

LA TUTELA DELLA PARTE DI FRONTE AL *REVIREMENT* SULLA NORMA PROCESSUALE TRA PROTEZIONE DELL'AFFIDAMENTO, RUOLO DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E ESIGENZE CONNESSE ALLA LEGITTIMAZIONE DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1. *Revirement* e tutela dell'affidamento. – 2. Peculiarità dell'affidamento riposto nella norma processuale. – 3. La giurisprudenza di fronte alla tutela della parte lesa dal *revirement*. Le soluzioni praticate dalla Corte di cassazione. – 3.1. Il caso dei termini di costituzione dell'opponente nel giudizio in opposizione al decreto ingiuntivo. Profili critici. – 3.2. Il caso dei termini di impugnazione in Cassazione delle pronunce del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Profili critici. – 4. La tutela dell'affidamento della parte lesa dal *revirement* processuale in una recente pronuncia della Corte costituzionale. – 5. Premessa ad un tentativo di ricostruzione. L'intersezione tra il problema della tutela della parte di fronte al *revirement* processuale e quello dell'inclusione del precedente tra le fonti del diritto. – 6. Dogmatica giuridica e «fatti tiranni». Dalle prospettive di tutela della parte a quelle ordinamentali. – 7. *Segue*. La proiezione *pro futuro* del *revirement* da soluzione a problema. Il rischio di inibire la funzione attualizzante delle giurisprudenze. – 8. Effetti del *revirement* nel tempo e legittimazione del giudice. – 9. Certezza della norma e discrezionalità del giudice-interprete. Cenni alle controversie teoriche successive al superamento delle prospettive cognitive. – 10. *Segue*. Nomopoiesi giudiziale e legittimazione. – 11. *Segue*. Creazione giudiziale della norma e certezza della legge processuale. La precostituzione delle norme processuali come fonte di legittimazione. 12. Notazioni conclusive. Uno sguardo alle ragioni della legittimazione.

1. *Revirement* e tutela dell'affidamento

Che i giudici, anche quando svolgono le proprie funzioni nell'ambito di ordinamenti di *civil law* e sono, come in Italia, «soggetti soltanto alla legge», decidano talvolta sulla base di letture del dato normativo diverse da quelle accreditate in passato è, dal punto di vista dell'analisi fattuale, ovvio. Non serve nemmeno spendere particolari argomenti per dimostrarlo; chiunque può accorgersene senza sforzo sfogliando qualsiasi repertorio di giurisprudenza o codice commentato.

Entro dati limiti (su cui a breve si dirà qualcosa) e purché siano utilizzate modalità idonee a evitare per quanto possibile mutamenti repentini, l'evoluzione giurisprudenziale è fenomeno anche desiderabile: consente di *correggere il tiro* rispetto ad eventuali imprecisioni passate e di conformare, nei limiti in cui è possibile, il diritto effettivamente applicato alla varietà dei casi concreti, cui difficilmente il legislatore potrebbe fornire risposte sempre adeguate quand'anche si impegnasse in una costante opera di aggiornamento e progressiva specificazione delle disposizioni vigenti (e sempre ammesso che tale fatica si riveli sempre funzionale al raggiungimento dell'obiettivo).

Il *revirement*, dunque, oltre che sempre possibile, è talvolta anche opportuno. Esso, tuttavia, inevitabilmente pone il problema delle sue conseguenze sia sul caso concreto che il *revirement* stesso definisce che, in qualche occasione, sui giudizi incardinati prima della sua pronuncia e non ancora definiti al momento della sua pubblicazione; la questione diviene poi particolarmente delicata quando venga in considerazione l'affidamento eventualmente (o verisimilmente) riposto dalle parti di un giudizio nel diritto vivente smentito dal *revirement*, che esso inevitabilmente *tradisce*.

Non vi sono, peraltro, strumenti giuridici a disposizione per impedire che tale affidamento si sviluppi e, se del caso, si diffonda in modo anche capillare. Né l'affidamento nel diritto vivente può essere rimproverato alla parte; al contrario è del tutto naturale che, poiché di regola il diritto vivente viene *confermato* dai giudici, i consociati in qualche misura continuo sul fatto che esso coincida con il diritto vigente o che, sulla base della

stessa presunta equazione, i loro patrocinatori gli consiglino di agire secondo diritto vivente (come di solito, del resto, accade).

2. Peculiarità dell'affidamento riposto nella norma processuale

Evidentemente la parte può riporre il proprio affidamento tanto su una norma di diritto sostanziale (vivente) quanto su una norma di diritto processuale (vivente) ed è chiaro che il *revirement* può riguardare entrambe, al limite anche congiuntamente.

Di regola, peraltro, quando l'affidamento investe norme di diritto sostanziale esso non è tutelato o è tutelato in modo abbastanza *debole*, cioè solo nell'eventualità che esistano norme pertinenti allo specifico ramo del diritto (sostanziale) interessato dalla pronuncia e che possano valere, nel caso specifico, a tutela della parte: nel diritto civile il riferimento è all'errore costituente la ragione unica e principale dell'atto, mentre nel diritto penale (dove il problema è ancor più delicato) si dovrà verificare se l'affidamento dell'imputato nella giurisprudenza pregressa abbia inciso sull'elemento soggettivo del reato¹.

Nel diritto processuale la questione, come sempre si afferma, è molto più complessa. Il processo infatti – qualsiasi processo – è un fenomeno strutturalmente destinato a durare nel tempo (qualche volta *troppo* tempo), ma tale circostanza va in qualche modo combinata con il diritto della parte «di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce»², ed è evidente che il mutamento di giurisprudenza sulla norma processuale *cambia le carte in tavola*, con conseguente compressione (o, più spesso, negazione) di questo diritto.

A me pare, però, che ciò solo non basti a qualificare come peculiare la situazione della parte di fronte al *revirement* processuale.

Il diritto (se di *diritto* si vuol parlare) della parte di conoscere al momento in cui agisce le regole che disciplinano il rito è, infatti, la proiezione sul piano del processo dell'interesse che tutti hanno di sapere *prima*, cioè al momento in cui tengono una certa condotta, quali saranno le conseguenze giuridiche di quella condotta. Simile esigenza è ovviamente della massima importanza, poiché contribuisce ad assicurare la tenuta sul piano etico, prima che giuridico, del *patto* tra chi pone le regole e chi è chiamato a rispettarle; del resto, essa è alla base del principio (questo sì giuridico) dell'irretroattività della legge, alle cui eccezioni tradizionalmente - e non senza ragioni - i giuristi guardano con condivisibile sospetto. Eppure non si tratta di un'esigenza sottesa soltanto al diritto processuale, ma senz'altro anche a quello sostanziale, tanto che la Costituzione (art. 25, 2° comma) si preoccupa di escludere la derogabilità al principio di irretroattività per la legge penale (incriminatrice). Convince, dunque, la prospettiva di chi invoca a tutela della parte lesa da un *revirement* processuale «una regola non scritta di etica processuale» (ma direi di etica *tout court*) che vieta di *cambiare le regole del gioco dopo il fischio d'inizio*³; va detto però che si tratta di una regola che dovrebbe almeno tendenzialmente valere tanto per le norme che regolano il processo quanto per quelle di diritto sostanziale.

La peculiarità, sotto questo punto di vista, del diritto processuale emerge con più forza se, invece, si guarda a quella dottrina che ritiene sia il principio costituzionale del giusto processo a dover valere a tutela della parte, poiché esso è senz'altro violato nel caso in cui il contraddittorio finisca per svolgersi in una situazione in cui una delle parti contava su una regola poi ritenuta inapplicabile⁴ (per non parlare, poi, dell'ipotesi in cui ci contassero *tutte*).

Un ruolo non secondario, si ritiene, potrebbe poi essere svolto dal principio di effettività della tutela giurisdizionale e, soprattutto, dalla funzione strumentale rispetto al diritto sostanziale che il diritto processuale dovrebbe pur sempre mantenere. Essa infatti è in buona misura ostacolata ogni qual volta il *revirement* rende irrituale un atto o un comportamento della parte che, stando al diritto vivente al momento in cui la condotta è posta in essere, risultava conforme al diritto processuale, impedendo così di addivenire ad una pronuncia di merito. In altri termini, e spostandosi sull'angolo visuale della parte, il suo diritto di conoscere *prima* tutte le regole del gioco consente al processo una reale funzione strumentale (o almeno non ostativa) rispetto alla situazione giuridica sostanziale di cui si chiede tutela.

¹ Cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 6.

² Cass. 22 marzo 2011, n. 6514, *Foro it.*, 2011, I, 1039.

³ Così A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, 117. Per un'argomentazione in parte analoga v. anche R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, reperibile in www.unifi.academia.edu.

⁴ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 11.

3. La giurisprudenza di fronte alla tutela della parte lesa dal *revirement*. Le soluzioni praticate dalla Corte di cassazione

Il problema i cui termini essenziali si è inteso sinora brevemente tratteggiare non si pone soltanto nell'ambito delle pur promettenti esercitazioni accademiche, ma anzi esso affiora essenzialmente dalla prassi quotidiana ed investe concrete vicende processuali, qualche volta in modo molto significativo. La migliore dimostrazione di ciò, si ritiene, può emergere dall'analisi di alcuni casi giurisprudenziali abbastanza noti di cui i giudici italiani si sono recentemente occupati e, soprattutto, da quella delle soluzioni effettivamente sperimentate.

3.1. Il caso dei termini di costituzione dell'opponente nel giudizio in opposizione al decreto ingiuntivo. Profili critici

Pronunciato il decreto ingiuntivo, l'opponente ha quaranta giorni di tempo a decorrere dalla notificazione del provvedimento (che determina la pendenza) per proporre l'opposizione, come noto attraverso la notifica di un atto di citazione. Da questo momento in poi, dispone l'art. 645, 2° comma, c.p.c. che «il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito; ma i termini di comparizione sono ridotti a metà». Una giurisprudenza che è il caso di definire *granitica*, consolidatasi sin dal 1955⁵, aveva da sempre affermato che la riduzione del termine di costituzione dell'opponente conseguiva al fatto che egli stesso avesse assegnato all'opposto un termine a comparire inferiore a quello legale: insomma se l'opponente assegnava un termine pari o superiore a quello legale poteva senza rischi costituirsi entro dieci giorni dalla notifica dell'opposizione. Recentemente, tuttavia, la Cassazione è intervenuta proprio su questa giurisprudenza, ribaltandola (anche se si afferma si tratti solo di una «puntualizzazione») e affermando invece l'onere dell'opponente di costituirsi in ogni caso entro il termine (dimezzato) di cinque giorni, a prescindere dall'assegnazione dei termini a comparire; ciò conseguirebbe, secondo la Corte, dalla necessità di tenere nella dovuta considerazione «esigenze di coerenza sistematica oltre che pratica»⁶. Al di là della portata di simili esigenze⁷, preme qui evidenziare i rischi connessi all'applicazione della *nuova* giurisprudenza della Cassazione ai processi in corso, che avrebbe dovuto a rigore condurre all'accertamento della tardività di moltissime costituzioni in giudizio che, secondo diritto vivente, erano pacificamente tempestive sino al momento prima che la Cassazione pronunciasse il proprio *revirement*; opzione questa evidentemente ricca di risvolti pratici, atteso che dalla tardiva costituzione deriva l'improcedibilità dell'opposizione e, dunque, il consolidamento del decreto ingiuntivo.

Di fronte ai seri rischi che il brusco *revirement* investisse molte opposizioni pendenti pregiudicandone la ritualità si è inteso *correre ai ripari* con molti strumenti. Anche il legislatore, fortemente sollecitato dal c.n.f. e sia pure con un po' di ritardo, è intervenuto con legge interpretativa, *reagendo* alla sentenza sgradita con l'approvazione della l. 29 dicembre 2011, n. 218, il cui primo articolo elimina il riferimento alla riduzione a metà dei termini di comparizione di cui all'art. 645, 2° comma, c.p.c. ed il cui secondo articolo tenta di *neutralizzare* in via interpretativa gli effetti del *revirement* giurisprudenziale⁸. Per impedire che il nuovo orientamento incidesse sui processi in corso pregiudicando gli opposenti, si è dunque ritenuto necessario

⁵ Cass. 12 ottobre 1955, n. 3053, *Foro it.*, 1955, I, 1454.

