

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

PRECEDENTE E PROSPECTIVE OVERRULING. IL PUNTO DI EQUILIBRIO TRA INTERPRETAZIONE CREATIVA E AFFIDAMENTO DELLA PARTE.

Articolo di **Cecilia DE NICOLA**

Sommario: 1. La certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento delle parti. 2. Il ruolo del precedente nell'attuale panorama normativo. 3. Prospective overruling: la sentenza n. 4135 del 2019 delle Sezioni Unite.

1. La certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento delle parti.

La scienza del diritto si annovera tra gli esempi più evidenti di scienza non esatta, quali sono invero la matematica o la fisica, dal momento che le verità cui è possibile accedere per il tramite delle indagini giuridiche non sono mai verità assolute, bensì risultati di operazioni interpretative. Difficilmente, infatti, una norma giuridica riesce ad essere applicata ad un caso concreto *sic et simpliciter*, costituendo la predetta una correlazione interna tra il fatto e l'effetto presi in considerazione dalla fattispecie. Nel compito ermeneutico, difatti, si esplica l'attività del giurista: il brocardo latino *in claris non fit interpretatio* erroneamente viene considerato la premessa del sillogismo che esclude la necessaria interpretazione di una norma. Alla chiarezza in esso proclamata, nella specie, è possibile giungere infatti solamente dopo aver percorso l'*iter* interpretativo dettato dall'art. 12 delle preleggi, finalizzato ad attribuire un significato ad una disposizione¹.

La materia che più di tutte, pertanto, persegue l'obiettivo di fornire una tutela ai cittadini, prima riconoscendo questi ultimi come titolari di diritti e di beni della vita, poi ideando gli strumenti idonei a garantirne l'effettivo godimento, è quella che per prima rischia di lasciarlo privo di protezione, a causa dell'elevato numero di interpretazioni cui possono soggiacere le regole che la governano.

Il criticabile *modus legiferandi* che negli ultimi anni ha dato vita a norme sempre più incomplete, confuse, ripetitive o confliggenti è stato infatti causa di evidenti difficoltà per gli operatori del diritto chiamati ad applicare le regole giuridiche nei casi concreti. Ne sono sorte spesso controversie, che, se talvolta sono state originate dalla buona fede delle parti, ognuna delle quali aveva confidato nell'interpretazione che più le sembrava confacente, in altri casi esse hanno dimostrato il rischio sotteso all'uso strumentale

¹ AA. VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Milano, 2006, p. 45. Sull'art. 12 delle preleggi, v., per tutti, lo studio di L. Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, II ed., Milano, 2018.

dell'interpretazione, volto a piegare la norma al servizio dei propri interessi, mutevoli nel tempo².

Netta appare la separazione dei compiti, alla luce del principio di divisione dei poteri, tra chi è chiamato a predisporre le regole del gioco e chi ad applicarle a seguito della loro interpretazione³. La lettera della legge rappresenta il limite oltre il quale l'interprete non può mai spingersi in maniera creativa. Tuttavia, la rigida immagine della legge espressa dal detto *dura lex, sed lex*, cerca di essere mitigata dalla giurisprudenza nel tentativo di offrire soluzioni più rispondenti alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei consociati.

In un primo momento, dunque, il nostro ordinamento giuridico, come altri, ha sentito l'esigenza di stabilire regole di natura secondaria che guidassero il giurista nell'interpretazione delle norme entro precisi binari, limitando l'arbitrarietà ermeneutica.

In un secondo momento, tuttavia, è sorta la necessità di stabilizzare le soluzioni interpretative condivise a fronte della polisemia delle norme, onde assicurare un maggior grado di certezza del diritto ai cittadini e rifuggire dai mutamenti ermeneutici improvvisi e immotivati⁴.

La maturità dei tempi è stata dimostrata dalla proliferazione di norme che, nei diversi rami dell'ordinamento giuridico, hanno positivizzato il principio del legittimo affidamento divenuto, ad oggi, un *commune praeceptum* del nostro sistema.

In tale contesto si colloca, dapprima, l'insegnamento della Consulta secondo cui "*l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*" costituisce "*elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*"⁵, seguito dal

² A proposito del problema della "*crisi della norma giuridica*", oltre che di quello del "*pluralismo giuridico*", che si rinviene per la molteplicità dei sistemi giuridici coesistenti nel regolare le stesse materie, come possibili cause di incertezza del diritto da cui discende la centralità del ruolo assunto dalla giurisprudenza, v. P. Grossi, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 92, p. 921 ss. e M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Torino, 1996, p. 7.

³ R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, p. 331.

⁴ Nel senso di ritenere che la norma giuridica, in posizione superiore, prescrive quanto le autorità inferiori devono attuare, v. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

⁵ Corte cost., sent. 17 dicembre 1985, n. 349.

riconoscimento della Corte dei Conti⁶ dell'avvenuta traduzione in norma del principio in esame in forza dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990. L'art. 1, c. 1, della stessa legge sul procedimento amministrativo, dopo le modifiche intervenute con la legge n. 14 del 2005, prescrive inoltre che l'attività amministrativa sia retta, tra gli altri, dai principi dell'ordinamento comunitario. Tra questi spicca di certo quello del legittimo affidamento, fatto proprio dalla giurisprudenza comunitaria⁷, che lo ha incluso tra le fonti del diritto dell'UE.

