

AGATINO LANZAFAME

Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015

1. La tutela dell'affidamento quale argine alla retroazione degli atti e fatti normativi. Il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giudiziale retroattiva. - 2. La funzione della giurisprudenza: natura creativa o natura dichiarativa - 3. Il legittimo affidamento sugli orientamenti giurisprudenziali consolidati. - 4. Il prospective overruling. - 5. La sentenza Cass. civ., VI, n. 174/2015: un'occasione mancata per ridefinire ammissibilità e condizioni del prospective overruling.

1. La tutela dell'affidamento quale argine alla retroazione degli atti e fatti normativi. Il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giudiziale retroattiva

È constatazione piuttosto scontata che il fenomeno giuridico si svolga nel tempo, eppure essa necessita di essere ricordata di continuo di fronte alla tendenza, che si esprime nelle più diverse forme e "contagia" spesso la giurisprudenza, di appiattare tutto al presente, oppure di non considerare lo svolgersi nel tempo dei rapporti sociali, compresi quelli giuridici.

Il susseguirsi di fatti e atti, comunemente definiti "fonti del diritto", che "innovano l'ordinamento, producendo la nascita, la modificazione o l'estinzione di norme, situazioni e rapporti giuridici"¹, intercetta un punto cruciale della riflessione giuridica: l'efficacia nel tempo degli atti (e fatti) normativi.

¹ Cfr. SANDULLI A., *Fonti del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961, pag. 525.

Gli ordinamenti moderni ² sanciscono il principio di irretroattività delle norme giuridiche quale valore fondamentale di civiltà giuridica, elevandolo in alcuni casi al rango costituzionale ³. Tale scelta risponde a un'elementare esigenza di certezza dei destinatari delle norme, i quali per decidere sull'attività da porre in essere debbono poter sapere gli effetti nel tempo dei loro atti ⁴.

Regola basilare di civiltà del diritto, l'irretroattività della legge rappresenta uno strumento fondamentale di garanzia per i cittadini che, nel determinare la propria condotta, tengono conto delle leggi vigenti in quel determinato momento e su queste ripongono il loro legittimo affidamento. Affidamento che, secondo autorevole dottrina⁵,

² Alcuni autori non mancano di sottolineare come i grandi argomenti contro la retroattività delle leggi trovino già una formulazione completa nell'*In Verrem* di Cicerone dove appaiono argomenti quali il rispetto dell'autonomia privata, il criterio della prevedibilità in base al diritto precedente, l'esigenza di tutelare la sicurezza del diritto. In tal senso GROTTANELLI de'SANTI G., *Profili Costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano 1970, pag. 9. Sulla irretroattività delle legge come regola nota già al tempo della civiltà romana vedi anche BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, Milano 1966, pag. 363, il quale cita la costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 440 d.c. (*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit*) quale prima espressione positiva del principio di irretroattività della legge. In tal senso, altresì, CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 1335, nota 15, che rileva come tale costituzione riprende in parte quella di Teodosio I del 393 d.C. (*Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt; sed futuris regulam ponunt*). Diversamente altri autori sottolineano come tale principio sia un cardine dei sistemi liberal-democratici, mentre risulta estraneo o quantomeno fortemente temperato per le esperienze che si collocano al di fuori di quest'area. TARCHI R., *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, pag. 3.

³ In particolar modo è da rilevare come le Carte costituzionali di Spagna e Portogallo sanciscano il principio di irretroattività della legge, estendendo la portata dello stesso al di là della materia penale. Cfr. art. 9.3 della Costituzione spagnola: "La costituzione garantisce (...) l'irretroattività delle disposizioni sanzionatrici restrittive dei diritti individuali" e art. 18.3 della Costituzione portoghese: "Le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie devono avere carattere generale e astratto e non possono avere effetto retroattivo né diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali". Nel nostro ordinamento - come è noto - trova fondamento positivo nell'art. 11 delle Disposizioni preliminari al codice civile del 1942 e limitatamente alla materia penale, nell'articolo 25, secondo comma, Cost.

⁴ BIANCA M., *Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, II ed., Milano 2002, pag. 112.

⁵ Vedi LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione di fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. It.*, 2007, pag. 1838, secondo cui "ogni attentato alla certezza e all'affidamento si presenta come un attentato allo stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani".

rappresenta, insieme al binomio certezza/sicurezza, un elemento costitutivo dell'essenza stessa della statualità per come concepita dalla dottrina dello Stato di diritto ⁶.

Il tema della tutela dell'affidamento del cittadino quale argine all'emanazione di disposizioni retroattive da parte del legislatore rappresenta un tema di sempre stringente attualità che inerisce al rapporto tra libertà e autorità, specialmente alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ⁷.

Va rilevato come, a seguito di alcune importanti pronunce giurisprudenziali ⁸ e grazie ad importanti contributi dottrinali, il dibattito intorno alla necessità di tutelare l'affidamento del cittadino, e contestualmente garantire la certezza del diritto, è stato esteso ai casi di mutamento degli orientamenti giurisprudenziali consolidati (*overruling*) per la naturale retroattività delle decisioni giudiziarie.

Tale problema, tradizionale nei sistemi di *common law*, dagli inizi degli anni settanta del secolo XX è diventato un tema di attualità anche nei sistemi di *civil law*.

In tali sistemi, nonostante la non vincolatività del precedente ⁹, la trasposizione del tema della tutela dell'affidamento dalla legge ai precedenti giudiziari consolidati, è

⁶ In tal senso TARCHI R., *op. cit.*, pag. 62, che osserva come “allorché si realizza una forma di stato improntata ai principi del contratto sociale e si attribuisce il potere legislativo ad assemblee politicamente rappresentative (stato legale) si afferma anche la titolarità di diritti in capo ai cittadini e la necessità del rispetto di questi anche da parte delle autorità pubblica. (...) È l'ideologia liberale a tenere in piedi la struttura. Quest'ultima fa della sicurezza e stabilità delle relazioni giuridiche, della certezza del diritto, in una parola del mantenimento dello status quo, uno dei suoi punti di forza”.

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 febbraio 2006, Lecarpentier e altri c. Francia e Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 ottobre 2006, *Achache c. Francia*.

⁸ Tra le quali ricordiamo Cass. Civ., n. 19246/2010; Cass. Civ., Sezione Unite, n. 15144/2011.

⁹ Sulla definizione di precedente vedi PIZZORUSSO A., *Delle Fonti del Diritto* in SCIALOJA-BRANCA, a cura di, *Commentario del Codice Civile*, Bologna 1977, pag. 525 “L'espressione precedente viene usata dai giuristi anglosassoni per indicare il principio di diritto (ratio decidendi) che è stato applicato da un giudice per decidere un caso analogo a quello su cui ora lo stesso o un altro giudice deve pronunciarsi e la forza normativa del precedente consiste nel vincolo, più o meno intenso a seconda delle circostanze, che induce ad applicare al nuovo caso lo stesso principio di diritto che fu applicato allora.” Cfr. altresì GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1990.

avvenuta sulla scorta della considerazione che “sulle posizioni consolidate della giurisprudenza il cittadino matura lo stesso legittimo affidamento di quello maturato su misure legislative”¹⁰.

Se già da tempo autorevole e risalente dottrina¹¹ ha sottolineato la potenziale lesività delle difformità dell’interpretazione giudiziale (nello spazio) rispetto al principio di certezza del diritto, inteso come prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti, tale lesività appare ancor più evidente rispetto ai mutamenti giurisprudenziali nel tempo, specialmente quando questi riguardino orientamenti consolidati, che costituiscono ormai un punto fermo per l’interpretazione/applicazione della norma da parte del cittadino.

