

LUIGI ROVELLI*

Certezza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini

ENGLISH TITLE

Legal Certainty: From Law to Consolidated interpretation and potential heterogenesis
of the aims

ABSTRACT

After having pointed out the relevance of certainty of law and the bindingness of ius positum for judges, even in face of legal pluralism and when the relation among legal sources become complex, the paper emphasizes the importance of the application of norms. The author argues that, should warranting uniformity in interpretation come to be understood in terms of strict bindingness of precedents, its function as tool for supporting the respect for the law as the product of people's will, paradoxically, would turn into the detachment of living law from its main source.

KEYWORDS

Legal Certainty – Legal Interpretation – Bindingness of Precedents – Hans Kelsen –
Carl Schmitt.

Nell'affrontare il tema intendo concentrarmi sul ruolo proprio dell'organo – la Corte di Cassazione – cui è storicamente affidato il compito di nomofilachia.

L'esigenza della certezza e prevedibilità è stata ben identificata da Natalino Irti in una espressione usata da Manheim riassuntiva di un'esigenza perenne dell'uomo che va ben oltre il – pur rilevantissimo – campo del diritto: i "principia media". A significare il vivere nell'aspettativa di eventi probabili il cui mancato verificarsi è percepito come accadimento che mai sarebbe dovuto avvenire; che, se dannoso per noi, ci appare essere una sorta di "disparità di trattamento", quasi un'ingiustizia subita. Questo è ciò che Manheim denomina "struttura degli eventi sociali": un sistema di coordinate tendenzialmente costante. Il diritto è tipicamente un "campo di aspettative"; lo è a tal punto che

* Primo presidente onorario della Corte di Cassazione.

ciò che è inaspettato e imprevedibile, anche sul piano naturalistico, viene istintivamente associato a qualcosa che deve essere rimediato sul terreno della “giustizia”. Un frammento di Eraclito – si badi – il teorico del movimento del panta rei – assume come certo che “il carro del sole non muterà mai il suo corso”; ma aggiunge che, se ciò mai dovesse accadere, saranno “le ancelle di Dike, figlia di Zeus” a intervenire immediatamente. Sarà in un certo senso l’apparato giudiziario a dover intervenire perché la rottura di un’aspettativa così “consolidata” assume di per sé i caratteri del fatto illecito del *damnum iniuria datum*.

Come è ben noto, la lontana data di nascita del modello Corte di Cassazione – ecco il “demone delle origini” – si ritrova nel decreto 27 Piovoso 1790 con cui in Francia l’Assemblea Generale creò il Tribunal de Cassation con lo scopo espresso e dichiarato di reprimere episodi di “ribellione” alla legge da parte dei giudici.

Occorre ricordare che anche nella Francia dell’*ancien régime* l’assolutismo monarchico non era riuscito ad imporre quello che oggi potremmo chiamare il principio di soggezione dei Tribunali (i *Parlements* locali) alla legge (le *Ordonnances* del Sovrano). Non è soltanto la tenace resistenza delle antiche strutture feudali ma anche, sul piano dell’amministrazione della giustizia nelle controversie fra privati, la forza della tradizione estraibile dal droit coutumier. Con la sostituzione al sovrano per regole dinastiche del sovrano democratico, la Rivoluzione, identificando tutto il diritto con la legge “posta”, dello *ius* nella *lex*, secondo Gustavo Zagrebelsky “chiude il ciclo aperto con l’originaria sconfitta di Antigone (con la sottomissione dello *ius* al potere)” (Gustavo Zagrebelsky, *Antigone e l’alba della legge*, testo letto a Montecitorio il 25 giugno 2003, in “la Repubblica” del 25 giugno 2003). È stato ricordato che il pur ambiguo Mirabeau, segretamente scrivendo a Luigi XVI dopo i primi successi della rivoluzione per incoraggiarlo a non contrastarla, osservava: “confrontate il nuovo stato di cose con l’antico regime; da questo confronto nascono il conforto e la speranza. Non vi sembra nulla essere senza Parlements, senza corpi separati? Parecchi periodi di governo assoluto non avrebbero fatto per l’autorità regia quanto questo solo anno di rivoluzione”. Aggiunge Zagrebelsky: la storia prese un’altra direzione a favore non del re ma del Popolo. “Ma quanto alla legge, l’intuizione di Mirabeau era esatta: la rivoluzione non aveva rotto con l’assolutismo ma l’aveva portato a compimento”.