⁶ Cass. 9 settembre 2010, n. 19246, *Foro it.*, 2010, I, 314, con osservazione di C.M. BARONE - R. CAPONI - G. CONSTANTINO - D. DALFINO - A. PROTO PISANI - G. SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*.

⁷ Con un po' di malizia si potrebbe affermare che la vera esigenza *pratica* che la pronuncia in esame affronta è quella connessa allo smaltimento del ruolo, obiettivo in sé più che desiderabile ma di certo non perseguibile *tagliando via* una buona fetta di cause di opposizione a decreto ingiuntivo pendenti. Quanto, poi, alle esigenze di coerenza sistematica, cui pure la Corte di cassazione si riferisce, esse andrebbero valutate più compiutamente di quanto questa sede non consenta; tuttavia, merita almeno di essere ricordato che il decreto ingiuntivo è pronunciato fuori contraddittorio, per cui se c'è una posizione più delicata dell'altra e, se si vuole, *una parte da tutelare*, questa dovrebbe essere proprio l'opponente, la cui attivazione consente l'instaurazione della cognizione piena.

⁸ Il testo della disposizione è il seguente: «Nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, l'articolo 165, primo comma, del codice di procedura civile si interpreta nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'articolo 163-bis, primo comma, del medesimo codice». Per la prima applicazione della l. 218/11 da parte del giudice di legittimità v. Cass. 16 febbraio 2012, n. 2242, *Foro it.*, 2012, I, 2414; per la dichiarazione della manifesta infondatezza della q.l.c. avente ad oggetto proprio l'art. 2 l. 218/11 v. Cass. 17 maggio 2012, n. 7792, *Id.*, Rep. 2012, voce *Ingiunzione*, n. 15. In dottrina v., per un primo commento alla legge, A. TEDOLDI, *La modifica dell'art. 645, 2° comma, c.p.c.: i termini dell'opposizione a decreto ingiuntivo non si dimezzano più*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 375.

intervenire con una legge (interpretativa e quindi) retroattiva, facendo eccezione ad un principio generale ampiamente giustificato sul piano giuridico e pur sempre posto a tutela di cruciali diritti dei consociati⁹.

Prima però che, sia pure con questa *forzatura*, si trovasse un rimedio di portata tendenzialmente generale al problema, già i giudici avevano suggerito, sulla scorta della riflessione dottrinale, di utilizzare come strumento di tutela dell'affidamento della parte l'istituto della rimessione in termini¹⁰. Si tratterebbe, in sintesi, di approfittare del fatto che la l. 18 giugno 2009, n. 69 ha abrogato l'art. 184bis c.p.c. ed inserito un secondo comma all'art. 153 dello stesso codice, secondo il quale «la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma», con l'effetto non trascurabile di *spostare* la disciplina dell'istituto dalla sola fase dell'istruzione al libro dedicato alle disposizioni generali sul processo¹¹.

Sebbene alcune pronunce della Cassazione abbiano in buona misura contribuito ad incoraggiare le parti che lamentavano lesione del proprio affidamento nel diritto processuale vivente a richiedere la rimessione in termini¹², si tratta, a mio modo di vedere, di una soluzione che implica alcune accortezze interpretative.

Non è scontato, infatti, anzitutto che in ogni caso di *revirement* sulla norma processuale si possa *rimediare* rimettendo la parte in termini, poiché talvolta potrebbe rendersi necessaria, più che la rimessione, la sanatoria retroattiva dell'atto irrituale [ad esempio, e tipicamente, dell'atto (ora ritenuto) intempestivo]. Certamente potrebbe interpretarsi l'art. 153, 2° comma, c.p.c. nel senso che la norma che esso esprime vale a strumento di salvezza di qualsiasi decadenza cui la parte sia incorsa «per causa ad essa non imputabile», a prescindere dallo strumento (rimessione o sanatoria) che si rende necessario per raggiungere il risultato desiderato. Forse questa lettura, peraltro, potrebbe risultare da un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione¹³; si tratta però di una soluzione tutt'altro che ovvia e di non immediata concordanza con il dato testuale.

Non è scontato, poi, nemmeno che la rimessione in termini possa operare d'ufficio; anzi, a me pare che il rinvio contenuto nell'art. 153, 2° comma, c.p.c. all'art. 294, 2° e 3° comma, dello stesso codice stia quanto meno a significare che è necessaria l'istanza di parte: le disposizioni cui si rinvia, infatti, sono dettate in riferimento alla costituzione del contumace e sembrano abbastanza chiare nell'indicare che egli «può chiedere [...] di essere ammesso a compiere attività che gli sarebbero precluse, se dimostra [...] che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile», non che il giudice possa procedere d'ufficio¹⁴.

3.2. Il caso dei termini di impugnazione in Cassazione delle pronunce del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Profili critici

Un apprezzato tentativo di inquadrare in ottica sistematica i profili delle modalità di tutela della parte di fronte al brusco *revirement* processuale viene da una più recente sentenza della Cassazione in tema di impugnazione delle pronunce del Tribunale superiore delle acque pubbliche¹⁵; la questione presenta una qualche complessità e merita, dunque, di essere brevemente riassunta.

⁹ La Corte costituzionale ha sempre affermato che le leggi interpretative sono retroattive *proprio perché* sono interpretative (per prima Corte cost. 7 marzo 1957, n. 44, *Giur. cost.*, 1957, I, 567 e, da ultimo, 5 aprile 2012, n. 78, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Contratti bancari*, n. 17); la tesi, tuttavia, non persuade del tutto poiché si basa essenzialmente su una finzione: si suppone, cioè, che il legislatore della legge interpretativa sia effettivamente lo stesso soggetto ad aver dettato la legge interpretata e si ricerca, di conseguenza, il fondamento della legge interpretativa nella *coscienza del suo autore* invece che, più correttamente, nella semplice *volontà del legislatore*. Sulla possibilità di utilizzare leggi cc.dd. di interpretazione autentica in chiave reattiva, cioè «per rimediare a un'opzione interpretativa consolidata nella giurisprudenza in senso divergente dalla linea di politica del diritto [...] giudicata più opportuna» v. Corte cost. 7 novembre 2008, n. 362, *id.*, 2009, I, 978.

¹⁰ V. Trib. Brindisi – Francavilla Fontana 8 febbraio 2011, *Giur. it.*, 2011, 1600; Trib. Ascoli Piceno 4 gennaio 2011, *Foro it.*, *Merito extra*, n. 2011.5.1.; Trib. Pavia 14 ottobre 2010, *Ibid.*, n. 2010.491.3; Trib. Torino 11 ottobre 2010, *id.*, 2010, I, 315. In dottrina v., a favore dell'applicazione della rimessione in termini, C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti di interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1339; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali e «giusto processo»*, *ibid.*, 1390.

¹¹ Con conseguente introduzione di un meccanismo generalizzato di rimessione in termini; per questa prospettiva v. Cass. 11 giugno 2010, n. 14124, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Impugnazioni civili*, n. 61.

¹² V. Cass. 17 giugno 2010, n. 14627, *Foro it.*, 2010, I, 3050; 21 luglio 2011, n. 15811, *Guida al diritto*, 2010, 35, 40.

¹³ Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 13.

¹⁴ V. però, in senso contrario, Cass. 14627/10 cit. e, da ultimo, Cass. 5 giugno 2012, n. 8997, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Astensione, ricusazione*, n. 12, secondo la quale la superfluità dell'istanza di parte deriverebbe dalla circostanza per cui «la causa non imputabile è conosciuta dalla Corte di cassazione, che con la sua stessa giurisprudenza ha dato indicazioni sul rito da seguire, *ex post* rivelatesi non più attendibili».

¹⁵ Cass. 11 luglio 2011, n. 15144, *Foro it.*, 2011, I, 2254; a commento della pronuncia v. anche M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1078.

Gli articoli 201 e 220 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 chiaramente prevedono l'impugnabilità in Cassazione delle decisioni pronunciate dal Tribunale delle acque, mentre l'art 202 stabilisce che il termine per proporre ricorso decorre dalla notificazione della sentenza. Secondo l'art. 183, 3° comma, r.d. 1775/33 «il cancelliere annota in apposito registro il deposito ed entro tre giorni da tale deposito trasmette la sentenza con gli atti all'ufficio del registro e ne dà avviso alle parti perché provvedano alla registrazione»; secondo il successivo 4° comma «restituiti la sentenza e gli atti dall'ufficio del registro, il cancelliere entro cinque giorni ne esegue la notificazione alle parti, mediante consegna di copia integrale del dispositivo, nella forma stabilita per la notificazione degli atti di citazione». La Cassazione aveva sempre inteso che il termine per la proposizione del ricorso iniziasse a decorrere dalla notifica di cui all'art. 183, 4° comma, anche per tutelare il diritto della parte soccombente a poter organicamente predisporre le proprie difese. Con una recente pronuncia, però, la Cassazione ha ribaltato la propria consolidata giurisprudenza¹⁶ ed ha ritenuto che, considerata l'evoluzione normativa in materia di imposta di registro in ragione della quale il cancelliere è ora obbligato a rilasciare copia della sentenza anche prima della registrazione se ciò serve alla prosecuzione del giudizio, debba escludersi che, ancora oggi, la preventiva registrazione possa valere da condizione essenziale per la decorrenza del termine breve di impugnazione. Si intuisce, allora, da dove può nascere il problema, cioè dall'eventualità che il nuovo orientamento trovi applicazione in riferimento ai ricorsi presentati al momento in cui il diritto vivente li qualificava come tempestivi e, quindi, li *trasformi* in atti tardivi, con tutte le conseguenze preclusive del caso.

Il ragionamento della Cassazione muove, in questa occasione, da alcune considerazioni circa questioni generali la cui trattazione non può essere, secondo la Corte, elusa.

Precisa anzitutto la Cassazione che la norma giuridica trova la propria fonte di produzione nella legge e negli atti ad essa equiparati; i giudici, che sono soggetti soltanto alla legge, restano quindi «estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche». In particolare, poi, andrebbe rilevato come la norma giuridica assuma «struttura ternaria», risultando formata da un significante, da un significato «o più possibili significati» e da «un giudizio di valore». La presenza e la consistenza di tale tensione assiologica sottesa alla norma, se unite alla necessità che essa si inserisca coerentemente in «un sistema ordinamentale», opererebbero poi in modo che «la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in se stessa, ma è soggetta, *ex se*, a dinamiche evolutive»; essa insomma può assumere nel tempo «una molteplicità di contenuti». Tali modificazioni avverrebbero, però, a prescindere dall'intervento del giudice-interprete che ne dia conto in una propria pronuncia; ecco perché «quello [...] del diritto vivente è un fenomeno oggettivo», solo che esso, «per la sua complessità esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea». L'interpretazione c.d. evolutiva, dunque, può essere tale solo per traslato, poiché essa rimane un atto di accertamento, ed in specie di accertamento del significato (già) assunto dalla norma quando il giudice la deve applicare. Diverso, poi, sarebbe il caso dell'interpretazione invece correttiva, che si ha quando il giudice desume dalla medesima disposizione un significato diverso da quello accreditato in passato ritenendo errata la precedente lettura o, comunque, ritenendo preferibile quella inedita¹⁷.

Se queste sono le premesse, come del resto la Cassazione non manca di rilevare, «è difficile sfuggire [...] alla conseguenza che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da essa tenuto in conformità all'orientamento *overruled* risulti – ora per allora – non rituale», con tutti gli effetti preclusivi che ne possono conseguire. Secondo la Corte però – ed è questo il profilo risolutivo – l'ordinamento non tollera il verificarsi di simili conseguenze, «trovando il dispiegarsi dell'effetto retroattivo insuperabile ostacolo, in una siffatta evenienza, nel valore superiore del giusto processo» (*deus ex machina!*) per rispettare il quale non può certo chiudersi in rito un giudizio che si sarebbe *naturalmente* concluso, ove non vi fosse stato *revirement*, con una sentenza di merito. Infatti «se è pur vero che un'interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi *contra legem*, non può, per la contraddizione che non lo consente,

¹⁶ Cass. 30 marzo 2010, n. 7607, *Foro it.*, 2011, I, 546.

