prescritto, sia riferibile anche alle statuizioni puramente economiche (sia pur) relative ai figli (cfr. Cass. 4273/1991, 7774 e 9157/1993). Peraltro - poiché, per la non univocità di dette pronunzie, un "diritto vivente" sul punto non può dirsi ancora formato, né in un senso né nell'altro - la Corte non ravvisa motivi per discostarsi, in punto di rilevanza dalla interpretazione, non implausibile, del Tribunale *a quo*. La cui impugnativa supera quindi il controllo di ammissibilità».

<sup>59</sup> Sentenza 11 luglio 2003, n. 233 («Occorre da ultimo considerare che l'indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all'ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità»); ordinanza 7 maggio 2002, n. 158 («che, innanzitutto, il richiamo operato nell'ordinanza alla interpretazione della Cassazione con sentenza 24 luglio 1998 - *rectius*: 1997 - n. 6912, considerata come una sorta di diritto vivente, che andava in contrario avviso rispetto ad una precedente pronuncia della stessa Corte di cassazione del 3 marzo 1998, n. 2336 (in realtà successiva), risulta superato dall'ormai costante indirizzo interpretativo, anche della stessa Corte di cassazione, nel senso della bipartizione del trattamento differenziato dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili da una parte, e per i suoli agricoli o comunque non edificabili dall'altra, e conseguentemente anche per l'indennizzo in caso di occupazioni senza titolo»).



In riferimento al profilo quantitativo, non sembra rinvenibile una sicura indicazione in ordine agli elementi necessari perché ad un dato indirizzo possa riconoscersi, sotto questo profilo, i caratteri propri del sintagma in esame.

Il diritto vivente è stato ritenuto sussistente qualora siano «numerose e distribuite nell'arco di un lungo periodo le pronunce della Corte di cassazione» che hanno accolto una data interpretazione<sup>60</sup>, ovvero sussistano «una serie di decisioni» della stessa<sup>61</sup>, valorizzando peculiarmente «il numero elevato, la sostanziale identità di contenuto [delle medesime] e la funzione nomofilattica dell'organo decidente»<sup>62</sup>.

Il diritto vivente, della cui esistenza e dimostrazione è onerato il giudice rimettente<sup>63</sup>, è stato negato nel caso di esistenza di due sole pronunce della Corte di cassazione, peraltro contrastanti tra loro<sup>64</sup>, oppure di «una isolata decisione della Corte di cassazione»<sup>65</sup>, ovvero di

---

<sup>60</sup> Sentenza 17 marzo 1998, n. 64; sentenza 14 novembre 2008, n. 373 («La Corte di cassazione civile, con numerose pronunce non prese in considerazione dal rimettente e che, per uniformità e costanza, assurgono a diritto vivente»); sentenza 24 giugno 2010, n. 227 («numerose decisioni della stessa Corte di cassazione configurano un "diritto vivente"»); sentenza 15 luglio 2010, n. 255 («Del resto, la natura di tributo statale dell'indicato prelievo è stata riconosciuta anche dalla Corte di cassazione, in numerose pronunce, così da costituire "diritto vivente"»); per il riferimento a «numerossime decisioni», ordinanza 26 gennaio 1990, n. 33; per la valorizzazione dell'esistenza di «numerose pronunce», peraltro confermate dalle S.U., ordinanza 28 aprile 2006, n. 177.

<sup>61</sup> Sentenza 29 maggio 2013, n. 107: «Neppure tale eccezione è fondata, perché la giurisprudenza di legittimità, come dimostrano una serie di decisioni della Corte di cassazione, sezione lavoro, tutte dello stesso segno (dalle sentenze 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577 alla sentenza 11 febbraio 2013, n. 3176), si è ormai fermamente attestata sulle posizioni censurate dal giudice a quo, così da assumere i caratteri di un vero e proprio diritto vivente».

<sup>62</sup> Sentenza 14 marzo 2008, n. 64, la sentenza espone: «Con riguardo al sopra menzionato secondo passaggio argomentativo, concernente la natura non tributaria del COSAP, questa Corte deve preliminarmente prendere atto che la disposizione censurata è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di cassazione», che «ha costantemente dichiarato che le controversie attinenti al COSAP non hanno natura tributaria (*ex multis*, Cassazione, sezioni unite civili, nn. 25551, 13902, 1611 del 2007; n. 14864 del 2006; n. 1239 del 2005; n. 5462 del 2004; n. 12167 del 2003)», concludendo nel senso che «tali decisioni circa la natura non tributaria del COSAP, che - per il numero elevato, la sostanziale identità di contenuto e la funzione nomofilattica dell'organo decidente - costituiscono diritto vivente, prospettano una ricostruzione plausibile dell'istituto, non in contrasto con i sopra ricordati criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per individuare le entrate tributarie».

<sup>63</sup> Ordinanza 19 luglio 2012, n. 194: «nemmeno, il giudice *a quo* dà minimamente conto di un dubbio residuo che si mostrasse irriducibile ad ogni tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme, né riferisce dell'esistenza di un diritto vivente che lo avrebbe costretto necessariamente verso l'interpretazione che egli sospetta affetta da incostituzionalità». Ordinanza 7 novembre 2001, n. 361: «che siffatto diritto vivente - la cui esistenza è apoditticamente - affermata non trova tuttavia riscontro alcuno nella giurisprudenza di legittimità».

<sup>64</sup> Sentenza 22 febbraio 1984, n. 40: «Per esse infatti non è possibile individuare un "diritto vivente", poiché manca, oltre a qualsiasi apprezzabile apporto dottrinale, anche una giurisprudenza di merito, mentre la Corte di Cassazione, nei soli due casi in cui ha preso in esame il problema, si è orientata in senso contrastante». Nel senso dell'insufficienza di due sole sentenze della Corte di cassazione a far ritenere esistente un diritto vivente, sentenza 3 marzo 1997, n. 58: «Né la conclusione qui raggiunta trova ostacolo in un contrario diritto "vivente". Ancorché, come si è accennato, risultino, nel vigore del nuovo codice, due sentenze della sesta sezione penale della Corte di cassazione che - in linea con quanto sostenuto anche nell'ordinanza introduttiva del presente giudizio - traggono dall'art. 8 della convenzione l'esistenza di un potere discrezionale del Ministro di concedere l'extradizione in pendenza di procedimento penale per lo stesso fatto (Cass. 29 aprile 1992, Stokman; 27

«una risalente sentenza della Corte di cassazione che tratta della questione solo incidentalmente»<sup>66</sup>, oppure di «un'unica pronuncia», in quanto questa, da sola, non «preclude [al rimettente] ove possibile – ed anzi gli impone in ogni caso come prioritaria – una "interpretazione adeguatrice"»<sup>67</sup>, benché siano rinvenibili decisioni della Corte ispirate ad un minore rigore<sup>68</sup>.

L'esistenza di un diritto vivente è stata negata nel caso in cui era stata prospettata un'interpretazione solo «piuttosto diffusa sia nell'ambito della giurisprudenza sia nell'ambito della dottrina»<sup>69</sup>, oppure era stata accertata l'emanazione di «poche pronunce del giudice di

---

settembre 1995, Celik Oral), non si può dire, anche per il numero ancora esiguo di pronunce, che tale interpretazione sia incontrastatamente consolidata».

<sup>65</sup> Sentenza 6 dicembre 2004, n. 376: «Non può non condividersi, in proposito, quanto osserva la Regione resistente, e cioè non solo che una isolata decisione della Corte di cassazione non costituisce certamente "diritto vivente"». Con riguardo al caso in cui la pronuncia invocata come diritto vivente risulti addirittura contrastata da successive decisioni, sentenza 16 maggio 2008, n. 147 (in particolare, la pronuncia afferma che il riferimento ad una sentenza della Corte di cassazione, operato trascurando una contraria pronuncia delle Sezioni Unite ed altre a questa conformi, non vale a porre in luce l'esistenza di un diritto vivente); sentenza 22 novembre 2012, n. 258 («Va precisato che non risulta essersi formato un diritto vivente al riguardo, perché nella giurisprudenza di legittimità si rinviene una sola pronuncia sullo specifico tema»); sentenza 19 luglio 2013, n. 223; ordinanza 15 aprile 2011, n. 139 [«d'altro canto, a tale scopo, non può certo bastare la semplice e neutra citazione di una (a quanto consta, allo stato isolata) pronuncia della Corte di cassazione, non potendosi certo quella decisione evocare come diritto vivente»].

<sup>66</sup> Ordinanza 16 maggio 2002, n. 199: «che la suddetta affermazione è in realtà contenuta in una risalente sentenza della Corte di cassazione che tratta della questione solo incidentalmente (Corte di Cassazione - sezione II - 5 luglio 1962, n. 1724); che, pertanto, l'orientamento giurisprudenziale non può dirsi tanto consolidato da assurgere a diritto vivente».

<sup>67</sup> Ordinanza 28 novembre 1994, n. 410; ordinanza 24 maggio 2000, n. 158, sottolineando che «la sollevata questione - come altre volte sottolineato da questa Corte in casi analoghi - va dichiarata manifestamente inammissibile, perché la prospettazione del rimettente non è volta a rimuovere un dubbio di legittimità costituzionale (che egli ha mostrato, in concreto, di non nutrire affatto e di poter risolvere in via interpretativa), ma appare, in realtà, diretta - al fine di proteggere l'emananda pronuncia dall'alea di una impugnazione e di una eventuale riforma od annullamento - a contestare un'unica pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. 8 agosto 1985, n. 4403) nonché la decisione emessa nel giudizio *a quo* dal Tribunale in accoglimento del reclamo proposto dal concedente avverso l'interdetto di reintegrazione». Per l'insufficienza di una sola pronuncia della Corte di cassazione, v. anche ordinanza 3° gennaio 2003, n. 19, peraltro, rimarcando anche che detta pronuncia neppure «appare pertinente».

<sup>68</sup> La sentenza 5 aprile 1991, n. 142, osserva, infatti, che «la premessa interpretativa da cui parte il giudice *a quo* trova puntuale riscontro nell'orientamento della giurisprudenza della Cassazione, ancorché espressa dall'unica pronuncia sul tema».

<sup>69</sup> Sentenza 8 marzo 1985, n. 57: «Ma, pur essendosi in presenza di una ricostruzione piuttosto diffusa sia nell'ambito della giurisprudenza sia nell'ambito della dottrina [...] più di una circostanza permette di dubitare che, almeno per il momento, si sia di fronte ad un sicuro "diritto vivente". La prima circostanza si ricollega alla stessa alternativa prospettata nelle ordinanze di rimessione, che toglie loro perentorietà di scelta. La seconda trae spunto dalla constatazione che, stando ai precedenti finora conosciuti, la Corte di cassazione si è pronunciata per l'appellabilità al tribunale per i minorenni delle ordinanze emesse dal medesimo tribunale ai sensi dell'art. 280, ultimo comma, cod. proc. pen. soltanto attraverso obiter dicta, enunciati in occasione di conflitti o di ricorsi nella materia, senza dubbio ben diversa (v. sentenza n. 56 del 1985 di questa Corte), delle richieste di riesame contro provvedimenti del pubblico ministero minorile. Non va, infine, dimenticata la non unanimità delle voci riscontrabili in dottrina».

legittimità, delle quali quelle più recenti [...] fanno propri in modo acritico principi enunciati in sentenze risalenti a circa mezzo secolo»<sup>70</sup>.

Analogo giudizio è stato formulato nel caso di esistenza di «due pronunce di sezioni singole della Corte di cassazione, ampiamente divaricate sul piano temporale [...]» ed «i cui postulati si pongono in aperta frizione con il corrente convincimento espresso in più occasioni anche» dalla stessa<sup>71</sup>. Nondimeno, non sono mancati casi nei quali è stata affermata l'esistenza di un diritto vivente anche al cospetto di una sola sentenza di una sezione semplice della Corte di cassazione, valorizzando però che essa aveva ricevuto il conforto della dottrina e della giurisprudenza di merito<sup>72</sup>.

In presenza di un orientamento costante, l'esistenza di una divergente esegesi fornita da una sola pronuncia talora non è stata ritenuta sufficiente a fare escludere il diritto vivente<sup>73</sup>, specie nel caso di sopravvenuto intervento delle Sezioni Unite<sup>74</sup>, talaltra tale divergenza è stata invece espressamente valorizzata<sup>75</sup>.

Non sembrano, invece, emergere incertezze nel ritenere l'esistenza di un diritto vivente in presenza di pronunce delle Sezioni unite<sup>76</sup>. A questo scopo è stato giudicato sufficiente

---

<sup>70</sup> Sentenza 12 luglio 2002, n. 336.

<sup>71</sup> Ordinanza 15 aprile 2014, n. 96.

<sup>72</sup> Sentenza 2 novembre 1996, n. 369: «Nel merito, la verifica di legittimità della disposizione denunciata va condotta alla stregua della interpretazione presupposta dalle autorità rimettenti: nella quale effettivamente può ravvisarsi - come riconosciuto anche dalla Avvocatura dello Stato - il "diritto vivente", trattandosi di esegesi univocamente accolta dai giudici di merito, condivisa anche dalla dottrina pressoché unanime e confortata infine dalla prima (e finora unica) decisione, in tema, della Cassazione (sentenza 18 luglio 1996, n. 980)».

<sup>73</sup> Sentenza 23 marzo 1983, n. 72 (in riferimento all'interpretazione offerta dalle Sezioni riunite e dalla sezioni semplici della stessa pure disattesa da una Sezione semplice); sentenza 27 giugno 2008, n. 234.

<sup>74</sup> Ordinanza 26 gennaio 1990, n. 33: osservando che «la giurisprudenza della Corte di Cassazione, malgrado qualche decisione contraria (ad es. Sez. III, 23 settembre 1987, Lofonso) successivamente, sia a sezioni unite (Sez. Un., 10 ottobre 1987, Bruni) sia a sezioni semplici in numerosissime decisioni (ad es., Sez. III, 18 dicembre 1987, Izzo; Sez. III, 8 aprile 1988, Gregori; Sez. III, 13 aprile 1988, Palomba; Sez. III, 22 aprile 1988, Medda; Sez. III, 22 aprile 1988, Palmas; Sez. III, 9 maggio 1988, Florio; Sez. III, 24 maggio 1988, Melis; Sez. III, 27 maggio 1988, Angelini; Sez. III, 27 giugno 1988, Serafino; Sez. II, 8 settembre 1988, Zerbini; Sez. III, 28 settembre 1988, Coppola)».

<sup>75</sup> Sentenza 15 febbraio 1984, n. 25: «Nonostante la netta prevalenza del rigoroso indirizzo interpretativo sopra ricordato, non si può tuttavia parlare di diritto vivente, benché proprio di "norma vivente" parli il Tribunale di Torino. A parte, infatti, una, peraltro esigua, giurisprudenza pretorile che ha ammesso la prova testimoniale - tra cui la pronuncia sub judice dinanzi al Tribunale di Torino e di cui all'ordinanza in epigrafe (r.o. 827/1980) -, vi osta una recente sentenza della stessa Corte di Cassazione (sez. lavoro, 7 marzo 1980, n. 1537)».

<sup>76</sup> Oltre alle pronunce indicate nelle note che seguono, cfr. sentenza 17 dicembre 1985, n. 350 («Tale indirizzo costituisce diritto vivente, particolarmente per l'intervento delle due ordinanze delle Sezioni Unite penali che, con ampia motivazione, hanno preso in esame le varie tesi che giurisprudenza e dottrina avevano adombrate nell'intento di superare le difficoltà di ordine letterale e sistematico»); sentenza 22 luglio 2005, n. 299 («A seguito di tali decisioni e, in particolare, della sentenza da ultimo citata, non vi è dubbio che l'indirizzo delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative.»); sentenza 16 maggio 2008, n. 147 (nel senso che la pronuncia delle SU vale ad inficiare la natura di diritto vivente di un contrario orientamento della Corte di cassazione); sentenza 14 dicembre 2009, n. 317 («Dopo la suddetta sentenza delle Sezioni unite, la Corte di cassazione ha aderito, con tre pronunce - l'ultima delle quali è quella che ha sollevato la presente questione - al nuovo orientamento

anche un solo arresto delle Sezioni unite<sup>77</sup>, sopravvenuto «in presenza di un orientamento non univoco», enfatizzando che con esso «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 [...] il contrasto», costituendo «siffatta interpretazione [...] “diritto vivente”»<sup>78</sup>, fermo il potere-dovere della Corte costituzionale di stabilire la pertinenza del

---

interpretativo (...). Non si rilevano decisioni difformi. Si può concludere quindi che sul punto si è formato un vero e proprio «diritto vivente», che impone a questa Corte di incentrare le sue valutazioni sulla norma impugnata nell'interpretazione dominante, fatta propria dal giudice *a quo*»; ordinanza 26 gennaio 1990, n. 33 («che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, malgrado qualche decisione contraria (...) successivamente, sia a sezioni unite (Sez. Un., 10 ottobre 1987, Bruni) sia a sezioni semplici in numerosissime decisioni»); ordinanza 26 febbraio 1998, n. 32 («che da ultimo le Sezioni unite della Corte di cassazione, risolvendo il conflitto di giurisprudenza sul punto, hanno affermato l'applicabilità ai contratti di locazione di cui al primo comma dell'art. 42 della citata legge n. 392 del 1978 "dell'intera disciplina della durata contenuta nell'art. 28 e, pertanto, anche del diniego motivato di rinnovazione alla prima scadenza contrattuale dettata dagli artt. 28, secondo comma, e 29 della stessa legge"; che, conseguentemente, l'interpretazione della norma denunciata data dal rimettente risulta in contrasto con il diritto vivente»); ordinanza 6 luglio 2004, n. 214 (la quale precisa che le stesse erano state anche recepite dal Consiglio di Stato); ordinanza 28 gennaio 2005, n. 54 («per “diritto vivente”, come espresso in numerose pronunce della Corte di cassazione, confermato dalla recente sentenza delle sezioni unite penali del 14 luglio 2004, n. 36168»); ordinanza 28 aprile 2006, n. 177 («che, come già affermato da questa Corte, «per “diritto vivente”, come espresso in numerose pronunce della Corte di cassazione, confermato dalla recente sentenza delle sezioni unite penali del 14 luglio 2004, n. 36168»).

