

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

**RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO**

- Identità digitale e tutela della persona
- *Ars interpretandi* e responsabilità sanitaria
- La giurisprudenza fonte del diritto
- Obbligazioni e contratti
  - Punitive damages* e funzione espressiva
  - Il diritto inglese dei contratti
  - Il controllo di meritevolezza: nuove prospettive
- Professioni intellettuali
  - Errore del medico e doveri di informazione
  - Avvocati e nuove polizze professionali
  - Notai: personalità della prestazione e libertà di concorrenza
- Impresa e Società
  - L'indipendenza del sindaco-consulente
  - La nuova gestione delle crisi bancarie
  - Fondi comuni: evizione e rimedi

 [edicolaprofessionale.com/CI](http://edicolaprofessionale.com/CI)

ANGELO RICCIO

## La giurisprudenza fonte del diritto

SOMMARIO: 1. Il primato della *giurisdictio* sulla *legislatio*. – 2. Le sentenze creative della Corte Costituzionale. – 3. Le sentenze creative dei Giudici comuni. – 4. Le sentenze creative della Corte di Giustizia e della Corte EDU: conflitto tra Corti e prevalenza dei diritti dell'uomo. I Giudici comuni sono soggetti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU. – 5. La funzione della giurisprudenza e l'efficacia del diritto vivente.

1. – Secondo la nota teoria di Montesquieu <sup>(1)</sup>, lo Stato manifesta la sua sovranità sul territorio attraverso il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale. La priorità del potere legislativo sugli altri due poteri, aveva portato Hans Kelsen a dire che, di fatto, le funzioni fondamentali dello Stato sono due: creazione ed applicazione (esecuzione) del diritto, e queste funzioni non sono coordinate ma subordinate o sovraordinate <sup>(2)</sup>. Il potere legislativo veniva quindi considerato come onnipotente, dato che il potere esecutivo poteva agire solo in presenza di una legge <sup>(3)</sup>, mentre il potere giurisdizionale veniva considerato come «*la bouche qui prononce les mots de la loi*», essendo riservato al potere legislativo il monopolio sulla creazione del diritto <sup>(4)</sup>. In passato, dunque, vi era il primato della *legislatio* sulla *giurisdictio*, in forza del tradizionale dogma dell'onnipotenza del legislatore, espressione estrema del positivismo giuridico, che riduce il diritto alla legge e nega l'esistenza di altre fonti del diritto, che siano ad essa sovraordinate <sup>(5)</sup>. Sennonché, dopo l'avvento

---

<sup>(1)</sup> Cfr. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Amsterdam, 1784, XI, 6, p. 311 ss.; Id, *Divisione dei poteri e garanzia di libertà*, Libro XI cap. VI, in *Antologia degli scritti politici del Montesquieu*, Bologna, 1977.

<sup>(2)</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., 1994, p. 275.

<sup>(3)</sup> Cfr. SORACE, *Amministrazione pubblica*, in *Enciclopedia Treccani, Diritto on line*, 2016, il quale mette in evidenza che la teoria della tripartizione dei poteri risulta però ormai obsoleta.

<sup>(4)</sup> Cfr. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. it., Napoli, 1978, p. 55.

<sup>(5)</sup> Per le critiche a tale concezione cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, in *questa rivista*, 2007, p. 407 ss., il quale richiama THOMAS HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, 1681, (1681), trad. it. a

delle costituzioni moderne, si attribuì all'organo giurisdizionale – ed in particolare alla Corte costituzionale, nei sistemi di costituzionalità accentrati e a tutti i giudici comuni, nei sistemi di costituzionalità diffusi o decentrati – il potere di controllare la costituzionalità delle leggi e quindi di invalidare le leggi incostituzionali. La possibilità che una legge emanata dall'organo legislativo venga annullata o modificata da un altro organo, rappresenta una notevole limitazione del potere del primo <sup>(6)</sup>. Tale sindacato giudiziario sulla legislazione costituisce una evidente interferenza nel principio della separazione dei poteri e pertanto si è detto che il giudice, in questo caso, svolgerebbe la funzione di un «legislatore negativo» <sup>(7)</sup>. A ben vedere, il giudizio principale o incidentale di costituzionalità, accentrato o diffuso, non attribuisce al Giudice delle leggi soltanto una funzione di «legislatore negativo», potendo lo stesso Giudice delle leggi emettere svariate sentenze <sup>(8)</sup>, che attribuiscono anche «funzioni legislative positive» <sup>(9)</sup>, creative di nuove norme di diritto <sup>(10)</sup>. Da quando la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 49 del 2015 ha statuito che i Giudici non sono più soggetti soltanto alla legge, ma anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il sistema delle fonti del diritto va riconsiderato

cura di Bobbio, in HOBBS, *Opere politiche*, Torino, 1959, 533, ripubblicato con saggio introduttivo di Ascarelli, insieme ad altro scritto di Leibniz, Milano, 1960, p. 74. Sul pensiero di Hobbes, come prima espressione del positivismo giuridico, cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, p. 59 ss.; BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, 3<sup>a</sup> ed. 1996; ID., *Giuridicalismo e positivismo giuridico*, Torino, 1965, pubblicato da Laterza, 2011, con prefazione di Luigi Ferrajoli.

<sup>(6)</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 274, il quale precisa che tale possibilità importa l'esistenza, oltre al legislatore positivo, di un legislatore negativo, di un organo che può essere composto secondo un principio totalmente diverso da quello del parlamento eletto dal popolo. È allora quasi inevitabile un antagonismo fra i due legislatori, il positivo ed il negativo. Questo antagonismo può essere attenuato disponendo che i membri della corte costituzionale siano eletti dal parlamento.

<sup>(7)</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 273.

<sup>(8)</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1987, p. 626 ss.

<sup>(9)</sup> Cfr. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 206-32; SILVESTRI, *La Corte costituzionale e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/Parigi2013](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi2013).

<sup>(10)</sup> Cfr. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, p. 352 ss.; MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, 2015, p. 8 ss. Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nel riconoscimento dei nuovi diritti, si veda anche MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, p. 5 ss. Per il riconoscimento dei nuovi diritti nel sistema dell'Unione europea, cfr. HERRERA, *Derechos nuevos y nuevos derechos en la Union europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato – Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2005, p. 27-55; CARTABIA, *I "nuovi diritti"*, nella rivista telematica OLIR, 2010, p. 1-17.

in funzione della nuova fonte giurisprudenziale che consente al Giudice comune di disapplicare la legge dello Stato in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, analogamente a quanto avviene con il diritto dell'Unione Europea, dove le sentenze della Corte di Giustizia prevalgono sulle leggi nazionali che vanno disapplicate. Il legislatore, dunque, ha perso il suo originario potere, potendo i Giudici comuni disancorarsi dalla legge nazionale alla quale non sono più soggetti in modo monopolistico. Anche l'esecutivo ha perso i suoi originari poteri funzionali all'interesse pubblico, tanto è vero che, ad esempio, in caso di esproprio illegittimo non opera più l'accessione invertita, e non prevale più l'interesse pubblico sugli interessi privati, potendo l'espropriato, quale proprietario titolare di un diritto dell'uomo ai sensi dell'art. 1, primo protocollo CEDU, optare fra la restituzione del bene di sua proprietà, ovvero fra l'ottenimento dell'indennizzo pari al 100% del valore di mercato del bene. Infine, anche il giudicato, espressione del potere giurisdizionale nazionale, ha perso la sua originaria incontrovertibilità, potendo essere messo in discussione mediante la riapertura del processo, qualora la sentenza passata in giudicato sia in contrasto con un diritto dell'uomo riconosciuto dalla Corte EDU.

2. – Le più significative sono le sentenze interpretative o manipolative. Nelle “decisioni interpretative” il Giudice delle leggi si pronuncia non sulla disposizione di legge nel significato normativo individuato dal giudice a quo, bensì su un diverso significato normativo che essa stessa ritiene contenuto nella disposizione impugnata. Non c'è così alcuna corrispondenza tra “chiesto e pronunciato”. Le decisioni interpretative di rigetto si dicono “correttive” quando il Giudice delle leggi «corregge» l'interpretazione fornita dal giudice a quo, la quale si discosta dal diritto vivente; si dicono invece “adeguatrici” (o decisioni interpretative di rigetto in senso stretto) quando il Giudice delle leggi individua nella disposizione impugnata dal giudice a quo un diverso significato, eventualmente anche contrario al diritto vivente, ma conforme al dettato costituzionale. Le sentenze interpretative di accoglimento, invece, le quali sostanzialmente si basano sullo schema di una doppia pronuncia, vengono adottate soprattutto nelle ipotesi in cui si mantenga un diritto vivente difforme a una precedente decisione interpretativa di rigetto. Per ciò che concerne gli effetti delle decisioni interpretative, mentre le sentenze di accoglimento hanno gli effetti ordinariamente collegati a questo tipo di pronuncia, maggiormente controversa è la questione riguardante le decisioni di rigetto, dovendosi distinguere tra le decisioni di rigetto in senso stretto, nelle quali l'inter-

pretazione fornita dal Giudice delle leggi è individuabile sia nella motivazione sia nel dispositivo, dalle decisioni di rigetto interpretative, nelle quali invece l'interpretazione fornita dal Giudice delle leggi è presente nella sola motivazione. Si deve comunque notare come solitamente la giurisprudenza ordinaria si adegui alle interpretazioni operate dal Giudice delle leggi, discostandosene soltanto in caso di invincibile opposto convincimento ermeneutico. Le "decisioni manipolative", invece, comportano un'alterazione del parametro (che viene esteso nella sua interpretazione e applicazione) oppure del testo di legge. Queste ultime, a loro volta, possono essere: *a*) riduttive: quando espungono, a seconda dei casi, parte della norma oppure parte della disposizione; *b*) additive: quando aggiungono un contenuto normativo assente nella disposizione. Possono essere "additive di garanzia" o di prestazione <sup>(11)</sup>, quando la pronuncia della corte introduce una norma (il che avviene quando la pronuncia è "a rime obbligate", ossia quando la norma aggiunta dal Giudice delle leggi è direttamente ricavabile dal disposto costituzionale), oppure "additive di principio", quando cioè il Giudice delle leggi si limita a indicare un principio, il quale può orientare l'attività interpretativa del giudice ovvero l'azione del legislatore. Le additive di prestazione pongono un problema di copertura delle spese, pur non essendo le sentenze del Giudice delle leggi, a differenza delle leggi, soggette all'obbligo costituzionale di copertura; *c*) sostitutive: quando, con una duplice componente (ablatoria e additiva), una norma o una disposizione viene sostituita con altra norma o altra disposizione. Come le decisioni del Giudice delle leggi possono avere effetti manipolativi nello «spazio», questi effetti si possono avere anche nel tempo <sup>(12)</sup>, con decisioni manipolative per il passato (*pro praeterito*: incostituzionalità sopravvenuta e incostituzionalità differita) oppure per il futuro (*pro futuro*), con le quali il Giudice delle leggi – pur riconoscendo nella motivazione l'illegittimità della disposizione impugnata – rinvia l'annullamento con un dispositivo di rigetto (sentenze-indirizzo o monitorie di rigetto, sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata; vengono adottate soprattutto per sollecitare l'intervento del legislatore, altrimenti

---

<sup>(11)</sup> Cfr. SILVESTRI, *La Corte costituzionale e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/Parigi2013](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi2013), il quale richiama la sentenza n. 1 del 1991, sulle c.d. pensioni di annata, e la sentenza n. 240 del 1994, sull'integrazione al minimo delle pensioni.

<sup>(12)</sup> Cfr. Corte cost., 12 gennaio 2012, n. 1, in relazione alla categoria dell'incostituzionalità sopravvenuta.

inerte) <sup>(13)</sup>. Il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi, inoltre, si estende oltremisura in forza del principio di ragionevolezza <sup>(14)</sup>, che è stato utilizzato come autonomo criterio di valutazione delle leggi, a prescindere dal principio di uguaglianza, e consente di dichiarare la illegittimità costituzionale di norme di legge intrinsecamente irragionevoli, e cioè incongrue, contraddittorie, ingiuste <sup>(15)</sup>.

Una simile evoluzione della giurisprudenza costituzionale <sup>(16)</sup>, e come si vedrà più oltre, anche dei Giudice comuni, implica una rivoluzione

<sup>(13)</sup> Cfr. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Consulta online*, 26 aprile 2016, fasc. I.