A tal proposito è noto che il reale significato di una norma non può emergere dalla mera analisi testuale del dato positivo, quanto piuttosto dalla contestuale considerazione di tale dato unitamente all’atteggiarsi della prassi applicativa da parte delle corti¹². In tal senso la Cassazione¹³ ha affermato che tra legge retroattiva e interpretazione

¹⁰ SANTANGELI F., *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l’istituto del prospective overruling con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *Judicium* pag. 8.

¹¹ MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano 1908, p. 80 il quale deplorava le difformità dell’interpretazione giudiziale “nel medesimo periodo di tempo; così che il viaggiatore trasportato attraverso il territorio dello Stato dalla vertiginosa rapidità dell’automobile possa trovarsi sottoposto d’ora in ora a leggi diverse in grazia delle diverse interpretazioni date dai tribunali delle varie province ad un unico testo”.

¹² In tal senso cfr. Corte di Cassazione, S.U. 21 gennaio 2010, n. 18288 nella quale i giudici di piazza Cavour affermano altresì come con le recenti sentenze sui casi Scoppola e Previti la Corte Europea dei Diritti dell’uomo abbia affermato che “a causa del carattere generale delle leggi il testo di queste (...) non può presentare una precisione assoluta” posto che si serve di “formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto in qualsiasi ordinamento giuridico per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge ivi compresa una disposizione di diritto penale”, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziari; del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto penale.” In tal senso appare opportuno citare ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, pag. 352 che rileva come “la norma vive come “norma solo nel momento (*e nella misura, corsivo mio*) nel quale viene applicata”.

¹³ Cass. Civ., Sezioni Unite, n. 15144/2011.

giurisprudenziale retroattiva sussiste un parallelismo non alterabile per il profilo dei limiti alla retroattività della regola imposti dal principio di ragionevolezza.

A supporto di tale tesi è stato sottolineato come “nella giurisprudenza della Corte EDU la nozione di legge è intesa in senso più ampio e non rigorosamente tecnico e comprende, senza alcuna complicazione teorica sulla qualifica delle fonti del diritto, anche precedenti giudiziari consolidati su cui si sia fatto legittimo affidamento”¹⁴.

Come rilevato da autorevole dottrina¹⁵, probabilmente a causa del fatto che è chiamata a tutelare i diritti fondamentali relazionandosi con sistemi diversi, la Corte di Strasburgo equipara il concetto di diritto a quello di legge.

La Corte Edu assume, seguendo un’impostazione sostanzialistica¹⁶, che il termine “legge” contenuto in più articoli della Convenzione (vedi ad esempio quelli dall’8 all’11) include sia il diritto scritto che il diritto non scritto”; la coincidenza del concetto di “diritto” (*law*) con il concetto di “legge”¹⁷ impone che sia il diritto di origine legislativa che quello di origine giurisprudenziale devono possedere requisiti qualitativi quali l’accessibilità¹⁸ e la prevedibilità¹⁹.

¹⁴ SANTANGELI F., *op. cit.*, pag. 8. Cfr. anche Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile* (relazione tematica n. 31 del 29 marzo 2011), pag. 21 s.

¹⁵ VERDE G, *Mutamento di Giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1/2012, pag.9.

¹⁶ In tal senso RANDAZZO B., *Retroattività della legge e ingerenza del legislatore nell’attività giurisdizionale: “i motivi imperativi di interesse generale”*. *Giurisprudenze a confronto* in *Quaderni di nuova giurisprudenza ligure, Le Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte del diritto, Atti del Seminario del 12 ottobre 2012*, pag 30. L’autrice sottolinea come “ la Corte dei diritti ai fini della verifica della sussistenza di una base legale assume un concetto sostanzialistico di legge, comprensivo di prassi amministrative o di giurisprudenze consolidate che garantiscano al singolo la conoscibilità e la prevedibilità dei comportamenti delle pubbliche autorità”.

¹⁷ Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit., pag. 21.

¹⁸ Il carattere dell’accessibilità implica che il cittadino debba disporre di informazioni sufficienti, nelle circostanze del caso, circa le norme giuridiche applicabili a un determinato caso.

L'orientamento dei giudici di Strasburgo è stato accolto esplicitamente dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 18288/2010 nella quale si afferma che costituisce “nuovo elemento di diritto” (idoneo a superare la preclusione prevista dal secondo comma dell'art. 666 c.p.p.)²⁰, “il mutamento giurisprudenziale, che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità”; così facendo la Cassazione equipara il mutamento giurisprudenziale al diritto di origine legislativa e qualifica in sostanza il proprio precedente come una fonte del diritto.

Proprio la possibilità di annoverare il precedente giurisprudenziale tra le fonti del diritto e la conseguente affermazione della natura creativa della giurisprudenza rappresentano un nodo fondamentale da sciogliere ai fini di definire la questione relativa alla retroattività degli *overruling*.

2. La funzione della giurisprudenza: natura creativa o natura dichiarativa

La fondamentale esigenza di “non cambiare le regole quando la partita è in corso”, sottolineata in numerose pronunce della Corte di Cassazione e che trova copertura nell'art. 111 Cost., impone una riflessione in ordine alla natura, creativa o dichiarativa, della giurisprudenza al fine di determinare se il mutamento di un orientamento giurisprudenziale consolidato possa appunto costituire una variazione delle regole a

¹⁹ La prevedibilità implica che il cittadino deve essere in grado di prevedere, ad un grado ragionevole nelle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto specifico. Tali conseguenze non devono essere prevedibili con assoluta certezza, così emerge da Corte di Cassazione, *Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione Tematica sul tema “Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile”*, pag. 21.

²⁰ L'art. 666 c.p.p. disciplina l'esecuzione dei provvedimenti penali e al comma 2, prevede che “*se la richiesta appare manifestamente infondata, per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice o il presidente del collegio, sentito il pubblico ministero, la dichiara inammissibile con decreto motivato, che è notificato entro cinque giorni all'interessato. Contro il decreto può essere proposto ricorso in Cassazione*”.

partita in corso.

Secondo la tradizionale dottrina maggioritaria, negli ordinamenti di *civil law* il precedente giudiziario non è annoverato tra le fonti del diritto, diversamente da quanto accade in quegli ordinamenti giuridici che riconoscono alla giurisprudenza efficacia di fonte del diritto a fianco delle altre ad in un certo senso al di sopra di queste ²¹.

Vale la pena mettere in discussione la sussistenza di ragioni che giustificano oggi il permanere di tale diverso atteggiamento nei confronti della giurisprudenza ²², che ha radici storiche risalenti nel tempo ²³, anche alla luce delle già richiamate esigenze di tutela dell'affidamento da parte del cittadino ²⁴.

Sulla natura del precedente come fonte del diritto, in dottrina si registra un vivace dibattito tra chi ritiene il precedente giudiziario annoverabile tra le fonti del diritto ²⁵, e chi, all'opposto, ritiene che al precedente possa assegnarsi esclusivamente un valore meramente fattuale, non giuridico, costituendo lo stesso "un'autorità di mero fatto, morale, esemplare e magistrale, che non trova alcun riconoscimento – quale che sia –

²¹ In tal senso PIZZORUSSO A., *op. cit.* pag. 526 il quale sottolinea come in tali ordinamenti "se è indubbio che le regole convenute negli statutes possono derogare alla common law e quindi ai precedenti, è vero però anche che le regole introdotte mediante statutes, una volta applicate dai giudici, si ricoprono di precedenti che cominciano con l'interpretarle ma finiscono col sostituirle, cosicché dopo qualche tempo i giudici applicano piuttosto i precedenti formati in base agli statutes che non gli statutes medesimi." Appare opportuno rilevare come anche negli ordinamenti di common law, parte della dottrina propende per la natura "dichiarativa" della giurisprudenza e di conseguenza nega l'equiparazione tra precedente e norme positive. In tal senso la cosiddetta teoria ortodossa dichiarativa di cui Blackstone può considerarsi uno dei fondatori, che affermava come i precedenti non formavano nuovo diritto ma costituivano semplicemente la prova più autorevole del diritto già esistente.