Il neo istituito Tribunal de Cassation venne inserito entro la stessa assemblea legislativa con la funzione di proclamare su ricorso della parte o del Procuratore della Repubblica la volontà della legge nel caso controverso. Non può sfuggire che la comunanza di funzioni fra la prerogativa regia che veniva attuata attraverso il Conseil des parties, inserito entro il Conseil de roi, e la funzione del Tribunal de Cassation, collocato presso l’organo legislativo, pur nella proclamata divisione dei poteri, era quello di assicurare la “soggezione”

piena e controllabile della giurisdizione al volere del titolare della sovranità. Anche per questo Alexis de Tocqueville, testimone dell'esperienza americana posta a confronto con quella francese, individuò il limite del legislatore rivoluzionario con l'espressione, mutuata dal Vangelo secondo Marco, che definisce quelle istituzioni come "vino nuovo in otri vecchi".

Certo, a fondamento, vi era l'illusione proto-illuministica della capacità della Legge di regolare ogni realtà senza mediazione di alcuno, senza bisogno di interpretazione, con i noti corollari del giudice *bouche de la loi* e della giurisdizione come potere nullo, illusione solo mascherata dall'effimera previsione del *référendum* che si esprimeva con un *décret déclaratoire de la loi*.

Ma le utopie si rivelarono presto come tali alla prova dei fatti e con un senatoconsulto del 1803 il tribunale ribattezzato Court de Cassation muta natura, fuoriesce dal *corps législatif* e, come felicemente espresso da Claudio Consolino (*Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Cedam, Padova 2002, p. 202]), "tende a divenire da cane da guardia contro i giudici, il loro organo di vertice e di guida: la sede ove l'interpretazione può meglio formarsi (e non già essere negata o combattuta)".

Restano profili che collegano ancora la nomofilachia al primato illuministico della legge e all'eredità del Tribunal de Cassation.

Ma se pure, in un certo senso, legge nomofilachia e Tribunal de Cassation costituiscono i tre lati di un unico triangolo, è il ruolo della legge ad essere profondamente modificato. Certo, è venuto meno il "mito" della legge che può essere soltanto o applicata o violata e non ha oggi più spazio una lettura della Corte di Cassazione in chiave di risposta dell'ordinamento ai rischi di ribellione del potere giudiziario al potere legislativo ed al primato della legge. Da un lato appare pienamente condivisibile l'arguta osservazione di Giovanni Tarello (*La sociologia nella giurisprudenza*, in "Sociologia del diritto", I, 1974, p. 45) secondo la quale: "che da enunciati intesi come norme derivino abitualmente significati univoci non contraddittori nell'ambito di una società-ordinamento, può essere forse vero per piccole comunità isolate che non conoscono mutamento sociale, come una tribù del Mato Grosso o come il Monte Athos: ma certo non vale per gli ordinamenti giuridici statali moderni. Che dalla stessa giurisprudenza o dottrina giuridica dei paesi evoluti si pretenda di derivare a titolo descrittivo e non prescrittivo significati normativi univoci da norme preconstituite, non è, oggi, generalmente vero".

È comunque ormai venuto meno il mito della monarchia della legge nel senso che da essa sia dato trarre un determinato significato esatto dai *verba legis* e uno solo; e ciò per svariati motivi tra cui: da un lato la pluralità dei legislatori (intesa ormai come pluralità dei centri di sovranità) che concorrono a determinare la *regula iuris* applicabile al caso concreto; dall'altro l'irruzione di norme senza fattispecie come le clausole generali e di valori positivizzati come "i principi"; pure essenze assiologiche, ma positivizzate ed operanti come

“leggi della ragione”, condizione di validità di quelle leggi della volontà che sono le leggi ordinarie.