Ricollegato ai principi di buona fede e correttezza, il principio ha trovato un'importante applicazione nella sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale. Questa è intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. sì da escludere l'operatività del principio *ignorantia legis non excusat* ove il cittadino sia stato indotto a ritenere il proprio comportamento conforme alla legge dall'interpretazione della stessa affermata in giurisprudenza.

Lo Statuto del contribuente⁸ ha fatto, poi, espressamente proprio il principio in esame per limitare le sanzioni e gli interessi moratori esigibili dal contribuente che si sia conformato alla prassi dell'amministrazione finanziaria. Ancora, il diritto internazionale ha codificato il principio del legittimo affidamento nei principi UNIDROIT⁹ con riferimento ai rapporti tra privati, da cui *a fortiori* si deve ricavare la sua vigenza nei rapporti con il legislatore¹⁰.

Requisito cardine di un sistema giuridico è la certezza¹¹ assicurata ai destinatari del precetto. Solamente ove posti nelle condizioni di conoscere il

⁶ Corte dei conti, Sez. Un, sent. 11 ottobre 2007, n. 7.

⁷ Corte di giust., 15 luglio 2004, causa C459/02; 14 febbraio 1990, causa C350/88; 3 maggio 1978, causa C112/77.

⁸ Art. 10 l. n. 212/2000: "*I rapporti tra contribuente ed amministrazione sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato ad indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni ed errori dell'amministrazione stessa*".

⁹ Art. 1.8, *Nemo venire contra factum proprium*: "*Una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio*".

¹⁰ G. Grasso, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in *Altalex*, 17 gennaio 2012.

¹¹ In senso contrario N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 28, p. 146 ss.

contenuto precettivo delle norme e di comprenderne la loro concreta applicazione, infatti, i cittadini possano organizzare i propri affari in maniera razionale ed avere la fiducia necessaria per intraprendere iniziative rischiose. Solamente, ancora, ove tale rischio sia valutabile e quantificabile dai privati, questi potranno scegliere consapevolmente di correrlo. In caso contrario, l'incertezza assoluta sulle conseguenze delle proprie azioni indurrebbe tutti i consociati all'inazione, alla paralisi degli scambi commerciali e alla ricerca *aliunde* di sistemi giuridici certi e stabili in cui realizzare i propri interessi.

Il nostro legislatore ha tentato, pertanto, di introdurre strumenti giuridici che, sempre più, permettessero e premettano di garantire le esigenze sopra illustrate di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento delle parti che dipendono, in prima battuta, dal diritto vivente. Si è cercato, in particolare, di stabilizzare le interpretazioni normative provenienti dalle giurisdizioni superiori e di agire su quello che è attualmente il ruolo del precedente giurisprudenziale. La garanzia di parità di trattamento di coloro che si trovano in situazioni uguali, infatti, è assicurata solamente da un diritto interpretato in maniera uniforme.

2. Il ruolo del precedente nell'attuale panorama normativo.

Come è noto, i sistemi di *civil law* fondano le loro radici sulle teorie del positivismo giuridico¹², in quanto fonte principale del diritto è sempre la legge. Ricca è stata, infatti, l'attività di codificazione cui hanno assistito i Paesi continentali. In tale contesto, pertanto, i principi di certezza del diritto e dell'equo processo sanciti dall'art. 6 CEDU imporrebbero al legislatore di adottare semplicemente dei meccanismi idonei ad evitare l'inutile protrarsi di conflitti giurisprudenziali, senza potersi dire banditi i mutamenti – purché adeguatamente motivati – che testimoniano, invero, la lodevole evoluzione del diritto¹³.

La strada che l'attuale *trend* legislativo cerca di percorrere, tuttavia, è quella di incentivare l'adesione al precedente o di disincentivare il

¹² H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, che attribuisce alla giurisprudenza una funzione esclusivamente descrittiva del diritto positivo.

¹³ M. Condorelli-L. Pressacco, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. Giustizia*, 2018, 4.

discostamento da esso¹⁴. Sebbene si riscontrino all'interno del nostro ordinamento esempi normativi che attuano l'obiettivo perseguito, certo non può concludersi nel senso di ritenere il precedente giurisprudenziale vincolante. Il giudice, alla luce della nostra Costituzione, rimane soggetto solamente alla legge; tuttavia la giurisprudenza si sta rendendo sempre più partecipe della funzione di fonte del diritto.

Difatti, sebbene la regola di diritto fissata dal giudice vincoli formalmente solamente le parti del giudizio, alla luce dei limiti soggettivi del giudicato proclamati dall'art. 2909 c.c., nella prassi le decisioni dei giudici rappresentano un precedente che va a formare il c.d. "diritto vivente"¹⁵. La Cassazione, in particolare, è chiamata ad assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge", nonché "l'unità del diritto oggettivo nazionale"¹⁶. E' l'autorevolezza dell'organo da cui proviene la decisione, in particolare, ad indurre i giudici ad uniformarsi ai *dicta* in essa contenuti: nel nostro sistema, ancora oggi, il precedente riesce ad imporsi non *ratione imperii*, ma *imperio rationis*, grazie alla forza persuasiva di un'autorità nella cui sapienza si confida¹⁷.

