

Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri

a cura di
Paola Ivaldi e Marco Pelissero



INDICE - SOMMARIO

<i>PREFAZIONE</i>	IX
REALINO MARRA <i>Indirizzo di saluto</i>	XI
FRANCESCO PALAZZO <i>In tema di formante giurisprudenziale: introduzione al convegno</i>	1
FRANCESCO VIGANÒ <i>Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i>	5
ALESSANDRO PAJNO <i>Il precedente nel giudizio amministrativo. Nomofilachia e giustizia amministrativa</i>	27
GUGLIELMO LEO <i>La funzione nomofilattica della Corte di cassazione tra sviluppi interpretativi e recenti riforme</i>	49
MARIA TERESA BONAVIA <i>Il formante giurisprudenziale nel giudizio di merito: il vincolo «debole» del precedente</i>	65
GUIDO ALPA <i>La regola del 'precedente': esperienze a confronto</i>	73
FAUSTO POCAR <i>Note sul formante giurisprudenziale nel diritto internazionale</i>	83
MICHELE GRAZIADEI <i>Costruire il precedente in Europa. La Corte di giustizia e il ricorso al diritto comparato</i>	93
SERGIO M. CARBONE <i>Interpretazione evolutiva del diritto nel dialogo tra Corte di giustizia e giudici nazionali</i>	111
LUCIA SERENA ROSSI <i>Il dialogo tra Corte di giustizia e corte EDU nel processo di osmosi fra le rispettive Carte</i>	119
LINA PANELLA <i>La giurisprudenza di Strasburgo quale vincolo per le giurisdizioni nazionali</i>	131

IL DIRITTO VIVENTE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Francesco Viganò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Formante giurisprudenziale come fonte del diritto? – 3. Formante giurisprudenziale e Corte costituzionale – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Sono molto grato agli organizzatori di questo convegno, che mi consente di accostarmi da un nuovo angolo visuale a un tema che da sempre mi affascina, e al quale ho in effetti dedicato qualche riflessione in un contributo pubblicato alcuni anni or sono, focalizzato – allora – sul ramo dell'ordinamento giuridico che mi è più familiare, il diritto penale¹.

Mi accingo ora a riprendere questo tema dalla diversa prospettiva della Corte costituzionale; non senza confessare subito il mio imbarazzo e la mia sensazione di inadeguatezza a fronte dell'imponente letteratura sul tema². Con tale raffinata letteratura non potrò qui nemmeno sperare di potermi confrontare, sicché interpreto l'invito a intervenire in questo convegno su un tema culturalmente così impegnativo – al più – come un'esortazione a condividere con i colleghi qualche riflessione generata dalla mia diretta esperienza 'sul campo' di giudice della Corte.

* Giudice della Corte costituzionale dal marzo 2018. Le opinioni espresse in questo contributo sono unicamente riferibili all'Autore e non riflettono necessariamente la posizione della Corte costituzionale.

¹ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2016, p. 213 ss.

² Per tutti, cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «Diritto vivente»*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, p. 244 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 89 ss.; M. CAVINO, *Diritto vivente* [aggiornamento], voce in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 2010, p. 134 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, p. 101 ss.

Queste riflessioni mi pare possano ruotare attorno a uno dei fondamentali interrogativi che mi ero posto anche nel mio precedente contributo, e cioè attorno al problematico rapporto tra la primazia della 'legge' e il ruolo (nei fatti) 'creativo' del diritto svolto dalla 'giurisprudenza'. Un rapporto sul cui sfondo sta, a livello istituzionale, una latente tensione tra potere legislativo – espressione diretta della volontà popolare, o meglio della maggioranza che ha approvato il testo legislativo e lo mantiene in vigore – e potere giudiziario – che pronuncia sentenze 'in nome del popolo' ed è soggetto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ma non risponde al popolo e opera in condizioni di indipendenza, a sua volta costituzionalmente garantita, rispetto al potere politico³.

2. Formante giurisprudenziale come fonte del diritto?

Come è noto, l'espressione 'formante giurisprudenziale' nasce sul terreno della comparazione giuridica⁴: l'ordinamento giuridico non è composto soltanto di norme poste in essere dal potere legislativo o esecutivo, ma anche delle norme enunciate espressamente, o implicitamente ricavabili, dai precedenti giudiziari, che vengono utilizzate come criteri di decisioni in casi successivi. Ciò vale, si riconosce comunemente, non soltanto per gli ordinamenti di *common law*, basati sul principio dello *stare decisis*, ma anche, seppur in maniera non formalizzata e in certa misura più flessibile, per gli ordinamenti di *civil law* come quello italiano. Norme legislative dal dato testuale identico appartenenti a due diversi ordinamenti potrebbero essere interpretate in maniera differente dalle rispettive giurisprudenze, e avere dunque – in pratica – un ben diverso ambito applicativo.

Queste osservazioni dovrebbero ormai apparire ovvie, e non meritare qui alcun ulteriore approfondimento. Al di fuori però del diritto comparato, tra i cultori delle varie branche del diritto nazionale continua oggi a discutersi se al 'formante giurisprudenziale', o più semplicemente alla 'giurisprudenza', debba riconoscersi anche formalmente un ruolo 'creativo' del diritto, sì da poterla qualificare – nonostante il silenzio serbato dall'art. 1 delle Preleggi – come autentica 'fonte' del diritto; e se un simile ruolo sia compatibile con il principio di legalità e con il sottostante principio della separazione tra potere legislativo e potere giudiziario. Domande, queste, alle quali si tende ancora a

³ Sul punto, cfr., assai efficacemente, B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, München, 1999, § 22 Rn. 704 ss.

⁴ Cfr. per tutti R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, col 39, n. 1 (1991), p. 1 ss. e n. 2 (p. 343 ss.).

rispondere negativamente, anche e specialmente nell'ambito della mia disciplina di elezione, il diritto penale⁵.

Non intendo qui discutere sulla possibilità di qualificare la giurisprudenza come autentica fonte del diritto: confesso di non essere appassionato a questo problema classificatorio. Tuttavia, mi pare opportuno esplicitare *in limine* una serie di premesse teoriche, meglio illustrate nel precedente contributo cui ho fatto poc'anzi riferimento, nelle quali mi riconosco, e sulle quali si fondano anche le considerazioni che mi accingo a svolgere dal punto di vista del diritto costituzionale.

Anzitutto, qualsiasi 'applicazione' di una norma al caso concreto da parte di un soggetto a ciò abilitato – il giudice, un'autorità amministrativa, un arbitro, etc. – presuppone la previa 'interpretazione' della norma⁶, e dunque una previa attribuzione di significato alla stessa⁷: operazione, questa, necessaria per determinare se la norma sia pertinente al caso concreto, e dunque se possa essere utilizzata come criterio per la sua decisione del caso.

L'interpretazione della norma – e dunque l'attribuzione ad essa di un determinato significato – non è d'altra parte operazione meramente 'ricognitiva' di un significato già esistente, pre-dato nella norma, che l'interprete dovrebbe solo 'leggere dal' testo della norma; ma è anche, o quanto meno può essere, il frutto di una 'decisione' dell'interprete in favore di 'uno' dei possibili significati compatibili con il testo della norma⁸ – e dunque può consistere in un atto, almeno in parte, di 'volontà' da parte dell'interprete.