²² Per un'approfondita analisi critica di tale dicotomia tra common law e civil law, cfr. GORLA G., *Precedente giudiziale*, cit., pag. 4.

²³ Per approfondimenti PIZZORUSSO A., *op. cit.*, pag. 527.

²⁴ In tal senso GORLA G., *Precedente giudiziale*, cit. che sottolinea come tra le ragioni a sostegno della necessità di osservanza da parte dei giudici dei precedenti giudiziari vi sia la tutela dell'affidamento di chi confidando sugli stessi ha compiuto certi atti o ha tenuto certi comportamenti.

²⁵ In tal senso PIZZORUSSO A., *op. cit.*, pag. 533; il quale tuttavia, pur annoverando il precedente giudiziario tra le fonti del diritto non ne riconosce la natura creativa, sostenendo la natura dichiarativa dello stesso similmente a tutte le altre fonti "interpretative".

nel diritto positivo”²⁶.

Quest’ultima impostazione, prevalente in dottrina, che nega il carattere creativo della giurisprudenza e di conseguenza la sua annoverabilità tra le fonti del diritto, “si fonda sul presupposto che interpretare norme significhi soltanto scoprire, per mezzo di strumenti logici e dogmatici, il significato proprio della norma giuridica”; essa è “tipica della teoria più tradizionale, fondata su un’idea rigida e statica del principio di divisione dei poteri e sull’ideologia del liberalismo classico”²⁷.

Per quanto riguarda il diritto positivo, è necessario prendere atto che “nel nostro ordinamento non esiste una norma giuridica che espressamente ci dica che essa non può essere una fonte del diritto, né una norma che altrettanto espressamente ci dica che può esserlo o lo è”²⁸.

Tradizionale ostacolo al riconoscimento della natura “creativa” della giurisprudenza è la carenza di una “legittimazione democratica” della magistratura. Tale assunto è ribadito dalla giurisprudenza di legittimità che, nelle sue più recenti pronunce, ha ricordato che la soggezione del giudice alla legge “realizza l’unico collegamento possibile in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità

²⁶ ANZON A., *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985, pag. 94. Nega la natura di fonte del diritto della giurisprudenza consolidata anche CACCIAVILLANI I, *Il principio del giusto processo: dovere del giudice o diritto della parte*, in *LexItalia* 1/2012, secondo cui l’affermazione nel nostro ordinamento del principio che annovera come fonte di diritto positivo la giurisprudenza consolidata costituisce “una vera aberrazione introdotta con indubbia leggerezza come corollario del diritto al giusto processo; in realtà eversiva non solo del giusto processo correttamente inteso, ma dello stesso sistema giudiziario costituzionale”.

²⁷ TARUFFO M., *Giurisprudenza (voce)*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1994.

²⁸ In tal senso BINI M., *L’interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, in <http://www.giuri.unige.it>, Così BIGIAMI W. nei suoi *Appunti sul Diritto Giudiziario*, pubblicati nel 1933 e ristampati con prefazione di BIN M., Padova 1989, pag.4. *Contra* Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione Tematica sul tema “Overruling giurisprudenziale in materia di processo civile”*, pag. 23 che afferma come l’opinione per cui la giurisprudenza non è annoverata tra le fonti del diritto è corredata dai dati positivi.

popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima"²⁹.

L'atteggiamento della dottrina che nega la possibilità per i giudici di creare diritto è stato definito da alcuni autori addirittura un atteggiamento ipocrita³⁰.

Che il dogma della natura "dichiarativa" della giurisprudenza sia soltanto una puerile³¹ finzione è un dato rilevato già da tempo da alcuni autori³², attenti al fenomeno giuridico nella sua applicazione concreta, secondo cui a considerare "come attività meramente dichiarativa del giudice quella che è senza dubbio attività creativa (...) si finge che l'ordinamento giuridico sia compiuto (...) per il fatto che l'attività del giudice si svolge entro limiti legali, sia pure latissimi".

Non si può infatti ignorare che gli interpreti creano diritto ogni volta che elaborano "norme inesprese", quantomeno nel caso in cui queste siano frutto di ragionamenti logicamente validi nelle cui premesse figurano enunciati che non sono norme espresse ma piuttosto tesi dogmatiche, o nel caso in cui tali norme siano ricavate a partire da norme espresse secondo ragionamenti logicamente invalidi³³.

Così come rilevato "all'immagine del giudice *bouche de la loi*, cara a Montesquieu e al formalismo positivista, si è ormai da tempo sostituito un modello di giudice come *problem-solver*, come operatore sociale e politico e garante dei diritti dei cittadini, che svolge la sua opera creando diritto e compiendo le scelte necessarie a una reale ed

²⁹ Cass. Civ., Sezioni Unite, n. 15144/2011.

³⁰ BINI M., *L'interpretazione giurisprudenziale in Italia come fonte del diritto: il caso dei contratti collettivi di diritto comune*, op. cit., pag. 1.

³¹ Così BENTHAM J., che definiva la finzione secondo cui i giudici non creano diritto una "childish fiction", citazione ripresa da BIGIAMI W., op. cit., pag. 136.

³² Così BIGIAMI W. op. cit., ivi.

³³ In tal senso cfr. BINI M., op. cit.

effettiva amministrazione della giustizia”³⁴.

Tale dato di fatto, in pieno contrasto con la ricostruzione secondo cui il giudice soggetto alla legge non è chiamato a creare diritto costituisce, per taluno, una “contraddizione fondamentale”³⁵. Eppure, si tratta di una contraddizione, quella per cui il giudice, fedele alla legge, non debba creare diritto ma allo stesso tempo non possa non crearlo, in realtà soltanto apparente.

È necessario osservare che l’assunto su cui la dottrina³⁶ afferma che la natura creativa della giurisprudenza violerebbe i principi di separazione dei poteri, di legalità e di indipendenza funzionale dei giudici è fondato nell’art. 101 delle Costituzioni, secondo il quale “il giudice è soggetto soltanto alla legge.”

Come rilevato da alcuni, tale affermazione potrebbe essere letta sia nel senso di sostenere che l’interpretazione del giudice non possa andare al di là della legge, secondo l’impostazione tradizionale; sia nel senso che l’interpretazione del giudice è libera e non soggetta all’interferenza di altri poteri. Già si era notato che il principio della separazione dei poteri è stato storicamente inteso in due modi opposti. Secondo una prima interpretazione, esso si sostanzierebbe in un criterio di ripartizione del potere fra classi, mentre secondo altri interpreti consisterebbe in uno strumento di garanzia del cittadino. È indubbio che il nostro ordinamento costituzionale, così come ridisegnato dal

³⁴ TARUFFO M., *Giurisprudenza (voce)*, in *Enciclopedia Treccani delle Scienze Sociali*, Roma 1994.

³⁵ BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e diritto*, Torino 2004, pag. 1.

³⁶ In tal senso BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? Quando l’interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle Fonti*, Torino 2010, pag. 4 che sottolinea come l’imposizione ai giudici “di adeguarsi al principio di diritto espresso nella sentenza resa a sezioni unite, si viola il principio di indipendenza funzionale interna dei giudici” sancito dall’art. 101 comma 2 Cost che “nello stabilire che i giudici sono soggetti solo alla legge, esprime l’esigenza che il giudice non riceva che dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio e che nessuna altra autorità possa dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto”.

graduale ma inesorabile processo di integrazione europeo, accogliendo tale principio “segue questa seconda linea interpretativa”, e pertanto la soggezione del giudice soltanto alla legge non può tradursi come una soggezione dello stesso al legislatore, quanto piuttosto nella garanzia dell’applicazione imparziale del diritto da parte del giudice senza che alcun altro potere possa interferire con l’esercizio dell’attività giurisdizionale³⁷.