<sup>(14)</sup> Cfr. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. del dir., aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 899 ss., in particolare par. 1. Sul principio di ragionevolezza si vedano i contributi di CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*; FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*; PORCHIA, *La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea con particolare riferimento all'ordinamento italiano*; RANDAZZO, *Il sindacato sulla ragionevolezza della legge e lo scrutinio di proporzionalità sul margine di apprezzamento riservato allo Stato in rapporto a misure generali aventi natura legislativa. Aspetti problematici del dialogo tra le Corti*, tutti pubblicati in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI), *I Principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*, tenutosi presso Palazzo della Consulta, Roma, 24-26 ottobre 2013; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 542; MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 66. In argomento cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, in *questa rivista*, 2007, p. 410 ss.; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 373.

<sup>(15)</sup> Cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, cit., p. 410 ss., secondo cui tale tendenza comincia con Corte cost., 16 febbraio 1963, n. 7, in *Giur. cost.*, 1963, p. 66, con nota di PALADIN. Esamina, con puntuali riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, tutta questa vicenda, anche con riferimento all'analoga vicenda tedesca, SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 98 ss.; nonché *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del dir.*, 1999, p. 387. Ampio esame del tema già in LOIODICE, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti per Alfonso Tesauo*, II, Milano, 1968, p. 787. Si richiamano anche: CARNELUTTI, che già aveva scritto sull'*Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee della società anonima*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 176, scrive sull'*Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1947, p. 193; e *Il giudice e la legge in fraudem legis*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 9. Già in relazione allo Statuto Albertino aveva parlato di eccesso di potere legislativo SANTI ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 199; e fra i primi ad occuparsene nel vigore della Costituzione cfr. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 457; e *In tema di legge ingiusta*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 167; PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 993; M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, p. 56.

<sup>(16)</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 17 ss.

profonda della teoria del diritto e dello Stato <sup>(17)</sup>. Comporta, come è stato messo bene in evidenza da Galgano <sup>(18)</sup>, il superamento del positivismo giuridico, dell'onnipotenza del legislatore e dell'equazione legittimità uguale legalità. Da un lato, assistiamo sempre più al nascere di nuovi diritti riconosciuti non già dal legislatore ma dai Giudici con sentenza <sup>(19)</sup>, mentre, dall'altro lato, constatiamo spesso che la legge non è legittima solo perché legalmente formata, perché espressione della volontà sovrana di una maggioranza parlamentare. Essa trova un ulteriore limite nella ragionevolezza di ciò che vuole: la maggioranza non può, solo perché tale, imporre leggi arbitrarie, incongrue, incoerenti, ingiuste, lesive di fondamentali valori di civiltà giuridica <sup>(20)</sup>. Il moderno costituzionalismo ristabilisce quel nesso tra diritto e giustizia, sulla base del quale nacque l'invenzione del diritto <sup>(21)</sup>. Significativo è il caso del sindacato di ragionevolezza costituzionale delle leggi di interpretazione autentica, al fine di limitare gli effetti retroattivi, in quanto lesivi sia del principio di certezza del diritto, sia del principio di uguaglianza, sia del principio di affidamento <sup>(22)</sup>.

3. – Da qualche tempo il Giudice delle leggi ha trasferito alla competenza dei Giudici comuni, il dovere d'interpretazione conforme, adeguatrice e costituzionalmente orientata <sup>(23)</sup>, con la conseguenza che assistiamo di fatto ad un vero e proprio sindacato diffuso dei Giudici comuni sulle

---

<sup>(17)</sup> Cfr. BUONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005, p. 45 ss.; GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, cit., p. 411.

<sup>(18)</sup> Cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, cit., p. 411 ss.

<sup>(19)</sup> Cfr. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., p. 28 ss.; MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 5 ss.; M. CARTABIA, *I "nuovi diritti"*, cit., p. 17 ss.

<sup>(20)</sup> Cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, cit., p. 411, il quale nella nota 61, ribadisce che si tratta, perciò, non già di un controllo «interno all'ordinamento legislativo, ma interamente esterno ad esso, in base a criteri di giustizia *a priori* rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridico». Così ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 155; ID., *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 183. La letteratura sul tema si sta intensificando: cfr. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del dir.*, 2006, p. 531.

<sup>(21)</sup> Cfr. SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 371.

<sup>(22)</sup> Cfr. Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78.

<sup>(23)</sup> Cfr. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, in *Relazione conclusiva al Seminario "Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici"*, presso Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009, p. 12 ss.; AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2008, p. 769 ss.

leggi<sup>(24)</sup>, con evidenti creazioni di nuove norme di diritto<sup>(25)</sup>. La diretta utilizzazione della Costituzione da parte dei Giudici comuni<sup>(26)</sup>, consente a questi ultimi di effettuare, senza la necessaria intermediazione del Giudice delle leggi, la doverosa interpretazione conforme, adeguatrice e costituzionalmente orientata<sup>(27)</sup>, tenendo sempre conto del diritto viven-

<sup>(24)</sup> Cfr. CARPI, *Osservazioni sulle sentenze "additive" delle sezioni unite della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 587 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 3 Cost., avendo la Corte di Cassazione, con le sentenze gemelle, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, interpretato la norma dell'art. 2059 c.c. in modo conforme alla Costituzione, con evidente creazione di un diritto vivente innovativo rispetto a quello indicato dal Tribunale di Roma, quale giudice rimettente, con l'ordinanza 20 giugno 2002. In argomento cfr. VISINTINI, *Il danno non patrimoniale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studi per i 50 anni della Corte costituzionale*, volume V, *La responsabilità civile*, Napoli, 2006; GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *questa rivista*, 2004, p. 11, il quale richiama come esempio emblematico, la clamorosa interpretazione che, a cavallo del 2000, la Cassazione ha dato all'art. 2059 c.c., relativo al risarcimento del danno non patrimoniale: interpretazione abrogativa dell'inciso "nei casi previsti dalla legge", giudicato in contrasto con l'art. 2 Cost. Operazione interpretativa encomiabile, in sé considerata; ma è davvero una interpretazione o non è piuttosto una vera e propria riforma legislativa, anche se attuata per sentenza? Era "ambiguo" quell'inciso? Certamente no: la Cassazione lo cancella, anche se chiarissimo; lo cancella perché lesivo di un diritto fondamentale; e cancella, al tempo stesso, l'art. 12 prel.; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *questa rivista*, 2010, p. 379, il quale precisa che in concreto accade che il diritto vivente pone una norma nuova pur con una procedura diversa da quella seguita dal sistema delle fonti di produzione del diritto positivo. In altri termini, grazie all'attività dell'interprete, nell'ordinamento giuridico si determinano le condizioni per una sua autopoiesi, poiché a certe condizioni non è più necessario l'intervento esterno: quello del legislatore; L'a. richiama al riguardo IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1243 ss., che a sua volta richiama l'autopoiesi giuridica, che vede la creatura farsi creatore, e negare o dimenticare il rapporto di derivazione dall'altrui volontà.

<sup>(26)</sup> Cfr. P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 2006, p. 715 ss. In particolare cfr. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2016, p. 10028, il quale precisa che il processo di costituzionalizzazione del diritto ha condotto non solo a rompere definitivamente il paradigma della fattispecie, ma altresì a superare in radice l'idea stessa di un procedimento interpretativo che non possa che riconnettere il principio ad un sistema di enunciati posti (quali che poi siano i criteri volti ad enuclearli). È stato giustamente detto che i precetti ricevono oggi i loro significati dalla vita sociale e sfuggono sempre più al controllo delle istituzioni. Il testo costituzionale individua principî riconducibili ad una sensibilità diffusa, ancorché storicamente condizionata, che allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto. E se una tensione permane va risolta in chiave di bilanciamento, non certo secondo il paradigma della sussunzione del fatto entro la fattispecie astratta delineata dalla previsione normativa, sia pure una fattispecie a maglie larghe costituita attraverso il riferimento ad una pluralità di indici normativi diffusi nel sistema.

<sup>(27)</sup> Cfr. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2008, p. 768 ss.;

te<sup>(28)</sup>. I Giudici comuni hanno il dovere di osservare anche il diritto dell'Unione Europea e il diritto della CEDU, come impongono gli artt. 10, 11 e 117, comma 1, Cost. <sup>(29)</sup>, con la conseguenza che lo Stato non è più onnipotente e le sue leggi potrebbero essere disapplicate per incompatibilità con la normativa – non statutale – di rango superiore, con la conseguente crisi della statualità e della nazionalità del diritto <sup>(30)</sup>. I Giudici comuni, inoltre, hanno il dovere di interpretare il diritto nazionale in modo conforme al diritto dell'Unione Europea <sup>(31)</sup> e al diritto della CEDU <sup>(32)</sup>, così come interpretati dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo e dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo <sup>(33)</sup>. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in forza dell'art. 117, comma 1, Cost.,

Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 17; Corte Cost., 23 ottobre 2009, n. 263; Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 305; Corte Cost., 27 ottobre 2006, n. 343; Corte Cost., 28 gennaio 2010, n. 26; Corte Cost., 20 giugno 2008, n. 219.

<sup>(28)</sup> Cfr. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1990, p. 45 ss.; MORELLI, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 169 ss.; ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1152 ss.; SICCHIERO, *Il principio di effettività ed il diritto vivente*, in *Giur. it.*, 1995, IV, c. 263 ss.; SANTORELLI, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di Femia, *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 509 ss.; EVANGELISTA e CANZIO, *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 84 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 2 agosto 1994, n. 7194; Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 3; Corte Cost., 16 novembre 2001, n. 367; Corte Cost., 25 luglio 2000, n. 358; Corte Cost., 14 giugno 2007, n. 192; Corte Cost., 24 aprile 2009, n. 117.

<sup>(29)</sup> Cfr. L.S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2016, n. 2, p. 329 ss.; ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, n. 1, p. 20108 ss.

<sup>(30)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *questa rivista*, 2009, p. 888; LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, cit., p. 10029, il quale richiama al riguardo la sentenza della Cassazione sul caso Englaro – Cass., 13 novembre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2609, certamente fondata su principi, nella dichiarata assenza di norme specifiche volte a disciplinare la fine di una vita prevalentemente vegetativa – che ha fondato la sua motivazione su una concorrente serie di indici, peraltro privi di una loro diretta efficacia vincolante, come convenzioni internazionali non ratificate dall'Italia o leggi costituzionali di Stati terzi. GALGANO, *La Giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatori*, in *questa rivista*, 2012, p. 77 ss., par. 6, cambiando opinione, dice che nel caso Englaro la giurisprudenza della Cassazione non è stata innovativa e creativa, bensì meramente ricognitiva e dichiarativa, non avendo colmato alcuna lacuna del sistema, ma semplicemente applicato il preesistente diritto all'autodeterminazione. In argomento cfr. FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *La resp. civ.*, 2008, p. 581 ss., spec. par. 4. Sulla crisi della statualità del diritto cfr. HOBBSAWM, *Fine dello Stato*, trad. it., Milano 2007; CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli 2005; ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2006.

<sup>(31)</sup> Cfr. Corte cost., 13 giugno 2000, n. 190; Corte Cost., 28 gennaio 2010, n. 28.

<sup>(32)</sup> Cfr. Corte EDU, 27 marzo 2003, Scordino, in *Foro it.*, 2003, IV, 361; Corte Cost., 5 gennaio 2011, n. 1.

<sup>(33)</sup> Cfr. FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 366 ss.

assurge fondamentalmente a norma di rango costituzionale <sup>(34)</sup>, tanto è vero che la Corte costituzionale, mutando orientamento, ha statuito che «l'art. 117, 1§ comma, cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, 1§ comma, cost., e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale» <sup>(35)</sup>.

I suddetti principi sono stati ribaditi dal Giudice delle leggi in altre pronunce <sup>(36)</sup>, nelle quali si è statuito che «a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli “obblighi internazionali” <sup>(37)</sup>. Prospettiva nella quale, ove si profili un eventuale contrasto fra

<sup>(34)</sup> Cfr. *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, in *Atti del Convegno nazionale* a cura di G. Tucci, Bari, 2009, con presentazione di Tucci, introduzione di Marini e contributi di Caruso, Crisafulli, Ventura, Tucci, Casarano; AA.VV., *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Gianniti, in *Comm. c.c.*, Scialoja-Branca-Galgano, a cura di De Nova, Bologna-Roma, 2015.