La cautela nelle formulazioni che precedono si spiega perché – come meglio illustrerò più innanzi – io resto convinto non solo che l'attività dell'interprete in-

⁵ Per una presa di posizione assai netta in proposito, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di diritto penale*, 12^a ed., 2020, p. 96 s.: «le opinioni dominanti in giurisprudenza e/o in dottrina non possono scalfire la soggezione del giudice alla sola legge». Di seguito, gli autori qualificano la «c.d. nomofilachia delle Sezioni Unite della Cassazione» come «uno dei tanti *idòla theatri*, cioè una credenza tanto diffusa, quanto erronea», non essendovi alcun obbligo per i giudici successivi di conformarsi al principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite, ed essendo tale nomofilachia «irrisa dai non pochi casi in cui, su uno stesso problema interpretativo, decisioni contrastanti delle Sezioni Unite si susseguono anche in un breve arco di tempo».

⁶ Sulla distinzione tra interpretazione e applicazione della norma, cfr. *ex multis* G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 44 s.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 331; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. I, Bologna, 2007, p. 83.

⁷ Anche qui *ex multis*, G. TARELLO, *op. ult. cit.*, p. 9; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 102.

⁸ Così, ancora, L. PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 103; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, p. 84.

contri un limite nel testo (con conseguente necessità di ‘riconoscere’ tale limite nell’atto stesso dell’interpretazione), ma anche che chi applica quotidianamente le norme si confronta, in gran parte, con ‘casi facili’, che non pongono particolari problemi di interpretazione. A fronte delle ricorrenti obiezioni dottrinali miranti a screditare come ingenuo il vecchio brocardo *in claris non fit interpretatio*, a me pare che non si possa ragionevolmente dubitare – ad esempio – che provocare intenzionalmente la morte di una persona di sesso maschile con un colpo di pistola al cuore configuri un omicidio ai sensi dell’art. 575 c.p. Potremmo sottilmente discutere se davvero non vi sia qui alcun bisogno di interpretare la norma, ovvero se il giudice compia pur sempre una attribuzione di significato (seppur ovvio) alla norma – e dunque la interpreti – ogniqualvolta proceda alla sussunzione del fatto storico accertato nel processo nella fattispecie normativa dell’art. 575 c.p.⁹; ma, insomma, nessuno potrebbe seriamente ipotizzare la non riconducibilità di quel fatto concreto alla norma.

Un’operazione interpretativa è, invece, effettivamente necessaria – ancorché si tratti, in questo caso, di una interpretazione ‘facile’, alla luce di una folla di argomenti storici, sistematici, teleologici, costituzionali – quando la persona colpita al cuore sia di sesso femminile, posto che la parola ‘uomo’ utilizzata dall’art. 575 c.p. non include univocamente le donne. Qui il giudice è in effetti chiamato ad ‘assegnare un significato’ alla norma, in grado di comprendere anche il caso concreto all’esame: anche se verosimilmente non spenderà, sul punto, nemmeno una parola nella motivazione della sentenza, tanto ovvia appare qui l’interpretazione della norma.

In altri casi ancora, la stessa interpretazione di una norma apparentemente univoca come l’art. 575 c.p. si presenterà meno ovvia, e richiederà uno sforzo argomentativo maggiore – come nel caso in cui si discuta se l’asportazione di organi vitali a una persona le cui attività cerebrali siano cessate, ma che continui a respirare grazie a un apparecchio meccanico, sia costitutiva di un omicidio –; ovvero potrà addirittura condurre a risultati su cui più esperti potrebbero ragionevolmente dissentire (causa la morte di un uomo chi ferisca gravemente una donna all’ottavo mese di gravidanza, provocando la morte

⁹ Cfr. in questo senso, ad es., R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 329 s., a parere del quale la stessa distinzione tra casi ‘chiari’ e ‘oscuri’ sarebbe tracciabile soltanto in esito all’attività interpretativa. Esempi come quello formulato nel testo mi pare invece evidenzino la fondamentale esattezza della distinzione, seppur tendenziale, tra casi certamente ricompresi dalla fattispecie normativa, rispetto ai quali non è a ben guardare necessaria alcuna attività interpretativa, e casi appartenenti alla sua ‘penombra’ rispetto ai quali la previa interpretazione della norma è invece necessaria. Ho affrontato tempo fa questo problema discutendo del divieto di analogia in materia penale, rispetto all’interpretazione del concetto di ‘violenza’ in F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. L’offesa mediante violenza*, Milano, 2002.

del bimbo ancora all'interno dell'utero?).

È solo rispetto a casi come questi – i classici *hard cases* su cui già Hart richiamava l'attenzione¹⁰ – che la distinzione tra interpretazione e applicazione della norma diviene particolarmente rilevante.

Ed è proprio rispetto a questi casi che, a mio giudizio, la riflessione corrente sull'interpretazione non sempre pone sufficiente attenzione alla specificità dell'atto 'interpretativo' rispetto al successivo atto 'applicativo' della legge. L'attribuzione di significato nella quale si sostanzia l' 'interpretazione' della disposizione generale e astratta – ad esempio: «uomo è anche il feto non nato, ma capace di vita autonoma al di fuori del corpo della madre»¹¹ – produce anch'essa un 'enunciato generale e astratto', per quanto un po' meno generale della legge interpretata; e sarà 'questo' enunciato ad operare come la (reale) 'premessa maggiore' del sillogismo¹² che condurrà poi all'applicazione della norma nel caso concreto (risulta dal compendio probatorio che Tizio ha ucciso dolosamente il feto di ventotto settimane portato in grembo da Caia; *ergo*, Tizio è punibile con la pena da ventuno a ventiquattro anni di reclusione), sostituendo in questo ruolo la disposizione legislativa interpretata.

Dunque, il frutto dell'interpretazione dell'art. 575 c.p. è anch'esso una norma, una *regula iuris*, destinata a costituire il criterio per la decisione del caso concreto. Una *regula iuris* che, come si è detto, è il frutto di una decisione certo orientata dal testo della norma interpretata, oltre che dal con-testo nel quale questa norma è inserita, ma che al tempo stesso non è ricavata per via di mera deduzione logica, ed è frutto invece di una decisione discrezionale – ancorché, come vedremo, non arbitraria – dell'interprete (l'affermazione che un feto ancora di ventisei o ventotto settimane ancora nel grembo materno possa considerarsi un 'uomo' ai fini dell'art. 575 c.p. è certamente 'sostenibile', e può essere valutata nella sua minore 'opportunità', 'coerenza con il sistema', 'giustizia', etc.; ma altrettanto certamente si sottrae a un giudizio binario di verità o falsità).

Non solo. La *regula iuris* così stabilita dal giudice non è destinata semplicemente a fornire il criterio di giudizio per il caso concreto sottoposto ora alla sua attenzione; ma sin da subito si candida a operare come possibile criterio di giudizio per analoghi casi 'futuri', ai quali aspira naturalmente ad applicarsi proprio in quanto regola anch'essa generale e astratta, esattamente come la norma interpretata.

¹⁰ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 120 ss.

