

Gian Paolo Dolso

Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza

1. *Introduzione al tema e cenni sul quadro pre-costituzionale*

Il rapporto tra attività dei giudici e Costituzione costituisce un tema da sempre e a più riprese frequentato, sotto una molteplicità di punti di vista, dalla dottrina giuspubblicistica italiana. È evidente che nella cornice di questa interazione, dalle molteplici sfaccettature, uno snodo particolarmente interessante è quello che ha a che fare con il problema dell'attuazione della Costituzione, a cui i vari poteri dello Stato, pur con modalità diverse, finiscono per concorrere¹. Anche i giudici, di ogni ordine e grado si potrebbe dire, hanno concorso, in qualche misura, al vasto e variegato processo di attuazione della Costituzione: pur essendo condivisibile il rilievo secondo cui, a rigore, ai giudici spetta l'applicazione delle norme (anche) della Costituzione, spettando più propriamente al Legislatore il compito di dare effettiva «attuazione» ad essa, non è meno vero che talora nella prassi tale distinzione tende inevitabilmente a sfumare, non potendosi revocare in dubbio che anche l'applicazione e/o interpretazione delle norme Costituzione e dei suoi principi ne costituiscono, in senso più o meno lato, anche «attuazione»².

Non è possibile in questa sede dare conto della dottrina che su tali aspetti si è soffermata e tanto meno è possibile analizzare, periodizzare e valutare l'operato del potere giudiziario che ha interferito, in vario modo,

¹ In questo senso, con riguardo proprio ai diversi poteri dello Stato, si veda il risalente volume AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979.

² Insiste sullo *stacco* che intercorre tra applicazione e attuazione M. Luciani, *Garanzie di efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 26, il quale ragiona al riguardo di una «salda distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisdizione», anche se lo stesso finisce per constatare che i confini si sono «offuscati».

con i processi di attuazione della Costituzione. Si tratta di un lasso di tempo troppo ampio per poter essere qui esaminato. L'operazione richiederebbe, per essere attendibile, una disamina per settori, anche materiali, che sono via via stati oggetto dei flussi giurisprudenziali in qualche misura considerati come espressione dei processi di attuazione/applicazione della Costituzione. Se è vero che del rapporto tra potere giudiziario e processi di attuazione della Costituzione ci si è occupati in dottrina, non è tuttavia agevole reperire contributi che abbiano preso in considerazione, se non in via esemplificativa, le varie aree del diritto coinvolte in questo lungo e articolato percorso³. Non che i contributi esistenti difettino di riferimenti alla casistica giurisprudenziale, ma appunto di esemplificazioni si tratta più che di analisi puntuali del fenomeno con riguardo agli svariati settori materiali ove esso si è registrato. Se si tratta di un dato, quest'ultimo indicato, che solo frammentariamente emerge nella dottrina giuridica, questa è stata più prodiga di attenzione nei confronti dei rapporti tra giudici e Costituzione, tra giudici e legislatore, tra giudici e Corte costituzionale, con ciò cercando di trovare un *ubi consistam* al potere giudiziario nella cornice della nuova Costituzione, tenendo in debito conto le interazioni, fisiologiche, tra giudiziario e altri poteri dello Stato.

Muovendo da questo approccio, e avendo riferimento a questi problemi, si è sviluppata la riflessione sulla estensione dei poteri della magistratura e sui limiti di essi, non essendo inusuale la constatazione di un ruolo sempre crescente di essa, ruolo che non si è esitato a definire, sotto diversi aspetti, «creativo»⁴. Si tratta, per vero, di una impostazione che,

³ Con riguardo al diritto penale, materia in cui il ruolo della giurisprudenza in relazione alle ricadute dei principi costituzionali sul sistema previgente è stato particolarmente rilevante, cfr. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

⁴ Non si tratta certo di una constatazione recente, quella secondo cui, pur con vari distinguo, i giudici, nei processi di applicazione del diritto al caso, svolgono anche una funzione che, pur con qualche ambiguità terminologica, può essere definita come «creativa», nella misura in cui dà luogo a soluzioni normative che difficilmente possono essere ricondotte al testo delle norme oggetto di interpretazione: sul punto, oltre al noto contributo di L. Lombardo Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 (stando al quale la giurisprudenza tende addirittura a divenire «fonte del diritto»), si veda anche, con specifico riguardo al diritto amministrativo e al ruolo svolto nella sua evoluzione dalla giurisprudenza, soprattutto del Consiglio di Stato, S. Cassese, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 1392 ss. e, di poi, Id., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. Pasquini, A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss. Con specifico riguardo al diritto civile, cfr., da ultimo, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015. Più in generale, tra gli altri, M. Bin, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995; F. Galgano, *La globalizzazione nello*

soprattutto negli ultimi anni, e vincendo alcune resistenze ataviche, anche la giurisprudenza tende ad accogliere: «alla giurisprudenza – ha rimarcato la Cassazione in un significativo e recente arresto – va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi [...] in certa misura «creativi», ed indubbiamente la natura interpretativa dell'attività giurisprudenziale si configura come legittimazione costituzionale delle relative espressioni innovative, essendo proprio la differenza tra interpretazione e «mera dichiarazione» (secondo l'utopia illuministica del giudice «bouche de la loi») ciò che spiega – e giustifica – l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio – naturale e non eversivo – della giurisdizione, senza determinare, al contempo, confusioni tra quest'ultima e la legislazione»⁵. Per una serie di ragioni, alcune risalenti ed altre più attuali, si tratta di

specchio del diritto, Bologna, 2005, 202 ss. Si noti che, anche nell'ambito degli studi costituzionalistici, *in unum* con il riconoscimento di un sistema caratterizzato da una pluralità di fonti, non mancano gli studiosi che includono in tale complesso sistema anche la stessa giurisprudenza: per tutti A. Pizzorusso, *Pluralismo delle fonti interne e formazione di un sistema di fonti sovranazionali*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, 1128 ss. Che si tratti di una «fonte» dai caratteri particolari rispetto alla fonte prodotta dall'atto legislativo è dato per scontato, sulla base di diverse ragioni legate per lo più ai diversi procedimenti di formazione dei rispettivi atti; non a caso in dottrina si è ragionato, con riguardo all'attività giurisdizionale e alla natura creativa di essa, di «fonte culturale»: in questo senso, tra gli altri, A. Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2/2003, 340 ss. In questa prospettiva di una posizione «sostanzialmente equiordinata» del giudice rispetto al legislatore ragiona significativamente M. Fioravanti, *Lo Stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in S. Merlini, *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 72. Sul punto, nell'ambito di un più ampio discorso, si veda anche M. Misticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 233 ss. Con specifico riferimento al diritto penale, vi è chi di recente ha ragionato esplicitamente di «giurisprudenza fonte»: così M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2016. Si può osservare che l'approccio non era del resto sconosciuto alla più attenta dottrina risalente all'inizio secolo scorso, tra cui ad esempio F. Carnelutti, *Infortunati sul lavoro (Studi)*, I, *Introduzione*, Roma, 1913, in cui si dava atto alla giurisprudenza di aver colmato le lacune del codice in materia attraverso un'opera in qualche misura appunto creativa. Per una ricostruzione degli atteggiamenti della dottrina in riferimento alla crisi della legge tra primi del Novecento e la seconda guerra mondiale si rinvia a P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000, 134 ss.

⁵ Si tratta di Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 12229, la quale, dopo aver messo a fuoco il problema della nomofilachia, che consiste nel «garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione», ragiona in modo esplicito di «intrinseca «creatività» dell'interpretazione giurisprudenziale».

un tema che è sempre in agenda, come è dimostrato dall'attenzione che ad esso riserva la dottrina giuridica⁶.

Al di là quindi del tema della messa a fuoco del ruolo della magistratura nei processi di attuazione della Costituzione, una storia, come si diceva, molte volte raccontata, ci si concentrerà in questa sede in modo particolare su (anche) recenti epifanie della creatività che la giurisprudenza esibisce, per saggiarne la compatibilità con il modello costituzionale che il potere giudiziario disegna, per tentare di comprendere se esse segnino una soluzione di continuità rispetto al passato oppure rivelino affinità con atteggiamenti più risalenti, per tentare di verificare in che misura tali processi siano influenzati dalla circostanza che spesso entrino in gioco, in tali casi, principi costituzionali, utilizzati (o utilizzabili) per dischiudere ulteriori spazi di intervento ai giudici.

Come è risaputo, il periodo antecedente alla adozione della Costituzione repubblicana è caratterizzato da una concezione dello Statuto inteso come una Carta che è essenzialmente rivolta al potere politico piuttosto che come Carta diretta agli operatori giuridici e da essi immediatamente utilizzabile: tanto questo è vero che le disposizioni statutarie tradizionalmente non sono concepite alla stregua di vere e proprie norme giuridiche, circostanza questa comune a molte Carte costituzionali ottocentesche⁷. Se non mancano episodi di utilizzo diretto di norme statutarie, essi non costituiscono certamente una prassi corrente nel panorama giudiziario del tempo. Lo Statuto si manifesta come Costituzione dei poteri più che come Costituzione dei diritti⁸. Con particolare riguardo al potere giudiziario esso è visto tradizionalmente come un potere che assolve a funzioni di garanzia in un sistema caratterizzato dalla indiscussa centralità della legge, vero e

⁶ Si pensi, da ultimo, al dibattito ospitato dalla Rivista *Diritto pubblico*, 2016; nell'ambito dei vari interventi il ruolo in una qualche misura creativo alla giurisprudenza è stato riconosciuti dalla maggior parte degli intervenuti: cfr. in modo particolarmente esplicito, anche se talvolta critico, C. Pinelli, 484; G.U. Rescigno, 493; V. Angiolini, 529; P. Ciarlo, 539; A. Pioggia, 544; G. Azzariti, 563. Successivamente, cfr. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 1/2017, 21 ss. Anche S. Bartole, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 1/2018 3 ss., intervenendo di recente nel dibattito, muove da una decisa presa d'atto della natura «creativa» dell'attività giudiziaria, osservando al riguardo che «resta così confermata la consolidata vivente esperienza del concorso del potere giudiziario alla produzione normativa».

⁷ Sul progressivo passaggio da una concezione delle Costituzione come *loi politique* ad una concezione di essa come vera e propria norma giuridica si veda la ricostruzione di M. Fioravanti, *Costituzione e Legge fondamentale*, in *Diritto pubblico*, 2006, 467 ss.

⁸ Ad es. G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato* (traduzione di Modestino Petrozziello), Milano, 1921.

proprio baricentro del sistema, e dal principio di separazione dei poteri. Al legislatore, e non certo ai giudici, era correntemente riconosciuta una indubbia primazia nell'opera di implementazione della Carta fondamentale, in sintonia del resto con le ideologie liberali francesi, di cui lo Statuto si era nutrito⁹. Si tratta di una impostazione che trovava esplicito avallo anche a livello testuale, riconoscendo lo Statuto un ruolo interpretativo eminente al legislatore piuttosto che ai giudici: «l'interpretazione delle leggi in modo per tutti obbligatorio spetta esclusivamente al potere legislativo»¹⁰. Il dogma della centralità della legge viene tenuto fermo anche durante il periodo fascista, nonostante si affaccino teorie che tale primazia tendano ad incrinare e nonostante il fatto che il panorama delle fonti vada arricchendosi di nuove tipologie, come testimoniato dalle *Disposizioni preliminari al codice civile* risalenti al 1942¹¹.

L'impostazione liberale, di cui lo Statuto è emblema, proietta la sua ombra anche nel mutato contesto costituzionale. In generale, l'atteggiamento dei giudici nel periodo transitorio e nel periodo che va dall'approvazione della Costituzione all'entrata in funzione della Corte costituzionale rivela segnali di continuità ma anche di discontinuità rispetto al rapporto tra giudici e Costituzione¹². Quello che però è singolare è che in un periodo denso

⁹ In tal senso, ad esempio, V. Denti, *Il potere giudiziario*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 173 ss. Sul ruolo centrale della legge e sul suo retroterra ideologico, si vedano già le pagine di S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1962, II, 2, 175 ss.

¹⁰ In questo senso l'art. 73 dello Statuto. Al riguardo va ricordato che la diffidenza nei confronti dei poteri interpretativi dei giudici affonda le proprie radici nelle ideologie rivoluzionarie francesi, nell'ambito delle quali era emersa, come noto, l'opportunità di introdurre un divieto espresso di interpretazione delle leggi da parte dei giudici: in particolare, cfr. gli artt. 10, 11 del Titolo III, della Legge sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790.

¹¹ Accanto alla centralità della legge, testimoniata tra l'altro dal fatto che la progressiva alterazione della forma di governo disegnata dallo Statuto avviene attraverso altrettanti provvedimenti legislativi, va anche osservato che l'ideologia che sta a fondamento del fascismo non disconosce la «pluralità degli ordinamenti giuridici», in qualche modo espressione della società, pluralità che trova poi il momento di sintesi nello Stato appunto «totalitario»: su questo ultimo aspetto ovvio è il riferimento a S. Romano, *L'Ordinamento giuridico. Studio sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918. Non a caso tale giurista fu chiamato a presiedere, dal 1928, il Consiglio di Stato; sul ruolo della legge nel processo di affermazione del regime fascista, scandito dall'adozione di una serie di provvedimenti legislativi, cfr. G. Melis, *Statuto albertino*, in V. De Grazia, S. Luzzato (a cura di), *Dizionario del fascismo*, II, Torino, 2003, 696 ss.

¹² Di continuità dell'apparato giudiziario nel trapasso tra ordinamento statutario e costituzionale ragiona A. Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale italiana*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2017, 7 ss.

di problematiche, che sostanzialmente va dalla caduta del fascismo all'adozione della nuova Costituzione, il potere giudiziario, chiamato a pronunciarsi su gravi, complesse ed inedite questioni dimostrò – esibendo anche orientamenti non sempre univoci – una indubbia capacità di adattamento al mutato contesto istituzionale e agli atti che lo informavano. In particolare il riferimento va alle cosiddette Costituzioni provvisorie di cui ai decreti luogotenenziali 25 luglio 1945, n. 151 e 16 marzo 1946.¹³ In questo torno di tempo emerse in giurisprudenza «la tendenza ad individuare un compendio di principi costituzionali che si potessero ritenere [...] operanti, non tanto perché contenuti nello Statuto o in altri testi costituzionali, quanto per una loro portata generale e universale»¹⁴. Si registrarono quindi diverse decisioni di giudici che, preso atto del mutato contesto, giunsero a individuare una possibilità di sindacato di costituzionalità delle leggi: si tratta di un'operazione dai contorni certamente «creativi» come la migliore dottrina non ha mancato di rimarcare¹⁵.

¹³ In riferimento alla percezione che di tali atti ebbe la giurisprudenza, o almeno parte di essa, si veda in particolare S. Bartole, *La prematura scoperta della rigidità*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 119 ss. Per una analitica ricognizione sulla prassi giurisprudenziale di quel periodo, di cui viene rimarcata una indubbia continuità rispetto a periodo fascista, cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2/2017.

¹⁴ Così A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali, Art. 134-136*, in, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Milano, 51.

¹⁵ Il riferimento è ad A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali, Art. 134-136*, cit., 52, il quale, commentando la giurisprudenza a cui si è fatto cenno nel testo, e raccordandola con il contenuto della VII disposizione transitoria alla Costituzione, secondo cui, sino all'entrata in funzione della Corte costituzionale, il controllo di cui all'art. 134 Cost. avrebbe avuto luogo nelle forme e con i limiti delle norme preesistenti alla Costituzione, osserva: «se non vi fosse stata la creazione giurisprudenziale del controllo incidentale diffuso di costituzionalità materiale delle leggi [...], il solo controllo che sarebbe stato esperibile anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione sarebbe stato il controllo di costituzionalità formale consentito all'epoca dello Statuto albertino; in virtù di tale creazione giurisprudenziale, invece, il controllo, pur conservando il carattere incidentale diffuso, poté estendersi all'esame dei vizi materiali». È significativa la qualificazione dell'opera della giurisprudenza di tale periodo alla stregua di un'opera creativa. Si tratta di una prospettiva coltivata anche nel volume di S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

2. Il potere giudiziario in Costituzione: luci e ombre

L'assetto complessivo del sistema disegnato dalla Costituzione segna una indubbia soluzione di continuità rispetto all'ordinamento vigente in precedenza. Si tratta di un assetto certamente innovativo nella prima parte della Carta, probabilmente meno nella seconda. In riferimento alla disciplina della magistratura sicuramente si registrano novità di rilievo, ma l'impianto della disciplina non segna una rottura così netta, come dimostra tra l'altro dal fatto che la legge sull'ordinamento giudiziario del 1941 è, nel suo impianto, sostanzialmente ancora in vigore, anche se non sono mancati interventi di modifica, spesso piuttosto travagliati. Un pacchetto consistente di modifiche muove da una legge di delega risalente al 2005. A fronte dell'emanazione di diversi decreti legislativi delegati, che avevano introdotto diversi elementi di novità, il legislatore intervenne già nel 2006 con un provvedimento sospensivo e correttivo per poi, nel corso del 2007, apportare nuove modifiche alla disciplina dell'ordinamento giudiziario decretando di fatto il superamento della precedente riforma cd. Castelli¹⁶. Si osservi come la legge sull'ordinamento giudiziario era stata in sostanza concepita, con soluzione di continuità rispetto alla precedente normativa risalente al 1865, alla stregua di una normativa che accentuava l'assetto verticistico della magistratura e l'organizzazione in senso gerarchico della stessa, come testimonia il noto art. 65 della legge stessa e il potere di nomofilachia che la norma assegna alla Corte di cassazione, preposta ad assicurare «l'esatta

¹⁶ Il riferimento è, in particolare, alla cosiddetta «riforma Castelli», le cui linee guida sono contenute nella legge di delega 25 luglio 2005, n. 150 (preceduta da un rinvio presidenziale risalente al 16 dicembre del 2004), e realizzata con una serie di decreti legislativi delegati. Il successivo provvedimento legislativo cui nel testo si è fatto cenno è costituito dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269, rubricata «Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario»; si tratta di un provvedimento, quest'ultimo, che anticipava la vera e propria «riforma Mastella», approvata con legge 30 luglio 2007 n. 111, che appunto costituiva un superamento della riforma «Castelli». Per una considerazione d'insieme di questi e di altri provvedimenti legislativi in materia, cfr. Di Federico (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, 2012). Del resto era la stessa Costituzione, in particolare nella VII disposizione transitoria, a statuire che «fino a quando non sia emanata una legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento giudiziario vigente». È interessante osservare che alcune norme assolutamente qualificanti nell'ambito dell'ordinamento giudiziario sono rimaste in vigore inalterate: ad esempio l'art. 65 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, in relazione all'esercizio della nomofilachia da parte della Corte di cassazione.

osservanza», «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale»¹⁷.

Dopo gli indicati tentativi di modifica, peraltro travagliati e costellati da vari interventi istituzionali, da battute d'arresto e da repentine retromarce, si finì per prediligere interventi puntuali rispetto ad interventi «di sistema» di modo che la legge sull'ordinamento giudiziario, nel suo impianto, rimane quella approvata negli anni '40¹⁸. Da più parti in dottrina si è ritenuto che la parte della Costituzione relativa alla magistratura (Titolo IV della Parte II) rappresenterebbe uno dei capitoli meno felici e più bisognosi di correzione¹⁹. Le norme costituzionali in materia sono state in dottrina addirittura additate come il vero ostacolo sia in riferimento alle istanze di modifica, da più parti avanzate, della legge sull'ordinamento giudiziario (Pizzorusso) sia nei confronti di una riforma della giustizia amministrativa resa tra l'altro auspicabile se non altro in base al fatto che il riparto di giurisdizione tra due ordini di giudici si basa su categorie non certo scevre da ambiguità e da difficoltà applicative (Giannini e Piras).

Nonostante le varie criticità evidenziate dalla dottrina, in occasione dei diversi tentativi di riforma costituzionale che si sono succeduti a partire dagli anni '90, la revisione del titolo IV della Costituzione non ha certo giocato un ruolo primario. Se nel progetto D'Alema del 1997, elaborato nel corso della XIII legislatura, la proposta di modifica di tale parte della Costituzione si focalizza essenzialmente sul Consiglio superiore della magistratura che viene scisso in due organi, uno per i giudici propriamente detti e uno per i pubblici ministeri, nella riforma del 2005/2006, poi oggetto di *referendum ex art. 138 Cost.*, l'attenzione dedicata alla magistratura è ancora più circoscritta, se si eccettuano alcune disposizioni, sempre in tema di CSM. Non vengono punto toccate le norme in materia da parte dall'ultima riforma, la cd. Renzi-Boschi, approvata con legge costituzionale 12 aprile 2018 e poi bocciata, come noto, in sede referendaria.

¹⁷ Il riferimento è al Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12: sul punto, tra gli altri, O. Abbamonte, *La politica invisibile: Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, 2003.

¹⁸ Al riguardo si ricordi, da una parte, il rinvio presidenziale avente ad oggetto alcuni rilevanti profili della riforma «Castelli», di cui al D.P.R. 16 dicembre 2004 e, dall'altra parte, l'intervento legislativo di cui alla legge 30 luglio 2007, n. 111, che incise pesantemente (una sorta di «controriforma») sul provvedimento adottato nemmeno due anni prima.

¹⁹ Sul punto si vedano le considerazioni di V. Denti, *Il potere giudiziario*, cit. Per una sostanziale «tenuta» del titolo IV della Costituzione, pur con alcune criticità, propende G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 204 ss.

L'unico progetto di riforma organico del titolo IV è quello di cui al disegno di legge costituzionale 7 aprile 2011, n. 4375 che non ebbe un seguito parlamentare e che fu in linea di massima fortemente osteggiato non solo in sede politica ma anche in sede dottrina²⁰.

Come accennato, la Costituzione finisce dunque per raccogliere l'eredità liberale in riferimento ad un potere giudiziario, da collocare nella cornice del fondamentale principio di divisione dei poteri. La funzione cui tale potere assolve è essenzialmente di garanzia rispetto alla tutela dei diritti dei singoli, nel rigido rispetto della cornice legislativa e alla luce del principio del primato della legge. Ritenendo che tale funzione non avesse potuto esplicarsi appieno durante il periodo fascista per difetto delle condizioni di indipendenza dei giudici, le novità della Costituzione in materia riguardarono in particolare l'affermazione chiara ed inequivoca dell'indipendenza del giudiziario, unitamente alla previsione di forme di autogoverno della magistratura (funzionali in sostanza a sottrarre i poteri organizzativi in materia al Ministro della giustizia, i cui poteri vengono tuttavia circoscritti ma non radicalmente espunti)²¹.

I profili organizzativi del potere giudiziario sono certamente meritevoli di indagine, anche se non sono stati oggetto di riforme di sistema. Se si guarda al potere giudiziario in riferimento al complessivo assetto costituzionale, all'evoluzione del sistema e alle interazioni con gli altri poteri dello Stato, l'aspetto che riveste maggiore interesse è forse il profilo dinamico di esso, più che quello statico relativo appunto all'organizzazione. Il potere giudiziario ha infatti rivestito un ruolo essenziale e di primo piano, del resto sempre in evoluzione, nel lungo, e mai esaurito, processo di effettivo invecchiamento della Costituzione, delle sue norme e dei suoi principi. Su alcune tappe di questo processo, e su alcuni profili di criticità che tale evoluzione ha conosciuto e conosce anche attualmente, si intende attirare l'attenzione.

Di alcuni elementi «di sistema» è opportuno tenere conto a mo' di premessa. Infatti la posizione della magistratura nel suo complesso e in relazione alla sua attività non è certo insensibile rispetto ad una serie di caratteri del sistema stesso così come disegnato in Costituzione e consegnatoci dalla tradizione. Si tratta di elementi che ricorrono quando si affronta poi il tema

²⁰ Su tale progetto di riforma, cfr. i vari contributi contenuti in: *Il progetto di riforma del titolo IV della parte II della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011 n. 4275*, in *Foro it.*, 2011, V, 241 ss.; si vedano per lo meno le osservazioni, in senso critico, di R. Romboli, *La riforma nel quadro delle revisioni costituzionali: ancora una modifica della Costituzione non puntuale e «di maggioranza»*, ivi, 241 ss.

²¹ Sul punto, S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, 10 ss.

dei confini dell'attività giurisdizionale soprattutto con riguardo al problema della natura «creativa» della giurisprudenza e dei limiti di essa. Primo elemento da tenere in considerazione è la natura «diffusa» del potere giudiziario, che lo distingue dagli altri poteri dello Stato. Come la Corte costituzionale ha riconosciuto, sin dagli storici casi degli anni '70, ogni singolo giudice può essere parte (attiva e passiva) di un conflitto di attribuzione appunto tra poteri dello Stato proprio in quanto organo in grado di dichiarare in via definitiva la volontà del potere a cui appartiene: diversamente da altri poteri dello Stato, tale prerogativa va quindi riconosciuta ad ogni e ciascun giudice, dotato, beninteso, di «potere decisorio», secondo le coordinate che la giurisprudenza costituzionale ha già da tempo distillato²².