<sup>(35)</sup> Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, Pres. Bile, Est. Tesauro e Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, Pres. Bile, Est. Silvetri, in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss., con note di ROMBOLI, TRAVI, CAPPUCCIO GHERA. Sul punto si veda il commento di TEGA, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 431 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 186, comma 2, lett. c) del codice della strada, che prevedeva l'applicazione retroattiva della confisca; Corte Cost., 4 aprile 2011, n. 113, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. In argomento cfr. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corriere giur.*, 2011, 9, p. 1242 ss.

<sup>(37)</sup> Cfr. Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 1; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196; Corte cost., 28 maggio 2010, n. 187; Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317; Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239; Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 39; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, cfr. Corte cost., 11

una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato»<sup>(38)</sup>.

A ben vedere, il diritto della CEDU dovrebbe ricevere quantomeno lo stesso trattamento del diritto dell'UE, avendo l'art. 117, comma 1, Cost., senza alcuna distinzione, collocato sullo stesso piano, con valore di rango costituzionale<sup>(39)</sup>, sia i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, sia i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, fra i quali rientrano certamente quelli derivanti dalla CEDU che dovrebbero trovare diretta applicazione tra i privati<sup>(40)</sup>.

È impensabile che le norme a tutela della concorrenza e del mercato possano trovare maggiore protezione rispetto alle norme a tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>(41)</sup>. Ed infatti, il Trattato di Li-

---

marzo 2011, n. 80, con commento di CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, cit., p. 1242 ss., il quale esamina anche Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113; Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181; Corte cost., 22 febbraio 2011, n. 236; Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245. In argomento cfr. FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 370.

<sup>(38)</sup> Cfr. RAIMONDI, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega a Guido Raimondi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 468.

<sup>(39)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, in *questa rivista*, 2009, p. 889.

<sup>(40)</sup> Cfr. ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1, p. 20108 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 891 ss., secondo cui, il punto è che i diritti dell'uomo cui fa riferimento l'art. 2 Cost. sono, per loro stessa natura, diritti universali, che superano i confini politici di ogni Stato e si sottraggono alla facoltà di disposizione inerente alla sua sovranità. Sono diritti trovati, non già diritti creati dagli Stati; sono diritti dell'uomo in quanto tale, non dell'uomo in quanto cittadino, e per questa loro universale condizione la Repubblica, a norma dell'art. 2 Cost., li riconosce e garantisce. Il nuovo art. 117, comma 1, Cost. va letto alla luce dell'art. 2: le convenzioni che, per accordo fra gli Stati, identificano i singoli diritti dell'uomo, sono intangibili per atto

sbona, da un lato, ha conferito valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali <sup>(42)</sup>, prevedendo all'art. 6, comma 1, TUE che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati» <sup>(43)</sup>, mentre, dall'altro lato, sempre all'art. 6, comma 2, TUE, ha disposto che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», con la conseguenza che anche e soprattutto i diritti dell'uomo hanno rango, primato ed effetti diretti analoghi a quelli del diritto dell'Unione Europea <sup>(44)</sup>, tenendo presente che l'Unione svolge

legislativo dello Stato come delle Regioni. E sono intangibili quantunque si tratti di convenzioni ratificate con legge ordinaria. Se mai la natura della legge di ratifica quale legge ordinaria fosse rilevante, non avrebbe alcun senso l'art. 117, comma 1, che impone al legislatore nazionale il “rispetto” di quelle convenzioni, giacché una legge ordinaria, qual è la legge di ratifica, può sempre essere modificata con successiva legge ordinaria. Perché mai, allora, subordinare l'applicazione delle convenzioni al vaglio di conformità alla Costituzione? Si consideri poi che gli obblighi internazionali sono posti, nell'art. 117, comma 1, sullo stesso piano dell'ordinamento comunitario, sottoposti al medesimo vincolo di rispetto da parte del legislatore nazionale. E non c'è più alcun dubbio sulla diretta applicabilità del diritto comunitario da parte del giudice nazionale. Altrove – si è poc'anzi fatto l'esempio della Francia – le convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo sono giudicate come direttamente azionabili davanti al giudice nazionale, anche a prescindere dalla vigenza di una norma corrispondente al nostro art. 117, comma 1, Cost. È legittimo attendersi allora ulteriori sviluppi della nostra giurisprudenza, tanto ordinaria quanto costituzionale.

<sup>(42)</sup> Sull'evoluzione dei principi e dei valori dell'Unione cfr. G.F. FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 1 ss.; MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Vol. 3, Milano, 2009, p. 1 ss.; DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, V eds., Oxford, 2011; MELICA, *European constitutional development*, Napoli, 2011, p. 10 ss.; ID., *L'Unione incompiuta*, Napoli, 2015, p. 1 ss.; PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 193 ss.; TONIATTI, *Diritto, diritti giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002, p. 1 ss.; TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, p. 1 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. L.S. ROSSI, “Stesso valore giuridico dei Trattati”? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Dir. Un. Eu.*, 2016, n. 2, p. 329 ss.; ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, n. 1, p. 20108 ss.

<sup>(44)</sup> Cfr. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corriere giur.*, n. 9/2011, p. 1242 ss. In penale già da tempo viene affermata l'immediata efficacia diretta delle norme CEDU: cfr. Cass. pen., 22 settembre 2005, Cat. Berro; Cass. pen., 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi; Cass. pen., 1° dicembre 2006, dep. 25 gennaio 2007, Dorigo, commentata da GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Questioni giustizia*, 2007, n. 1. Al riguardo cfr. la l. 9 gennaio 2006, n. 12, secondo cui «il giudice nazionale italiano sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato». In civile sulla efficacia diretta e prevalente delle norme sui diritti dell'uomo cfr. Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044; Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 14201; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

altresì il ruolo fondamentale di promuovere e proteggere i diritti umani nel resto del mondo, attraverso la c.d. clausola di condizionalità politica «diritti dell'uomo e democrazia»<sup>(45)</sup>. Il punto è che i diritti dell'uomo cui fa riferimento l'art. 2 Cost. sono, per loro stessa natura<sup>(46)</sup>, diritti universali<sup>(47)</sup>, che superano i confini politici di ogni Stato e si sottraggono alla facoltà di disposizione inerente alla sua sovranità<sup>(48)</sup>. Sono diritti trovati, non già diritti creati dagli Stati<sup>(49)</sup>; sono diritti dell'uomo in quanto tale, non dell'uomo in quanto cittadino, e per questa loro universale condizione la Repubblica, a norma dell'art. 2 Cost., li riconosce e garantisce<sup>(50)</sup>. Il nuovo art. 117, comma 1, Cost. va letto alla luce dell'art. 2: le convenzioni che, per accordo fra gli Stati, identificano i singoli diritti dell'uomo, sono intangibili per atto legislativo dello Stato come delle Regioni. E sono intangibili quantunque si tratti di convenzioni ratificate con legge ordinaria<sup>(51)</sup>. Se mai la natura della legge di ratifica quale legge ordinaria fosse rilevante, non avrebbe alcun senso l'art. 117, comma 1, che impone al legislatore nazionale il "rispetto" di quelle convenzioni, giacché una legge ordinaria, qual è la legge di ratifica, può sempre essere modificata con

<sup>(45)</sup> Cfr. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. un. eur.*, 1999, p. 163 ss.; CANNIZZARO, *The European Union as an Actor in International Relations*, London, New York, 2002, p. 1 ss.; BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2005, 22 e ss.; APPICCIAFUOCO, *L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Balcani occidentali*, in *St. int. eur.*, 2010, p. 492-508; FINIZIO e MORELLI, *L'Unione europea nelle relazioni internazionali*, Roma, 2015, p. 10 ss.

<sup>(46)</sup> Cfr. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione (1965-1999)*, tr. It., De Donato, Bari, 2002, p. 1 ss.; HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani (1997)*, tr. it., in ID., *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998, p. 216 ss. Sull'intreccio tra diritti/libertà e costituzionalismo, si rinvia a BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997, p. 1 e ss.; RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in NANIA e RIDOLA, *I Diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2006, p. 3 ss.

<sup>(47)</sup> Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998, p. 1 ss.; AA.VV., *Annuario 2012, Costituzionalismo e Globalizzazione, Atti del XXIV Convegno Annuale A.I.C.*, Salerno, 22-24 novembre 2012, Napoli, 2014 e *ivi*, in particolare, ai contributi di AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, p. 3 ss.; CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, p. 11 ss.; DE VERGOTTINI, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, p. 85 ss.; NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, p. 103 ss.; SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, p. 143 ss.; e con particolare riguardo all'incidenza del fattore tecnologico sui diritti, nella prospettiva della globalizzazione, COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, p. 43 ss., e PINELLI, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, p. 131 ss.

<sup>(48)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 891.

<sup>(49)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 891.

<sup>(50)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 891.

<sup>(51)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 892.

successiva legge ordinaria. Perché mai, allora, subordinare l'applicazione delle convenzioni al vaglio di conformità alla Costituzione? <sup>(52)</sup>. Si consideri poi che gli obblighi internazionali sono posti, nell'art. 117, comma 1, sullo stesso piano dell'ordinamento comunitario, sottoposti al medesimo vincolo di rispetto da parte del legislatore nazionale. E non c'è più alcun dubbio sulla diretta applicabilità del diritto comunitario da parte del giudice nazionale. Altrove – in Francia – le convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo sono giudicate come direttamente azionabili davanti al giudice nazionale, anche a prescindere dalla vigenza di una norma corrispondente al nostro art. 117, comma 1, Cost. Si è pertanto detto che è legittimo attendersi allora ulteriori sviluppi della nostra giurisprudenza, tanto ordinaria quanto costituzionale <sup>(53)</sup>.

Nei rapporti tra Stato sovrano e Giudici comuni è importantissimo richiamare al riguardo la storica sentenza della Corte Costituzionale, Presidente e Redattore Tesauro <sup>(54)</sup>, per mettere in evidenza che i diritti naturali dell'uomo – quali fonte del diritto <sup>(55)</sup> – prevalgono sia sulla supremazia degli Stati sovrani, sia sulle norme consuetudinarie di diritto

<sup>(52)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 892.

<sup>(53)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 892.

<sup>(54)</sup> Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, 1152, con nota di PALMIERI e A. SANDULLI, in *Giur. it.*, 2015, 339, con nota di GIRALDI; in *Dir. uomo*, 2014, p. 445, con nota CAPONI, DE SENA, DI BERNARDINI, VENTRELLA, ZOPPO, in *Int'l Lis*, 2015, p. 12, con nota di CANNIZZARO e CIAMPI, in *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 367, con nota di BATTINI; in *Giur. costit.*, 2014, p. 3853, con nota di CONFORTI, PINELLI, BRANCA, CAPONI, RIMOLI, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1048, con nota di RIVELLO; in *Resp. civ.*, 2015, p. 799, con nota di PERSANO; in *Giurisdir. amm.*, 2014, IV, 1, con nota di RAVALLI; in *Riv. neldiritto*, 2014, p. 2207, con nota di COSMELLI; commentata da GRADONI, *Corte costituzionale e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, consultabile online sul sito: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1101>, la quale: 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della l. 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno); 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona; 3) dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, sollevata, in riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione, dal Tribunale di Firenze, con tre ordinanze del 21 gennaio 2014.

<sup>(55)</sup> Cfr. PANZARINI, *Il diritto naturale quale fonte del diritto. Il realismo-razionalismo*

internazionale generalmente riconosciute, sia sulle leggi che limitano la tutela giurisdizionale dei medesimi diritti universali dell'uomo <sup>(56)</sup>. Il caso riguardava l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per tutti indistintamente gli atti ritenuti iure imperii e riguardanti gli episodi di deportazione, lavoro forzato, eccidi, compiuti in Italia e in Germania nei confronti di cittadini italiani nel periodo 1943-1945 dalle truppe naziste del Terzo Reich, quali crimini di guerra o contro l'umanità lesivi di diritti fondamentali della persona. Nel 2004 la Cassazione italiana, nel caso Ferrini <sup>(57)</sup>, aveva enunciato il principio secondo cui l'immunità dalla giurisdizione (civile) degli Stati (esteri) riconosciuta dal diritto internazionale consuetudinario non ha carattere assoluto ma può trovare un limite anche quando lo Stato operi nell'esercizio della sua sovranità, ove le condotte integrino crimini contro l'umanità, tali quindi da configurare un crimine internazionale. Questo orientamento mette in evidenza che la tutela dei diritti fondamentali è affidata a norme, inderogabili, al vertice dell'ordinamento internazionale <sup>(58)</sup>, che prevalgono su ogni altra disposizione anche di carattere consuetudinario *ex art. 10 Cost.*; per tale ragione è stata sancita sia l'imprescrittibilità, sia l'universalità della giurisdizione, che deve valere anche per i processi civili che traggono origine da tali gravissimi reati. Secondo tale orientamento la Corte Suprema ha in passato ripetutamente affermato che nell'ordinamento internazionale dovesse ritenersi vigente il principio, sovraordinato agli altri, di preminenza dei valori fondamentali della libertà e della dignità della persona, la cui lesione non è consentita neppure agli Stati nell'esercizio della loro sovranità. I suddetti principi hanno trovato conferma in 13 analoghe decisioni del 2008 che hanno affermato che la Corte di Cassazione italiana non intendesse negare che i due principi convivono nell'ordinamento internazionale: da un lato il

---

*giuridico, illuministico, principio ed approdo del giusnaturalismo*, in *Le monografie di questa rivista*, serie diretta da Galgano, Padova, 2009, p. 1 ss. con *Prefazione* di Galgano.