¹¹ Per questa tesi, cfr. in particolare F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Reati contro la persona*, Milano, 2019, p. 30.

¹² In questo senso, cfr. ad es. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma, 2004, p. 79.

Questa aspirazione è esattamente colta dalla dottrina che sottolinea come l'interpretazione del giudice, sollecitata dal caso sottoposto al suo esame, debba necessariamente rivolgersi all'indietro, verso la norma che è stata posta nel passato; ma assieme debba «guardare al tempo a venire» per poter risultare feconda¹³: l'interpretazione ha un significato solo in quanto sia proiettata sui casi analoghi futuri, ai quali la *regula iuris* ottenuta per risolvere il caso concreto ora all'esame dovrebbe parimenti applicarsi.

Un simile sguardo prospettico è, in particolare, evidente nel *modus operandi* della Corte di cassazione, il cui ruolo essenziale è quello di assicurare non solo «l'esatta osservanza della legge» nei singoli casi concreti, ma anche «l'uniformità dell'interpretazione della legge» e l'«unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ordin. giudiz.) nell'ordinamento giuridico italiano: funzioni, queste ultime, che la Cassazione attua proprio attraverso i propri precedenti, enunciando regole di giudizio – le cosiddette massime – che sono raccolte e pubblicate proprio per fornire indicazioni ai giudici di merito, che aspirino alla stabilità delle proprie decisioni, sulla interpretazione delle norme oggetto del ricorso per cassazione.

Ma la preoccupazione di decidere il caso secondo un criterio utilizzabile anche in futuro per una gamma potenzialmente infinita di casi analoghi è – e deve essere – alla base di ogni atto interpretativo, posto in essere da qualsiasi giudice, come ho cercato altrove di dimostrare¹⁴: dopo tutto, la prima formula dell'imperativo categorico kantiano esige, quale condizione di correttezza di qualsiasi decisione, che essa corrisponda a una massima di portata generale, ossia potenzialmente idonea a essere elevata a regola di giudizio per tutti i casi simili.

La mia personale esperienza di giudice costituzionale mi conferma che la consapevolezza di stabilire, con la decisione di oggi, un precedente potenzialmente idoneo a risolvere una pluralità di casi futuri è cruciale ogniqualvolta si debba affrontare un nuovo problema interpretativo, ovvero ci si ponga il problema di innovare rispetto a precedenti orientamenti¹⁵.

¹³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, p. 304.

¹⁴ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 30.

¹⁵ Per esempi particolarmente significativi, tratti dagli ultimi tre anni di giurisprudenza costituzionale, cfr. l'ordinanza n. 17 del 2019 (sui cui cfr. subito nel testo), la sentenza n. 38 del 2019 (nella quale si è per la prima volta affermato che il divieto di «intercettazioni [...] di conversazioni o comunicazioni» del parlamentare, salva autorizzazione della Camera di appartenenza, implichi anche un divieto di acquisizione di tabulati di comunicazioni), nonché la sent. n. 32 del 2020 (nella quale si è sottoposta a revisione critica la giurisprudenza costituzionale e comune che escludeva dal divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., la totalità delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario: principio poi confermato nella successiva sent. n. 193 del 2020 e nelle ord. n. 49, 183 e 184 del 2020).

Insomma: ogni giudice, compresa la Corte costituzionale, non ricerca soltanto la soluzione avvertita come ‘giusta’ nel caso concreto, ma è ben cosciente della necessità di fondare la decisione su un criterio – una regola – pensata già in origine come ‘generalizzabile’ a tutti i casi futuri che presenteranno analoghe caratteristiche. Decidendo ad esempio in un singolo concreto che l’art. 575 c.p. deve essere applicato anche in un caso in cui l’agente abbia provocato la morte di un feto ancora nel grembo materno, ma già capace di vita autonoma, il giudice ‘produce’ una regola – dal contenuto non vincolato, perché non deducibile in maniera univoca dall’art. 575 c.p. – che aspira ad applicarsi a tutti i casi simili che dovessero presentarsi in futuro, e la cui opportunità, coerenza con il sistema, o intrinseca ‘giustizia’ saranno naturalmente oggetto di valutazione critica da parte della dottrina con riferimento proprio alla sua portata generale e astratta rivolta ai casi futuri. Non diversamente è accaduto nel momento in cui la Corte costituzionale ha stabilito, nell’ordinanza n. 17 del 2019, che un «conflitto *tra* poteri dello stato» può configurarsi anche, a determinate condizioni, tra un singolo parlamentare e la camera di appartenenza, ribadendo poi tale innovativo principio nella successiva ordinanza n. 60 del 2020: una nuova *regula iuris*, fondata sull’art. 134 Cost. ma non univocamente deducibile da quella norma costituzionale, è entrata così a far parte dell’ordinamento italiano.

Sul grado di vincolatività per i casi futuri delle *regulae iuris* così create dalla giurisprudenza si può, naturalmente, discutere, in ordinamenti in cui non opera un obbligo formale di *stare decisis*. Molti fattori inducono però – sul punto tornerò nelle conclusioni – a riconoscere anche negli ordinamenti di *civil law* una forza sostanzialmente cogente dei precedenti, e dunque dell’attività di autentica normazione realizzata attraverso la decisione dei singoli casi concreti.

Il che costituisce un’ottima ragione per riconoscere l’esistenza, e il cruciale ruolo giocato nella prassi, di un diritto giurisprudenziale ‘prodotto’ (e non solo ‘scoperto’, o ‘dichiarato’) dalle corti, persino in una materia dominata dalla riserva di legge come quella penale¹⁶. superando così quell’*habitus* mentale, ancora diffuso in molti manuali della nostra materia, che immagina l’interprete (giudice o studioso) solo di fronte al testo della legge, e sostanzialmente di risolvere i casi difficili sulla base di propri itinerari argomentativi, che neppure si confrontano con le *regulae iuris* elaborate nel frattempo dalla giurisprudenza, e che orientano invece in maniera decisiva i comportamenti

¹⁶ Cfr., sul punto, le esatte osservazioni di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali VI*, 2013, p.418 (e ivi ampi rif. bibl.). In precedenza, cfr. i fondamentali studi di G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, vol. I, p. 240 ss.; e di M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, 2004, p. 159 ss.

degli attori della giustizia penale: pubblici ministeri, avvocati, giudici. Un *habitus*, quest'ultimo, che dimentica che, ai fini della prassi, il 'diritto vigente' non si reperisce soltanto sui codici, ma anche e in primo luogo sui commentari e – oggi – sulle banche dati della giurisprudenza, che soli sono in grado di restituire le 'regole' già sviluppate e applicate per molte sottoclassi di ipotesi, o 'sottofattispecie', di fatto ricondotte o non ricondotte alla fattispecie normativa da atti interpretativi compiuti nel passato dai giudici, in specie da quelli più autorevoli.

3. Formante giurisprudenziale e Corte costituzionale.

Nonostante quanto precede, la posizione 'ufficiale' della Corte costituzionale – espressa in forma particolarmente netta nella sentenza n. 230 del 2012¹⁷ – sul rango del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento nega la vincolatività degli 'orientamenti giurisprudenziali' per il singolo giudice, il quale ha soltanto – sottolinea la Corte – la 'facoltà', ma non l'obbligo di conformarsi ad essi. E ciò in relazione al principio costituzionale della soggezione del giudice 'soltanto' alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), oltre che – nella materia penale, che in quel caso veniva in considerazione – al principio della riserva di legge, che affida al solo legislatore il compito di porre norme in questa materia.