Un altro elemento significativo, che del resto accomuna tutti sistemi continentali di *civil law*, è costituito dalla tendenziale natura non vincolante del precedente giudiziario. In questa prospettiva sono da considerare vari elementi, come meglio si vedrà: i paletti posti dalla Costituzione (in particolare l'art. 101 Cost.), l'interpretazione di essi, l'introduzione di modifiche legislative che al ruolo del precedente hanno dedicato una inedita attenzione, le immancabili influenze sovranazionali e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. A ciò si aggiunga, come elemento di sistema da non pretermettere, la natura del potere giudiziario costituente una organizzazione sostanzialmente burocratica in cui l'accesso avviene, per disposizione costituzionale, per pubblico concorso e in cui al principio di indipendenza del giudice fa da contraltare il ruolo comunque tradizionalmente riconosciuto alle giurisdizioni superiori (cfr., ad esempio, l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, non a caso non toccato dalle modifiche succedutesi nel tempo)²³.

Ancora poi un elemento, ovviamente inedito rispetto al regime statutario, sta nelle interazioni, a più livelli, tra attività dei giudici comuni e attività della Corte costituzionale. Se si eccettuano gli interventi «di sistema», in cui la Corte interviene sul ruolo, sulle funzioni, sui limiti del giudiziario come

²² La definizione di «potere dello Stato» ai fini della proposizione di un conflitto di attribuzione si rinviene nell'art. 37 della legge n. 87 del 1956. Le prime storiche decisioni che accolsero una nozione del giudiziario alla stregua di un potere «diffuso», al fine della legittimazione a proporre conflitti di attribuzione tra poteri dello stato, sono le sentenze n. 23 del 1975 e 231 del 1975. La vicenda è ripercorsa da V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1984, 418 ss.

²³ È stato giustamente notato che il modello «burocratico», del resto ereditato dall'esperienza statutaria, e recepito dal Costituente, «presuppone che il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, non abbia margini di discrezionalità, in quanto vincolato alla legge»: così G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., 185.

potere, *rectius* come «ordine», va tenuto in considerazione l'apporto della Corte costituzionale per così dire «a regime», invero da quella giurisprudenza che, da una parte, ha da tempo riconosciuto il «diritto vivente» come base di partenza del giudizio di costituzionalità, elemento da cui in sostanza non è possibile prescindere ai fini del giudizio sulla legge e, dall'altra parte, per così dire a valle, tale interpretazione giudiziale del diritto con varie modalità, attraverso varie tecniche decisorie, e con varia intensità, finisce inevitabilmente per influenzare, anche quando la questione proposta viene, con modalità e tecniche varie, di fatto rigettata (se non dichiarata inammissibile)²⁴.

3. *Giudici e attuazione della Costituzione nella dinamica del rapporto tra poteri*

Con riguardo al rapporto tra magistratura e Costituzione, una prima fondamentale tappa si colloca nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, anni in cui i giudici sono stati lasciati «soli» di fronte alla Costituzione non solo perché la Corte costituzionale, come noto, inizia la propria attività solamente nel 1956, ma anche perché il legislatore non pose mano con sistematicità all'attuazione della Costituzione così come si era da più parti auspicato.

I giudici, pur non in modo uniforme, presero però atto del fatto che la Costituzione, almeno in alcune sue norme, aveva attitudine ad essere applicata direttamente in sede giudiziaria, qualificandosi appunto alcune norme della Costituzione come precettive e non come meramente programmatiche. Si tratta di una distinzione che sarà poi superata dalla Corte anche sulla base del contributo della migliore dottrina del tempo²⁵. La distinzione tra norme e norme della Costituzione contribuì in ogni caso a stemperare di fatto le affermazioni, che pure si rinvennero nella giurisprudenza, di un sindacato «diffuso» di costituzionalità delle leggi²⁶.

²⁴ Sulla individuazione del diritto vivente quale punto di partenza del sindacato di costituzionalità delle leggi cfr. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994; sulla valenza interpretativa delle pronunce, anche di inammissibilità, della Corte, cfr., tra gli altri, G. P. Dolso, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Scritti in onore di L. Carlassare*, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 1305 ss.

²⁵ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952. Sul punto si veda anche C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 126 ss.

²⁶ Si veda, al riguardo, Cassazione, SS.UU., 7 febbraio 1948, che individua, come noto, nell'ambito della Costituzione, tre tipologie di norme: programmatiche, precettive ad effica-

Uno dei casi più emblematici di applicazione diretta della Costituzione fu l'art. 111 Cost.: «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge»²⁷. Il giudice (il giudiziario) entrava così in diretto rapporto con la Costituzione senza l'intermediazione del legislatore. Altri esempi storici sono rinvenibili nell'ambito del diritto del lavoro: si pensi all'art. 36 Cost. in relazione alla retribuzione del lavoratore subordinato e all'art. 40 in tema di diritto di sciopero, utilizzato come scriminante dell'esercizio di un diritto rispetto alle fattispecie incriminatrici allora vigenti²⁸. Uno spartiacque – con riguardo al rapporto tra giudici e Costituzione – fu l'entrata in funzione della Corte costituzionale. Da quel momento il giudice vedeva ampliato il suo spettro di intervento: laddove non ci fossero le condizioni per una applicazione diretta della Costituzione, la Costituzione poteva essere adottata come parametro di legittimità delle leggi: in tale contesto la distinzione tra norme precettive (in quanto immediatamente utilizzabili dai giudici) e programmatiche (in quanto essenzialmente rivolte al legislatore) perdeva importanza come la Corte costituzionale sancì già con la prima storica pronuncia, la sent. n. 1 del 1956.

In uno celebre congresso organizzato dall'associazione nazionale magistrati tenutosi a Gardone Riviera nel 1965 tale doppio utilizzo della Costituzione – come parametro nella proposizione delle questioni di costituzionalità e come norma immediatamente applicabile – venne ribadito in modo inequivoco. Del resto la stessa Corte costituzionale, adottando e incentivando l'interpretazione adeguatrice, riconoscendo ai giudici un ruolo determinante nel fissare, all'atto della proposizione della questione di costituzionalità, il significato effettivo delle leggi (diritto vivente) confermò non solo che i rapporti tra giudici e Corte costituivano un tassello fondamentale ai fini della funzionalità del sistema, ma che tali rapporti erano espressione di uno spirito di collaborazione che produceva (e avrebbe prodotto) significativi frutti.

Si delinea quindi un rapporto articolato e complesso tra Corte costituzionale e giudici. I giudici spesso ricorrono alla Corte per attingere ad

cia differita e precettive ad efficacia diretta, partizione che evidentemente cospirò a limitare in quel torno di tempo il sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi.

²⁷ Cassazione, SS.UU., 1 giugno 1949 n. 139. Per ulteriori esemplificazioni cfr. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, Bologna, 2004.

²⁸ In relazione all'art. 36 e all'art. 40 Cost., si rinvia a M.V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, Torino, 2014.

un risultato che non perseguibile in via interpretativa: il ricorso alla Corte costituzionale si presenta in questi casi come lo strumento che consente ai giudici di rimuovere i limiti derivanti dalla lettera della legge, limiti che inibiscono letture della legge sintoniche rispetto alla Costituzione. Di converso la Corte costituzionale ha bisogno sempre della collaborazione dei giudici non solo – a monte – in quanto «portieri» del giudizio di costituzionalità, ma anche – a valle – in relazione al recepimento delle pronunce della Corte. Se è vero che il problema si pose (e si pone) più acutamente con riguardo alle sentenze interpretative, non si può non condividere quell'opinione secondo cui senza la collaborazione dei giudici tutte le sentenze della Corte costituzionale rischierebbero nella sostanza di essere vanificate, come già in tempi risalenti aveva osservato Leopoldo Elia²⁹. Di fatto poi i rapporti tra giudici e Corte costituzionale si incamminarono sulla via di una fisiologica collaborazione, pur conoscendo momenti di tensione, invero isolati e di norma legati a specifiche questioni.³⁰

In questa cornice, sulla base dalle premesse appena descritte, a partire dagli anni '70, il ruolo dei giudici nell'attuazione della Costituzione diventa sempre più appariscente. Ciò si spiega in base a vari fattori. Innanzitutto, accanto ad interventi significativi ed importanti, in taluni settori continua a perdurare una situazione di inerzia legislativa³¹. Gli interventi legislativi, se pure si sono registrati, lasciano ampie parti della Costituzione, e diffusi bisogni sociali ad essa legati, privi di risposta o, per lo meno, non sufficientemente soddisfatti: si è ragionato di «supplenza» della Corte costituzionale ma, si può certo aggiungere, anche in qualche misura dei

²⁹ Il riferimento è a L. Elia, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo ai giudici*, in *Giur. cost.*, 1966, 1715 ss., il quale, muovendo dalla riconosciuta sussistenza di un «vincolo interpretativo» dispiegato dalle pronunce interpretative della Corte sui giudici comuni, constata che «se molti giudici rifiutassero in modo sistematico di sottomettersi ai vincoli interpretativi [...] potrebbero risulterne vanificati tutti i tipi di sentenza emanati dalla Corte» non potendo essa arginare tali rischi «nemmeno se si astenesse dall'emettere sentenze interpretative di rigetto e moltiplicasse invece quelle di accoglimento».

³⁰ Di una «alleanza» tra giudici e Corte «a favore della realizzazione dei principi espressi dalla Costituzione» ragione R. Romboli, *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in S. Panizza, A. Pizzorusso, R. Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, 2002, 249 ss.; con una prospettiva diacronica, E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, spec. 45 ss.

³¹ Sugli interventi legislativi di quel torno di tempo si veda L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 239 ss., il quale al riguardo ragiona di una «seconda fase dell'attuazione costituzionale», indicando all'uopo diversi interventi legislativi assai significativi sotto il profilo del processo di progressiva attuazione della Costituzione.

giudici comuni, rispetto ad un legislatore non sempre (sufficientemente) attivo nell'opera di implementazione della Costituzione. In secondo luogo, accanto alla perdurante carenza, almeno in certi settori, di una legislazione attuativa della Costituzione, si registra un ruolo particolarmente attivo dei giudici sul fronte dell'interpretazione della legge sulla base delle premesse teoriche a cui sopra si è accennato³². In sostanza la dicotomia che, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione si era delineata, alla Corte la Costituzione, ai giudici e alla Cassazione la legge, di fatto veniva superata nella realtà effettuale³³.

Già in tempi risalenti si rinvengono significativi esempi di attivismo giurisprudenziale. I casi sono noti: si pensi, ad esempio, al risarcimento in caso di lesione del diritto alla salute, il cosiddetto «danno biologico», oggetto di continua elaborazione (e rielaborazione) giurisprudenziale sino in tempi recenti³⁴. Vi sono esempi, sempre risalenti, forse meno noti. Interessante la decisione della Cassazione in materia di danno ambientale risalente alla fine degli anni '70, in cui la tutela ambientale, anche a prescindere da una «copertura» normativa specifica, viene a essere oggetto di riconoscimento giurisprudenziale³⁵. Secondo la Cassazione, il tessuto costituzionale e legislativo porta a riconoscere il diritto alla salute declinato in termini (sino ad allora del tutto inesplorati) di diritto all'*ambiente salubre*: ciò sulla base di una lettura combinata di varie norme costituzionali, in particolare gli artt. 2 e 32 Cost. (si tratta di un diritto che qualunque soggetto può azionare di fronte a un giudice, a fini eminentemente risarcitori, ai sensi dell'art. 2043 c.c. e secondo lo schema da tale norma prefigurato).

³² Paradigmatico è il ruolo della giurisprudenza nell'ambito dell'evoluzione del diritto del lavoro: sul punto si vedano i contributi contenuti nel volume di T. Treu (a cura di), *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro*, Bologna, 1975-1976. Più di recente, anche in una prospettiva diacronica, e per ulteriori riferimenti, M.V. Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 4/2016, 761 ss.

³³ Sul punto C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, cit., 160 ss.

³⁴ Di recente la Cassazione didatticamente fa il punto sul danno alla persona e sulle varie voci che lo compongono, alla luce di una lunga e articolata elaborazione giurisprudenziale, a cui il legislatore è rimasto quasi del tutto ai margini: Cassazione, 27 marzo 2018, n. 7513. Nell'occasione la Corte, cercando di dirimere i dubbi e le incertezze che, dal tempo del suo riconoscimento (giurisprudenziale...), hanno connotato l'individuazione delle varie poste di danno riconosciute a seguito di violazione del diritto alla salute, tenuto conto dell'esigenza di integralità del risarcimento, da leggere in unum con il principio della necessità, a più riprese affermata in giurisprudenza, di non duplicare le varie poste risarcitorie.

³⁵ Nel senso indicato cfr., in particolare, Cassazione, SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro It.*, 1979, I, 2302.

Ancora un esempio, sempre mutuato dalla materia ambientale. Si pensi, in particolare, al riconoscimento, ad opera della giurisprudenza amministrativa, della legittimazione processuale degli enti esponenziali di interessi diffusi anche prima del loro riconoscimento ad opera della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente risalente al 1986³⁶. Le *forzature* delle categorie processuali, che portavano con sé anche un rischio di snaturamento della situazione sostanziale di «interesse legittimo», sottendevano un riconoscimento di una situazione di interesse diffuso inedita, diversa sia dall'interesse semplice, o generale, a cui non è riconosciuta di norma tutela giurisdizionale, sia da quella di interesse individuale, tradizionalmente suscettibile di piena tutela in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 113 Cost. Al di là dell'indubbio lavoro sulle categorie processuali, la cifra dell'orientamento giurisprudenziale avviato negli anni '70 è costituita dall'idea che la pubblica amministrazione non rappresenti (sempre e comunque) l'interesse pubblico e non assicuri (invariabilmente) la tutela dell'interesse generale, di modo che si creano le condizioni affinché a soggetti, nel caso enti, portatori di interessi superindividuali, sia riconosciuto titolo per contestare, in nome di una collettività più o meno diffusa, scelte dell'amministrazione che evidentemente non rispondo ai *desiderata* di quella collettività e di cui tale collettività finisce per contestare la legittimità.

Si tratta, come è evidente, di un orientamento giurisprudenziale che muove da una opzione «politica» o che, quanto meno, è veicolo di espressione di una certa «politica giudiziaria», dato che si tratta appunto di un orientamento le cui labili matrici normative ne rimarkano la natura ampiamente discrezionale. Come è noto, tale orientamento giurisprudenziale ha fornito (per lo meno) l'occasione per l'introduzione di un riconoscimento legislativo in capo alle associazioni ambientaliste a cui veniva conferito il potere di ricorrere, a certe condizioni, davanti al giudice amministrativo. Ma anche l'intervento legislativo appena menzionato, e risalente al 1986, a causa dei profili di incertezza che lo avevano connotato, non ha eliminato del tutto i margini di creatività giurisprudenziale in materia, ma ha contribuito solo a contenerli³⁷.

³⁶ Cons. St., 9 giugno 1970, in *Foro it.*, 1970, II, 2201; Cons. St., V, 9 marzo 1973, n. 253, in *Foro amm.*, 1973, I, 264; Cons. St., A.P., 19 ottobre 1979, n. 24, in *Foro amm.*, 1979, I 1442: sull'evoluzione di tale giurisprudenza cfr., ad esempio, i vari contributi raccolti nel Volume *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976.

³⁷ Cfr., ad esempio, Cons. St., IV, 13 luglio 1998, n. 1088, che si riferisce a criteri di individuazione degli enti legittimati al ricorso, che vanno al di là di quanto desumibile dallo stretto dettato legislativo della legge 8 luglio 1986, n. 349.

4. La creatività della giurisprudenza e alcune sue recenti epifanie

In riferimento al ruolo creativo della giurisprudenza, non si può certo in questa sede ripercorrere, nemmeno per sommi capi, il dibattito che attorno a tale tema si è sviluppato, a iniziare dal concetto stesso di creatività, che da più parti è contestato sulla base se non altro del presupposto – fin anche ovvio – che ogni attività interpretativa porta con sé più o meno ampi margini di «creatività», trattandosi di una attività a cui è connaturata una ineliminabile discrezionalità. Si tratta di una constatazione che, come noto, non è estranea nemmeno agli studiosi espressione del più rigoroso positivismo giuridico³⁸. Si tratta di un approccio, come sopra ricordato, che, nella cultura giuridica italiana, affonda le proprie radici agli inizi del secolo scorso e che poi avrà significativi sviluppi a partire dalla seconda metà del secolo scorso³⁹.

Quello che in questa sede si può fare è fissare alcune premesse dopo aver in qualche modo delimitato l'ambito di questa ricognizione precisando in particolare, data l'estensione del tema, quali aspetti essa non toccherà. Non si potrà certo compiere, nel contesto del presente contributo, quell'*actio finium regundorum* tra attività interpretativa e attività propriamente creativa, problema che è sempre in qualche misura «sentito» e che in buona parte dipende da fattori che finiscono per trascendere il fenomeno in esame attenendo piuttosto alle premesse teoriche da cui gli osservatori muovono⁴⁰. Se è vero che talvolta la questione rischia di esaurirsi in una disputa terminologica e astratta, resta il fatto che l'aspirazione a distinguere l'interpretazione che dà luogo a fenomeni di creatività da quella attività

³⁸ In questo senso non si può non rinviare a vari contributi di H. Kelsen, in particolare, per il punto qui segnalato, *La dottrina pura del diritto* (1934), traduzione a cura di G. Treves, Torino, 1970, 387, che espressamente ragiona, in riferimento all'attività del giudice, di «creazione» di diritto.

³⁹ Oltre al già citato contributo di L. Lombardo Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., uno dei primi Autori che affronta *ex professo* il tema del diritto giurisprudenziale, anche in chiave di comparazione giuridica, è M. Cappelletti, *Giudici o legislatori?*, Milano, 1984 il quale, con riguardo alla creatività dell'attività del giudice, ragiona di «verità banale»; sul punto cfr. anche, per una ricognizione generale, P.G. Monateri, *La giurisprudenza*, in G. Alpa, G. Guarnieri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco (a cura di), *Le Le fonti non scritte e l'interpretazione*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 494 ss.; in tema cfr., anche in prospettiva storica, G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storia e teorica*, Napoli, 2007.

⁴⁰ Su tale approccio, anche per ulteriori riferimenti, si veda da ultimo L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, 13 ss.

rispetto alla quale non è predicabile alcuna creatività è comprensibile⁴¹. Resta il fatto che una buona parte di attività giurisdizionale si colloca proprio in una posizione che tale dubbio lascia largamente irrisolto, soprattutto alla luce della pluralità dei presupposti da cui l'interprete muove. In effetti, se si escludono i casi di interpretazione pacificamente conforme alla lettera della legge, o dalla stessa limitata entro angusti spazi, da cui la prassi giurisprudenziale non è evasa, e se si eccettuano casi clamorosi in cui i giudici hanno adottato interpretazioni che pacificamente esulano dal tessuto testuale delle norme, esiste un'ampia zona grigia in cui la qualificazione di una interpretazione come creativa oppure come ampiamente discrezionale ma non scevra di giustificazione nel contesto delle regole che disciplinano l'attività interpretativa sconta ampi margini di opinabilità, che discendono in definitiva dai presupposti da cui l'osservatore muove.

In tali casi la giustificazione del potere interpretativo/creativo del giudice si radica generalmente nella considerazione in base alla quale tale potere si è svolto secondo un procedimento rispettoso delle garanzie procedurali, ha condotto ad una decisione basata sull'accertamento del fatto e si è tradotto in una applicazione/interpretazione delle norme conformemente alle regole che presidono all'attività interpretativa nel nostro ordinamento⁴². Le modalità con cui tale attività correntemente si svolge nel nostro ordinamento, è del resto comune a molti ordinamenti giuridici contempo-

⁴¹ Sul rischio di astrattezza di ogni indagine sulla creatività giurisprudenziale e sulla ineliminabilità di tale fenomeno nella cornice dello Stato costituzionale mette opportunamente in guardia C. Pinelli, *Il giudice e la legge*, in *Rivista Aic*, 3/2016, 7 ss. Per una elencazione di elementi che cospirano a spiegare il carattere creativo dell'interpretazione giudiziale si veda pure A. Lamorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 4/2016, spec. 119 ss. È interessante notare che tra i diversi elementi che contribuiscono ad incrementare il tasso di innovatività/creatività della decisione giudiziale, molti di essi hanno a che fare con l'attività della Corte costituzionale: oltre alla sistemazione dei rapporti con le fonti dell'Unione europea e con la CEDU, vengono annoverati il valore dalla Corte attribuito al diritto vivente, la dottrina dell'interpretazione conforme, la giurisprudenza della Corte in tema di irrilevanza, il riferimento, come ragione di inammissibilità, alla discrezionalità del legislatore... Si potrebbe pure aggiungere gli effetti di talune tipologie decisorie, come ad esempio le sentenze additive di principio oppure la tendenza della Corte a disseminare ogni pronuncia di elementi interpretativi, che finiscono con il fare corpo con il flusso della giurisprudenza comune, a testimonianza ulteriore del fatto che le interazioni tra Corte e giudici sono oramai un dato del tutto fisiologico del sistema.

⁴² In tale senso, tra gli altri, M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 11 ss. Sul punto cfr. Anche R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderno n. 16 del Seminario per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2005, 63 ss.

ranei; il carattere in senso lato «creativo» che tale attività esprime è in fin dei conti da ascrivere all'operare di diversi fattori per lo più risaputi e noti: l'adozione di una Costituzione rigida contenente norme di principio; la normatività delle norme costituzionali sin subito riconosciuta a vari livelli dalla giurisprudenza; la conseguente utilizzabilità della Costituzione da parte dei giudici; i caratteri dell'attività giurisprudenziale, tra cui l'obbligo di pronunciarsi sulle questioni ad essi sottoposte e il divieto di *non liquet* (caratteri, questi, dall'indubbia natura ordinamentale); l'influenza esercitata dalle giurisdizioni sovranazionali sull'esercizio della giurisdizione, con i conseguenti ambiti di discrezionalità che le decisioni di tali giudici sovente schiudono – anche deliberatamente – al giudice interno⁴³.

Se sui fattori che cospirano ad un incremento, anche sensibile, del tasso di creatività delle decisioni giudiziarie si registra una certa convergenza, i giudizi divergono, in prima battuta, sulla identificazione del fenomeno, essendo talora impalpabile la differenza tra interpretazione e creazione del diritto e, di poi, sulla valutazione di esso, non sempre ritenuto di carattere «fisiologico»⁴⁴. Al di là delle dinamiche che si riscontrano all'interno dello stesso «potere» giudiziario, e delle interazioni con gli altri poteri dello Stato, da cui possono derivare una serie di contenimenti, di vario genere e di varia natura, rispetto all'attività interpretativa/creativa dei giudici, occorre aggiungere che su tale attività si esercita poi un «controllo», in senso lato, da parte della comunità degli interpreti. Si tratta, per molti, di un (efficace) antidoto rispetto ai rischi che tale attività possa deragliare dai limiti ad essa propri, al netto delle difficoltà che l'individuazione dei confini di tale attività come visto sconta. Ad ogni modo, il superamento di tali limiti, benché mobili, sarebbe appunto sanzionato ad opera della comunità degli interpreti, attraverso un giudizio di accettabilità/inaccettabilità della decisione giudiziaria e degli argomenti su cui essa trova fondamento: più tale accettazione è generalizzata e diffusa, minore è la probabilità che un orientamento

⁴³ Sul punto, tra gli altri, C. Pinelli, *Il giudice e la legge*, cit., *passim*; P. Caretti, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, Napoli 2016, 9 ss.

⁴⁴ Sulla difficoltà di sceverare attività interpretativa espressione delle potenzialità ermeneutiche di un testo ed attività che tali potenzialità trascende, potendo appunto assumere caratteri «creativi» di diritto, si vedano le considerazioni di M.A. Sandulli, «*Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessione sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*», in *www.federalismi.it*, 2017, 3 ss. Per una convincente argomentazione a favore della natura «fisiologica» del tasso di creatività giurisprudenziale che si registra negli ordinamenti contemporanei si rinvia a P. Caretti, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, cit., 9 ss.

non «condiviso» a livello sociale possa di fatto affermarsi in giurisprudenza e quindi nell'ordinamento⁴⁵.