<sup>77</sup> Sentenza 8 giugno 1992, n. 260: «Ma la interpretazione assunta dal giudice *a quo* contrasta con il diritto vivente formatosi per effetto della soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 23 marzo 1992, n. 3394)». In tal senso sembrerebbe anche la sentenza 27 luglio 2000, n. 379, dato il riferimento del rimettente ad un'unica sentenza delle S.U. quale espressiva del diritto vivente; sentenza 24 marzo 2006, n. 121 (in riferimento ad un caso di contrasto composto poi da una sentenza delle SU); sentenza 26 maggio 2006, n. 207 («Sulla base delle citate disposizioni legislative si è formato un "diritto vivente", che riconosce ai capi degli uffici giudiziari «poteri di informazione, ispezione e indirizzo» (Cass., S.U. civili, 7 agosto 1996, n. 7222)»). La sentenza 14 maggio 2008, n. 130 valorizza che, dopo una pronuncia delle S.U., la «interpretazione della disposizione censurata è stata confermata dalla Suprema Corte anche in decisioni successive a quella richiamata dai rimettenti». In tal senso, almeno implicitamente, cfr. anche sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 («in presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso - specie se consacrato in una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione - la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente «vive» nell'applicazione giudiziale»); ordinanza 30 luglio 1997, n. 297 (benchè nella specie l'arresto delle S.U. avesse confermato il principio già enunciato dalle sezioni semplici). L'ordinanza 28 aprile 2006, n. 177, puntualizza che l'unica sentenza delle S.U. aveva, peraltro, confermato l'orientamento delle sezioni semplici; v. anche ordinanza 27 febbraio 2008, n. 41 [«che dalla riscontrata natura di interpretazione autentica propria della disposizione censurata - natura non riconosciuta dal giudice rimettente, ma ammessa dal diritto vivente (in particolare, dalla sentenza n. 25506 del 2006 delle sezioni unite della Corte di cassazione)»]; ordinanze 16 maggio 2008, n. 154 e n. 155 («che tale tesi - nel frattempo divenuta maggioritaria presso la giurisprudenza di legittimità - ha trovato ulteriore conferma nella pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione (si veda Cassazione, sezioni unite, 29 marzo 2007, n. 27614) la quale ha ribadito come la parte civile, anche dopo l'intervento sull'art. 576 cod. proc. pen. ad opera dell'art. 6 della legge n. 46 del 2006, possa proporre appello, agli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio di primo grado»).

<sup>78</sup> Sentenza 22 dicembre 2011, n. 338; analogamente sentenza 10 maggio 2012, n. 117, peraltro anche valorizzando la successiva conferma del principio da parte delle sezioni semplici: «Siffatta interpretazione costituisce regola di diritto vivente, in quanto enunciata dalle sezioni unite nell'esercizio della propria funzione nomofilattica [...] e, in seguito, costantemente ribadita dalla stessa Corte»; sentenza 11 luglio 2003, n. 233: « il

precedente invocato dal rimettente<sup>79</sup>. Valore ed efficacia di diritto vivente è stata attribuita altresì ad una sentenza con cui le Sezioni Unite avevano «ribaltato la propria precedente giurisprudenza»<sup>80</sup>, benché debba darsi atto di alcuni casi nei quali tanto è stato ritenuto insufficiente<sup>81</sup>.

---

tema ha formato oggetto di una pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione, la quale - dirimendo il pregresso contrasto di giurisprudenza, nel senso dell'adesione all'indirizzo in precedenza maggioritario - ha individuato nella formazione di detto giudicato, se anteriore alla data di adozione della seconda ordinanza cautelare, un elemento preclusivo implicito all'operatività della disciplina in questione [...] Al principio ora ricordato si è conformata la successiva giurisprudenza di legittimità: il che consente di parlare di una lettura, allo stato, consolidata della norma sottoposta a scrutinio». Così pure la sentenza 6 dicembre 2013, n. 291, sia pure valorizzando il rilievo confermativo della pronuncia: «L'indirizzo interpretativo ora ricordato è stato seguito in modo costante dalla giurisprudenza di legittimità successiva e ribadito, più di recente, dalle stesse Sezioni unite (Cass., sez. un., 25 ottobre 2007-6 marzo 2008, n. 10281), così da assumere le connotazioni del "diritto vivente"». L'ordinanza 18 gennaio 1989, n. 11, sottolinea che l'interpretazione in questione era già stata accolta dalla Corte che «che la successiva giurisprudenza della Cassazione, anche a Sezioni Unite (sent. 26 giugno 1987, Stasi)» l'aveva confermata, sicché l'interpretazione che della norma censurata «il diritto vivente offre non dà luogo a dubbi di sorta».

<sup>79</sup> Ordinanza 26 luglio 2005, n. 332: « che la Corte remittente considera "diritto vivente" il principio affermato dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 575 del 2003 e dalla successiva giurisprudenza formatasi in aderenza ad essa; che, contrariamente a quanto ritiene l'ordinanza di rimessione, le sezioni unite hanno enunciato il principio cui essa si riferisce componendo un contrasto che si era verificato in giurisprudenza nella ipotesi di successione di contratti stagionali e quindi non a tempo indeterminato; che il principio enunciato dalle sezioni unite si fonda proprio sulle peculiarità della situazione in cui erano nate le controversie e con specifico riferimento ad esse; che del tutto irrilevante è il fatto che nell'esposizione storica dei precedenti le sezioni unite abbiano incluso anche casi di pluralità di rapporti a tempo indeterminato, perché l'effettivo contenuto di un orientamento giurisprudenziale non va individuato dando rilievo ad ininfluenti circostanze marginali, bensì all'effettiva ragione del decidere identificata alla stregua degli specifici termini della controversia; che nella giurisprudenza successiva alla pronuncia citata delle sezioni unite si rinvergono anche sentenze le quali, in ipotesi di successione di rapporti a tempo indeterminato tra le stesse parti, hanno fatto applicazione del diverso principio, la cui affermazione è auspicata dal giudice a quo; che la tesi di quest'ultimo è quindi viziata da errore nella ricognizione del "diritto vivente" e quindi sul presupposto interpretativo».

<sup>80</sup> Peraltro «conforme a plurime decisioni già adottate della Cassazione penale a sezione semplice», sentenza 14 dicembre 1993, n. 429; sentenza 20 maggio 1998, n. 173 («Il giudice rimettente interpreta i rapporti intercorrenti al riguardo tra la disciplina degli scarichi idrici regolata dalla legge n. 319 del 1976 e la disciplina dello smaltimento dei rifiuti liquidi regolata dal d.P.R. n. 915 del 1982, invocando il "diritto vivente", che si è ormai formato sulla base di una serie di decisioni della Corte di cassazione penale [...]L'adesione del giudice a quo a questo criterio applicativo della normativa vigente, ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità»).

<sup>81</sup> Sentenza 23 aprile 1998, n. 138: «È vero che la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione, della quale è espressione la sentenza delle sezioni unite 17 aprile 1989, n. 5909, ritiene non applicabile l'attenuante della riparazione del danno prevista dall'art. 62, n. 6, del codice penale, nel caso di risarcimento compiuto dall'ente assicuratore. [...] Rileva però correttamente l'Avvocatura dello Stato che, nonostante la richiamata giurisprudenza, non vi sono ostacoli a che il giudice adotti della disposizione censurata una interpretazione adeguatrice, tale cioè da risolvere immediatamente, e senza la necessità di una pronuncia caducatoria di questa Corte, il dubbio di legittimità costituzionale. L'interpretazione fatta propria dal remittente non è, infatti, la sola possibile, né l'orientamento che in essa si esprime può essere considerato in questa sede diritto vivente. Successive sentenze della stessa Corte di cassazione (ad es.: sez. III, 18 dicembre 1991, n. 12760), proprio muovendo dai profili di incostituzionalità connessi alla prevalente interpretazione, affermano l'esigenza di svincolare l'attenuante del risarcimento del danno dalla sua tradizionale collocazione nel novero delle attenuanti soggettive e di ritenerla tale solo quanto agli effetti, ai sensi dell'art. 70 cod. pen., ma non anche ai fini del suo

In relazione all'ipotesi di norme interpretate dalla Corte regolatrice e dai giudici amministrativi e contabili, la giurisprudenza costituzionale, per riscontrare l'esistenza del diritto vivente ha fatto riferimento alla giurisprudenza sia della prima che dei secondi<sup>82</sup>, privilegiando talora l'interpretazione della Corte di cassazione<sup>83</sup>, talaltra valorizzando il contrario orientamento dei giudici speciali per negare<sup>84</sup>, ovvero affermare l'esistenza di un diritto vivente<sup>85</sup>.

---

contenuto, l'analisi del quale dovrebbe invece indurre a qualificarla come essenzialmente oggettiva. E invero, a favore della qualificazione dell'attenuante in senso oggettivo, sotto l'aspetto contenutistico, depongono concordi argomenti testuali, logici e sistematici. In primo luogo, nessun elemento, nella formulazione legislativa, conduce a ritenere che il legislatore abbia assunto come fine dell'attenuante il ravvedimento del reo». La sentenza 3 novembre 2005, n. 408, osserva: «La tesi in questione, infatti, si risolve nell'eccepire l'irrelevanza della questione nei giudizi "a quibus": irrilevanza che deve escludersi non soltanto perché in tali giudizi i rimettenti sono vincolati al principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione - opposto a quello recentemente affermato dalla sentenza del 10 giugno 2005, n. 21957 delle Sezioni unite - ma anche perché non può dirsi che l'orientamento da ultimo espresso dalle predette Sezioni unite costituisca "diritto vivente"; v. anche sentenza 4 dicembre 2009, n. 320.

<sup>82</sup> Sentenza 19 gennaio 1984, n. 1: «Da un lato, ad esimere la Corte da ogni altro sindacato circa l'attuale vigenza della norma impugnata, vale il rilievo che nel diritto vivente si considera pacifica la vigenza stessa. Sia la Corte dei conti sia la Corte di cassazione procedono tuttora in maniera costante».

<sup>83</sup> Sentenza 28 dicembre 1990, n. 585: «Il mutato orientamento del Consiglio di Stato, indubbiamente rilevante per la definizione del giudizio a quo, non è però sufficiente ad eliminare il presupposto in base al quale è stata prospettata la questione di legittimità costituzionale sotto esame, e ciò indipendentemente da ogni valutazione sul merito dell'argomento con cui si è ritenuta "superata" l'interpretazione restrittiva dell'art. 442. Invero, tale interpretazione è sempre tenuta ferma dalla Corte di cassazione, organo depositario della funzione nomofilattica, sicché non si può dire che al diritto vivente cui si riferisce l'ordinanza di rimessione è subentrato uno "stato di diritto" di segno opposto, alla stregua del quale questa Corte possa sentirsi vincolata - in applicazione del criterio enunciato dalle sentenze nn. 325 del 1983 e 104 del 1984 - a dichiarare la questione infondata nei sensi di cui in motivazione (cioè nel senso della nuova giurisprudenza del Consiglio di Stato)».

<sup>84</sup> Sentenza 13 luglio 2007, n. 272 [«Il rimettente, sulla base di una assimilazione del giudizio contabile a quello civile, che egli fa derivare dal "diritto vivente" della Corte di cassazione (la quale considera concorrenti i due giudizi), ritiene che il giudizio contabile debba essere sospeso in caso di pronuncia del giudice penale anche sugli effetti civili del reato (...) A ben vedere, però, l'errore di prospettiva, in cui incorre il rimettente, è più in radice. Questo, infatti, nel suo ragionamento trascura, anzitutto, di considerare che, non solo non sussiste un "diritto vivente" nel senso della sospensione del processo contabile, ma sussistono anzi diverse posizioni della Corte dei conti al riguardo, essendo state da questa affermate tanto la obbligatorietà quanto la impossibilità della sospensione del giudizio»].

<sup>85</sup> Sentenza 8 ottobre 2010, n. 293: «L'eccezione non è fondata. La questione dell'applicabilità della norma in esame non è stata risolta in modo univoco dalla giurisprudenza. La Corte di cassazione esclude, infatti, l'ammissibilità dell'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante ex art. 43 con riguardo alle occupazioni appropriative verificatesi prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001 (sentenze 22 settembre 2008, n. 23943, 28 luglio 2008 n. 20543, 19 dicembre 2007, n. 26732). Diversamente, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato è ormai prevalente il principio secondo cui «la procedura di acquisizione in sanatoria di un'area occupata *sine titulo*, descritta dal citato articolo 43, trova una generale applicazione anche con riguardo alle occupazioni attuate prima dell'entrata in vigore della norma» (Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2010, n. 1762, Sez. IV, 8 giugno 2009, n. 3509, inoltre: Ad. Plen. 29 aprile 2005, n. 2; Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830, esaminata senza rilievi sulla giurisdizione da Cass., SS.UU., 16 aprile 2009, n. 9001). In presenza di tale contrasto, le ordinanze di rimessione hanno motivato in maniera non implausibile in ordine all'applicabilità della norma, richiamando la giurisprudenza assolutamente prevalente ed il «diritto vivente» del Consiglio di Stato».

Con riguardo alle norme sottoposte alla cognizione del giudice contabile, il Giudice delle leggi ha fatto riferimento alla «giurisprudenza ripetutamente espressa dalle sezioni semplici e ribadita anche dalle Sezioni Riunite», reputando irrilevante, in contrario, l'esistenza di una divergente esegesi fornita da una Sezione semplice<sup>86</sup>, talora reputando insufficiente l'esegesi espressa dalle Sezioni riunite<sup>87</sup> e, comunque, negando il diritto vivente in presenza di «orientamenti non univoci»<sup>88</sup>.

Nei giudizi incidentali promossi dai giudici amministrativi, la giurisprudenza costituzionale ha riguardo all'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato<sup>89</sup>, ma ha negato la rilevanza, al fine di ritenere esistente un diritto vivente, di una sola pronuncia<sup>90</sup> condividendo, in un caso, la premessa del rimettente secondo cui «l'interpretazione fornita dall'Adunanza

---

<sup>86</sup> Sentenza 23 marzo 1983, n. 72 («Le incongruenze denunziate dalla dottrina sono state gradualmente avvertite anche dalla Corte dei conti, la quale ha abbandonato il precedente indirizzo, orientandosi verso la tesi dottrinale superiormente accennata. Cosicché ormai si è formata una giurisprudenza ripetutamente espressa dalle sezioni semplici e ribadita anche dalle Sezioni Riunite [...] Né tale giurisprudenza può dirsi contraddetta da una più recente decisione di una Sezione semplice»); sentenza 4 giugno 2010, n. 197, con riferimento al caso di contrasto composto dalle Sezioni riunite con pronuncia alla quale si sono poi conformate tre sezioni centrali d'appello della stessa Corte dei conti. Sentenza 16 luglio 2014, n. 208: «Il presupposto ermeneutico da cui muove il giudice a quo è conforme all'interpretazione delle sezioni riunite della Corte dei conti (sentenza n. 15/2011/QM), a cui si sono uniformate in modo costante le sezioni d'appello della medesima Corte. Tale interpretazione «costituisce, pertanto, “diritto vivente”, del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati».