Resta tuttavia ben fermo il principio che l'origine del diritto sta nell'atto del sovrano: per noi il “sovrano democratico” istituito dall'art. 1 della Costituzione; e che il principio di soggezione del giudice (come di ogni altro interprete che voglia utilmente contribuire a definire i significati dei testi normativi) alla legge è mera attuazione della Grundnorm scolpita all'art. 1. La cresciuta complessità del sistema ordinamentale, la coesistenza di norme-fattispecie, di clausole generali (o norme ideali) di principi che positivizzano valori e la compresenza di ordinamenti – come l'euro diritto – che esigono effettività di risultati finali privilegiando la logica funzionale a quella strutturale, hanno non diminuito ma visto accrescere e potenziare il ruolo dell'interpretazione; e dunque quello della funzione giurisdizionale che ritrova il recupero di “razionalità” e di “calcolabilità” proprio nella formazione del precedente giudiziario e della sua progressiva stabilizzazione.

La “vincolatività presuntiva” del precedente stabilizzato e divenuto diritto vivente non nasce mai – altrimenti morirebbe subito – dal puro soggettivismo del giudicante, sia pure esso l'ultimo giudice; ma è il punto di emersione di un lavoro articolato prodotto da una “comunità interpretante” la quale ha a monte il lavoro degli studiosi – una dottrina spesso articolata e ricca di proposte e mai, per fortuna, “remissiva” – e a valle quello dei difensori delle parti, interessati a introdurre nella vicenda giudiziaria, a favore di ciascuna delle contrapposte tesi, le ragioni che creano il “contraddittorio ideale”. Senza superare la “prova di resistenza” del dibattito dottrinale, sia pure complessivamente considerato, difficilmente può formarsi su una *quaestio iuris* alcun diritto vivente. E la vincolatività presuntiva del precedente sconfigge il “solipsismo pratico-giudiziario” che pure può esistere in singole decisioni, ma che risulta corretto dal sistema e non conforme ad esso.

4) Certamente le decisioni giudiziarie, le interpretazioni dei testi normativi che reggono quelle decisioni e che su tale piano, se espresse dalla Corte di legittimità attraverso l'enunciazione del principio di diritto, contengono la “generalisation possible” del significato tratto dai testi normativi per giungere alla decisione producono i loro effetti processuali entro l'ambito dei soggetti scrutinati all'art. 2909 del codice civile.

L'interpretazione, quando il caso non è risolvibile con la pura e semplice sussunzione della fattispecie concreta nella descrizione letterale contenuta nel testo normativo, contiene elementi di creatività; anche se si tratta “di un ricreare subordinato, vincolato ad una oggettività irriducibile: quella del preceppo da interpretare inquadrato nell'ordine giuridico di cui è parte” (così E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici [teoria generale e dogmatica]*, Milano 1949, pp. 48-50).

È appena il caso di rammentare, in questa sede, che è lo stesso massimo teorico del normativismo giuridico, il Kelsen della *Reine Rechtslehre* (H.

Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1984, cap. II, pp. 117 e ss.), a riconoscere che “la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione; e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso qualsiasi possibile è conforme alla norma”. E, sia pure entro una diversa visione, il giovane Carl Schmitt di *Gesetz und Urteil* del 1912 (trad. it. *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Giuffrè, Milano 2016], muovendo dalla premessa che l’interprete non è assimilabile a una macchina che possa sussumere atti e fatti in fattispecie estratta da un sistema coerente e privo di lacune, rileva che, se il particolare non si lascia sussumere nell’astratto universale, è proprio perché ad ogni enunciato normativo è connaturato un nucleo di indifferenza contenutistica che solo con la decisione potrà essere colmato”. Per Kelsen il problema per cui ci si chiede “quale, fra le possibilità date in uno schema, sia quella giusta, non è un problema rivolto alla conoscenza del diritto positivo, non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico”. Kelsen si ferma qui perché consapevole di essere approdato al limite invalicabile per una indagine che voglia assurgere al rango di scienza: per una dottrina “pura” e vuole così significare che in quel punto si ferma la “ragion pura” e inizia la “ragion pratica”; è che questa non è, perché non può essere, la messa in pratica della ragion pura e questo soltanto.