¹⁷ In questa seconda ipotesi, tuttavia, la Cassazione raccomanda da qualche tempo la massima prudenza, affermando a chiare lettere che non vi è ragione per affermare un'interpretazione diversa da quella precedentemente praticata e pur compatibile con la lettera della disposizione, «essendo preferibile e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario l'interpretazione sulla cui base si è già formata una pratica di applicazione» (v. Cass. 18 maggio 2011, n. 10864, *id.*, 2012, I, 1864, con osservazioni di G.G. POLI e G. CONSOLO). Sul punto non interessa, in questa sede, dilungarsi particolarmente; va rilevato, però, che ove la Cassazione ritenesse di *andare sino in fondo* e di portare alle sue logiche conseguenze simile *manifesto* risulterebbe inevitabile lo scontro con la Corte costituzionale, secondo la quale grava, come quel giudice afferma da più di 15 anni, sul giudice comune l'obbligo di ricercare un'interpretazione conforme a Costituzione in tutti i casi in cui essa sia praticabile (in tutti i casi in cui, insomma, non sia esclusa dal tenore testuale della disposizione).

essere considerata *lex temporis*, vero è però anche che, sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme. Per cui, anche per tal profilo, viene in rilievo l'affidamento in quella apparenza riposto dalla parte».

L'iter logico ed argomentativo seguito dalla Cassazione si presta ad alcune osservazioni.

Anzitutto l'affermazione secondo la quale i giudici sarebbero «estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche» meriterebbe qualche approfondimento. Tutti i giuristi (e tra questi senz'altro anche i componenti della Cassazione) sanno che tra disposizioni e norme corre una apprezzabile differenza¹⁸, ma è noto anche che spesso nel linguaggio della dottrina, della giurisprudenza ed anche del legislatore i due termini vengono usati come se fossero sinonimi, non necessariamente perché si è fatta confusione, ma anche solo per affermare quella «tendenziale equivalenza» tra atti di potere ed atti retorici di cui trattava già Crisafulli¹⁹. Ebbene, se quando si dice che i giudici sono esclusi dal circuito di produzione delle norme si vuol semplicemente affermare che essi non possono dettare disposizioni normative, l'affermazione è senz'altro corretta; se, però, per *norma* si intende (come pure si dovrebbe intendere) il prodotto dell'attività interpretativa, allora si dovrebbe, semmai, affermare il contrario, cioè che i giudici possono produrre *solo* norme e non anche disposizioni, fermo restando che, come si dirà tra breve, le seconde sono tutt'altro che inidonee a determinare i contenuti delle prime.

Quanto all'affermazione della natura comunque dichiarativa delle pronunce che contribuiscono alla creazione del diritto vivente, essa si basa sull'idea che l'evoluzione del contenuto normativo di una data disposizione avvenga sul piano oggettivo, senza cioè l'intervento del giudice, il cui apporto rimarrebbe comunque nell'ambito delle attività ricognitive dell'esistente²⁰. Assumendo (non senza sforzi) come corretta questa prospettiva, però, è contraddittorio affermare che l'affidamento della parte cui si vuole offrire tutela abbia come oggetto l'«apparenza di una regola»; se, infatti, il giudice ha comunque dichiarato l'esistenza di una norma (già) evoluta «*ex se*», allora l'affidamento cadeva, più che sul diritto *apparente*, su quello *previgente*: la parte credeva che continuasse a vigere quella norma processuale che i giudici avevano dichiarato *sino a ieri* e non si era avveduta del fatto che, invece, la norma era autonomamente evoluta e che, di conseguenza, i giudici ne avrebbero dichiarato il *nuovo* contenuto. È ovvio che simile ricostruzione pone il problema di capire in che termini un principio costituzionale (quello del giusto processo) possa operare nel senso di offrire tutela a chi confidava in un diritto che non vige (più) e, dunque, disegna i contorni di una strada tutta in salita; tuttavia, essa consegue, a rigore, alle premesse che la stessa Cassazione ha posto per evitare di negare, sia pure implicitamente, il dogma della natura dichiarativa della pronuncia giudiziale.

4. La tutela dell'affidamento della parte lesa dal *revirement* processuale in una recente pronuncia della Corte costituzionale

Il problema della tutela della parte di fronte al *revirement* processuale si è recentemente posto anche di fronte alla Corte costituzionale, che lo ha affrontato in un giudizio di legittimità sulla legge introdotto in via principale²¹. In particolare, la questione nasceva dall'impugnazione da parte della provincia di Trento dell'art. 23, 21° comma, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111, relativo all'imposizione di un'addizionale erariale sulla tassa automobilistica che, a giudizio della ricorrente, determinava una violazione dello statuto, poiché esso fissa condizioni molto restrittive alla riserva del gettito all'erario. Come già avvenuto in molte altre occasioni, l'impugnazione era stata deliberata dalla giunta provinciale in via d'urgenza (ex art. 54, n. 7, d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670) e poi ratificata dal consiglio due mesi dopo, quando il ricorso era già stato notificato al Presidente del Consiglio e tempestivamente depositato in cancelleria.

¹⁸ Nelle trattazioni sull'interpretazione giuridica la differenza tra disposizione e norma è considerata ormai (e giustamente) un punto di partenza più che un punto d'arrivo; essa è patrimonio comune di tutti gli studi sulle fonti del diritto (manuali compresi) ed appartiene allo strumentario giuridico più diffuso sin da prima della pubblicazione delle importanti riflessioni sul punto di Riccardo Guastini (*Disposizione vs. Norma*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 3), ed in specie almeno sin dalla pubblicazione della voce di Vezio Crisafulli (*Disposizione (e norma)*, in *Encicl. dir.* XIII, Milano 1964, 195).

¹⁹ Sull'appartenenza della disposizione al mondo degli atti di potere e della norma a quello degli atti retorici v. R. BIN, *La corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in A. ANZON – B. CARAVITA – M. LUCIANI – M. VOLPI (cur.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993, 7 ss., *passim*.

²⁰ Su questo punto v., in chiave critica, G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in www.rivistaic.it, 1/2012.

²¹ Corte cost. 23 maggio 2012, n. 142, inedita.

La Corte osserva, al proposito, che la legittimazione in via d'urgenza della giunta provinciale, per quanto prevista dallo statuto, rimane pur sempre una legittimazione eccezionale e temporanea; essa necessita, dunque, di essere «consolidata e resa definitiva» con la ratifica consiliare che deve necessariamente arrivare «entro un termine predeterminato». Tale termine non potrà che essere, secondo la Corte, quello per il deposito del ricorso, perché è con la costituzione in giudizio che la ricorrente fissa il *thema decidendum*, fa *scattare* i termini ordinatori per la fissazione dell'udienza e, soprattutto, quelli perentori per la costituzione delle altre parti. Del resto, se al resistente si vuol riconoscere un pieno diritto di difendersi non si vede perché debba farlo nel permanere di una situazione di incertezza circa l'effettiva volontà del ricorrente di intraprendere il giudizio.

Il ragionamento della Corte conduce direttamente ad affermare che, dovendo la ratifica essere depositata nello stesso termine perentorio entro il quale va depositato il ricorso, nei casi come quello in esame (in cui la ratifica arriva mesi dopo la scadenza del termine) si ha un'ipotesi tutto sommato ovvia di inammissibilità, cui dovrebbe conseguire la relativa dichiarazione. Tuttavia – ed è questo il punto che qui interessa in modo specifico – la Corte accerta l'inammissibilità, ma non la dichiara e, anzi, prosegue nell'analisi del merito²²; ciò perché, secondo quanto si legge nella pronuncia, «si deve tener conto nel caso di specie di una lunga prassi di questa Corte, la quale in numerose occasioni non ha rilevato l'inammissibilità del ricorso sotto questo profilo» determinando «anche per l'obiettivo incertezza interpretativa delle norme processuali in materia, un errore scusabile tale da ingenerare nelle Province autonome l'affidamento circa la non perentorietà del suddetto termine di deposito».

La prospettiva, dunque, è quella dell'errore che, siccome scusabile, non produce conseguenze pregiudizievoli per la parte che vi è incorsa; essa, tuttavia, si fonda in un ragionamento basato su una finzione forse utile (forse persino *salutare*), ma che comunque è utile disvelare. Anzitutto non è ovvio che la parte che abbia confidato in un'interpretazione della legge processuale consolidatasi negli anni abbia commesso un *errore*; se si accetta l'idea che le norme, essendo prodotti dell'interpretazione, possano nel tempo assumere contenuti diversi senza che siano modificate le disposizioni da cui esse derivano, dietro all'affidamento *tradito* non vi è affatto un *errore*, ma anzi al contrario l'esatta conoscenza del *diritto vivente* in materia processuale (in questo caso) costituzionale²³. Affermando poi che l'affidamento cade su un errore la Corte aderisce anche, sia pure implicitamente, all'impostazione dogmatica più tradizionale: il giudice dichiara sempre il diritto vigente e, se sino a *ieri* ha dichiarato la vigenza di *altre norme*, vorrà dire che c'è stato, appunto, un errore²⁴. Anche però ammettendo che questa sia effettivamente la rappresentazione più fedele della situazione sottostante il *revirement* giurisprudenziale, va comunque rilevato che l'errore scusabile da *perdonare* dovrebbe essere, in teoria, quello in cui è incorsa la parte, mentre in questo caso a me pare che l'errore concretizzatosi nella dichiarazione (consolidatasi nel tempo) di norme il cui contenuto è in realtà diverso da quello creduto è, al più, un errore *del giudice*, non certo della parte. Gli stessi argomenti valgono, a mio modo di vedere, per problematizzare l'applicazione dell'istituto dell'errore scusabile al *revirement* sulla norma di diritto processuale civile: anche la prospettiva applicativa dell'art. 153, 2° comma, c.p.c. può basarsi sull'assimilazione dell'errore scusabile alla «causa ad essa [la parte] non imputabile», sul modello elaborato in via giurisprudenziale nel processo amministrativo ed ora tradotto testualmente nell'art. 37 c.p.a.²⁵, solo a prezzo di una simulazione²⁶.

²² Cfr. A. RUGGERI, *Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, ovvero sia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso... giudice*, in www.giurcost.org; a commento della pronuncia v. anche, ma in chiave più critica, A. MORELLI, *limiti del bilanciamento: nuove regole processuali e affidamento delle parti*, in www.federalismi.it. Per un'analisi delle possibili ricadute della scelta applicativa della Corte v. E. ROSSI, *Ratifica consiliare della delibera giuntale di ricorrere contro le leggi statali in Trentino – Alto Adige: quando il rigore sempre eccessivo è ingiustificato* (nota a Corte cost. n. 142/2012), in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2012.

²³ Cfr. R. CAPONI, *Prospective overruling: bilancio di una vicenda*, reperibile in www.astrid-online.it.

²⁴ Cfr. F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materiale processuale*, reperibile in www.judicium.it.

²⁵ Prevede infatti la disposizione che «il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto»; per un'altra ipotesi di errore scusabile prevista dal c.p.a., specificamente inerente la disciplina delle questioni di giurisdizione, v. anche l'art. 11, 5° comma, del codice, secondo il quale «nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti».

²⁶ Riferimenti all'errore scusabile in pronunce che affrontano e risolvono il problema in esame si ritrovano tanto nella giurisprudenza di merito quanto in quella di legittimità. Tra le decisioni dei giudici di merito v. Trib. Brindisi-Francavilla Fontana 8 febbraio 2011, cit.; tra quelle della Corte di cassazione v. Cass. 5 febbraio 2011, n. 2799, *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Procedimento civile*, n. 2799; 26 luglio 2011, n. 16365, *Ibid.*, n. 163.