<sup>87</sup> Ordinanza 21 novembre 2000, n. 517: «il giudice rimettente muove da un erroneo presupposto secondo cui persisterebbe, nell'ordinamento vigente, un divieto generale di cumulo tra due indennità integrative speciali su pensioni o retribuzioni, secondo un asserito diritto vivente discendente da sentenze delle Sezioni riunite della Corte dei conti risalenti al 1994 e al 1997, laddove, invece, una tale interpretazione doveva e deve ancora oggi - nonostante la sopravvenuta sentenza delle Sezioni riunite della stessa Corte 3 gennaio 2000, peraltro non seguita da numerose e più recenti sentenze nelle diverse sedi regionali e centrali - ritenersi tutt'altro che maggioritaria o prevalente. Ne consegue che tra le diverse interpretazioni sulla persistenza del divieto, il giudice poteva scegliere una interpretazione diversa, da quella che lo stesso giudice dimostra di ritenere incostituzionale».

<sup>88</sup> Ordinanza 9 marzo 2007, n. 68: «che, in effetti, emergono nella giurisprudenza contabile, proprio a seguito della novella dell'art. 111 Cost., orientamenti non univoci in relazione alla portata della norma denunciata [...] che, dunque, il giudice a quo, «nell'adeguarsi ad un supposto e da lui non condiviso “diritto vivente”, [...] non ha preso in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza [...], così omettendo di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che egli ritiene conforme a Costituzione».

<sup>89</sup> Peraltro, accertando che una data «una posizione del Consiglio di Stato (cfr. Sez. VI, n. 232 del 1950) [...] oggi può considerarsi superata», sentenza 19 marzo 1996, n. 83. La sentenza 24 ottobre 2014, n. 242, osserva: «perché la giurisprudenza amministrativa si è ormai fermamente attestata sulle posizioni censurate dal giudice *a quo*, così da assumere i caratteri di un vero e proprio diritto vivente, come dimostra una cospicua serie di decisioni del Consiglio di Stato, tutte dello stesso segno».

<sup>90</sup> Ordinanza 16 febbraio 2006, n. 64: «la questione così prospettata è manifestamente inammissibile, perché il giudice *a quo*, nell'adeguarsi ad un supposto e da lui non condiviso «diritto vivente», peraltro costituito da una isolata pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6435), non ha preso in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza di legittimità e della stessa giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2002, n. 1986; Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 248), che gli avrebbero consentito di interpretare la disciplina censurata alla luce della *ratio* che la sorregge, così omettendo di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che egli ritiene conforme a Costituzione».

plenaria del Consiglio di Stato è regola di diritto vivente»<sup>91</sup>, salvo che, successivamente, abbia costituito oggetto di «contrastanti interpretazioni giurisprudenziali»<sup>92</sup>.

In definitiva, secondo la giurisprudenza costituzionale, l'affermazione dell'esistenza di un diritto vivente è condizionata dalla stabilità e reiterazione dell'interpretazione fornita dall'organo titolare del potere di nomofilachia (eventualmente, ma non necessariamente, confortata dall'orientamento dei giudici di merito e della dottrina), che solo permettono di ritenere certo che la norma desunta da una determinata disposizione, per l'uso ripetuto nel tempo ed il grado di consenso raccolto, è qualificabile come tale.

Quando ciò accade, benché non esista nel nostro ordinamento un obbligo per il giudice di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di cassazione (salvo che nel giudizio di rinvio), se l'interpretazione si è stabilizzata, al punto da acquisire i connotati del "diritto vivente", la norma, come da questo risultante, può essere sottoposta a scrutinio di costituzionalità, dato che oramai vive in tale significato ed in modo così radicato, da rendere «difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore» o della Corte costituzionale<sup>93</sup>.

#### ***4. Il «diritto vivente» sopravvenuto all'ordinanza di rimessione.***

Secondo la giurisprudenza costituzionale, ai fini dell'accertamento dell'esistenza del diritto vivente, non rileva che lo stesso sia divenuto tale successivamente alla data in cui è stata pronunciata l'ordinanza di rimessione. Anche il consolidamento di una data interpretazione successivo alla proposizione dell'incidente di costituzionalità vale, infatti, «a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni e applicazioni opposte al "diritto vivente" stesso»<sup>94</sup> e, comunque, ad inficiare la correttezza

---

<sup>91</sup> Sentenza 7 luglio 2010, n. 236.

<sup>92</sup> Ordinanza 27 marzo 2009, n. 90.

<sup>93</sup> Sentenza 21 novembre 1997, n. 350.

<sup>94</sup> Sentenza 23 marzo 1983, n. 72: «il presupposto da cui ha preso le mosse il giudice *a quo* per sollevare la prospettata questione non può quindi dirsi più sussistente, dovendosi invece ritenere che per il "diritto vivente" la responsabilità in esame consiste nella normale responsabilità patrimoniale fondata sui requisiti del danno e dell'elemento psicologico». Ancora più chiaramente, se possibile, sentenza 28 novembre 1983, n. 325, sottolinea: «In tempo successivo ai due incidenti che per prospettare questione in concreto identica d'illegittimità vanno riuniti, la giurisprudenza della Cassazione si è consolidata nel senso che il titolare di un credito ammesso al passivo fallimentare come chirografario ha diritto di avvalersi del privilegio istituito successivamente alla formazione dello stato passivo dalla l. 29 luglio 1975, n. 426 (Modificazioni al codice civile e alla legge 30 aprile 1969, n. 153 in materia di privilegi) e, pertanto, ha privato di valore pratico il sospetto d'incostituzionalità ingenerato nei giudici *a quibus* da ciò che l'art. 15 della ora menzionata legge inibirebbe al creditore ammesso come chirografario al passivo fallimentare di fruire della causa di prelazione istituita successivamente alla conseguita esecutorietà dello stato passivo». La sentenza 11 aprile 1984, n. 104, sia pure, peraltro, osservando che «le date di tre ordinanze di rimessione sono successive alla data di pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione (e di due altre, in tutto identiche alla n. 5576/1982 per motivazione in diritto e per data di pubblicazione)». La sentenza 8 marzo 1985, n. 56, puntualizza: «Si può, perciò, ripetere ancora una volta [...] che la presenza di un "diritto vivente", anche se consolidatosi in tempo successivo all'ordinanza di rimessione,



della premessa svolta sulla base dello stesso<sup>95</sup>. Tanto deve ritenersi anche nel caso in cui l'interpretazione costituente diritto vivente sia stata accolta dall'organo di vertice di una giurisdizione speciale successivamente all'ordinanza di rimessione, in adesione all'indirizzo delle Sezioni unite<sup>96</sup>.

## 5. «Diritto vivente» e «principio di diritto».

Ipotesi particolare è quella posta dall'identificazione dei caratteri che condizionano la possibilità di ritenere esistente un diritto vivente, quando la norma censurata risulti dall'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione *ex art. 384 c.p.c.* o *ex art. 627 c.p.p.*, che si impone al giudice di rinvio, al quale è preclusa la possibilità di offrirne un significato diverso da quello fissato dal giudice di legittimità.

Il vincolo alla libertà interpretativa, compatibile con la soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.)<sup>97</sup>, preclude infatti al giudice di rinvio la facoltà di dare alla

---

vale a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni e applicazioni opposte al "diritto vivente" stesso». Secondo la sentenza 23 novembre 1994, n. 398: «Le citate pronunce, delle Sezioni Unite della Cassazione, nelle quali sono ravvisabili i connotati del diritto vivente sopravvenuto all'ordinanza di rimessione del Pretore di Biella, rendono manifesto che i dubbi di costituzionalità sollevati dal Pretore possono essere risolti in via interpretativa, senza bisogno di incidere sulle norme così come formulate».

<sup>95</sup> Sentenza 11 luglio 2003, n. 233: «Occorre da ultimo considerare che l'indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all'ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità».

<sup>96</sup> In riferimento ad una questione sollevata da una Commissione tributaria, sentenza 20 giugno 1984, n. 172. La sentenza 20 giugno 1984, n. 172, espone: «Senonché, già anteriormente alla data di emissione delle cinque ordinanze *de quibus*, le sezioni unite della Corte di Cassazione avevano statuito (sentenza 4 marzo 1974, n. 594) che "i proventi netti degli ospedali civili non rientrano nella nozione di reddito tassabile con imposta di ricchezza mobile", dovendosi ravvisare nella disciplina normativa quel "vincolo legale di destinazione dei proventi degli ospedali dipendenti da enti pubblici", che toglie a tali proventi "il carattere di ricchezza autonoma" ed induce perciò ad "escludere dalla nozione di reddito mobiliare imponibile i proventi di attività che realizzano servizi continuativi di pubblico interesse"; tanto più che la disciplina normativa degli ospedali, già secondo l'ordinamento disposto con la legge 12 febbraio 1968, n. 132, s'è evoluta con l'accentuazione della considerazione pubblicistica dei servizi ospedalieri, anche nei riguardi tributari, essendo stati equiparati a tali effetti gli enti ospedalieri alle amministrazioni dello Stato". Tale interpretazione, confermata da altre pronunce della stessa Corte di Cassazione, è stata successivamente accolta dalle sezioni unite della Commissione tributaria centrale».

<sup>97</sup> Il principio è stato più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza 2 aprile 1970, n. 50, ed è stato, da ultimo, ribadito dall'ordinanza 20 giugno 2013, n. 149, che riassume e richiama tutte le pronunce che lo hanno confermato: «che, del pari, risulta priva di consistenza la asserita lesione dell'art. 24 Cost., sotto ognuno dei dedotti profili di censura; che, difatti, questa Corte, già in precedenti occasioni (sentenze n. 50 del 1970, n. 21 del 1982, n. 294 del 1995, n. 224 del 1996; ordinanze n. 11 del 1999 e n. 501 del 2000), ha messo in evidenza come censure analoghe a quelle proposte dall'attuale rimettente si risolvano, in pratica, "nella rivendicazione di un sindacato del giudice del rinvio su (presunti) *errores in iudicando* e in procedendo della Corte di cassazione: sindacato da ritenere peraltro incompatibile con il sistema delle impugnazioni, anche nel suo "volto costituzionale"; che l'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ., nell'ambito del giudizio civile, risponde all'esigenza, propria del principio di definitività delle sentenze di cassazione, di far sì che il processo pervenga ad una soluzione finale e che questa assuma "valore definitivo, così da impedire la perpetuazione dei giudizi";

disposizione un significato diverso da quello attribuitole dalla Corte di cassazione. E ciò anche nel caso di sopravvenuta rimediazione del principio da parte della stessa Corte di legittimità – eventualmente a Sezioni unite, ovviamente in altro e diverso giudizio – , non essendogli neppure consentito di discostarsi dal medesimo invocando l'onere dell'interpretazione adeguatrice che, altrimenti, grava a suo carico.

La limitazione della libertà interpretativa del giudice di rinvio è, tuttavia, bilanciata dalla facoltà che questi ha di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma quale enunciata dal giudice della nomofilachia<sup>98</sup>, «in quanto – essendo vincolato al rispetto di tale principio – egli non ha altro mezzo per contestare la *regula iuris* di cui è chiamato a fare applicazione»<sup>99</sup>. Questa facoltà spetta, inoltre, alla stessa Corte di cassazione, qualora sia nuovamente adita in sede di controllo di legittimità in ordine all'applicazione del principio di diritto fatta dal giudice di rinvio<sup>100</sup>.

Il vincolo gravante sul giudice di rinvio fa sì che, qualora questi sollevi la questione di costituzionalità sulla norma risultante dal principio di diritto, non è possibile nutrire dubbi «circa la consistenza del "supporto normativo" che sostiene il risultato ermeneutico acquisito a questo proposito nella pronuncia che ha dato luogo al giudizio di rinvio». Infatti, «in relazione ai giudizi di rinvio non può certo disconoscersi la qualità di "diritto vivente" al principio di diritto affermato dalla Cassazione» – anche se *medio tempore* sia stato sconfessato dalle Sezioni unite<sup>101</sup> – e ciò impone di scrutinare la norma in quel preciso

---

che è, difatti, connaturale “al sistema delle impugnazioni ordinarie che vi sia una pronuncia terminale – identificabile positivamente in quella della Cassazione “per il ruolo di supremo giudice di legittimità ad essa affidato dalla stessa Costituzione” (...) – la quale definisca, nei limiti del giudicato, ogni questione dedotta o deducibile al fine di dare certezza alle situazioni giuridiche controverse e che, quindi, non sia suscettibile di ulteriore sindacato ad opera di un giudice diverso” (sentenza n. 21 del 1982); che una siffatta esigenza di definitività e certezza rappresenta un valore costituzionalmente protetto, “in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione), la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce di cassazione (sentenza n. 224 del 1996), sia al principio della ragionevole durata del processo, ora assunto a rango di precetto costituzionale alla luce del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, come modificato dall'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2”;

che, peraltro, l'impianto, già saldo, dei richiamati principi è altresì corroborato dal rilievo che assume, nell'ambito del sistema processuale e secondo una direttrice che è alimentata dal valore della certezza del diritto, la funzione nomofilattica assegnata dall'ordinamento alla Cassazione – di recente ulteriormente valorizzata dal legislatore a seguito delle riforme processuali del 2006 e del 2009 – della quale è sicuramente partecipe il vincolo del “principio di diritto”, le cui fondamenta poggiano anche sul principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.), in forza del quale casi analoghi devono essere giudicati, per quanto possibile, in modo analogo».

<sup>98</sup> Tra le più recenti, sentenza 3 dicembre 2014, n. 270; sentenza 6 dicembre 2013, n. 293; all'ordinanza 20 giugno 2013, n. 149.

<sup>99</sup> Sentenza 20 luglio 2012, n. 204.

<sup>100</sup> Sentenza 24 ottobre 2007, n. 349: «in virtù di un principio che va confermato, la questione di legittimità costituzionale può avere ad oggetto anche l'interpretazione risultante dal «principio di diritto» enunciato dalla Corte di cassazione (che vincola questa stessa nel giudizio di impugnazione della sentenza pronunciata in sede di rinvio), in quanto il regime delle preclusioni proprio del giudizio di rinvio non impedisce di censurare la norma dalla quale detto principio è stato tratto (sentenze n. 78 del 2007, n. 58 del 1995, n. 257 del 1994, n. 138 del 1993; ordinanza n. 501 del 2000)».

<sup>101</sup> Sentenza 3 novembre 2005, n. 408.

significato attribuitole dal giudice della nomofilachia<sup>102</sup>. In tale ipotesi non possono, quindi, essere proposti quegli interrogativi che altrimenti, di regola, si pongono in occasione della ricognizione dell'esistenza di un diritto vivente, poiché il vincolo di conformazione del giudice di rinvio al principio di diritto, gli impedisce di adottare soluzioni interpretative differenti da quella cristallizzata nello stesso<sup>103</sup>.

## ***6. «Diritto vivente» e libertà interpretativa della Corte costituzionale: la prima fase ed i contratti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione.***

La dottrina del diritto vivente, secondo un'opinione pressoché unanime, ha permesso di dare soluzione alla questione del rapporto tra giurisdizione costituzionale e funzione esecutiva dei giudici comuni. Il suo accoglimento da parte della Corte costituzionale ha, infatti, comportato che quest'ultima si è autolimitata, astenendosi dal fornire una propria interpretazione della disposizione censurata, qualora una stabile elaborazione giurisprudenziale – nei termini sopra precisati – abbia identificato ed enunciato il significato normativo da attribuirle.

Questo risultato è stato, peraltro, conseguito all'esito di una non breve e non incontrastata evoluzione, nel corso della quale è sembrato talora divenire più forte il dissenso tra giudice delle leggi e giudice della nomofilachia, e ciò anche dopo che il primo ha espressamente accolto e fatto propria la dottrina del diritto vivente. Allo scopo di stabilire questa demarcazione, può farsi riferimento, convenzionalmente, alla sentenza n. 276 del 1974, in quanto, come sopra precisato, è la pronuncia che, per la prima volta, ha espressamente utilizzato tale sintesi verbale.

Il primo contrasto – caratterizzato peraltro da toni assai sfumati, per le ragioni indicate di seguito – risale ad una delle primissime pronunce della Corte, concernente la legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di P.S., nella parte in cui attribuiva al Prefetto il potere di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica. La sollevata questione fu dichiarata infondata sulla scorta dell'interpretazione direttamente offerta dal giudice delle leggi, in grado di escludere l'esistenza del vizio denunciato<sup>104</sup>. Questa esegesi non fu, però,

---

<sup>102</sup> Sentenza 10 febbraio 1981, n. 11.