5) Anche se il primo momento del processo interpretativo resta quello diretto ad intendere nel modo più fedele il contenuto semantico dell’atto di volontà espresso nel testo normativo, ciò non significa affatto che ogni testo di legge, ogni “frase di diritto” abbia significato univoco; né che questo significato sia sempre separabile dal contesto in cui è inserito e da quello in cui si cala. Talvolta è la legge stessa che, formulando norme senza fattispecie, assume entro di sè quello che altrimenti resterebbe il punto di vista esterno; e in ogni caso la “norma” – il significato che costituirà la regola del caso concreto – è il risultato di un procedimento di verifica che contribuisce ad assegnare a un determinato complesso di enunciati normativi quei significati, compresi fra quelli desumibili da quei testi, più conformi ai principi che governano il sistema giuridico ed alla stessa accettabilità sociale. Anche in tal modo, e in coerenza con il modificarsi del sistema normativo, la giurisprudenza, come luogo istituzionale di emersione e di sintesi fra le diverse opzioni interpretative proposte ne diventa in qualche misura anche luogo di “positivizzazione”.

In questo significato risulta efficace la rappresentazione volta ad equiparare “diritto vivente” con “diritto vigente”. Ma con una avvertenza fondamentale che segnala il carattere “relativo” e in fondo di valore solo discorsivo dell’equiparazione. La ragione di fondo è di principio. Il precedente giudiziario – ogni precedente anche il più consolidato – sta dentro il principio di legalità ed è strumentale alla sua realizzazione. La vincolatività del precedente nel nostro sistema è una vincolatività “derivata” non autonoma come quella del

giudice di *common law*. Come tale resta sempre subordinata alla legge alla quale “soltanto” è soggetto ciascun giudice. Soltanto la legge potrà stabilire non già la piena vincolatività ma margini di rilevanza del precedente in quanto tale. Vi sono poi anche ragioni di opportunità sia perché il precedente “binding” produrrebbe l’isterilimento della capacità innovativa della giurisprudenza vista come il vero pregio del sistema di *civil law*; sia perché il suo mascheramento ideologico circa una pretesa natura dichiarativa occulta che la sola *uctoritas* che porta ad una sia pur relativa stabilizzazione del precedente non può che derivare dalla considerazione di quel precedente come intrinsecamente “giusto” (giusto nel senso che sia riconosciuto come tale da conformarsi al convincimento giuridico vivente); e cioè da essere tale – non diversamente dal “miglior diritto”, così definito da Dworkin – da possedere “la forza gravitazionale propria delle decisioni precedenti”. Anche l’interpretazione operata da organi posti al vertice funzionale dei rispettivi plessi giurisdizionali, ai quali viene riconosciuto dall’ordinamento il “munus “di operare in tal senso, deriva il *quantum* di vincolatività e di rilevanza giuridica generale che è chiamata a spiegare, non dall’essere *Itself law* (come nel sistema di *common law*); bensì dal fatto che essa è presuntivamente ritenuta aver saputo individuare quello che è il preceitto dell’ordinamento per il caso concreto. È la vincolatività presuntiva – ma si tratta di presunzione semplice – che attribuisce al precedente una serie di effetti.

Quello maggiore è quello che discende dal comma 3º dell’art. 374 del codice di procedura civile. Si suol dire che il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte quando si dirige all’esterno (e cioè non verso i soggetti del processo ma verso i soggetti dell’ordinamento e fra questi agli altri giudici) ha un’efficacia prevalentemente persuasiva. Si va oltre la persuasività quando il *dictum* delle Sezioni Unite si rivolge alle Sezioni semplici della stessa Corte determinando un obbligo: se i suoi componenti “dissentono”, devono rimettere alle Sezioni Unite stesse la decisione del ricorso spiegando le ragioni della divergenza. In questo caso è la legge stessa a stabilire un margine al principio che vuole il giudice soggetto esclusivamente alla legge ed è un limite compatibile con il principio costituzionale perché non obbliga alcun giudice a decidere in difformità dal significato che egli attribuisce alla legge, ma gli consente di provocare un nuovo giudizio sul punto, dell’organo che esprime al più alto livello l’esigenza di “uniforme interpretazione” della legge e di incidere su quel giudizio esprimendo, con l’esplicazione delle ragioni della divergenza, una sorta di dissenting opinion preventiva. Ma il significato della persuasività come paradigma della forza che esplica verso l’esterno il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte può essere inteso in due significati tra loro diversi ma non del tutto contraddittori. Il primo, più ovvio, è quello che riconosce la persuasività del principio di diritto nella capacità che possegga la motivazione che lo sostiene di “convincere”: e riesce convincente la motiva-