<sup>(56)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, cit., p. 891; LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza*, cit., p. 10635; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 375 ss., il quale dopo avere esaminato e commentato i casi decisi da Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 14201, e da Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, conclude a p. 378 dicendo che siamo molto prossimi ad una idea attualizzata di diritto naturale. Sul punto cfr. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006.

<sup>(57)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, in *Giust. civ.*, I, p. 119, con nota di BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo stato straniero autore di un crimine di guerra*; e in *Resp. civ.*, 2004, p. 1030, con nota di VITERBO, *I diritti fondamentali come limite all'immunità dello stato*.

<sup>(58)</sup> Quindi queste norme non potrebbero configurarsi come norme interposte, poste ad un livello inferiore rispetto alla Costituzione, bensì come norme poste ad un livello superiore.

principio dell'immunità degli Stati (esteri) dalla giurisdizione (civile) per gli atti posti in essere nell'esercizio della sovranità; dall'altro, quello, di pari portata generale, del primato assoluto dei valori fondamentali della libertà e dignità della persona umana. Ma che nel rispetto della gerarchia dei valori il secondo dei principi finisse per conformare necessariamente il primo, dovendosi assegnare «prevalenza alla norma di rango più elevato, ossia quella che ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di meta-valore»<sup>(59)</sup>. Sennonché, nel 2012, la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aia<sup>(60)</sup>, nella controversia relativa alle immunità giurisdizionali dello Sta-

---

<sup>(59)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 14202; Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 14201, secondo cui, in tema di domanda di indennizzo per arricchimento senza causa proposta nei confronti di uno straniero – fermo restando che, ai sensi dell'art. 61 l. n. 218 del 1995, si applica la legge dello stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione – la prova dell'esistenza delle condizioni per radicare la giurisdizione davanti al giudice italiano incombe sull'attore, che ha l'onere di dimostrare, ai sensi dell'art. 2 reg. Ce n. 44 del 2001, che la società convenuta ha in Italia la sede statutaria o l'amministrazione centrale o il centro di attività principale ovvero, ai sensi dell'art. 3, un rappresentante autorizzato a stare in giudizio; né sono applicabili i criteri previsti dall'art. 5 cit. regolamento, che riguardano la materia contrattuale, alla quale, in difetto di un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra, non è riconducibile la domanda *ex art.* 2041 c.c.; Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2008, n. 1072. In argomento cfr. FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 377.

<sup>(60)</sup> Cfr. Corte Internazionale di Giustizia dell'Aia, 3 febbraio 2012, *Immunités Juridictionnelles de l'Etat Allemagne c. Italie*, con commento critico di PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, n. 2. In dottrina per la tesi sostenuta dalla CIG dell'Aia cfr. ZIMMERMAN, "Sovereign Immunity and Violation of International Jus Cogens. Some Critical Remarks", in *Michigan JIL*, 1995, p.438 ss.; BROMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, 1997, p. 195 ss.; TOMUSCHAT, *L'immunité des états en cas de violations graves des droits de l'homme*, in *RGDIP*, 2005, p. 51 ss., spec. p. 57-63; FOCARELLI, *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in *RDI* 2007, p. 637 ss.; Id., *Immunité des états et jus cogens. La dynamique du droit international et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des états étrangers*, in *RGDIP*, 2008, p.761 ss., spec. p.772 ss.; VERHOEVEN, *Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public* (2002), in *Recueil des Cours*, 2008 vol. 334, p. 15 ss., a p. 234-236.; KOLB, "Observations sur l'évolution du concept de jus cogens", in *RGDIP*, 2009, p. 837 ss., a p.844-846; GATTINI, *The Dispute on Jurisdictional Immunity of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change in the Law?*, in *Leiden JIL*, 2011, p. 178 ss. Per la tesi opposta cfr. REIMANN, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, in *Michigan JIL*, 1995, p. 407 ss.; JGERGER, *Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities*, in *Virginia JIL*, 1996, p. 765 ss., a p.783-787; DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public* (2000), in *Recueil des Cours*, 2002, vol. 297, p. 15 ss., a p. 280-283; BIANCHI, *L'immunité des états et les violations graves de droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international*, in *RGDIP*, 2004, p. 53

to, fra la Repubblica federale tedesca e la Repubblica italiana, in accoglimento del ricorso della Germania, dopo aver chiarito che l'immunità degli Stati per atti iure imperii dinanzi alle Corti di altri Stati è principio fondamentale dell'ordine legale internazionale (*par in parem non habet jurisdictionem*), inderogabile anche nelle ipotesi di violazione del diritto internazionale umanitario, ha rinviato ad una eventuale nuova negoziazione tra i due Stati, come unica possibilità per il risarcimento dei danni subiti dalle vittime dei crimini di guerra nazisti.

La Cassazione italiana, prima in sede penale <sup>(61)</sup>, e successivamente in sede civile <sup>(62)</sup>, richiamando il criticabile e criticato principio di diritto enunciato nella sentenza della Corte Internazionale di Giustizia dell'Aia,

---

ss., spec. p. 96 ss.; ORAKHELASHVILI, *State Immunity and International Public Order Revisited*, in *GYIL*, 2006, p. 327 ss., a p. 353-363; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, p. 111; RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 2° ed., Torino, 2007, p. 172; ID., *Ius cogens*, in *Diritti Umani: Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Dizionario, a cura di Flores, Groppi e Pisillo Mazzeschi, vol. II, Torino, 2007, p. 806, il quale afferma che «le norme cogenti, essendo al vertice delle fonti, prevalgono sulle semplici norme consuetudinarie»; SALERNO, *Diritto internazionale: Principi e norme*, Padova, 2008, p. 420-429, spec. p. 426-429, il quale sostiene che una norma consuetudinaria imperativa prevale su una norma consuetudinaria dispositiva, anche se le due norme non insistono sulla stessa materia.

<sup>(61)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2012, dep. 9 agosto 2012, n. 32139, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1149, con nota di Picciché, secondo cui, non sussiste la giurisdizione italiana in relazione alla domanda di risarcimento del danno proposta in sede penale contro la Germania, nella sua qualità di responsabile civile di una strage compiuta in Italia dalle forze armate naziste durante la seconda guerra mondiale, in quanto la sentenza della corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 che ha condannato l'Italia per non aver rispettato, con alcune decisioni giudiziarie, l'immunità della repubblica federale tedesca, pur non comportando vincoli diretti e immediati per il giudice italiano e pur non riferendosi specificamente alla controversia in questione, è conforme allo stato attuale del diritto internazionale e coerente con gli obblighi internazionali dell'Italia, mentre la precedente giurisprudenza della stessa corte di cassazione sulla prevalenza della tutela dei diritti umani sull'immunità dalla giurisdizione dello stato straniero deve ora essere valutata come un mero contributo all'emersione di una norma internazionale non ancora condiviso dalla comunità internazionale e non può pertanto essere ulteriormente applicata; il riconoscimento dell'immunità agli stati stranieri con riferimento ad atti o comportamenti lesivi di diritti fondamentali dell'individuo non pone peraltro una questione di legittimità costituzionale in quanto la predetta pronuncia della corte dell'Aja evidenzia l'attuale inesistenza di una consuetudine internazionale rilevante ai sensi dell'art. 10, 1° comma, cost. che possa fungere da «norma interposta», nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, secondo il meccanismo di cui all'art. 117 cost.

<sup>(62)</sup> Cfr. Cass., sez. un., ord. 21 febbraio 2013, n. 4284, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2013, p. 79, secondo cui, in ragione dell'immunità dalla giurisdizione civile riconosciuta alla Repubblica federale di Germania, non sussiste la giurisdizione italiana in relazione all'azione proposta contro tale stato di cui l'attore chiedeva la condanna al risarcimento dei danni conseguenti alla tortura e uccisione di un congiunto nel 1944, ad opera di appartenenti alle forze militari tedesche.

dichiaravano il difetto di giurisdizione del Giudice italiano. Lo Stato italiano, con l'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5, nel conformarsi alla sentenza della CIG, ha stabilito che «il giudice davanti al quale pende la controversia (...) rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo».

Il Tribunale di Firenze <sup>(63)</sup>, tuttavia, si è rivolto, in via incidentale, alla Corte costituzionale, sostenendo, ai sensi degli art. 2 e 24 Cost., che le violazioni gravi del diritto internazionale umanitario e dei diritti fondamentali non possono essere ricomprese nella salvaguardia posta dalla disposizione di adattamento interno (art. 10 Cost.) alla norma consuetudinaria del diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, né in quella posta dalla disposizione di adattamento dell'art. 94 della carta delle Nazioni unite (laddove obbliga gli Stati aderenti ad adeguarsi alle pronunce della Cig), con la conseguente illegittimità dell'art. 3 della l. n. 5 del 2013 <sup>(64)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Cfr. Trib. Firenze, ord. 21 gennaio 2014, Giud. Minniti, in *Diritto penale contemporaneo*, il quale visti gli artt. 134 Cost. e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, dichiarava rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione: 1) della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost., della consuetudine internazionale accertata dalla Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza 3.2.2012, nella parte in cui nega la giurisdizione di cognizione nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte nello Stato del giudice adito, "*iure imperii*" dal Terzo Reich; 2) dell'art. 1 della legge n. 848 del 17 agosto 1957, nella parte in cui recependo l'art. 94 dello Statuto dell'Onu, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi "*iure imperii*" dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano; 3) dell'art. 1 della l. n. 5 del 2013 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi "*iure imperii*" dal Terzo Reich nel territorio italiano.

<sup>(64)</sup> Si legge in motivazione: «se da una parte al giudice italiano è sottratta la interpretazione della valenza imperativa e inderogabile delle norme di *jus cogens* di diritto internazionale, ambito nel quale la Corte internazionale di giustizia ha una competenza assoluta ed esclusiva, non può però negarsi che questi sia tenuto a verificare se sia manifestamente infondato il dubbio che l'adozione indifferenziata di tale reciproca protezione in favore dei singoli stati ed in danno, nel caso in esame, dei singoli individui gravemente lesi, non sia conforme all'ordinamento radicato nella Repubblica Italiana sulla base delle norme della Costituzione e delle sue fonti integrative anche sovranazionali. Le scelte che implica la questione sottoposta al giudicante sono di massimo rilievo per la ricostruzione del sistema multilivello delle fonti dell'ordinamento vigente sul territorio italiano e per la collocazione

La Corte Costituzionale, con una articolata e condivisibile motivazione<sup>(65)</sup>, nel ribadire che «la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali costituisce uno dei “principi supremi” dell’ordinamento costituzionale», ha dichiarato incostituzionali, per contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., sia l’art. 3 l. 14 gennaio 2013, n. 5, che imponeva al giudice italiano di dichiarare il difetto di giurisdizione nelle cause civili di risarcimento del danno per crimini contro l’umanità, sia l’art. 1 l. 17 agosto 1957, n. 848, che obbligava il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, che gli imponeva di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti iure imperii di uno stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona.

La suddetta sentenza rappresenta una ulteriore prova concreta che il dogma giuspositivistico della statualità del diritto è per ciò stesso superato<sup>(66)</sup>.

4. – Le sentenze creative della Corte di Giustizia e della Corte EDU: conflitto tra Corti e prevalenza dei diritti dell’uomo. I Giudici comuni sono soggetti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU.