Un ulteriore approccio in teoria possibile, e che solo una ricognizione puntuale potrebbe rivelare se e quanto utile, è un esame della giurisprudenza per singoli settori materiali. Si tratterebbe di esaminare i vari plessi giurisprudenziali onde appurare se, quanto, con che modalità e con quali esiti, l'attività dei giudici abbia sviluppato, e con che limiti, attitudini creative, cioè abbia adottato soluzioni che sottendano scelte ampiamente discrezionali e/o non suscettibili di essere giustificate sulla base di una argomentazione giuridica controllabile. Fermo restando che una prima *summa divisio* forse andrebbe fatta tra norme sostanziali e norme processuali, di cui la giurisprudenza e la dottrina non a caso predicano la particolarità⁴⁶, non è certo una novità che alcuni settori materiali abbiano esibito un tasso di creatività più accentuato oppure che altri settori materiali siano connotati da particolarità tali che rendono maggiormente denso di problemi ogni intervento giudiziale che assuma contorni particolarmente «creativi», declinandosi in quei settori il principio di legalità in modo particolarmente rigoroso⁴⁷. Esistono molte indagini che si occupano di varie discipline, più

⁴⁵ Per questo approccio, da ultimo, R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva «quantistica»*, Roma, 2013, 98 ss., cui si rinvia su opportune considerazioni sul ruolo della «critica» rispetto all'attività dei giudici e dei prodotti della loro attività. Sul punto si veda anche, M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2011, 11 ss., secondo cui la decisione giudiziaria, per dispiegare *in toto* la sua efficacia, deve essere accolta dalla «comunità degli interpreti e dal contesto sociale». Cfr. ancora, in una prospettiva generale, con lo sguardo rivolto alla giustificazione della decisione giudiziaria e alla necessità che ne siano palesate tutte le opzioni, anche valoriali, sottostanti, A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 146 ss.

⁴⁶ Sul punto, anche per riferimenti giurisprudenziali, cfr. C. Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione delle norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1327 ss.

⁴⁷ Un settore che ha tradizionalmente conosciuto interventi particolarmente creativi da parte della giurisprudenza, a partire per lo meno dagli anni '70, è il diritto del lavoro, nell'ambito del quale diversi istituti risultano di fatto «conformati» dalla giurisprudenza (cfr., per una recente e ricca ricognizione in materia, M.V. Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, cit., 761 ss.; in tema, pure di recente, R. De Luca Tamajo, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, in *Lavoro e diritto*, 4/2016, 813 ss.). Un settore in cui si è sviluppata la creatività giurisprudenziale, nonostante sia connotato da caratteri tali da rendere particolarmente problematici e discussi gli interventi creativi della giurisprudenza è quello penale, cu cui cfr., anche per ulteriori riferimenti, O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; più di recente, tra gli altri, N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.; M.

difficile è trovare una indagine il cui *focus* consista nell'analisi differenziale della giurisprudenza così come nelle varie discipline si è nel tempo sviluppata, al netto degli specifici problemi che ogni singolo settore materiale può portare con sé. In questa sede si prenderanno in esame alcuni esempi di attività giurisprudenziale che, al di là delle dispute terminologiche, sono stati etichettati come «creativi», avanzando di poi qualche – pur interlocutoria – ipotesi.

Accantonato, quindi, il dibattito teorico sulla natura dell'attività giurisprudenziale e sui confini di essa, sulla distinzione tra attività interpretativa/applicativa e attività propriamente creativa (e/o attuativa di norme e principi costituzionali) si passeranno in rassegna alcuni esempi recenti di giurisprudenza di cui è stata predicata la creatività o di cui essa è predicabile con un plausibile margine di certezza. Rispetto alla casistica esaminata verranno evidenziati, in prima battuta, i nessi tra tali fattispecie e i processi di attuazione della Costituzione; in secondo luogo si tenterà di individuare i contorni di un minimo comune denominatore tra fattispecie correntemente lette come espressione di attività creativa della giurisprudenza. Avanzare poi un giudizio su tali prassi appare per lo meno azzardato dovendosi il giudizio, allo stato, arrestare alla singola fattispecie in difetto di un esame di una sufficiente casistica distribuita, come si accennava, anche per materia. Tra gli innumerevoli esempi che in proposito sono offerti dalla prassi giurisprudenziale, ne esamineremo alcuni emblematici di alcune tendenze diffuse in giurisprudenza, in particolare della Cassazione, su cui si intende attirare l'attenzione.

Il primo caso riguarda la tutela del cosiddetto «diritto all'oblio» in relazione alla pubblicazione di notizie relative a fatti risalenti nel tempo: si tratta di situazioni che si sono moltiplicate di pari passo con la diffusione delle nuove tecnologie e della rete *internet* in particolare, alla luce del fatto che in tale sistema le notizie non vengono di norma rimosse o cancellate, rimanendo in qualche misura a disposizione degli utenti del sistema per un tempo indefinito. Si tratta – quello del diritto all'oblio – di un diritto sviluppato in via eminentemente giurisprudenziale, come correntemente riconosciuto. Affacciatosi ancora negli anni '80 nella giurisprudenza di legittimità, ha avuto poi un apprezzabile sviluppo sia a livello di giurisdizioni sovranazionali che a livello di giurisdizioni interne⁴⁸. Nell'ambito di un ric-

Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2016.

⁴⁸ Tra i primi casi di riconoscimento del diritto da parte dei giudici interni cfr. Cassazione, 18 ottobre 1984, n. 5259 e, di poi, Cassazione, 9 aprile 1998, n. 3679; a livello di

co filone giurisprudenziale, ove erano già state indicate le coordinate di un bilanciamento tra esercizio del diritto di cronaca e diritto all'oblio, si inserisce una recente pronuncia della Cassazione che fa il punto sulla situazione. Muovendo da un caso abbastanza paradigmatico di una notizia riproposta a diversi anni di distanza dai fatti, la Corte, più che enunciare un principio di diritto in senso stretto, ha cura di illustrare e ricapitolare gli elementi al ricorrere dei quali il diritto di cronaca ha attitudine a imporsi sul diritto all'oblio, in difetto di essi di norma quindi prevalente⁴⁹.

L'interesse della pronuncia sta proprio nella enunciazione di tali criteri a cui la soccombenza del diritto all'oblio è subordinata, cimentandosi la Corte nella difficile opera di fornire ai giudici gli elementi per operare il bilanciamento. La limitazione del diritto all'oblio può quindi avvenire solo alle seguenti condizioni: se la pubblicazione della notizia realizza un interesse pubblico; se tale interesse risulta effettivo e attuale, specificando pure la Corte a quali interessi la notizia deve rispondere⁵⁰; se la notorietà del personaggio coinvolto è elevata (di «peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese» ragiona la Corte); se la notizia è veritiera, in quanto attinta da fonti attendibili, e se essa è diffusa «con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazione o considerazioni personali, sì da evidenziarne un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione»; se si è provveduto ad una «preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia» a distanza di tempo «in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico»⁵¹.

Rispetto ad altri casi in cui la creatività del giudice, pur traducendosi in una interpretazione non strettamente obbligata della disposizione, o che si pone addirittura fuori dalla cornice segnata dalle potenzialità semantiche della disposizione, ha ad oggetto la risoluzione di una singola fattispecie, qui c'è qualcosa di più. La particolarità dell'approccio esibito dalla Cassa-

giurisdizioni sovranazionali si può citare, in via esemplificativa, la pronuncia recente della Corte di giustizia, Granze Sezione, 13 maggio 2014, C-131/12 (*Google Spain Inc. c. AEPD*).

⁴⁹ Cfr. Cassazione, 20 marzo 2018, n. 6919.

⁵⁰ Ancora Cassazione, 20 marzo 2018, n. 6919, secondo cui tale interesse pubblico può dirsi ricorrente se (e solo se) la diffusione della notizia pubblicata risponda a scopi «di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui» ovvero a «scopi scientifici, didattici o culturali»; non invece nel caso di interesse «meramente divulgativo» o «peggio, meramente economico».

⁵¹ Tutte le citazioni sono tratte da Cassazione, 20 marzo 2018, n. 6919.

zione risiede nella scoperta intenzione di somministrazione ai giudici una griglia di regole sulla base alla quale i giudici saranno chiamati a dirimere il contrasto tra diritto all'oblio ed esercizio del diritto di cronaca. I principi vengono enunciati in guisa di norme e sembrano trascendere lo specifico «caso» che ha occasionato il giudizio della Cassazione. A fronte di un diritto non previsto espressamente in Costituzione anche se in essa saldamente ancorato (art. 2 Cost.), la Cassazione in definitiva lo indica come prevalente sul diritto di cronaca, radicato nell'art. 21 Cost., a meno che non ricorrano una serie tassativa di condizioni, non certo desumibili dalla Costituzione. La Cassazione evoca, a più riprese, le giurisdizioni sovranazionali, mutuando in qualche misura da esse gli elementi per elaborare una sorta di test di giudizio. In particolare, il requisito della notorietà del soggetto è tratto dalla Corte di Giustizia: nel caso *Google Spain* si legge che «i diritti fondamentali [...] prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona»; «così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso [...] all'informazione di cui trattasi.» Gli altri requisiti, in particolare il contributo al dibattito di interesse pubblico, la verità putativa dell'informazione, l'assenza di insinuazioni, la preventiva informazione per consentire all'interessato il diritto di replica, si rinvengono nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵².

Attesa la delicatezza del contemperamento tra diritti costituzionali della persona, considerato il valore dell'art. 21 Cost. e dei principi da esso desumibili, tenuto conto della necessità di procedere ad un delicato bilanciamento, non si può non osservare che tale bilanciamento avrebbe potuto essere più utilmente compiuto dalla Corte costituzionale, la quale avrebbe potuto dare un definitivo *ubi consistam* al diritto all'oblio raccordandolo con gli altri principi costituzionali sul tappeto. Che in una materia così delicata, al risalente «decalogo» dei giornalisti degli anni '80⁵³, ora succeda un

⁵² Corte EDU, 19 ottobre 2017, *Fuschsmann c. Germania*, in cui si indicano una serie di criteri al ricorrere dei quali l'interesse pubblico all'informazione può essere considerato prevalente rispetto al diritto all'oblio. Una serie di requisiti sono poi stati codificati anche nel Regolamento Ue (in particolare artt. 6, 7, 14 del Regolamento UE del 27 aprile 2016, n. 2016/678).

⁵³ Il riferimento è a Cassazione, 18 ottobre 1984, n. 5259.

decalogo del diritto all'oblio come contraltare del primo, e tutto ciò senza che la Corte costituzionale sia stata messa in condizione di interloquire in materia, lascia invero particolarmente perplessi, anche perché sembrerebbe più «fisiologico» un previo intervento del Giudice delle leggi, nettamente da preferire al caso simmetrico in cui la Corte costituzionale interviene su un bilanciamento già dalla Cassazione elaborato (e magari recepito da altra giurisprudenza)⁵⁴.

Un altro caso interessante è quello che riguarda la fattispecie della cosiddetta «maternità surrogata», molte volte sottoposta all'attenzione delle Corti, sia nazionali che sovranazionali. In particolare si è posto il problema del riconoscimento in Italia di provvedimenti attestanti lo *status filiationis* ottenuti in Paesi dove la pratica della maternità surrogata, in Italia vietata dalla legge n. 40 del 2004, è invece riconosciuta, di modo che si pone appunto il tema del riconoscimento in Italia di tali sentenze. Inizialmente, pur nella varietà degli orientamenti, soprattutto a livello di giudici di merito, si era consolidato un *trend* tendenzialmente negativo, ritenendosi le sentenze di cui si chiedeva la delibazione contrarie al limite dell'«ordine pubblico». Di recente va registrata una decisione, che si pone in discontinuità rispetto a diversi precedenti, in cui la Cassazione accoglie una nozione di «ordine pubblico» correlato più alla tavola di valori costituzionali che al sistema della legislazione ordinaria⁵⁵. La sentenza si segnala per il fatto che il riferimento alla Costituzione e alle Carte sovranazionali nella ricostruzione del concetto di «ordine pubblico» non è limitato alla sola soluzione del caso di specie ma finisce per avere un respiro più ampio, non per vero sconosciuto in giurisprudenza, e del resto avallato anche di recente, avendo la Cassazione ribadito la correlazione tra la tutela dell'ordine pubblico e la salvaguardia dei diritti fondamentali come risultano dalla Carta costituzionale e dalle Carte sovranazionali: «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario»⁵⁶.

⁵⁴ È esattamente quanto accaduto in un caso che qui di seguito si illustrerà, avente ad oggetto la disciplina della «maternità surrogata», da ultimo oggetto di decisione da parte della Corte costituzionale con la sent. n. 272 del 2017.

⁵⁵ Il riferimento è a Cassazione, 21 giugno 2016, n. 19599, ove si allude ad un giudizio «in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento». Espressione della tendenza segnalata sono, tra le altre, Cassazione, n. 1302 del 2013, Cassazione n. 27592 del 2006.

⁵⁶ Nel senso indicato, Cassazione, 30 aprile 2018, n. 10321. Cfr. anche Cassazione, n. 19405 del 2013.

Si delinea quasi una sovrapposizione tra la nozione di «ordine pubblico» e il tessuto delle norme costituzionali tale da far pensare ad un «giudizio [...] simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale»⁵⁷. La Cassazione prende atto che in materia diversi sono gli interessi che entrano in gioco di modo che si palesa la necessità di un bilanciamento, come in più occasioni sostenuto anche dalla Corte costituzionale: vengono quindi in evidenza, accanto agli interessi del minore e alla rilevanza della conservazione del suo *status* (compendiati nella formula dei «best interests of the child»), i principi di cui alla legge n. 40 del 2004 e il principio di cui all'art. 269 c.c., stando al quale è madre nel nostro ordinamento solo colei che partorisce. A questo riguardo, e nell'ottica della pluralità di interessi da temperare, la Cassazione si chiede se «quelli invocati dal ricorrente integrino principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro ordinamento oppure soltanto opzioni legislative in ambiti materiali nei quali [...] non esistano «rime costituzionali obbligate».

Nel caso citato la Suprema Corte, nell'enunciare diversi principi di diritto, sembra legata strettamente al caso di specie, di cui a più riprese rimarca la singolarità. Tali particolarità fanno sì che la fattispecie non risulti corrispondente alle ipotesi di «maternità surrogata» di cui alla legge 40, come bene evidenzia la Corte⁵⁸. Stando così le cose, l'accezione accolta del concetto di ordine pubblico, di fatto sovradimensionata rispetto alle esigenze del caso, potrebbe rischiare di ingenerare incertezze. Il riferimento a nozioni ormai stratificate nei discorsi relativi alla giustizia costituzionale potrebbero dare la stura ad una lettura dell'ordine pubblico che forse va al di là delle stesse intenzioni della Cassazione. Ragionare di «principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale», di «nucleo essenziale di valori nel nostro ordinamento» e contestualmente evocare un limite per il legislatore ordinario non è in sintonia con la consolidata giurisprudenza costituzionale che, quando ha fatto uso di simili terminologie, ha inteso fare riferimento a quelli che sono stati identificati come i «controllimiti», un manipolo ristretto ed essenziale di principi, raramente oggetto di esemplificazione da parte della Corte costituzionale, e che rappresentano un limite non solo per il legislatore ordinario ma anche per quello costituzionale. Che l'ordine pubblico coincida con i principi supremi e quindi con i controllimiti, parrebbe da escludere, se non altro perché, in tal modo, alla sentenza di cui si chiede il riconoscimento sarebbe consentito non solo

⁵⁷ Ancora Cassazione, 21 giugno 2016, n. 19599.

⁵⁸ Ancora Cassazione, 21 giugno 2016, n. 19599.

un disallineamento rispetto al sistema della legislazione ordinaria ma anche con le norme costituzionali, esclusi appunto i principi supremi.

Ancora. Nel caso che ci occupa la Cassazione ha negato che la sentenza straniera che riconosce lo *status filitionis* possa essere ritenuta contraria all'ordine pubblico in quanto la scelta sottesa al divieto di tale pratica ad opera del legislatore ordinario italiano non risulta essere «a rime obbligate»⁵⁹. Anche in tale caso è evidente un uso di un'espressione che la Corte costituzionale impiega in un contesto affatto diverso, nel senso che, come noto, le sentenze additive sono subordinate alla condizione che l'addizione risulti imposta dalla Costituzione. È evidente che il richiamo a tale concettologia appare del tutto estraneo al contesto in esame, ove si sostiene che i principi tratti dalla legge ordinaria sopra menzionata potrebbero costituire ostacoli al riconoscimento della sentenza solo se espressione ineludibile, obbligata appunto, di norme costituzionali.

Se è vero che i principi di diritto restano ancorati al caso di specie, opportunamente distinto rispetto alle ipotesi di maternità surrogata in senso stretto intesa, è anche vero che la delimitazione del concetto di ordine pubblico risulta probabilmente ultronea, o comunque non del tutto in asse, rispetto al risultato attinto dalla decisione. Ed è proprio la declinazione del limite dell'ordine pubblico, *in unum* con il richiamo a categorie saldamente radicate nella giurisprudenza costituzionale, ma impiegate in diversi contesti e a diversi fini, a dare luogo ad una particolare ricostruzione del concetto in parola, anche se non del tutto inedita, e che per vero lascia sul tappeto alcuni dubbi e incertezze con riguardo alle conseguenze applicative della impostazione adottata.

Fermo restando che il problema non può essere più di tanto approfondito in questa sede, partendo dal fatto che nel caso che ci occupa la Cassazione ha negato che la sentenza che riconosce lo *status filiationis* pronunciata all'estero possa essere contraria all'ordine pubblico in quanto la scelta sottesa al divieto di tale pratica ad opera del legislatore ordinario non sarebbe «a rime obbligate», ci si può chiedere se un recente arresto della Cassazione, in tema di risarcimento del danno cosiddetto «parentale», sia in asse con i contenuti della decisione di cui si è sommariamente dato conto. Nel più recente arresto la Corte di cassazione era chiamata a

⁵⁹ Si noti che nella pronuncia in esame si osserva che, con riguardo agli ambiti quali quelli «disciplinati dalla legge n. 40 del 2004 o dall'art. 269 c.c., comma 3», non esistono «rime costituzionali obbligate»: Cassazione, 21 giugno 2016, n. 19599, n. 9 della parte in diritto. Le opzioni, sottese alla legge n. 40, non sono ritenute espressive di «una opzione costituzionalmente obbligata» (n. 12.1).

verificare la conformità all'ordine pubblico della normativa serba in tema di risarcimento del danno parentale, nel caso essendo questa la normativa applicabile sulla base dei criteri di collegamento di cui alla legge n. 218 del 1995. Semplificando il ragionamento, la Cassazione in sostanza asserisce – in sede di enunciazione del principio di diritto – che la legge straniera prevedente la subordinazione del risarcimento del danno ai parenti della vittima al requisito della «convivenza», «è da ritenere contraria all'ordine pubblico italiano ai sensi della L. n. 219 del 1995, articolo 16, comma 1, e deve essere disapplicata dal giudice italiano, dovendosi nell'ordinamento italiano dare alla convivenza solo il valore di elemento eventualmente rilevante in concreto sul piano probatorio del danno di tal genere»⁶⁰.

Così ragionando sarebbe da chiedersi se il requisito della convivenza, nel caso del problema della sussistenza, e consistenza, del cosiddetto danno «parentale», richiesto da un ordinamento straniero, diversamente dal nostro ordinamento, potrebbe ritenersi contrario all'ordine pubblico, così come declinato nella pronuncia prima menzionata della stessa Cassazione: sarebbe nel caso necessario dare prova del fatto che la scelta legislativa dell'ordinamento interno che tutela, almeno nella cerchia familiare più stretta, il legame parentale a prescindere dall'elemento della «convivenza», costituisca un «principio supremo» o un «principio fondamentale» oppure sia espressione ineludibile di norme costituzionali (determinando una scelta legislativa «a rime obbligate»). Si tratta di circostanze su cui appare legittimo nutrire dubbi, non fosse altro per il fatto che la giurisprudenza costituzionale ha di norma affermato, in vari contesti, che non gode di tutela costituzionale il principio di «integralità» del risarcimento del danno e che nella materia la discrezionalità legislativa è ampia, come testimoniato dalla tortuosa evoluzione del risarcimento del danno alla salute, rispetto al quale peraltro l'apporto della giurisprudenza costituzionale, pure importante, non è stato certo decisivo.

Forse nel ragionamento messo in campo dalla sentenza del 2016, relativa alla maternità surrogata, si può rintracciare una qualche forzatura

⁶⁰ Cassazione, 30 aprile 2018, n. 10321. La legge serba, negando *a priori* l'incidenza della «relazionalità quando la convivenza è venuta meno», «si risolve in una aprioristica esclusione di un modo di atteggiarsi di ciascuna persona umana che naturalmente e potenzialmente appare collegato alla parentela in sé senza essere condizionato dalla convivenza»; «sotto tale profilo tale legge si risolve nella negazione della rilevanza di un modo di essere della persona senza alcuna verifica in concreto del grado di persistenza del suo valore che non si ricollega affatto automaticamente *naturaliter* alla convivenza, ma semmai all'esito dell'apprezzamento della sua esistenza o meno e delle ragioni per cui essa non persiste» (così ancora Cassazione, 30 aprile 2018, 7.5 della motivazione).

che, passando attraverso la precisazione dei contorni di un principio di carattere generale come l'*ordine pubblico*, rischia di generare incertezze nell'applicazione della nozione stessa, come il caso più recente dimostra. Si osservi che nella decisione del 2018 la Cassazione, ricostruendo il concetto di ordine pubblico, si guarda bene dal citare il precedente, pur elaborato, del 2016, attingendo ad una nozione meno impegnativa/innovativa, ma che trova addentellati solidi in pregressi arresti giurisprudenziali⁶¹. Nel caso da ultimo esaminato, dunque, a temperare la rigidità della legislazione straniera, il concetto di ordine pubblico viene declinato in senso più ampio, in modo da affermare il contrasto della legge straniera con il limite indicato; nella fattispecie relativa alla «maternità surrogata», invece, la nozione ristretta di ordine pubblico, quasi coincidente con i principi supremi, è funzionale all'esito del giudizio che conclude nel senso della non contrarietà del provvedimento straniero con l'ordine pubblico, pur essendo in palese contrasto con la normativa di settore. La pronuncia del 2016 sposa una accezione particolare del concetto di «ordine pubblico» che può dare luogo a problemi applicativi se non altro nel senso che potrebbe dare l'impressione che si tratti di un concetto che viene via via elaborato, precisato, definito, «conformato» in modo funzionale alla risoluzione del caso *sub iudice*, con tutti i dubbi che tale *modus procedendi* determina.

Con riguardo alla decisione sul riconoscimento dello *status filiationis* ottenuto all'estero da coppie omosessuali, a conferma delle interazioni tra giudici comuni e Giudice delle leggi, si deve registrare un recente intervento della Corte costituzionale in relazione ad un dubbio di costituzionalità relativo alla norma del codice civile che, nel giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, «non consentirebbe di tenere conto, in concreto, dell'interesse del minore a vedersi riconosciuto e mantenuto in uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita»⁶².

⁶¹ Ad esempio in Cassazione, n. 19450 del 2013, in cui la Corte constata che l'osservanza dell'ordine pubblico di rilievo internazionalprivatistico implica un controllo di compatibilità della norma straniera «con i principi fondamentali della nostra Costituzione o, comunque (individuabili) in quelle altre norme che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare diritti fondamentali dell'uomo o, ancora, che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione (per effetto dell'applicazione della norma straniera) si traduca in uno stravolgimento dei suoi valori fondanti»: per quanto quindi sia presente il richiamo alla Costituzione, compare anche un riferimento più ampio ai valori espressi dall'ordinamento (anche a livello legislativo, si intende). Per quanto pregnante, il concetto di ordine pubblico che la pronuncia ci consegna non è certo limitabile ai principi supremi né invariabilmente espressione di scelte legislative obbligate dalla Costituzione.

⁶² Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

Pur in una sentenza di rigetto, la Corte coglie l'occasione per una serie di precisazioni sul punto, le quali, muovendo dalla constatazione dell'esistenza di un «accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione», ruotano attorno alla «necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore»⁶³. La Corte, in una pronuncia sostanzialmente interpretativa, somministra al giudice le coordinate entro cui muoversi, dovendo valutare, in realzione all'azione di cui all'art. 263 c.c., «se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore», «se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo»; «se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio poiché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane)»⁶⁴. La Corte quindi si cimenta nel somministrare al giudice gli elementi da considerare e che il giudice deve porre in comparazione: di una «regola di giudizio» ragiona non a caso la Corte costituzionale. Una sorta di delega di bilanciamento non sconosciuta del resto nel panorama della giustizia costituzionale⁶⁵.