Infine, va ricordato anche che la prospettiva dell'errore scusabile – sia esso della parte o, a mio modo di vedere più correttamente, del giudice – non si coniuga perfettamente con la ricostruzione dei termini teorici del problema offerta dalla Cassazione nel caso dei termini di impugnazione delle pronunce del Tribunale delle acque. Se infatti si assume, con la Corte di cassazione, che il *revirement* sia giustificato dall'evoluzione (già) registratasi in ragione del (già avvenuto) mutamento, sul piano oggettivo, del contenuto normativo delle disposizioni, non vi dovrebbe essere spazio per alcun *errore*, poiché sia la giurisprudenza disattesa che quella che la disattende avrebbero dichiarato il vero diritto, ognuna con riferimento a quello vigente nel tempo in cui i provvedimenti sono stati pronunciati.

5. Premessa ad un tentativo di ricostruzione. L'intersezione tra il problema della tutela della parte di fronte al *revirement* processuale e quello dell'inclusione del precedente tra le fonti del diritto

Nel tentativo di proporre un'ipotesi ricostruttiva dei principali profili problematici evocati dal tema in esame si può anzitutto distinguere tra l'ipotesi in cui l'indirizzo interpretativo inedito possa (o debba) trovare applicazione nei confronti delle parti del giudizio definito con la pronuncia che inaugura tale il nuovo orientamento da quella in cui, invece, il nuovo indirizzo possa (o debba) trovare applicazione nei confronti delle parti di un processo intrapreso prima del *revirement* e da esso investito nelle more della definizione del giudizio.

Nel primo caso, come dimostra Corte cost. 142/12 cit., l'unico modo di tutelare l'affidamento riposto dalla parte nel diritto vivente passa attraverso la dichiarazione della *nuova* norma e la sua contestuale non applicazione; si tratta, insomma, di ricercare nell'ordinamento un principio in base al quale rivolgere *pro futuro* la statuizione in materia processuale contenuta nella sentenza, quando proprio l'applicazione del diritto vigente a casi (di regola) controversi costituisce il paradigma definitorio della funzione giurisdizionale. La seconda ipotesi, di cui si è occupata la Cassazione, evidenzia invece la connessione tra il tema che ci occupa e quello del *valore* della sentenza rispetto alla decisione di casi futuri che con quello che essa ha definito presentino uno o più aspetti di *somiglianza*. Proprio su quest'ultimo profilo, però, si rende necessaria una precisazione.

L'inquadramento del problema ormai classico dell'inclusione della sentenza tra le fonti dipende, oltre che da una serie di variabili *culturali*²⁷, per quanto qui maggiormente interessa da due variabili genuinamente *giuridiche*, l'una attinente all'angolo visuale dal quale si guarda alla pronuncia giudiziale, l'altra – più banale, ma non per ciò solo meno significativa – dal concetto di fonte del diritto che, anche solo implicitamente, si assume. Dal primo punto di vista viene in questione, essenzialmente, la differenza tra l'efficacia del giudicato e quella del precedente; dal secondo, invece, rileva la distinzione tra la nozione *classica* di fonte del diritto, essenzialmente centrata sull'idoneità dell'atto o fatto ad assumere efficacia giuridica *erga omnes* o a privare di tale stessa efficacia un atto o fatto che ne era precedentemente dotato, e quella invece proposta da ritiene che «l'efficacia delle fonti del diritto non è sempre identica a se stessa, ma consiste in una pressione sui destinatari delle norme affinché ne osservino il comando»²⁸.

Se si assume come nozione-guida di fonte del diritto quella *classica* e si guarda all'efficacia del giudicato, è ovvio che le sentenze non devono, salvo qualche particolare eccezione²⁹, essere incluse tra le fonti del diritto, poiché la loro efficacia – come la legge stabilisce chiarissimamente – è limitata all'orizzonte *inter partes*. Il quadro muta, però, se si guarda invece all'efficacia del precedente, cioè della *ratio decidendi* posta

²⁷ Una delle ragioni per cui il precedente è spesso escluso dalle fonti del diritto risiede nella tradizionale diffidenza dei giuristi continentali, ampiamente giustificata sul piano storico (cfr. G. MARANINI, *Storia del potere in Italia, 1848-1967*, Corbaccio, Milano, 1967, 259), verso concezioni caratterizzate da un'eccessiva apertura alle ragioni del diritto giurisprudenziale. Non sembra infatti casuale che molti degli studiosi che si sono concentrati sull'efficacia del precedente nel nostro ordinamento (su tutti Ugo Mattei, Gino Gorla e Alessandro Pizzorusso) abbiano spesso al contempo sostenuto anche il progressivo ravvicinamento dei sistemi continentali al modello di *common law*, nell'ambito del quale simile diffidenza non è, e non è stata, mai particolarmente diffusa.

²⁸ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, II ed., in SCIALOJA – BRANCA (dir.), *Commentario del codice civile, Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 724.

²⁹ Ci si riferisce a quei casi in cui si determina una «simmetria perfetta tra creazione ed annullamento» di una fonte del diritto (cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA – P. ZATTI (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993, 318): le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, ma anche quelle con cui la stessa Corte annulla un regolamento nel giudizio per conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni e quelle in cui, ovviamente nei limiti in cui è ammissibile, essa annulla una legge nel giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. Tra le pronunce dei giudici comuni poi, assumono valenza di fonte del diritto quelle con cui essi accertano l'invalidità di una fonte di rango secondario e, ove ciò sia permesso dalla legge, la annullano con efficacia *erga omnes* all'esito di un giudizio impugnatorio, ipotesi possibile, nel nostro ordinamento, soltanto nel giudizio che si svolge di fronte al giudice amministrativo. Sul punto v. per tutti A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 635 ss.

a diretto fondamento di una singola decisione su un caso concreto³⁰. Dal punto di vista dell'analisi fattuale, che il precedente svolga un ruolo di considerevole rilievo nell'amministrazione quotidiana della giustizia è osservazione molto diffusa e tutto sommato scontata³¹. Peraltro, il rilievo del precedente costituisce non un semplice *fatto*, ma propriamente un *fatto giuridico*, che l'ordinamento prende in considerazione e cui ricollega, almeno in qualche caso, delle conseguenze in diritto: il riferimento più diffuso è ovviamente quella agli artt. 65 e 68 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, da leggersi in quest'ottica in combinato disposto con l'art. 3 Cost., ma a ben vedere non mancano indicazioni in tal senso anche nella legge processuale³².

Ciò ovviamente non significa, peraltro, che il precedente abbia efficacia vincolante per il giudice del caso successivo: egli è pur sempre soggetto «soltanto alla legge» e, dunque, dal precedente può distaccarsi e, di fatto, talvolta si distacca. Insomma il giudice può decidere in modo difforme dal precedente, ma lo farà solo se ritiene che esistano buone, se non ottime, ragioni per derogare ad esso. A questa particolare efficacia ci si riferisce quando si afferma, ad esempio, che il precedente non è, per il giudice del caso nuovo, mai *binding*, ma molto spesso *persuasive* ed ad essa si fa implicitamente riferimento quando si osserva che la capacità di orientare le decisioni future non è la stessa né per tutti i precedenti né per i precedenti di tutti i giudici, appunto perché dipende dalla *summa* delle *buone ragioni* per cui essi dovrebbero essere utilizzati e queste, a loro volta, dipendono in parte dall'autorevolezza dei giudici che li hanno pronunciati ed in parte dalla bontà delle argomentazioni da essi impiegate per giustificare la soluzione adottata. Tale assetto, del resto, non solo corrisponde ad una descrizione abbastanza fedele degli atteggiamenti effettivamente praticati, ma si coniuga efficacemente anche con il piano prescrittivo, poiché consente di coniugare il principio di eguaglianza, che impone l'uguale trattamento di situazioni che non meritano di essere differenziate, con quello di indipendenza del giudice (anche) dai colleghi.

La tesi dell'efficacia persuasiva del precedente sta peraltro a fondamento della *risposta negativa* recentissimamente data dalla Corte costituzionale al giudice comune che chiedeva la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede, tra le ipotesi di revoca della sentenza penale di condanna, anche il sopravvenuto *revirement* giurisprudenziale in base al quale il fatto giudicato non sarebbe (più) previsto dalla legge come reato, suggerendo insomma l'equiparazione tra il mutamento di giurisprudenza e l'*abolitio criminis*³³. Secondo la Corte la ragione per cui il legislatore può senz'altro valorizzare la funzione nomofilattica della Cassazione pur senza giungere ad prevedere che il *revirement* costituisca motivo di revoca delle sentenze definitive di condanna è proprio da ricercare nella

³⁰ Si assume qui la distinzione, abbastanza chiara alla dottrina ma meno ai giudici, tra precedente e giurisprudenza, costituendo il primo una decisione relativa ad un caso particolare e non una pluralità di decisioni relative a vari e diversi casi concreti (cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 11), nonché quella tra precedente e intera pronuncia giudiziale, comprensiva cioè anche dei cc.dd. *obiter dicta* (v., specificamente sul punto, almeno G. GORLA, "Ratio decidendi" e "obiter dictum" (1964), in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 331; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, 155; L. NANNI, Ratio decidendi e obiter dictum *nel giudizio di legittimità*, in *Contratto e impresa*, 1987, 865; G. MARSHALL, *What is binding in a precedent*, in *Ragion pratica*, 1996, 6).

³¹ Si vuol dire soltanto, cioè che *di fatto* i giudici italiani ritengono preferibile trattare il caso di oggi come quello identico (*rectius*, simile) di ieri, che *di fatto* i patrocinatori sanno che è buona regola tener conto degli orientamenti giurisprudenziali, siano essi favorevoli o contrari agli interessi della parte assistita e che *di fatto* la dottrina appropria lo studio di un problema giuridico, di regola, conoscendo i termini in cui esso è stato affrontato dai giudici; sul punto v. G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 14 ss.; in termini, almeno con riferimento alla pratica forense, v. anche F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, 701 e G. GORLA, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi d'informazione*, Foro italiano, Roma, 1967.

³² In primo luogo l'art. 363 c.p.c. che consente alla Cassazione di pronunciare un principio di diritto, in certi casi persino d'ufficio, «nell'interesse della legge» e senza alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito; poi quelle disposizioni che, tanto nel diritto processuale che in quello civile, consentono al primo presidente di assegnare alle sez. un. i ricorsi che presentano questioni di massima di particolare importanza o che investono profili particolarmente discussi nella giurisprudenza delle sezioni semplici, o quelle che investono le sezioni semplici del dovere di rimettere alle sez. un. la decisione del ricorso se non ne condividono l'orientamento. Ancor più evidente è il riconoscimento dell'efficacia persuasiva del precedente nelle modificazioni al codice di rito più di recente introdotte con l. n. 69/09. Si pensi anzitutto all'art. 360bis, n. 1, c.p.c., secondo cui il ricorso per cassazione è inammissibile (*rectius*, manifestamente infondato, come prontamente rilevato da G. SCARSELLI, *Il processo in Cassazione riformato*, Foro it., 2009, V, 310, e poi riconosciuto anche da Cass. 6 settembre 2010, n. 19051, *id.*, 2010, I, 3333) «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa», ma anche al nuovo art. 118, 1° comma, disp. att. c.p.c. ove si prevede che la motivazione della sentenza di cui all'art. 132, 4° comma, c.p.c. (anch'esso modificato) «consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi».

³³ Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, inedita. A commento della pronuncia v. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.giurcost.org; *Id.*, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, *ibid.*

particolare efficacia che il precedente spiega nei giudizi futuri. Si legge infatti nella pronuncia che «l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma [...] si tratta di connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo". Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica», compresa (ovviamente) la Cassazione stessa.