Come è noto, le sentenze della Corte di Giustizia costituiscono il diritto vivente dell’Unione Europea ed hanno valore di norme aventi immediata efficacia nel diritto degli Stati membri. Secondo la Corte di

---

sistemica, nel suo ambito, degli strumenti giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali della persona umana imponendo all’interprete di verificare se l’apertura verso ordinamenti diversi, contenuta negli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione della Repubblica Italiana sia priva o meno di filtri selettivi in grado di condizionare, nel caso in esame, la decisione della pregiudiziale sollevata dalla Repubblica Federale di Germania. Ad avviso di questo giudice anche alla luce della fondazione di un impianto normativo comune di dimensione sovranazionale e di forza sovrastatale, sempre meno settoriale e sempre più – oggettivamente – universale, oltre che radicato su un ambito sempre più vasto del territorio europeo, deve mettersi seriamente in dubbio che l’immunità tra Stati, tanto più verrebbe da sostenere tra Stati dell’Unione Europea, possa ancora consentire, ancorché solo per effetto di consuetudini internazionali anteriori alla entrata in vigore della Costituzione e della Carta dei diritti dell’Unione Europea, l’esclusione incondizionata della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali violati da atti *iure imperii*.

<sup>(65)</sup> Cfr. Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, Presidente e Redattore Tesoro, la quale, tra l’altro, invocando la teoria dei controlimiti, ritiene inapplicabili nell’ordinamento italiano norme di diritto internazionale configgenti con i principi ed i diritti inviolabili dell’uomo.

<sup>(66)</sup> Cfr. GALGANO, nella Prefazione al libro di PANZARINI, *Il diritto naturale quale fonte del diritto. Il realismo-razionalismo giuridico, illuministico, principio ed approdo del giusnaturalismo*, cit., p. 3 ss.

Giustizia, i giudizi nazionali devono garantire la piena applicabilità delle norme comunitarie «disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la rimozione per via legislativa o mediante altro procedimento costituzionale». La preminenza del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri riguarda <sup>(67)</sup>, dunque, anche e soprattutto la giurisprudenza della Corte di Giustizia <sup>(68)</sup>. Il Giudice comune, prima di ricorrere al Giudice delle leggi, è tenuto a esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e uniformarsi a questa.

La Corte costituzionale ha chiarito anche che per il Giudice comune la giurisprudenza della Corte di Giustizia e le norme comunitarie in genere, prevalgono sia sulle leggi interne sia sul diritto vivente nazionale creato dalla Corte di Cassazione.

In caso di dubbi di compatibilità fra il diritto vivente della Cassazione e norme comunitarie dotate di efficacia diretta (fra le quali le sentenze della Corte di Giustizia), come una sentenza della Cassazione che conferma la validità di una norma interna, e una successiva sentenza della Corte di Giustizia UE che la disapplica, il Giudice comune è tenuto al rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di Giustizia <sup>(69)</sup>. Quindi, in caso di contrasto fra Corte di Giustizia UE e Cassazione, è la prima ad avere il pronunciamento definitivo non ulteriormente opponibile con i rimedi interni, salvo ovviamente il ricorso alla Corte EDU di Strasburgo, che rappresenta

<sup>(67)</sup> Sul principio di preminenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto interno cfr. Corte Giust., 15 luglio 1966, C-6/64 Costa c. Enel; Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, rel. La Pergola.

<sup>(68)</sup> Cfr. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 41 ss.; ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, p. 528. Non si esita a definire la Corte come il vero "legislatore comunitario" (NOURISSAT, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: Un regard privatiste à partir de l'actualité*, in AA.VV., *La création du droit par le juge*, Paris, 2006, p. 247), tanto che un eminente giudice inglese ha potuto affermare che nonostante i suoi poteri limitati la Corte ha edificato un nuovo ordinamento giuridico, solo abbozzato nei Trattati (Lord Slynn of Hadley, *What is a European Community Judge*, in *Cambridge Law Journal*, 1993, p. 234). Già CAPOTORTI, *Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 230 ss., rilevava che lo studio della giurisprudenza della Corte è il passaggio obbligato per intendere lo sviluppo del diritto comunitario (v. in specie p. 247). Interessanti rilievi in BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 3a ed., Bari, 2008, p. 12 ss. In argomento cfr. altresì BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., Padova, 2005, p. 33 ss., ove si evidenzia che la Corte «ha svolto un ruolo molto vicino a quello di un legislatore».

<sup>(69)</sup> Cfr. Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284, sulla normativa interna in materia di gioco e scommesse.

di fatto l'ultimo grado di giudizio, potendo le sentenze EDU, quali fonti supreme del diritto <sup>(70)</sup>, comportare la riapertura del processo, nonostante il passaggio in giudicato della sentenza nazionale. Nel conflitto fra Corti, dunque, prevalgono le sentenze della Corte EDU, avendo essa, tra l'altro, l'ultima voce in capitolo <sup>(71)</sup>.

Il caso Valle Pierimpìè <sup>(72)</sup>, relativo alle c.d. valli da pesca della laguna di Venezia, rappresenta, in ambito civile, la più evidente conferma della preminenza della giurisprudenza della Corte EDU rispetto alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione <sup>(73)</sup>. La Suprema Corte di Cassazione italiana aveva confermato le sentenze dei giudici di merito – passate in giudicato – che avevano condannato la Società Agricola Valle Pierimpìè, sia a risarcire la somma di Euro 20.000.000,00 a titolo di indennità di occupazione senza titolo del demanio pubblico marittimo, sia a liberare immediatamente la tenuta pubblica marittima. La Società Agricola Valle Pierimpìè, dopo avere esaurito le vie interne, adiva la Corte EDU, la quale accertava la violazione dell'art. 1 protocollo n. 1 CEDU da parte dello Stato italiano <sup>(74)</sup>, che veniva condannato a risarcire il danno morale per lesione dei beni giuridici <sup>(75)</sup>. Per quanto riguardava il danno

---

<sup>(70)</sup> Cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi contro Italia, dove la Corte EDU chiaramente sottolinea come la giurisprudenza rappresenti nella tradizione giuridica europea una fonte del diritto che contribuisce alla sua evoluzione.

<sup>(71)</sup> Cfr. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, la quale, nel conflitto interpretativo fra Corti, fa prevalere le sentenze della Corte EDU purché consolidate.

<sup>(72)</sup> Cfr. Corte EDU, 23 settembre 2014, Valle Pierimpìè contro Italia; Corte EDU, 1° settembre 2016, Valle Pierimpìè contro Italia.

<sup>(73)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2011, n. 3813.

<sup>(74)</sup> Cfr. A. RICCIO, *Beni giuridici e proprietà*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di Gianniti, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, 2015, p. 1299-1388. L'ambito di applicazione dell'art. 1 prot.1 CEDU è molto esteso, ricomprendendo qualunque diritto assoluto o relativo, o interesse meritevole di tutela, o legittima aspettativa, avente ad oggetto mediato o immediato un bene, mobile o immobile, materiale o immateriale (*new propertis*), in pacifico godimento reale o personale, presente o futuro, della persona fisica o giuridica, anche a prescindere dal titolo di proprietà o dalla validità del contratto in base all'ordinamento interno. Rientrano, dunque, nell'ambito di applicazione dell'art. 1 prot. 1 CEDU, sia i beni attuali, sia i valori patrimoniali compresi i crediti, sicché è tutelato dalla predetta disposizione, sia il diritto al risarcimento del danno patrimoniale, anche per lesione di un diritto di credito o di un interesse legittimo o di una legittima aspettativa, sia il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, connessi e collegati alla soddisfazione o al godimento pacifico di un bene, come anche nel caso del diritto di abitazione riconosciuto anche dall'art. 47 Cost. e ritenuto un diritto fondamentale ed inviolabile. Al riguardo cfr. Corte EDU, 28 aprile 2014, caso Plalam contro Italia; Corte EDU, 1° settembre 2016, Valle Pierimpìè contro Italia.

<sup>(75)</sup> Cfr. A. RICCIO, *Beni giuridici e proprietà*, cit., p. 1309 e p. 1361 ss. Il riconoscimento del danno non patrimoniale per lesione dell'art. 1 prot. n. 1 CEDU, è stato altresì riconosciuto, in via esemplificativa, sia nel caso *Beyeler* (cfr. Corte EDU, 28 maggio 2002),

patrimoniale la Corte EDU, con sottinteso monito allo Stato italiano, si riservava la questione invitando il Governo e il richiedente a darle cognizione di ogni auspicato accordo. E tale accordo, alla luce del suddetto monito, è arrivato <sup>(76)</sup>.

Altro significativo caso – fra i molteplici emersi anche in ambito penale – dove è emersa la conferma della preminenza della giurisprudenza della Corte EDU rispetto alla giurisprudenza della Cassazione, riguarda la vicenda Varvara <sup>(77)</sup>, nella quale la Corte EDU ha ribadito – come nel caso Sud fondi <sup>(78)</sup> –, che la confisca prevista dal nostro ordinamento per l'ipotesi di lottizzazione abusiva ha natura di pena e che, pertanto, la sua applicazione, nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, costituisce violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU. Il principio di fondo enunciato è il seguente: nessuna pena senza una condanna <sup>(79)</sup>. La Corte EDU sottolinea espressamente che è «l'accostamento dell'art. 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1» che «mostra che ai fini della Convenzione non si può avere “condanna” senza che sia legalmente accertato un illecito – penale o eventualmente disciplinare, così come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità penale». Senonché, la Corte di Cassazione italiana <sup>(80)</sup>, che ha ritenuto di non condividere il suddetto principio di civiltà giuridica, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione alla confisca urbanistica <sup>(81)</sup>, così come interpretata dalla Corte

sia nel caso Guiso Gallisay (cfr. Corte EDU, G.C., 22 dicembre 2009), sia nel caso Belvedere Alberghiera (cfr. Corte EDU, 30 ottobre 2003), sia nel caso Carbonara e Ventura (cfr. Corte EDU, Corte EDU, 11 dicembre 2003).

<sup>(76)</sup> Cfr. Corte EDU, 1° settembre 2016, Valle Pierimpiè contro Italia.

<sup>(77)</sup> Cfr. Corte EDU, 29 ottobre 2013, caso Varvara contro Italia.

<sup>(78)</sup> Cfr. Corte EDU, 30 agosto 2007, caso Sud Fondi contro Italia; Corte EDU, G.C., 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi contro Italia.

<sup>(79)</sup> Cfr. V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 aprile 2015; F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 giugno 2014; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2015; CIVELLO, *La sentenza Varvara contro Italia non “vincola” il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2; RUSSO, *La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in [osservatoriosullefonti.it](http://osservatoriosullefonti.it), aprile 2015; VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, *Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi*, in *materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2015.

<sup>(80)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 20 maggio 2014, n. 20636.

<sup>(81)</sup> Anche il Tribunale di Teramo, con ordinanza n. 1 del 17 gennaio 2014, GU 1<sup>a</sup>

di Strasburgo nel caso Varvara. La S.C., nel rimettere la questione alla Consulta, ritiene che «il diritto di proprietà privata non costituisce un valore assoluto, un diritto fondamentale inviolabile: il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute sono invece tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui va riconosciuta prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà. L'interpretazione che, con la sentenza Varvara, la Corte EDU ha operato della norma di cui all'art. 44, comma 2 d.P.R. n. 380/2001 – escludendo la confiscabilità di aree e terreni abusivamente lottizzati nel caso in cui il giudizio si concluda con sentenza di prescrizione – viola pertanto gli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, 1° comma della Costituzione, cui va riconosciuta prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà». L'errore di fondo dal quale muove la Cassazione italiana nella suddetta sentenza, è dato dal fatto che il diritto dell'uomo tutelato non era soltanto quello di proprietà protetto dall'art. 1 primo protocollo CEDU, ma anche e soprattutto il diritto ad essere considerati innocenti e non colpevoli fino alla condanna definitiva, con la conseguenza che la pena della confisca senza una sentenza di condanna definitiva dell'imputato, si pone in aperta violazione con gli artt. 3, 25, comma 2, e 27, comma 2, 111, Cost., 48 e 49 Carta di Nizza, 5, 6, 7 e 8 della CEDU in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. La Corte Costituzionale, con una sentenza che ha suscitato molte critiche <sup>(82)</sup>, di-

---

Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 26 del 18 giugno 2014, riteneva rilevante e non manifestamente infondata, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 7 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione.

<sup>(82)</sup> Cfr. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, con commento di CONTI, *La Cedu assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 10 aprile 2015. Molteplici sono stati i commenti alla predetta sentenza., tutti pubblicati in *Consulta online*, 2015. cfr. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*; VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*; CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*; V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*; RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*; CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto*

chiarava inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di Teramo, lasciando però ancora aperto il conflitto interpretativo insorto tra la Corte EDU e la Corte di Cassazione, in relazione al problema della confisca senza condanna <sup>(83)</sup>. A ben vedere, il Giudice delle leggi, nell'ampia motivazione, ribadisce che il Giudice comune, a cui spetta il doveroso compito dell'interpretazione convenzionalmente orientata, è comunque vincolato alla "giurisprudenza consolidata" della Corte EDU.