In relazione alla regola di giudizio che il giudice «è tenuto ad applicare» in questi casi, la Corte indica una serie di «variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso» di cui tenere conto. «Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi con il minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione, e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»; su tutto aleggia, chiude la Corte completando

⁶³ Così Corte cost., sent. n. 272 del 2017, che riconosce al giudice il compito di bilanciare le istanze di accertamento della «verità biologica» con quelle – potenzialmente confliggenti – relative all'interesse del minore alla conservazione dello «status già acquisito», tenuto conto anche del fatto che la stessa Corte aveva del resto riconosciuto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (Corte cost., sent. n. 162 del 2014).

⁶⁴ Ancora Corte cost., sent. n. 272 del 2017, 4.2 del *Considerato in diritto*. «Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro», evocando sul punto un «giudizio comparativo tra gli interessi».

⁶⁵ In questo senso, R. Bin, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991.

l'enunciazione degli elementi di cui tenere conto nella «valutazione comparativa», «la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»⁶⁶. Tale considerazione, unita alla constatazione del contrasto della pratica della maternità surrogata con la dignità umana, non pare facilmente conciliabile con la presa di posizione della Cassazione sopra ricordata, che tende a includere le scelte sottese alla legge 40 sul punto nel perimetro del costituzionalmente «indifferente», espressione di «semplici» scelte legislative, laddove la Corte costituzionale ne evidenzia le embricazioni con principi costituzionali di rango elevato.

A chiosa della vicenda si può ulteriormente osservare, in relazione all'operato della Cassazione, che una forzatura, anche sulla base di concetti estranei al contesto, della categoria dell'ordine pubblico, in realtà probabilmente indotta dalle esigenze di risoluzione del caso, rispetto al quale non è nemmeno certo che fosse strumentalmente necessaria, può dare luogo a disfunzioni con riguardo allo sviluppo della stessa giurisprudenza della Cassazione, che in altri casi adotta un concetto di ordine pubblico piuttosto diverso. D'altra parte la presa di posizione della Corte costituzionale che, da una parte, somministra gli elementi di bilanciamento di cui il giudice dovrebbe servirsi e, dall'altra parte, con una sorta di *obiter*, rimarca l'ancoraggio del divieto della pratica della maternità surrogata a principi costituzionali particolarmente pregnanti, rischia di generare incertezze vuoi per il veicolo formale (sentenza di rigetto) cui tutte le considerazioni sopra descritte sono consegnate, veicolo che può condizionare il recepimento di essa da parte dei giudici comuni, vuoi anche per l'opzione forse non costituzionalmente obbligata relativa al contrasto, per la Corte insanabile, tra pratica della maternità surrogata e dignità umana, opzione che pare fonte di dubbi i quali possono trovare alimento anche nel panorama delle giurisdizioni sovranazionali e delle esperienze di diritto comparato. Una situazione in cui, in definitiva, sarebbe stato per lo meno preferibile che l'intervento della Corte costituzionale fosse avvenuto in precedenza rispetto a quello della Cassazione.

Un altro caso molto significativo, e che ha dato occasione alla dottrina di ravvivare il dibattito, del resto mai sopito, sulla creatività giurisprudenziale, è quello relativo al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo⁶⁷. Come è noto, a fronte della rigidità della regola

⁶⁶ Tutte le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

⁶⁷ Sugli ultimi sviluppi di tale caso si vedano le lucide considerazioni di R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 113 ss.

dell'anonimato, prevista dalla legge per la durata di cento anni, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'impossibilità di interpellare la madre biologica che al momento del parto avesse chiesto di rimanere anonima risultava in contrasto con alcuni principi costituzionali, e segnatamente con il diritto all'identità personale che la persona adottata intende realizzare attraverso la ricerca delle proprie origini. La Corte costituzionale accertava quindi che l'impossibilità di verificare la perdurante intenzione della madre di rimanere anonima determinava una situazione di incostituzionalità, invitando di conseguenza il legislatore ad intervenire⁶⁸. A fronte dell'inerzia del legislatore nonostante le sollecitazioni provenienti dalla Consulta e, di poi, dei frequenti dinieghi dei giudici di merito rispetto al diritto affermato nella citata pronuncia del 2013, dinieghi che convivevano con altre pronunce che il diritto al contrario riconoscevano, la Cassazione, a sezioni unite nel 2017 è intervenuta sul punto⁶⁹.

Sulla scorta di una serie di condivisibili, e fin anche scontate (almeno per la maggior parte della dottrina costituzionalistica) premesse in ordine alla sistemazione delle pronunce «additive di principio», su cui non si può appunto che concordare, la Cassazione ha conseguentemente distillato una serie di criteri a cui i giudici si devono ispirare per rendere «effettivo» il diritto enunciato⁷⁰: la sentenza ha innestato, o meglio rinfocolato, il dibattito sulla creatività della giurisprudenza. La pronuncia si segnala non solo per la stretta connessione con l'attuazione di principi costituzionali, ma per la forte connessione con la pregressa sentenza della Corte costituzionale, di cui costituisce l'epilogo più corretto, ad onta di alcune opinioni dot-

⁶⁸ Il riferimento è alla nota sent. n. 278 del 2013. Sul punto per vero aveva preso posizione pure la Corte dei diritti dell'uomo con la sentenza *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012.

⁶⁹ Il riferimento è a Cassazione, SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946.

⁷⁰ Si veda ancora Cassazione, SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946, in cui, premesso che la pronuncia della Consulta «lascia impregiudicate le movenze del procedimento di interpello», precisato altresì, su un piano sistematico, che «la legge alla quale il giudice è soggetto per il principio di legalità della giurisdizione (art. 101, secondo comma, Cost.) è quella che risulta dalla addizione di principio ad opera della sentenza di illegittimità costituzionale», preso atto della «immediata applicabilità della sentenza n. 278 del 2015», lo stesso alto Consesso illustra le modalità procedurali attraverso cui si deve procedere all'interpello in modo da rendere effettivo il diritto riconosciuto dalla Corte costituzionale per dare attuazione a diritti costituzionali non tutelati dal sistema della legislazione ordinaria. Si tratta di un procedimento ricostruito anche sulla base di «protocolli» già all'uopo distillati da diversi Tribunali dei minorenni per dare soddisfazione al diritto alla ricerca delle proprie origini riconosciuto in capo all'adottato al fine di salvaguardare, è opportuno ribadirlo, il suo diritto all'identità personale, diritto che trova radice indiscutibile in Costituzione.

trinali, e di alcune pronunce giurisprudenziali, contrarie⁷¹. Se è vero che lo spettro delle scelte a disposizione del legislatore, e/o dell'interprete, è indiscutibilmente ampio, occorre tuttavia por mente al fatto che la Corte costituzionale non aveva trascurato di evidenziare quale diritto tra quelli in campo e oggetto di bilanciamento dovesse nel caso prevalere, rimanendo quindi la discrezionalità confinata al *quomodo* dell'attuazione del diritto a conoscere le proprie origini e non all'*an* di esso. Non è probabilmente tanto per il contenuto della pronuncia, e cioè per la procedimentalizzazione prevista al fine di rendere attivabile il diritto riconosciuto, quanto per il «tono» della pronuncia della Cassazione, che si è ragionato di creatività. Se le regole dettate hanno una solida copertura nella sentenza della Consulta, se esse conoscono antecedenti significativi nelle variegata esperienza della giurisprudenza di merito, è la loro enunciazione in guisa di norme generali che può evocare una delle declinazioni, tra le molte possibili, della creatività giurisprudenziale.

In materia va inoltre osservato che un'altra sentenza della Cassazione si segnala per la sua spiccata creatività. Si tratta di una pronuncia che, pur in scia con quella appena menzionata, affronta un problema affatto nuovo: in particolare la questione sottoposta all'esame del giudice di legittimità riguarda il caso in cui la richiesta di conoscenza delle proprie origini non possa essere sottoposta alla madre «naturale» in quanto deceduta. Anche in tal caso – questo il succo della pronuncia – il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini deve essere assicurato attraverso l'interpello dei parenti della madre con l'unica avvertenza che «il trattamento relativo alle proprie origini deve [...] essere eseguito in modo corretto e lecito (Decreto legislativo n. 196 del 2003, articolo 11, lettera a)) senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, ed ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)»⁷². Sul fatto che le citate pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, unitamente alla successiva inerzia del legislatore, abbiano creato le condizioni in base alle quali i giudici sono abilitati ad intervenire al fine di rendere effettivo lo specifico diritto, non ci sono dubbi. Il punto è piuttosto chiedersi se il caso in esame rientrasse nel perimetro delle decisioni delle Corti sopra indicate o se fosse rispetto ad esse «eccentrico», non essendo da esse desumibili elementi per la sua univoca risolu-

⁷¹ Che gli effetti della pronuncia n. 278 del 2013 fossero subordinati ad un intervento del legislatore è stato sostenuto, tra gli altri, da G. Amato, *Corte costituzionali e corti europee*, Bologna, 2015, 79 ss.

⁷² Si tratta di Cassazione, 15 luglio 2016, n. 22838.

zione, risultando di conseguenza ogni determinazione al riguardo sottratta al giudice comune.

Non solo il caso è palesemente diverso rispetto a quello oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale, ma anche i diritti ad esso sottesi, e il connesso bilanciamento, di fatto mutano. Una cosa è il diritto di conoscere le proprie origini esercitato nei confronti della madre naturale, la quale può rifiutare la richiesta avanzata dal figlio, la cui nascita la stessa aveva voluto avvolta dall'anonimato; cosa diversa è un interpello, pur esercitato con le cautele del caso, rivolto ai familiari della madre. A prescindere dal fatto che la soddisfazione della richiesta di conoscenza delle proprie origini dipende anche qui dal consenso degli aventi titolo, nel caso i familiari (*in primis* i figli...), resta il fatto – a parer nostro decisivo – che nell'un caso è la madre ad essere interrogata e a poter mantenere, nel contesto familiare in cui è inserita, l'anonimato sulla nascita a suo tempo avvenuta, nell'altro l'interpello, a prescindere dal suo esito, finisce per svelare ciò che la madre aveva voluto tenere rigorosamente (anche se non più irreversibilmente) anonimo anche (e soprattutto) rispetto alla cerchia familiare che la donna intendeva plausibilmente non fare partecipe dell'avvenimento. La tutela del segreto viene quindi sacrificato a beneficio del diritto al riconoscimento, pur in una fattispecie sensibilmente disomogenea rispetto a quella su cui la Consulta aveva preso posizione⁷³.

L'opzione sottesa alla pronuncia potrebbe rischiare – *pro futuro* – di influenzare la scelta, già evidentemente dilemmatica, dell'abbandono del figlio confinato nell'anonimato, in favore di scelte diverse. Tutto ciò per rimarcare che il caso reclamava all'evidenza una remissione alla Corte costituzionale, al cospetto di una lacuna evidente in cui ragionare di identità di *ratio*, tra l'altro rispetto ad una additiva di principio, appare una forzatura. È evidente infatti che nessun elemento per la risoluzione del caso è desumibile dalla pregressa pronuncia della Corte costituzionale di modo che l'opzione della Cassazione appare, questa volta sì, oltre che criticabile, anche indubbiamente creativa di diritto, con l'aggravante di avere operato una scelta tra principi in gioco non certo implicita nella pregressa pronuncia della Corte costituzionale. Di fatto quindi si tratta di una decisione che rivela un tasso di creatività certamente più spiccato di quella prima citata, che pure aveva dato la stura ad un dibattito proprio in tema di creativi-

⁷³ Sulla diversità delle due fattispecie, sull'opinabilità della opzione adottata dalla Cassazione, e sulla necessità che la questione fosse invece rimessa al giudizio della Corte costituzionale, si vedano le condivisibili osservazioni, a margine della sentenza di M. Finocchiaro, *La Cassazione «fa sue» le prerogative del legislatore*, in *Guida al diritto*, 6/2007, 57 ss.

tà della giurisprudenza. La contestabilità della decisione in esame, la non univoca accoglienza da parte della dottrina, ne svela la natura eccedente rispetto ai normali criteri ermeneutici così come fisiologicamente utilizzati dalla giurisprudenza⁷⁴.

Alcuni ulteriori esempi di giurisprudenza di cui si può predicare una qualche attitudine «creativa» sono tratti dal fecondo terreno del risarcimento del danno alla persona. Si tratta di una settore particolarmente fertile non solo perché si tratta di un'area che si è sviluppata proprio grazie alla giurisprudenza, ma anche perché nell'ambito di esso sono rinvenibili svariati paradigmi di «creatività» giurisprudenziale, il che suona come conferma del fatto che si tratta di un fenomeno non sempre univocamente definito nei suoi contorni e che è suscettibile di diverse definizioni e, di poi, di diverse declinazioni⁷⁵.

In un caso molto recente la Cassazione si propone deliberatamente di fare il punto sul danno non patrimoniale e sui criteri di valutazione e liquidazione di esso. Nonostante la lunga elaborazione sul punto, il supremo Collegio osserva che vi sono ancora incertezze latenti anche sui concetti fondamentali su cui la nozione e l'articolazione dell'istituto in parola si fondano. È interessante il punto di partenza da cui la Cassazione muove e che consiste nella constatazione i base alla quale nella materia del danno non patrimoniale «la legge contiene pochissimi e non esaustive definizioni; quelle coniate dalla giurisprudenza di merito e dalla prassi sono usate spesso in modo polisemico; quelle proposte dall'accademia obbediscono spesso agli intenti della dottrina che le propugna»⁷⁶; di fatto l'intervento del giudice di legittimità sembra, anche per esclusione, l'unico in grado di fare chiarezza al riguardo. Dopo aver stigmatizzato le ambiguità linguistiche che connotano la materia, e auspicando un «lessico condiviso», la Cassazione procede a fare chiarezza sul punto anche richiamando le acquisizioni dei

⁷⁴ È del resto opinione comune che nell'opera «creativa» dei giudici siano insiti una serie di rischi di vario tipo: per una loro individuazione si veda P. Caretti, *I diritti tra giudice e legislatore*, in S. Merlini (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 85 ss.

⁷⁵ Sulla pluralità di accezioni del fenomeno si rinvia al già citato contributo di R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, cit., 113 ss.

⁷⁶ Il riferimento è a Cassazione, 27 marzo 2018, n. 1713; lo stesso estensore della sentenza è autore di diversi contributi dottrinali in materia: tra i numerosi, da ultimo M. Rossetti, *Il diritto alla salute*, Padova, 2017. Si tratta di un caso di singolare coincidenza tra dottrina e giurisprudenza sulla cui opportunità forse sarebbe da riflettere.

cultori della medicina legale⁷⁷. Dopo le (inusuali) citazioni, anche testuali, della dottrina medico legale, la Cassazione isola tre corollari fondamentali tratti appunto dalle premesse poste: essi riguardano, in primo luogo l'identificazione dell'essenza del danno non patrimoniale (e quindi una sua definizione), in secondo luogo la natura e i limiti della cosiddetta «personalizzazione» di tale danno, con riguardo alla valorizzazione delle caratteristiche di ogni e ciascuna fattispecie, infine le conseguenze di carattere processuale dei principi individuati. Alla luce di tali principi la Corte poi distilla una specie di «decalogo», scandito in una serie di regole ben circostanziate, che dovrebbe costituire un *vademecum* in materia per tutti gli operatori del diritto. Al di là del tono «dottrinale» (oltre che didattico) della pronuncia, il decalogo, enunciato in guisa di proposizioni ordinate a sistema, assume inequivoche sembianze normative proponendosi come paradigma somministrato ai «pratici», compresi ovviamente i giudici di merito a cui era stato rimproverato l'uso «polisemico» di identici lemmi linguistici⁷⁸.

Altro e diverso paradigma di giudizio, in qualche misura creativo, anche se in senso diverso dal caso appena menzionato, riguarda una particolarissima accezione del danno alla persona, individuato nel campo della responsabilità medica, che la Cassazione mette a fuoco nella fattispecie. Si tratta di un danno conseguente ad una situazione di ritardo di diagnosi di patologia ad esito certamente infausto. Pur in assenza di nesso di causalità tra errore medico ed evento morte (non evitabile anche a seguito di interventi tempestivi) e pur senza necessità di prova in ordine alle scelte di vita del diverse che il paziente avrebbe adottato se fosse stato consapevole, a tempo debito, della patologia, in ogni caso il risarcimento del danno va riconosciuto per avere il ritardo di diagnosi inciso sulle scelte di vita del paziente che avrebbero potuto essere semplicemente «diverse»: di *«diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto»* ragiona la Cassazione ancorando in definitiva la possibilità di tale scelta di autodeterminazione individuale alla tutela della dignità di ogni persona⁷⁹. Ed

⁷⁷ Si precisa al riguardo che lo stato di cose indicato «ingenera somma confusione, ed impedisce altresì qualsiasi seria dialettica, dal momento che ogni discussione scientifica è impossibile in assenza di un lessico condiviso» (ancora Cassazione, sent. n. 1713 del 2018); al riguardo si ricorda altresì come la stessa esigenza fosse stata espressa dalla stessa Cassazione, SS. UU., sentenza 15 giugno 2015, n. 12310.

⁷⁸ Ancora Cassazione, sent. n. 1713 del 2018, in particolare 5.10 della motivazione della sentenza.

⁷⁹ Si tratta di Cassazione, 23 marzo 2018, n. 7260. La Cassazione, rimarcando la distanza rispetto alla figura della «perdita di *chances*», precisa che nel caso il danno consiste nella

è proprio sulla dignità umana che il diritto al risarcimento del danno, da effettuarsi ovviamente in via equitativa, trova salda radice⁸⁰. La decisione, facendo ampio riferimento ai principi costituzionali che governano la materia, si presenta come attuativa di principi costituzionali. Di certo schiude scenari che la giurisprudenza pregressa non aveva (ancora) disvelato. Fornisce anche elementi per futuri giudizi: pur ancorato ad una fattispecie da contorni definiti e specifici, la pronuncia distilla una inedita declinazione del danno non patrimoniale, del resto di creazione eminentemente giurisprudenziale e, segnatamente, della Corte di Cassazione⁸¹.

L'ultimo caso, tra i tanti che si potrebbero segnalare in tema di danno non patrimoniale, riguarda ancora la disciplina della responsabilità medica e, in particolare, un profilo specifico della disciplina della responsabilità della struttura sanitaria declinata, anche su espressa indicazione della recente normativa approvata nel 2017, in termini di responsabilità contrattuale. Il legislatore, nel 2017, «ha mostrato di voler rimettere i panni di autentico signore del diritto, da tempo appannaggio di una giurisprudenza assurta al rango non solo di dottrina, ma anche di fonte del diritto»⁸². Tra i principi che connotano il recente intervento normativo vi è quello della «canalizzazione del contenzioso verso le strutture mediante inquadramen-

«perdita diretta di un bene reale, certo (sul piano sostanziale) ed effettivo, non configurabile alla stregua di un quantum [...] di possibilità di un evento favorevole [...] ma apprezzabile con immediatezza quale correlato del diritto di determinarsi liberamente, nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto».

⁸⁰ La sottrazione, quindi, della potestà di scegliere a causa del «velo di ignoranza illecitamente indotto dalla colpevole condotta dei medici», impinge sul «valore supremo della dignità della persona in questa [...] ulteriore dimensione prospettica» conculcando il «diritto del paziente di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali» (le citazioni sono tratte da Cassazione, n. 7260 del 2018).

⁸¹ Si tratta di un processo lungo e complesso a cui la Corte costituzionale è rimasta piuttosto ai margini, tranne poche, anche se significative, eccezioni. Basti por mente al vasto capitolo del danno da morte rispetto al quale la Corte costituzionale è intervenuta una sola volta condizionando tuttavia il successivo sviluppo della materia: cfr. Corte cost., sent. n. 372 del 1994. In relazione invece al danno esistenziale la Corte costituzionale ha avallato in qualche misura il corso della giurisprudenza con la sentenza n. 233 del 2003.

⁸² Così R. Pardolesi, R. Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura: indietro tutta!*, in *Danno e responsabilità*, 1/2018, 5 ss., con riguardo alla cosiddetta legge Gelli-Bianco: la legge 8 marzo 2017, n. 24 (*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*). Gli Autori qualificano l'evoluzione della responsabilità sanitaria negli ultimi lustri con le seguenti aggettivazioni: «tumultuosa, turbolenta, esagitata, impetuosa, violenta, burrascosa, disordinata, veemente, frenetica, insostenibile, convulsa».

to contrattuale»⁸³. Non solo, però, la disciplina introdotta si rivela per più versi «incompleta», ma ha dato modo alla giurisprudenza di nuovi interventi «creativi» «dove non è stato capace di intervenire il legislatore»: uno di questi interstizi, ove la giurisprudenza ha trovato modo di ri-espandersi nonostante il recente intervento del legislatore, è costituito da uno snodo fondamentale della responsabilità civile contrattuale, costituito dalla definizione del nesso di causalità⁸⁴.

Evidenziando una indubbia soluzione di continuità rispetto ad una diversa accezione del nesso di causalità patrocinata pure dalle Sezioni unite della stessa Cassazione, la pronuncia in discorso si muove nell'ottica di una correzione di esso a beneficio della struttura sanitaria e a detrimento del paziente danneggiato gravato da un onere probatorio non in asse con le coordinate della responsabilità contrattuale⁸⁵. Alla luce della impostazione adottata dalla Cassazione, e in grado di ingenerare conseguenze asimmetriche in tema di riparto dell'onere probatorio in una materia in cui diffusissimo è il contenzioso, in dottrina si è significativamente osservato: «vien fatto di obiettare che alla infelice manifestazione di orgoglio del legislatore, in grado di generare vistose contorsioni processuali, non sia dato ovviare con un livellamento che annulla ogni distinzione tra le due forme di responsabi-

⁸³ Ancora R. Pardolesi, R. Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura: indietro tutta!*, cit., 6: alla responsabilità contrattuale della struttura fa da contraltare «la (pretesa) riconduzione della responsabilità del medico strutturato nell'illecito aquiliano». Gli Autori ricordano come diffusa fosse l'opinione secondo cui «l'epoca dell'anarchia giurisprudenziale, con suo preteso disordine creativo» si sia conclusa, assumendo del resto *per tabulas* le norme della legge Gelli-Bianco la veste di «norme imperative ai sensi del codice civile» (art. 7, comma 5 del citato provvedimento).

⁸⁴ Il riferimento è Cassazione, 26 luglio 2017, n. 18392, su cui, oltre a R. Pardolesi, R. Simone, cit., 5 ss., cfr. D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale. L'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 696 ss. Con un approccio che si disallinea dalla tradizionale impostazione del problema nel nesso causale nell'area della responsabilità contrattuale, la Cassazione, enunciando il principio di diritto, sostiene che «ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione»; «l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari».

⁸⁵ Per l'impostazione più tradizionale, cfr. Cassazione, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577. In tema cfr. tra gli altri R. Pucella, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e responsabilità*, 2016, 821 ss.

lità, chiedendo all'attore di dimostrare quello che non può fare per ragioni strutturali, e perché no? per un'insopprimibile asimmetria informativa (il paziente in sala operatoria è, normalmente, sotto anestesia...)»⁸⁶.

Al di là delle tecnicità, il caso appare ai nostri fini interessante in quanto mette a nudo i rapporti complessi tra giurisprudenza (anche creativa...) e legislatore. È scontato che in molti casi la creatività della giurisprudenza sia conseguenza dei silenzi del legislatore, ma la vicenda sommariamente ricostruita dimostra che l'adozione di una legge non è sempre risolutiva ai fini del contenimento dell'opera, anche creativa, della giurisprudenza. Negli interstizi della legge sono residuati spazi per interventi giurisprudenziali tanto creativi da mettere in dubbio le coordinate essenziali della responsabilità civile in ambito sanitario, con ricadute significative, anche se indirette, sui principi costituzionali che si collocano alla base della responsabilità medica e che attengono alla tutela del diritto alla salute. Rendere il risarcimento dei danni per violazione del diritto alla salute in conseguenza di *malpractice* medica più difficoltoso in ragione di una declinazione del nesso causale che altera l'equilibrio della distribuzione dell'onere probatorio in punto nesso causale genera evidentemente conseguenze assai rilevanti sulla tutela «effettiva» dei diritti costituzionali sottesi alle richieste risarcitorie.

5. Considerazioni sulla casistica

Fermo restando che i casi esaminati, limitati all'area del diritto civile e agli anni più recenti, assumono una rilevanza solo per la loro «esemplarità», questo non esime da alcune considerazioni (ovviamente del tutto interlocutorie) di sintesi, anche nella prospettiva della delineazione di ulteriori piste di ricerca meritevoli di essere esplorate⁸⁷. Ci si limita ad una serie di osservazioni sparse che traggono alimento dalla diffusa prassi giurisprudenziale.