Ciò posto, non v'è dubbio però che la Corte costituzionale sia ben consapevole del ruolo 'con-formativo' della giurisprudenza rispetto al diritto vigente.

3.1. Ciò vale, anzitutto, rispetto ai propri stessi precedenti¹⁸, come già si è avuto modo di accennare. Le norme che la Corte è chiamata a interpretare e ad applicare sono in gran parte rappresentate da principi, il cui contenuto precettivo è del tutto indeterminato, ed è naturalmente destinato a essere concretizzato dalla giurisprudenza costituzionale, in continue e delicate operazioni di reciproci bilanciamenti, che presuppongono però anche la formulazione di regole di giudizio, o almeno di criteri più precisi di quel-

¹⁷ Ripresa, peraltro, nella più recente sent. n. 25 del 2019.

¹⁸ Osservano sul punto G. ZAGREBELSY, V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, p. 138 che di 'giurisprudenza costituzionale' si può parlare proprio in quanto la Corte osservi una fedeltà di fondo rispetto ai propri precedenti, che permettono di pensare a tale giurisprudenza «come costruzione progressiva di un edificio che va formandosi per sviluppi ed estensioni coerenti. Le singole decisioni della Corte non partono da zero, ma prendono l'avvio da quanto si è stabilito in precedenza, su questo lascito ereditario si fondano e a questo patrimonio apportano il loro contributo: le decisioni successive si avvantaggiano delle orme impresse nel diritto dalle decisioni precedenti, in modo da poter più speditamente e facilmente procedere oltre, seguendo una direzione e non andando a casaccio».

li espressi dal dato letterale della norma costituzionale, perché ritagliati su sottofattispecie che la prassi dei giudizi costituzionali si incarica quotidianamente di portare all'attenzione della Corte.

A tali regole di giudizio la Corte tende a conformarsi, pur non avendo mai affermato un proprio obbligo in questo senso – e non essendo affatto esclusa, anzi, la possibilità di *révirements*, di parziali ripensamenti o comunque di precisazioni dei precedenti orientamenti interpretativi¹⁹ (spesso nella forma, ben conosciuta alle giurisprudenze anglosassoni, del *distinguishing*).

Il che ben si spiega. Anzitutto, proprio a fronte della vaghezza e – per riprendere la nota immagine hartiana – della *open texture* delle norme costituzionali interpretate, è vitale per l'autorevolezza della Corte, e in definitiva per la sua stessa 'legittimazione' come istituzione operante con una logica contromaggioritaria, utilizzare i propri precedenti come una sorta di grande *acquis* normativo, che arricchisce e integra il contenuto precettivo delle stesse norme costituzionali. A tali precedenti la Corte attribuisce di fatto la funzione di criteri decisionali almeno relativamente cogenti, in modo che le singole decisioni – specie quelle sulle questioni politicamente più delicate – siano presentate agli interlocutori politici, e alla stessa opinione pubblica, come il naturale sviluppo di principi già esistenti e ben consolidati nel sistema.

Strettamente connessa a questa esigenza è, d'altra parte, l'opportunità di assicurare una ragionevole 'prevedibilità' delle decisioni della Corte, a beneficio di tutti i soggetti istituzionali interessati che devono essere in grado di regolare i loro comportamenti e di conformare gli atti da essi prodotti tenendo conto dei principi costituzionali, così come interpretati dalla Corte. Ciò appare particolarmente importante perché il ruolo della Corte costituzionale – così come quello di ogni altro giudice – non si esaurisce nel rendere giustizia nel caso concreto, riparando a violazioni della Costituzione già avvenute; ma aspira, e dovrebbe ragionevolmente aspirare, a dettare indicazioni per il futuro a tutti quei soggetti istituzionali, 'prevenendo' il prodursi di violazioni della Costituzione. A tutti i livelli: inducendo il 'legislatore', statale e regionale, ad astenersi dal porre in essere norme destinate a essere annullate dalla Corte; promuovendo schemi di 'rapporti tra le istituzioni' che evitano lo stesso prodursi di conflitti tra poteri o tra enti; nonché, *last but not least*, orientando i 'giudici comuni' nel loro duplice compito di interpretare le leggi in conformità ai principi costituzionali, e di valutare la non manifesta infondatezza di eventuali nuove questioni di illegittimità costituzionale, nel caso in cui sia impossibile una interpretazione conforme²⁰.

¹⁹ Come recentemente avvenuto con la già citata sent. n. 32 del 2020.

²⁰ Sul punto, cfr. ancora G. ZAGREBELSY, V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, p. 142.

3.2. Ma il formante giurisprudenziale è di fondamentale importanza anche nella definizione dell' 'oggetto' della questione incidentale di legittimità costituzionale.

Come è noto, la Corte ha da tempo interiorizzato la distinzione, risalente a Vezio Crisafulli, tra disposizione e norma²¹: l'oggetto effettivo del giudizio della Corte non è la 'disposizione' – il 'testo' normativo – oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati del rimettente; bensì la 'norma', e cioè l'enunciato che costituisce il 'frutto dell'interpretazione' di quel testo²². La Corte non dichiara, beninteso, fondata o non fondata la questione sollevata su una determinata 'disposizione'; ma ne assume un determinato significato che la individua come 'norma'. Il rimettente ha anzi l'onere di individuare il significato della norma²³, al duplice fine di motivare alla Corte la rilevanza della questione nel procedimento *a quo* e la sua non manifesta infondatezza. La distinzione consente inoltre, come è altrettanto noto, alla Corte di mantenere in vita disposizioni suscettibili di essere interpretate in maniera conforme alla Costituzione attraverso *sentenze interpretative di rigetto*, con le quali la Corte individua – in buona sostanza – una *norma* non incompatibile con la Costituzione, alternativa a quella che il rimettente ha ricavato dalla disposizione.

Allorché invece l'interpretazione che il giudice assume dover ricavare dalla disposizione impugnata corrisponda effettivamente a quella indicata dalla giurisprudenza consolidata – il 'diritto vivente', nella terminologia della Corte –, la Corte si ritrae ed evita di proporre una interpretazione alternativa della disposizione censurata conforme alla Costituzione, assumendo piuttosto che la 'disposizione' esprima proprio e soltanto la 'norma' enucleata dal diritto vivente, anche laddove il dato testuale avrebbe consentito di ricavarne una norma diversa, in ipotesi non contrastante con la Costituzione. Sicché, a questo punto, l'alternativa che si spalanca alla Corte è soltanto tra la dichiarazione di non fondatezza della questione, ovvero della sua fondatezza; ipotesi, quest'ultima, in cui la Corte dichiarerà – a ben guardare – costituzionalmente illegittima la disposizione 'come interpretata' dal diritto vivente. Come si è scritto efficacemente: in questa ipotesi, «[i]l controllo di costituzionalità non è più [...] un giudizio su fattispecie ipotetica, il diritto per come esso è in potenza; diventa, invece, un giudizio su fattispecie concreta, il diritto per come esso è in atto»²⁴.