Il Giudice comune, dunque, non è soggetto soltanto alla legge, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost., ma è soggetto anche e soprattutto alla «giurisprudenza consolidata» della Corte EDU, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. <sup>(84)</sup>.

Orbene, poiché il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU nel caso Varvara <sup>(85)</sup>, si colloca all'interno di un orientamento consolidato che trova il suo antecedente significativo nel caso Sud Fondi <sup>(86)</sup>, è evidente che la Corte di Cassazione, quale Giudice comune, era tenuta ad osservare tale principio di diritto conforme sia alla CEDU, sia alla Costituzione italiana, che non consente di configurare pene senza l'accertamento definitivo di una responsabilità penale. Al riguardo si segnala la recente sentenza della Corte EDU sul caso De Tommaso <sup>(87)</sup>, che ha considerato

*per Strasburgo; MARTINICO, Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale; TEGA, La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu; PULITANÒ, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015; COLACINO, Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta; RUSSO, Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015; SORRENTI, Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo.*

<sup>(83)</sup> Cfr., infatti, Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2015, dep. 22 ottobre 2015, n. 42458, con commento di MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre varvara?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 novembre 2015, la quale conferma la possibilità di emettere confisca anche in caso di proscioglimento per prescrizione del reato, in palese contrasto con quanto statuito da Corte EDU, 29 ottobre 2013, caso Varvara contro Italia e da Corte EDU, 30 agosto 2007, caso Sud Fondi contro Italia; Corte EDU, G.C., 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi contro Italia.

<sup>(84)</sup> Cfr. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, cit., p. 184, il quale non condivide le conclusioni a cui è pervenuta la Consulta, ritenendo che i Giudici comuni sono vincolati alla giurisprudenza convenzionale anche non consolidata, in forza degli obblighi assunti dalla Stato aderente.

<sup>(85)</sup> Cfr. Corte EDU, 29 ottobre 2013, caso Varvara contro Italia.

<sup>(86)</sup> Cfr. Corte EDU, 30 agosto 2007, caso Sud Fondi contro Italia; Corte EDU, G.C., 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi contro Italia.

<sup>(87)</sup> Cfr. Corte EDU, G.C., 23 febbraio 2017, De Tommaso contro Italia, commentata

illegittima la disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate sulla fattispecie di pericolosità “generica” di cui all’art. 1 della legge n. 159/2011 (c.d. codice antimafia), essendo in contrasto sia con l’art. 2 Prot. 4 CEDU, che tutela la libertà di circolazione, sia con l’art. 1 Prot. 1 CEDU, che tutela i beni e la proprietà <sup>(88)</sup>.

Il complesso sistema giurisdizionale, al fine di salvaguardare i diritti dell’uomo e rendere sempre più Giustizia, ha messo in crisi la stessa sovranità dello Stato, potendo i Giudici comuni disapplicare e superare sia le leggi statali <sup>(89)</sup>, sia le sentenze passate in giudicato <sup>(90)</sup>, sia gli atti e i

da VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017.

<sup>(88)</sup> Cfr. App. Napoli, ord. 15 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione in questione.

<sup>(89)</sup> Cfr. Corte Giust., 28 giugno 1978, in causa C 70/77, caso Simmental, in *Racc.*, 1978, 1453. Il principio di diritto enunciato nel caso Simmental va applicato anche in relazione alle norme CEDU.

<sup>(90)</sup> Cfr. Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, caso Scoppola; Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, caso Ercolano; Corte EDU, 11 aprile 2015, caso Contrada; Corte EDU, 8 gennaio 2013, caso Torreggiani; Corte EDU, 23 settembre 2014, caso Valle Pierimpì; Corte EDU, 1° settembre 2016, caso Valle Pierimpì; Cons. Stato, ad. pl., 4 marzo 2015, n. 2, nella quale si statuisce che, nel caso in cui la violazione commessa dallo Stato sorga a causa di una sentenza passata in giudicato, non viene meno l’obbligo per lo Stato, complessivamente considerato, di conformarsi alla sentenza di Strasburgo e quindi la rimozione del giudicato formatosi risulta indispensabile per rimuovere la violazione dei diritti commessa dallo stato-giudice nel corso del processo. Nella specie, anche davanti al giudice amministrativo, così come a quello civile, viene in rilievo la tutela di diritti fondamentali che, in caso di vizi processuali o sostanziali, possono essere compressi o limitati in modo da non risultare tollerabile per uno stato di diritto e generare una responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi convenzionali assunti. Ne deriva che, qualora la Corte CEDU accerti che una tale violazione vi è stata, possono darsi casi in cui la rimozione del giudicato si appalesi quale unico mezzo utile per rimuovere le perduranti violazioni di diritti fondamentali, analogamente a quanto si è riconosciuto nell’ambito del processo penale. Pertanto, le norme processuali nazionali che disciplinano i casi di revocazione delle sentenze del giudice amministrativo – *i.e.* l’art. 106 c.p.a. e, in quanto richiamato dallo stesso, gli artt. 395 e 396 c.p.c. – si pongono in tensione con il vincolo per il legislatore statale di rispetto degli obblighi internazionali sancito dall’art. 117, co. 1 Cost. che, nel caso di specie, viene in rilievo con riferimento all’impegno assunto dallo Stato – con la legge di ratifica ed esecuzione 4 agosto 1955, n. 848 – di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo. Infatti, non contemplando tra i casi di revocazione quella che si renda necessaria per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo, le norme processuali appaiono in contrasto con l’art. 46 CEDU che, invece, sancisce tale obbligo per gli Stati aderenti. Il Consiglio di Stato, sez. IV, con ordinanza 17 novembre 2016, n. 4765, ha sollevato la questione di legittimità Costituzionale dell’art. 106 c.p.a. e degli artt. 395 e 396 c.p.c., nella parte in cui non prevedono il caso di revocazione della sentenza in contrasto con una sentenza definitiva della Corte EDU. Significativa è al riguardo la legge 9 gennaio 2006, n. 12, secondo cui «il giudice nazionale italiano sia tenuto a conformarsi alla giuri-

comportamenti illeciti della PA <sup>(91)</sup>.

Mentre in passato lo Stato era immune ed insindacabile nel suo discrezionale potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale, oggi assistiamo ad un sindacato giurisdizionale multilivello <sup>(92)</sup>, dove l'interprete deve

sprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato». Cfr., inoltre, Cass. pen., 22 settembre 2005, Cat. Berro; Cass. pen., 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi; Cass. pen., 1° dicembre 2006, dep. 25 gennaio 2007, Dorigo, commentata da GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Questioni giustizia*, 2007, n. 1. In argomento cfr. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corriere giur.*, n. 9/2011, p. 1242 ss.; APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANESE ZAGREBESKY, Milano, 20011, p. 509 ss.; SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu*, Padova, 2013; CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, 2009, in [www.academia.edu/204769/](http://www.academia.edu/204769/).

<sup>(91)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, la quale in tema di accessione invertita ha statuito che «l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno. Ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente». La sentenza richiama le sentenze EDU relative al caso *Scordino c. Italia* n. 3, 6 marzo 2007; *Sciarrotta c. Italia*, 12 gennaio 2006; *Carletta c. Italia*, 15 luglio 2005, nonché Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, la quale, conformandosi alla CEDU, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità). Sul punto cfr., anche, Corte EDU, 13 ottobre 2005, caso Maselli contro Italia; Corte EDU, 29 luglio 2010, caso Maselli contro Italia; Corte EDU, 17 maggio 2005, caso Pasculli contro Italia; Corte EDU, 20 aprile 2006, caso De Sciscio contro Italia; Corte EDU, 22 giugno 2006, caso Ucci contro Italia; Corte EDU, 30 maggio 2000, caso Belvedere Alberghiera contro Italia; Corte EDU, 30 maggio 2000, caso Carbonara e Ventura contro Italia; Corte EDU, 28 ottobre 2008, caso Guiso Gallisay contro Italia; Corte EDU, G.C., 22 dicembre 2009, caso Guiso Gallisay contro Italia. In argomento cfr. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, p. 49 ss. In relazione agli atti amministrativi in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, cfr. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 2014, p. 643 ss.

<sup>(92)</sup> Cfr. Corte cost., 23 settembre 2014, n. 238; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, con commento di CONTI, *La Cedu assediata?(osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 10 aprile 2015. In argomento cfr. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corriere giur.*, n. 9/2011, p. 1242

orientarsi seguendo un criterio assiologicamente fondato <sup>(93)</sup>. Si ammette pacificamente il sindacato dell'abuso del potere legislativo, non solo da parte dei Giudici delle leggi, ma anche e soprattutto da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria che, in alcuni casi, reprime direttamente l'abuso per la «mala fede del legislatore» <sup>(94)</sup>, mentre in altri casi, configura il fatto illecito del legislatore quale fonte di responsabilità dello Stato per i danni che ne sono derivati ai cittadini <sup>(95)</sup>. Il tema è stato sollevato in relazione alla omessa o inadeguata o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitarie da parte dello Stato membro <sup>(96)</sup>. La Cassazione, prendendo

---

ss.; nonché le *Relazioni sull'amministrazione della giustizia degli anni 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, 2015, p. 28 ss.; MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, p. 5 ss.; HERRERA, *Derechos nuevos y nuevos derechos en la Union europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato – Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, Roma, 2005, p. 27-55; CARTABIA, *I "nuovi diritti"*, nella rivista telematica OLIR, 2010, p. 1-17.

<sup>(93)</sup> Cfr. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 10 ss.; S. GAMBINO, *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 2 ss.; PIZZORUSSO *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 15 e ss; RUGGERI, *Alla ricerca dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, a cura di D'Amico e Randazzo, Torino 2009, p. 388 ss; ID., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Federalismi.it*, del 4 dicembre 2009, p. 1-18; LUCIANI, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Quest. giust.*, 2008, n. 6, p. 70; ID., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, p. 1060 ss.; CARAVITA, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing processo europeo*, Napoli, 2012, p. 159-164; BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, 2015, p. 263-358.

<sup>(94)</sup> Cfr. Cass., 9 aprile 1990, n. 2965, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2359, qualifica la legge come innovativa, in contrasto con la sua qualificazione quale legge interpretativa, così impedendo la sua applicazione retroattiva. La legge aveva indebitamente utilizzato la tecnica della legge interpretativa per poter legiferare nel passato, ossia per dare effetto retroattivo alle proprie norme. La Cassazione constata che, in quel caso, il legislatore ha «mascherato come legge di interpretazione autentica quella che in realtà è una legge innovativa con effetto retroattivo, per suscitare minore opposizione al proprio intervento»; non esita a parlare di un «abuso censurabile».

<sup>(95)</sup> Cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, cit., p. 412 ss.

<sup>(96)</sup> Cfr. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, cit., p. 413, il quale precisa che «non si dica che questa giurisprudenza è insuscettibile di generalizzazione perché la sovranità del legislatore, nei casi da essa considerati, è limitata da una autorità sovranazionale, quale l'Unione europea, cui compete il potere di imporre direttive vincolanti per gli Stati membri (N. Mac Cormick, *La sovranità in discussione*, trad. it., Bologna, 2003, p. 262). La sovranità del legislatore è limitata anche in ambito nazionale: la limita, in questo ambito, la vigenza di una Costituzione rigida che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e che gli impone, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, oltre che il rispetto delle singole disposizioni della Costituzione, anche il generale vincolo della ragionevolezza, del rispetto cioè dei fondamentali valori di civiltà giuridica. Onde è coerente ritenere, anche se

atto di quanto deciso dalla Corte di Giustizia <sup>(97)</sup>, ha infatti statuito che «in tema di risarcibilità del danno subito dal singolo in conseguenza della mancata attuazione di direttiva comunitaria non autoesecutiva da parte del legislatore italiano, deve riconoscersi il diritto del privato al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, sia che l'interesse leso giuridicamente rilevante sia qualificabile come interesse legittimo sia come diritto soggettivo, qualora lo stato-membro non abbia adottato i provvedimenti attuativi nei termini previsti dalla direttiva stessa e allorché si verificchino le seguenti condizioni, conformemente ai principi più volte enunciati dalla corte di giustizia: *a)* che la direttiva preveda l'attribuzione di diritti in capo ai singoli soggetti; *b)* che tali diritti possano essere individuati in base alle disposizioni della direttiva; *c)* che sussista il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello stato e il pregiudizio subito dal soggetto leso» <sup>(98)</sup>.