⁸⁶ Ancora R. Pardolesi, R. Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura*, cit., 11, i quali, rimarcando il ruolo creativo della giurisprudenza, constatano che sul punto in discussione «il legislatore avrebbe dovuto offrire una risposta» e osservano che «dove non arriva il legislatore, arriva l'interprete»; «solo che questa volta l'interprete ha pensato di dover operare un azzeramento della storia della *med-mal*, riportando gli equilibri verso assetti che pensavamo oramai alle spalle».

⁸⁷ Per una più ampia casistica relativa al settore del diritto civile, si rinvia al volume di C. Castronovo, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 87 ss., ricco di esemplificazioni al riguardo.

5.1. *Giurisprudenza comune e giurisprudenza costituzionale*

Si registra, in primo luogo, una significativa interazione tra la giurisprudenza comune, specie delle giurisdizioni superiori, con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che il giudice di norma è propenso a tenere in grande considerazione e a valorizzare al massimo delle sue potenzialità. È da notare, oltre alle considerazioni sopra svolte, che talora l'intervento della Corte costituzionale produce la rimozione di limiti all'interpretazione giudiziale. Talvolta gli interventi della giurisprudenza comune, tesi a colmare lacune che finivano per impingere sull'effettività dei diritti costituzionali, si sono attuati solo a seguito di interventi della Corte costituzionale: ciò a rimarcare il fatto che l'opera della Corte e quella dei giudici si pongono in un rapporto quasi di continuità, nel senso che è l'intervento del Giudice delle leggi che legittima operazioni dei giudici comuni che, in difetto, non avrebbero potuto essere messe in atto.

Grazie alla Corte costituzionale i giudici sono quindi talvolta autorizzati a superare quello che è il loro limite naturale, la lettera della legge. Un caso ormai «storico» è quello relativo alla possibilità di sottoporre al controllo di un giudice i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti della persona. Nonostante la pluralità di paradigmi legislativi esistenti, la Corte non si era astenuta dall'intervenire, anche se attraverso lo strumento dell'additiva di principio. A seguito di alcune incertezze applicative, in alcuni casi miranti a sterilizzare di effetti la pronuncia, la giurisprudenza di legittimità recepiva infine le indicazioni della Corte garantendo il diritto alla tutela giurisdizionale⁸⁸.

In altro caso è manifesto come una interpretazione, pure affacciata in giurisprudenza, ha potuto consolidarsi solo a seguito di un intervento della Corte costituzionale, pur anche non di accoglimento. Nel contesto della disciplina dell'istituto dell'assegnazione della casa familiare, la legge indica tra l'altro le cause di cessazione di tale assegnazione, tra cui rien-

⁸⁸ Il riferimento è alla sentenza n. 26 del 1999 della Corte costituzionale. Dopo alcune incertezze registrate in giurisprudenza, la Cassazione prese posizione in modo inequivoco sulla necessità di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto: cfr. Cassazione, SS.UU., 22 febbraio 2003, n. 25079: si tratta di un esito che era stato del resto caldeggiato, a margine della citata pronuncia della Corte costituzionale, dalla maggior parte della dottrina: così S. Bartole, *I requisiti dei provvedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. Fazzioli, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, C. Santoriello, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*, tutti in *Giur. Cost.*, 1999, 190 ss.

trano pure il matrimonio dell'affidatario o la sua convivenza *more uxorio* dello stesso: ciò emerge, come la stessa Corte constata, sulla base del tenore letterale della norma codicistica⁸⁹. Premesso che l'interpretazione secondo la lettera della norma non realizza i fini di tutela sottesi alla norma stessa, la Corte osserva che «la coerenza della disciplina e la sua costituzionalità possono essere recuperate ove la normativa sia interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore»; «tale lettura non fa altro che evidenziare un principio in realtà già presente nell'ordinamento, e consente di attribuire alla norma censurata un contenuto conforme ai parametri costituzionali, come, del resto, già ritenuto da diversi giudici di merito e dalla prevalente dottrina»⁹⁰.

Il *dictum* della pronuncia ha avuto di fatto seguito nella giurisprudenza comune che si è attestata sulla interpretazione fatta propria dalla Corte costituzionale che si colloca, come dalla stessa ammesso, fuori dal perimetro della lettera della legge⁹¹. Si tratta di una possibilità che la Corte costituzionale, fermi i dubbi sul «seguito» di tali pronunce, adotta talvolta sulla base del fatto che tali decisioni interpretativa hanno attitudine a convertirsi in speculari pronunce di accoglimento, cosa a cui la giurisprudenza costituzionale ci ha da tempo abituati. Ciò non toglie che, in casi consimili, ove si delinei un vero e proprio ostacolo consistente nella lettera della legge, sarebbe forse preferibile la via dell'accoglimento, opzione di fatto molte volte dalla stessa Corte compiuta⁹².

⁸⁹ Si tratta della sentenza n. 308 del 2008: secondo la Corte, «l'art. 155-*quater* cod. civ., ove interpretato, sulla base del dato letterale, nel senso che la convivenza *more uxorio* o il nuovo matrimonio dell'assegnatario della casa sono circostanze idonee a determinare la cessazione dell'assegnazione, non è coerente con i fini di tutela della prole, per i quale l'istituto è sorto». Anziché schiudere la porta dell'incostituzionalità, apparentemente scontata in base a questo *incipit*, la Corte risolve in caso in via interpretativa, anche se con la formula che più ha attitudine ad essere recepita dalla giurisprudenza, e cioè l'interpretativa di rigetto.

⁹⁰ Ancora Corte costituzionale, sent. n. 308 del 2008.

⁹¹ Sul fatto che la giurisprudenza abbia pacificamente preso atto della pronuncia, si veda, ad esempio, Cassazione, 24 giugno 2013, n. 15753.

⁹² Nel senso indicato, ad esempio, Corte cost., sent. 394 del 1989 sulla trascrivibilità del diritto di abitazione a favore del coniuge affidatario della prole; a fronte della possibilità di trascrizione prevista dalla legge sullo scioglimento del matrimonio (la legge n. 87 del 1987), la stessa possibilità non era contemplata, nonostante l'*eadem ratio*, dall'art. 155 c.c. nel caso di assegnazione del diritto di abitazione a seguito di separazione tra i coniugi.

Le varianti delle interferenze tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza comune sono molteplici ed accade spesso che la giurisprudenza della Corte costituzionale sia a diverso titolo coinvolta nel circuito interpretativo, espletando funzioni di diversa natura. Se in certi casi, come visto, la Corte costituzionale rimuove limiti al riconoscimento di diritti da parte della giurisprudenza comune, anche attraverso pronunce che non sono di accoglimento, può anche accadere che, pur essendo la giurisprudenza comune approdata ad una soluzione conforme a Costituzione la Consulta, nondimeno, investita della relativa *quaestio*, opti per una dichiarazione di incostituzionalità, o anche ribadisca la condivisibilità della soluzione attinta dalla giurisprudenza comune sia con decisioni di tipo interpretativo sia anche con decisioni di accoglimento⁹³.

⁹³ La prima eventualità si è ad esempio registrata nel caso dell'ammissione del cambiamento di sesso in assenza di interventi chirurgici e a seguito di opportuni accertamenti di tipo psicologico. Pur essendo la Cassazione giunta a tale soluzione, la Corte costituzionale ha in ogni caso provveduto a ribadire, pur in via interpretativa, la conformità a Costituzione dell'opzione ermeneutica: alla sentenza della Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138, ha fatto seguito l'interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, la n. 221 del 2015. La seconda eventualità si è realizzata in relazione all'istituto della *traslatio iudicii*, oggetto da tempo di lavoro giurisprudenziale: la possibilità di realizzare la *traslatio iudicii* anche in caso di coinvolgimento di diversi ordini di giurisdizione, pure ammessa in via interpretativa con la pronuncia dalla Cassazione, SS.UU., 22 febbraio 2007, è stata a pochissima distanza di tempo, confermata dalla Corte costituzionale con una sentenza di accoglimento (il riferimento è alla sent. n. 77 del 2007). A tali pronunce, a conferma della circolarità dei processi di formazione del diritto, e del ruolo creativo della giurisprudenza, il legislatore aveva dato seguito con l'art. 59 della legge n. 69 del 2009. Un altro esempio di intervento, praticamente contestuale, della Cassazione e della Corte costituzionale si è avuto, in materia di istruzione, in riferimento ad una disposizione legislativa che non consentiva alcuna deroga alla fissazione del numero degli insegnanti di sostegno nella scuola, a prescindere dalle situazioni concrete, e dalla gravità dei casi per cui era richiesta la provvidenza: mentre alcuni giudici amministrativi provvedevano al riguardo (tra gli altri, TAR Liguria, 18 marzo 2010, n. 1183, evocando la necessità di attuare diversi principi e diritti costituzionali – in particolare, artt. 3, 32, 34 e 38 – sostenendo che «l'organizzazione dell'attività di sostegno da parte delle istituzioni scolastiche non può quindi comprimere o vulnerare quel diritto riconosciuto alla persona dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria, ed il servizio reso dall'insegnante di sostegno deve essere garantito in via sostanziale, cioè con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell'handicap»), la Corte costituzionale interveniva con la sentenza n. 80 del 2010 decretando l'illegittimità, *in parte qua*, delle disposizioni impugnate, in quanto «irragionevoli» (in particolare «illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico»).

La ricchezza della casistica non deve per vero meravigliare, in considerazione del fatto che una buona parte delle pronunce della Corte costituzionale contengono spunti interpretativi, pur variamente modulati, di modo che non è azzardato ragionare, al riguardo, di una vera e propria giurisdizione di interpretazione⁹⁴.

5.2. Attività giurisdizionale e sfera legislativa

Altrettanto frequenti, e non eliminabili, sono le interazioni che si registrano tra ordinario svolgimento dell'attività giurisdizionale e attività legislativa, e ciò in varie forme e in varia guisa. Talvolta, a testimonianza di una certa «circularità» nei procedimenti di formazione del diritto, si verificano casi di recepimento legislativo di orientamenti affermatasi in giurisprudenza. Esempio emblematico di tale tendenza è la recente riforma del processo amministrativo: la relativa legge di delega si peritava di annoverare tra i principi cui sarebbe dovuto ispirare il legislatore delegato quello secondo cui si sarebbe dovuto provvedere ad «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori»⁹⁵. Nel diverso ambito del diritto penale e della procedura penale, la recente legge «Orlando» del 2017 ha introdotto una serie di modifiche legislative che non consistono in altro che nel recepimento di affermati orientamenti giurisprudenziali⁹⁶.

⁹⁴ In tale ordine di idee si muove, con argomentazioni condivisibili, G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 2001, 527, secondo il quale «è proprio il congegno del giudizio di costituzionalità, quale introdotto dall'art. 1 della legge n. 1 del 1948, a creare il presupposto affinché il giudizio stesso assumesse sempre più la natura di un processo interpretativo», precisando altresì che tale interpretazione «non dovrebbe ricadere sui giudici in modo meno vincolante» rispetto alle pronunce di accoglimento in senso stretto. Ma si tratta di un approccio coltivato anche nel passato da una attenta dottrina: sul punto L. Elia, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo ai giudici*, cit., 1715 ss.

⁹⁵ Il riferimento è all'art. 44 della legge di delega n. 69 del 18 luglio 2009 (*Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*).

⁹⁶ Si tratta della legge 23 giugno 2017, n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), nell'ambito della quale non mancano gli esempi di recepimento, in forma legislativa, di consolidati orientamenti giurisprudenziali. Ciò si riscontra, ad esempio, in relazione alla disciplina della verifica dei termini di tempestiva iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato; in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di appello promosso dal pubblico ministero. Si tratta di casi, e altri ce ne sarebbero da menzionare, in cui i disposti legislativi recepiscono orientamenti sviluppati dalla giurisprudenza, soprattutto di cassazione. Sul provvedimento legislativo citato, anche nell'ottica nella presente sede coltivata, cfr. il contributo di M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra*

Nel novero dei casi giurisprudenziali sopra passati in rassegna, si è menzionati diritto all'oblio, ricordando che si tratta di un diritto di conio giurisprudenziale: a livello normativo si tratta peraltro di un diritto che è stato in qualche misura e per qualche verso recepito dal recente regolamento dell'Unione UE 27 aprile 2016 n. 679: in particolare, la rubrica dell'art. 17 del regolamento appena citato ragiona non solo di «diritto alla cancellazione» dei dati ma anche di vero e proprio «diritto all'oblio»⁹⁷.

Altre volte ancora l'interazione in discorso si manifesta in modo ancora diverso dal momento che, a seguito di interventi caratterizzati da un elevato tasso di «creatività» da parte della giurisprudenza, viene sovente evocato, specie dalla dottrina, un intervento legislativo che possa porre ordine, di norma rispondendo ad esigenze di prevedibilità, certezza, o legalità, alla situazione determinata da un attivismo giurisprudenziale sviluppatosi in una materia scarsamente (o lacunosamente) disciplinata⁹⁸. I nessi e le inte-

codificazioni della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2027.

L'interazione è del resto comune: nell'ambito del diritto del lavoro si pensi, ad esempio, all'istituto dello *ius variandi* e al rapporto tra orientamenti affermati in giurisprudenza (in particolare Cassazione, 22 maggio 2014, n. 11395) e quanto di poi previsto dal D. Lgs. n. 81 del 2015 (su tale profilo cfr. L. De Angelis, *Giurisprudenza sullo ius variandi e ruolo del giudice alla luce del Jobs Act: spunti di riflessione*, in *Lavoro e diritto*, 4/2016, 867 ss.).

⁹⁷ Si tratta del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/DE (regolamento generale del Parlamento europeo sulla protezione dei dati personali)».

⁹⁸ In riferimento ad un caso che sopra si è ricostruito, relativo alla responsabilità medica della struttura, alla natura di essa e alla sua disciplina: a seguito delle incertezze giurisprudenziali in punto «nesso causale» si è autorevolmente auspicato un intervento correttivo del legislatore, pur a seguito dell'adozione di una recente disciplina in materia (in questo senso R. Pardolesi, R. Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura: indietro tutta!*, cit., 13).

Interessante una vicenda giurisprudenza recente relativa alla disciplina dell'assegno di mantenimento in caso di divorzio: a fronte di una recente pronuncia della Cassazione, che rappresenta una soluzione di continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza, e a seguito di alcune incertezze applicative, se non di vere e proprie «ribellioni» da parte dei giudici di merito, si è auspicato un intervento del legislatore, del resto in materia molto atteso (così E. Andreola, *I nuovi presupposti dell'assegno divorzile: la «distanza» dei giudici di merito*, in *Corriere giuridico*, 5/2018, 648).

In ambito ancora diverso, e segnatamente in quello del *private antitrust litigation*, a fronte di una giurisprudenza forse troppo creativa, si invocava del pari un intervento del legislatore onde temperare i margini di discrezionalità, e di imprevedibilità, che il «diritto delle Corti» inevitabilmente portava con sé: così M. Casoria, R. Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle Corti?*, in *Foro It.*, I, 2015, 2752 ss., a margine della pronuncia della Cassazione, 4 giugno 2015, n. 11564.

razioni sono dunque molto variegata e non è possibile nella presente sede che accennare a tale problematica⁹⁹.

5.3. *Creatività giudiziaria e attuazione della Costituzione*

Emerge certamente un nesso tra casi etichettati come espressione di creatività giurisprudenziale e i processi di attuazione, almeno in senso lato, della Costituzione, nesso che la più parte delle volte appare diretto, altre volte solo indiretto. L'impressione è che quando siano in gioco diritti costituzionali da soddisfare il tasso di creatività risulti spesso più elevato. Pur essendosi sostenuto che, contrariamente alla comune opinione, per lo meno alcune delle norme correntemente etichettate come principi non si sottraggono ad una applicazione del tutto analoga di quella praticata con riguardo alle norme qualificate come «regole», ed anche ad accogliere la tesi che tende ad una ricalibratura della distinzione tra regole e principi, è difficile revocare in dubbio che l'ampiezza di certe norme costituzionali finisce quasi invariabilmente per consegnare un più ampio margine di manovra all'interprete rispetto a norme se non altro diversamente fraseggiate¹⁰⁰. Sul fatto che tale margine configuri, più che una vera e propria creatività,

⁹⁹ Per un'ampia e ricca ricostruzione dei problemi sul tappeto si rinvia ai vari interventi ospitati dalla Rivista *Diritto pubblico*, 2016, 483 ss., significativamente intitolato *Giudici e legislatori*.

¹⁰⁰ L'approccio a cui nel testo si accenna è stato sviluppato, in particolare, da L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, spec. 31, ove si sostiene che «una norma può essere concepita come un «principio», ovvero come una «non regola», siccome tale non applicabile, soltanto se è effettivamente inapplicabile perché nessun comportamento predeterminato è configurabile come sua specifica applicazione o violazione». Se tali sono quei principi che L'Autore definisce come «principi direttivi», quali l'enunciazione di cui all'art. 1 Cost. o di cui all'art. 3, comma 2, altro discorso va fatto per «tutti quei principi dotati di significato estensionale», che l'Autore definisce alla stregua di «principi regolativi», ad esempio «il principio di uguaglianza, i diritti di libertà e i diritti sociali costituzionalmente stabiliti, dei quali sono ben configurabili attuazioni o violazioni alle quali essi sono applicabili come regole». Uno spunto, in senso operativo, che enfatizza il ruolo normativo delle norme costituzionali che contemplano diritti, si rinviene in V. Angiolini, *Giudici e legislatori*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2/2016, 530, 531, il quale, muovendo dalla decisione della Corte di cassazione sul caso «Englaro», osserva che «l'art.13 Cost. (e lo stesso art. 32 Cost.) riserva(no) alla legge, rendendo quindi doveroso l'intervento del legislatore ordinario, solamente le «restrizioni» della «libertà», e dunque l'imporre i trattamenti invasivi anche sotto specie di cure sanitarie; mentre, in assenza della legge, al giudice rimane da applicare il principio dell'«inviolabilità» della «libertà personale» (e della salute come «diritto dell'individuo»; co. 1 dell'art. 13 e co. 1 dell'art. 32 Cost.)».

l'espressione delle potenzialità ermeneutiche insite nell'enunciato normativo, si può invero in linea di massima concordare.

Tutto ciò non esclude che si diano anche casi di giurisprudenza creativa che non hanno a che fare con principi costituzionali, limitandosi talora a sciogliere contrasti interpretativi su singole questioni. In ogni caso, e pur riservandosi di allargare lo spettro della casistica, sembra interessante osservare che (per lo meno) i giudici di vertice appaiono particolarmente propensi a dare spazio alla dimensione «costituzionale» delle questioni *sub iudice* nei casi in cui, beninteso, vengano in gioco profili connessi con l'attuazione e/o applicazioni di norme costituzionali¹⁰¹. In questa prospettiva le innovazioni giurisprudenziali possono essere anche correlate alla opportunità/necessità di armonizzare il sistema con i principi espressi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretata dalla Corte Edu. In diversi casi tale adeguamento ha dato la stura ad orientamenti connotati da discontinuità rispetto ai precedenti se non a veri e propri *revirements* giurisprudenziali, come ad esempio avvenuta con una pronuncia della Suprema Corte in tema di riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto nel caso di (sopravvenuto) mutamento di giurisprudenza¹⁰².

¹⁰¹ In riferimento ai casi sopra ricostruiti si pensi, in particolare, alla radice costituzionale del diritto all'oblio e ai vari principi costituzionali che vengono in gioco sia nel caso che ruota attorno alla maternità surrogata sia a quello che riguarda il diritto del figlio adottato a conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo. Sul nesso tra attività creativa dei giudici e tutela dei diritti costituzionali V. Angiolini, *Giudici e legislatori*, cit., spec. 529.

¹⁰² Il caso riguardava la possibilità di riproporre la richiesta di applicazione dell'indulto, ai sensi di cui all'art. 666, c. 2 c.p.p., nel caso di mutamento di orientamento giurisprudenziale intervenuto con decisione della Cassazione a sezioni unite. A fronte di un solido filone di giurisprudenza, anche di legittimità, orientato in senso contrario, la Cassazione, SS.UU., 13 maggio 2010, ha ritenuto appunto la richiesta ammissibile anche in caso di sopravvenuto mutamento giurisprudenziale, superando il consolidato orientamento secondo cui tale mutamento non sarebbe stato idoneo a vincere la preclusione derivante dal giudicato: la nuova impostazione è dalla Cassazione correlata al dovere «del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad essa attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo», secondo cui nel concetto di legalità, accanto al diritto legislativo, c'è spazio per il diritto di creazione giurisprudenziale (ad es., Corte Edu, *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008). Sulla base di questa interpretazione, la Cassazione include nel concetto di nuovo «elemento di diritto» di cui alla norma del codice di rito, anche il mutamento giurisprudenziale riconducibile ad un pronunciamento della Corte di cassazione a sezioni unite. Sul fatto che la pronuncia citata sia opportuna e sul fatto che sia in sintonia con l'impostazione della Corte di Strasburgo in tema di legalità in ambito penale, si può certo concordare; sul fatto che l'opzione seguita sia espressione di una scelta obbligata, o costituzionalmente obbligata, si potrebbero nutrire dubbi anche in considerazioni dell'approccio al problema degli effetti del precedente coltivato dalla giurisprudenza costituzionale in un caso che ha qualche affi-

5.4. *Le diverse declinazioni della creatività giudiziaria*

Gli spazi per l'espansione della creatività giurisprudenziale sono dunque notevoli. Emergono tuttavia sensibili elementi di diversità tra le varie fattispecie: il minimo comune denominatore dell'elevato tasso di creatività non deve portare ad obliterare le disomogeneità che rendono testimonianza della varietà, e della vitalità della giurisprudenza: si tratta di una galassia frammentata approssiandosi alla quale è bene osservare il detto *distingue frequenter*. Senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività si possono ad esempio considerare le seguenti situazioni, che trovano pacifico riscontro in giurisprudenza.

A) Il caso più ricorrente è quello in cui l'intervento, di cui pure si può predicare la «creatività», si risolve nella soluzione di un caso puntuale e circoscritto. Nell'ambito di questa tipologia, non è chi non veda come si debbano ulteriormente distinguere i casi in cui i giudici di vertice intendono risolvere contrasti interpretativi insorti nella giurisprudenza di merito oppure anche in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità: si tratta di soluzioni, quelle individuate dalla giurisprudenza, in qualche modo obbligate, anche per rispondere al ruolo istituzionale della Cassazione e all'istanza di uniforme interpretazione del diritto che essa incarna. A esaminare più in dettaglio le varie situazioni che la giurisprudenza conosce si può osservare che anche l'istanza unificatrice è probabilmente più accettabile quando essa si radichi sulla realizzazione di principi costituzionali rispetto al caso in cui sia espressione della preferenza un'opzione su un'altra, magari con argomentazioni contestabili o semplicemente reversibili e, in ogni caso, non decisive.

Esempio, tra i tanti, della prima eventualità si è dato in tema di inefficacia del titolo esecutivo con il quale si sia proceduto a pignoramento nel corso di un processo di esecuzione in cui siano intervenuti altri creditori titolati a mezzo di intervento oppure con successivo pignoramento: la Cassazione, dirimendo un contrasto tra due orientamenti giurisprudenziali

nità con quello appena descritto e che è stato deciso dal Giudice delle leggi con la nota sentenza n. 230, 2012 (su cui cfr. V. Napoleoni, *Mutamento giurisprudenziale in bonam partem e revoca del giudicato penale di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012, 175 ss.). Non è inusuale rinvenire, nella giurisprudenza della Cassazione, affermazioni favorevoli alla sussistenza di un vero e proprio vincolo promanante dal precedente: cfr., ad esempio, Cassazione, 4 luglio 2003, n. n. 10615, ove si ragiona di un vero e proprio dovere di fedeltà ai propri precedenti da parte della stessa Cassazione, dovere che trova fondamento sull'art. 65 della legge sull'Ordinamento giudiziario.

contrapposti, statuisce che l'inefficacia sopravvenuta del titolo del creditore procedente non intacca la validità e l'efficacia del pignoramento se originariamente valido¹⁰³. È interessante osservare che nel caso la Cassazione, nel prendere partito per una delle interpretazioni possibili, oltre a trovare avallo nell'interpretazione sistematica, addita l'opzione prescelta come «quella più ragionevole» anche nell'ottica della salvaguardia di ragioni in senso lato di economia processuale, evitando il «moltiplicarsi delle procedure coattive» e conveniente sotto un profilo economico in relazione a costo (complessivo) delle procedure¹⁰⁴.