Le ragioni che consigliano di tenere il precedente nella dovuta considerazione, insomma, non possono far dimenticare l'«estraneità della regola dello *stare decisis* alle coordinate generali dell'ordinamento»³⁴. Si deve allora ritenere che quando il giudice del caso *nuovo* decide in senso analogo a come, prima di lui, ha deciso il giudice del caso *vecchio* (ma simile³⁵), ciò non avvenga in ragione del compimento di un atto dovuto, ma di una scelta di adesione alle argomentazioni del giudice che ha pronunciato il precedente, di regola condizionata dalla struttura (non certo gerarchica, ma comunque) verticistica dell'ordinamento giudiziario. Se infatti tali argomentazioni non sono condivise il giudice può (anzi, deve) decidere in senso difforme dal precedente e possibilmente motivare con particolare attenzione sul punto, sia nel tentativo di provocare un *revirement* del giudice che per evitare i non secondari effetti sulle parti della c.d. sentenza suicida, cioè destinata ad una scontata riforma o cassazione³⁶; lo stesso vale, o dovrebbe valere, anche nel caso in cui il precedente, pur risultando da un orientamento consolidato, appaia da superare in vista di un'interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni rilevanti. Se questa è la prospettazione preferibile, allora nel nostro caso alle istanze di tutela dell'affidamento della parte non si contrappone l'efficacia (che rimane persuasiva) del precedente, ma piuttosto quella retroattiva della sentenza che decide il caso: che essa assuma contenuto analogo al precedente dipende da una scelta del giudice, la cui pronuncia resta comunque l'unico atto che può dare regole di condotte alle parti.

A ben vedere, allora, anche nell'ipotesi in cui si tratti di stabilire se il *nuovo diritto* processuale deve essere applicato al caso successivo al *revirement*, ciò che ostacola la tutela dell'affidamento della parte nel diritto vivente è sempre l'efficacia dichiarativa della sentenza che decide il caso, conseguenza della prospettazione dogmatica che ne assume la natura ricognitiva del diritto vigente.

6. Dogmatica giuridica e «fatti tiranni». Dalle prospettive di tutela della parte a quelle ordinali

Autorevole dottrina ha sottolineato l'opportunità di evitare una trattazione del problema in esame secondo categorie dogmatiche, evidenziando come la sua eccezionalità imporrebbe la disapplicazione (*rectius*, la non applicazione) della regola della retroattività. Vicende come quella in esame apparirebbero infatti, secondo questa tesi, al novero di quei *fatti tiranni* «che, per il modo di essere e di verificarsi, reclamano quasi con violenza di essere trattati in modo diverso dalla regola cui dovrebbero essere sottoposti» e che «vanno quasi da soli alla ricerca della loro regola, conformando in una certa misura lo stesso parametro valutativo»³⁷. La prospettiva non è, del resto, del tutto inedita, ben potendo poggiare, pur estremizzandone la portata, sulla nota ricostruzione secondo cui la (pre)comprensione dei *fatti* secondo categorie di senso e di valore può mostrarli al giurista come *casì* capaci di esprimere una sollecitazione – una *pressione* – sul diritto e divenire

³⁴ Ancora Corte cost. 230/12, cit.

³⁵ Si tratta del ben noto problema del *distinguishing*, cioè di quelle tecniche, molto più familiari ai giuristi di formazione anglosassone, che permettono di confrontare i casi per capire sino a che punto la *ratio decidendi* che ha ispirato la decisione di quello precedente possa essere utilizzata per decidere anche quello *nuovo*; esso infatti dal primo, almeno in certa misura, si discosta sempre, mentre ragionando a livello particolarmente astratto i casi possono spesso apparire simili (sul punto cfr. A. GAMBARDI – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Utet, Torino, 2008, 88; C. ALLEN, *Law in the making*, Oxford University Press, Oxford, VII ed., 1967, 296); occorrerà dunque fare riferimento al criterio delle «ragionevoli differenze» e delle «ragionevoli somiglianze» tra le fattispecie poste a confronto per capire quando è possibile applicare al caso successivo il principio di diritto dettato in quello già deciso (cfr. M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1114), secondo una tecnica argomentativa che, in area continentale, si suole identificare come «dissociazione» (su cui da ultimo R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 263 e 284 ss.).

³⁶ Il CSM e la Corte di cassazione ritengono che costituisca onere del giudice quello di motivare in modo particolarmente attento in caso di *distacco* dal precedente anche ai fini di evitare la responsabilità, sia disciplinare che civile. Circa la configurabilità per il giudice di un «obbligo, anzitutto deontologico, di esprimere consapevolezza della opinione che non condivide e dunque delle ragioni per le quali ritiene comunque di andare in avviso contrario» v. Cons. sup. magistratura 13 ottobre 2009, n. 122, inedita. Nel senso invece che il dissenso dall'indirizzo delle sez. un. «ove motivato in diritto» è comunque espressione dell'attività interpretativa e quindi non può dar luogo a responsabilità civile dello Stato-giudice perché lo esclude la c.d. clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 l. 117/88 v. Cass. 31 maggio 2006, n. 13000, *Foro amm CDS*, 2006, 9, 2473; 30 luglio 1999, n. 8260, *Foro it.*, 2000, I, 2671.

³⁷ R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, 3344.

portatori di aspettative regolative inedite cui la dogmatica non è sempre in grado di rispondere; in queste occasioni non è affatto necessario escludere *a priori* la possibilità di giungere ad una rielaborazione del dogma giuridico³⁸.

Se si guarda alla vicenda *dal lato* della parte, peraltro, o si rinuncia alla tutela dell'affidamento o, inevitabilmente, si dovrà *infrangere* il dogma: l'unico modo per garantire alla parte la possibilità di fare concretamente affidamento sul diritto che era considerato vigente al momento in cui essa ha agito è quello di (applicarlo e, quindi) proiettare il *revirement* nel solo tempo a venire.

Quello dei *fatti tiranni*, però, è un crinale scivoloso, che rischia di poter essere utilizzato per introdurre ben più che un'eccezione all'efficacia dichiarativa della sentenza. Se, infatti, è vero che la parte che contava su un certo assetto del diritto processuale comprensibilmente avverte come irragionevole il cambiamento delle *regole del gioco* una volta che il giudizio è stato incardinato, è vero anche che lo stesso fenomeno può verificarsi in tutti i campi del diritto. Non è certo migliore, si vuol dire, la situazione dell'impresa che si veda dichiarare la nullità di un contratto di cui era parte per un vizio che la Cassazione considerava da decenni irrilevante, né quella del cittadino cui sia richiesto il pagamento di tributi che secondo diritto vivente non erano dovuti, per non parlare poi di chi si vede condannato, magari ad una pena detentiva, per un fatto che al momento in cui è stato posto in essere era considerato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità come penalmente lecito.

Prima però di *scartare* con troppa fretta la regola dell'efficacia dichiarativa della sentenza è opportuno domandarsi, non dall'orizzonte della parte ma da un punto di vista ordinamentale, se non esista invece qualche buona ragione per continuare a riporre in essa la fiducia che normalmente vi si ripone (che non è sempre cieca accettazione di un dogma) e, prima ancora, se la proiezione *pro futuro* della statuizione contenuta nella sentenza sia una soluzione davvero così accattivante o se, al contrario, sussista qualche valido argomento per consigliarne un uso quantomeno prudente.

7. Segue. La proiezione *pro futuro* del *revirement* da soluzione a problema. Il rischio di inibire la funzione attualizzante delle giurisprudenze

Partendo da quest'ultimo profilo, mi pare sia opinione piuttosto diffusa quella che le evoluzioni giurisprudenziali non rappresentino *in sé* un fenomeno censurabile, poiché esse costituiscono, specialmente se contenute in opportuni limiti di ragionevolezza, il motore di quel *continuo aggiustamento* del diritto vivente che è considerato obiettivo normalmente degno di essere perseguito, sia per impedire che l'inerzia del c.d. legislatore paralizzi lo strumentario di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, sia per ostacolare la cristallizzazione delle norme giuridiche al tempo, qualche volta assai remoto, in cui furono dettate le disposizioni da cui esse sono derivate.

Se queste premesse sono accolte, però, non c'è da essere molto entusiasti del rinvio al solo tempo futuro del *revirement*. Esso lascia infatti inevitabilmente sul terreno di scontro una *vittima*, ed in specie la parte che dall'applicazione della *nuova norma* troverebbe giovamento; ma da questo consegue il rischio, a mio modo di vedere abbastanza serio, di scoraggiare le parti ad agire in giudizio.

Si immagini infatti, restando all'ipotesi del *revirement* sulla norma processuale, il caso di un soggetto che ricorre per cassazione avverso una sentenza del giudice di merito proponendo alla Corte un'interpretazione delle norme processuali contraria, in ipotesi, ad un diritto vivente ultradecennale dalla quale dipende la risoluzione del caso a suo favore. Si tratta, come tutti sanno, di un'impugnazione quasi sicuramente perdente. Eppure non è da escludere che la Cassazione, se sono offerti buoni argomenti, *torni sui suoi passi* (il fatto che si ponga il problema di tutelare le parti di fronte ai *revirements* inattesi lo dimostra meglio di ogni altra considerazione), così come non è affatto da escludere che molte innovazioni giurisprudenziali nascano proprio dai *suggerimenti* delle parti. Se però la soluzione, in caso di accoglimento dell'ipotesi interpretativa del ricorrente, fosse quella di *rimandare* l'applicazione del nuovo orientamento, allora il ricorrente potrebbe, al più, ottenere la (magra) soddisfazione di vedere affermata la propria tesi come effettivo diritto *vigente*, ma esso non potrebbe comunque trovare applicazione per la necessità di tutelare l'altra parte (quella cioè che confidava nel diritto *vivente*)³⁹. Non si vede, allora, perché mai la parte dovrebbe intraprendere il giudizio, visto che di solito chi agisce non è mosso (per fortuna) dal pur nobile desiderio di vedere affermata la

³⁸ V. per tutti G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 181 ss.

³⁹ Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, ultimo par.; F. SANTANGELI, *op. ult. cit.*, par. 4c; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073.

giustizia per i tempi futuri, ma da più prosaiche esigenze di tutela di proprie situazioni giuridiche disciplinate dal diritto sostanziale⁴⁰.

Emerge dunque la necessità di mantenere entro confini ben delineati la proiezione *pro futuro* dell'interpretazione inedita della regola (anche) processuale, poiché essa costituisce pur sempre un serio ostacolo all'innovazione giurisprudenziale «privando di interesse le parti a patrocinare modifiche delle quali ben raramente si gioverebbero perché la controparte, svantaggiata dal nuovo orientamento, potrebbe invocare l'applicazione in proprio favore di quello precedente, a tutela dell'affidamento nello stesso riposto»⁴¹.

8. Effetti del *revirement* nel tempo e legittimazione del giudice

L'opportunità di non introdurre ostacoli ai percorsi evolutivi della giurisprudenza corrisponde, peraltro, ad un'immagine della funzione giurisdizionale che mi pare abbastanza radicata nella nostra cultura giuridica e che in buona misura garantisce anche la legittimazione del giudice nel sistema.

È ovvio, infatti, che qualsiasi sentenza finisce inevitabilmente con lo scontentare (almeno) una parte, ma ciò di regola consegue dal mancato accoglimento, da parte del giudice, della sua prospettazione in fatto e/o in diritto; la legge processuale offre poi al soccombente una serie di strumenti per lamentare l'ingiustizia o l'invalidità della decisione, sino a quando esigenze di certezza del diritto (e dei diritti) non impongono che essa non possa più, salvo casi eccezionali, porsi in discussione.

Diverso è però il caso in cui si determina un apprezzabile iato tra il comando del giudice e le ragioni su cui egli dichiara di basarlo, in cui cioè una parte rimane soccombente pur vedendo accolta in motivazione una prospettazione a sé favorevole (che, magari, essa stessa ha suggerito nelle proprie difese). Soccombere in giudizio quando non si è riusciti a convincere il giudice delle proprie ragioni è, infatti, fisiologico; soccombere invece quando il giudice dichiara di accoglierle lo è molto meno (anzi, per niente). È ovvio, insomma, che il *revirement* sia destinato a deludere le aspettative di una delle parti (tutte le sentenze hanno questo destino); molto meno ovvio è che la parte destinata a soccombere sia quella che secondo il giudice avrebbe dovuto, in caso di applicazione del diritto (che il giudice stesso indica come) vigente, essere soddisfatta. In queste ipotesi, invero un po' beffarde, a me pare che il livello di accettabilità della pronuncia giudiziale finisca fatalmente per scadere, e quando diviene troppo complesso accettare le decisioni giudiziali è inevitabile che la legittimazione del giudice ne risenta.