---

mancano a tutt'oggi pronunce giudiziarie in tal senso, che sia qualificabile come fatto illecito, produttivo di responsabilità dello Stato, anche l'"illecito costituzionale" (in questi termini ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una digressione nel campo dell'illecito costituzionale del legislatore)*, in *questa rivista Europa*, 1999, p. 101. Sul punto, con altri ragguagli, LOCCISANO, *Abuso di potere legislativo e responsabilità*, in *Resp., comunicazione, impresa*, 2001, p. 35, che rievoca posizioni già assunte in tal senso da Paladin e da Pace), ossia la violazione dei principi costituzionali che, al pari della violazione delle direttive comunitarie, abbia arrecato danno ai cittadini, cui compete il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato. In argomento cfr. A. RICCIO, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitarie*, in *la Resp.-civ.*, 2010, n. 5; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, p. 850.

<sup>(97)</sup> Cfr. Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90 (Francovich – Bonifaci c. Repubblica Italiana); Corte Giust., 14 luglio 1994, causa C-91/92; Corte Giust., 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93 (Brasserie de Pecheur e Factor-Tame Ltd); Corte Giust., 26 marzo 1996, nella causa C-393/93 (British Tel.); Corte Giust., 8 ottobre 1996, nelle cause riunite C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94 (Dillenkofer e altri). In argomento cfr. LAZARI, *La responsabilità dello Stato legislatore e i destini dell'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 109 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2009, p. 950, secondo cui la più recente giurisprudenza, sulla scorta di molteplici sentenze della Corte di Giustizia, si è pronunciata nel senso che il giudice può sindacare, in termini di fatto illecito, l'omessa o inadeguata attuazione delle direttive comunitarie da parte del legislatore nazionale, e condannare lo Stato al risarcimento del danno subito dai suoi cittadini. Significative sul punto sono Corte Giust., 30 settembre 2003, causa C-224/01 (caso Kobler); nonché la sentenza sul caso Traghetti del Mediterraneo C-173/03, Racc. 2006, 5177.

<sup>(98)</sup> Così Cass., sez. lav., 5 ottobre 1996, n. 8739, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1997, 1031; Cass., sez. lav., 9 aprile 2001, n. 5249, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2663; Cass., sez. III, 16 maggio 2003, n. 7630, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2015, e in *Danno e resp.*, 2003, 719, con nota di SCODITTI; e p. 836, con nota di CONTI. In argomento, in senso adesivo, cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 369, il quale richiama anche Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, che tra le altre cose configura la responsabilità dello Stato legislatore per atti normativi; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, p. 851, secondo cui dalla limitazione del potere sovrano conseguente all'a-

Le Sezioni unite della Cassazione, seguendo una terza via, hanno statuito che lo Stato non può esimersi da responsabilità verso il singolo danneggiato, atteso il vincolo derivante dall'ordinamento comunitario, ma non si tratterebbe di risarcimento del danno da fatto illecito, bensì di «indennità per attività non anti-giuridica». La sentenza si basa sulla considerazione che, «stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione». Ne consegue che, non trattandosi di risarcimento del danno da fatto illecito, bensì di indennità dovuta per obbligazione *ex lege* dello Stato, il danneggiato non dovrà fornire la prova del dolo o della colpa del danneggiante, e la sua azione si prescrive non già in cinque, bensì in dieci anni, in applicazione del termine ordinario di prescrizione<sup>(99)</sup>. A ben vedere, si è già messo in evidenza che, contrariamente a quanto adducono le Sezioni unite della Cassazione, la omessa o tardiva o anomala o infedele attuazione di una direttiva comunitaria da parte dello Stato, configura un comportamento che può certamente essere qualificato come anti-giuridico anche «alla stregua dell'ordinamento interno», ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

La violazione da parte dello Stato del preesistente e generale obbligo giuridico interno di osservare i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», comporta un inadempimento che legittima il cittadino o comunque il soggetto danneggiato a chiedere nei confronti dello Stato danneggiante il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1218 c.c., che disciplina, come è noto, la responsabilità per inadempimento di una preesistente obbligazione<sup>(100)</sup>. L'inadempimento dello Stato membro implica, tra l'al-

---

desione ad un trattato (art. 11 Cost.), segue l'obbligo dello Stato nei confronti dei propri cittadini di ottemperare agli impegni presi. Sicché, sussistendo gli ulteriori presupposti, la violazione manifesta e grave ad un atto normativo di fonte comunitaria costituisce illecito risarcibile dallo Stato inadempiente verso i propri cittadini lesi. Ciò è quanto si desume dalla tendenza che si sta delineando in ambito comunitario e che sta trovando conferme nei diversi diritti interni.

<sup>(99)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, 168, con nota di SCODITTI; in *Corriere giur.*, 2009, 1345, con nota di DI MAJO; in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1012, con nota di PASQUINELLI; in *questa rivista*, 2009, p. 883 ss. e sp. p. 894, con commento critico di GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*; in *La resp. civ.*, 2010, n. 5, p. 346 ss., con commento critico di A. RICCIO, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitarie*.

<sup>(100)</sup> Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 76 ss.; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, p. 12 e p. 954.

tro, la lesione di due essenziali fattori di equilibrio del sistema: la parità di trattamento all'interno della Comunità e la solidarietà comunitaria <sup>(101)</sup>. Lo Stato, infatti, pone una grave violazione quando crea o mantiene disarmonia in un sistema giuridico che ha come obbiettivo fondamentale proprio l'interpretazione e l'applicazione uniforme di regole comuni e almeno coordinate <sup>(102)</sup>. La Corte di Giustizia ha da tempo enunciato che nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservare le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie <sup>(103)</sup>.

Nel caso in cui lo Stato abbia attuato infedelmente una direttiva comunitaria, il singolo potrebbe agire in giudizio proponendo, in alternativa all'azione di risarcimento danni, l'azione per la tutela in forma specifica del diritto riconosciuto dalla direttiva comunitaria, sollevando preliminarmente una pregiudiziale comunitaria avanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato <sup>(104)</sup>, ovvero sollevando successivamente, per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., un incidente di

---

<sup>(101)</sup> Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 353, il quale precisa che l'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti i Paesi membri è il presupposto fondamentale di quella Comunità di diritto che è la comune ambizione e il vanto di Stati membri e istituzioni.

<sup>(102)</sup> Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 353.

<sup>(103)</sup> Cfr. Corte Giust., 7 febbraio 1973, Racc. p. 101, causa C-39/72 (Commissione contro Italia), la quale ha altresì statuito che la pronuncia che riconosce l'inadempimento può costituire il presupposto o il titolo della eventuale responsabilità dello Stato nei confronti, oltre che della Comunità e/o di altri Stati membri, anche dei singoli. Al riguardo si è precisato che, nella ipotesi in cui lo Stato ponga fine all'inadempimento in corso di causa, l'interesse alla prosecuzione del giudizio può ben consistere nello stabilire con la sentenza il presupposto della eventuale responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli che abbiano subito un danno a seguito dell'inadempimento: cfr. Corte Giust., 20 febbraio 1986, causa C-309/84 (Commissione contro Italia); Corte Giust., 17 giugno 1987, causa C-154/85 (Commissione contro Italia); Corte Giust., 24 marzo 1988, causa C-240/86 (Commissione contro Grecia); Corte Giust., 30 maggio 1991, causa C-361/88 (Commissione contro Germania); Corte Giust., 19 marzo 1991, C-249/88 (Commissione contro Belgio).

La parte danneggiata ha interesse alla prosecuzione del giudizio.

<sup>(104)</sup> Sui rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia si veda Corte Cost., 15 aprile 2008, n. 102, in *Foro it.*, I, 2010; *Giur. costit.*, 2008, p. 2641, con nota di ANTONINI, e in *Giur. costit.*, 2008, p. 1194, con nota di SORRENTINO; Corte Cost., 15 aprile 2008, n. 103, in *Giur. it.*, 2009, p. 39 con nota di GUARNIER; e in *Giur. costit.*, 2008, p. 1292, con nota di CARTABIA.

costituzionalità al fine di ottenere dalla Corte Costituzionale una sentenza additiva che rimedi chirurgicamente all'infedeltà<sup>(105)</sup>. Contrariamente a quanto adducono le Sezioni unite della Cassazione, anche alla luce del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009 e che vede i diritti dell'uomo, le libertà e i principi CEDU al centro dell'Unione Europea (art. 6 TUE Lisbona), non si può più parlare di separazione tra l'ordinamento interno e l'ordinamento comunitario, nell'ottica della tutela del cittadino dell'Unione europea e dell'uomo in generale. Gli antichi dogmi della statualità e della nazionalità del diritto, fatti propri dalla non condivisibile sentenza delle Sezioni unite<sup>(106)</sup>, si scontrano con la nuova realtà dell'integrazione tra ordinamenti<sup>(107)</sup>, che domina lo scenario giuridico europeo e internazionale degli ultimi anni, governato dal meccanismo di cui agli artt. 10, 11, 117, comma 1, Cost.<sup>(108)</sup>.

È oggi la prospettiva europea ad indicarci una dimensione nuova di legalità – attenta ad aspetti sostanziali più che formali – connotata dalla trasformazione del ruolo partecipativo della giurisprudenza alla formazione della norma o, come si legge in numerose sentenze della Corte costituzionale, del diritto vivente ed ancorata al rispetto dei diritti fondamentali della persona<sup>(109)</sup>. Il sistema delle fonti del diritto è profondamente mutato<sup>(110)</sup>: il nostro diritto è parte di un sistema circolare integrato a più livelli, dove le norme dell'Unione europea o della CEDU non sono estranee al cittadino dell'Unione europea o all'uomo, bensì sono emanate

<sup>(105)</sup> Cfr. PACE, *La sentenza Granital, ventitre anni dopo*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 426; SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 168 ss.

<sup>(106)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, con commento critico di GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, cit., p. 894, e di A. RICCIO, *Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitarie*, cit., p. 346.

<sup>(107)</sup> Cfr. FEMIA, *Pluralismo degli ordinamenti e comunicazione di validità*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile, Napoli 2010, p. 49 ss.

<sup>(108)</sup> Cfr. V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009. Primo Presidente della Corte di Cassazione*, pubblicata sul sito della cassazione, p. 27.

<sup>(109)</sup> Cfr. V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009. Primo Presidente della Corte di Cassazione*, pubblicata sul sito della cassazione, p. 27. In argomento LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 5, p. 10635.

<sup>(110)</sup> Cfr. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1207 ss.; ID., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile, Napoli 2010, p. 633 s.; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 373 ss.

in funzione e a tutela dello stesso cittadino dell'Unione europea e dell'uomo in generale <sup>(111)</sup>.

L'Unione europea, soprattutto con il Trattato di Lisbona, riconosce ai singoli individui dei diritti che possono essere fatti valere in un giudizio nazionale anche nei confronti dello Stato membro, se del caso sollecitando al giudice nazionale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE <sup>(112)</sup>. La pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia non serve infatti solo ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, bensì riveste anche un notevole significato come strumento per la tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli. Come parti di un processo, essi possono sollecitare il giudice ad operare un rinvio alla Corte di Giustizia per cercare di ottenere la dichiarazione d'invalidità dell'atto comunitario lesivo dei loro diritti o interpretare a loro favore della normativa comunitaria <sup>(113)</sup>. I giudici nazionali diventano giudici comunitari in senso funzionale, tenuti a conoscere e ad applicare non solo il diritto nazionale, ma anche il diritto comunitario ed il diritto della CEDU, così come interpretati, ai fini del diritto vivente, rispettivamente dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nell'ambito di questo complesso sistema delle fonti, dove esiste una giustizia senza frontiere interne (art. 3, comma 2, TUE Lisbona), si innesta l'indispensabile dialogo che i Giudici comuni devono instaurare non più soltanto con la Corte Costituzionale, ma anche con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(111)</sup> Nel complesso caso Kadi, ad esempio, la Corte di Giustizia, tra l'altro, enuncia il principio del controllo giurisdizionale sulla legittimità delle misure di "congelamento" dei capitali, a tutela del diritto di proprietà: cfr. Corte Giust. UE, 3 settembre 2008, causa C-402/05 e C-415/05, caso Kadi, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 456. In argomento cfr. CASSESE, *I tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, p. 80 ss.; SCIALABBA, *La corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Europeanright.eu*, 2014.