<sup>103</sup> Sentenza 6 dicembre 2013, n. 293; sentenza 30 luglio 2008, n. 305 («È tuttavia necessario, prima di procedere al suo scrutinio, affermare che la circostanza che le sezioni unite, successivamente alla sentenza di cassazione con rinvio e in altro processo, abbiano adottato un'interpretazione della disposizione in oggetto difforme da quella che fonda il principio di diritto enunciato, nulla toglie alla vincolatività di questo, sicché lo scrutinio deve avere ad oggetto la disposizione così come interpretata dalla sentenza di cassazione con rinvio. In casi come quello in esame, infatti, la struttura del giudizio di cassazione con rinvio, vietando ai giudici che ancora debbano farne applicazione di dare alla disposizione in questione un significato diverso da quello ad essa attribuito con la determinazione del principio di diritto, impedisce l'interpretazione adeguatrice coerente all'orientamento di questa Corte, secondo il quale una disposizione non si dichiara illegittima perché suscettibile di un'interpretazione contrastante con i parametri costituzionali, ma soltanto se ne è impossibile altra a questi conforme.»); n. 78 del 2007 e n. 408 del 2005»).

<sup>104</sup> Sentenza 2 luglio 1956, n. 8.

accolta in modo unanime e, quindi, la Corte, adita nuovamente, dichiarò illegittima la norma censurata<sup>105</sup>.

Il successivo, più significativo e forte, contrasto maturò alla metà degli anni '60, in riferimento all'interpretazione dell'art. 392 c.p.p. ed alla legittimità costituzionale dello stesso, se letto come preclusivo all'applicabilità nell'istruttoria sommaria delle garanzie difensive introdotte dalla legge 18 giugno 1955, n. 517.

Sollevata dal Tribunale di Varese questione di legittimità costituzionale di detta disposizione, in relazione agli artt. 304- *bis*, 304- *ter* e 304- *quater* c.p.p., in quanto, «secondo l'indirizzo della prevalente giurisprudenza confortato da sentenze della Corte di cassazione a Sezioni unite», la norma desumibile dalla suindicata disposizione era nel senso sopra precisato, la Corte costituzionale affermò che «punto centrale» dell'indagine a cui essa era chiamata era stabilire anzitutto «se veramente si possa ritenere esatta la interpretazione restrittiva che è stata data ai tre articoli ripetutamente citati». Nello svolgere tale indagine, il giudice delle leggi esclude di potersi ritenere vincolato dall'interpretazione, sia pure stabilizzata, dell'organo della nomofilachia, affermando: «È evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però che, a seguito di una piena adesione, questa sia divenuta anche la interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l'uno e l'altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo. Che poi frequentemente la parte del giudizio della Corte relativa alla interpretazione della norma ordinaria non assuma un particolare rilievo, per la evidenza del contenuto della norma stessa, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l'appartenenza di entrambi all'unitario giudizio della Corte. D'altra parte, una precedente interpretazione della norma impugnata sarebbe idonea ad assumere l'efficacia in un certo senso impegnativa che l'ordinanza e la difesa sostengono solo

---

<sup>105</sup> Sentenza 27 maggio 1961, n. 26; la ragione per cui, *supra*, nel testo, si è ritenuto di argomentare di contrasto dai toni attenuati è perché la sentenza precisa che, con la pronuncia che l'aveva preceduta, «non nascondendosi che la forma dell'art. 2, nella sua ampia dizione, avrebbe potuto dare adito ad arbitrarie applicazioni se si fossero affermate interpretazioni diverse da quella rilevata dalla Corte stessa, avverti che, in tal caso, la questione sarebbe stata riesaminata. La Corte, infine, auspicò che, nell'intento di porre l'art. 2 al riparo da ogni interpretazione contraria allo spirito della Costituzione, il legislatore provvedesse ad inserire nel testo della disposizione l'espressa enunciazione dei detti canoni, ai quali i provvedimenti dovessero conformarsi, auspicando, altresì, che, nella nuova formulazione, si enunciasse l'obbligo della motivazione ed anche quello della pubblicazione nel caso in cui il provvedimento non avesse carattere individuale. Nel tempo che è trascorso da quella sentenza il testo legislativo è rimasto inalterato e, come si rileva dalle numerose copie depositate nel presente giudizio, molti Prefetti hanno emesso provvedimenti che, a parte il loro contenuto, tendono ad avere carattere di permanenza. È inoltre, sopraggiunta qualche pronuncia giurisprudenziale che non sembra conforme all'indirizzo della giurisprudenza della Magistratura ordinaria e di quella amministrativa su cui si basò la sentenza del 1956 per dare all'art. 2 l'interpretazione sopra richiamata».

allorché, per generale costante adesione e della dottrina e della pratica, essa si sia sicuramente e lungamente consolidata attraverso il tempo»<sup>106</sup>.

Da tale premessa la sentenza n. 11 del 1965 desunse la possibilità di offrire della norma censurata un'interpretazione estensiva, in grado di porla al riparo dai sollevati dubbi di legittimità costituzionale, pronunciando, conseguentemente, una sentenza interpretativa di rigetto.

Il brano della pronuncia sopra riportato rende palese che non potevano essere utilizzate più chiare parole per negare una sorta di monopolio interpretativo della norma da parte della Corte di legittimità e, coerentemente con tale assunto, la Corte costituzionale pronunciò una sentenza interpretativa di rigetto. Proprio la natura ed efficacia di quest'ultima rese, tuttavia, possibile ai giudici ordinari di non ritenersi vincolati dalla stessa, con la conseguenza che la norma continuò a vivere nel significato da questi ritenuto, anziché in quello auspicato dal giudice delle leggi, in pregiudizio del diritto di difesa.

Per questa ragione, sollevata nuovamente la questione di legittimità costituzionale, la Corte, dopo soli quattro mesi dalla precedente pronuncia, avendo preso atto che «l'esperienza immediatamente successiva ha tuttavia rivelato che la giurisprudenza della magistratura ordinaria» continua a negare l'applicabilità all'istruttoria sommaria «delle garanzie del diritto di difesa introdotte nel Codice con gli artt. 304- *bis*, *ter* e *quater*», dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 392 c.p.p. come interpretato dai giudici ordinari. La Corte costituzionale ribadiva, peraltro, di «rimane[re] però ferma nel convincimento della inesistenza di una naturale incompatibilità dell'istruzione sommaria con l'esercizio del diritto di difesa»<sup>107</sup> e in tal modo, verosimilmente, esternava un preciso convincimento in ordine all'inesistenza di una sorta di monopolio interpretativo del giudice ordinario.

Il contrasto fu in tal modo composto, ma solo in parte. Il conflitto originato dalla suindicata norma del codice di rito penale continuò infatti in riferimento all'ulteriore questione concernente l'efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale, negata dalle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione<sup>108</sup> ed affermata invece dalla Corte costituzionale<sup>109</sup>. Quest'ultima, dopo avere poi constatato che il contrario principio era stato invece confermato da parte dei giudici *comuni*, da un canto, ribadì il proprio convincimento in

---

<sup>106</sup> Sentenza 19 febbraio 1965, n. 11.

<sup>107</sup> Sentenza 26 giugno 1965, n. 52.

<sup>108</sup> Sentenza n. 5 del 11/12/1965 Ud. (dep. 24/01/1966), Tarantini, secondo la quale nel nostro ordinamento, in virtù del principio processuale *tempus regit actum*, l'atto processuale, una volta compiuto, resta fermo nel corso dell'intero giudizio, anche dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in base alla quale era stato compiuto, norma la cui successiva invalidazione è giuridicamente indifferente, nel processo, rispetto a quell'atto.

<sup>109</sup> Sentenza 29 dicembre 1966, n. 127, con cui la Corte approfondì gli argomenti svolti dalle S.U. penali contestandone la correttezza, pervenendo quindi ad enunciare il contrario principio secondo cui «le disposizioni circa il diritto alla difesa, non soltanto sono applicabili all'istruttoria sommaria, com'è stato già deciso, ma lo sono altresì agli atti istruttori compiuti con tale rito, prima della pubblicazione della sentenza di questa Corte più volte menzionata (n. 52 del 1965), come effetto della dichiarazione di illegittimità dell'art. 392, primo comma, del Codice di procedura penale, salvi i limiti già precisati».

ordine all'esattezza di quello da essa enunciato; dall'altro, realizzò una sorta di arretramento, precisando che la questione involgeva un problema eminentemente interpretativo, non di legittimità costituzionale, riservato, appunto perché tale, ai giudici *comuni*<sup>110</sup>.

Negli stessi anni maturava un ulteriore contrasto interpretativo concernente la natura amministrativa o giurisdizionale delle competenze attribuite alle Commissioni comunali per i tributi locali, risolto dalla Corte costituzionale accogliendo la prima opzione<sup>111</sup>, benché fosse «noto che la tesi della natura giurisdizionale delle Commissioni per i tributi erariali» era stata «ripetutamente affermata dalla Corte di cassazione e da una parte della dottrina»<sup>112</sup> e, quindi – può osservarsi – , era connotata proprio da quei caratteri in seguito valorizzati per affermare l'esistenza di un diritto vivente. Il sopravvenire della riforma tributaria favorì la composizione del contrasto, permettendo al giudice delle leggi di rivedere il principio enunciato in precedenza, valorizzando lo *jus superveniens*, in quanto ritenuto decisivo anche al fine di offrire una diversa interpretazione della pregressa normativa, consentendo in tal modo di risolvere la *querelle*, senza ritornare sulla questione della linea di demarcazione dei poteri esegetici delle due Corti<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Sentenza 2 aprile 1970, n. 49, affermando, in relazione al primo dei profili della questione richiamati nel testo: «Né si può dire sussistano al riguardo serie divergenze nella dottrina e nella prevalente giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, motivi di dubbio e di dissenso manifestandosi soltanto in ordine ai limiti che, per effetto di altre norme dell'ordinamento, si oppongono, nei singoli casi, alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale. Ma i problemi che possono sorgere in quest'ordine di idee sono, evidentemente, problemi di interpretazione, e devono pertanto essere risolti dai giudici comuni, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali: nella più rigorosa osservanza, beninteso, dei principi costituzionali che presiedono al sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, ai quali - come sopra rilevato - nulla toglie e nulla aggiunge il terzo comma dell'art. 30 della legge n. 87».

<sup>111</sup> Sentenza 6 febbraio 1969, n. 6.

<sup>112</sup> Sentenza 10 febbraio 1969, n. 10.

<sup>113</sup> Sentenza 27 dicembre 1974, n. 286, emblematici nel senso indicato nel testo appaiono i seguenti passaggi argomentativi: «Quanto fin qui si è detto riguarda la natura e la qualificazione giuridica delle nuove commissioni tributarie, così come sono state "revisionate" dalla legge di riforma. Ma è evidente che quest'ultima muove inequivocabilmente dal presupposto che giurisdizionali abbiano a considerarsi anche le preesistenti commissioni: non è dubbio, infatti, che il legislatore con la recente normativa abbia inteso esercitare il potere di revisione che la VI disp. trans. Cost. prevede proprio per gli organi speciali di giurisdizione già esistenti nell'ordinamento al momento dell'entrata in vigore della Costituzione. In definitiva la nuova legislazione - imponendo all'interprete di considerare giurisdizionale il procedimento che si svolge davanti alle nuove commissioni - esclude che, nell'interpretare la legislazione precedente, si possa attribuire alle vecchie commissioni natura semplicemente amministrativa. Non si può disconoscere che, di fronte al ricordato contrasto giurisprudenziale in ordine a quel problema, il legislatore avesse il potere di rimuovere ogni incertezza: e per le cose dette è indubbio che la legge, indirettamente ma sicuramente abbia imposto una soluzione nel senso della giurisdizionalità delle commissioni tributarie. Di ciò la Corte costituzionale non può non prendere atto e concludere in conseguenza per la non fondatezza delle proposte questioni di costituzionalità».

## ***7. La seconda fase: l'emersione della teorica del diritto vivente ed i nuovi contrasti tra le Corti.***

I contrasti ai quali si è fatto cenno ed il tempo in cui maturarono appaiono peculiarmente significativi. E', infatti, verosimile ipotizzare che l'utilizzazione del sintagma diritto vivente da parte della Corte costituzionale, per la prima volta, sia avvenuta con la sentenza 11 dicembre 1974, n. 276, proprio allo scopo di esplicitare con opportuna chiarezza, proprio in presenza dei richiamati contrasti, l'opzione per un atteggiamento di *self restraint*. Questa opzione è stata resa possibile da un'autolimitazione da parte della Corte della propria libertà interpretativa della disposizione, ritenendo ad essa conferito il potere di accertare la legittimità costituzionale di una data norma, nel significato in cui questa vive, quale attribuitole dai giudici *comuni* e, in particolare dall'organo della nomofilachia.

In altri termini, l'uso della suindicata sintesi verbale sembra preordinata a stabilire che alla Corte costituzionale spetta esclusivamente giudicare se la norma, come vive secondo la giurisprudenza *comune*, sia costituzionalmente legittima o meno, senza spingersi oltre a verificare se l'enunciato normativo sia stato desunto dalla disposizione facendo corretta applicazione degli ordinari criteri ermeneutici. A partire dalla sentenza n. 276 del 1974 sono, infatti, numerose le pronunce dalle quali traspare detta autolimitazione, perché nelle stesse – senza considerare, ovviamente, le decisioni in cui, in coerenza con i principi sopra richiamati la Corte costituzionale procede ad accertare se sussista un diritto vivente – è posto in luce con chiarezza che oggetto dello scrutinio di costituzionalità è appunto la norma come vive nel significato attribuitole dalla giurisprudenza<sup>114</sup>. Alcune decisioni si spingono sino ad affermare

---

<sup>114</sup> Sentenza 11 dicembre 1974, n. 276: «Il sistema di diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza [...] non contrasta con principi o precetti costituzionali»; sentenza 1° febbraio 1982, n. 7: «Se però il diritto vivente (e non semplici deviazioni applicative) dovesse formarsi in violazione del principio del giusto procedimento [...] muterebbero i termini normativi delle questioni attualmente sottoposte all'esame di questa Corte»; sentenza 19 gennaio 1984, n. 1: «Da un lato, ad esimere la Corte da ogni altro sindacato circa l'attuale vigenza della norma impugnata, vale il rilievo che nel diritto vivente si considera pacifica la vigenza stessa»; sentenza 7 giugno 1984, n. 167: «Acceduta alla sostanza della questione, la Corte deve prendere le mosse dagli orientamenti della Corte di Cassazione in materia pur non nascondendosi che alcuni autori e non pochi giudici di merito - pur senza sospingere il dibattito sullo scrutinio di costituzionalità - si sono impegnati. Ma poiché il diritto "vivente" non è sempre conforme ai dettami della Carta Costituzionale, è da scrutinare se il sistema applicativo, quale risulta dagli orientamenti del Giudice cui compete la nomofilachia, esibisca carte in regola con gli artt. 3 e 24, e la risposta non può non essere negativa»; sentenza 8 marzo 1985, n. 56: «Si può, perciò, ripetere ancora una volta (v., da ultimo, sentenze n. 72 e n. 325 del 1983, n. 104 del 1984) che la presenza di un "diritto vivente", anche se consolidatosi in tempo successivo all'ordinanza di rimessione, vale a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni e applicazioni opposte al "diritto vivente" stesso». Sentenza 28 giugno 1985, n. 190: «Scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma, se il tentativo non ha riscosso l'assenso del giudice della nomofilachia quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte». Sentenza 17 dicembre 1985, n. 350: «La Corte, perciò, non può che prendere atto che il diritto vivente esclude la possibilità di dare soluzione al problema sul piano interpretativo». Sentenza 30 dicembre 1985, n. 369: «Ma poiché le ordinanze in esame, adeguandosi al diritto vivente [...] questa Corte è tenuta a pronunciarsi sulla asserita violazione degli invocati principi costituzionali da parte delle norme impuginate». Sentenza 6 aprile 1995, n. 110: «ciò che non può richiedersi, attraverso il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, è una sorta di "revisione in grado ulteriore dell'interpretazione offerta dalla

che il criterio che governa tale riparto del potere interpretativo tra le due Corti è direttamente stabilito dalla Costituzione<sup>115</sup>.

Non mancano, tuttavia, decisioni dalle quali, soprattutto nei primi anni '80, sono desumibili chiari segnali nel senso di una rivendicazione del potere di interpretare la norma<sup>116</sup> o, almeno, dell'intento della Corte costituzionale di riservare comunque a sé il compito, sia pure eventuale, di controllare se sia o meno corretta quell'interpretazione pure assurda a diritto vivente<sup>117</sup>.