L'importanza del c.d. "diritto vivente", l'interpretazione delle norme consolidata in giurisprudenza in base alla quale queste vivono nelle aule giudiziarie, è dimostrata dalla prassi della Corte Costituzionale, indotta anch'essa a conformarvisi: teoricamente, solo una norma insuscettibile di una lettura costituzionalmente orientata potrebbe essere oggetto di una pronuncia di incostituzionalità; tuttavia, a seguito di un primo invito, che rimane privo di risposta, contenuto in una sentenza interpretativa di rigetto ad interpretare la disposizione in senso conforme alla Costituzione, la Consulta accetta di giudicare la norma secondo il significato in cui vive nella realtà giuridica e dichiara quella illegittima, vietandone l'interpretazione prospettata¹⁸.

¹⁴ Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*.

¹⁵ G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, Milanofiori Assago, 2016, introduzione, p. LXXVI.

¹⁶ Art. 65 r. d. 30 gennaio 1941, n. 12.

¹⁷ F. P. Luiso, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2015, p. 45.

¹⁸ R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, op. cit., p. 485.

Un rilevante *imprinting* che ha rafforzato l'attuazione della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione si è avuto nel 2009, con la riforma che ha introdotto l'art. 360- *bis* nel codice di procedura civile, il quale – come è ben noto – sancisce l'inammissibilità del ricorso in Cassazione qualora “il provvedimento impugnato” abbia “deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non” offra “elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa”.

La funzione dell'istituto è quella di “filtro della disposizione”, come recentemente ribadito dalla Sezioni Unite della Cassazione, e “consiste nell'esonerare la Suprema Corte dall'esprimere compiutamente la sua adesione al persistente orientamento di legittimità, così consentendo una più rapida delibazione dei ricorsi <<inconsistenti>>”¹⁹.

Poiché le sezioni semplici sono vincolate al precedente delle Sezioni Unite, presumibilmente è all'orientamento di queste ultime che si riferisce il testo della norma. Il ricorrente, o meglio per lui il suo difensore, in caso di indirizzo costante delle stesse, è chiamato a specificare nei motivi del ricorso quelle ragioni che giustificerebbero un mutamento della giurisprudenza sul tema, tanto da rendere opportuno, e non superfluo, il riesame della questione da parte della Corte²⁰.

Il filtro di cui in commento non si applica, tuttavia, quando il motivo del ricorso addotto dal ricorrente sia l' “omesso esame circa un fatto decisivo” di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., in quanto il vizio che colpisce la motivazione non permette di rinvenire operante la funzione nomofilattica della Cassazione a cui sottende l'art. 360- *bis* c.p.c. Ragionevolmente, inoltre, il ricorso per Cassazione contro un provvedimento conforme alla giurisprudenza della stessa ha senso ove risulti finalizzato a provocare un mutamento del suo orientamento. Tuttavia, il testo della norma, menzionando anche l'ipotesi in cui l'obiettivo sia quello di confermare l'orientamento della Corte, appare voler rispettare quel “sempre” contenuto nell'art. 111, c. 7, Cost..

¹⁹ Cass. civ., Sez. Un., sent. 21 marzo 2017, n. 7155.

²⁰ F. P. Luiso, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 2015, p. 446.

Pertanto, l'onere motivazionale aggiuntivo posto a carico del ricorrente che voglia ottenere un *revirement* giurisprudenziale testimonia che la posizione attualmente preferita dalla giurisprudenza di legittimità costituisce la regola di diritto che deve essere applicata nei casi concreti, difficilmente superabile con altra pronuncia.

La stessa possibilità di veder pronunciato il principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., su ricorso del Procuratore generale della Cassazione laddove il ricorso non arriverebbe altrimenti davanti ai giudici, o su iniziativa della Corte stessa nel caso di ricorso inammissibile, testimonia la primaria importanza che la lettura normativa del giudice Supremo ha assunto nel panorama giuridico attuale, costituendo esso una fondamentale guida per chi è chiamato ad applicare le norme.

Ancora, l'art. 374 c.p.c. scandisce quello che è il ruolo – ad oggi incrementato dalla riforma del 2016²¹ – delle Sezioni Unite, divenute oramai le sole abilitate ad adempiere alla funzione nomofilattica sottesa all'uniforme interpretazione della legge. A norma di tale articolo, infatti, sono queste a doversi pronunciare, oltre che sui ricorsi concernenti questioni di massima importanza, su una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici qualora il primo presidente parrebbe condividere, ad un primo esame, i motivi del ricorso stesso.

A loro volta le sezioni semplici sono tenute a rimettere il ricorso alle Sezioni Unite laddove non intendano conformarsi al principio di diritto da queste già espresso, essendo ammesso un mutamento giurisprudenziale solamente ad opera delle seconde, ove le stesse si convincano della ragionevolezza di un *revirement* rispetto alla posizione in precedenza adottata.

Al di là di tali ipotesi marginali, in cui le Sezioni Unite "creano" il nuovo diritto vivente indicando ai giudici la strada da seguire nei casi futuri, sui ricorsi in Cassazione si pronunciano per lo più le sezioni semplici. Queste,

²¹ D. l. n. 168/2016, convertito con l. n. 197/2016, che – come è noto – è intervenuto sugli artt. 375 ss. c.p.c.

normalmente, decidono con ordinanza in camera di consiglio, laddove la pubblica udienza residua oggi nei limitati casi di cui all'art. 374 c.p.c., ove la pronuncia viene assegnata alle Sezioni Unite, o qualora "la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'articolo 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio". Tale norma rappresenta la prova, ancora una volta, del ruolo marginale che le stesse sezioni semplici della Cassazione hanno assunto, chiamate – come sono – a smaltire l'elevato numero dei ricorsi uniformandosi alla posizione assunta dalle Sezioni Unite.