Se si vuol guardare, però, agli effetti dell'*overruling* processuale dal punto di vista ordinamentale, e con particolare riferimento alle tematiche della legittimazione, la questione si complica poiché essa investe profili tra loro differenti, per quanto senz'altro destinati tutti ad incontrarsi – per così dire – a valle.

9. Certezza della norma e discrezionalità del giudice-interprete. Cenni alle controversie teoriche successive al superamento delle prospettive cognitiviste

La soluzione al problema in esame accolta dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale, pur con argomenti diversi, è in ogni caso quella di rimandare gli effetti del *revirement* oltre il caso che esso definisce e si è detto di come ciò implichi inevitabilmente la enunciazione di una norma giuridica e la sua contestuale non applicazione. Che un atto giuridico enunci regole che si applicheranno soltanto nel tempo a venire non è certo una rarità; nei casi in cui ciò accade (come ad esempio, ex art. 11 disp. prel. c.c., per la legge), tuttavia, il regime *pro futuro* degli effetti è ampiamente giustificato dalla supposta natura nomopoietica dell'atto: esso crea regole nuove e, quindi, queste varranno solo per il futuro. Molto meno problematico apparirebbe, dunque, il proiettare nel solo futuro gli effetti di una statuizione contenuta nella sentenza se ad essa si dovesse riconoscere natura creativa o, meglio, la stessa creatività che si attribuisce agli atti che tradizionalmente si considerano volti a porre diritto. La questione non è, peraltro, del tutto ipotetica, e dunque è opportuna una pur breve trattazione dei suoi profili essenziali.

Le tesi che asserivano la pertinenza dell'attività interpretativa agli atti di conoscenza e la conseguente neutralità dell'apporto dell'interprete (e neutralizzazione di quello del giudice) nell'individuazione della

⁴⁰ Peraltro, non solo normalmente non si agisce in giudizio se dalla sentenza non può derivare alcuna utilità, ma esistono anche delle norme processuali fondamentali – si pensi a quella espressa dall'art. 100 c.p.c. – che, sul piano adesso prescrittivo, vietano di agire richiedendo al giudice l'adozione di un provvedimento inutile e, più in generale, ostacolano la celebrazione di processi inutili.

⁴¹ Cass. 11 aprile 2011, n. 8127, *Foro it.*, 2011, I, 1386.

norma⁴² sono state da tempo smentite dapprima sul piano strettamente linguistico⁴³ e, poi, anche su quello culturale e giuridico. Ciò che può dirsi oggi della tesi cognitivista, se la si considera come una genuina *teoria* dell'interpretazione, è solo che «non si trova più un teorico disposto a sostenerla» ed essa può perciò costituire, al più, un «bersaglio di comodo»⁴⁴ contro il quale non serve lanciare ulteriori attacchi; non è affatto inutile, invece, provare a guardare al cognitivismo come *dottrina* dell'interpretazione, nella sua dimensione cioè prettamente prescrittiva, poiché è da quel punto di vista che si può apprezzarne la funzionalità rispetto alla tutela di cruciali principi dello Stato di diritto, *in primis* la certezza del diritto (che è anche, se non *soprattutto*, prevedibilità delle pronunce giudiziali⁴⁵).

Quel che è certo, ad ogni modo, è che la c.d. rivolta contro il formalismo – movimento culturale prima che dottrina giuridica⁴⁶ – ha finito per travolgere anche il cognitivismo interpretativo, lasciando sgombro il campo a concezioni dell'interpretazione (anche) giuridica che affidano un ruolo più o meno cruciale, e comunque sempre rilevante, alla discrezionalità (dell'interprete e, quindi, anche) del giudice. Tra queste la dottrina distingue tra teorie scettiche e teorie eclettiche⁴⁷, tra impostazioni radicali e moderate⁴⁸, tra dottrine giusliberiste e teorie giusrealiste⁴⁹, tra teorie realiste estreme e dottrine del diritto libero⁵⁰, tra teorie valutative realiste e teorie valutative mediane o alternative⁵¹, o tra (ben quattro) differenti concezioni del realismo giuridico interpretativo⁵². Il nodo cruciale risiede, per quanto specificamente rileva ai nostri fini, nella determinazione del *quantum* di creatività che si ritiene debba essere riconosciuto all'interprete. I punti di vista più radicali, secondo cui, in sintesi, alla volontà dell'interprete deve riconoscersi sostanziale assolutezza, tanto che egli individuerrebbe le norme muovendo da significanti inidonei ad esprimere un qualsiasi significato, si muovono, a mio modo di vedere, soprattutto sul piano della provocazione accademica. In realtà dal punto di vista puramente teorico – cioè dell'osservazione, registrazione e ordinazione degli atteggiamenti interpretativi effettivamente praticati dai giuristi (e, su tutti, dai giudici) – le prospettive scettiche radicali si espongono a rilievi uguali ed opposti a quelli che, di solito, si muovono al cognitivismo. È innegabile, insomma, che basti sfogliare un qualsiasi repertorio di giurisprudenza per rendersi conto che i giudici, di regola, non interpretano in ogni luogo ed in ogni tempo (ed in ogni caso) le stesse disposizioni in modo da trarre da esse le medesime norme, ma altrettanto innegabile è che essi non si comportano, almeno di solito, come se il significante del documento normativo fosse inidoneo a limitare in

⁴² Di solito si ricordano, come efficace sintesi delle tesi cognitive, le parole di Santi Romano (*Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, ed. 1983, 119-120), secondo cui l'interpretazione «si risolve non in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vigente; non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio».

⁴³ Che il significante ed il significato costituiscano entità diverse e non connesse biunivocamente è, oggi, abbastanza ovvio. Basti ricordare che, volendo risalire alle origini, la prima compiuta distinzione tra i termini della questione si trova in F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Roma-Bari, 1962 (traduzione delle lezioni tenute tra il 1906 ed il 1911 e già pubblicate dagli allievi, in francese, nel 1922). Il problema del rapporto tra testo e suo significato è, peraltro, un problema ineliminabile per il giurista. In teoria, infatti, i linguaggi formalizzati e quelli artificiali riducono, sino quasi ad eliminare del tutto, i margini di manovra tra significante e significato (come avviene, ad esempio, nel linguaggio matematico), ma nessuno ha mai pensato che l'adozione di un ipotetico linguaggio artificiale fosse opportuna per i discorsi del diritto. Convince, infatti, l'idea che il linguaggio giuridico sia un linguaggio *amministrato* (M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto* 1995, Giappichelli, Torino, 1996, 123; G. PALOMBELLA, *Conoscenza del diritto e democrazia. Prima parte*, reperibile in www3.cirfsid.unibo.it), ma di certo non l'ipotesi che il diritto possa rinunciare ad esprimersi in una lingua naturale, pena l'inevitabile compromissione della sua funzione di fattore regolatore, che sarebbe davvero effimero tentare di perseguire se i discorsi del diritto fosse comprensibili solo ad un ristretto novero di iniziati (G.R. CARRIÒ, *Sull'interpretazione giuridica*, in M. BESSONE – R. GUASTINI (cur.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova, 1995, 17; F. MODUGNO, *L'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009, 162).

⁴⁴ M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, Relazione al convegno AIC 2004 *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale* (testo disponibile in www.rivistaic.it).

⁴⁵ In dottrina la sottolineatura del legame che intercorre tra la certezza del diritto, «principio di preminente interesse costituzionale» (Corte cost. 26 gennaio 2012, n. 15, *Foro it.*, 2012, I, 659; 24 gennaio 2012, n. 13, *Ibid.*, 680; 30 settembre 2011, n. 257, *Ibid.*, 660; 12 settembre 1995, n. 422, *Id.*, 1996, I, 1961), e la prevedibilità dell'esito delle vicende processuali è molto diffusa; v. per tutti L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. II, vol. II, 1988, 274.

⁴⁶ Sul punto cfr. G. TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Laterza, Bari, 1972, 120 ss. e M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, 19 ss.

⁴⁷ M. DOGLIANI, voce *Interpretazione*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, 2006, 3181.

⁴⁸ M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004, 64.

⁴⁹ M. BARBERIS, *op. ult. cit.*, 9.

⁵⁰ R. GUASTINI, voce *Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 4.

⁵¹ F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 46.

⁵² G. TARELLO, voce *Realismo giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1967, 923.

alcun modo l'eventuale *pretesa di onnipotenza* dell'interprete potenzialmente derivabile dal paradigma scettico-radical⁵³.

Per questa e per altre ragioni l'opinione preferibile – e, credo, più diffusa anche tra i giudici – è che a fianco ad un margine di discrezionalità spesso ineliminabile stia una qualche istanza di protezione della certezza del diritto rappresentata dal testo oggetto dell'interpretazione, argine che impedisce, attraverso la *cornice* di significati possibili di disegna⁵⁴, lo sconfinamento nell'arbitrio soggettivista⁵⁵. Quanto poi ai fattori che dovrebbero poter orientare l'interprete nell'esercizio della sua discrezionalità, la tesi più accreditata, autorevolmente sostenuta in dottrina e, credo, più comunemente accettata dai giudici italiani (compreso quello costituzionale), è quella secondo la quale la *cultura di sostegno* preferibile sarebbe quella invertea dai principi costituzionali, che in questo modo avrebbero assunto il ruolo una volta riservato alla dogmatica giuridica⁵⁶.

Ovviamente simili argomentazioni si situano sul piano prescrittivo puro; affermare che è opportuno che il giudice non *dimentichi* la certezza del diritto e, quindi, non rinvienga norme che apertamente contraddicono il dato testuale della disposizione o delle disposizioni rilevanti non significa aver accertato che effettivamente questo sia il dato emergente dall'analisi del reale. Non mancano anzi esempi di pronunce, anche della Cassazione ed anche in materia processuale, in cui il dato testuale resta sullo sfondo o, addirittura, è apertamente contraddetto, magari proprio per assicurare effettività al principio costituzionale di volta in volta ritenuto prevalente⁵⁷.

Ribadire oggi che l'esercizio di funzioni giurisdizionali si sostanzia in un'attività spesso, o forse sempre, di tipo *in qualche modo* (ed *in qualche misura*) creativo equivale dunque ad affermare un'ipotesi ricostruttiva

⁵³ Mi pare che il metodo più semplice ed al contempo più efficace per dimostrare l'inadeguatezza dello scetticismo radicale a descrivere fedelmente la realtà dell'interpretazione giuridica sia quello di stressarne le linee essenziali con una prova di commutazione, provando cioè ad immaginare quante possibilità vi siano che una data interpretazione-prodotto si affermi in giurisprudenza al variare delle disposizioni da cui sono tratte le norme rilevanti per il caso. V., in questi termini e con utili esempi pratici, F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 1.