La possibilità di ulteriori contrasti non sembrava, quindi, esclusa con certezza e ciò proprio in considerazione del potere, espressamente rivendicato dal giudice delle leggi, di stabilire se e quando sussista un diritto vivente, anche in riferimento al profilo quantitativo

---

Cassazione" (sentenze nn. 271 del 1991, 456 del 1989; ordinanza n. 410 del 1994), "attribuendo a questa Corte un ruolo di giudice della impugnazione che non le compete" (ordinanza n. 44 del 1994); mentre quando - come nella specie - il giudice a quo assuma tale interpretazione in termini di "diritto vivente", allora è "consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali" (sentenza n. 456 del 1989 cit.)). Sentenza 1 ottobre 1997, n. 307: «è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte».

<sup>115</sup> Sentenza 5 novembre 1986, n. 231: «Come questa Corte non può sovrapporsi alla Corte di Cassazione, cui compete ai sensi dell'art. 111 comma secondo Cost. la filachia delle norme sottordinate, nell'applicazione dei criteri dettati nell'art. 14 disp. prelim. c.c., così il "diritto vivente", quale risulta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, non preclude a questa Corte il vaglio delle norme sottordinate, che ne han formato oggetto, alla stregua della Carta costituzionale».

<sup>116</sup> Sentenza 26 maggio 1981, n. 71: «Non varrebbe, d'altra parte, nemmeno osservare che la norma impugnata è stata costantemente considerata, nel diritto vivente ad opera della giurisprudenza, come un precetto idoneo a derogare, quando si tratti di debiti pecuniari dello Stato e degli anzidetti altri enti pubblici, il regime posto nel codice civile in tema di interessi moratori. A tacer d'altro, qui soccorre il rilievo che la Corte di cassazione ha con varie decisioni ultimamente negato il fondamento di una simile deroga: nel prospettare la presente questione si sarebbe, quindi, in ogni caso denunciata una norma, ormai spoglia del contenuto o dell'efficacia precettiva, che si vorrebbero far scaturire dall'interpretazione giurisprudenziale». Sentenza 1 febbraio 1982, n. 7: «Se però il diritto vivente (e non semplici deviazioni applicative) dovesse formarsi in violazione del principio del giusto procedimento, esercitandosi dall'autorità regionale poteri a discrezionalità non limitata, allora, al di là delle opinabili distinzioni tra carattere autorizzatorio o concessorio dei provvedimenti, muterebbero i termini normativi delle questioni attualmente sottoposte all'esame di questa Corte (che restano invece integri, per la legge della Regione Veneto, malgrado il sopravvenire delle leggi regionali 22 gennaio 1980, n. 5 e 20 agosto 1981, n. 50)».

<sup>117</sup> In tal senso, potrebbe essere letta la precisazione, altrimenti superflua, contenuta nella sentenza 26 febbraio 1981, n. 33, nella parte in cui indica come il testo della disposizione «conforti pienamente l'interpretazione prevalsa», nonché nella sentenza 15 luglio 1985, n. 202: «Ma, pur non mancando voci favorevoli a tale interpretazione restrittiva, essa, in assenza di un diritto vivente nel senso suggerito dall'Avvocatura dello Stato, non può essere sovrapposta all'interpretazione accolta dall'ordinanza di rimessione, che è, per giunta, la più aderente alla lettera della legge» e, ancora, nella sentenza 3 aprile 1997, n. 77: «poiché una simile statuizione, oltre a costituire un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza, risulta anche rispondente alla lettera delle disposizioni sottoposte al vaglio di questa Corte». Analogamente sembrerebbero interpretabili incisi volti ad evidenziare la concordia di interpretazioni offerta dalle due Corti, ordinanza 2 febbraio 1988, n. 128: «che, pertanto, il "diritto vivente" oggi venutosi a realizzare è nel senso della citata giurisprudenza costituzionale».



(avendo, quindi, riguardo al numero delle pronunce della Corte di cassazione necessarie a questo scopo). Appare, infatti, chiaro come, nel procedere a tale ricognizione, sussistano ampi margini per la Corte costituzionale di disattendere un'esegesi che pure sembrerebbe accolta dal giudice della nomofilachia<sup>118</sup>.

Un nuovo contrasto è, infatti, emerso alla fine degli anni '90, ancora una volta nell'interpretazione di norme del codice di rito penale (del nuovo codice di rito, in questa seconda occasione), in riferimento ad una complessa questione in materia di computo del termine di custodia cautelare, risolta dalla Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di rigetto, che aveva diffusamente censurato l'esegesi del giudice *a quo*, allo scopo di dimostrare la possibilità di una diversa interpretazione della norma impugnata<sup>119</sup>.

La questione era successivamente riproposta alla luce «dell'efficacia che occorre riconoscere alle decisioni interpretative di rigetto secondo la giurisprudenza delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione» e, tuttavia, la Corte costituzionale, con una prima ordinanza, affermava che, «non essendo stati adottati argomenti di concludenza tale da indurre questa Corte a mutare le affermazioni poste a fondamento della citata sentenza n. 292 del 1998, la questione ora proposta deve essere dichiarata manifestamente infondata»<sup>120</sup>, ribadendo poi questa conclusione in una seconda<sup>121</sup> e, quindi, in una terza ordinanza<sup>122</sup>.

Il contrasto si radicalizzò allorché la questione fu nuovamente sollevata, e questa volta dalle Sezioni unite penali. Non è necessario approfondire termini e contenuto della complessa questione affrontata e, avendo riguardo al solo tema qui in esame, è sufficiente ricordare che la Corte costituzionale in tale occasione procedeva ad affrontare espressamente la questione dell'ambito del potere interpretativo spettante ad essa ed alla Corte di cassazione. Nella parte conclusiva dell'ordinanza che dichiarava la manifesta inammissibilità della questione, anche con toni abbastanza forti, sottolineava infatti: «tanto meno può essere ritenuto ammissibile un simile approccio alla giustizia costituzionale se si considera che l'ordinanza delle sezioni unite, oltre ad apparire perplessa (in una motivazione tutta protesa, nella sostanza, a

---

<sup>118</sup> Emblematica in tal senso è la sentenza 3 marzo 1997, n. 58, in quanto afferma che l'interpretazione accolta per giudicare non fondata la questione è consentita dall'inesistenza di un diritto vivente, negando che possa essere ritenuto tale quello espresso da «due sentenze della sesta sezione penale della Corte di cassazione che - in linea con quanto sostenuto anche nell'ordinanza introduttiva del presente giudizio -» erano giunte ad una differente conclusione. Sembra, infatti, chiaro che il potere di identificare le condizioni di esistenza di un diritto vivente conservano alla Corte costituzionale il potere di verificare la correttezza dell'esegesi offerta dall'organo titolare del potere della nomofilachia, soprattutto per l'incertezza che caratterizza l'identificazione del presupposto quantitativo del diritto vivente.

<sup>119</sup> Sentenza 18 luglio 1998, n. 292.

<sup>120</sup> Ordinanza 19 novembre 1999, n. 429.

<sup>121</sup> Ordinanza 19 giugno 2000, n. 214.

<sup>122</sup> Ordinanza 22 novembre 2000, n. 529, in cui iniziava a trasparire un contrasto interpretativo con la Corte di cassazione: «che a un simile errore non può certo avere indotto la sentenza n. 292 del 1998 di questa Corte, giacché, contrariamente a quanto ha ritenuto la stessa Corte di cassazione a sezione unite (19 gennaio 2000, n. 4), in quella sentenza, come risultava chiaramente dalla stessa esposizione dei fatti, si trattava di imputato che aveva visto regredire il suo procedimento e aveva subito custodia cautelare in fasi non omogenee, e proprio in ragione di ciò la relativa questione era stata ritenuta rilevante e decisa nel merito mediante una soluzione interpretativa coerente con i principi di proporzionalità della pena e di inviolabilità della libertà personale».

dimostrare l'infondatezza della questione, il denunciato contrasto si riduce ad un laconico "forse"), si chiude con l'esplicito invito al "rispetto delle reciproche attribuzioni", come se a questa Corte fosse consentito affermare i principî costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione»<sup>123</sup>.

Il conflitto è stato composto solo a distanza di anni, con la sentenza 22 luglio 2005, n. 299, con cui la Corte costituzionale, da un canto, ha rivendicato e riaffermato il proprio potere di astenersi dal dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione, quando sia possibile ricavare dalla stessa una norma conforme alla Costituzione<sup>124</sup>. Dall'altro, ha affermato che «l'indirizzo delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative», precisando che «sulla base di tali principî, ai quali questa Corte si è costantemente richiamata per interpretare la disciplina censurata in modo conforme a Costituzione, e preso atto che si è formato un diritto vivente incompatibile con l'interpretazione sinora sostenuta, la Corte stessa non può che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost.».

Non poteva essere esplicitato in più chiari termini il limite che, secondo la Corte costituzionale, essa incontra in presenza di un diritto vivente, che le preclude la possibilità di pronunciare sentenze interpretative, essendole riservato esclusivamente il compito di verificarne la compatibilità a Costituzione, non anche quello di sindacare la correttezza dell'operazione maieutica svolta dall'organo della nomofilachia per desumere dalla disposizione un dato enunciato normativo.

---

<sup>123</sup> Ordinanza 15 luglio 2003, n. 243, sostanzialmente ribadita prima dall'ordinanza 7 novembre 2003, n. 335 (che dichiarava manifestamente inammissibile identica questione sollevata dalla Corte di cassazione e da un tribunale, osservando: «che l'ordinanza della Corte di cassazione e la prima di quelle emesse dal Tribunale di Milano, nel motivare la non manifesta infondatezza della questione, si limitano a fare rinvio alle argomentazioni svolte dalle sezioni unite nella ordinanza n. 28 del 2002, che dichiarano di condividere e di fare proprie; che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la motivazione dell'ordinanza di rimessione deve essere invece autosufficiente, non potendosi il giudice a quo limitare a richiamare *per relationem* il contenuto di altri atti o provvedimenti, anche se, in ipotesi, acquisiti agli atti del procedimento principale (ordinanze n. 60 del 2003 e n. 8 del 2002); che anche a prescindere dal suddetto rilievo, la questione sollevata con le ordinanze richiamate è stata dichiarata manifestamente inammissibile da questa Corte con ordinanza n. 243 del 2003, proprio in ragione delle argomentazioni in essa contenute, che i giudici *a quibus* dichiarano di fare proprie»), poi dall'ordinanza 30 gennaio 2004, n. 59 (caratterizzata da una motivazione sostanzialmente coincidente con quella svolta nell'ordinanza n. 335 del 2003).

<sup>124</sup> La sentenza è chiara nella parte in cui afferma: «Tale garanzia non risulterebbe assicurata neppure dal criterio - del così detto credito di libertà - secondo cui sarebbe possibile recuperare e accreditare nella successiva fase di competenza il periodo di custodia cautelare trascorso nella fase intermedia. Il recupero è infatti una evenienza non solo futura e incerta (posto che l'imputato potrebbe essere prosciolto o *medio tempore* scarcerato o comunque il procedimento potrebbe non pervenire, per le più varie cause, a fasi o gradi ulteriori), ma non può verificarsi proprio nel caso più ricorrente di regressione del procedimento, e cioè in caso di annullamento di una sentenza di appello confermativa di una condanna di primo grado: situazione per la quale non valgono più termini custodiali 'di fase', ma esclusivamente quelli complessivi di cui all'art. 303, comma 4, cod. proc. pen., giusta il disposto del comma 1, lettera d), ultimo periodo, del medesimo articolo».

Un ulteriore, più sfumato, contrasto era emerso in questi anni in ordine all'interpretazione delle norme della legge fallimentare concernenti la fissazione del limite temporale dell'anno entro cui può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore cessato o defunto. Il contrasto era stato originato dalla ritenuta possibilità da parte della Corte costituzionale di riferire detto termine all'ex socio di una società di persone illimitatamente responsabile, con interpretazione contrastata dai giudici *comuni* e dall'individuazione del *dies a quo* in riferimento all'imprenditore individuale (riferito dal giudice delle leggi alla cessazione dell'attività e non al completamento della fase liquidatoria). La Corte costituzionale, dopo avere dato che l'interpretazione costituzionalmente orientata che essa aveva propugnato non aveva avuto seguito dichiarò, infatti, costituzionalmente illegittime le norme che avevano dato luogo al contrasto interpretativo<sup>125</sup>.

Peraltro, va segnalato come anche in questo arco temporale (1998– 2005), al di là di tale contrasto, numerose decisioni abbiano confermato l'atteggiamento di *self restraint* della Corte costituzionale<sup>126</sup>, sia pure con una certa flessibilità, desumibile soprattutto dalle pronunce che

---

<sup>125</sup> Sentenza 21 luglio 2000, n. 319: «Nella sentenza n. 66 del 1999 questa Corte ha osservato che, così come l'assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore cessato o defunto postula, in applicazione del generale principio di certezza delle situazioni giuridiche, la fissazione di un limite temporale entro cui debba seguire la dichiarazione di fallimento - limite fissato negli artt. 10 e 11 della legge fallimentare in un anno dalla cessazione dell'impresa (o dalla morte dell'imprenditore) -, analogamente ed a maggior ragione deve essere circoscritta entro un prestabilito limite temporale l'ammissibilità del fallimento dell'ex socio, la cui sottoposizione alla procedura fallimentare prescinde del tutto dalla sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 della legge fallimentare, che vanno accertati solo nei confronti della società. In coerenza all'affermazione, costante nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui le leggi "in linea di principio non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne) ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (così, *ex plurimis* sentenze n. 200 del 1999 e n. 65 del 1999) si è individuato, in via interpretativa, il limite temporale all'ammissibilità del fallimento dell'ex socio all'interno della stessa legge fallimentare, e precisamente nella norma dettata dagli artt. 10 ed 11, attribuendo quindi ad essa, in considerazione della sua *ratio* una portata generale e non limitata al solo imprenditore individuale. La giurisprudenza dei giudici ordinari, successiva alla citata sentenza di questa Corte, ha tuttavia mostrato un'evidente contrarietà ad abbandonare l'interpretazione restrittiva da lungo tempo consolidata in sede di legittimità. Gli stessi rimettenti - come si è detto - muovono dal presupposto che l'art. 10 della legge fallimentare non sia suscettibile di diretta applicazione al di fuori della fattispecie espressamente esaminata nella sentenza n. 66, con ciò stesso implicitamente negando il carattere generale della norma, affermato invece nella predetta sentenza. Da qui l'opportunità - onde evitare il perpetuarsi di una grave incertezza interpretativa - che l'esame delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, per molti versi connesse a quelle affrontate nella richiamata sentenza n. 66 del 1999, venga questa volta condotto sulla base della diversa interpretazione della denunciata normativa, consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità ed assunta dai rimettenti quale diritto vivente». La sentenza dichiarò, quindi, l'illegittimità costituzionale degli artt. 10 e 147 l.fall., nei termini nella stessa precisati.

<sup>126</sup> Per le quali si rinvia al § 3; tra le molte pronunce già dianzi richiamate, si richiama l'attenzione sulla sentenza 24 luglio 1998, n. 322 («Ai fini del decidere, va anzitutto esclusa, in conformità al diritto vivente, l'applicabilità, sia diretta che analogica, della norma denunciata alle società di persone»), sulla sentenza 21 luglio 2000, n. 319 («Da qui l'opportunità - onde evitare il perpetuarsi di una grave incertezza interpretativa - che l'esame delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, per molti versi connesse a quelle affrontate nella richiamata sentenza n. 66 del 1999, venga questa volta condotto sulla base della diversa interpretazione della denunciata normativa, consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità ed assunta dai rimettenti quale diritto vivente») e sulla sentenza 6 luglio 2004, n. 206 («L'attuale testo della norma impugnata, nella

più chiaramente hanno rivendicato il controllo in ordine ai presupposti per ritenere esistente un diritto vivente<sup>127</sup>.

### **8. La terza fase: la definitiva affermazione della teorica del «diritto vivente».**

Dopo la composizione del contrasto relativo alla questione della durata del termine di custodia cautelare, la teorica del diritto vivente sembra definitivamente consolidarsi, benché agli albori di quest'ultima fase sia possibile riscontrare un'ulteriore divergenza interpretativa, questa volta verificatasi, per così dire, alla rovescia.