Da tale schema legislativo, che rinveniamo in maniera molto simile nel diritto processuale amministrativo (art. 99 c.p.a.), si desume che il giudice delle sezioni semplici non appare più sottoposto unicamente alla legge, ma anche alle pronunce rispettivamente delle Sezioni Unite o dell'Adunanza Plenaria. Per meglio dire, egli non è chiamato a decidere in maniera difforme dal proprio convincimento in violazione dell'art. 101, c. 2, Cost.; tuttavia la manifestazione del suo dissenso rispetto alla posizione adottata dalle Sezioni Unite o dall'Adunanza Plenaria deve avvenire secondo uno specifico procedimento che lo obbliga ad interpellare queste ultime con un'ordinanza motivata, secondo una procedimentalizzazione del possibile *overruling*. Ad ogni modo, il precedente sembra divenire nel senso illustrato "vincolante" solamente nei confronti delle sezioni semplici, senza integrare per tale via una vera e propria regola di diritto efficace *erga omnes*.

Nondimeno, vi è da dire che il sistema legislativo manca della previsione di una sanzione specifica nei confronti del giudice che si discosti dall'orientamento affermato dalle Sezioni Unite o dall'Adunanza Plenaria omettendo la rimessione della causa alle stesse. Un'ipotesi prospettata²² è stata quella di configurare in capo al giudice una responsabilità civile per

²² E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 1237; R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario dell'Adunanza plenaria nell'ordinamento italiano*, in *Il Foro italiano*, 2006, 131, 9, p. 279. V., per la giurisprudenza, la recente Cass. civ., sez. III, 18 maggio 2018, n. 12215.

colpa grave ai sensi dell'art. 2, c. 3- *bis*, della legge n. 117 del 1988, così come modificata dalla legge n. 18 del 2015: la norma prescrive come *"ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta delle legge (...) si tiene conto (...) dell'inescusabilità e della gravità della violazione"*, ove l'inescusabilità dipenderebbe proprio dal costante orientamento seguito dalle Sezioni Unite o dall'Adunanza Plenaria. Si tenga conto, peraltro, dell'attuale impossibilità di impugnare una sentenza per discostamento dal precedente²³, indipendentemente dalla sua autorità.

Anche la giurisprudenza di merito, tuttavia, appare ricoprire un ruolo non del tutto marginale nella disamina del valore progressivamente attribuito alle pronunce giurisdizionali. L'art. 348- *ter* c.p.c., introdotto in occasione della riforma del 2012²⁴ che ha istituito un filtro per il giudizio di appello nei casi in cui esso non abbia una ragionevole probabilità di essere accolto²⁵, ha limitato la ricorribilità in Cassazione della pronuncia d'appello che abbia confermato la decisione di primo grado per i soli motivi di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, dell'art. 360 c.p.c. Il caso della doppia conforme, dunque, non può provocare l'esame della Corte circa la correttezza della motivazione, nel tentativo di attribuire una certa stabilità alla decisione impugnata per quanto attiene, per lo meno, al profilo della logicità nella ricostruzione dei fatti.

Da ultimo, una norma non trascurabile in occasione di una disamina sull'importanza del ruolo ricoperto dal precedente giurisprudenziale è rappresentata dall'art. 92 c.p.c. Tra le cause che possono giustificare la compensazione delle spese, parzialmente o per intero, viene da questa inclusa, infatti, *"(l')assoluta novità della questione tratta o (il) mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti"*, a cui sono state aggiunte le *"altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni"* con il recente intervento additivo²⁶ della Corte Costituzionale. L'assenza di

²³ G. Verde, *Ius litigatoris e ius constitutionis*, in *Il difficile rapporto tra giudice e leggi*, Napoli, 2012, p. 25.

²⁴ D. l. n. 83/2012, convertito con l. n. 134/2012.

²⁵ Ove la sua manifesta infondatezza potrebbe essere dovuta proprio alla condivisione da parte della sentenza impugnata dell'orientamento giurisprudenziale del momento, il cui gravame potrebbe apparire pretestuoso.

²⁶ Corte cost., sent. 19 aprile 2018, n. 77.

un'interpretazione della norma pervenuta dall'autorità giurisdizionale, nel primo caso, o il suo sopravvenuto mutamento lesivo del legittimo affidamento della parte in essa riposto, nel secondo, giustificano infatti la compensazione delle spese del giudizio in deroga al disposto di cui all'art. 91 c.p.c., che le addossa in capo alla parte soccombente. Se tale generale principio viene giustificato dall'esigenza di garantire effettività al diritto di agire e resistere in giudizio, tale per cui la posizione processuale della parte che si rivela infondata è da ritenersi causa del giudizio e dei suoi costi, gli stessi diritti costituzionali *de quibus* impongono di limitare la sanzione condannatoria delle spese ove la parte abbia agito o resistito in conformità con l'orientamento adottato dai giudici, pertanto in buona fede e senza essere anzi meritevole di sanzione.