Alla luce di ciò, una rilettura dell’art. 101 Cost., orientata dalla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, potrebbe essere quella secondo cui il giudice non è soggetto ad altri poteri, ma soltanto al diritto - inteso come principi, valori, norme, logiche³⁸ - proprio in virtù della più ampia definizione di legge adottata dalla Corte.

Tale diversa formulazione rende evidente come la richiamata contraddizione sia in realtà soltanto apparente in quanto dall’art. 101 non può farsi discendere automaticamente un implicito divieto nei confronti del giudice di “creare diritto”.

Una volta verificata la possibilità di annoverare la giurisprudenza, e in particolar modo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati, tra le fonti del diritto, è utile considerare le caratteristiche di tale fonte del diritto ed i rapporti che intercorrono tra essa e le altre.

Appare, innanzitutto, opportuno rilevare come la dottrina abbia teorizzato la possibilità per la giurisprudenza di costituire fonte di vero e proprio diritto consuetudinario, arrivando a formulare l’affermazione secondo cui l’*usus fori* in senso stretto costituisce una sottospecie del diritto consuetudinario.

³⁷ Cfr. CERRI A., *Leggi retroattive e costituzione – Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, pag. 521.

³⁸ Sul diritto inteso come non insieme di testi, ma di norme cfr. BINI M., *op. cit.*

Era la posizione del Gierke, secondo il quale “in virtù della particolare posizione dei giudici all’interno dell’ordinamento, la ripetizione di atti costanti da parte degli stessi, non dà vita ad una mera prassi avente efficacia soltanto nell’ambito dei collegi stessi, bensì origina un diritto consuetudinario”³⁹.

Tale teoria è rimasta minoritaria ed è stata sottoposta a critiche dalla dottrina dominante che, in senso contrario, ha argomentato come l’*usus fori* non costituisca consuetudine per la semplice ragione che manca l’uso da parte dei consociati, tutt’al più potendo l’*usus fori* concorrere a generare un comportamento dei cittadini, persuasi dell’obbligatorietà dello stesso che solo con l’andar del tempo potrà diventare giuridicamente obbligatorio.

Tale fondata osservazione non impedisce di considerare che tra il diritto giurisprudenziale e quello consuetudinario ci sono diversi “elementi di similitudine”, il più importante dei quali è rappresentato dal fatto che “la norma giurisprudenziale, al pari di quella consuetudinaria, non viene statuita con un unico atto databile ma si instaura progressivamente”⁴⁰. Elemento che contribuisce ad avvalorare la suggestiva tesi dell’ascrivibilità della giurisprudenza alla categoria delle fonti-fatto.

Infatti, l’impossibilità di qualificare l’*usus fori* come una vera e propria consuetudine non esclude di annoverare la giurisprudenza tra i “fatti normativi”⁴¹ che si collocano, al pari delle consuetudini “*secundum legem*” previste dall’art 8 delle disposizioni sulla legge in generale, in una posizione gerarchicamente inferiore alla legge, stante l’obbligo per i giudici di non contraddire a mezzo dell’attività interpretativa il dato testuale

³⁹ Cfr. BIGIAVI W., *op.cit.*

⁴⁰ In tal senso ROSELLI F., *Sull’affidamento del cittadino*, in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano 1994, pag. 341.

⁴¹ In tal senso PIZZORUSSO A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, che sottolinea come “nel caso del precedente, il fatto produttivo del sorgere della norma è costituito dall’adozione di essa come ratio decidendi di un caso giudiziario” (nota 55).

contenuto nella legge; epperò si tratta di fatti ugualmente capaci di ingenerare l'affidamento dei cittadini.

Alla luce delle riflessioni operate appare più che condivisibile l'opinione espressa in dottrina secondo la quale, con il passaggio dall'assolutismo giuridico a un forte assetto pluralistico caratterizzato dal moltiplicarsi e dall'intrecciarsi dei piani di legalità, sono venute meno le ragioni storiche che hanno sostenuto la negazione del carattere di fonte del diritto delle pronunce giudiziali⁴². Il mito del giudice bocca della legge non può coesistere con le dinamiche sociali contemporanee, in quanto lo stesso partecipa strutturalmente al processo formativo del diritto, al fine di rispondere a esigenze di giustizia, alla necessità di colmare le lacune normative e di adeguare la disciplina alla realtà che muta più veloce dei processi legislativi⁴³.

Naturale conclusione delle riflessioni svolte è che sia giunto il tempo per il riconoscimento della piena aderenza al disposto costituzionale dell'art. 101 del potere attribuito al giudice in alcuni casi di "fare diritto"⁴⁴, purché l'esercizio di tale potere non si traduca in una contraddizione esplicita del disposto normativo, vista la natura sub-legislativa della giurisprudenza come fonte del diritto⁴⁵. Tale strada, seppur con timidezza, sembra essere già stata intrapresa dai giudici di piazza Cavour, che in una recente pronuncia affermano come, "senza varcare la linea di rottura con il dato positivo

⁴² In tal senso CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2011, pag. 3774.

⁴³ Può essere ricordato l'insegnamento di MENGONI L., espresso da ultimo in *Diritto e valori*, Bologna 1995.

⁴⁴ Potere che come osservano alcuni autori la Corte di Cassazione si è riconosciuta autonomamente, in tal senso VERDE G., *op. cit.*, pag 11.

⁴⁵ Cfr. BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto*, cit. pag. 3 che rileva come "la maggioranza della dottrina ammette che il giudice, sia pure entro i limiti consentiti dal dato testuale, contribuisce a creare diritto".

ed evadere da questo, (la giurisprudenza) assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima”⁴⁶, partecipando di fatto alla produzione del diritto. La considerazione che, così come affermato dai giudici di Piazza Cavour, “ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza.”⁴⁷, spinge a interrogarsi sui problemi derivanti dal rapporto tra il diritto giurisprudenziale, definito “naturalmente retroattivo”, e i principi di tutela dell’affidamento e di certezza del diritto che fanno parte della cultura giuridica europea..

3. Il legittimo affidamento sugli orientamenti giurisprudenziali consolidati

L’idoneità degli orientamenti giurisprudenziali consolidati a fondare un legittimo affidamento in capo al cittadino, meritevole di tutela da parte dell’ordinamento è confortata da alcune disposizioni processuali volte a valorizzare il ruolo del precedente, sino a prevedere sanzioni a carico di chi propone in maniera infruttuosa soluzioni contrastanti con la giurisprudenza.

Il riferimento è innanzitutto all’art. 360-*bis* c.p.c., introdotto con la l. 18 giugno 2009, n. 69, nella parte in cui prevede che il ricorso in Cassazione è inammissibile “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”.

Ovviamente tale disposizione, specialmente alla luce delle disposizioni *latu sensu*

⁴⁶ Corte di Cassazione, S.U. 21 gennaio 2010, n. 18288.

⁴⁷ Cass. Civ., Sezioni Unite, n. 15144/2011.

sanzionatorie collegate alle pronunce di inammissibilità introdotte con la modifica dell'art. 13, comma 1-*quater* del d.pr. 115/2002 da parte della l. 228/2012 art. 1 comma 16, riconosce il valore e la forza del precedente giudiziale.