Altro emblematico e recente caso, nel medesimo insieme di definizione, riguarda il risarcimento del danno in caso da infortunio *in itinere*, essendosi delineato un contrasto decennale in ordine al rapporto tra risarcimento accordato dall'INAIL e quello ottenuto sulla base delle regole civilistiche che disciplinano la responsabilità civile. Riconosciuto, e ricostruito, il contrasto giurisprudenziale la Cassazione opta per la soluzione in base alla quale in sede di valutazione degli effetti pregiudizievoli del sinistro si tenga conto anche «degli eventuali vantaggi collegati all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica»: «se così non fosse [...] il danneggiato ne trarrebbe un ingiusto profitto, oltre i limiti del risarcimento riconosciuto dall'ordinamento civile»¹⁰⁵. È interessante osservare che, nel caso, l'opzione preferita è espressione di un principio di «razionalità-equità», oltre ad

¹⁰³ Il riferimento è a Cassazione, SS. UU. 7 gennaio 2014, n. 61: secondo il principio di diritto in essa enunciato, «qualora, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo esecutivo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva dal pignorante esercitata, il pignoramento, se originariamente valido, non è caduto, bensì resta quale primo atto dell'iter espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto, che prima ne era partecipe accanto al creditore pignorante».

¹⁰⁴ In tale direzione appunto Cassazione, SS. UU. 7 gennaio 2014, cit., secondo cui, con considerazione di carattere generale, l'interpretazione disattesa determinerebbe conseguenze economiche negative sia per i creditori procedenti che per il patrimonio del debitore, depauperato dal moltiplicarsi dei procedimenti esecutivi.

¹⁰⁵ Così Cassazione, SS. UU., 22 maggio 2018, n. 12566, la quale al fine di sceverare le due tipologie di poste, cumulabili oppure no, statuisce che «in tanto le prestazioni del terzo incidono sul danno in quanto siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato», dovendosi utilizzare il criterio del collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria: utilizzando tale criterio, viene ovviamente ad essere cumulato con la rendita l'INAIL quanto percepito a titolo di assicurazione sulla vita a suo tempo stipulata dal danneggiato, dato appunto che l'assicurazione sulla vita «svolge una funzione diversa da quella risarcitoria ed è corrisposta per un interesse che non è quello di beneficiare il danneggiante».

avere l'avallo della prevalente dottrina ed essere in sintonia con i principi del diritto civile europeo¹⁰⁶.

Vi sono casi, al contrario, in cui alla risoluzione di un contrasto giurisprudenziale, non sembra corrispondere una decisione fondata su basi inconfutabili, prestando anzi il fianco talvolta la soluzione prescelta a critiche di varia natura. È quanto accaduto, ad esempio, con una pronuncia della Cassazione penale di alcuni anni or sono chiamata a dirimere un contrasto giurisprudenziale relativamente alla configurabilità del tentativo di rapina impropria¹⁰⁷. Rilevando la Cassazione che il legislatore ha ritenuto di sanzionare ben più gravemente la fattispecie di rapina rispetto a quella di furto, «in ragione del nesso di contestualità che unisce le due offese, attribuendo così maggiore gravità anche al furto», conclude osservando che «appare ragionevole ritenere che tale *ratio* sussista anche nel caso in cui il soggetto agente tenta di sottrarre il bene altrui ed è poi disposto per assicurarsi l'impunità ad usare violenza o minaccia»¹⁰⁸. In difetto di principi, soprattutto costituzionali, da attuare (e/o applicare), non c'è da meravigliarsi che la reazione di parte della dottrina non sia stata sempre positiva rispetto a tale arresto, anche sulla base del fatto che è la lettera della norma che sembra opporsi alla via battuta dalla Cassazione. È vero che il riferimento alla ragionevolezza nel contesto dell'attività interpretativa non va guardata con sfavore, ma esso va ovviamente combinato con gli altri canoni che governano i processi interpretativi. Il caso in esame mette in guardia sul rischio che, attraverso tale riferimento, si possa travalicare la lettera della legge, circostanza che nella specie peraltro la Cassazione (non del tutto convincentemente) recisamente nega¹⁰⁹.

B) Accade in altri casi che i giudici di vertice intervengano non tanto, o comunque non solo, per comporre indirizzi divergenti affermatasi in giurisprudenza quanto per «attualizzare» orientamenti affermati e consolidati nel tempo, rendendo il sistema (o il segmento di sistema) giuridico maggiormente in sintonia con l'evoluzione della società e della coscienza socia-

¹⁰⁶ Non a caso la Cassazione, SS.UU., 22 maggio 2018, cit., ha cura di menzionare al riguardo anche i *Principles of European Tort Law*, art. 10, 103.

¹⁰⁷ Il riferimento è a Cassazione, SS. UU., 12 settembre 2012, n. 34952.

¹⁰⁸ Ancora Cassazione, SS.UU., 12 settembre 2012, cit.

¹⁰⁹ In senso critico rispetto all'approdo attinto dalla citata sentenza, si vedano le considerazioni di G.L. Gatta, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2012. Nonostante i dubbi seminati dalla dottrina, l'impianto della pronuncia sembra aver avuto positiva accoglienza in giurisprudenza: di recente Cassazione, 8 marzo 2017, n. 11135.

le, oppure anche per dare avvio ad un nuovo corso giurisprudenziale, sulla base di svariate motivazioni. Nel primo senso si può, ovviamente in via meramente esemplificativa, menzionare un recente caso in materia di scioglimento del matrimonio relativo, in particolare, ai presupposti giustificativi dell'assegno di divorzio. A fronte di uno stratificato orientamento che in sostanza si basava sul cd. «tenore di vita» goduto dal coniuge destinatario dell'assegno in costanza di matrimonio, la Cassazione, pur sulla base di una lettura asseritamente logico-sistematica delle norme in materia, squaderna diversi criteri ai fini del riconoscimento (e quantificazione) dell'assegno e, *in primis*, il principio di «autoresponsabilità» e della «indipendenza o autosufficienza economica» al fine di superare criteri ritenuti espressamente non più attuali¹¹⁰. Accanto a tale argomento, anche nel caso viene evocato il principio di ragionevolezza come criterio guida nell'interpretazione, pure se l'opzione interpretativa prescelta si fonda anche sul «contesto giuridico

¹¹⁰ La lettura consolidata dei presupposti dell'assegno in parola muoveva dalla pronuncia della Cassazione, SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490. Il nuovo corso è stato inaugurato dalla sentenza della Cassazione 10 maggio 2017, n. 11504, sulla cui novità la dottrina ha molto insistito: tra i tanti A. Di Maio, *Assistenza o riequilibrio negli effetti di divorzio?*, *Giur. it.*, 2017, 1299; C. Rimini, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1254. L'impostazione fatta propria da tale decisione risulta poi confermata, ad esempio, da Cassazione, 22 giugno 2017, n. 15481.

Si tratta di un argomento, quello dell'evoluzione della coscienza sociale che trova periodicamente accoglimento nella giurisprudenza di legittimità: in tale senso Cassazione, ordinanza 5 maggio 2016, n. 8978, in tema di sospensione della prescrizione per i coniugi legalmente separati. Sulla base di una interpretazione che indubbiamente evade dal contesto letterale di cui all'art. 2941, n. 1 c.c., la Cassazione sostiene nella citata ordinanza che «la sospensione della prescrizione tra coniugi di cui all'art. 2941, n. 1, c.c. non trova applicazione al credito dovuto per l'assegno di mantenimento previsto nel caso di separazione personale, dovendo prevalere sul criterio ermeneutico letterale un'interpretazione conforme alla *ratio legis*, da individuarsi tenuto conto dell'evoluzione della normativa e della coscienza sociale e, quindi, della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell'unità familiare [...]; nel regime di separazione, infatti, non può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l'armonia familiare, poiché è già subentrata una crisi conclamata e sono già state esperite le relative azioni giudiziarie».

In dottrina, anche per riferimenti ulteriori, cfr. N. Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *www.juscivile.it*, 4/2016, 304, 305, secondo cui dottrina e giurisprudenza non sono chiamati a leggere testi confrontandosi fra di loro sulle modalità di quella lettura, ma ad analizzare contesti, nella asprezza delle loro tensioni, ma anche nella aspirazione a ricercare punti di equilibrio» confrontandosi dunque con «la molteplicità delle situazioni, con la varietà degli interessi in conflitto, con la duttilità degli statuti normativi e con la potenziale conflittualità di valore presenti all'interno di un contesto sociale, non sempre facilmente e stabilmente definibile nei suoi contorni».

europeo» all'uopo espressamente richiamato dalla Corte¹¹¹. Il *revirement* della Cassazione, seppure argomentato e in sostanza anche condiviso dalla dottrina, non ha ingenerato reazioni univoche a livello di giurisprudenza di merito. Ogni giudizio sul punto è tuttavia prematuro e con tutta probabilità l'orientamento innovativo finirà per prevalere. Quello che è certo è che, ad oggi, in una prospettiva diacronica, l'indirizzo prevalente è quello più risalente, come alcuni giudici di merito non hanno mancato di rimarcare¹¹². Pur quindi non improvvisato, e fondato su plausibili ragioni, al recente orientamento della Cassazione, che segna una indubbia soluzione di continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza, sarebbe stato da preferire in ogni caso un intervento del legislatore, anche causa delle «difficoltà e delle disomogeneità applicative» che l'elaborazione giurisprudenziale di tali concetti reca con sé¹¹³.

C) Come si accennava, accade anche che si registrino mutamenti di giurisprudenza il cui intendimento, anche per esclusione rispetto allo spettro delle motivazioni più ricorrenti, appare quello di innovare, *in parte qua*, il sistema normativo *vigente*, attraverso un diritto *vivente* con il primo non necessariamente collimante¹¹⁴.

Recenti ed emblematici esempi di tale tipologia di creatività si rinven-
gono nell'ambito del diritto amministrativo. In un primo caso il giudice amministrativo, andando al di là della normativa dell'Unione europea in tema di appalti, conferma l'esclusione da una procedura di gara di un partecipante che aveva omesso di dichiarare una sentenza pur non definitiva

¹¹¹ Ancora Cassazione, 10 maggio, 2017, cit. Un certo peso, nell'economia della sentenza, ha pure l'argomento basato sulla comparazione giuridica: su tale significativo aspetto, cfr. S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *Foro it.*, 2017, 2707 ss.

¹¹² Ad es., Tribunale Udine, 1 giugno 2017, in *Corriere giuridico*, 5/2018, 633 ss., su cui si vedano le osservazioni critiche di E. Andreola, *I nuovi presupposti dell'assegno divorzile: la «distoria» dei giudici di merito*, *ivi*, 639 ss.

¹¹³ Nel senso indicato nel testo, ancora E. Andreola, *I nuovi presupposti dell'assegno divorzile*, cit., 647 ss., ove si ricorda del resto come, più in generale, un intervento in materia di scioglimento del matrimonio, sia da tempo atteso, anche alla luce della disciplina vigente in molti Paesi europei: così, tra gli altri, M.G. Cubeddu, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, G. Ferrando, M. Fortin, F. Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, 105.

¹¹⁴ Su tale concettualità, da ultimo, icasticamente, L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 13, secondo cui il primo costituisce «l'insieme degli enunciati normativi», il secondo, «l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione»; di modo che «mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, l'intero diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria».

di condanna¹¹⁵. La legittimità dell'esclusione si fonderebbe, per il Giudice amministrativo, sulla violazione degli obblighi dichiarativi che incombono sui partecipanti alle gare. Pur essendo gli illeciti risalenti a diversi anni prima, e pur non essendo definitiva la condanna, il Consiglio di Stato fa propria l'interpretazione adottata dall'ANAC secondo cui il periodo di esclusione dalle gare non può superare i tre anni dalla data del provvedimento di condanna, e non dalla data di verifica del fatto storico, come al contrario previsto, per giunta, dalla direttiva dell'Unione europea in materia¹¹⁶.

Analoga creatività trapela pure da altro recente arresto in cui il Supremo Giudice amministrativo, con riguardo all'istituto dell'annullamento d'ufficio di atti amministrativi adottati precedentemente all'entrata in vigore della legge n. 124/2015, di modifica della legge n. 241 del 1990. Il punto in discussione riguardava la decorrenza, prevista dalla citata norma, del termine di 18 mesi previsto appunto dal novellato art. 21-*nonies* della legge n. 241 per esercitare il potere di annullamento da parte dell'amministrazione¹¹⁷. A fronte della citata novella del 2015 che «aveva fatto una scelta assolutamente chiara (confermata anche all'esito di ben due pareri della Commissione speciale istituita presso la Sezione consultiva sugli atti normativi dello stesso Consiglio di Stato: pari nn. 839 e 1784/2016) nel senso che il termine di 18 mesi dall'adozione del provvedimento per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio fosse operante in tale declinazione (*id est* dall'adozione del provvedimento) sin dall'entrata in vigore della disposizione, ostando fin da tale momento all'adozione di atti caducatori o soprassessori di titoli risalenti a oltre 18 mesi prima», «sulla base di una lettura (*recte* scelta) ritenuta semplicemente «più ragionevole» la riferita giurisprudenza lo ha invece spostato in avanti affermando che esso deve

¹¹⁵ Il riferimento è a Cons. Stato, sentenza 5 settembre 2017, n. 4192, menzionata, insieme ad altri casi, da M.A. Sandulli, «*Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *www.federalismi.it*, 2017, 9 ss. la quale criticamente qualifica come «arbitraria» la «introduzione di nuove cause di esclusioni dalle gare» ed espressione di una «interpretazione evolutiva (*recte* «creativa») della giurisprudenza».

¹¹⁶ Si tratta, in particolare dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2014 in tema di appalti pubblici; siamo per vero al cospetto di una interpretazione, quella dell'individuazione del *dies a quo* nella data della commissione del fatto, che anche lo stesso Consiglio di Stato, con parere n. 2286/2016, aveva condiviso, come opportunamente ricordato da M.A. Sandulli, «*Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, cit., in particolare nota n. 28.

¹¹⁷ Il riferimento è a Cons. Stato, 19 gennaio 2017, n. 250.

piuttosto decorrere dall'entrata in vigore della legge», con un'interpretazione invero poco conforme al tenore letterale della norma¹¹⁸.

Si tratta di una tendenza, quella del Consiglio di Stato, che spesso si propaga anche ai giudici amministrativi di merito. In un recente caso, ad esempio, il TAR Sardegna ha deciso una questione che aveva come sfondo il riparto di competenze tra organi politici e amministrativi, non sulla base del (non equivoco) dato legislativo, ma appellandosi appunto a principi più generali, nel caso appunto quello di separazione tra politica e amministrazione¹¹⁹. «In nome di un principio generalissimo – si è in dottrina osservato – si è finito così per non applicare una norma legislativa vigente», con ricadute inevitabilmente negative sul piano della certezza del diritto¹²⁰.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare soprattutto con il riferimento a questioni, non certo di particolare «visibilità» (talora inerenti alla disciplina dei vari processi) la cui soluzione, largamente discrezionale, ha comunque attitudine a incidere sulle posizioni giuridiche delle parti¹²¹. Esempio significativo di tale situazione è dato dalla decisione del Supremo Giudice amministrativo in materia di ordine di esame dei motivi del ricorso, tema dalle significative ricadute «pratiche», se non altro per le conseguenze sensibilmente diverse che possono derivare a seconda della ragione in base alla quale l'annullamento viene pronunciato. Secondo il Consiglio di Stato, il giudice amministrativo è tenuto a rispettare l'ordine dei motivi come proposti dal ricorrente e, in difetto di «graduazione» espressa, è tenuto ad

¹¹⁸ Le citazioni sono tratte da M.A. Sandulli, «*Principi e regole dell'azione amministrativa*»: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale, cit., 10, cui si rimanda anche per l'illustrazione di ulteriori esemplificazioni giurisprudenziali dello stesso tenore.

¹¹⁹ Si tratta delle sentenze del TAR Sardegna, nn. 77, 79 e 80 del 2018, opportunamente segnalata da M. Betzu, G. Coinu, *Giudice amministrativo e dilemmi applicativi: le conseguenze ordinamentali delle decisioni occasionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2018.

¹²⁰ Così M. Betzu, G. Coinu, *Giudice amministrativo e dilemmi applicativi*, cit., secondo i quali la vicenda dimostra che, «quando la giurisprudenza rinuncia a svolgere un ruolo ordinatore del sistema, la prevedibilità delle decisioni e, con essa, la coerenza dell'ordinamento entrano in crisi».

¹²¹ Si noti che, come si è giustamente osservato, talora anche decisioni apparentemente improntate a tecnicismo, celino in realtà «scelte valoriali occulte», osservando al riguardo come sia «auspicabile che tali opzioni non vengano bandite dall'argomentazione giuridica, ma siano manifestate (soprattutto dai giudici di ultimo grado)» entrando in tal modo «a pieno titolo nel dibattito giuridico» (così A. Lamorgese, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, cit., 125 ss. che segnala, tra gli altri, un caso in materia espropriativa, con riguardo alla determinazione dell'indennità di esproprio, e uno in tema di diritto di accesso, interpretato restrittivamente dal Consiglio di Stato).

esaminare in via tendenziale tutti i vizi evocati dal ricorrente¹²². La creatività della pronuncia è confermata del resto dal fatto che essa contraddice una decisione dello Stesso Consiglio di Stato di pochissimi anni precedente che aveva espresso un orientamento sul punto diametralmente opposto, dimostrando che entrambe le tesi sono suscettibili di essere suffragate con argomenti se non altro plausibili¹²³.

Un ultimo esempio si può ricordare, tratto da una vicenda legata al processo civile in cui un sì è verificato un intervento della Cassazione che è stato unanimemente qualificato dalla dottrina come creativo, data la lontananza dell'interpretazione adottata dal tenore letterale della norma da applicare alla fattispecie¹²⁴. Si tratta nel caso di un *revirement* della Cassazione in tema di individuazione del termine di costituzione dell'opponente in caso di opposizione a decreto ingiuntivo: superando un orientamento ormai consolidato, la Cassazione ha mutato opinione sul punto intervenendo in senso manipolativo sul testo della norma codicistica. Si tratta di un intervento che, oltre che criticato in dottrina, era stato osteggiato dalla giurisprudenza de merito ed anche dalle sezioni semplici della stessa Corte di cassazione, dando poi addirittura luogo ad un intervento legislativo teso

¹²² Il riferimento è a Cons. Stato, A.P., 27 aprile 2017, n. 5, secondo cui l'ordine dei motivi, come esposti dal ricorrente, è vincolante per il giudice, sulla base del principio dispositivo. In realtà il Collegio si pone in controtendenza rispetto ad un orientamento, secondo cui il giudice aveva il potere di individuare l'ordine dei motivi, sulla base della loro consistenza oggettiva e in base ad un criterio logico, di recente confermato dallo stesso Cons. Stato, A.P. n. 9 del 2014 (secondo cui «il giudice ha il dovere di decidere la controversia secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito e, fra le prime la l'accertamento sulla presenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione»). In mancanza quindi di una specifica ed esplicita graduazione dei motivi, il giudice amministrativo, anche sulla base del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è tenuto ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento nei casi di assorbimento per legge, o per pregiudizialità necessaria o infine per ragioni di economia. La graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, pertanto, vincola il giudice amministrativo, sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità. Pur nella sua tecnicità, è evidente che l'opzione adottata dal Giudice amministrativo ha evidenti riflessi sulla tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive e sulla sua effettività: sulla pronuncia e sui problemi che attorno ad essa ruotano, cfr. A. Cerreto, *Sul potere del giudice amministrativo di stabilire l'ordine di decisione dei motivi e delle domande nel giudizio davanti ai Tar*, in *www.lexitalia.it*, 2015.

¹²³ Il riferimento è alla già citata sentenza del Cons. Stato, A.P. n. 9 del 2014.

¹²⁴ Il riferimento è a Cassazione, SS.UU., sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, su cui significativamente B. Zuffi, *La non vincolatività dell'obiter dictum contenuto in Cass., n. 19246/2010 sulla dimidiazione automatica dei termini di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 891 ss.

a limitarne gli effetti¹²⁵. L'esempio fornisce dimostrazione del fatto che anche l'intervento puntuale, e di natura «tecnica», se espressione di un potere creativo non solidamente fondato su argomenti persuasivi, e che non viene accettato (per lo meno) dalla comunità degli operatori giuridici, è in grado di determinare pesanti disfunzioni oltre che gettare ombre sul ruolo della stessa Cassazione, per di più nella sua composizione più autorevole¹²⁶.

D) Non mancano anche casi in cui la creatività giurisprudenziale ha attitudine ad assumere un respiro più ampio, riguardando ad esempio l'elaborazione di un istituto del diritto o di un certo settore di esso piuttosto che una sua singola disposizione. Per rimanere all'area del diritto amministrativo, si ponga mente al decennale lavoro giurisprudenziale che ha dato luogo alla elaborazione dei vizi sintomatici di illegittimità del provvedimento amministrativo con particolare riguardo al vizio di eccesso di potere, cui si possono aggiungere la progressiva conformazione del giudizio di ottemperanza oppure anche l'individuazione di forme di tutela nei confronti del silenzio della pubblica amministrazione. A margine di una serie di esemplificazioni, del resto note, in dottrina si è constatato che in realtà

¹²⁵ Sulla ribellione dei giudici di merito si vedano le pronunce di vari Tribunali riportate in *Corriere giuridico*, 2011, 687, su cui cfr. l'osservazione di G. Della Pietra, *Ciascuno a suo modo: la Cassazione, i giudici di merito e il termine di iscrizione a ruolo dell'opposizione a decreto ingiuntivo*. La vicenda è ricostruita, in senso critico, da C. Punzi, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto*, in www.historiaetius.eu, 1/2012. Per rimediare alle incertezze determinate dalla citata pronuncia delle sezioni unite il legislatore è intervenuto, modificando l'art. 645 c.p.c., con la legge 29 dicembre 2011, n. 2018.

¹²⁶ Tra i tanti esempi, sempre in materia processuale, che si potrebbero fare, si può solo menzionare l'*iter* che ha scandito l'evoluzione giurisprudenziale relativa al problema del frazionamento in distinti giudizi delle richieste risarcitorie aventi ad oggetto il medesimo fatto illecito. A fronte di un tradizionale orientamento, compendiato nella sentenza della Cassazione, SS. UU., 10 aprile 2000, n. 108, la Cassazione, SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726, muta opinione e si esprime invece, anche in ragione della sopravvenuta modifica dell'art. 111 Cost., nel senso della contrarietà della prassi del frazionamento con le regole del giusto processo, declinato anche come divieto di «abuso degli strumenti processuali». Si tratta, per vero, di una interpretazione caratterizzata da indubbia discrezionalità, e che solo a patto di più di qualche forzatura si potrebbe ascrivere al mutato contesto costituzionale o, addirittura, ritenere costituzionalmente imposta. Nonostante quest'ultimo arresto, la questione non solo è stata, pur con riguardo ad un profilo specifico, rimessa nuovamente alle sezioni unite (cfr., in particolare, Cassazione, 16 febbraio 2017, n. 4090, confermativa, *in parte qua*, dell'arresto del 2007), ma è tuttora periodicamente sottoposta al giudizio della Cassazione, il che non pare deporre per un consolidamento dell'orientamento o in ogni caso non fa che alimentare i dubbi sul rapporto problematico tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità, oltre che, in seno alla stessa Cassazione, tra sezioni semplici e sezioni unite (da ultimo, cfr. Cassazione, 25 maggio 2018, n. 1306, pur relativa a un problema di diritto intertemporale e alla utilizzabilità, nel caso negata dalla Cassazione, della *prospective overruling*).

«il Consiglio di Stato si considera solo in parte vincolato dalla legge»; «ciò vale sia per le norme che dettano regole sostanziali, che per quelle che dettano regole processuali»¹²⁷. Ad onta delle modifiche legislative che dalla fine del secolo scorso hanno interessato il diritto amministrativo «lo spazio riservato ai principi non scritti e alla loro elaborazione rimane praticamente intatto, come se valesse ancora la situazione originaria, rappresentata da un diritto che accanto alla legge, e prima della legge, riconosceva l'importanza dei principi non scritti»: stando così le cose anche «molte novità della Costituzione hanno finito con l'essere assorbite, perché sono state identificate in massima parte con i principi precedenti»¹²⁸. Una creatività, quindi, ancorata ad una tradizione, addirittura pre-costituzionale, che sopravvive, pur essendone in parte conformata, alla sopravvenuta Costituzione. Tale creatività è stata, anche in dottrina, più accettata che contestata, dato anche il suo radicamento nelle vicende storiche che hanno scandito l'evoluzione della giustizia amministrativa in Italia¹²⁹.