3. Prospective overruling: la sentenza n. 4135 del 2019 delle Sezioni Unite.

Il ruolo primario assunto, come visto, dalle pronunce delle Sezioni Unite che divengono poi diritto vivente grazie al recepimento che ne fa la giurisprudenza di merito, permette di immaginare le problematiche originate da un eventuale mutamento di orientamento delle stesse. Pur non potendosi parlare di *binding precedent*, infatti, la capacità espansiva delle pronunce delle più alte giurisdizioni, tanto in forza del loro elevato grado di *moral suasion*, quanto per la pervasività che ad esse ha riservato il nostro legislatore, pone i cittadini nella condizione di prevenire la risposta conseguente alla loro domanda di giustizia. In base alla pronuncia all'esito del giudizio, in particolare, le parti del giudizio compiono una valutazione di costi e benefici soppesando la posizione processuale e i comportamenti da tenere. In particolare, esse scelgono razionalmente se assumere il rischio di contrastare l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ovviamente ove sussistente, piuttosto che rinunciare all'azione o alla difesa che più probabilmente verrebbe rigettata dal giudice.

E' evidente come l'intero sistema salti laddove la soluzione pervenuta dalla Corte decida di premiare il rischio assunto da una delle parti sposando

un orientamento nuovo, fino a quel momento non accolto dai giudici di legittimità. Le valutazioni compiute dalle parti *ex ante*, prima dell'inizio del giudizio, non avrebbero più ragion d'essere e verrebbero disattese in maniera del tutto imprevedibile.

Ecco dunque che si prospetta il rischio di una lesione dell'affidamento legittimo che le parti hanno riposto nella stabilità del diritto e della sua lettura giurisprudenziale. Dal repentino mutamento giurisprudenziale le parti potrebbero, in taluni casi, essere danneggiate in vista del sacrificio del diritto di azione o di difesa che potrebbero subire nell'incorrere in una decadenza, preclusione, inammissibilità o improcedibilità che non si sarebbe prospettata se fosse stato seguito l'orientamento sino a quel momento prevalente²⁷.

La giurisprudenza, proprio in ossequio ai principi appena richiamati del legittimo affidamento e della certezza del diritto, ha cercato di fornire strumenti di tutela alle parti del giudizio che si ritrovino in tale spiacevole, pur tuttavia inevitabile, condizione, se consideriamo come necessaria l'evoluzione del diritto vivente.

La soluzione dapprima prospettata nelle aule giudiziarie, apparentemente più immediata, è stata quella di concedere alle parti la rimessione in termini per errore scusabile. L'adozione di tale posizione è stata possibile grazie all'avvenuta migrazione dell'istituto, trasformato da strumento operante nella sola fase della trattazione in virtù della sua collocazione nell'art. 184- *bis* c.p.c., in strumento di portata generale sancito dall'art. 153, c. 2, c.p.c., nel novero delle disposizioni generali. La tutela ipotizzata, tuttavia, è stata criticata per dipendere dall'eccessiva discrezionalità del giudice, non risolvendo il problema di incertezza a cui – nelle intenzioni – voleva darsi risposta²⁸.

²⁷ Corte cost., sent. 2 aprile 2004, n. 107.

²⁸ M. Condorelli e L. Pressacco, *Overruling e prevedibilità della decisione*, op. cit. Nel senso di ritenere l'applicazione della rimessione in termini nei casi di mutamento repentino e imprevedibile dell'orientamento una "vera e propria finzione" vedi R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311. In senso contrario vedi G. Verde, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra il giudice e la legge)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2012, p. 6; G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*,

La giurisprudenza, allora, ha prospettato l'innovativa soluzione di limitare l'efficacia temporale del mutamento giurisprudenziale *pro futuro*, derogando alla regola secondo cui le sentenze che modificano l'interpretazione di una norma dovrebbero dirsi retroattive²⁹, dal momento che esse rappresentano semplicemente una diversa lettura di una regola già in vigore, non anche uno *ius superveniens* di cui si dovrebbe prospettare l'irretroattività.

La questione nel noto dibattito su funzione dichiarativa³⁰ o creativa della giurisprudenza, quali mere applicazioni interpretative della legge o vere e proprie fonti del diritto³¹ in quanto fondatrici di un *novum ius*. Da un lato, l'atto dovrebbe dirsi invalido per contrasto con la norma così come successivamente reinterpreta, residuando la sola rimessione in termini come tutela dell'affidamento legittimo della parte; dall'altro, si dovrebbe considerare l'atto valido sul fondamento del precedente orientamento.

La strada percorsa appare la medesima seguita in passato dalla Corte costituzionale³², che, per limitare le conseguenze dannose che una dichiarazione di incostituzionalità talvolta arrecava ai consociati, confinava *pro futuro* l'efficacia della sentenza sì da non travolgere gli atti compiuti precedentemente in forza della legge annullata³³.

La soluzione accolta con successo, pertanto, è stata quella di limitare l'applicazione della nuova interpretazione ai soli casi futuri, disapplicando la

in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, p. 1390, i quali sostengono che l'istituto della rimessione in termini costituisce proprio lo strumento attraverso il quale tutelare la lesione dell'affidamento riposto dalla parte nell'interpretazione *overruled*.

²⁹ G. Ajani e B. Pasa, *Diritto comparato: casi e materiali*, Torino, 2013, p. 285 ss e U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 1996, p. 161 ss.