Ancor più significativo il riferimento all'originaria formulazione dell'art. 26 del codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104/2010 oggi modificato dal d.lgs. 195/2011 e successivamente dal d.l. n. 90/2014, convertito, con modificazioni, l. n. 114/2014., nella parte in cui prevedeva in capo al giudice amministrativo la facoltà di condannare la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro, in aggiunta alle spese, nel caso in cui la sua decisione sia fondata su “orientamenti giurisprudenziali consolidati”.

Sempre nel senso del riconoscimento della funzione degli orientamenti giurisprudenziali consolidati, l'art. 348-*ter* c.p.c., introdotto con l'art. 54, d.l. 83/2012, convertito con l. n. 134/2012, prevede la possibilità per il giudice d'appello di motivare l'ordinanza di inammissibilità dell'appello anche attraverso il mero riferimento a precedenti conformi.

Se la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali è tale da indurre il legislatore a introdurre strumenti di dissuasione nei confronti dei ricorrenti che vogliono fondare le proprie ragioni su argomentazioni in contrasto con gli stessi, legittima è la preoccupazione - si direbbe simmetrica - di chi solleva il problema di tutelare l'affidamento che il cittadino ha riposto in essi.

Argomenti di prova a sostegno della necessità di tutelare l'affidamento negli orientamenti giurisprudenziali consolidati possono essere ricavati dalla recente giurisprudenza della Corte Edu che ha stabilito che i crediti fondati su una

giurisprudenza chiara e consolidata costituiscono un vero e proprio bene”⁴⁸ (una *espérance légitime*) di cui i titolari possono essere privati solo nel rispetto dei principi validi per le espropriazioni, affermando così l’idoneità degli ordinamenti giurisprudenziali consolidati a generare un affidamento pari a quello che i cittadini ripongono nella legge e che di conseguenza merita la medesima tutela.

Sull’idoneità della giurisprudenza consolidata a fondare l’affidamento dei cittadini è possibile fare riferimento a quanto affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso *Kopecky c. Slovenia*. In quella occasione si è riconosciuto che “l’interesse del ricorrente non può essere considerato un valore patrimoniale in mancanza di una base nel diritto interno”, rilevando altresì come a tal fine sia “bastevole anche una giurisprudenza consolidata dei tribunali.”

Non convincono le soluzioni intermedie di chi, pur rivendicando il carattere creativo della giurisprudenza, nega la possibilità di equiparare la sentenza che sovverte la giurisprudenza consolidata allo *jus novum*⁴⁹. Tale posizione si scontra con le recenti prese di posizione della Corte di Cassazione⁵⁰ che ha identificato con il *novum* “non soltanto la nuova legge in senso formale ma anche il nuovo diritto vivente”⁵¹.

La valutazione dell’affidamento leso dall’*overruling*, e di conseguenza dell’opportunità di applicare uno dei rimedi possibili elaborati dalla giurisprudenza, non potrà non tenere conto del grado di “creatività” della pronuncia del giudice che naturalmente sarà diverso

⁴⁸ Sull’idoneità della giurisprudenza consolidata ad ingenerare l’affidamento del cittadino si vedano, *Maurice c. Francia* n. 11810/03 e *Draon c. France* n. 1513/03.

⁴⁹ SORRENTI G., *La tutela dell’affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *Rivista Telematica AIC*, 1/2012, pag. 5.

⁵⁰ Corte di Cassazione, S.U. 21 gennaio 2010, n. 18288.

⁵¹ BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto*, *op. cit.*, pag. 2.

a seconda del tipo di parametro normativo anteriore che essa è chiamata ad interpretare o integrare⁵².

Da quanto esposto emerge in maniera evidente come da qualunque mutamento retroattivo della disciplina applicabile a una determinata situazione, sia esso di origine legislativa o giurisprudenziale, possano derivare sempre effetti pregiudizievoli per i cittadini. Da ciò l'esigenza di verificare se e come nel nostro ordinamento sia possibile prevedere dei limiti alla retroattività della giurisprudenza.

Di fronte a tale necessità la Corte di Cassazione, in un primo momento ha preferito non affrontare con decisione la questione della retroattività dei mutamenti di giurisprudenza ovviando al problema della tutela dell'affidamento del cittadino, in maniera decisamente pragmatica, attraverso lo strumento della rimessione in termini⁵³.

Tale rimedio, definito dalla dottrina "una finzione perfetta"⁵⁴, permetteva ai giudici di rispettare integralmente il dogma della retroattività del mutamento giurisprudenziale, fingendo che fosse la parte ad essere incorsa in un errore scusabile⁵⁵.

Lo strumento dell'errore è stato utilizzato anche in materia penale nel caso di un mutamento *in malam partem* della giurisprudenza relativa a una data fattispecie incriminatrice⁵⁶.

⁵² CAPONI R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali*, cit., pag.3774.

⁵³ Così CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro Italiano*, 2011, pag. 3344. "Di fronte ad una situazione che si ribellava ad essere assoggettata al principio della retroattività non si è modificato il principio ma si è ricostruita la realtà in modo diverso".

⁵⁴ CAPONI R., *Retroattività del mutamento di giurisprudenza*, op. cit., pag. 3345.

⁵⁵ Sempre CAPONI R., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, pag. 311 osserva come qualora un nuovo indirizzo giurisprudenziale abbia determinato una decadenza anche per gli atti processuali già computi "non si è verificato nessun impedimento, non c'è errore scusabile, bensì manca proprio l'errore.

⁵⁶ Cfr. Corte Cost., sent. n. 364 del 1988, ove si legge che "l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più,

Un atteggiamento diverso è stato quello della dottrina⁵⁷ che si è interrogata sulla possibilità di derogare alla generale idea di una retroattività “costante illimitata ed inevitabile” delle pronunce giurisprudenziali proprio al fine di tutelare l’affidamento del cittadino. Diverse sono state le soluzioni prospettate: dalla radicale cristallizzazione del precedente giurisprudenziale, superabile soltanto con l’intervento del legislatore, al meno intenso obbligo di motivazione del distacco dall’orientamento consolidato, passando per le soluzioni intermedie rappresentate dalla limitazione delle ipotesi in cui sia possibile l’*overruling* processuale e dalla possibilità di applicazione del cd. “*prospective overruling*”, che prevede la non applicazione dei nuovi orientamenti al caso oggetto della controversia e alle fattispecie a esso precedenti.

Proprio su tale istituto, che costituisce la più coerente risposta al problema della retroattività della giurisprudenza creativa, appare opportuno soffermarsi, anche alla luce del recepimento da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea⁵⁸ di un generale principio di irretroattività per tale tipologia di pronunce.

4. Il *prospective overruling*

Lo strumento del “*prospective overruling*”, elaborato dalle Corti americane al fine di evitare il travolgimento dell’affidamento e adottato da tempo nei paesi di *common law*, è stato utilizzato dalla Corte di giustizia europea ed in ipotesi eccezionali dalla nostra

alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure a un “*gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari*”.

⁵⁷ SANTANGELI F., *op. cit.*, pag. 11.

⁵⁸ Cfr CGCE, 8 febbraio 2007, c-3/06 P, Groupe Danone c. Commissione.

Corte costituzionale⁵⁹ e consiste nell'enunciazione da parte del giudice di un nuovo principio diverso da quello espresso nell'orientamento seguito nelle precedenti decisioni, limitando nel tempo gli effetti della sentenza (negandone, ad esempio, la retroattività e non applicandola neanche al caso in esame)⁶⁰.

Nel panorama dei paesi europei di *civil law* tale strumento ha già trovato alcune applicazioni, in particolar modo nell'ordinamento tedesco⁶¹ e, più di recente, in quello francese⁶².