Il riferimento è alla vicenda concernente la c.d. *translatio iudicii*. Nel nostro ordinamento non esisteva un meccanismo in grado di assicurare che il processo, erroneamente promosso davanti ad un giudice privo di giurisdizione sulla controversia, potesse continuare, così come era iniziato, davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dare luogo ad una pronuncia di merito che lo concludesse, evitando il maturare di decadenze. Poste di fronte a tale vuoto normativo, le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, con la sentenza 22 febbraio 2007, n. 4109, innovando un orientamento pluridecennale, affermarono l'applicabilità della regola della *translatio iudicii* sia nel caso di ricorso ordinario *ex art.* 360, numero 1, cod. proc. civ. (previsto per il solo giudizio ordinario e poi esteso, ai sensi dell'art. 111 Cost., a tutte le decisioni), sia nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione, proponibile innanzi al giudice ordinario, ma anche innanzi al giudice amministrativo, contabile o tributario. In estrema sintesi, la sentenza era pervenuta ad affermare tale innovativo principio muovendo dalla premessa che il processo serve per stabilire chi ha torto e chi ha ragione ed offrendo un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali rilevanti nella decisione del caso.

La Corte costituzionale, con la sentenza 12 marzo 2007, n. 77 – pronunciata, quindi, a distanza di pochi giorni dalla sentenza delle Sezioni unite civili – ritenne, invece, che, «ove fossero condivisibili gli argomenti che hanno indotto le sezioni unite ad esprimere tale opinione, questa Corte dovrebbe dichiarare inammissibile la questione in esame per non avere il giudice *a quo* nemmeno tentato di dare una lettura costituzionalmente orientata della norma censurata». Negata l'ammissibilità dell'interpretazione adeguatrice praticata invece dalle

---

interpretazione assunta dal rimettente come diritto vivente, risulta dunque in contrasto con gli artt. 24, primo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione e va perciò ricondotto a legittimità costituzionale»).

<sup>127</sup> A quelle richiamate nella nota 115, *adde*, tra le altre, in riferimento al termine della fase temporale indicata nel testo, sentenza 12 luglio 2002, n. 336 [«A ben vedere, però, l'asserito diritto vivente si sostanzia in poche pronunce del giudice di legittimità, delle quali quelle più recenti (Cass., n. 10713 del 1994; Cass., n. 258 del 1997) fanno propri in modo acritico principi enunciati in sentenze risalenti a circa mezzo secolo (Cass., n. 3637 del 1954; Cass., n. 1531 del 1955)»], sentenza 4 luglio 2003, n. 229 («In secondo luogo è la stessa motivazione sulla esistenza e definizione del "diritto vivente" nel caso in esame a risultare non convincente. Il remittente lo identifica in alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato e, più in particolare, in quattro pronunce dell'Adunanza plenaria (n. 22 del 1999, nn. 10, 11 e 12 del 2000) [...]»), ordinanza 16 maggio 2002, n. 199 [«che la suddetta affermazione è in realtà contenuta in una risalente sentenza della Corte di cassazione che tratta della questione solo incidentalmente (Corte di Cassazione - sezione II - 5 luglio 1962, n. 1724)»].

S.U., la sentenza dichiarò costituzionalmente illegittima la norma impugnata che, nella specie, impediva la *translatio*. La sentenza n. 77 del 2007 realizzava, peraltro, un chiaro *revirement* sulla questione dei limiti dell'interpretazione adeguatrice, ancora più evidente perché solo pochi mesi prima, in altro giudizio pure concernente una norma del codice di rito civile, aveva invece accolto un'ampia concezione dell'interpretazione costituzionalmente orientata, spingendosi a reputarla ammissibile anche in contrasto con la lettera della disposizione<sup>128</sup>, limite pure ritenuto invalicabile dal prevalente orientamento della giurisprudenza costituzionale, in armonia con l'identico principio enunciato dalla Corte di giustizia dell'UE<sup>129</sup>.

In disparte tale dissenso, l'orientamento della giurisprudenza si è, quindi, consolidato nell'affermare che, in presenza di un diritto vivente, la Corte costituzionale recepisce la norma dallo stesso enunciata quale oggetto dello scrutinio ad essa riservata<sup>130</sup>. Particolarmente espressive in tal senso sono le pronunce le quali, talora anche espressamente richiamando la «funzione nomofilattica» della Corte di cassazione<sup>131</sup>, affermano che «l'indirizzo delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative»<sup>132</sup>. Qualora si accerti l'esistenza del diritto vivente, «questa Corte non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative [...], ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali»<sup>133</sup>, ed «incentrare le sue valutazioni sulla norma impugnata nell'interpretazione dominante, fatta

---

<sup>128</sup> Il riferimento è alla sentenza 27 ottobre 2006, n. 343, la quale, dopo avere dato atto sia che il rimettente aveva svolto una «articolata ed esaustiva motivazione», allo scopo di identificare la *ratio* della disposizione ed estrarre la norma denunciata, sia che «il tenore della disposizione censurata» era quello indicato dal giudice *a quo*, aveva tuttavia ritenuto possibile offrire della stessa un'interpretazione sistematica in contrasto con la lettera della medesima, pervenendo in tal modo a desumere dalla stessa una norma conforme ai parametri costituzionali evocati.

<sup>129</sup> In tal senso, tra le più recenti: sentenza 23 luglio 2013, n. 231 («La Corte giudica corretta questa opzione ermeneutica, risultando effettivamente univoco e non suscettibile di una diversa lettura l'art. 19, tale, dunque, da non consentire l'applicazione di criteri estranei alla sua formulazione letterale»); sentenza 22 maggio 2013, n. 91 («Come noto, propriamente «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (*ex plurimis*, sentenza n. 78 del 2012)»); sentenza 22 novembre 2012, n. 258 («L'univoco e dettagliato contenuto delle impugnate disposizioni esclude, infatti, la possibilità di interpretarle nel senso che [...]»); sentenza 5 aprile 2012, n. 78 («come questa Corte ha già affermato, l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (sentenza n. 26 del 2010, punto 2 del Considerato in diritto; sentenza n. 219 del 2008, punto 4 del Considerato in diritto)»); sentenza 22 luglio 2010, n. 270 («Relativamente al primo profilo, è sufficiente osservare che la formulazione lessicale della disposizione non permette un'interpretazione diversa da quella fornita dai rimettenti (ritenuta lesiva degli artt. 3 e 41 Cost.)»). Anche la Corte di giustizia, benchè da tempo risalente richiami i giudici nazionali ad adempiere l'onere dell'interpretazione conforme, ha con chiarezza affermato che questa «non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale», sentenza, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*.

<sup>130</sup> Per le decisioni che hanno dato vita a tale orientamento si rinvia ai richiami del § 3.

<sup>131</sup> Sentenza 14 marzo 2008, n. 64, non mancando di sottolineare che la stessa era stata esercitata con sentenze in «numero elevato» e caratterizzate da «sostanziale identità di contenuto».

<sup>132</sup> Sentenza 22 luglio 2005, n. 299.

<sup>133</sup> Sentenza 6 luglio 2006, n. 266.

propria dal giudice *a quo*<sup>134</sup>, non potendo dunque fare altro che «procedere allo scrutinio di legittimità costituzionale della norma censurata, per come interpretata dal “diritto vivente”»<sup>135</sup>.

La libertà interpretativa si dispiega, invece, ampia, in difetto di un’esegesi stabilizzata<sup>136</sup>.

In definitiva, in presenza di un’interpretazione stabilizzata e consolidata fornita dal giudice della nomofilachia, la Corte può e deve esclusivamente procedere ad «accertar[ne] la compatibilità con i parametri costituzionali evocati» dal rimettente<sup>137</sup>. Questa soluzione – ribadisce in questa fase il giudice delle leggi – risponde «ad una esigenza di rispetto del ruolo spettante ai giudici *comuni* – e segnatamente all’organo giudiziario depositario della funzione di nomofilachia – nell’attività interpretativa: in presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso – specie se consacrato in una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione –», dalla quale deriva che essa «assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente “vive” nell’applicazione giudiziale»<sup>138</sup>.

Restano, tuttavia, aperti i profili problematici conseguenti alla circostanza che l’identificazione dei presupposti del diritto vivente e della sua esistenza spetta alla Corte costituzionale<sup>139</sup>, e ciò anche perché «la “vivenza” della norma [costituisce] una vicenda per

---

<sup>134</sup> Sentenza 14 dicembre 2009, n. 317.

<sup>135</sup> Sentenza 4 giugno 2010, n. 197. Sentenza 16 luglio 2014, n. 208: «Tale interpretazione «costituisce, pertanto, “diritto vivente”, del quale si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati».

<sup>136</sup> *Ex plurimis*, sentenza 12 maggio 1982, n. 92: «Ciò posto, osserva la Corte che, non sussistendo sul problema un’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale (c. d. "diritto vivente"), occorre procedere direttamente all’interpretazione della complessa normativa».

<sup>137</sup> Sentenza 22 dicembre 2011, n. 338, peraltro, nella specie l’interpretazione era stata offerta dalle Sezioni Unite civili, investite «della questione di massima di particolare importanza» avente ad oggetto appunto l’esegesi della disposizione censurata.

<sup>138</sup> Sentenza 12 ottobre 2012, n. 230.

<sup>139</sup> Alle pronunce richiamate *supra, adde*, in relazione alla c.d. terza fase, quali decisioni peculiarmente significative, sentenza 26 giugno 2007, n. 234 («Consegue che la tesi prospettata dai rimettenti si presenta viziata da una inesatta ricognizione del diritto vivente, sicché essa risulta basata su un erroneo presupposto interpretativo»); sentenza 13 luglio 2007, n. 272 («A ben vedere, però, l’errore di prospettiva, in cui incorre il rimettente, è più in radice. Questo, infatti, nel suo ragionamento trascura, anzitutto, di considerare che, non solo non sussiste un "diritto vivente" nel senso della sospensione del processo contabile, ma sussistono anzi diverse posizioni della Corte dei conti al riguardo»); sentenza 16 maggio 2008, n. 147 («Il ragionamento del remittente non può essere, infatti, condiviso. Egli non soltanto individua come diritto vivente un orientamento che pur riferisce essere contraddetto, nell’ambito della giurisprudenza ordinaria di legittimità e di quella amministrativa, da un indirizzo contrario, ma erra, altresì, nella ricostruzione di quest’ultimo, facendo riferimento ad una sola pronuncia della Corte di cassazione e trascurandone altre, in particolare quella emessa dalle sezioni unite in sede di composizione di contrasto giurisprudenziale (Cass. S.U., sentenza 21 novembre 1996, n. 10284) ed ulteriori decisioni a questa successive»); ordinanza 16 febbraio 2006, n. 64 («il giudice a quo, nell’adeguarsi ad un supposto e da lui non condiviso «diritto vivente», peraltro costituito da una isolata pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6435), non ha preso in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza di legittimità e della stessa giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2002, n. 1986; Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 248), »); ordinanza 9 marzo 2007, n. 68 («che, dunque, il giudice a quo,

definizione aperta»<sup>140</sup> e appunto per questo è ancora più chiara la controvertibilità in ordine al profilo dell'effettiva e definitiva stabilizzazione di una data interpretazione quale diritto vivente.

Di tanto costituiscono significativa testimonianza due recenti sentenze della Corte dello scorso e di quest'anno.

La prima di esse ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 819-ter, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 del codice di procedura civile.

In questa pronuncia la Corte costituzionale ha, infatti, dato atto che, successivamente all'ordinanza di rimessione, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato che, qualora sia il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri – come appunto accaduto nel giudizio principale –, sarebbe possibile la riassunzione del processo davanti agli arbitri nel termine fissato o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50, con salvezza degli effetti sostanziali della domanda e, in tal modo, aveva fornito un'interpretazione tale da porre la norma al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal giudice *a quo*. Il giudice delle leggi, nonostante questa interpretazione provenisse dalla Corte di cassazione, ha tuttavia, in primo luogo, sottolineato che la stessa era stata fornita da una «isolata pronuncia», così che essa «non costituisce diritto vivente»; in secondo luogo, ha proceduto alla diretta interpretazione della norma del codice di rito civile, per dimostrare che quella offerta dalla Corte di cassazione «si basa, però, su argomentazioni fragili» e «è smentita, poi, da inequivoci elementi letterali» ed ha, conseguentemente scrutinato la norma nell'esegesi sostenuta dal rimettente<sup>141</sup>.

La seconda sentenza ha avuto ad oggetto l'interpretazione dell'art. 327 c.p.c. e, in particolare, l'identificazione del momento da cui decorre il termine lungo dallo stesso previsto per impugnare la sentenza civile. La questione è stata, infatti, sollevata dalla Corte di cassazione, ritenendo costituzionalmente censurabile la norma desunta dalla stessa dalle Sezioni unite civili in una sentenza resa in sede di composizione di un contrasto di giurisprudenza e, quindi, costituente diritto vivente, anche perché ad essa si erano poi conformate le sezioni semplici. Sembrava, quindi, palese di fronte ad un caso in cui l'alternativa era secca tra accoglimento della questione, ovvero rigetto, qualora l'interpretazione assurda a diritto vivente non fosse stata giudicata in contrasto con i parametri costituzionali ritenuti lesi dalla Corte rimettente.

Così, invece, non è stato, perché la Corte costituzionale ha ritenuto di potere offrire una propria interpretazione del diritto vivente, tale da fare escludere il contrasto della norma con i parametri evocati dal giudice *a quo*. La sentenza sembra, quindi, fare emergere – soprattutto

---

«nell'adeguarsi ad un supposto e da lui non condiviso “diritto vivente”, [...] non ha preso in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza [...],»).

<sup>140</sup> Così, da ultimo, sentenza 24 ottobre 2014, n. 242, sia in riferimento al profilo dell'adeguamento del «significato [della norma] a precetti costituzionali», ma con notazione, all'evidenza, riferibile al significato *tout court* della stessa.

<sup>141</sup> Sentenza 19 luglio 2013, n. 223.

in considerazione della puntuale ricognizione del diritto vivente che nella specie era stata offerta dalla Corte di cassazione e dello stesso contenuto del principio enunciato dalle Sezioni unite ed assunto come tale – la difficoltà di stabilire con precisione quando si abbia mera ricognizione e ricostruzione del diritto vivente, ovvero una *reinterpretazione* della norma da parte della Corte, rispetto a quella da questa offerta<sup>142</sup>.

## **9. Diritto vivente e libertà interpretativa del giudice comune.**

L'esistenza di un diritto vivente, avendo riguardo ad alcuni dei profili dallo stesso interessati, influisce, infine, anche sull'ambito del potere interpretativo spettante al giudice *comune*.

Nella giurisprudenza costituzionale è, infatti, consolidato il principio in virtù del quale il giudice *comune*, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ha l'onere di sperimentare se della disposizione censurata possa essere offerta, nell'osservanza degli ordinari criteri ermeneutici, un'interpretazione adeguatrice, in grado di porla al riparo delle sollevate censure. Il principio, secondo la formulazione più efficace offertane dalla Corte, è che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>143</sup>. Dalla affermazione di una tale regola è conseguita la configurazione, divenuta *jus receptum*, dell'onere dell'interpretazione costituzionalmente orientata quale requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

---

<sup>142</sup> Il riferimento è alla sentenza 22 gennaio 2015, n. 3, posto che, da un canto, ribadisce che, «per costante giurisprudenza di questa Corte nessuna norma di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo perché è suscettibile di essere interpretata in senso contrastante con i precetti costituzionali, ma deve esserlo soltanto quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme a Costituzione», confermando un principio che, secondo quanto precisato *supra* nel testo, è costantemente evocato quando manca un diritto vivente. Dall'altro, afferma che «la sentenza delle sezioni unite civili n. 13794 del 1° agosto 2012 è espressione di apprezzabile rigore, anche esegetico, e dello sforzo di ricondurre a legalità l'azione e insieme l'organizzazione degli uffici competenti». Dall'altro ancora, offre una propria interpretazione di quest'ultima sentenza (chiaramente desumibile dai §§ 7-8 del Considerato in diritto), per concludere affermando che «così interpretato il “diritto vivente”, espresso nella parte ricostruttiva dalla sentenza delle sezioni unite, possono superarsi e quindi dirsi infondati i dubbi di costituzionalità prospettati nell'ordinanza, pur apprezzabile nelle sue preoccupazioni garantiste». Peraltro, benché la Corte, come precisato *infra* nel testo, non abbia mancato di rivendicare a sé il compito di identificare se sussista un diritto vivente, non mancano pronunce espressive di un maggiore *self restraint*: «i compiti dei giudici comuni, ai quali spetta la ricognizione del diritto vigente, e quelli del giudice delle leggi, chiamato a risolvere le antinomie tra legislazione ordinaria e Costituzione in base al criterio gerarchico», così la sentenza 25 luglio 1997, n. 274.

<sup>143</sup> E' questa la formula che, forse più efficacemente, esprime il principio dell'onere dell'interpretazione costituzionalmente orientata quale requisito di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità, contenuta nella sentenza 22 ottobre 1966, n. 356, in seguito costantemente ribadita ora riproducendo letteralmente tale formulazione (ad esempio, sentenza 21 luglio 2000, n. 319) ora esprimendola con parole diverse, senza incidere sul contenuto del principio.