³⁰ A sostegno di tale tesi vedi M. Magnarelli, *L'overruling tra teoria generale e diritto amministrativo*, in www.dirittoamministrativo.it, che richiama il dato positivo rinvenuto nell'art. 1 delle preleggi che non include la giurisprudenza tra le fonti del diritto e nell'art. 101, c. 2 Cost.; M. R. Rosario, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, in *Relazione telematica n. 31, Ufficio del Massimario*, 2011, p. 24, secondo cui la giurisprudenza rinvia sempre ad altra fonte legislativa, non essendo dotata di un'efficacia obbligatoria come contrariamente sancito per le fonti di produzione del diritto.

³¹ In tal senso: A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scajola-Branca, Bologna, 1977, p. 533, che include il precedente giudiziario tra le fonti del diritto pur se di natura dichiarativa e non creativa, come per ogni fonte interpretativa; in favore dell'emersione di "un vero e proprio ruolo normativo o para-normativo delle decisioni giudiziarie, o almeno di alcune di esse", v. M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *osservatorio costituzionale*, 2015, 1.

³² Corte cost., sent. 9 marzo 1988, n. 266.

³³ R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, op. cit., p. 491.

stessa nel caso sorto prima del mutamento giurisprudenziale. La parte che subisce il *revirement* giurisprudenziale, nel dettaglio, non incorre nelle sanzioni processuali conseguenti alla nuova lettura della norma in modo da non subire una lesione del diritto di azione o di difesa, la cui effettività rimane preservata coerentemente con il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.³⁴ Siffatta tutela dell'affidamento, comunque, risulta "tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificare in concreto) dell'arresto nomofilattico dell'esegesi correttiva"³⁵, oltre il quale non risulta più giustificato.

Come in parte percepibile il problema del cd. *overruling*, ovvero sia del mutamento giurisprudenziale in grado di vincolare o, nel caso del nostro ordinamento, di indirizzare gli altri giudici, ha riguardato principalmente le norme di diritto processuale per la menzionata potenziale lesione dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 24 Cost.³⁶. Quando la svolta giurisprudenziale colpisce le norme sostanziali, infatti, la lesione del legittimo affidamento delle parti riposto nella lettura della norma non pregiudica alcun diritto fondamentale, che solo giustifica l'estrema soluzione prospettata dalla giurisprudenza³⁷. Tuttavia, quest'ultima ritorna apparentemente applicabile ove il mutamento riguardi le norme procedurali, in particolare di cui alla

³⁴ Taluno ha rinvenuto il fondamento della soluzione giurisprudenziale prospettata nella teoria di R. Von Jhering, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, p. 318 ss., secondo cui la giurisprudenza deve tenere in considerazione gli interessi protetti dalla norma, oltre che il dato positivo.

³⁵ Cass. civ., Sez. Un., sent. 11 luglio 2011, n. 15144.

³⁶ A. Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 117; R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, op. cit., p. 311. In giurisprudenza il medesimo principio è stato affermato da Cass. civ., Sez. Un., sent. 11 aprile 2011, n. 8127. Nello stesso senso, v. S. Turatto, *Overruling, In materia processuale e principio del giusto processo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 1151 ss., che sostiene che il nuovo art. 111 Cost. imporrebbe la predeterminazione delle regole processuali. Per Cass. civ., sez. II, sent. 17 giugno 2010, n. 14627, sarebbe vietato "cambiare le regole del gioco a partita già iniziata". In senso contrario, v. G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, op. cit., p. 1390 ss., secondo il quale «alla giurisprudenza non è consentito porre le regole in base alle quali deve essere valutata l'attività processuale delle parti, essendo detto compito riservato in via esclusiva al legislatore (e secondo cui) a quest'ultimo non è consentito ciò che è invece consentito alla giurisprudenza, chiamata a valutare in concreto quella attività sulla base delle regole somministrate dal legislatore, previa interpretazione delle stesse».

³⁷ M. Gaboardi, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 435 ss.

legge n. 241 del 1990 che regolano il procedimento amministrativo: sebbene rientranti nella categoria delle norme sostanziali, esse possono generare le stesse preclusioni generate dall'*overruling* di cui sono protagoniste le norme processuali³⁸. In aggiunta, di recente, l'Adunanza Plenaria ha esteso il potere del giudice di modulare gli effetti delle pronunce anche rispetto all'interpretazione delle norme sostanziali laddove questo sia necessario per tutelare beni costituzionalmente protetti³⁹.

L'istituto del *prospective overruling*, pertanto, cerca di assicurare una tutela al legittimo affidamento della parte qualora una norma sia protagonista di un mutamento interpretativo dovuto alla sua polisemia. Il bilanciamento degli interessi in gioco riscuote successo in quanto, pur aprendo la strada al nuovo orientamento giurisprudenziale, tale strumento limita l'applicazione della nuova lettura *in posterium* perseguendo i valori sottesi alla certezza del diritto⁴⁰.

La disapplicazione del nuovo principio di diritto potrebbe essere giustificata, tra gli altri, dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale della CEDU, da cui la Corte di Strasburgo ha dedotto la protezione delle aspettative venute meno che si fondino su di una giurisprudenza costante⁴¹.