²¹ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, p. 195 ss. Sulla distinzione, fra i tanti, cfr. anche GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 333.

²² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, 2007, p. 202 ss.

²³ Su tale onere, e sull'inammissibilità della questione nel caso del suo mancato assolvimento da parte del rimettente, cfr. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, 2^a ed., Milano, 2020, p. 199.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale cit.*, p. 209.

Emblematico il caso deciso da una sentenza ben nota ai cultori dei rapporti tra diritto costituzionale e CEDU, la n. 317 del 2019²⁵: la disposizione oggetto del giudizio era in quell'occasione l'art. 175, comma 2, c.p.p., nel testo allora vigente, che disciplinava i presupposti della restituzione in termini dell'imputato. La disposizione era stata interpretata da talune sentenze della Corte di cassazione nel senso di consentire all'imputato, il quale incolpevolmente non avesse avuto conoscenza del procedimento conclusosi con la sua sentenza di condanna, di essere restituito nel termine per impugnare, anche dopo che l'impugnazione fosse già stata inutilmente proposta dal difensore d'ufficio; mentre altre sentenze avevano aderito alla soluzione opposta, sulla base del principio dell'unicità dell'impugnazione. Le Sezioni unite della Cassazione erano intervenute a dirimere il contrasto giurisprudenziale, optando per questa seconda tesi. La prima sezione penale della Cassazione aveva, a questo punto, sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, c.p.p. così come interpretato dalle Sezioni Unite, denunciando l'incompatibilità della disposizione così interpretata con una serie di parametri interni e internazionali (in particolare l'art. 6 CEDU, attraverso la mediazione dell'art. 117, primo comma, Cost.). La Corte costituzionale prende atto, allora, dell'esistenza di un 'diritto vivente', risultante dalla pronuncia delle Sezioni Unite, riconoscendo dunque l'impossibilità per il rimettente di pervenire a una diversa soluzione interpretativa; e accoglie la questione, dichiarando illegittimo l'art. 175, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento [...] quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato», ritenendo dunque che la 'norma' presente nel diritto vivente sia incompatibile con la Costituzione. Ferma restando, dunque, la sopravvivenza nell'ordinamento della 'disposizione' censurata, purché da essa si ricavi una norma diversa – quella, appunto, che consente all'imputato di proporre una seconda e distinta impugnazione.

La recente sentenza n. 32 del 2020 ha, poi, riesumato una vecchia tipologia di sentenza, risalente a un'epoca precedente alla teorizzazione del diritto vivente, rappresentata dalla sentenza interpretativa di rigetto²⁶: la disposizione

²⁵ A quella sentenza risale infatti il principio secondo cui «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti».

²⁶ Sulla pressoché totale scomparsa di questa tipologia di pronuncia nella giurisprudenza della Corte dalla metà degli anni Settanta in poi (salvi i casi particolarissimi rappresentati dalle sentenze n. 145 del 2002 e n. 305 del 2008), cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bologna, 2012, p. 69.

censurata, che rendeva assai più severa l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati per delitti di corruzione è stata qui dichiarata costituzionalmente illegittima «in quanto interpretata» dal diritto vivente nel senso che le modifiche da essa introdotte si applicassero anche ai condannati che hanno commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della disposizione medesima. La Corte ha inteso qui sottolineare che la disposizione censurata non prevedeva alcunché circa la sua applicazione nel tempo, evidenziando al tempo stesso come la sua applicabilità anche ai condannati per fatti pregressi dipendesse esclusivamente dal consolidato orientamento giurisprudenziale (fondato, per la verità, anche su precedenti affermazioni della Corte costituzionale, sottoposte qui a revisione critica), e dunque da un diritto vivente, che postulava la sottrazione di tutte le norme in materia di esecuzione della pena al divieto di applicazione retroattiva della legge penale posto dall'art. 25, secondo comma, Cost.: diritto vivente giudicato un questa occasione contrario, per l'appunto, a tale parametro costituzionale. Anche in questo caso, a essere dichiarata incostituzionale non è, dunque, la 'disposizione' censurata, ma la 'norma' esistente nell'ordinamento, che predicava l'applicazione retroattiva di quella disposizione.

La successiva sentenza n. 193 del 2020 si trova ad affrontare sostanzialmente la medesima questione, in relazione ai condannati per fatti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge che ha inasprito il regime esecutivo delle pene inflitte per tale delitto. Questa volta però la Corte sottolinea come il diritto vivente oggetto della precedente sentenza di illegittimità costituzionale sia ormai 'venuto meno', proprio per effetto di quella pronuncia; e opta così per un mero dispositivo di non fondatezza «nei sensi di cui in motivazione», indicando al giudice come unica interpretazione costituzionalmente conforme quella che esclude l'applicazione retroattiva della disposizione legislativa. Interpretazione, quest'ultima, non più ostacolata dal precedente diritto vivente, ormai dichiarato illegittimo dalla Corte.

Partite come queste si giocano dunque interamente non sul piano della 'disposizione' legislativa, rimasta inalterata prima e dopo le sentenze n. 32 e 193 del 2020, bensì esclusivamente sul piano delle 'norme' di derivazione giurisprudenziali, assunte in modo qui particolarmente scoperto come oggetto delle questioni di legittimità costituzionale.

L'esistenza di un diritto vivente condiziona, altresì, l'ammissibilità della questione. Se il rimettente solleva una questione su una disposizione sulla quale esiste un diritto vivente, che il rimettente mostra di ignorare o di non condividere, al solo fine di evidenziare un dubbio di illegittimità costituzionale che il diritto vivente consente invece di superare, la questione sarà dichiarata

inammissibile per erroneità del presupposto interpretativo, dal momento che in tal caso il rimettente solleva in effetti una questione che ha ad oggetto una 'norma che non esiste' nell'ordinamento²⁷.

Naturalmente, un così largo uso dello strumento del diritto vivente non può che sollevare la questione delle sue modalità di 'accertamento'. La giurisprudenza costituzionale non ha elaborato, al riguardo, principi rigidi²⁸. Se l'esistenza di un precedente delle Sezioni Unite, non smentito da uno successivo o comunque da una successiva giurisprudenza contraria, costituisce, per così dire, una prova piena dell'esistenza di un diritto vivente, anche l'esistenza di più precedenti conformi e non contraddetti da sentenze di segno contrario delle sezioni semplici della Cassazione è normalmente considerata sufficiente a tale scopo; mentre una tale conclusione appare problematica allorché sussista un'unica pronuncia della Cassazione²⁹, e *a fortiori* quando non vi siano ancora pronunce di legittimità ma – in ipotesi – soltanto pronunce conformi di merito, ancora suscettibili di essere smentite dalla Cassazione. Evidentemente, infine, l'esistenza di un diritto vivente è da escludere in presenza di contrasti nella stessa giurisprudenza di legittimità, ancora non risolti da una pronuncia delle Sezioni Unite.