⁵⁹ Il riferimento è a diverse pronunce della Corte costituzionale (*ex multis* n. 266/1988, n. 501/1988 e n. 398/1989) con le quali si è limitata esplicitamente l'efficacia del tempo della sentenza di accoglimento per rispondere all'esigenza, non sempre esplicitata, di contenere eventuali aggravati per la spesa pubblica. (Cfr. sul punto RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000, pag. 157). Peculiare è il caso della sentenza n. 266/1988 con la quale, al fine della duplice esigenza di contenere la spesa pubblica e di evitare "l'azzeramento di tutta quanta l'attività processuale svolta in un determinato settore in un determinato periodo di tempo" la Corte costituzionale pur dichiarando l'illegittimità della disposizione transitoria della legge di riforma del sistema giudiziario militare, con la quale si devolveva al Ministero la potestà disciplinare nei riguardi dei giudici militari fino a quando non sarebbe stata data disciplina ed attuazione all'organo di autogoverno della magistratura militare, dispone che la decisione assunta "non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata", motivando tale limitazione della retroattività con il dovere di tener conto della "necessaria gradualità della completa attuazione della normativa costituzionale". Una clausola che appare nulla più che una mera clausola di stile usata dalla Corte anche in altre occasioni per evitare gravi ripercussioni pratiche ed economiche nel nostro ordinamento.

⁶⁰ Cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, *Relazione tematica su "L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile"*, nella quale si afferma che "il prospective overruling si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata." Per una definizione di prospective overruling vedi anche MATTEI U., *Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, pag. 311, che afferma come tale tecnica decisoria consenta al giudice "di modificare un precedente (ritenuto dottrinarmente non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie) per tutti i casi che si presenteranno di lì innanzi, decidendo tuttavia il caso di specie in applicazione della regola superata."

⁶¹ In tale ordinamento la naturale retroattività del cambiamento giurisprudenziale è fortemente temperata dal principio di legittimo affidamento, oggetto in Germania di una grande elaborazione dottrina e giurisprudenziale. In particolar modo è possibile rilevare come la corte federale delle finanze, competente in materia fiscale faccia uso del prospective overruling ogni qualvolta la ponderazione degli interessi in gioco e la valutazione dell'influenza dei precedenti giurisprudenziali sui comportamenti delle parti in giudizio suggerisce di confinare la sentenza nei limiti di un semplice "annuncio di cambio della giurisprudenza".

⁶² Cfr. Cour de cassation, 2 chambre civile, 8 luglio 2004, 01/10426 per un caso di overruling processuale, applicato esclusivamente pro futuro al fine di non violare l'art. 6, comma 1 della CEDU; Cfr. altresì Cour de cassation Ass. plén, 21 dicembre 2006 con la quale la Cassazione francese ha ritenuto che

Nel nostro ordinamento è stato applicato per la prima volta con la sentenza n. 15144/2011 delle sezioni unite della Corte di Cassazione, con la quale si è presa posizione sul tema generale della retroattività degli *overruling* vertenti sull'interpretazione-applicazione di norme processuali.

Con tale sentenza, per la prima volta Cassazione ha escluso la normale efficacia retroattiva del mutamento di giurisprudenza “nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa”⁶³.

Tale esclusione è stata fondata dalla Suprema Corte sul fatto che il mutamento giurisprudenziale in questione è stato caratterizzato dalla imprevedibilità e dal fatto che comportava un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. La concorrenza di tali presupposti giustificava “per la loro eccezionalità” una scissione tra il fatto e l'effetto che avrebbe dovuto derivarne secondo l'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto.

Tale sentenza si inserisce nel novero delle sentenze adottate dalla Suprema Corte finalizzate a garantire una interpretazione delle norme processuali maggiormente conforme all'art. 111 della Costituzione; essa è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina che ha contestato l'eccessiva timidezza della Corte⁶⁴.

Quasi in risposta a chi in dottrina aveva definito la sentenza 15144/2011 una “pronuncia sincopata, che non tra tutte le conseguenze possibili dalle premesse accolte, che non precisa l'ambito e le modalità di applicazione del nuovo principio che (...) aspetta

sia contraria ai principi di legalità e non retroattività, la applicazione immediata di un revirement giurisprudenziale comportante l'abbreviazione dei termini di prescrizione in tema di azione per risarcimento dei danni da attentato alla presunzione di innocenza a mezzo stampa.

⁶³ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 15144/2011.

⁶⁴ SANTANGELI F., *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali*, *op. cit.*

adesso altri contributi per essere utilizzato e condiviso”⁶⁵, con la successiva sentenza n. 28967/2011, la Cassazione ha chiarito la propria posizione in ordine all’ammissibilità del *prospective overruling* all’interno del nostro ordinamento precisando che affinché si possa parlare di *prospective overruling* devono concorrere in via cumulativa tra loro i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento di giurisprudenza su una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile a cagione del carattere lungamente consolidatosi nel tempo del pregresso indirizzo, tale da indurre la parte ad un ragionevole affidamento su di esso; che l’*overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte⁶⁶.

L’elemento di sicura novità di tale pronuncia è stato rappresentato dalla categorica esclusione da parte della Cassazione della possibilità di applicare il *prospective overruling* quando l’inversione giurisprudenziale abbia a oggetto una norma di natura sostanziale: una scelta, quella dei giudici di piazza Cavour, che limita le potenzialità dell’istituto del *prospective overruling* e sulla quale appare opportuno svolgere alcune riflessioni.

5. La sentenza Cass. civ., VI, n. 174/2015: un'occasione mancata per ridefinire ammissibilità e condizioni del *prospective overruling*

Con la recente sentenza n. 174/2015 la Suprema Corte ha ribadito la propria posizione ed ha escluso esplicitamente l’applicabilità dell’istituto del *prospective overruling* per gli

⁶⁵ SANTANGELI F., *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali*, op. cit., pag. 4

⁶⁶ Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 28967 del 27 dicembre 2011.

overruling sostanziali ⁶⁷, i quali avrebbero quindi efficacia retroattiva.

In tale pronuncia si è preliminarmente ricordato che la giurisprudenza della Corte Edu ha escluso *"che il revirement di un orientamento giurisprudenziale adottato da un giudice di ultima istanza possa vulnerare il principio della certezza del diritto anche se è destinato ad incidere retroattivamente sulle posizioni giuridiche soggettive"*, e si è evidenziato che *"il principio della certezza del diritto non impone il divieto per la giurisprudenza di modificare i propri indirizzi e di seguire un indirizzo costante"*.

Secondo la Cassazione non sarebbe possibile dubitare del fatto *"che un mutamento di indirizzo verificatosi nella giurisprudenza di legittimità non è assimilabile allo ius superveniens onde non soggiace al principio di irretroattività"*.

Né un limite alla retroagibilità del mutamento giurisprudenziale relativo all'interpretazione di norme sostanziali potrebbe essere costituito dalla tutela dell'affidamento, in quanto deve profilarsi *"una netta distinzione tra mutamenti di orientamenti costanti di giurisprudenza della Corte di cassazione riguardanti l'interpretazione di norme sostanziali e mutamenti che concernono norme processuali, dovendosi per i primi confermare il carattere in via di principio retrospettivo dell'efficacia del precedente giudiziario"*.