Il primo importante riconoscimento di tale potere in capo al giudice, modulativo degli effetti della propria pronuncia, è stato proclamato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 15144 del 2011, secondo cui la costante lettura di una norma può provocare talvolta l' "*apparenza di una regola conforme alla legge del tempo*", sulla quale la parte può aver riposto un affidamento da tutelare. I presupposti per l'operare della soluzione

³⁸ Cons. St., Ad. Plen., sent. 28 luglio 2011, n. 13 e Cons. di stato, Ad. Plen., sent. 13 dicembre 2018, n. 1.

³⁹ Cons. St., Ad. Plen., sent. 22 dicembre 2017, n. 13.

⁴⁰ Nel senso di soddisfare l'esigenza primaria di certezza del diritto, G. Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, 5, p. 1073 ss.

⁴¹ In tal senso, v. Corte Edu, 28 settembre 2004, *Kopecky c. Slovacchia* e Corte Edu, Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Maurice c. Francia*. In vista dell'equiparazione tra norme positive e giurisprudenza adottata dalla Corte di Strasburgo, M. Condorelli-L. Pressacco, in *Overruling e prevedibilità della decisione*, op. cit., ipotizzano l'invocabilità dell'art. 7 CEDU, che afferma il principio *nulla poena sine lege*, per giustificare la tutela prospettata in caso di *overruling in malam partem* nel caso di norma sanzionatoria, fatta rientrare dalla Corte di Strasburgo nell'ampia categoria di "*materia penale*".

giurisprudenziale in esame ripetutamente richiesti dalla Suprema Corte sono stati, tuttavia, che sull'interpretazione della norma si sia formata una giurisprudenza ripetuta e costante di legittimità, non solo di merito, tale da rendere il mutamento assolutamente imprevedibile tanto da oltrepassare il "limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale"⁴²; che la parte abbia per tale ragione riposto in essa un legittimo affidamento⁴³ che verrebbe leso dalla nuova regola risultante dell'inversione giurisprudenziale, in quanto protagonista di un'interpretazione *in malam partem*; che la norma incriminata sia una norma processuale⁴⁴, la cui nuova lettura farebbe incorrere la parte in una chiusura in rito del giudizio⁴⁵ che non si sarebbe verificata secondo l'antecedente interpretazione superata. Da tali presupposti discende la salvezza della posizione della parte, la quale non subisce le preclusioni, decadenze, inammissibilità o improcedibilità proclamate dalla Corte, vedendo così fatta salva la possibilità di ottenere una pronuncia di merito sulla sua pretesa.

Il tema è stato nuovamente protagonista di una recente pronuncia delle Sezioni Unite⁴⁶, che nel febbraio del 2019 ha rigettato una richiesta di applicazione del menzionato principio in un caso che non aveva visto integrati i presupposti necessari. L'occasione è stata utile per chiarire alcuni aspetti su cui, dopo l'arresto delle stesse Sezioni del 2011, erano rimasti dei dubbi.

Il caso di specie riguardava l'interpretazione dell'art. 829 c.p.c. a seguito della modifica intervenuta con il D. Lgs. n. 40 del 2006, dal momento che una pronuncia della Suprema Corte⁴⁷ aveva ritenuto applicabile alle convenzioni arbitrali concluse anteriormente alla riforma del 2006 la disciplina previgente, che ammetteva l'impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto,

⁴² Cass. civ., Sez. Un., sent. 23 dicembre 2014, n. 27341; nel senso di non potersi dire meritevole di tutela l'affidamento della parte in un orientamento giurisprudenziale rinvenuto in un'unica pronuncia o su cui sussisteva un contrasto, ove la parte avrebbe dovuto adottare tutte le cautele imposte dalla posizione meno permissiva in ossequio al principio di precauzione, v. G. Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, op. cit., p. 1170; G. Verde, *Mutamento di giurisprudenza*, op. cit., p. 16.

⁴³ Cass. civ., Sez. Un., sent. 12 ottobre 2012, n. 17402.

⁴⁴ Da ultima, Cass. civ., sez. trib., sent. 13 settembre 2018, n. 22345.

⁴⁵ Cass. civ., Sez. Un., n. 17402/2012, cit.

⁴⁶ [Cass. civ., Sez. Un., sent. 12 febbraio 2019, n. 4135.](#)

⁴⁷ Cass. civ., Sez. I, sent. 19 aprile 2012, n. 6148.

salvo che le parti avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o dichiarato il lodo non impugnabile. La ricorrente denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 184- *bis* c.p.c. (poi divenuto 153 c.p.c.), per avere la sentenza impugnata rigettato l'istanza di rimessione in termini di parte, volta ad introdurre motivi di impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., c. 2, nel testo anteriormente vigente; questi erano stati originariamente non proposti unicamente a causa dell'inequivoco tenore letterale in senso escludente del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 27, suffragato peraltro dalle opinioni della dottrina e della giurisprudenza di merito dell'epoca; mentre, solo a partire dalla sentenza della Cassazione del 2012 sopra richiamata, era stata enunciata la opposta tesi permissiva, peraltro, con ulteriori smentite successive, sino all'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite⁴⁸ nel 2016.