zione sostenuta da argomenti razionali, coerenti e complessivamente più attendibile e resistente alle critiche di ogni altra che conduca ad esiti ermeneutici differenti. Il secondo individua la persuasività ed il *quantum* di cogenza che essa può esprimere nella considerazione che sarebbe inutile discostarsi dall'opinione espressa con giurisprudenza consolidata e destinata a valere come regola per la decisione futura di uguali fattispecie quando si tratta di stabile opinione del giudice di ultima istanza. Il carattere sostanzialmente convergente dei due significati di persuasività si ritrova proprio nel testo dell'art. 360 *bis* n. 1, laddove si commina l'inammissibilità al ricorso nel caso in cui il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre motivi seri di ripensamento circa l'orientamento consolidato. Se ne deduce che soltanto quando il giudice di merito ritenga di avere argomenti così consistenti da far prevedere che alla luce degli stessi la Suprema Corte potrà aver motivo per mutare il proprio orientamento, dovrà ritenere non inutile discostarsi dal precedente; allo stesso modo che il difensore sfuggirà alla sanzione di inammissibilità del ricorso nella stessa situazione soltanto quando sappia offrire argomenti che possano indurre al ripensamento. Ciò basterà a rendere ammisible il ricorso e a provocare la pronuncia della Corte che potrà essere così di conferma del proprio precedente come di suo superamento.

Accanto a forme di efficacia potenzialmente "preclusiva" del precedente, come quella citata o quella dell'art. 348 *bis*, sono ravvisabili forme in cui si attribuisce valenza "argomentativa" al precedente, come avviene con riferimento all'art. 118 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile ove si ammette che la motivazione della sentenza possa consistere, per la parte che riguarda la motivazione in diritto, nel richiamo ai precedenti conformi (nello stesso senso appare anche l'art. 348 *ter* del codice di rito). La decisione del caso singolo in base al precedente è così, in qualche misura, determinazione del presente in base al passato: in base dunque alla fedeltà giuridica ereditata dalla tradizione che aspira a proiettare il suo senso nel futuro. Sotto questo profilo, può affermarsi che un ordinamento come quello sopra sommariamente delineato, che ammette che la pronuncia giurisprudenziale sopravviva al caso di specie e possa elevarsi a paradigma e criterio di risoluzione dei casi futuri, favorisce la stabilità del sistema di diritto giurisprudenziale e conferisce un'ampia misura di prevedibilità al sistema stesso.

6) Oltre alle ipotesi in cui è lo stesso ordinamento processuale a prevedere che il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte possa dirigersi oltre i soggetti del processo ed avere qualche effetto verso la generalità dei consociati, dando sostanza processuale in tal modo al principio sancito (con norma vigente ma extraprocessuale) dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario volto a creare il nesso tra Corte di Cassazione e uniformità nell'interpretazione, occorre dare atto che un rilevante spazio alla ultrattivitÀ del precedente costi-