Gli esempi in questa direttrice si potrebbero moltiplicare anche in altri settori del diritto, e fin anche nel diritto penale ove la declinazione del principio di legalità è, come noto, molto stringente. Di un tasso di creatività spiccato è espressione, per limitarci ad un noto esempio, l'elaborazione, in via esclusivamente giurisprudenziale, della fattispecie di concorso esterno in associazione criminosa: si tratta di una fattispecie oramai risalente, tornata però alla ribalta in quanto l'elaborazione giurisprudenziale in sede di conformazione di tale reato è stata in definitiva avallata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento al noto caso «Contrada»¹³⁰. Ad

¹²⁷ Così, A. Travi, in un contributo significativamente intitolato *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, in G. Chiodi, D. Pulitanò (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 149. Interessante l'esempio che l'Autore segnala a riprova del ruolo creativo del Consiglio di Stato che, in una decisione di alcuni anni fa, «per motivi sostanzialmente equitativi ha escluso l'annullamento di un atto illegittimo perché tale annullamento avrebbe comportato effetti pregiudizievoli per l'ambiente»; ciò appare emblematico di «un giudice che ritiene di disporre di uno spazio consistente di autonomia dal testo della legge» (il riferimento è a Cons. Stato, 10 maggio 2011, n. 2755).

¹²⁸ Così ancora A. Travi, *Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione*, cit., 150.

¹²⁹ Sul punto, tra gli altri, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 67 ss.

¹³⁰ Si tratta di un caso deciso in via definitiva dalla Corte Edu, *Contrada c. Italia*, 24 aprile 2015 (su cui, tra i molti, F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1066 ss.), che vasta eco ha provocato nell'ambito della dottrina, soprattutto penalistica, proprio con riguardo al ruolo della giurisprudenza in relazione al rispetto del principio di legalità, profilo peraltro già oggetto di attenzione da parte della Corte europea. Nell'occasione il Giudice europeo ha fatto constare che i fatti addebitati all'imputato risalivano ad un momento antecedente alla consacrazione giurisprudenziale

onta del riconoscimento, da parte della Corte Edu, del ruolo della giurisprudenza nella conformazione del reato, in qualche misura «codificato» (dalla giurisprudenza...) a far data dal 1994, occorre rilevare che l'elaborazione giudiziale non si è certo esaurita in quella data se è vero, come è vero, che i contorni di questa nebulosa fattispecie di reato vengono periodicamente rivisitati dalla stessa Cassazione, con più di qualche incrinatura del principio di prevedibilità, con inevitabile offuscamento del principio di certezza¹³¹. Nel caso, espressione di una creatività che non pare trovare certo radici nella necessità di attuare principi costituzionale, sembra siano stati decisive ragioni (in senso lato) di politica criminale (giudiziaria), nemmeno espressione, come in altri casi accade, di interpretazioni improntate a «ragionevolezza» o da tale principio suggerite¹³². Si tratta in verità di un *modus operandi* problematico in quanto offre una copertura ad un tracciato giurisprudenziale che non risponde a rigidi criteri di accettabilità delle decisioni giudiziali, anche se non si può misconoscere che si tratti di un orientamento in qualche misura sintonico rispetto aspettative diffuse a livello sociale¹³³. In questo senso può essere talora scivoloso ragionare, come talora si

della fattispecie di reato che risale, come è generalmente ammesso, al 1994: cfr. Cassazione, SS.UU., 5 ottobre 1994, n. 16, in *Foro it.*, 1995, II, 422 ss.

¹³¹ Cfr. per lo meno Cassazione, SS.UU., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss.; e, più di recente, la cd. sentenza Dell'Utri, Cassazione, 9 marzo 2012, n. 15727 (su cui si veda G. De Francesco, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2566 ss.

¹³² Sull'incidenza del principio di ragionevolezza anche in ambito dell'attività giudiziaria si vedano, nell'ambito di un più ampio e articolato discorso, le osservazioni di A. Cerri, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza del diritto*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, spec. 642 ss., secondo cui, se «in una sede interpretativa si continua, innanzi tutto, la ragionevolezza insista nei procedimenti di decisione politica, nel senso di preservare, tendenzialmente, i contenuti che veicolano, avvalorano e legittimano», «poi si finisce con l'andare oltre»; l'«estensione massima delle *rationes*, oltre il contesto nel quale furono elaborate, conduce poi ad una coerenza dell'ordinamento che può divenire pregio oggettivo, fattore di semplificazione, di legittimazione, di giustizia».

¹³³ A questo riguardo, non a caso, si è ragionato di «populismo giudiziario»: così, significativamente, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 105 ss. Si osservi poi che l'esempio del concorso esterno non è che un sintomo di una tendenza più generale: «il nuovo attivismo del giudice penale, quali che siano le cause prossime o remote, si dispiega sull'intero orizzonte del 'penale'» (in tale senso F. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in G. Chiodi e D. Pulitanò, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 172, il quale muove dal tema del rapporto tra giudice penale e azione dell'amministrazione pubblica). Altro discorso è quello di ancorare orientamenti di politica del diritto all'attuazione dei principi costituzionali, come del resto da tempo ipotizzato da autorevole dottrina proprio in ambito penale: sul punto F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 297 ss.

è fatto in dottrina, di «consenso» rispetto a scelte interpretative connotate da particolare creatività: per lo meno si dovrebbe sceverare l'ambito del «consenso», distinguendo tra quello registrato a livello sociale e quello circoscritto alla più ristretta cerchia degli operatori giuridici¹³⁴. Come il caso del concorso esterno in associazione mafiosa dimostra eloquentemente, tra le due tipologie di «consenso» può emergere una significativa divergenza.

E) Un cenno merita anche la circostanza, peraltro meritevole di ulteriore approfondimento, secondo cui, nella prospettiva dell'esercizio di poteri creativi da parte della giurisprudenza, e in relazione alla pratica dell'*overruling*, le decisioni in materia processuale godono di uno *status* in qualche misura particolare, in quanto la materia su cui incidono reclama istanze di certezza e stabilità più pronunciate rispetto al diritto sostanziale. Stando così le cose, da una parte la creatività in questo ambito appare circondata da limiti più stringenti, stando a quanto dalla stessa Cassazione sostenuto a più riprese, dall'altra ha maggior attitudine ad imporsi in ambito giudiziario, avendo il precedente in materia un maggiore peso specifico rispetto al tipico precedente in materia di diritto sostanziale.

Si tratta di un approccio che di recente è stato illustrato dalla stessa Cassazione, in uno di quegli arresti in cui, accanto all'esigenza di risolvere il caso, che per vero era risolvibile sulla base dei meri precedenti giurisprudenziali, viene a emersione la tendenza a fissare i principi in riferimento ad una *quaestio iuris*, principi che tendenzialmente, da come sono enunciati, hanno l'ambizione di conformare i successivi sviluppi della giurisprudenza. Con riguardo ad una questione squisitamente processuale, ma dalle non insignificanti ricadute pratiche, e cioè l'individuazione del momento di «pendenza della lite» nei procedimenti iniziati con atto di citazione, la Cassazione, premesso che «la salvaguardia dell'unità e della «stabilità» dell'interpretazione giurisprudenziale [...] è ormai da considerare [...] alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche», «non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo», osserva che, «per derogarvi», occorre «che vi siano buone ragioni», e, «quando si tratta di interpretazione delle norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il «travaglio» che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurispru-

¹³⁴ Per una messa a fuoco di tali problemi si rinvia, almeno, a M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 11 ss. In relazione al «consenso» che deve sorreggere la giurisprudenza, affinché essa possa affermarsi e consolidarsi, cfr. anche R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva «quantistica»*, Milano, 2013, 98 ss., secondo cui «è l'opinione pubblica, in fondo, a rendere effettive le sentenze; una giurisprudenza non dura se non incontra consenso».

denziale di queste sezioni unite civili con riguardo all'*overruling* in materia di interpretazione di norme processuali»¹³⁵. Riconosciuto quindi in modo esplicito un certo tasso di creatività nell'opera di interpretazione della legge, la Cassazione ha cura di precisare che tale creatività deve andare di pari passo con la stabilità degli orientamenti: i «problemi reali posti da questo carattere intrinseco all'esercizio della giurisdizione quando esso determina una svolta giurisprudenziale involgono considerazioni di ampio respiro ed impongono valutazioni di sistema, specie quando l'interpretazione abbia ad oggetto norme processuali ed il revirement riguardi un precedente [...] della più elevata espressione dell'attività nomofilattica considerata dall'ordinamento, cioè delle sezioni unite della Corte medesima»¹³⁶.

L'intervento particolarmente energico della Cassazione è forse anche motivato del fatto che l'impostazione patrocinata dal Supremo consesso trova un riscontro non univoco della giurisprudenza, ove anche il rapporto tra giudici di merito e Cassazione, sezione semplici e sezioni unite appare tutt'altro che stabilizzato, ad onta dei segnali legislativi e delle prese di posizione giurisprudenziali, né per vero il ruolo delle sezioni unite appare definito in modo univoco nella (talora confusa) prassi giurisprudenziale. Significativa testimonianza delle incertezze che connotano i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite è data dalla stessa vicenda da cui muove la pronuncia appena citata. La *quaestio iuris* oggetto dell'ultimo intervento era stata in verità già decisa, nel senso peraltro poi confermato più di recente, dalle stesse sezioni unite appena nel 2013, sulla scia di altri numerosi arresti più risalenti. Atteso che, come la Cassazione rileva da ultimo, «in tali termini le sezioni unite si sono dunque già espresse (peraltro pochi mesi prima della ordinanza di rimessione in questione) in maniera esplicita ed univoca in ordine alla quasi totalità delle questioni sollevate nella citata

¹³⁵ Le citazioni sono tratte da Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 1229 Si tratta di un ambito in cui «la conoscenza delle regole, quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di «giustizia» del processo medesimo. La peculiarità del regime delle norme procedurali si desume anche da quelle pronunce che in riferimento alle modifiche giurisprudenziali che tali norme hanno ad oggetto hanno ritenuto sia praticabile la *prospective overruling*, proprio per salvaguardare il principio di certezza nel peculiare ambito della disciplina processuale; su tale istituto, con riguardo alle norme sul processo, cfr. da ultimo, ad esempio, Cassazione, SS.UU., ordinanza 25 maggio 2018, n. 13061. Sulla assoluta particolarità delle norme processuali si vedano anche le considerazioni, e le esemplificazioni, contenute in C. Punzi, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto*, cit.

¹³⁶ Ancora Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 1229.

ordinanza», non si comprende invero il motivo di una nuova rimessione alle sezioni unite¹³⁷.

Ciò a fronte di numerosi casi in cui, al contrario, la rimessione alle sezioni unite, pur suggerita anche sulla base dei parametri somministrati dal codice di procedura civile, non viene operata, con tutte le conseguenze che da ciò possono derivare in termini di possibile conflittualità, la cui soluzione, in assenza di un intervento unificatore, viene procrastinata con gravi ricadute in termini di certezza e prevedibilità delle decisioni giudiziarie¹³⁸. Queste schematiche osservazioni, quindi, solo per rimarcare che il regime delle norme processuali, e la giurisprudenza che su di esse si è sviluppata, esibiscono specificità tali da essere meritevoli di attenzione particolare, insistendo la Cassazione sulla necessità che i principi di certezza e di prevedibilità siano declinati in modo stringente con riguardo a tale ampio plesso normativo.

F) Proseguendo sulla strada della individuazione di alcune delle varie declinazioni in cui la creatività giurisprudenziale si manifesta, si può registrare la tendenza, talora emersa nella prassi, soprattutto della Cassazione, a dettare regole in qualche modo generali in relazione ad una certa *quaestio iuris*. Si tratta di regole che sembrano dettate non solo per risolvere il caso di specie da cui il giudizio muove, ma che paiono funzionali ad orientare, *pro*

¹³⁷ Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 1229. Non si tratta di un episodio isolato, che non fa altro che confermare anche la tendenza, che talvolta trapela dalla giurisprudenza, ad investire le sezioni unite ancora prima che un orientamento giurisprudenziale si affermi, e in assenza di contrasti significativi di giurisprudenza, anche alla luce del fatto che talora la norma oggetto di interpretazione è appena entrata in vigore: è ad esempio accaduto che una sezione della Cassazione, la terza, abbia rimesso alle sezioni unite diverse questioni riguardanti l'art. 131-*bis* c.p. (*Esclusione della pena per particolare tenuità del fatto*), introdotto con il D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, con diverse ordinanze di data 7 maggio 2015.

¹³⁸ In questa prospettiva non è inusuale che, pur al cospetto di questioni problematiche, e in certi casi nonostante la richiesta del Procuratore generale in tale direzione, le singole sezioni non rimettono a questione alle sezioni unite: ciò è ad esempio avvenuto in relazione alla questione dell'adozione in caso di coppia omogenitoriale da parte della compagna della madre del bambino: il riferimento è a Cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962. Se si può concordare con il fatto che, come dalla Cassazione osservato, non ogni questione riguardante diritti della persona deve essere invariabilmente rimessa alle sezioni unite, in quanto «questione di massima di particolare importanza» (art. 374 c.p.c.), è anche vero che in taluni casi la rimessione potrebbe essere più che opportuna onde fornire una risposta che possa aspirare ad una maggiore stabilità, anche alla luce della natura particolarmente «divisiva» dei temi trattati (nella decisione appena citata vengono menzionate, come esempi di decisioni di tal fatta da parte delle sezioni semplici, quella relativa alle direttive di fine vita, al riconoscimento delle unioni omoaffettive, all'adozione da parte del singolo, alla cosiddetta «maternità surrogata»).

futuro, l'opera della giurisprudenza, soprattutto di merito. Emblematici di questo *modus operandi* sembrano i ricordati casi relativi al diritto all'oblio e al diritto dell'adottato alla ricerca delle proprie origini. Fermo restando che l'assetto regolativo conseguente alle pronunce sulle questioni menzionate dovrà superare il banco di prova della giurisprudenza successiva, la quale potrebbe seguire l'impostazione fatta propria dall'organo di vertice oppure contestarla sotto qualche profilo costringendo la Cassazione a nuovi interventi, sembra lecito interrogarsi sulla conformità al sistema di tale prassi.

Il giudizio non sembra possa essere a senso unico, pur essendo scontati i dubbi suscitati dalla tendenza dei giudici, per lo più di vertice, ad enunciare regole generali che espressamente si prefiggono di conformare la successiva giurisprudenza. Se è condivisibile una certa diffidenza o cautela nei confronti di decisioni consimili, il giudizio su di esse non può essere uniforme, non dipendendo esso solamente dal contenuto di tali decisioni, che appunto si risolve nell'enunciazione di regole generali valevoli, apparentemente, *pro futuro*¹³⁹. Come di consueto, la varietà dei casi suggerisce dunque di procedere ad una valutazione di ogni e ciascuna vicenda processuale, anche se va rimarcato come la stessa Cassazione ha avuto in certe occasioni modo di sottolineare come il ruolo istituzionale di essa sia saldamente connesso con il caso concreto *sub iudice*, esulando dai propri compiti «l'enunciazione di principi generali e astratti o di verità dogmatiche», essendo la «valenza nomofilattica» delle proprie decisioni ancorato alle «specificità del singolo caso della vita»¹⁴⁰.

¹³⁹ Per una distinzione del genere si vedano le pagine di S. Bartole, *Ragionando di giudici e legislatori*, cit., secondo cui «quando ragioniamo di effetti normativi delle sentenze dei giudici, conviene distinguere fra gli effetti che toccano il caso singolo deciso dal giudice con la sentenza di cui trattasi, e gli effetti della decisione che vanno al di là della specificità di questo caso per assumere una portata generale»; «laddove i primi sono naturale conseguenza dell'effetto di cosa giudicata riferita ai termini del caso della lite [...], gli effetti di ordine generale, cioè *erga omnes* delle *rationes decidendi*, delle *decisioni* dei giudici, per i quali una comparazione con uno dei tratti tipici del *common law* è pensabile, dipendono dalle vicende di progressiva accettazioni e del principio di *stare decisis*». Si potrebbe al riguardo aggiungere che è anche il seguito di tali pronunce, inteso come accoglimento di tali principi generali da parte della giurisprudenza successiva nella risoluzione di casi analoghi, a costituire un indicatore della tenuta del precedente nel caso specifico e quindi nella sostanziale accettazione dei *dicta* dei giudici di vertice da parte dei giudici di merito.

¹⁴⁰ Le citazioni sono tratte dalla recente pronuncia della Cassazione, SS.UU., 22 maggio 2018, n. 12566. Dell'impostazione accolta, secondo il Supremo Collegio, è conferma pure il disposto di cui all'art. 363 del codice di rito «perché anche là dove la Corte di cassazione è chiamata ad enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, si tratta tuttavia del principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi nella risoluzione della specifica controversia»: quindi anche nel caso di ricorso nell'interesse della legge il

Dato che i casi presi ad esempio coinvolgono il problema del contemperamento tra diversi diritti, è bene precisare che il terreno del bilanciamento tra i diritti, ove vengano in gioco diversi principi costituzionali e/o principi di rilevanza sovranazionale, costituisce il terreno tipico della Corte costituzionale: rispetto ad un intervento «preventivo» del Giudice delle leggi, che per lo meno dispensi in via preliminare le coordinate di una mappatura dei principi in gioco, un intervento «successivo» – cioè collocato a valle di prese di posizione della Cassazione – potrebbe invero creare disfunzioni¹⁴¹. Pur con riguardo al rapporto tra Corte costituzionale e Corte Edu, ma con un significato certo più generale, la Corte ha precisato che il suo compito è di operare «una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata», essendo di sua competenza il conseguente «bilanciamento, solo ad essa spettante»¹⁴². Se questo è vero nel rapporto con la Corte di Strasburgo, è *a fortiori* predicabile con riguardo alla Cassazione: quando si tratta di procedere ad un bilanciamento tra vari diritti costituzionalmente tutelati, la palla dovrebbe passare alla Consulta. Del resto che la Cassazione decida un caso dalle significative implicazioni costituzionali, dando avvio a un certo corso giurisprudenziale, e poi successivamente altri giudici, anche di merito, sollevino la questione alla Corte costituzionale, provocandone un intervento, non sembra costituire un *iter* in grado di salvaguardare la certezza e la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali.

Stando agli esempi sopra illustrati, quindi, l'intervento della Cassazione sulla definizione del diritto all'oblio appare infatti sotto più profili diverso da quello relativo al diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato. In quest'ultimo caso, per vero, appare decisiva la circostanza che, a monte dell'intervento della Cassazione, vi sia una significativa, anche se per certi versi problematica, pronuncia della Corte costituzionale, che il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini ha espressamente riconosciuto, pur esimendosi dal dettagliare le regole che devono governare il procedimento da mettere in campo per garantire l'effettività del diritto, da una parte, e la tutela della riservatezza, dall'altra. Va da sé che, in difetto

nesso con il caso della vita risulta ineludibile. Per una sottolineatura del contesto fattuale nella cornice del quale il principio di diritto viene enunciato, cfr. Cassazione, 24 luglio 2018, n. 19594.

¹⁴¹ Si rinvia al caso, sopra sommariamente ricostruito, della cd. «maternità surrogata», nell'ambito del quale la Corte è stata chiamata ad intervenire solo successivamente a vari interventi della Cassazione, evidenziando impostazioni non del tutto collimanti (cfr. *supra*, par. 4: il riferimento è a Corte cost., sent. n. 272 del 2017).

¹⁴² Così, Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

di un intervento legislativo al riguardo, inutilmente caldeggiato dalla Corte costituzionale, i giudici, nonostante qualche voce contraria, non potevano esimersi dal garantire il diritto, rispettando i principi di cui alla pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale: diritto di conoscere le proprie origini come diritto di interpellare, con modalità procedurali che assicurano una assoluta riservatezza, la madre che a suo tempo aveva optato per l'anonimato, al fine di verificare la persistente attualità della scelta effettuata in un passato spesso remoto. Il perimetro entro cui il diritto può essere esercitato e i limiti di esso rispetto agli interessi della madre, appaiono abbastanza definiti, di modo che quello con cui la Cassazione ha dovuto cimentarsi, surrogando un intervento legislativo che non ha superato la soglia del progetto di legge, è il *quomodo* dell'esercizio del diritto: si tratta, quest'ultimo, di un profilo cruciale onde non oscurare il diritto della madre a non vedere compromesso il proprio equilibrio familiare rendendo noto quello che la legge consentiva di coprire con l'anonimato. L'enunciazione di un procedimento, scandito in diversi passaggi, da parte della Cassazione, oltre che doveroso rispetto ai *dicta* della Consulta, appare anche opportuno per scongiurare disparità di trattamento nella giurisprudenza di merito, talvolta tradottesi in episodi di denegata giustizia¹⁴³.

La fattispecie appena tratteggiata può essere utilmente comparata con la recente decisione della Cassazione relativa alla perimetrazione del diritto all'oblio con riguardo alla circolazione di notizie sul *web* a distanza di tempo rispetto al periodo a cui risalgono i fatti. Come la Corte di Cassazione aveva in un passato ormai remoto dettato i principi che disciplinavano contenuto e limiti del diritto di cronaca, nel caso enuclea i principi che sugellano il diritto all'oblio, di cui si riconosce la copertura costituzionale, precisando a quali condizioni, piuttosto tassative, tale diritto può cedere al diritto di cronaca e/o di manifestazione del pensiero¹⁴⁴. La recente pronuncia della Cassazione individua «gli specifici e determinati presupposti» al ricorrere dei quali «il diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione a favo-

¹⁴³ Si è al riguardo in dottrina osservato che la Cassazione procede dunque a colmare la lacuna, individuando tutta una serie di precisi dati utilizzabili in via analogica (analogia *legis*) al fine di dare attuazione al principio indicato dalla Consulta (analogia *iuris*), quantomeno nelle more dell'intervento legislativo»: in questo senso, pur non misconoscendo la problematicità dell'intervento, R. Pardolesi, G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività giurisprudenziale*, cit., 116. In senso adesivo rispetto all'intervento della Cassazione, M. Finocchiaro, *La Cassazione «fa sue» le prerogative del legislatore*, cit., 57 ss.

¹⁴⁴ Con riguardo al diritto di cronaca e ai limiti di esso, non si può non menzionare quella che, non a caso, è stata definita la pronuncia «decalogo» della Cassazione, la sentenza 18 ottobre 1984, n.5259; sul diritto di oblio, cfr. Cassazione, 20 maro 2018, n. 6919.

re dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca»¹⁴⁵. Il presupposto del ragionamento è la tutela del diritto all'oblio, legato alla salvaguardia della propria identità personale: partendo da questo angolo prospettico la Cassazione enuncia poi gli stringenti limiti che la pubblicazione di notizie risalenti nel tempo deve rispettare. Entrambi i profili non paiono espressione di scelte costituzionalmente vincolate, né è pure così scontato che si muovano nella cornice del costituzionalmente indifferente, se non altro per il fatto che ci si trova di fronte all'esercizio del diritto di cronaca, legato al diritto di manifestazione del pensiero, il cui rango nel sistema è assai elevato¹⁴⁶. I margini di discrezionalità (o creatività) che la pronuncia esibisce, oltre che evocare un intervento del legislatore, avrebbero potuto consigliare di investire la Corte costituzionale della questione, essendo preferibile un bilanciamento operato da quest'ultimo organo piuttosto che un bilanciamento elaborato dalla Cassazione, soprattutto in casi in cui vengano in gioco principi costituzionali di assoluto pregio, sulla cui equiordinazione si potrebbero anche nutrire dubbi¹⁴⁷. Non si può poi certo ritenere che gli ambiti di indeterminazione siano stati colmati dal recente regolamento UE, in considerazione delle lacune che, sul punto, il provvedimento normativo esibisce¹⁴⁸.

F) Fermo restando che il discorso sarebbe ovviamente da approfondire, si intende attirare l'attenzione sul fatto che, come sopra accennato, l'enunciazione di regole generali da parte dei giudici di vertice, se può di primo

¹⁴⁵ Ancora Cassazione, 20 marzo 2018, n. 6919,

¹⁴⁶ Sul punto si vedano le considerazioni di E. Stradella, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare, e, infine, cui prodest?*, in *Rivista-AIC*, 4/2016; oltre a prefigurare un intervento della Corte costituzionale al riguardo (p. 26) l'Autrice giustamente si interroga sulla natura del diritto all'oblio e sulle sue radici in Costituzione: in particolare vengono segnalate le «criticità emerse nella definizione del diritto all'oblio» e vengono evocati gli «incerti ancoraggi costituzionali dei suoi contenuti essenziali ed identificativi». A fronte di tali dubbi il ragionamento della Cassazione appare quanto meno troppo assertivo, oltre che, come già rimarcato, scopertamente creativo rispetto al tessuto normativo.

¹⁴⁷ Sulla preferibilità di un intervento della Corte costituzionale quando si tratti di procedere ad un bilanciamento tra principi costituzionali e/o ad una interpretazione di un certo plesso normativo in modo conforme a Costituzione, si vedano le argomentazioni di M. Misticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri*, cit., 112 ss.