Sul contenuto di questo onere influisce in misura rilevante la teorica del diritto vivente, quale elaborata dal giudice delle leggi, in quanto permette di stabilire i confini della libertà interpretativa del giudice *comune*, in riferimento a due differenti profili.

La rilevanza riconosciuta dalla Corte costituzionale al diritto vivente, nei termini dianzi esposti, comporta infatti che, qualora una determinata interpretazione di una disposizione che abbia assunto tale carattere permetta di ritenere privi di consistenza i dubbi di legittimità costituzionale, è a questa che il giudice *comune* deve attenersi e, conseguentemente, egli resta sostanzialmente privato della facoltà di offrire della disposizione una differente esegesi<sup>144</sup>. In presenza di un diritto vivente giudicato non incompatibile con i parametri costituzionali invocati, la Corte costituzionale pronuncia, infatti, una decisione che avalla e consolida l'orientamento giurisprudenziale dominante<sup>145</sup>.

In assenza di un contrario diritto vivente, ed in virtù dell'onere dell'interpretazione costituzionalmente orientata, il giudice *comune* non può, invece, sollevare l'incidente di costituzionalità, qualora non abbia sperimentato se la stessa sia praticabile<sup>146</sup>, e ciò soprattutto quando manchino «argomenti di ordine testuale o sistematico dirimenti in senso contrario»<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Sentenza 24 luglio 2009, n. 239: «Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge». Ordinanza 25 luglio 2008, n. 302: «E' manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale (...) Infatti, non sussiste, allo stato, un "diritto vivente" conforme alla premessa interpretativa posta a base del dubbio di legittimità». Sentenza 31 ottobre 1995, n. 473: «I giudici rimettenti avrebbero dovuto, pertanto, seguire quella interpretazione data dalla citata giurisprudenza della Corte di cassazione che risulta conforme ai principi costituzionali».

<sup>145</sup> Dato che in tal caso, è sostenibile «una diversa soluzione ermeneutica idonea a soddisfare il *petitum* degli odierni rimettenti», ordinanze 16 maggio 2008, n. 154 e n. 155. Analogamente, ordinanza 18 gennaio 2008, n. 3. Tra le pronunce meno recenti, di pregnante interesse appaiono, sentenza 23 novembre 1994, n. 398: «Le citate pronunce, delle Sezioni Unite della Cassazione, nelle quali sono ravvisabili i connotati del diritto vivente sopravvenuto all'ordinanza di rimessione del Pretore di Biella, rendono manifesto che i dubbi di costituzionalità sollevati dal Pretore possono essere risolti in via interpretativa, senza bisogno di incidere sulle norme così come formulate. La questione stessa, pertanto, deve essere respinta apparendo risolutiva la predetta interpretazione adeguatrice ai precetti costituzionali»; sentenza 15 marzo 1994, n. 87: «La questione dell'applicabilità o meno della diminuzione di cui alla norma impugnata anche all'ipotesi dell'allontanamento dal *locus custodiae* è stata oggetto di divergenti pronunce della Corte di cassazione. A dirimere il contrasto è, tuttavia, di recente intervenuta la medesima Corte a sezioni unite (sentenza n. 11343 del 10 dicembre 1993), la quale ha definitivamente adottato la soluzione affermativa, osservando, fra l'altro, che l'opposta interpretazione darebbe luogo a disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe e non si sottrarrebbe, quindi, a sospetti di incostituzionalità. L'interpretazione della norma impugnata fornita dal giudice cui spetta la nomofilachia determina, pertanto, il venir meno del presupposto da cui muove il remittente, con la conseguenza che la questione sollevata deve dichiararsi non fondata».

<sup>146</sup> Ordinanza 12 marzo 2010, n. 98, secondo cui l'onere dell'interpretazione conforme «deve ritenersi sussistente, a maggior ragione, qualora non sia possibile recepire, quale base dello scrutinio di costituzionalità, un esito interpretativo accettato dalla giurisprudenza comune - cosiddetto "diritto vivente" (ordinanza n. 124 del 2008) - e la questione concerna un complesso normativo di recente modificato, oggetto di orientamenti non concordi della magistratura di merito, sui quali la Corte di cassazione non ha ancora avuto modo di pronunciarsi»; ordinanza 10 febbraio 2006, n. 57: «che, così facendo, il giudice a quo - nel rilevato silenzio della legge ed in assenza di un "diritto vivente" - non assolve all'onere di sperimentare letture alternative della

---

disposizione impugnata, ricavandole dai principi, e quindi non rispetta la necessità di motivare sull'impossibilità di interpretare la norma in senso conforme alla Costituzione »; analogamente, ordinanze 5 aprile 2002, n. 89; 15 marzo 2002, n. 57; 5 novembre 1996, n. 389.

<sup>147</sup> Ordinanza 13 luglio 2007, n. 281. E' peraltro opportuno ricordare che la giurisprudenza costituzionale è consolidata nel ritenere che l'univoca lettera della disposizione costituisce il limite insuperabile nel tentativo di sperimentazione dell'interpretazione adeguatrice: ordinanza 22 ottobre 2014, n. 240 («che, infatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa erariale, i giudici rimettenti hanno verificato la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione denunciata, ritenendola, però, impraticabile alla luce del tenore letterale della stessa che, a loro avviso, impedirebbe di attribuirle un significato diverso da quello sospettato di illegittimità («ogni pur dovuto tentativo in tale direzione [dell'interpretazione costituzionalmente adeguata] è destinato a scontrarsi con l'insuperabile dato testuale della norma, che impedisce di liquidare un indennizzo in misura superiore al “valore del diritto accertato”»); sentenza 23 luglio 2013, n. 231 («I Tribunali rimettenti, a differenza di quanto ritenuto da altri giudici di merito, hanno escluso, però, la possibilità della richiamata interpretazione adeguatrice, reputata incompatibile con il testo dell'art. 19, e perciò hanno sollevato le questioni di legittimità costituzionale all'odierno esame, al fine di conseguire, attraverso una pronuncia additiva, quel medesimo risultato di estensione della titolarità dei diritti sindacali, sulla base della nozione di “effettività dell'azione sindacale”, alle organizzazioni che abbiano partecipato alle trattative, ancorché non firmatarie del contratto. 7.– La Corte giudica corretta questa opzione ermeneutica, risultando effettivamente univoco e non suscettibile di una diversa lettura l'art. 19, tale, dunque, da non consentire l'applicazione di criteri estranei alla sua formulazione letterale»); sentenza 22 maggio 2013, n. 91 («Deve essere altresì rigettata l'eccezione d'inammissibilità relativa al mancato esperimento del tentativo d'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice a quo. Infatti, quest'ultimo dichiara esplicitamente di avere considerato questa possibilità e di averla tuttavia esclusa a causa del tenore testuale della disposizione impugnata. Come noto, propriamente «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (*ex plurimis*, sentenza n. 78 del 2012). Di conseguenza, l'eccezione d'inammissibilità deve ritenersi infondata, in continuità con la giurisprudenza di questa Corte rilevante»); sentenza 22 novembre 2012, n. 258 («L'univoco e dettagliato contenuto delle impugnite disposizioni esclude, infatti, la possibilità di interpretarle nel senso che, nei casi di irreperibilità meramente “relativa” del destinatario della notificazione, si applichino le modalità notificatorie previste dal citato art. 140 cod. proc. civ., quali precisate dalla sentenza di questa Corte n. 3 del 2010. L'art. 26 del d.P.R. n. 602 del 1973 – stabilendo in modo inequivoco che, nei casi suddetti, la notificazione della cartella si perfeziona il giorno successivo a quello in cui è stato affisso nell'albo comunale l'avviso di deposito della cartella nella casa comunale – è palesemente incompatibile con il disposto dell'art. 140 cod. proc. civ., secondo cui la notificazione si perfeziona soltanto con la ricezione della lettera raccomandata contenente la notizia del deposito della cartella nella casa comunale o, comunque, decorsi dieci giorni dalla spedizione di detta lettera. Ne deriva l'impossibilità di una interpretazione adeguatrice che consenta di applicare integralmente alla fattispecie di causa il medesimo art. 140 cod. proc. civ.»); sentenza 5 aprile 2012, n. 78 («Fermo il punto che alcune pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un “diritto vivente”, si deve osservare che, come questa Corte ha già affermato, l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (sentenza n. 26 del 2010, punto 2, del Considerato in diritto; sentenza n. 219 del 2008, punto 4, del Considerato in diritto)»); sentenza 22 luglio 2010, n. 270 («Il Commissario ha, infine, eccepito l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (eccezione esaminabile in riferimento ai giudizi introdotti dalle ordinanze r.o. n. 223 e n. 224 del 2009), a causa della mancata sperimentazione dell'interpretazione adeguatrice e del difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza. A suo avviso, e secondo CAI, il TAR avrebbe, inoltre, evocato gli artt. 3 e 41 Cost. in modo confuso ed eterogeneo, senza chiarire in cosa consisterebbe la dedotta disparità di trattamento, facendo riferimento talora alla ragionevolezza, talaltra alla libertà di concorrenza, talaltra, ancora, alla parità di trattamento. Anche questa eccezione non è fondata. Relativamente al primo profilo, è sufficiente osservare che la formulazione lessicale della disposizione non permette un'interpretazione diversa da quella fornita dai rimettenti (ritenuta lesiva degli artt. 3 e 41 Cost.)). Non è inopportuno ricordare che, relativamente a tale limite, sussiste una piena sintonia con la Corte di giustizia, la quale ha anch'essa identificato nella lettera della legge

Diversamente, la proposizione della questione sarebbe, infatti, sostanzialmente diretta a realizzare «un improprio tentativo di ottenere dalla Corte costituzionale l'avallo a favore di un'interpretazione contro un'altra interpretazione»<sup>148</sup>, dissimulando in tal modo una questione meramente interpretativa interna alla giurisdizione *comune* della quale la Corte non può essere investita<sup>149</sup>. Questa non può essere chiamata a dare l'avallo ad un orientamento condiviso dal rimettente, ritenuto conforme ai parametri costituzionali e, tuttavia, contrastato da un differente indirizzo<sup>150</sup>.

Il sindacato di costituzionalità non è, infatti, «preordinato a valutare l'incertezza in ordine all'applicabilità delle norme, bensì ad eliminare la norma viziata»<sup>151</sup>, né può costituire «una sorta di revisione in grado ulteriore delle interpretazioni offerte» dall'organo della nomofilachia<sup>152</sup>, ovvero essere utilizzato allo scopo di ottenere un avallo della Corte in ordine alla plausibilità e fondatezza di una data interpretazione, controversa nella giurisprudenza comune<sup>153</sup> e che il rimettente neppure mostra di condividere<sup>154</sup>.

---

l'insormontabile limite alla sperimentazione dell'interpretazione conforme (ovviamente, al diritto comunitario), avendo precisato che essa «non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (così, testualmente, sentenza, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino).

<sup>148</sup> Sentenza 22 ottobre 1996, n. 356.

<sup>149</sup> In assenza di un'interpretazione stabilizzata, costituente diritto vivente, e della mancata dimostrazione di tale circostanza, il giudizio incidentale risulta, infatti, «utilizzato in modo assolutamente distorto (ordinanze n. 363 e n. 322 del 2010), in quanto diretto del tutto impropriamente ad ottenere dalla Corte un avallo della interpretazione già ritenuta dal rimettente come preferibile e costituzionalmente adeguata, nonché già applicata anche dal medesimo Tribunale (e dal medesimo giudice)», ordinanza 15 aprile 2011, n. 139. Analogamente, ordinanza 17 luglio 2007, n. 297.

<sup>150</sup> Ordinanza 14 maggio 2004, n. 142: l'ordinanza di rimessione «neppure enuncia l'esistenza di un univoco indirizzo giurisprudenziale tale da assurgere al rango di "diritto vivente", ma, al contrario, dà atto dell'esistenza di una duplicità di orientamenti interpretativi e manifesta la propria preferenza per quello che, attribuendo alle disposizioni denunciate il contenuto di non escludere il suindicato diritto alle differenze retributive, risulterebbe conforme ai parametri costituzionali evocati». Ordinanza 3 maggio 2002, n. 152: «il giudice *a quo* pur palesando chiaramente quale sia l'interpretazione della norma censurata che predilige e che reputa maggiormente conforme al dettato costituzionale, si risolve, nonostante ciò, a proporre le questioni, sì da utilizzare il giudizio di costituzionalità allo scopo di ottenere da questa Corte un avallo dell'opzione interpretativa ritenuta preferibile e, dunque, per un fine estraneo a detto giudizio».

<sup>151</sup> Ordinanza 14 dicembre 1994, n. 427.

<sup>152</sup> Ordinanza 28 novembre 1994, n. 410: «che conclusivamente - e come già affermato in fattispecie analoga a quella odierna, con ordinanza 548/1988 - è manifestamente inammissibile la questione di legittimità quando con essa il Tribunale rimettente "censura in realtà solo una certa interpretazione che della disposizione impugnata dà la Corte di Cassazione e che egli esplicitamente, afferma di non condividere", in quanto appunto "compete al giudice a quo e non a questa Corte di interpretare la disposizione impugnata nel modo che lo stesso giudice ritiene corretto"».

<sup>153</sup> Ordinanza 11 novembre 2010, n. 322: «In definitiva, in assenza di un consolidato "diritto vivente", i dubbi di legittimità costituzionale così prospettati sembrerebbero piuttosto risolversi in un improprio tentativo di ottenere dalla Corte l'avallo della interpretazione della norma propugnata dai rimettenti, con uso evidentemente distorto dell'incidente di costituzionalità (*ex plurimis*, ordinanze n. 219 del 2010 e n. 150 del 2009)». Sentenza 4 dicembre 2009, n. 320: «Deve dunque concludersi che, in mancanza dell'asserito «diritto vivente» - la cui esistenza viene ad essere posta in dubbio, sotto il profilo dianzi evidenziato, dalla stessa ordinanza di rimessione - la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa, mira nella sostanza ad ottenere dalla Corte un avallo ad una diversa

Dunque, soltanto quando sussista un diritto vivente che permetta di ritenere stabilizzata l'interpretazione censurata l'eventuale incidente di costituzionalità «non mira [...] ad ottenere un avallo dell'interpretazione ritenuta preferibile dal giudice *a quo*, ma consiste nella denuncia del contrasto della stessa con i parametri costituzionali» ritenuti lesi<sup>155</sup>.

In considerazione dell'incidenza, nei suesposti termini, del diritto vivente sulla libertà interpretativa del giudice *comune*, questi ha l'onere di dare espressamente atto dell'eventuale esistenza di un univoco indirizzo giurisprudenziale costituente diritto vivente che ha fornito della disposizione un'interpretazione che egli reputa censurabile, ricostruendolo correttamente<sup>156</sup>. Si tratta, inoltre, di un onere particolarmente stringente. Secondo la giurisprudenza costituzionale, il giudice *comune* deve infatti dare atto dell'esistenza di un diritto vivente nel senso da lui ipotizzato e posto a base dell'incidente di costituzionalità<sup>157</sup>. Questo onere non può, inoltre, ritenersi adempiuto mediante «la semplice e neutra citazione di una (a quanto consta, allo stato isolata) pronuncia della Corte di cassazione»<sup>158</sup>, o limitandosi

---

interpretazione, così evidenziando un uso improprio dell'incidente di costituzionalità. Il che implica - per costante giurisprudenza della Corte - l'inammissibilità della questione stessa». Ordinanza 27 marzo 2009, n. 90: «in mancanza di un diritto vivente, la cui esistenza è posta in dubbio dalla stessa ordinanza di remessione, la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa, si risolve in un tentativo di ottenere l'avallo della Corte a favore di una diversa interpretazione della norma stessa e deve, pertanto, ritenersi manifestamente inammissibile». Sentenza 16 maggio 2008, n. 147: «l'ordinanza di remessione si risolve nella irrituale richiesta di avallo di un indirizzo ermeneutico effettuata, oltretutto, in base ad una incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale di riferimento, in quanto il rimettente fa riferimento ad una sola pronuncia della Corte di cassazione, trascurandone altre e, in particolare, quella emessa dalle sezioni unite in sede di composizione di contrasto giurisprudenziale (Cass. S.U., sentenza 21 novembre 1996, n. 10284) ed ulteriori decisioni a questa successive».

<sup>154</sup> Ordinanza 27 gennaio 2006, n. 28: «questa Corte ha ribadito l'inammissibilità di ogni questione attraverso la quale il rimettente tenda ad ottenere l'avallo della Corte ad una certa interpretazione, contestando esplicitamente il presupposto interpretativo posto a base dell'ordinanza di remessione».