L'istituto del *prospective overruling* viene ritenuto dalla Corte non applicabile al caso concreto per una pluralità di motivi. *In primis*, la prima pronuncia della Cassazione sul tema è intervenuta solamente nel 2012, laddove la ricorrente aveva riposto la propria fiducia nell'interpretazione letterale, dalla Corte non accolta, adottata dalla sola dottrina e giurisprudenza di merito. Non appariva integrato, pertanto, il presupposto di un legittimo affidamento su un orientamento di legittimità ripetuto costantemente nel tempo e successivamente mutato in maniera imprevedibile. Mentre l'interpretazione letterale su cui aveva confidato la ricorrente applicava la nuova disciplina riformatrice ad ogni ipotesi di instaurazione della controversia arbitrale successiva all'entrata in vigore di quest'ultima, la posizione adottata dalla Corte nel 2012 e confermata dalle Sezioni Unite del 2016 richiedeva l'ulteriore requisito secondo cui la convenzione arbitrale doveva essere stata conclusa dopo il *dies* incriminato. Quest'ultima pronuncia sancisce, in particolare, che la legge da applicare per stabilire se sia ammessa l'impugnazione per violazione di regole di diritto relative al merito "è *quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato*". Alle

⁴⁸ Cass. civ., Sez. Un., sent. 9 maggio 2016, n. 9284.

convenzioni arbitrali concluse prima della riforma, pertanto, si applica la legge previgente che ammetteva l'impugnabilità del lodo per violazione della legge sostanziale salvo che le parti non avessero stabilito diversamente.

Nella pronuncia, la Corte ribadisce che l'interpretazione delle norme giuridiche da parte della Corte di Cassazione e, in particolare, delle Sezioni Unite *"mira ad una tendenziale stabilità e valenza generale, sul presupposto, tuttavia, di una efficacia non cogente ma solo persuasiva, trattandosi di attività consustanziale all'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, sicché un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, non è assimilabile allo ius superveniens ed è suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito"*. Tuttavia, prosegue più avanti che il precetto fondamentale secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge non permette di includere l'interpretazione della giurisprudenza tra le fonti del diritto, *"sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la lex temporis acti, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice"*. Nonostante ciò, qualora l'*overruling* intervenga in maniera del tutto imprevedibile, *"si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare"*⁴⁹. Da quanto detto consegue l'inoperatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato in maniera incolpevole nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa. Pertanto, lo strumento processuale attraverso il quale assicurare la tutela della parte deve essere adattato alla situazione del caso concreto sì da garantire piena effettività ai diritti di azione e di difesa.

Dunque, la Corte rinvia sì che il naturale strumento di tutela per ovviare all'errore oggettivamente scusabile in cui incorre la parte è

⁴⁹ La Corte richiama in particolare l'argomento del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali risulta prevalente quello del giusto processo volto a tutelare l'effettività dei diritti di azione e di difesa.

normalmente la rimessione in termini, che permetterebbe ad essa di esercitare il potere processuale venuto altrimenti perduto; tuttavia, nel caso concreto, la scelta processuale della parte di interpretare la disposizione nel senso a sé sfavorevole sopra indicato non integra un errore scusabile in quanto non deriva da una causa ad essa non imputabile, ma costituisce un mero errore di diritto. La tutela accordata in occasione del *prospective overruling*, al contrario, pone la parte al riparo da quegli effetti nocivi del mutamento giurisprudenziale, riconoscendo gli effetti giuridici dell'atto compiuto o, a seconda dei casi, disconoscendoli, in ossequio all'orientamento superato. Per tale via la condotta processuale viene valutata in relazione all'interpretazione prevalente al momento in cui è stata tenuta, senza che si verifichi alcuna concessione di termini per esercitare un potere altrimenti perduto.

L'istituto, peraltro, deve dirsi applicabile nei soli casi di *overruling in malam partem*: qualora il nuovo indirizzo giurisprudenziale incrementi le facoltà e i poteri processuali della parte è evidente come difetti l'integrazione della lesione del legittimo affidamento che solo giustifica la peculiare tutela derogatoria della ordinaria retroattività delle pronunce.

In conclusione, per indicare il valore che il precedente ha assunto nel panorama giuridico attuale, le Sezioni Unite in commento parlano della "giurisprudenza di legittimità quale unico veicolo di interpretazione del significato della legge "affidabile" per la collettività". Viene ribadita l'esclusione, *a contrario*, dell'idoneità delle pronunce della giurisprudenza di merito a fondare un legittimo affidamento sull'interpretazione delle norme, in quanto esse "non sono idonee ad integrare un diritto vivente"⁵⁰, né assumono "il valore di *communis opinio* tra gli operatori del diritto, se (in quanto non) connotati dai caratteri della costanza e ripetizione"⁵¹.

In definitiva, deve dirsi presidiata la tradizionale funzione del giudice quale interprete della legge, piuttosto che suo creatore, rinvenendosi tuttavia

⁵⁰ Corte cost., sent. 5 aprile 2012, n. 78.

⁵¹ [Cass. civ., Sez., Un., sent. 12 febbraio 2019, 4135](#) che richiama le parole della Corte cost., sent. 2 luglio 2008, n. 242.

un'attuale centralità assunta dall'autorità giudiziaria. Non si può non confermare, pertanto, il superamento della visione del giudice come *bouche de la loi*; e solo il tempo permetterà di rilevare se, sulla scia dei sistemi di *common law*, il precedente potrà appieno considerarsi 'fonte del diritto'.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

www.LaNuovaProceduraCivile.com