Senza entrare nel merito della fondatezza delle censure poste in essere nel caso di specie

⁶⁷ La vicenda oggetto della pronuncia riguardava il regime delle agevolazioni tributarie per l'acquisto della prima casa ai sensi del d.p.r. n. 131/1986, seguito dalla cessione dell'immobile e dal mancato acquisto di altro entro l'anno. Sul punto il precedente di Cass., n. 12069/2010 aveva consentito all'Agenzia delle Entrate di operare il recupero dell'imposta evasa nel termine triennale previsto in tema di imposta di registro. Il giudice di appello si era adeguato al più recente sopravvenuto orientamento. Alla Cassazione si era quindi sollevato il problema che *"la decisione impugnata si era fondata su alcuni precedenti giurisprudenziali che avevano mutato le regole consolidate in tema di termini decadenziali ... sulle quali la contribuente medesima aveva fatto legittimo affidamento. Ciò contrastava con il principio di certezza del diritto, poiché anche a volere ritenere che nel sistema interno non opera il principio dello stare decisis, non poteva dubitarsi come la decisione contrastante con il precedente orientamento era tenuta ad esporre le motivazioni del suo ragionevole distacco dall'indirizzo precedente"*.

dalla ricorrente, è da rilevarsi come tali asserzioni della Corte di Cassazione in materia di “*necessaria retroattività dell’overruling sostanziale*” suscitano perplessità: nell’ordinamento giuridico europeo ⁶⁸ l’affermazione secondo cui “*un mutamento di indirizzo verificatosi nella giurisprudenza di legittimità non è assimilabile allo ius superveniens onde non soggiace al principio di irretroattività*”, non è affatto pacifica, ed anzi è esplicitamente smentita dalla giurisprudenza.

Basti pensare alle diverse pronunce con le quali le corti europee hanno affermato espressamente, anche se (al momento) limitatamente alla materia penale, che il divieto di retroattività si estende ai mutamenti giurisprudenziali relativi a disposizioni di carattere sostanziale.

La Corte Edu ha ritenuto contraria al divieto di retroattività, sancito dall’art. 7 CEDU, l’applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un’evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore ⁶⁹.

Nello stesso senso la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ⁷⁰, prendendo spunto della nozione ampia di diritto elaborata dalla Corte Edu, è giunta alle stesse conclusioni ed ha affermato per quanto riguarda la materia penale che l’irretroattività investe anche l’interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile

⁶⁸ Sulla necessità di riconoscere l’ordinamento europeo come un sistema unitario nel quale “ogni giudice è chiamato ad applicare per intero il diritto esistente nelle parti coerenti rispetto ai valori fondanti” cfr. CARIOLA A., *Integrazione processuale vs. integrazione sostanziale*, in CIANCIO A. (a cura di) *Nuove Strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma 2014, pag. 2010.

⁶⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze 10 ottobre 2006, Pessino contro Francia e 22 novembre 1995, S.W. contro Regno Unito.

⁷⁰ CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, Groupe Danone/ Commissione; CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, Dansk Rørindustri e a./Commissione.

nel momento in cui l'infrazione è stata commessa⁷¹, e ciò alla luce “dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione”.

Tale diversità di atteggiamento tra la giurisprudenza italiana e quella europea si traduce di fatto nella mancata valorizzazione da parte della prima del principio di tutela dell'affidamento quale principio di carattere generale; essa trova fondamento non soltanto su una diversa sensibilità dei giudici nazionali in materia di certezza del diritto, ma anche su una posizione critica⁷² fondata alla fine sulla tradizionale avversione dottrinale per il diritto di matrice giurisprudenziale e, di conseguenza, sul *prospective overruling*. Infatti, l'obiezione tradizionale⁷³ è quella secondo cui violerebbe il principio di separazione dei poteri il riconoscimento della facoltà per il giudice di innovare un orientamento giurisprudenziale consolidato attraverso la mera enunciazione del nuovo principio e la contestuale decisione della fattispecie sottoposta alla sua immediata cognizione in base alla vecchia regola.

Tale obiezione è affrontata dai sostenitori del *prospective overruling* attraverso la considerazione del principio di separazione dei poteri come “un principio non assoluto, bensì ordinatorio, che non esclude aprioristicamente deroghe ed eccezioni”⁷⁴. Quest'argomento trova ulteriore forza nell'osservazione che tale principio, pur essendo

⁷¹ Sia che la mancata prevedibilità dipenda da una nuova interpretazione su una normativa oscura sia nel caso in cui venga in rilievo un mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995.

⁷² Anche la dottrina più illuminata rileva come tale istituto “sembra difficilmente compatibile con l'ordinamento italiano il quale si ispira a criteri di notevole rigidità nel disciplinare l'attività giudiziaria, così PIZZORUSSO A., *op. cit.*, pag. 538.

⁷³ Cfr. MARINELLI V., *Precedente giudiziario*, in *Enc dir.*, *Aggiornamenti VI*, Milano 2002, pagg. 871-912.

⁷⁴ SANTANGELI F., *op. cit.*, pag. 25.

stato autorevolmente definito come condizione essenziale all'esistenza stessa di una Costituzione, non sarebbe presente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁷⁵. Superabili sono altresì le critiche di chi⁷⁶ ritiene che l'utilizzo della tecnica del *prospective overruling* toglierebbe alle parti del giudizio l'interesse a contraddire sulla specifica questione. Così come efficacemente sottolineato da altri commentatori⁷⁷, tale obiezione sarebbe fondata soltanto se venisse sancito un generale principio di irretroattività dell'*overruling*, con la conseguenza che il ricorso al *prospective overruling* non sarebbe una possibilità per il giudice, da operare in seguito ad un attento bilanciamento, bensì un obbligo.

Nel caso in cui invece l'adozione del *prospective overruling* da parte del giudicante sia rimessa ad una sua prudente valutazione, è chiaro che il ricorrente che insistesse per l'adozione di una decisione che sovverta la giurisprudenza consolidata potrebbe sempre beneficiare del mutamento giurisprudenziale dimostrando la prevedibilità del mutamento e di conseguenza l'inesistenza di affidamento in capo alla controparte.

Risulta suggestiva la posizione di chi, ponendo l'accento sul fatto che "la posizione della norma (da parte del giudice) si differenzia dalla posizione della norma in via diretta da parte del legislatore in quanto in tale caso la norma viene creata ed enunciata

⁷⁵ In tal senso ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in (a cura di) MANES V-- ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 75.

⁷⁶ In tal senso VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra giudice e legge)*, cit., pag. 20, che evidenzia come "i soggetti privati non abbiano alcun interesse ad affrontare l'alea e i costi di un giudizio in cassazione dal quale sanno già in partenza di non poter ricavare alcun utile", in quanto accettando l'istituto del *prospective overruling* "un ricorso per cassazione basato sulla critica di una interpretazione consolidata della giurisprudenza rischia di essere inutile per la parte che lo ha proposto".

⁷⁷ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione Tematica*, op. cit., pag. 67.

attraverso la sua applicazione”⁷⁸, nega la possibilità del *prospective overruling* per la motivazione secondo cui la posizione della norma avviene attraverso la decisione del caso concreto.

A tale osservazione è possibile obiettare come l’art. 363, comma 3, c.p.c. così come riformulato dal d.lgs 42/2006 preveda espressamente la facoltà per la Corte di Cassazione di pronunciarsi sul principio di diritto, anche in caso di ricorso inammissibile, ponendo quindi una “norma” in un contesto ove non è possibile procedere alla sua applicazione nel caso concreto.

Tale disposizione mostra tutto l'interesse - o se si vuole una particolare attenzione - da parte dell'ordinamento alla formazione di un precedente attraverso il quale cristallizzare l'interpretazione della norma maggiormente coerente con l'ordinamento medesimo.

Rationes proximae hanno gli interventi in Cassazione da parte del pubblico ministero durante le udienze civili ai sensi dell'art. 76 dell'ordinamento giudiziario, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 come sostituito dall'art. 5 della l. 8 agosto 1977 n. 532, e dell'art 379 c.p.c., e gli interventi degli avvocati generali nelle udienze davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 252, comma 2, TFUE⁷⁹.