Al di là però di queste difficoltà di natura epistemica, inevitabili data la natura intrinsecamente fluida e plurale del formante giurisprudenziale, un dato è certo. La Corte costituzionale guarda da tempo al diritto di rango ordinario non arrestandosi ai dati testuali delle norme, ma esaminando come le norme 'vivono' concretamente nell'ordinamento. Oggetto del giudizio costituzionale sono le disposizioni così come 'interpretate e applicate' dai loro giudici naturali, che sono per l'appunto i giudici comuni; e la Corte si limita a offrire la propria interpretazione, eventualmente in chiave adeguatrice rispetto ai principi costituzionali, soltanto nei casi in cui queste norme non siano ancora evincibili dalla giurisprudenza comune, o non siano ivi sufficientemente consolidate.

Il che – se non vedo male – non può che sottendere, al di là delle affermazioni di principio contenute in sentenze come la n. 230 del 2012 poc'anzi citata, un riconoscimento sostanziale della Corte circa la funzione 'conformativa' del diritto svolta dai precedenti giudiziari, che fissano regole ulteriori rispetto a quelle più generali stabilite dalle fonti legislative interpretate.

²⁷ G. AMOROSO, *op. ult. cit.*, p. 209.

²⁸ Ampiamente, sul punto, ancora G. AMOROSO, *op. ult. cit.*, p. 210 ss.

²⁹ Cfr. Cass., sent. n. 142 del 1991, in cui fu invero considerata sufficiente un'unica pronuncia, e la successiva sent. n. 58 del 1997, in cui la presenza di *due* sentenze della Cassazione fu considerata insufficiente a fondare la conclusione dell'esistenza di un diritto vivente sul punto.

3.3. Un tale riconoscimento è, d'altra parte, evidente – e anzi puntualmente esplicitato dalla Corte – anche con riferimento alle norme europee.

Ciò vale anzitutto per il diritto dell'Unione europea, nel cui ambito i trattati espressamente attribuiscono alla Corte di giustizia il compito di chiarire, con effetto *erga omnes*, il significato delle norme di diritto primario e derivato (art. 267 TFUE). In proposito, la Corte costituzionale ha sottolineato, nella nota sentenza che ha concluso la saga Taricco³⁰, l'esclusiva competenza della Corte di giustizia a «interpretare con uniformità il diritto dell'Unione», parallelamente alla 'propria' competenza a valutare la compatibilità «con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inviolabili della persona» di quegli esiti interpretativi. Il diritto dell'Unione è, insomma, costituito dalle norme dell'Unione, 'come interpretate' dalla Corte di giustizia.

Ma medesimo schema vale, *mutatis mutandis*, anche rispetto al diritto convenzionale. Sentiamo la 'prima gemella', la sentenza n. 348 del 2007: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47". Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, *nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una *funzione interpretativa eminente* che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, *contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*»³¹.

Il diritto convenzionale è, anche qui, quello risultante dal *testo* della Convenzione 'così come interpretato' dalla Corte EDU nella propria giurisprudenza. È dunque quella giurisprudenza che restituisce alla comunità degli interpreti, e alla stessa Corte costituzionale, le 'norme viventi' della Convenzione, destinate a costituire i parametri interposto del giudizio di legittimità costituzionale basato sull'art. 117, primo comma Cost.

³⁰ Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

³¹ Corsivi aggiunti.

Il tutto salvo il potere-dovere per la Corte costituzionale, come diffusamente precisa la ‘seconda gemella’ n. 349 del 2007, «di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell’interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione»³²: ciò che si traduce, ancora, in un sindacato sulla stessa compatibilità del ‘diritto convenzionale vivente’ con la Costituzione, preliminare per l’appunto all’uso di quel diritto come parametro interposto di costituzionalità della disposizione del diritto italiano oggetto della questione di legittimità costituzionale.

Il ruolo essenziale della giurisprudenza di Strasburgo nella definizione dell’estensione degli obblighi convenzionali è, d’altronde, ribadito anche nella nota sentenza n. 49 del 2015, che pure mira ad attenuare il vincolo della Corte costituzionale a tale giurisprudenza. In tale pronuncia si precisa, infatti, che «[è] solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo», e suscettibili di essere poi superate da successive pronunce della Corte EDU, conformemente al «carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale», che potrà invece dirsi ‘consolidato’ – in particolare – a fronte di orientamenti costanti o di pronunce della Grande camera: ipotesi, queste ultime, dalle quali la stessa sentenza n. 49 del 2015 ribadisce «di non poter “prescindere” (*ex plurimis*, sentenza n. 303 del 2011), salva l’eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte».

In definitiva, anche nel contesto degli obblighi internazionali, laddove esista una corte competente a chiarirne il significato, e che in concreto abbia adempiuto questo compito rispetto alla disposizione pertinente³³, la Corte

³² Corsivi aggiunti.

³³ Altra è, naturalmente, la situazione che si presenta allorché la Corte EDU non abbia ancora avuto modo di interpretare una disposizione convenzionale in riferimento a una questione concreta. In tal caso, la Corte costituzionale ha giustamente ritenuto che spetterà al giudice nazionale, ed eventualmente alla stessa Corte costituzionale, interpretare tale disposizione (sent. n. 68 del 2017: «è [...] da respingere l’idea che l’interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, “[l]’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri” (sentenze n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007)»; sicché questi dovranno, in assenza di giurisprudenza pertinente della Corte EDU, «sviluppare i principi» enunciati da quella giurisprudenza per decidere se valgono anche con riferimento alla fattispecie sottoposta al proprio esame).

costituzionale esercita le proprie verifiche 'muovendo da quel significato': rinunciando, dunque, a impegnarsi in una propria interpretazione della disposizione internazionale, che prescinda da quella offerta dal 'diritto vivente'

4. Conclusioni.

Tre essenziali conclusioni, mi pare, possono essere tratte dalla ricognizione che precede.

4.1. Anzitutto, io credo che il ruolo della giurisprudenza nella *conformazione* del diritto vigente in ciascun ordinamento meriti di essere più francamente riconosciuto non solo dalla teoria generale del diritto, ma anche dai cultori delle singole discipline positive, ivi compreso il diritto penale.

La realtà è che, anche nei Paesi di *civil law* dove non vige formalmente il principio dello *stare decisis*, la giurisprudenza, attraverso i suoi precedenti, produce – nel momento in cui decide se applicare o meno le disposizioni di legge ai singoli casi di specie – 'regole' generali e astratte (o 'norme', nella terminologia crisafulliana) che costituiscono il frutto dell'interpretazione di quelle disposizioni; regole che fungono da criterio di risoluzione della singola controversia all'esame, ma che assieme – come si è sottolineato – guardano necessariamente al futuro: ai 'nuovi' casi, ai quali le regole così create aspirano a trovare parimenti applicazione.