tuito da giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione è stato oggetto di creazione giurisprudenziale. Mi riferisco al cosiddetto *overruling*. Specie nella materia processuale il mutamento – pur in qualche misura fisiologico – nella giurisprudenza della Suprema Corte ha creato un serio problema di affidamento per gli utenti e particolarmente per i difensori delle parti che hanno correttamente ritenuto di adattare la propria strategia e i propri comportamenti processuali a principi e regole fino a quel momento costantemente affermati dal giudice di legittimità e tali da poter essere considerati diritto vivente. Le Sezioni Unite con la sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, pur senza voler smentire il carattere dichiarativo dei *dicta* giurisprudenziali hanno riconosciuto l'espansione spazio in cui la tutela dell'affidamento trova riconoscimento nella dottrina della *Prospective overruling*: quello per cui l'atto processuale compiuto, per così dire, nella “vigenza” della precedente giurisprudenza, non è travolto da decadenza o preclusioni sulla base della nuova giurisprudenza che viene adottata e che pertanto in un certo senso “non dispone che per l'avvenire”, per adoperare l'espressione usata dall'art. 10 delle Preleggi per regolare la successione delle leggi nel tempo.

Le soluzioni alternative potevano essere soltanto: o quella di tradire l'affidamento di chi aveva operato scelte processuali assolutamente conformi alla giurisprudenza costante o quella, più radicale, di precludersi quantomeno con riferimento a regole di rito relative a decadenze o preclusioni processuali, ogni possibilità di mutamento di Giurisprudenza. Certamente la soluzione adottata sconta la difficile compatibilità con la previsione introdotta con l'art. 360 *bis* che vuole, come sopra ricordato, “inammissibile” il ricorso per cassazione quando il provvedimento impugnato ha deciso la questione di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per mutare l'orientamento della Corte. Talché, proprio quando il ricorso riesce non solo ammissibile, ma anche così fondato da determinare davvero l'abbandono del pur consolidato indirizzo giurisprudenziale, viene meno per la parte che con la sua attività ha determinato il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale, il “diritto di preda” scaturito dalla propria vittoria processuale, se questo porta a dover affermare a carico della controparte una preclusione o una decadenza in cui essa non era incorsa alla stregua della giurisprudenza vigente all'epoca in cui l'atto è stato compiuto. Da un lato sta certamente l'affidamento incolpevole di quest'ultimo, ma dall'altro sta la frustrazione della tutela giurisdizionale accordata alla parte che ha mosso all'indirizzo giurisprudenziale, fino a quel momento affermato dal giudice della nomofilachia, critiche che hanno trovato pieno accoglimento. La prevalenza accordata al primo interesse, cioè all'affidamento di chi ha posto in essere l'atto in conformità alla regola che la costante giurisprudenza affermava al momento in cui l'atto è stato compiuto è giustificata con riguardo al principio costituzionale del giusto processo. Il referente normativo che dà spazio a

CERTEZZA DEL DIRITTO

questo esito interpretativo può essere ricavato dal testo del novellato comma 2° dell'art. 153 del codice di rito, a tenore del quale la parte che dimostra di essere incorsa in decadenza per causa ad essa non imputabile va rimessa in termini. Più in generale si può osservare che la norma processuale introdotta nella novella del 2009 si presenta come la traduzione nel sistema processuale della regola di diritto sostanziale che si ricava in materia di obbligazioni dal combinato disposto degli artt. 1176 e 1218 del codice civile.

La rimessione in termini e dunque il ripristino dei poteri processuali della parte che ne era decaduta soggiace alle stesse condizioni in forza delle quali il difensore, che in quella decadenza fosse incorso in modo non più rimediabile, si sarebbe liberato da ogni ipotizzabile obbligazione risarcitoria, potendo dimostrare la non imputabilità a sé del fatto impeditivo dell'esatto adempimento della propria obbligazione professionale: in entrambi i casi si assegna rilevanza ad un impedimento non evitabile con un comportamento diligente.

Per quanto qui interessa, su un piano puramente descrittivo, pare ragionevole che a fronte dell'eventualità che il magistero interpretativo possa condurre in momenti diversi a differenziare l'attribuzione di significato ad un testo normativo rimasto invariato, il limite alla retroattività del *overruling* relativo alle norme processuali sia condizionato all'imprevedibilità del mutamento di indirizzo e dunque al carattere consolidato dell'orientamento giurisprudenziale che si va a modificare.