Tutto ciò indebolisce la recente posizione della Corte di Cassazione e spinge a ritenere che nulla osta a ritenere applicabile l’istituto del *prospective overruling* rispetto a tutte quelle pronunce giurisprudenziali caratterizzate da uno spiccato tasso di creatività, che

⁷⁸ In tal senso BIGIAMI W., *op. cit.*, pag. 158.

⁷⁹ Deve ritenersi infatti che la funzione di tali interventi sia quella di orientare la formazione del precedente nella maniera più coerente con l’ordinamento medesimo. Lungi dal rappresentare un mero strumento argomentativo, il precedente diventa – proprio in virtù della forza riconosciutagli – oggetto di attenzione da parte dell’ordinamento che si dota di tutti gli strumenti necessari per far sì che si decidano le decisioni dei giudici, ed in particolar modo della Cassazione quale organo a cui è demandata la funzione nomofilattica, siano assunte in maniera tale da garantire l’armonia del diritto vivente.

mutando un orientamento giurisprudenziale consolidato ledano l'affidamento (legittimo) del cittadino. E ciò anche nel caso in cui il mutamento abbia ad oggetto questioni di diritto sostanziale: anzi, per definizione l'affidamento è istituto che riguarda il diritto sostanziale prima ancora che quello processuale.

L'estensione dell'istituto del *prospective overruling* anche ai mutamenti giurisprudenziali relativi a norme sostanziali non comporta allora - come affermato dai giudici di piazza Cavour - l'affermazione di una sorta di "diritto ad una giurisprudenza costante" ⁸⁰.

Così come argomentato in dottrina, infatti, i principi di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto, "non sono ostacoli in sé al mutamento pur ergendosi a ineludibili imperativi riguardanti il suo come" ⁸¹.

Non è in discussione allora "la possibilità di un dinamico affinamento della giurisprudenza" ⁸², ma piuttosto l'ineluttabilità con cui la Cassazione sembra ritenere che il costo economico e sociale di tale progressivo e dinamico affinamento della giurisprudenza debba ricadere sui cittadini ogni qual volta il mutamento non riguardi la materia processuale.

Se, infatti, l'applicabilità dell'istituto nel caso di *overruling* processuali viene giustificata dalla concorrente necessità di tutelare l'affidamento e di impedire la violazione del diritto di difesa e di azione, così come garantito dalla Costituzione, risulta spontaneo domandarsi cosa accadrebbe se attraverso un *overruling* "sostanziale"

⁸⁰ L'insussistenza di un tale diritto viene peraltro affermata esplicitamente in Corte Europea dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 2008, Unedic c. Francia.

⁸¹ LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione di fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., pag. 2097.

⁸² Cass. Civ., VI, n. 174/2015.

venisse leso in maniera irreparabile un altro diritto costituzionalmente protetto.

In altre parole dovrebbe essere possibile immaginare che un mutamento giurisprudenziale imprevedibile che leda, ad esempio, la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) o il diritto di accesso alle cariche elettive ⁸³ (art. 51 Cost.) sia applicato dal giudice soltanto *pro futuro* al fine di tutelare l'affidamento legittimo del cittadino.

Alla luce delle considerazioni sinora, pertanto, in caso di mutamento di orientamenti giurisprudenziali consolidati, indipendentemente che questi riguardino una questione di diritto processuale o sostanziale, è da richiedere che il giudice operi un bilanciamento tra il principio di separazione dei poteri e quello di legittimo affidamento, escludendo la naturale retroattività della sua pronuncia quando questa, in violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, comportasse la lesione di un diritto costituzionalmente garantito.

Tale necessità è implicitamente sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione quando si afferma che i mutamenti della giurisprudenza “quale che ne sia la qualificazione devono, al pari delle leggi retroattive, a loro volta rispettare il principio di ragionevolezza, non potendo frustrare l'affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione” ⁸⁴.

Naturalmente, nell'effettuare tale giudizio di bilanciamento il giudice non potrà non tenere in conto la forza ⁸⁵ che il precedente giudiziario quale fonte del diritto ha nel

⁸³ Sul binomio irretroattività (legislativa) – capacità può essere utile consultare GROTTANELLI DE SANTI G., *Profili costituzionali*, cit., pag. 108.

⁸⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 15144/2011.

⁸⁵ Cfr. PIZZORUSSO A., *op. cit.*, pag. 533.

nostro ordinamento rispetto alla legge. Da ciò deriva che al fine di verificare la sussistenza di reale e fondato affidamento, dovrà tenersi conto di alcuni fattori quali la consistenza della giurisprudenza in materia ⁸⁶, l'estensione dell'arco di tempo entro cui si sono susseguite le pronunce fondanti l'affidamento, la complessità della materia, la prevedibilità del mutamento alla luce di un cambiamento delle condizioni socio-culturali ⁸⁷. Ma assegnare al giudice la valutazione sull'idoneità del quadro normativo e degli indirizzi giurisprudenziali esistenti ad indurre legittimo affidamento in capo ai cittadini ed agli operatori, non è in nulla diverso da quanto accade in ogni rapporto obbligatorio (sostanziale) in cui al giudice si richiede di apprezzare in concreto (appunto) l'affidamento riposto da una parte nei confronti dell'altra e della situazione in fatto, e di trarne il criterio di decisione della singola vicenda.

Rispetto al tema dell'efficacia temporale della legge la prospettiva è capovolta. Se la retroattività delle leggi rappresenta un'eccezione, rispetto a un generale ma derogabile - nel caso in cui ricorrano "motivi imperativi di interesse generale" ⁸⁸ - principio di irretroattività, la retroattività del mutamento giurisprudenziale è al contrario regola generale derogabile, a seguito di una prudente valutazione del giudice, come a dire che l'irretroattività diventa eccezione.

⁸⁶ Ci sono materie oggetto di contenziosi ricchi e addirittura esasperati, dove ogni recondito meandro argomentativo viene continuamente sviscerato e scrutinato con dovizie di pronunce, in cui l'individuazione dell'indirizzo è ben facile ed evidente; e ci sono casi marginali, dove i precedenti sono variamente rari; talora estremamente rari. In tal senso CACCIAVILLANI I., *op. cit.*

⁸⁷ In tal senso si veda BERNARDI A., *Art. 7*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, pag. 265 ss.

⁸⁸ Sul punto si confronti la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Building societies c. Regno Unito*, ricorsi n. 21319/93, n. 21449/93 e n. 21675/93, sentenza 23 ottobre 1997; *Caso Forrer-Niedenthal c. Germania*, ricorso n. 47316/99, sentenza 20 febbraio 2003; *Caso Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille e altri c. Francia*, ricorsi n. 42219/98 e n. 54563/00, sentenza 27 maggio 2004.

Una siffatta applicazione dell'istituto sarebbe in linea con la tendenza espressa a livello europeo di dare forza alla tutela dell'affidamento e al dovere di "buona fede" da parte dei pubblici poteri come principi fondamentali non scritti che informano l'ordinamento europeo e che vincolano l'operato di tutti i soggetti, anche di quelli chiamati a creare il diritto. La necessità di tutelare l'affidamento si impone con la medesima forza in relazione alle diverse tipologie di atti/fatti aventi natura di *jus superveniens* retroattivo. E ciò coerentemente con l'impostazione adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che "mette in evidenza il fatto, cioè a dire la violazione del diritto, e non la regola astratta"⁸⁹, e che offre nuovi argomenti alla teoria secondo cui i giudici si caratterizzano come tutori dei diritti e non più (o quantomeno non soltanto) quali garanti dell'esatta applicazione della norma.

⁸⁹ CARIOLA A., *L'integrazione dei parametri di legittimità*, in *Ricerche sulle culture costituzionali*, Torino 2012, pag. 243.