La questione se le regole così create siano da qualificarsi formalmente come 'fonti' del diritto³⁴ dipende, naturalmente, dai criteri definitivi che si intendano adottare per tale qualificazione. Qualora si consideri caratteristica essenziale di una 'fonte' del diritto il suo carattere 'vincolante' per gli attori del sistema giuridico, e in particolare per i giudici, è chiaro che – in assenza di un formale principio come lo *stare decisis* – una tale qualificazione dovrà essere negata, salvo che, probabilmente, per i principi di diritto dalle Sezioni unite della Cassazione e dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, alle quali rispettivamente gli artt. 374, terzo comma, c.p.c., e 618, comma 1-bis, c.p.p. e 99, comma 3, c.p.a. conferiscono, oggi, una particolare autorevolezza. Come è noto, tali disposizioni vincolano le sezioni semplici che non condividano un principio di diritto (e dunque una 'norma' nel senso crisafulliano) enunciato dalle Sezioni unite o dall'Adunanza plenaria e che sono tenute a rimettere ad esse la decisione per sollecitare un eventuale *revirement*³⁵, senza

³⁴ In senso affermativo, cfr. ad es. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, 1998, p. 90.

³⁵ Possibilità che, a sua volta, non osterebbe affatto al riconoscimento della qualifica di autentica fonte del diritto della giurisprudenza delle Sezioni unite e dell'Adunanza

però avere il potere – ed è quanto qui rileva – di discostarsi direttamente da tale principio.

Al di fuori di tali ipotesi, il criterio generale – fondato del resto sull'art. 101, secondo comma, Cost. – resta quello della libertà di ciascun giudice di discostarsi dalle norme enunciate dalla giurisprudenza precedente. Il che non esclude però – come da sempre si sottolinea in sede di teoria generale del diritto – l'elevato grado di vincolatività 'fattuale' delle regole enunciate dalla giurisprudenza; tanto che proprio su questo assunto poggia l'intera teorizzazione del ruolo del 'diritto vivente' da parte della Corte costituzionale, che ho cercato poc'anzi succintamente di ricostruire. Nessun giudice si discosta consapevolmente a cuor leggero dalla giurisprudenza consolidata, non foss'altro che per il timore che la propria sentenza venga riformata o annullata nei gradi superiori di giudizio. Il diritto giurisprudenziale orienta di fatto, in modo penetrante ed efficace, il modo in cui le norme vengono interpretate e in concreto applicate.

4.2. Tutto ciò non significa però – a fugare un fraintendimento incombente, ogniquale si compiono affermazioni come quelle che precedono – che la giurisprudenza debba ritenersi legittimata a sostituirsi alla legge, o porsi addirittura in contrasto con essa. Anche qualora si riconoscesse la qualifica di autentica 'fonte' del diritto alla giurisprudenza – ciò che parrebbe più che plausibile, per le ragioni appena ricordate, almeno per ciò che concerne gli orientamenti delle Sezioni unite e dell'Adunanza plenaria –, si tratterebbe pur sempre di una fonte 'gerarchicamente subordinata' rispetto alla legge.

Naturalmente, perché questa affermazione possa avere pratico significato, occorre muovere da premesse teoriche che riconoscano che il testo della legge possa costituire un 'limite' alla libertà dell'interprete, e costituire così criterio per la possibile 'falsificazione' di una data interpretazione in quanto 'incompatibile con la legge'.

In tali premesse teoriche non è però difficile riconoscersi, nonostante lo scetticismo professato sul punto da molti teorici del diritto. Non v'è dubbio che il linguaggio – e quello del legislatore non fa certo eccezione – ha sempre margini di vaghezza, di porosità, di imprecisione, che spalancano vasti spazi all'interprete ma ogni testo, e ogni proposizione normativa in particolare, ha sempre un 'ambito di significati univoci', su cui sarebbe irragionevole o fri-

plenaria. Il *revirement*, o *overruling*, del 'diritto' precedentemente enunciato dalle supreme magistrature è un'eventualità fisiologica, per quanto relativamente rara, anche negli ordinamenti di *common law*. Del resto, anche il legislatore – che produce l'atto che rappresenta il paradigma della fonte del diritto: la legge – può cambiare idea, e abrogare una legge precedente, sostituendola con una nuova.

volò dissentire³⁶. Per riprendere l'esempio di poc'anzi: chi uccide un rivale amoroso con un colpo di pistola al cuore ha certamente "causato la morte di un uomo", e ha dunque realizzato un fatto concreto certamente riconducibile alla fattispecie astratta di cui all'art. 575 c.p. Ogni diversa interpretazione farebbe violenza alla lettera della legge, e ben potrebbe essere bollata criticamente come *contra legem*.

I casi dubbi si pongono di solito al confine delle fattispecie normative: in situazioni cui il legislatore non aveva pensato – o che intenzionalmente aveva lasciato non risolte –, e che la prassi applicativa man mano fa emergere. Rispetto a tali casi, i giudici non possono opporre il *non liquet*, ma sono tenuti a decidere, stabilendo se la legge debba o non debba trovare applicazione, attraverso l'enunciazione di regole non derivabili alla legge attraverso un mero procedimento logico, ma – al tempo stesso – con essa non incompatibili.

I limiti di libertà dell'interprete possono essere maggiori o minori nei diversi settori dell'ordinamento. Nel diritto penale, ad esempio, il principio generale è quello del divieto di interpretazioni non solo *contra legem*, ma anche semplicemente *praeter legem*, per ciò che concerne almeno le norme incriminatrici: una interpretazione *praeter legem* conduce, infatti, all'applicazione della legge penale oltre i casi da essa abbracciati, e dunque a una sua applicazione analogica, vietata dall'art 25, secondo comma, Cost. (oltre che dagli artt. 14 Preleggi e 1 c.p.). Ma, anche in diritto penale, non è dubbia la legittimità di interpretazioni *secundum legem*, ossia 'compatibili' con il dato letterale della legge penale, ancorché non 'vincolate' dal dato letterale stesso. Stabilire se il feto all'ottavo mese di gravidanza ancora nell'utero materno sia, o meno, un 'uomo' ai sensi dell'art. 575 c.p. è, appunto, una questione 'di confine' lasciata aperta dalla legge, alla quale possono essere fornite diverse risposte che potranno essere ritenute più o meno persuasive, ma che non potranno essere giudicate – se non da parte di chi scambi i propri convincimenti per 'la' verità – come frontalmente contrarie al testo della legge.

Dal punto di vista istituzionale, la soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) – e dunque il vincolo gerarchico di compatibilità

³⁶ Analogamente, con particolare efficacia L. PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 119: «nessuno ormai contesta che il momento interpretativo implichi *margini* più o meno ampi di valutazione [...]. Ma l'idea del margine si ricollega – per definizione – alla premessa che sussista un qualche *nucleo* formato dal diritto scritto (o ricavato da esso), nel quale va ravvisato il limite estremo delle ricostruzioni interpretative». Nello stesso senso, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2015, p. 49: «[c]i sono interpretazioni sicuramente sbagliate; problemi di verità non sono estranei al contesto ermeneutico, e talora (nella maggioranza dei casi?) possono trovare soluzioni sicure, o comunque largamente condivise».

dello stesso ‘diritto vivente’ alla legge – esprime l’idea della primazia del Parlamento nella configurazione del diritto; primazia a sua volta limitata dalla necessità che la legge rispetti la Costituzione, il cui *enforcement* è ripartito nel nostro ordinamento tra la Corte costituzionale e gli stessi giudici comuni, ai quali spetta il duplice compito dell’interpretazione conforme e della sollevazione della questione di legittimità costituzionale, nei casi in cui il testo della legge si opponga alla stessa interpretazione conforme.