Ne viene esaltata la funzione del diritto vivente fino al corollario di una sorta di ultrattattività della norma che il precedente indirizzo interpretativo ricavava dal testo di legge: ultrattattività che non potrebbe invece essere riconosciuta ad un'interpretazione del testo pur contenuta in alcune sentenze, ma non consolidata da un indirizzo costante o resa tale dall'intervenire di una decisione delle Sezioni Unite risolutiva dei contrasti.

Sul piano, invece, di più generale rilevanza teorica, si può rilevare come l'annullamento con effetti solo futuri è stato generalmente apprezzato come il più conforme alla giustizia, ma sembra trovare ostacolo nello stesso principio di divisione dei poteri.

Il problema sorge non per la proiezione nel futuro della nuova *regula iuris* tratta in via di interpretazione, ma per la sottrazione per il passato, compreso il caso per il quale viene dettata la nuova regola.

La *ratio* della scelta resta inevitabilmente collegata alle parole espresse dall'estensore della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (U.S. n. 358 anno 1932) uscite dalla penna di uno dei più eminenti esponenti del realismo giuridico nordamericano: il giudice Cardozo, secondo cui la scelta fra la teoria blakstoniana sulla funzione dichiarativa della giurisprudenza anche nei sistemi di *common law* e la *prospective overruling* è una scelta che deve competere a una Corte Suprema; e che deve essere regolata “non da concezioni metafisiche... né dal fetuccio di qualche dogma implacabile come quello della divisione

dei poteri; ma da considerazioni di convenienza, di utilità e di più profondo sentimento di giustizia”.

7) Al di là delle premesse di teoria generale da cui si parte, è facile la constatazione che la accentuata complessità ed eterogeneità del sistema delle fonti ha comportato per la stessa conoscenza del diritto “così come esso è”, un forte passaggio dal momento nomopoietico a quello che si realizza nel momento applicativo.

Pur nell’ineludibile vincolo del giudice alla legge, l’esigenza stessa di salvaguardare i valori che vi sono connessi, certezza ed egualianza, ha prodotto l’affermazione del valore e della considerazione del precedente. Restando ogni giudice soggetto soltanto alla legge, la vincolatività del precedente non è mai assoluta. Ma vale in quanto esso costituisce il risultato di una interpretazione delle fonti normative affermatosi nella effettività della giurisprudenza (e nella sostanza condiviso o non contraddetto dalla più ampia “comunità interpretante” che nel suo insieme esprime la cosiddetta scienza giuridica) che tende in modo naturale ad essere osservato. L’assunzione del valore autonomo del precedente postula un approccio alla soluzione delle questioni di diritto in cui assume un ruolo decisivo non tanto la diretta considerazione dei testi normativi e delle loro possibili interpretazioni, quanto più semplicemente la considerazione del “fatto in sé” che esiste una soluzione già “data” al quesito che il soggetto si pone. E questo avviene nella pratica sia per la formulazione di pareri, sia per la formulazione di argomenti difensivi nelle difese in giudizio, sia per lo stesso giudice, per la redazione della motivazione delle sentenze e prima ancora per la soluzione delle stesse. Da un lato, il valore autonomo, ancorché relativo, del precedente attribuendo “certezza” al significato da assegnare ad un testo normativo costituisce strumento del principio di legalità. Dall’altro, come è stato rilevato da Alessandro Paino (*Giustizia amministrativa e interpretazione costituzionale*, in *Il Consiglio di Stato. 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna 2011, pp. 339 ss.), in quanto produce un distacco della vita concreta del diritto dalla diretta attribuzione di significato ai testi normativi da parte di ciascun membro della comunità, registra “una sorta di dequotazione delle questioni che hanno riferimento alla legge a favore della considerazione delle testimonianze concrete del diritto vivente fornite dai precedenti”. A questo punto sono necessarie ancora alcune considerazioni di carattere generale.