⁵⁴ La nota tesi kelseniana della cornice può costituire un'efficace immagine evocativa della teoria scettica moderata dell'interpretazione, poiché essa smentisce sì l'impostazione cognitivista, ma, al contempo, disegna un sistema di limiti alla discrezionalità dell'interprete. In sintesi, ogni disposizione, ma ancor prima ogni lemma utilizzato dal legislatore, avrebbe, secondo questa tesi, non un solo significato né significati infiniti, ma un certo novero (variabile) di significati possibili che descrivono una «cornice» all'interno del quale residua e viene esercitata la discrezionalità dell'interprete-applicatore. L'interpretazione c.d. scientifica consisterebbe nell'accertamento e nell'eventuale dichiarazione di questi significati; quella c.d. decisoria consisterebbe nella scelta di uno tra essi, mentre l'interpretazione c.d. autentica consisterebbe nell'interpretazione(-prodotto) idonea a produrre, sia pure provvisoriamente ed anche solo *inter partes*, effetti giuridici. L'esposizione della tesi della cornice – o dello schema – si trova in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. R. TREVES, Einaudi, Torino, 1956, cap. VI ed in ID., *Sulla teoria dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (cur.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Giappichelli, Torino, 1989; ulteriori indicazioni sul punto in G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1957, 217; M.G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in id., 1968, 524; M. TROPER, *Kelsen, la théorie de l'interprétation, et la structure de l'ordre juridique*, in *Revue internationale de philosophie*, 1981 (numero monografico). Sulla distinzione tra interpretazione scientifica, decisoria ed autentica, che costituisce la principale novità, almeno su questo tema, della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. M. LOSANO, Einaudi, Torino, 1966, cap. VIII. Per una periodizzazione più specifica del pensiero dell'A. in tema di interpretazione del diritto, che comunque tiene ovviamente conto anche delle differenze tra la prima e la seconda edizione della *Dottrina pura* cfr. F. COTTONE, *La teoria dell'interpretazione di H. Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI (cur.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2007, 91 e soprattutto S.L. PAULSON, *Kelsen on Legal Interpretation*, in ID., *Legal Studies*, vol. X, 1990; ID., *Some Replies to Critics*, in L. GIANFORMAGGIO (cur.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino, 1990, 174.

⁵⁵ L'idea che la funzione fondamentale del testo sia quella – per così dire *popperiana* – di limite negativo dell'attività dell'interprete e, dunque, elemento di falsificazione delle ipotesi interpretative più che fonte di significati univoci, è molto diffusa anche tra chi di significazione si occupa in modo specifico (v. per tutti U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990 e ID., *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani, Milano, 2002); una serie di argomenti circa l'utilizzabilità di tale approccio nell'interpretazione giuridica si trovano in R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 61 ss.

⁵⁶ Si tratta della tesi elaborata da Gustavo Zagrebelsky, per cui v. *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 199 ss.

⁵⁷ Limitandosi al diritto processuale, che qui interessa in modo particolare, l'esempio paradigmatico di questo modo di procedere è offerto dalla giurisprudenza sull'art. 37 c.p.c. che ha ridotto, ritenendoli sede di lungaggini processuali costituzionalmente sospette, gli spazi per eccepire il difetto di giurisdizione nonostante la chiarezza invero cristallina della disposizione, secondo la quale – è noto – «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo»; v. Cass. 9 ottobre 2008, n. 24883, *Foro it.*, 2009, I, 806, con osservazione di G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*; l'impianto della decisione è confermato, da ultimo, da Cass. 12 ottobre 2011, n. 20932, *Guida al diritto*, 2011, 47, 76. Per un commento critico a questa ed ad altre pronunce volte ad assicurare effettività al principio di ragionevole durata anche a costo di smentire apertamente il diritto processuale vigente v. G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505; per la lettura secondo cui l'art. 111, 2° comma, Cost. non affiderebbe solo alla legge, ma anche al giudice nei limiti dei suoi poteri, il compito di assicurare la ragionevole durata del processo v. chiarissimamente Cass. 23 marzo 2010, n. 6951, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Cassazione civile*, n. 220.

ormai largamente accreditata; più interessante, però, specialmente ai nostri fini, è domandarsi appunto *in che senso* si possa trattare di creatività giudiziaria e quali siano le conseguenze, sul piano della legittimazione, dell'accezione accolta.

10. Segue. Nomopoiesi giudiziale e legittimazione

Una prima accezione di creazione giurisprudenziale del diritto si riferisce al contenuto innovativo della pronuncia rinvenibile nel comando concreto espresso dal giudice. Egli deriva infatti dalle norme generali e astratte prodotte dal legislatore quelle individuali e concrete che deve dettare nella parte dispositiva della sentenza. In questo senso l'opera del giudice è sempre ed obbligatoriamente (visto il divieto di *non liquet*) creativa: poiché infatti il legislatore pone (dovrebbe porre) norme generali e astratte ed il giudice è, invece, chiamato a definire casi concreti, la funzione giurisdizionale implica inevitabilmente la individualizzazione e concretizzazione della norma posta dal legislatore, e proprio in tale operazione risiede un margine di creatività, quanto meno nel senso che prima della pronuncia giurisdizionale l'ordinamento contemplava la sola norma generale e non anche quella individuale, cui il giudice è pervenuto sulla base della prima.

Da questo punto di vista, affermare che il giudice *crea* la norma è al contempo *innocuo* dal punto di vista della teoria della separazione dei poteri (il giudice non esercita la funzione di altro potere, ma esattamente la propria) e tutto sommato ovvio (il dispositivo esiste perché il giudice lo scrive, e quindi non esiste sinché il giudice non l'ha scritto), tanto che giustamente autorevole dottrina si interroga sulla necessità di tornare a discuterne⁵⁸. Semmai si tratterebbe di capire sino a che punto la derivazione di norme individuali e concrete da quelle generali e astratte sia operazione di genuina *creazione*, e non piuttosto applicazione meccanica di un'argomentazione deduttiva pura⁵⁹; in questa seconda ipotesi, infatti, nel ragionamento giudiziale vi sarebbe tanta creatività quanta ve ne è nella più semplice delle inferenze sillogistiche, cioè ben poca.

Più interessante ai nostri fini è invece il riferimento ad un'altra accezione di creatività giudiziale, che riguarda adesso non più la norma individuale e concreta dettata nel dispositivo, ma quella generale (da cui il giudice deriva il dispositivo) dettata in motivazione. È questo il caso della creatività che, a ben vedere, autenticamente risiede nell'attività interpretativa *strictu sensu*, cioè nell'attribuzione di senso ai segni che compongono i documenti normativi. Le norme generali da cui il giudice deriva quella particolare non sarebbero, cioè, create (solo) dal legislatore, ma (anche) dal giudice stesso con un'intensità variabile e inversamente proporzionale a quella del vincolo che si ritiene il testo rappresenti per l'interprete. Se esso è nullo, l'intero ordinamento è creato dai giudici; se esso è totale, nessun aspetto del diritto è creato dai giudici; se esso esiste ma non è tale da escludere completamente la discrezionalità dell'interprete, allora vale quantomeno a limitarla e dunque a *tratteggiare i confini* della creatività giurisdizionale.

Si è detto, peraltro, di come quest'ultima soluzione sembri quella preferibile, perché non indugia nella fallacia cognitivista dell'*unico significato vero* pur temperando le suggestioni dello scetticismo con la necessità di preservare il (tendenziale sì, ma pur sempre) cruciale principio della certezza del diritto. La tesi scettica(, ma) moderata, poi, è tutt'altro che priva di conseguenze sulla legittimazione del giudice. Se infatti si dovesse ritenere il vincolo rappresentato dal significante così debole da rasentare l'irrelevanza, sino a concludere che il giudice sia il genuino artefice del diritto vigente (e, magari, la funzione legislativa una finzione necessaria solo a garantire l'affabulazione dei consociati), non si vede perché non equiparare il giudice al legislatore *sino in fondo*, svincolandolo dalla soggezione alla legge e – perché no? – rinunciando alla regola del reclutamento per concorso e forse anche all'idea che i giudici debbano formarsi nelle facoltà di giurisprudenza.

11. Segue. Creazione giudiziale della norma e certezza della legge processuale. La precostituzione delle norme processuali come fonte di legittimazione

⁵⁸ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione delle controversie attuali*, in A. VIGNUPELLI (cur.), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, 363, secondo il quale «che i giudici creino anch'essi norme per il caso singolo sul quale decidono è tanto evidente che meraviglia che si debba ancora discutere sul punto».

⁵⁹ Per l'affermativa v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., ID., *Se i giudici creino diritto*, in *Acervo de la biblioteca Juridica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, disponibile in www.juridicas.unam.mx; osservazioni critiche, invece, in G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 179 ed in P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 74 e 109.

Nell'esercizio delle proprie funzioni il giudice di regola decide, a parte qualche raro caso, secondo diritto ed è quindi chiamato all'identificazione, previa interpretazione delle rilevanti disposizioni, tanto delle norme sostanziali quanto di quelle processuali, cui la decisione deve essere conforme.

Nel ragionamento sin qui condotto sul riconoscimento di ambiti di creatività nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali e sulla necessità di circoscriverne il raggio d'azione, non si è distinto tra la determinazione della norma di diritto sostanziale e quella della norma di diritto processuale. Ciò perché dal punto di vista logico-mentale, così come da quello argomentativo, l'attività interpretativa del giudice ha identiche caratteristiche se svolta su disposizioni da cui derivano norme di diritto sostanziale o se svolta, invece, su disposizioni da cui derivano norme di diritto processuale. In entrambi i casi può darsi l'ipotesi in cui il testo disegni una cornice di significati possibili molto circoscritta, così come può darsi invece il caso in cui l'interprete sia chiamato ad esercitare una considerevole discrezionalità; in entrambi i casi al giudice comune è richiesto il tentativo – lo *sforzo* – di addivenire ad una interpretazione-prodotto conforme a Costituzione; in entrambi i casi il testo resta un imprescindibile baluardo a difesa della certezza del diritto e, indirettamente, della legittimazione del giudice.

Ciò che invece varia a seconda che l'interpretazione riguardi norme di diritto sostanziale o norme di diritto processuale è tuttavia la situazione – diremmo *la posizione* – del giudice di fronte ad esse; Francesco Luiso, ricordando le considerazioni di Calamandrei, lo ha evidenziato in alcune recenti occasioni di riflessione sui temi della responsabilità civile dello Stato-giudice⁶⁰. Scriveva al proposito Calamandrei che «la posizione del giudice di fronte alla legge [processuale] non è qui diversa dalla posizione in cui può trovarsi di fronte alla legge qualsiasi funzionario di stato investito di un pubblico ufficio che pur non abbia natura giudiziaria, o anche, per dirla più genericamente, qualunque privato cittadino che si trovi ad essere destinatario di una concreta volontà di legge sostanziale». Occorre infatti distinguere l'interpretazione della disposizione di diritto sostanziale, con la quale il giudice individua la norma che serve all'elaborazione della regola che egli detterà ad altri (alle parti), dall'interpretazione della disposizione che conduce all'elaborazione della norma processuale, ove si rinvencono invece le regole che il giudice stesso è chiamato a rispettare. In breve: altro è porsi di fronte ad un metro di giudizio, altro è porsi di fronte a delle regole di condotta, e nell'interpretazione delle seconde occorrerebbe maggior cautela, poiché in ballo non vi è solo una generica (e pur rilevante) esigenza di certezza del diritto, ma anche la necessità di evitare che il giudice sia, o anche solo appaia, come *legibus solutus* proprio con riferimento a quelle norme che disciplinano il suo stesso comportamento.

Vi è poi una seconda ragione che induce a dedicare particolare attenzione all'interpretazione avente ad oggetto gli ambiti del diritto processuale. Se è vero, infatti, che il fenomeno nomopoietico è in realtà ben più complesso di quanto la coppia concettuale *creazione Vs applicazione* riesca a spiegare, altrettanto indiscutibile è che considerevoli differenze tra la creazione giurisprudenziale del diritto e quella affidata invece al legislatore (in senso lato) siano rinvenibili, tra le altre cose, proprio nelle «virtù passive del giudice» che ne definiscono l'agire necessariamente processuale e valgono, oltre che a caratterizzarne l'attività, anche a legittimarne la *creatività* in un sistema – in una cultura giuridica – in cui l'accettazione delle regole è ordinariamente subordinata alla loro produzione di matrice invece *politica*⁶¹. Il giudice deve essere (e, anche se la questione è più delicata, apparire) estraneo agli interessi in gioco, rispettare il principio del contraddittorio ed i suoi corollari, non può agire d'ufficio, deve motivare le proprie decisioni⁶²; tutti principi di natura formale-procedurale che non incidono sulla norma sostanziale relativa alla regola da dare alle parti, ma piuttosto riguardano la struttura del modo di svolgimento della funzione giurisdizionale o, più semplicemente, si traducono in norme processuali. Il punto d'incontro tra la creatività immanente all'esercizio di funzioni giurisdizionali e la precostituzione e certezza della norma processuale dovrà allora essere

⁶⁰ V. F.P. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.*, 2008, 730 ed in M. VOLPI (cur.), *La responsabilità dei magistrati*, ESI, Napoli, 2008, 175; da ultimo cfr. ancora F.P. LUISO, *La responsabilità civile*, in AA.VV., *Il progetto di riforma del titolo IV della parte II della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011, n. 4275*, in *Foro it.*, 2011, V, 285.