¹⁴⁸ Il riferimento è al recente Regolamento UE del 27 aprile 2016, n. 2016/678 il quale, all'art. 17 riconoscere invero il diritto all'oblio ma senza di fatto definirlo e lasciando ampie lacune nella sua disciplina soprattutto nell'ottica dei rimedi conseguenti ad una sua violazione: sul punto cfr., per un primo commento, Di Ciommo, *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché*, in *Corriere giuridico*, 2018, 16 ss.

acchito ingenerare dubbi, non è in ogni caso dirimente ai fini di un giudizio sulla pronuncia, come non lo è neppure la natura circoscritta e limitata dell'intervento. Se abbiamo richiamato un caso, in tema di diritto a conoscere le proprie origini, in cui la Cassazione ha enunciato principi generali che sono stati accolti positivamente in dottrina e seguiti poi dalla giurisprudenza, è interessante osservare che nella medesima materia è intervenuta una pronuncia che risolve un caso più puntuale e specifico su cui si sono appuntati condivisibili dubbi.

La questione riguardava il caso della possibilità di esercitare il diritto in questione in caso di morte della madre. Pur avendo, come sopra rimarcato, il caso sensibili elementi di disomogeneità rispetto alla questione decisa dalla Corte costituzionale, la Cassazione ha nondimeno ritenuto che il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini ha da essere garantito attraverso l'interpello dei parenti della madre, pur «senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, ed ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)»¹⁴⁹. Come si vede, si tratta di un intervento assai circoscritto e puntuale, ma su cui è più che lecito nutrire dubbi e perplessità, soprattutto alla luce delle argomentazioni messe in campo dalla Cassazione, che non dimostrano affatto l'univocità della soluzione adottata, e tanto meno il nesso di consequenzialità rispetto all'attuazione di principi costituzionali. Si tratta di un intervento talmente discrezionale da poter a buon diritto essere definito creativo, che per giunta non affonda le sue radici nelle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale atteso che il riferimento alla nota pronuncia n. 278 del 2013 non è producente avendo ad oggetto una fattispecie diversa rispetto a quella ora *sub iudice*. È evidente che sarebbe stata raccomandabile una rimessione della *quaestio* alla Corte costituzionale.

6. *Il problema del rispetto del precedente: cenni*

Non si può misconoscere – come la casistica passata in rassegna rivela – che i margini di (inevitabile) discrezionalità ormai riconosciuta nell'esercizio dell'attività giudiziaria devono raccordarsi con le istanze certezza dell'ordi-

¹⁴⁹ Il riferimento è alla già menzionata sentenza della Cassazione, 15 luglio 2016, n. 22838. È per vero difficile immaginare che l'interpello dei parenti possa non avere conseguenze. Rispetto all'interpello della madre, la differenza dirimente, pur non considerata dalla Cassazione, risiede nel fatto che la madre che ha chiesto l'anonimato è a conoscenza della nascita del figlio, mentre con tutta probabilità i di lei parenti no.

namento che postulano, tra l'altro, la (tendenziale) stabilità degli orientamenti giurisprudenziali e un certa fedeltà ai precedenti. Quindi, in linea di principio, una giurisprudenza costellata da *revirements* e incline a decisioni in qualche misura creative non costituisce un terreno fertile per un pieno riconoscimento del ruolo, almeno tendenzialmente, vincolante del precedente.

Si può in via preliminare osservare che, a seconda del tasso di persuasività che le pronunce, soprattutto dei giudici di vertice, esprimono, e quindi a seconda dell'apparato argomentativo di cui sono corredate, esse (con tutta probabilità) saranno o non saranno seguite dalla giurisprudenza successiva. Le considerazioni quindi che precedono si saldano con il problema del modo con cui il precedente viene concepito nell'ordinamento. Il discorso non può certo essere affrontato *funditus* in questa sede, dovendoci limitare a riscontrare che l'efficacia del precedente nell'attuale ordinamento è oggetto di tendenze non del tutto univoche. Pur avendo in diverse occasioni la Corte di cassazione ricordato il dovere di fedeltà al precedente, anche da parte della stessa Cassazione, con il ruolo da essa istituzionalmente svolta, è anche vero che solo negli ultimi anni una certa attenzione alla dimensione del precedente si è tradotta in significative disposizioni legislative¹⁵⁰.

Il riferimento va soprattutto alla disciplina del giudizio di cassazione e, in particolare, agli articoli 360 *bis* e 374 c.p.c.: secondo il primo la sentenza conseguente al ricorso in cassazione deve essere di inammissibilità «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»; a norma dell'art. 374 c.p.c., «il primo presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici»; inoltre, «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata la decisione del ricorso»¹⁵¹. Si tratta di una previsione – quest'ultima – che è stata da

¹⁵⁰ Cfr., ad esempio, al riguardo, Cassazione, 4 luglio 2003, n. n. 10615, in cui si evoca un dovere di fedeltà della Cassazione ai propri precedenti su cui «si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale, assegnatale dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario e dall'art. 111 della Costituzione».

¹⁵¹ La prima modifica è da ascrivere al D. lgs. n. 40 del 2006, la seconda alla legge n. 69 del 2009. Per una disamina critica delle riforme del 2006, si rinvia a M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 755 ss.

ultimo recepita anche nell'ambito del processo penale, essendosi previsto, analogamente alla norma appena citata, che, qualora una sezione semplice ritenga di «non condividere» il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, deve rimettere a queste ultime la decisione del ricorso¹⁵². Si noti, infine, che nel 2009 è stato anche novellato l'art. 118 disp. att., c.p.c., con una significativa apertura rispetto ad una motivazione basata sui precedenti¹⁵³.

La posizione della giurisprudenza di fronte al «precedente» e al suo valore dà luogo ad orientamenti assai variegati, sicuramente condizionati dai presupposti di cui i giudici prendono le mosse, dalla identificazione del tipo di vincolo, della sua natura e della sua portata, dalla sua «accettazione». Non sono estranei a tutto ciò i contenuti che di volta in volta il precedente esprime: nella misura in cui esso ha a che fare con le caratteristiche specifiche del fatto, e quindi è sagomato sul caso, l'attitudine della pronuncia, specie degli organi di vertice, a imporsi, dovrebbe essere più probabile, in quanto più «accettabile», anche se – giocoforza – più circoscritta¹⁵⁴. Che il nesso tra principio di diritto e fatto sia inestricabile, è correntemente affermato dalla Cassazione, anche molto esplicitamente, avendo essa precisato che il giudice del rinvio è tenuto ad osservare anche gli elementi di fatto che sono assunti dalla Cassazione ad antecedenti necessari su cui il principio di diritto trova fondamento¹⁵⁵. Quando i fatti sottostanti al principio di diritto

¹⁵² Il riferimento è all'art. 618 c.p.p., come novellato dalla legge n. 103 del 2017, su cui si vedano le osservazioni di G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2017, secondo cui il vincolo introdotto, pur «relativo al fine di non porsi in collisione con il principio di soggezione del giudice solo alla legge, è idoneo tuttavia a creare benefici in termini di certezza».

¹⁵³ Il provvedimento legislativo è costituito dalla legge n. 69 del 2009: secondo l'articolo citato nel testo, la motivazione della sentenza «consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, *anche con riferimento ai precedenti conformi*» (nostro il corsivo).

¹⁵⁴ È in ogni caso pacifico che nel nostro ordinamento, anche anteriormente ai provvedimenti legislativi che negli ultimi anni sono intervenuti in materia di processo, e soprattutto di giudizio per Cassazione, un certo vincolo derivante dal precedente è stato sempre riconosciuto nell'ambito di ogni tipo di giurisdizione: cfr., anche per riferimenti ulteriori, D. Bifulco, *Il giudice è soggetto solo al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, spec. 41 ss. Quanto al nesso tra interpretazione del diritto e singola fattispecie, si tratta di un nesso affermato anche in studi di carattere generale: emblematicamente H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, trad. it. a cura di Gianni Vattimo, Milano, 1972, secondo cui «il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge al caso particolare, cioè l'applicazione, così verificandosi un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice» (382).

¹⁵⁵ Si ponga mente alla presa di posizione, confermativa del resto di pregressi orientamenti, che si rinviene nella recente giurisprudenza della Cassazione (24 luglio 2018, n.

su cui esso è appunto sagomato sono simili, o ragionevolmente simili, è presumibile che i giudici siano portati a rispettare il vincolo. Diversamente nel caso in cui i giudici di vertice si avventurino a dettare una «disciplina» che trascende il caso di specie¹⁵⁶. Si tratta per vero di un approccio che non dovrebbe in linea di principio essere praticato in sede giurisdizionale, dovendo il giudice rispondere ad una «domanda individuale» di riconoscimento di un diritto, dovendo a tale domanda dare una «risposta altrettanto individuale», al legislatore piuttosto spettando di dare riconoscimento in via «generale e astratta»¹⁵⁷. In tale eventualità, e impregiudicati i margini maggiori di scelta, conseguenti la generalità delle enunciazioni, il vincolo appare meno stringente, soprattutto ove non vi sia una solida cornice entro cui le regole siano incastonate, ad esempio costituita da principi desumibili dalla Costituzione, da fonti sovranazionali, oppure da una pronuncia (anche di tipo interpretativo) del Giudice delle leggi¹⁵⁸.

Le norme processuali sopra viste che, da diversi anni a questa parte, hanno cominciato a recepire *per tabulas* una qualche idea di «vincolo» del precedente, non distinguono tra i vari casi prospettabili: del resto la moltiplicazione dei casi di enunciazione di «principi di diritto» non prelude ad una più intensa affermazione del rispetto del precedente nel nostro ordina-

19594), ove si legge che «in ipotesi di annullamento con rinvio per violazione di norme di diritto, la pronuncia della Corte di cassazione vincola al principio affermato ed ai relativi presupposti di fatto, per cui il giudice di rinvio deve uniformarsi non solo alla «regola» giuridica enunciata, ma anche alle premesse logico-giuridiche della decisione adottata, attendendosi agli accertamenti già compresi nell'ambito di tale enunciazione». In senso analogo, peraltro, Cassazione, 16 ottobre 2015, n. 20981.

¹⁵⁶ Sulla pluralità manifestazioni del «precedente» nella prassi giurisprudenziale, si rinvia, per lo meno, a M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 3/2007, 709 ss.

¹⁵⁷ In questo senso, R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 27 ss.

¹⁵⁸ È quanto, ad esempio avvenuto, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014, con riguardo al caso di intervenuto mutamento di sesso di uno dei coniugi, ove la Corte aveva previsto, con una pronuncia additiva di principio, l'introduzione di forme di convivenza registrate che il legislatore avrebbe dovuto disciplinare. Pur antecedentemente a tale intervento legislativo, che di fatto diede luogo alla legge n. 76 del 2016, la Cassazione è sul punto intervenuta statuendo, in sintonia con i *dicta* del Giudice delle leggi, che il matrimonio può proseguire sino all'adozione di una legge che introduca forme di convivenza diverse dal matrimonio. Il riferimento è a Cassazione, 21 aprile 2015, n. 8097, su cui, tra gli altri, G.P. Dolso, *Un matrimonio a termine per il «transessuale tardivo»: considerazioni sul «seguito» della sent. n. 170 del 2014 della Corte costituzionale*, in *GenIUS*, 1/2015, 96 ss.

mento¹⁵⁹. I margini di incertezza peraltro non mancano anche con riguardo a diversi profili delle nuove disposizioni¹⁶⁰.

Il vincolo derivante dai precedenti deve in ogni caso passare attraverso una verifica della persuasività di essi, e quindi attraverso un vaglio delle argomentazioni su cui essi si basano. Il problema sta nella «accettabilità» di tali argomentazioni, valutazione questa che ha a che fare con una pluralità di profili tra cui anche il tasso di «creatività» che la decisione esprime. In relazione alla «accettabilità» della decisione, a parte l'inafferrabilità di fondo di tale criterio, sarebbe poi da chiedersi in quale ambito tale «accettazione» vada «misurata», non essendo scontato che il giudizio della comunità degli interpreti e l'accettazione a livello sociale di una pronuncia o di un *trend* interpretativo finiscano per convergere. Che in questa prospettiva, appunto di accettabilità delle decisioni, sia opportuna l'esternazione di opzioni, anche valoriali, che stanno a monte della pronuncia, si potrebbero nutrire dubbi, almeno allo stato degli atti, anche perché alcune di esse non potrebbero per definizione risultare giustificabili (si pensi a scelte interpretative che sottendono – o si fanno interpreti di – orientamenti di politica criminale, che difficilmente possono ritenersi legittimamente espressi dal potere giudiziario nella cornice dell'esercizio dei compiti istituzionali di esso).

In questo contesto, e tenuto conto di una prassi giudiziaria non certo confortante, sotto svariati profili, con riguardo al rispetto del precedente, non si può sottacere che si dovrebbe forse anche ragionare di un problema di mentalità, o di cultura, dei giudici, non avendo forse ancora trovato radice, almeno nella giurisprudenza di merito, l'idea che la stabilità degli orientamenti, garanzia di prevedibilità delle decisioni e in definitiva di certezza (nell'applicazione) del diritto, sono principi che hanno radice costituzionale, non diversamente dal principio di soggezione del giudice alla legge, e passano anche attraverso un tendenziale adeguamento della giurisprudenza ai precedenti dei giudici superiori. Ma si tratta di un tema che ci porterebbe lontano e che finisce per ricordarsi con profili *lato sensu*

¹⁵⁹ M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., secondo cui la proliferazione di principi diritto ha ricadute negative in termini di conoscibilità dei precedenti e di efficacia di essi, anche perché è pacifico che «l'origine fondamentale dei gravi problemi che ormai da tempo intralciano il funzionamento della Corte di cassazione è costituita dall'abnorme carico di lavoro che grava sulla Corte».

¹⁶⁰ Ad esempio, in relazione alla rimessione della questione alle sezioni unite da parte del primo presidente; di questioni che «presentano una questione di massima di particolare importanza» ragiona l'art. 374, comma 2, c.p.c.: non si può misconoscere i margini di apprezzamento che nell'espressione legislativa sono insiti.

organizzativi relativi all'esercizio della funzione giudiziaria che hanno a che fare, tra l'altro, con il «reclutamento dei giudici, specie di quelli delle giurisdizioni superiori», con eventuali «controlli valutativi sull'esercizio della funzione giurisdizionale» e con altri aspetti ancora che appunto coinvolgono profili che *precedono* – condizionandolo – il concreto esercizio dell'attività giurisdizionale¹⁶¹.

Non si può infine non osservare che la stessa Cassazione ha dimostrato, in diverse occasioni, una spiccata sensibilità rispetto ai problemi a cui abbiamo appena accennato, cercando di individuare un punto di equilibrio tra margine di creatività delle decisioni giudiziarie e aspirazioni alla certezza e alla stabilità del diritto. In particolare essa ha riconosciuto che, accanto un margine di creatività di cui si ammette senza reticenze l'esistenza, funzionale anche ad assecondare l'evoluzione del sistema, va tenuta in considerazione anche la fondamentale esigenza di assicurare l'uniformità, la prevedibilità, la certezza delle decisioni, esigenza di cui la Cassazione si dimostra pienamente consapevole soprattutto con riferimento all'applicazione delle norme processuali¹⁶². Al di là del riferimento alla specificità di questo plesso normativo, la citata pronuncia si segnala per i paletti che fissa nella difficile operazione di quadratura del cerchio funzionale a dare soddisfazione alle menzionate esigenze. Se un primo tassello degno di interesse è il riconoscimento del fatto che «la salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare [...] alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche», «non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo», è ancora più gravido di significato

¹⁶¹ Per una esemplificazione di tali profili, cfr. F. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in G. Chiodi, D. Pulitanò, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, cit., 173, 174, il quale segnala tali temi in via interrogativa dato che essi si scontrano con altrettanti tabù: basti pensare al reclutamento dei magistrati unicamente in base a concorso pubblico, da una parte, e alla riluttanza dei magistrati ad accettare forme di valutazione che riguardino l'esercizio dell'attività giudiziaria. Una forma di monitoraggio dell'esito dei procedimenti, peraltro solamente penali, finalizzata a verificare la «sussistenza di rilevanti livelli di infondatezza, giudizialmente accertata, della pretesa punitiva manifestata con l'esercizio dell'azione penale», era stata invero prevista dalla legge di delega per la riforma della legge sull'ordinamento giudiziario: si tratta tuttavia di un profilo che fu poi oggetto del rinvio presidenziale dd. 16 dicembre 2004.

¹⁶² Il riferimento è a Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 12229.

il riferimento al «senso di responsabilità» e al «senso di misura» che deve circondare ogni approccio «creativo» da parte del giudice¹⁶³.

In caso di *overruling*, la Cassazione deve operare «valutazioni di sistema» che rendano ragione della creatività della scelta operata, specie (ma non solo) in materia processuale, sulla base di considerazioni improntate a «equilibrio», «misura», «responsabilità», e ciò in omaggio ad ruolo di nomofilachia che viene interpretato, o re-interpretato, come funzionale a «garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione»¹⁶⁴. Il richiamo al senso di responsabilità del giudice, che si accompagna a valutazione di ampio spettro, anche di tipo ordinamentale, sembra introdurre, per bocca della stessa Cassazione, una dimensione «istituzionale» abbastanza inedita, almeno formulata in questi termini, dell'attività del giudice, specie di vertice, che appare senz'altro meritevole di essere sviluppata, e che del resto dovrebbe essere letta *in unum* con una pluralità di profili, inerenti alla funzione giudiziaria e ai rapporti tra questa e le altre funzioni statuali, che non è certo possibile nemmeno toccare in questa sede¹⁶⁵.

Il discorso porterebbe ad ogni modo troppo lontano rispetto ai limiti del presente contributo. In questa cornice ci si deve limitare ad indicare in conclusione alcuni problemi sul tappeto che intersecano la creatività giurisprudenziale, il rapporto tra giudice e legge, il ruolo e l'efficacia del precedente nell'attuale cornice ordinamentale, anche in una prospettiva di prosecuzione della ricerca.

1. Come si è appurato sulla base di una pur non estesa casistica, la creatività giudiziaria conosce una pluralità di registri; essa può invero essere diversa per genesi, declinazione, effetti: ciò incide anche sull'efficacia (almeno tendenzialmente) vincolante che i precedenti sono in grado di dispiegare. È chiaro che la conformazione della pronuncia, la sua sagomatura sulle caratteristiche del fatto *sub iudice* o al contrario la sua enunciazione in guisa di regola generale, costituiscono elementi che hanno inevitabili ricadute sul recepimento del precedente da parte della giurisprudenza. Un problema quindi da tenere presente è la codificazione delle ipotesi in cui

¹⁶³ Ancora Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 12229.

¹⁶⁴ Le citazioni sono tratte sempre da Cassazione, SS.UU., 6 novembre 2014, n. 12229.

¹⁶⁵ Si tratta di un profilo, quello della responsabilità «istituzionale» del giudice, che ha trovato sviluppo, ad esempio, nella riflessione della dottrina nordamericana: sul punto, in particolare, J. Waldrom, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, 21 ss.

si manifesta l'attitudine creativa della giurisprudenza. Date le particolarità dei vari settori materiali, oltre a muovere dalla *summa divisio* tra norme processuali e norme sostanziali, così come del resto suggerito dalla stessa giurisprudenza di legittimità, non sarebbe inutile un esame della casistica operata, anche sulla base di griglie pre-definite (e dunque adatte ad essere impiegate trasversalmente), sui diversi settori materiali.

2. Emerge poi il problema della «accettabilità» della creatività giurisprudenziale e della conseguente tenuta, in prospettiva diacronica, dei precedenti connotati appunto da un tasso di creatività spiccato. Dall'analisi svolta pare che tale accettabilità non sia valutabile con criteri legati esclusivamente al contenuto più o meno ampio dei principi enunciati dalla Cassazione, in quanto non sempre decisioni declinate in termini generali suscitano dubbi e rimostranze, né, simmetricamente, decisioni puntuali vengono invariabilmente recepite, soprattutto se avulse dalla cornice letterale delle disposizioni che governano la fattispecie. Sono piuttosto il tasso di creatività che la decisione esprime, l'argomentazione di essa, la copertura di principi (soprattutto costituzionali), le istanze che si propone di soddisfare, elementi che sembrano aver a che fare con l'accettabilità della decisione, a prescindere dalla ampiezza o generalità delle indicazioni che essa somministra o dispensa¹⁶⁶.

Esempio emblematico è fornito, al riguardo, dalle due citate pronunce della Cassazione in materia diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato: la decisione di più ampia gittata, che pure contiene principi generali cui i giudici hanno da attenersi, ha trovato migliore accoglimento rispetto ad altro arresto che, risolvendo una questione circoscritta, si è tradotto in scelte caratterizzate da discrezionalità/creatività maggiore.

Si deve poi distinguere tra casi in cui i giudici, soprattutto di vertice, danno forma ad un diritto già *per tabulas* riconosciuto, o elaborato in via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale, magari con una additiva di principio, dai casi in cui tale pregresso non esista e la giurisprudenza si incarichi di introdurre *ex novo* modifiche che fuoriescono, talora platealmente, dal perimetro della lettera del reticolo normativo di riferimento. Le

¹⁶⁶ Altro profilo che al riguardo viene in evidenza, e che si può solo sfiorare, è quello relativo alla «massimazione» delle pronunce della Cassazione. In tale operazione, che consiste appunto nel ridurre in massime i «principi di diritto» enunciati dalle decisioni, emerge la tendenza, del resto da più parti criticata, a declinare in termini generali quella che è la soluzione di un singolo e specifico caso, a cui la massima dovrebbe piuttosto essere ancorata anche per evitarne possibili travisamenti o indebite estensioni. Sul punto cfr., per lo meno, R. Sacco, *La massima mentitoria*, in R. Visintin, (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988, 51 ss.

decisioni costituzionalmente obbligate – o costituzionalmente indotte – risultano sicuramente più accettabili. Altre giustificazioni, quali l'evoluzione sociale, che i giudici di vertice traducano talvolta in interpretazioni secondo ragionevolezza e/o secondo equità, costituiscono senza dubbio terreni più scivolosi e infidi, anche se è vero che il raccordo tra interpretazione secondo equità e connotati del caso può attenuare i margini di indeterminazione del concetto stesso e renderne l'uso compatibile con il principio di soggezione solo alla legge¹⁶⁷.

3. Nella prospettiva di uno sviluppo di una ricerca in materia, si possono infine segnalare, o ribadire, due elementi di cui pare ineludibile tenere conto. In primo luogo, sembra emergere una insufficienza, specialmente in un'ottica operativa, di analisi meramente teoriche oppure di indagini che si esauriscono in un unico settore materiale (la cui specificità non rende lecita una generalizzazione dei risultati acquisiti). Emerge quindi, come osservato, innanzitutto la necessità di un approccio diverso che analizzi l'atteggiarsi della giurisprudenza nei vari settori materiali, evidenziando – al netto delle differenze dovute alla specificità della materia – gli eventuali tratti comuni. Sembra inoltre assolutamente consigliabile misurare, a valle delle pronunce, e in un intervallo temporale dato, l'atteggiamento dei giudici comuni, soprattutto di merito, rispetto ai precedenti delle giurisdizioni superiori, oltre che monitorare il rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite, sulle tracce dei criteri che governano la rimessione alle sezioni unite, da una parte, e tra Cassazione e Corte costituzionale, nella prospettiva della proposizione, o della mancata proposizione, delle questioni incidentali di legittimità costituzionale, dall'altra.

The judiciary and the Constitution from the standpoint of judge-made law's creativity

The article deals with the study of the role of judges in the Italian constitutional system. After reviewing the steps that led to the adoption of a certain model of the judiciary in Italy, the author highlights the interactions between the judiciary and the other powers of

¹⁶⁷ In questo senso, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 135 ss. Sul punto cfr. lo stesso L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 29 ss., che insiste sulle particolarità della «interpretazione equitativa», la quale assolve alla funzione tenere nel debito conto della specificità, e della singolarità del caso sottoposto a giudizio e dei suoi connotati, di modo che essa «non consiste in un'integrazione straordinaria della legalità, o in un suo perfezionamento, o peggio in una deroga o in una correzione della legge»; «essa è bensì una dimensione insopprimibile e fisiologica del giudizio, del tutto indipendente dall'interpretazione della legge e della relativa argomentazione».

the State. Within this frame, the model of judge-made law seems problematic. The creative nature of some judicial decisions, although not unprecedented, is increasingly frequent. In this regard, the author reconstructs some significant examples taken from recent case law. This case law raises several questions that the author examines. The last problem examined has to do with the relationship between the creative power of the judges and compliance to the rule of precedent.

Keywords: Constitution, Judiciary, Judge-made law, Legal Interpretation, Fundamental Rights, Precedent.

Gian Paolo Dolso, Professore associato di diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Università degli studi di Trieste, Piazzale Europa, 1, 34127 Trieste; dolso@units.it