<sup>155</sup> Sentenza 10 maggio 2012, n. 117. Analogamente, ordinanza 11 novembre 2010, n. 322: «in definitiva, in assenza di un consolidato "diritto vivente", i dubbi di legittimità costituzionale così prospettati sembrerebbero piuttosto risolversi in un improprio tentativo di ottenere dalla Corte l'avallo della interpretazione della norma propugnata dai rimettenti, con uso evidentemente distorto dell'incidente di costituzionalità»; per l'identica formulazione, c. ordinanza 17 giugno 2010, n. 219.

<sup>156</sup> Alle pronunce richiamate di seguito, *adde*, ordinanza 14 maggio 2004, n. 142; sentenza del 2004; sentenza 4 luglio 2003, n. 229.

<sup>157</sup> Ordinanza 19 luglio 2012, n. 194: «nemmeno, il giudice a quo dà minimamente conto di un dubbio residuo che si mostrasse irriducibile ad ogni tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme, né riferisce dell'esistenza di un diritto vivente che lo avrebbe costretto necessariamente verso l'interpretazione che egli sospetta affetta da incostituzionalità».

<sup>158</sup> Ordinanza 15 aprile 2011, n. 139. Analogamente, ordinanza 24 marzo 2011, n. 103: «che va, infine, rilevato che il rimettente si limita apoditticamente ad affermare detta asserita portata derogatoria e limitativa della disposizione censurata, senza tuttavia (in assenza peraltro, nello specifico, di univoci precedenti giurisprudenziali e, quindi, di diritto vivente), tentare di sperimentare diverse interpretazioni idonee a preservare la norma stessa dai sollevati profili di denunciata incostituzionalità, omettendo di motivare adeguatamente in ordine alla impossibilità di dare di essa una lettura idonea a superare tali dubbi». Sentenza 16 maggio 2008, n. 147: «l'ordinanza di remessione si risolve nella irrituale richiesta di avallo di un indirizzo ermeneutico effettuata, oltretutto, in base ad una incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale di riferimento».

ad affermarne «apoditticamente» l'esistenza<sup>159</sup>, specialmente quando sia comunque riscontrabile un orientamento contrario in grado di far dubitare della stabilizzazione di una data interpretazione<sup>160</sup>, restando altresì fermo il generale divieto della motivazione mediante rinvio *per relationem*, anche su tale punto, ad altra, precedente ordinanza di rimessione<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Sentenza 17 giugno 2010, n. 217: «La prima di tale premesse, tuttavia, non è argomentata in alcun modo dal giudice rimettente, il quale, al riguardo, si limita a richiamare genericamente la «giurisprudenza assolutamente prevalente» e ad affermare, altrettanto genericamente, che tale interpretazione della disposizione censurata deriverebbe, secondo una «fedele applicazione delle regole ermeneutiche», dal divieto di estendere al processo tributario l'art. 337 cod. proc. civ., il quale richiama, appunto, l'art. 373 dello stesso codice. Il rimettente, pertanto, omette di valutare se la disposizione denunciata sia interpretabile diversamente. Non tiene conto, infatti, che: a) non v'è, in proposito, alcuna pronuncia della Corte di cassazione, ma solo contrastanti orientamenti della giurisprudenza di merito, che non assurgono a diritto vivente». Ordinanza 20 novembre 2009, n. 310: «in effetti, il giudice *a quo* - che pure fa mostra d'essere a conoscenza che, relativamente alla questione in esame, «si è tentato da parte di taluni di effettuare una sorta di analogia [...] equiparando la qualificazione di esecutività con quella di efficacia» - si limita apoditticamente ad affermare l'impraticabilità di tale diversa interpretazione (...) così motivando (...) il rimettente, non solo non sperimenta egli stesso la possibilità di pervenire ad una doverosa interpretazione costituzionalmente conforme della norma censurata, ma neppure contesta, in maniera sufficientemente argomentata, la diversa lettura che ne hanno dato altri giudici minorili».

<sup>160</sup> Ordinanza 21 luglio 2011, n. 222: «a tale conclusione si perviene in quanto il remittente non ha preso in considerazione altro orientamento della stessa giurisprudenza amministrativa, a prescindere dal costituire o meno lo stesso diritto vivente, così omettendo di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che egli ritiene conforme a Costituzione». Ordinanza 12 marzo 2010, n. 98: «nella specie, sull'interpretazione denunciata come in contrasto con l'art. 3 Cost. manca un "diritto vivente" e sussiste, anzi, un orientamento, del quale lo stesso rimettente dà atto, che ha ritenuto conseguibile, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata, la soluzione da questi auspicata in ordine alla sindacabilità della scelta del proponente di non suddividere i creditori in classi». Ordinanza 9 marzo 2007, n. 68: «dunque, il giudice *a quo*, «nell'adeguarsi ad un supposto e da lui non condiviso "diritto vivente", [...] non ha preso in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza [...], così omettendo di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che egli ritiene conforme a Costituzione». Ordinanza 6 febbraio 2007, n. 32: «che, pertanto, deve registrarsi l'assenza, allo stato, di un "diritto vivente", conforme alla premessa interpretativa posta a base dei dubbi di legittimità costituzionale: risultando al riguardo formulata anche una diversa soluzione, che varrebbe a soddisfare il *petitum*» formulato dal rimettente. Ordinanza 3 gennaio 2003, n. 19: «essa neppure enuncia l'esistenza di un univoco indirizzo giurisprudenziale tale da assurgere al rango di "diritto vivente", ma, al contrario, dà atto dell'esistenza di una duplicità di orientamenti interpretativi e manifesta la propria preferenza per quello che, attribuendo alle disposizioni denunciate il contenuto di non escludere il suindicato diritto alle differenze retributive, risulterebbe conforme ai parametri costituzionali evocati». Ordinanza 6 luglio 2001, n. 234: «che, in ogni caso, il giudice *a quo* muove dal presupposto che il principio di corrispondenza tra unicità dell'incarico e unicità del compenso sia rigidamente affermato come diritto vivente, pur non disconoscendo egli stesso l'esistenza di altro orientamento, che ritiene possibile una pluralità di compensi in riferimento ad un accertamento avente ad oggetto una pluralità di beni con caratteristiche di autonomia, sì da non assolvere, conclusivamente, all'obbligo di scegliere, tra una pluralità di opzioni ermeneutiche possibili, la soluzione ritenuta conforme a Costituzione».

<sup>161</sup> Sentenza 4 giugno 2010, n. 197: «Questa Corte, dunque, deve procedere allo scrutinio di legittimità costituzionale della norma censurata, per come interpretata dal "diritto vivente" al riguardo formatosi, sulla base dei parametri evocati ed illustrati dalla Sezione rimettente, ferma restando l'inammissibilità del rinvio *per relationem* ad altre precedenti ordinanze».

E' necessario, quindi, che il rimettente svolga una espressa motivazione sul punto<sup>162</sup>, che deve essere almeno non implausibile<sup>163</sup> e dare conto della certezza da parte dello stesso rimettente in ordine alla sicura esistenza di un diritto vivente<sup>164</sup>, restando comunque escluso che egli possa omettere di argomentare in ordine alle ragioni del dissenso dal diritto vivente<sup>165</sup>. Peraltro, la stessa Corte di cassazione, alla quale pure spetta il compito di fornire quella stabilizzazione dell'interpretazione in grado di consolidare un diritto vivente, qualora faccia trasparire il dubbio in ordine alla persuasività della stessa, ha l'onere, proprio in quanto organo titolare del potere di nomofilachia, di verificare se gli ordinari criteri ermeneutici permettano di operare un *revirement*, che è tenuta a sperimentare, dando della disposizione un'esegesi costituzionalmente orientata<sup>166</sup>. Inoltre, come sopra precisato, la Corte costituzionale riserva a sé il potere di verificare la correttezza dell'affermazione in ordine all'asserita esistenza di un diritto vivente, la cui inesattezza comporta l'erroneità del

---

<sup>162</sup> Ordinanza 15 aprile 2011, n. 139: «d'altro canto, a tale scopo, non può certo bastare la semplice e neutra citazione di una (a quanto consta, allo stato isolata) pronuncia della Corte di cassazione, non potendosi certo quella decisione evocare come diritto vivente e, semmai, dovendo il giudice mostrare almeno una chiara e motivata adesione al principio di diritto ivi affermato».

<sup>163</sup> Sentenza 8 ottobre 2010, n. 293: «In presenza di tale contrasto, le ordinanze di rimessione hanno motivato in maniera non implausibile in ordine all'applicabilità della norma, richiamando la giurisprudenza assolutamente prevalente ed il «diritto vivente» del Consiglio di Stato». Sentenza 24 giugno 2010, n. 227: «Nel caso in esame, i rimettenti hanno correttamente valutato, in primo luogo, l'esistenza del contrasto tra la norma impugnata e la decisione quadro, esplicitando le ragioni che precludono l'interpretazione conforme. La motivazione sul punto è plausibile, in quanto numerose decisioni della stessa Corte di cassazione configurano un "diritto vivente" in ordine all'applicabilità nella specie ed alla portata dell'art. 18, comma 1, lettera r), in particolare alla non riferibilità di questa norma allo straniero dimorante o residente in Italia. Peraltro, tale interpretazione risulta suffragata sia dalla lettera della disposizione, che dai lavori preparatori, espressivi dell'intento specifico di escludere per il MAE *in executivis* il rifiuto di consegna dei cittadini di altri Paesi dell'UE, esclusione oggetto di uno specifico emendamento». Ordinanza 12 marzo 2010, n. 98, «che, in presenza di siffatta diversità di indirizzi, la questione risulta non sufficientemente motivata in ordine alle ragioni che impedirebbero di adottare un'esegesi costituzionalmente corretta della normativa in esame».

<sup>164</sup> Sentenza 4 dicembre 2009, n. 320: «in mancanza dell'asserito «diritto vivente» - la cui esistenza viene ad essere posta in dubbio, sotto il profilo dianzi evidenziato, dalla stessa ordinanza di rimessione - la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa» è inammissibile.

<sup>165</sup> Ordinanza 23 novembre 2011, n. 318: «al riguardo, il giudice *a quo* non precisa perché ritiene di dover disattendere, sul punto, il diritto vivente».

<sup>166</sup> Ordinanza 27 luglio 2001, n. 322: «che, sulla base di tali premesse, il giudice *a quo* avrebbe dovuto coerentemente adottare una diversa interpretazione della norma, nel senso ritenuto compatibile con i menzionati principi costituzionali, a ciò sicuramente non ostando né il tenore testuale della norma (come ammesso dalla stessa Corte rimettente) né la qualificazione in termini di diritto vivente della interpretazione oggetto di critica; che siffatta qualificazione non può, infatti, vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un'opzione interpretativa pur ritenuta lesiva di valori costituzionali, atteso che proprio alla Corte di cassazione l'ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l'evoluzione nel tempo, del diritto vivente; che, dunque, la Corte rimettente non ha nella specie assolto l'onere di verificare, prima di sollevare la questione di costituzionalità, la concreta possibilità di attribuire alla norma denunciata un significato diverso da quello censurato e tale da superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale».

presupposto interpretativo dal quale il rimettente muove per sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>167</sup>.

Il diritto vivente è, peraltro, vincolante per il giudice *comune* soltanto quando la norma desunta dalla disposizione sia conforme ai parametri costituzionali e la relativa interpretazione sia idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale che egli eventualmente adombri.

Diversamente accade, infatti, quando è invece proprio l'interpretazione stabilizzata e consolidata ad apparire in contrasto con la Costituzione. In questo caso, secondo l'orientamento della Corte, il giudice *comune*, anche in presenza di un indirizzo che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente», ha la mera facoltà di adeguarsi allo stesso e può allora sollevare la questione senza neppure approfondire ulteriormente la praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>168</sup>. Egli non ha, invece, l'obbligo di uniformarsi all'interpretazione stabilizzata<sup>169</sup>.

In presenza di un diritto vivente non condiviso dal giudice *a quo*, in quanto ritenuto costituzionalmente illegittimo, a questi spetta, infatti, la facoltà di scegliere tra l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione, oppure – adeguandosi al diritto vivente – di sollevare questione di legittimità costituzionale. Peraltro, a questo riguardo va rilevato che, in presenza di un orientamento giurisprudenziale stabilizzato, il giudice *comune* può proporre una sua diversa esegesi, ancora più in quanto la stabilizzazione di una data interpretazione costituisce una vicenda aperta, soprattutto in relazione alla possibilità di adeguare il significato di una data disposizione ai parametri costituzionali, ed appunto per questo egli ha la facoltà di scegliere se assumerla in termini di diritto vivente e sottoporla allo scrutinio della Corte<sup>170</sup>, oppure proporre una diversa interpretazione.

---

<sup>167</sup> Essendo stato in passato dubbie le conseguenze derivanti dalla ritenuta erroneità del presupposto (o della premessa) interpretativo, avendo la Corte, esemplificativamente, dichiarato, la questione talora manifestamente infondata (tra le altre, ordinanze 12 dicembre 2014, n. 280; 22 ottobre 2014, n. 240; 16 luglio 2014, n. 204; 28 aprile 2006, n. 177), talaltra, manifestamente inammissibile (*ex plurimis*, ordinanze 14 maggio 2013, n. 86; a 28 giugno 2006, n. 251).

<sup>168</sup> In quanto come indicato nel testo, specie nel § 8, quanto una «interpretazione costituisce, pertanto, “diritto vivente”» è di questa che «si deve accertare la compatibilità con i parametri costituzionali evocati», Sentenza 22 dicembre 2011, n. 338. Analogamente, sentenza 4 dicembre 2009, n. 317: «L'esistenza di un diritto vivente nel senso indicato non consente di accogliere la richiesta dell'Avvocatura dello Stato di una pronuncia di inammissibilità, per non avere il rimettente considerato la possibilità di dare della disposizione censurata un'interpretazione conforme alla Costituzione».

<sup>169</sup> Sentenza 12 ottobre 2012, n. 230: «Ciò nondimeno, questa Corte ha comunque rimarcato che, pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente», il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi ad esso». Sentenza 12 marzo 2004, n. 91: «Deve, in primo luogo, essere respinta l'eccezione di inammissibilità presentata dall'Avvocatura dello Stato sul rilievo che il remittente avrebbe dovuto egli stesso attribuire alla norma impugnata il significato ritenuto più idoneo a superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale. Si deve, infatti, osservare che, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del “diritto vivente”, la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente».

<sup>170</sup> Al riguardo è chiara ed efficace, da ultimo, la sentenza 24 ottobre 2014, n. 242, che, peraltro reiterando testualmente una formulazione del principio già presente nella giurisprudenza costituzionale, precisa: « questo

In definitiva, soltanto qualora manchi un contrario diritto vivente il giudice rimettente ha il dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali e di motivare in ordine all'impossibilità di offrirla, poiché impedita dall'applicazione delle regole dell'ermeneutica. Per evitare la sanzione di inammissibilità (semplice o manifesta) sembrerebbe, peraltro, necessario che il rimettente, nel dare atto dell'esistenza di un diritto vivente, si astenga dall'approfondirne la condivisibilità e mostri di contestarla. Qualora ciò accada, tanto è infatti sufficiente, secondo la giurisprudenza costituzionale, a connotare la prospettazione di caratteri sufficienti a far trasparire che l'incidente di costituzionalità mira ad ottenere, inammissibilmente, un avallo interpretativo<sup>171</sup>.

---

riguardo va rilevato che, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* – se è pur libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, essendo la “vivenza” della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali», identica formulazione del principio è contenuta nell'ordinanza 12 luglio 2013, n. 191. Sentenza 10 maggio 2012, n. 117: «La premessa interpretativa dalla quale muove il rimettente è, dunque, corretta e, costituendo la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento una facoltà del medesimo».

<sup>171</sup> Ordinanza 6 luglio 2006, n. 272: «che, sotto un ulteriore e concorrente profilo, il rimettente, sottolineando le ragioni che indurrebbero a ritenere l'azione non esperibile per i ratei del premio non pagati, dimostra nella sostanza di non condividere l'interpretazione censurata alla quale tuttavia si adegua, in quanto «diritto vivente»; pertanto mira ad ottenere l'avallo dell'interpretazione costituzionalmente corretta, omettendo di prendere in considerazione altri orientamenti, pure espressi dalla stessa Corte dei conti; che, pertanto, la questione è manifestamente inammissibile anche in quanto il giudice a quo è venuto meno all'onere di offrire un'adeguata motivazione sul contenuto della norma censurata e sulla effettiva impraticabilità di una diversa interpretazione, tenuto conto che una disposizione non può essere dichiarata costituzionalmente illegittima perché suscettibile di essere interpretata in contrasto con precetti costituzionali, ma soltanto quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme alla Costituzione».