La sentenza che dai testi normativi estrae la “norma” destinata a dare soluzione giuridica al caso controverso, una volta divenuta giurisprudenza consolidata, è un momento del passaggio da un “significante” (appunto i *verba legis*) ad un “significato”: la norma che ne viene estratta. Ma questo significato, diventato precedente stabilizzato, è espresso attraverso l’enunciazione del principio di diritto, cioè della stessa *species facti* e così di una regola che aspira alla generalità e alla astrattezza. Ciò fa sì che essa entri nel circuito giuridico non più come semplice significato, ma come “significante” e che possa persino

CERTEZZA DEL DIRITTO

diventare a sua volta oggetto di un procedimento interpretativo. È quanto è emerso nella stessa esperienza del Consiglio di Stato che ha visto (con l'ordinanza n. 8805 del 2017) la Sessione semplice rimette all'Adunanza plenaria l'interpretazione del principio di diritto da questa stessa enunciato per averne una sorta di interpretazione autentica.

Certamente il prodotto del giurista – interpretante –, e anche il risultato del procedimento interpretativo che si è andato a cristallizzare in giurisprudenza consolidata è sempre suscettibile di essere verificato nella sua conformità ai testi normativi. Con l'avvertenza che (come segnalato da Lipari) anche “il vecchio brocardo: *nisi tota lege perspecta* va oggi ripensato nell'ottica di un diverso panorama che impone un continuo trascorrere dalla norma al principio e dal principio alla norma” e che “il diritto vivente assume a presupposto della sua analisi anche il risultato di precedenti interpretazioni”. Ma ciò non può giustificare sul piano dell'astratta vincolatività del precedente, l'ulteriore illazione secondo cui “nel momento in cui si riconosce che necessariamente il diritto va assunto nella sua complessità di indici (non sempre formalizzati) in necessaria dialettica fra loro, sfuma qualsiasi distinzione rigida fra componenti formali del diritto”. Affermazione che può valere per chi, accingendosi ad operare un'interpretazione di testi normativi, per ricavarne il preceitto, dovrà tener conto, per saggierne la tenuta, del “risultato di precedenti interpretazioni”; e, fra queste, anche di decisioni giudiziarie che, pur riferite ad un caso specifico, individuano la *regula iuris* in un enunciato generalizzabile astrattamente destinato così ad una pluralità di applicazioni. Quando si tratta di decisioni che danno vita a “giurisprudenza consolidata” e così ad una forma di “diritto vivente”, entro cui gli indici normativi escono dalla loro ambiguità, e, come si è detto sopra, la giurisprudenza, luogo di sintesi fra le opzioni interpretative dei testi normativi, ne diventa in qualche modo quasi mezzo di positivizzazione, tuttavia mai viene meno la “gerarchia delle fonti”, la distinzione tra *auctoritas* e *potestas*, tra disposizione e norma, tra testo da interpretare e risultato del procedimento interpretativo. Il risultato ermeneutico non è titolo “astratto” ma “causale”. La forma del sapere va a sovrapporsi a quella dell'essere (l'oggettivizzazione della conoscenza è per sua natura inevitabile) ma non va a sostituirlo.

Ciò sta a significare il pericolo che una contraddizione si manifesti e incarri quella “eterogenesi dei fini” di cui al titolo del mio intervento. Proprio i più rigidi fautori dell'assolutezza della monarchia della legge – ma non Natalino Irti – spingono anche verso la maggiore vincolatività del precedente consolidato come garanzia raggiunta di “uniforme interpretazione”, sintomo di “esatta osservanza” e mezzo per dare maggiore prevedibilità al diritto e più sicuro calcolo anticipatorio delle decisioni.

Ma se l'ordinamento processuale si spingesse, sia pure al fine della migliore e più agevole calcolabilità del diritto, ad attribuire al precedente divenuto

consolidato nella giurisprudenza del giudice di ultima istanza, un'accresciuta rilevanza (rispetto a quella vincolatività solo presuntiva oggi complessivamente riconoscibile) ciò segnerebbe paradossalmente e quasi per eterogenesi dei fini il distacco del diritto vivente, del diritto concretamente applicato da quel principio di legalità alla cui effettiva è uniforme attuazione, fin dalle origini, la nomofilachia è strumentale.

Al punto che il richiamo al valore fondante dei testi normativi rispetto alle concrete applicazioni potrebbe utilizzare l'argomento che la riforma luterana opponeva alla dottrina Cattolica: “*quod illis est papa nobis est scriptura*”!