⁶¹ V. per tutti M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, 65 ss.

⁶² Che l'obbligo di motivazione sia da ricomprendere nei principi dell'agire processuale del giudice non è pacifico. Per la negativa v. M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, che non affronta direttamente la questione, ma comunque non ne tratta nei paragrafi dedicati al tema; per l'affermativa v. invece R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale dopo la "svolta" degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Giappichelli, Torino, 2011, 317 ss.

ricercato con particolare cautela, poiché anche se la prima è, entro certi limiti, ineliminabile, la seconda costituisce un punto di appoggio tra i più solidi per la legittimazione del giudice nel sistema⁶³.

12. Notazioni conclusive. Uno sguardo alle ragioni della legittimazione

La precostituzione della regola processuale mostra, dunque, una doppia faccia: da un lato essa garantisce l'interesse delle parti a conoscere prima quali regole governeranno il processo, dall'altro assicura che la decisione sia effettivamente presa *secondo diritto*, e quindi giustifica il rispetto della sentenza che l'ordinamento pretende dalle parti e contribuisce a garantire la legittimazione di chi la pronuncia.

Difficile, tuttavia, affermare che per assicurare la precostituzione della norma di rito si debba pretendere dai giudici l'annullamento di qualsiasi margine di discrezionalità nell'attività interpretativa: la teoria dell'interpretazione giuridica insegna a guardare al cognitivismo come *dottrina* dell'interpretazione e ne (ri)valuta semmai gli aspetti ideologici, più che strettamente scientifici. Né si potrebbe chiedere, almeno in Italia, l'applicazione meccanica dello *stare decisis*, poiché, in ultima analisi, i giudici sono soggetti «soltanto alla legge» e non anche ai colleghi. Del resto, le buone ragioni per non ostacolare l'evoluzione delle giurisprudenze, ad alcune delle quali si è anche accennato, non mancano.

Ovviamente alla parte non interessano né la teoria dell'interpretazione, né l'esigenza ordinamentale di assicurare che anche i giudici, nei limiti (più stringenti di quanto spesso non appaiano) delle loro funzioni, garantiscano l'evoluzione del diritto vigente; comprensibilmente alla parte interessa soprattutto che *si giochi secondo le regole* e che le regole siano quelle note al momento in cui essa ha posto in essere una data condotta. Proprio per questo è sembrato che lo schema decisionale della proiezione nel solo tempo futuro dell'*overruling* fosse la soluzione ideale: non impedisce al giudice di modificare il diritto vivente che ritiene sia stato falsamente dichiarato, o anche solo non più adeguato ai tempi, e al contempo tutela la parte che su quel diritto vivente riponeva il proprio affidamento.

A me pare, però, che la conclusione non possa condividersi in pieno per due ragioni concorrenti. La prima riguarda la reale attitudine dello schema decisionale appena descritto a garantire il ruolo evolutivo del diritto giurisprudenziale, e di essa si è già trattato; la seconda, che si ritiene ancor più rilevante, concerne invece la mancata considerazione delle ragioni della legittimazione.

La proiezione verso il solo tempo futuro di una o più argomentazioni della sentenza infatti finisce inevitabilmente per introdurre un elemento di assimilazione tra la creazione giurisprudenziale del diritto e quella legislativa e, quindi, per ciò solo inevitabilmente favorisce la confusione tra i due termini della coppia concettuale e quella, ad essa sottostante, tra decisori vincolati e decisori (più) liberi⁶⁴. Per quanto infatti i giudici comprensibilmente si affannino nel ricercare soluzioni, spesso anche pregevoli, per giustificare la tutela dell'affidamento della parte nel diritto vivente *overruled* ed affermare, al contempo, la natura dichiarativa delle loro statuizioni, lo sforzo rischia di apparire sempre irrimediabilmente vano: nella nostra cultura giuridica i soggetti (i poteri) che pongono regole per il futuro, infatti, non solo sono *materialmente* altri dal giudice, ma sono anche diversamente selezionati e, soprattutto, diversamente legittimati. Quando la determinazione giudiziale della norma non avviene con riferimento a fatti verificatisi anteriormente alla sua enunciazione, dunque, quello che si rischia è l'affermazione da parte del giudice stesso di un proprio potere

⁶³ Per questa ragione appaiono criticabili quelle pronunce con cui ci si discosta, in ipotesi per garantire l'attuazione di un principio costituzionale, da norme che costituiscono stretta derivazione di principi fondamentali del processo. Un esempio di questo modo di procedere è offerto da Cass. 18 febbraio 2010, n. 3860, *Foro it.*, 2010, I, 1775, secondo la quale il provvedimento del giudice di fissazione di una nuova udienza per consentire la citazione del terzo richiesta tempestivamente dal convenuto è, al di fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario, discrezionale, potendo il giudice rifiutare di fissare una nuova prima udienza per ragioni di economia processuale. La conclusione della Cassazione è, anzitutto, contraddetta dalla legge processuale, poiché l'art. 269 c.p.c. distingue in modo abbastanza chiaro tra la chiamata in causa del convenuto e quella dell'attore (possibile solo se l'esigenza sorge dalle difese già svolte dal convenuto nella comparsa), prevedendo l'autorizzazione soltanto nel secondo caso; peraltro, la differenziazione non è certo frutto di un capriccio del legislatore, ma consegue direttamente dalla necessità di rispettare la parità delle parti nel processo: se, infatti, l'attore può citare in giudizio chi crede ed ovviamente senza bisogno dell'autorizzazione di nessuno, non si vede perché subordinare la possibilità del convenuto di chiamare in causa un terzo all'autorizzazione del giudice. Per ulteriori approfondimenti sul punto v. R. CAPONI – PONIALFINO – LFINROTO PISANI – SANICARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 1794 e A. PROTO PISANI, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile*, in *id.*, 2011, V, 79.

⁶⁴ La contrapposizione tra il giudice, decisore *vincolato*, ed il legislatore, decisore invece *libero*, è volutamente schematica. Da un lato, infatti l'assunta consapevolezza dei margini di creatività propri dell'attività dell'interprete impedisce di trattare il giudice come un decisore soggetto a vincoli di tipo assoluto (il che ovviamente non significa che egli non sia soggetto ad alcun vincolo), e dall'altro la vigenza di una Costituzione rigida ridimensiona l'ampiezza della libertà del legislatore, oggi non (più) assoluta, ma da esercitare appunto nel rispetto della Costituzione, oltre che «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

che strutturalmente sarà concepito come abnorme, con tutto ciò che ne consegue sul piano della (de)legittimazione.

La soluzione più in linea con la nostra cultura giuridica e con il nostro diritto positivo, allora, potrebbe non essere quella del rinvio al solo tempo a venire della *nuova norma*. Se essa è infatti davvero *nuova*, nel senso in cui cioè sono *nuove* le leggi quando entrano in vigore, il giudice non dovrebbe poterla porre o, almeno, dovrebbe preservare la propria legittimazione astenendosi dal comportarsi *come se* l'avesse posta (salvo, sinché è possibile, contestualmente affermare in modo più o meno convincente di averla *dichiarata*); se, invece, non è di una norma genuinamente *nuova* che stiamo trattando, la parte che in base ad essa potrebbe veder affermata in sentenza una definizione del giudizio a sé favorevole non merita minor tutela di quella che confidava nel diritto vivente, e soprattutto il giudice non può sottrarsi alla natura dichiarativa delle proprie pronunce senza correre il serio rischio di vedersi delegittimato e di dover conseguentemente affrontare problemi ben più complessi del pur rilevante affidamento della parte nell'orientamento disatteso col *revirement*.

Con ciò non si vuol certo ignorare che la *creazione* (nel senso, però, precisato) giudiziale del diritto determini in molti casi un serio inconveniente per la parte, ed in specie un inconveniente simile (anche se non identico) a quello occasionato dall'entrata in vigore di una legge retroattiva; la considerevole differenza, però, è che la legge di regola non è retroattiva, mentre la sentenza non può che spiegare i suoi effetti sul caso che risolve. Il problema non è, del resto, affatto nuovo: è molto famoso quel passo in cui Bentham paragona la nomopoiesi giudiziale alla produzione delle regole che l'uomo impone al proprio cane - sanzionandolo quando le vieta senza averglielo prima enunciate - ed è giustamente diffusa la raccomandazione ad un utilizzo per quanto possibile prudente, magari accompagnato da un uso accorto e ragionato degli *obiter dicta*, dell'*overruling*. Ad essa sembra di poter solo aggiungere, in primo luogo, che il *revirement* è frutto di un'attività discrezionale e non libera, poiché il potere dell'interprete deve esercitarsi, pena la sua delegittimazione, nei limiti tracciati dal testo; in secondo luogo che ancor più prudenza andrebbe impiegata in caso di *revirement* sulla norma processuale, poiché esso rischia di pregiudicare incolpevolmente una o più parti del giudizio o di indurre ad una loro tutela attraverso strumenti che, nel lungo periodo, inficiano la legittimazione stessa del giudice nel sistema; infine che, anche se qualche giudice sembra quasi dimenticarlo, l'ordinamento vigente contempla degli strumenti per *superare* la legge (ovviamente anche quella processuale) ritenuta incostituzionale ed essi non necessariamente hanno carattere interpretativo, ma possono anche, se il testo dimostra una capacità di resistenza invincibile, ricercarsi nei tradizionali e in questo caso ben più efficaci strumenti demolitori⁶⁵.

Anche negli ordinamenti di *common law*, dove le dinamiche di legittimazione del giudice rimangono considerevolmente diverse rispetto a quelle che operano in area continentale e dove la funzione creativa delle giurisprudenze non è certo una novità (ma piuttosto, secondo l'efficace espressione utilizzata da Simpson e Stone già nel 1949, un luogo comune), va maturando da tempo l'idea che il *prospective overruling*, pur conseguendo alla raggiunta consapevolezza della reale portata della funzione giurisdizionale, determini l'insorgere di tante difficoltà quante ne risolve⁶⁶; credo che ciò possa valere a maggior ragione nel nostro ordinamento, nel quale la legittimazione del giudice è più strettamente legata alla natura dichiarativa della sua funzione e, quindi, anche della classi di atti che la definisce.

⁶⁵ La nota affermazione – quasi un manifesto – della Corte costituzionale secondo cui non si dichiarano incostituzionali leggi che possono, in via interpretativa, assumere un significato conforme a Costituzione comprende infatti il proprio contrario: le leggi il cui testo non può essere *stressato* sino alla individuazione di una norma conforme a Costituzione devono essere annullate. Non del tutto condivisibile è allora quella giurisprudenza costituzionale che in qualche occasione ha incoraggiato i giudici comuni a *forzare* il dato testuale della disposizione in cerca di soluzioni interpretative conformi a Costituzione; per alcuni casi emblematici v. R. ROMBOLI, *La "crisi della legge" nell'evoluzione del rapporto tra "diritto politico" e "diritto culturale". L'attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni*, in *Parlamento y Constitución*, Anuario, 12, 2009, 15.

⁶⁶ V. W. FRIEDMANN, *Limits of judicial lawmaking and prospective overruling*, in *The Modern Law Review*, 1966, Vol. 29, n. 6, 593 ss., spec. 605: «clearly, prospective overruling, while a welcome acknowledgment of the lawmaking function of courts, opens up as many difficulties as it solves».