Il che ci riconduce all’idea della ‘gerarchia’, che deve continuare – nonostante tutte le critiche alla struttura piramidale kelseniana cui ci ha assuefatto la teoria generale del diritto degli ultimi decenni – a costituire un essenziale punto di riferimento anche nell’ambito di una concezione che riconosce *apertis verbis* il ruolo creativo della giurisprudenza nella conformazione del diritto positivo. Il giudice produce norme, che debbono essere però compatibili con le leggi prodotte dal legislatore, che però devono a loro volta essere compatibili con la Costituzione. Un’interpretazione incompatibile con la legge è dunque illegittima, perché sostituisce inammissibilmente la volontà del giudice a quella del legislatore democraticamente legittimato (e la dottrina, quando ciò accada, ha il dovere morale di denunciarlo³⁷); ma una legge incompatibile con la Costituzione è, a sua volta, illegittima, perché la stessa volontà del legislatore è circoscritta dalla necessità del rispetto dei principi costituzionali, che costituiscono uno di quei «limiti» alla sovranità popolare menzionati, riassuntivamente, nello stesso art. 1 Cost.

4.3. D’altra parte, riaffermare la subordinazione gerarchica del diritto giurisprudenziale alla legge non significa affatto svalutarne l’importanza. Tutt’altro.

Riconoscere il ruolo essenziale del ‘diritto dei giudici’ nell’ordinamento significa anche sottolineare la specifica ‘responsabilità di ciascun giudice’ nel momento in cui interpreta e applica la legge al caso concreto.

Proprio perché l’interpretazione non è – quanto meno al di fuori dei casi facili, univocamente riconducibili alla fattispecie normativa – un mero atto ricognitivo, ma suppone una decisione tra alternative decisorie dotate tutte di una qualche plausibilità, il giudice dovrebbe essere ‘consapevole del proprio ruolo’ di attore dotato di margini più o meno ampi di discrezionalità, e che

³⁷ Sia consentito sul punto, anche per la necessaria esemplificazione, il rinvio a F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, p. 12 s., nonché in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità, Atti del convegno su “Giurisprudenza legalità e diritto penale” svoltosi presso l’Università degli Studi di Bologna il 5 novembre 2015*, Bologna, 2017.

per questo non può tranquillizzare la propria coscienza, nella soluzione dei casi 'difficili', limitandosi ad affermare di avere soltanto 'applicato' la legge – scaricando così la responsabilità di decisioni in realtà non 'obbligate' su una presunta volontà del legislatore, mai espressa con puntuale riferimento a casi concreti come quello 'ora' sottoposto all'esame del giudice.

La lucida coscienza di questa responsabilità dovrebbe, semmai, indurre il giudice non solo a porre particolare cura nella motivazione della propria decisione in punto di diritto, ma anche a concepire la propria attività interpretativa non già come un'attività solitaria, ma come parte di un'opera collettiva di tessitura del diritto³⁸ da parte della giurisprudenza: un'opera che si sostanzia nella 'corale e progressiva formazione di regole' – più specifiche e precise di quelle contenute nella legge – destinate a costituire 'criteri per la decisione di nuovi casi', e assieme a 'orientare i comportamenti dei destinatari delle norme', che su quelle regole baseranno le proprie decisioni future rispetto alla conclusione di contratti o di negozi di qualsiasi genere, allo svolgimento di attività di rilievo pubblicistico, al compimento o all'omissione di condotte di potenziale rilievo penale, e così via.

Il principio di parità di trattamento di fronte alla legge (art. 3 Cost.) e l'esigenza di assicurare un'efficace funzione orientativa della condotta dei consociati (oltre che, per ciò che concerne il diritto costituzionali, delle stesse istituzioni pubbliche) esigono, io credo, di rifuggire da letture dell'art. 101, secondo comma, Cost. che immaginino il giudice 'solo' di fronte alla legge, del tutto libero di interpretarla a prescindere da come la legge sia stata, in passato, interpretata da altri giudici.

«[A]lla libertà assoluta del giudice» – nota efficacemente Gustavo Zagrebelsky – «si contrappongono argomenti di sicuro valore giuridico e costituzionale: l'eguaglianza dei cittadini di fronte al diritto anche nel momento della sua applicazione e l'unità dell'ordinamento nel suo calore concreto. La realizzazione di questi principi esige non solo che i precedenti della Corte di cassazione assumano un qualche "valore morale", ma che si affermi un dovere costituzionale funzionale dei giudici di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto»³⁹.

Prendere sul serio questo ruolo dovrebbe comportare, io credo, un 'tendenziale vincolo del giudice al rispetto dei precedenti', specie se espressi dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, salvo che egli ritenga tali precedenti tanto erronei da far apparire necessario sacrificare almeno parzialmente il fascio di interessi di rango costituzionale sottesi alla prevedibilità della decisione giudiziale (e alla certezza del diritto), innescando così un processo che

³⁸ M. VOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 432, e ivi ulteriori riferimenti.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*, p. 88.

potrebbe condurre, un domani, al superamento degli orientamenti consolidati da parte delle stesse giurisprudenze superiori⁴⁰.

In estrema sintesi: il 'diritto vivente' – il diritto prodotto dalla giurisprudenza attraverso lo stratificarsi delle proprie interpretazioni – con-forma il diritto, in ogni disciplina, comprese quelle soggette a uno stretto principio di legalità, come il diritto penale ed è frutto di un'opera collettiva della giurisprudenza, che si stratifica nel corso degli anni. Condizione della sua legittimità è, certo, la sua compatibilità con la legge, che ha rango gerarchicamente sovraordinato rispetto ad esso. Tuttavia, una volta che il diritto vivente esista e sia compatibile con la legge, esso dovrebbe essere preso sul serio: non solo da parte della Corte costituzionale, che da tempo lo assume a oggetto reale dei propri giudizi di legittimità costituzionale, ma anche da parte di ciascun giudice (di merito e di legittimità), sì da assicurare che esso possa, unitamente alla legge, svolgere la sua essenziale funzione di orientare le decisioni dei giudici futuri – assicurando così l'uniformità dell'applicazione del diritto e, in definitiva, la parità di trattamento tra i consociati –, nonché le condotte degli stessi consociati, i quali si attendono legittimamente di ricevere indicazioni univoche dall'ordinamento su ciò come debbano, possano o non debbano agire.

⁴⁰ Per una più distesa illustrazione della tesi, cfr. F. VIGANÒ, *La prevedibilità cit.*, p. 34, e ivi ult. rif. Una tale prospettiva, a ben guardare, non è distante da quella sostenuta proprio da G. ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*, p. 88 s., il quale ritiene che «la conciliazione dell'art. 101 cpv. cost. con [i principi sottesi all'esigenza di prevedibilità delle decisioni dei giudici] può aversi riconoscendo ai giudici il potere di discostarsi da una precedente interpretazione della Corte di cassazione solo motivando al riguardo, attraverso l'indicazione delle ragioni – del più vario tipo – che inducono a ciò. Il che conduce a un *obbligo di motivazione supplementare*. Perciò, alla giurisprudenza della Corte di cassazione [...] deve riconoscersi non solo una autorità di fatto, ma anche di diritto, nei limiti anzidetti».