<sup>(112)</sup> Cfr. Corte Cost., 15 aprile 2008, n. 103, con la quale la stessa Consulta rimette gli atti in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

<sup>(113)</sup> Cfr. V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009. Primo Presidente della Corte di Cassazione*, pubblicata sul sito della cassazione, p. 30.

<sup>(114)</sup> Il dialogo tra Corti si intensificherà a seguito del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, che consentirà ai Giudici comuni, a processo pendente, di richiedere un parere consultivo alla Corte EDU: parere non vincolante ma certamente influente nel processo interpretativo delle norme della Convenzione e che, di sicuro, rafforza ancora maggiormente la protezione internazionale dei Diritti Fondamentali. Si configurare come una sorta di rinvio pregiudiziale interpretativo sulla falsa riga di quello previsto per la Corte di Giustizia dell'UE, dall'art. 267 TFUE.

Il principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Unione europea (art. 4 TUE Lisbona), che ha finalmente assunto una propria personalità giuridica, al punto da costituire essa stessa uno Stato, genera una serie di obblighi statali di attuazione legislativa, di esecuzione sul piano amministrativo, di realizzazione sul piano giurisdizionale. Qualora uno Stato trasgredisca il diritto UE emanato a favore del cittadino dell'UE e dell'Uomo in generale, ciò che rileva ai fini dell'accertamento dell'antigiuridicità del comportamento dello Stato membro, è la violazione in sé dell'obbligo comunitario o internazionale (che ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., diventa anche obbligo interno), con la conseguenza che la lesione del diritto del singolo, può essere tutelata con l'azione risarcitoria di cui all'art. 1218 c.c.

I Giudici comuni, dunque, non solo creano un vero e proprio diritto giudiziario <sup>(115)</sup>, che è diritto vivente che può discostarsi – e spesso si discosta – dal dato letterale della norma legislativa, ma si rivelano più adatti, rispetto al legislatore, ad adeguare il diritto ai mutamenti della realtà <sup>(116)</sup>. Si può ribadire che nell'epoca presente l'antico primato della

<sup>(115)</sup> Cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 42 ss.; LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 218 ss. In argomento cfr. *Appunti sul diritto giudiziario di Walter Bigiavi*, riedizione a cura di Bin, nella collana de *I classici di questa rivista*, Padova, 1989, p. 122 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, p. 113; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 115 ss.; ID., *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *questa rivista*, p. 1 ss.; Franzoni, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, cit., p. 391. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *questa rivista*, 2013, p. 577 ss. Il Maestro GALGANO dichiaratamente cambia opinione in *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, cit., p. 77 ss.

<sup>(116)</sup> Cfr. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 262; ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 598; FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1020; GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, cit., p. 12, il quale precisa che Montesquieu, Muratori, Verri sono oggi improponibili. In una società in rapida trasformazione, come quella odierna, l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso solo alla sede legislativa. Dalla società si leva, anche sul giudice, una spinta incontenibile, cui il giudice non può sottrarsi, adducendo che una apposita legge non c'è o che, se la legge che c'è è una legge ingiusta, non può il giudice modificarla. La società di cui parliamo è poi una società sempre più globalizzata, le cui regole non sono statuali, come non sono statuali, bensì planetarie, le regole che compongono la nuova *lex mercatoria*; sicché è vano pretendere di vincolare il giudice alla legge dello Stato. Nelle controversie che insorgono nel commercio internazionale il giudice applicherà piuttosto la transnazionale *lex mercatoria*, come la nostra Cassazione ha avvertito già negli anni 80. Non viviamo più nell'era della *legislatio*; viviamo, uso ora le parole di nostri filosofi, nell'era della *iurisdictio* (e al riguardo ricordo Guido Fassò e Nicola Matteucci). La soluzione del problema non è, dunque, nel rapporto fra legislazione e giurisprudenza; è, invece, da ricercare all'interno di quest'ultima. Se una legge si vuole fare, si faccia una legge che codifichi la nomofilachia e

*legislatio* cede il posto, in *civil law* come in *common law*, al primato della *iurisdictio* <sup>(117)</sup>. Il legislatore nazionale non può vincolare il Giudice <sup>(118)</sup>, il quale, pur essendo formalmente soggetto soltanto alla legge, come chiaramente enuncia l'art. 101, comma 2, Cost., ben potrebbe, sostanzialmen-

---

introduca, fra i motivi di ricorso per Cassazione, la contrarietà immotivata della sentenza di merito ai principi già fissati dalla Corte regolatrice, precisando altresì che il giudice di merito incorre in vizi di motivazione se disattende immotivatamente i propri precedenti. Sarà meno dello *stare decisis* di *common law*, meno della *doctrina legal* spagnola, meno anche del sistema predicato dalla nostra Sezione lavoro.

<sup>(117)</sup> Cfr. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1008; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, Prefazione, p. XXIII.

<sup>(118)</sup> Cfr. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritto dell'uomo*, cit., p. 892; LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza*, cit., p. 10635, secondo cui l'ottica dei diritti fondamentali ha spostato il baricentro di quello che era stato l'orientamento prevalente del giurista per lunga parte del secolo scorso. Il quadro dei diritti era stato delineato come una difesa dell'individuo contro le interferenze illegittime dell'esecutivo. Oggi il criterio della fondamentalità sposta invece l'attenzione sul versante del rapporto con il legislatore per tentare di affermare l'esistenza di un baluardo all'intervento legislativo, così da porre freni alle stesse istanze di revisione costituzionale. Questo spostamento del punto di incidenza obiettivo della riflessione, abbastanza facile ad enunciarsi in astratto, deve invece misurarsi, all'interno della nostra esperienza giuridica, con due difficoltà di fondo, non sempre neutralizzate dalla nostra cultura giuridica, ancora fortemente condizionata dai criteri classificatori delle vecchie categorie. Da un lato l'affermazione di un limite al potere enunciativo del legislatore viene proposta in un momento in cui, nel quadro di quella che viene definita la crisi del sistema delle fonti, si avverte e si teorizza (da taluno con timore, da altri con compiacenza) la progressiva riduzione del territorio tradizionalmente riservato alla legge, il progressivo esautoramento della regola come presupposto direttivo di comportamenti di fronte all'affermarsi di una prassi, politica ed economica, che pretende di diventare regola nel momento stesso in cui si manifesta secondo la logica di un potere misurato dalla forza (fosse pure quella elementare del numero) e renitente a qualsiasi meccanismo di controllo. Dall'altro, almeno in Italia, si tende a ridurre lo spazio, che il nostro costituente aveva inteso rigorosamente garantire, tra potere legislativo e potere esecutivo neutralizzando la terzietà del Parlamento, ormai considerato quale mero luogo di registrazione delle scelte gestionali operate dal Governo. L'affermazione dei diritti fondamentali diventa dunque una sorta di ultima trincea cui affidare la difesa contro un sistema che implicitamente nega la giuridicità nel momento stesso in cui la considera quale semplice ratifica dei rapporti di forza. Non a caso è stato detto, da un raffinato filosofo del diritto, che i diritti fondamentali richiedono l'interazione tra il consenso e la ragionevolezza. Il limite non è più semplicemente contro il legislatore (ordinario o costituente), ma contro un complessivo sistema di potere, che si articola in una serie di canali, dei quali quello relativo alla posizione della regola non è necessariamente il più significativo. Se resta sempre valida la prospettiva, che da tempo vado sottolineando, di spostare l'ottica della riflessione giuridica dagli atti di posizione agli atti di riconoscimento (che è poi, a ben vedere, un modo diverso di verificare quello che altrimenti si suole definire come "diritto vivente"), essa deve in qualche modo allargarsi considerando – e quindi, se del caso, neutralizzando – modelli di comportamento che non sempre si collegano ad enunciati. La tutela di quel momento di sintesi dei diritti fondamentali che siamo soliti ricondurre alla dignità della persona va oggi affermata e ribadita contro una pluralità di fattori che possono limitarne o negarne l'esplicazione.

te, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost., disapplicare la stessa legge statale in contrasto con il diritto dell'Unione Europea o della CEDU, ovvero modificarla attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme alla Costituzione, all'UE, alla CEDU e, più in generale, al diritto vivente che deve considerarsi incluso nel principio di legalità<sup>(119)</sup>. Oggi si dovrebbe dire che il Giudice è soggetto al diritto vivente, nazionale e sovranazionale, e non già solo alla legge formale dello Stato. Ed infatti la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 49 del 2015, invoca il "combinato disposto" tra l'art. 101, secondo comma, e l'art. 117, primo comma, Cost., strumentale ad affermare che «corrisponde (...) a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla Cedu, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo. Quest'ultimo, poggiando sull'art. 117, primo comma, Cost., e comunque sull'interesse di dignità costituzionale appena rammentato, deve coordinarsi con l'art. 101, secondo comma, Cost., nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del Giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest'ottica che si spiega il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l'obiettivo di certezza e stabilità del diritto». Il Giudice comune, dunque, oltre a creare nuovo diritto<sup>(120)</sup>, mediante l'interpretazione conforme alla Costituzione, all'Unione Europea e alla CEDU, è comunque vincolato al diritto vivente generato dalle sentenze della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia e della Corte EDU.

La Corte EDU, prima dei casi Belvedere Alberghiera e Carbonara e Ventura<sup>(121)</sup>, era conta nel sindacare la legalità dei provvedimenti legislativi, in base al principio di sovranità degli Stati, tutelato dalla c.d. teoria del margine di apprezzamento. Successivamente la Corte EDU ha fatto prevalere alla sovranità degli Stati i diritti dell'uomo in base al prevalente principio di effettività. Nei suddetti casi Belvedere Alberghiera e Carbo-

---

<sup>(119)</sup> Cfr. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2°, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, p. 26 ss.; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, 2015, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>(120)</sup> Cfr. LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza: I) Teoria generale*, in E.G.I., Roma, 1989, p. 1-9; CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1279 ss.

<sup>(121)</sup> Cfr. Corte EDU, 11 dicembre 2003, caso Carbonara e Ventura contro Italia; Corte EDU, 30 ottobre 2003, caso Belvedere Alberghiera contro Italia. cfr., inoltre, Corte EDU, 16 giugno 1999, caso Zubani; Corte EDU, 22 dicembre 2009, caso Guiso Gallisay contro Italia.

nara e Ventura, infatti, la Corte EDU ha ribadito che contrasta con il principio di legalità quella legge che consente alla pubblica amministrazione di trarre vantaggi dal proprio comportamento illegittimo. La Corte EDU, inoltre, nel caso Scordino <sup>(122)</sup>, ha ribadito che la ragionevolezza dell'indennizzo si ha quando è integrale, con la conseguenza che la legge è in contrasto con la CEDU, qualora preveda, anche per ragioni di finanza pubblica, una riduzione dell'equo indennizzo. La giurisprudenza della Corte EDU, dunque, quale fonte del diritto, prevale sia rispetto alle leggi degli Stati aderenti, sia rispetto alle sentenze delle S.U. della Cassazione <sup>(123)</sup>.

5. – Alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi, si può dire che è un “fatto” e non già una “opinione” che la giurisprudenza svolga non solo o soltanto la classica ed ormai tramonta “funzione ricognitiva-dichiarativa”, ma anche e soprattutto la più energica ed attuale “funzione innovativa-costitutiva” <sup>(124)</sup>, assurgendo il diritto vivente, rappresentato dall'effettività dell'orientamento consolidato <sup>(125)</sup>, a vera e propria fonte del diritto <sup>(126)</sup>. Secondo la Corte EDU la nozione di “legge” deve essere

<sup>(122)</sup> Cfr. Corte EDU, 6 marzo 2007, caso Scordino contro Italia.

<sup>(123)</sup> Cfr. Corte EDU, 30 agosto 2007, caso Sud Fondi contro Italia; Corte EDU, G.C., 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi contro Italia; Corte EDU, 29 ottobre 2013, caso Varvara contro Italia; Corte EDU, 15 luglio 2004, caso Scordino contro Italia; Corte EDU, G.C., 21 marzo 2006, caso Scordino contro Italia.

<sup>(124)</sup> In argomento cfr. MONATERI, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in Alpa, Guarneri, Monateri, Pascuzzi e Sacco, in *Trattato Sacco*, Torino, 1999, p. 502, il quale, con riferimento alla giurisprudenza che interpreta un fonte scritta, ha opportunamente ricordato che «dal punto di vista logico è impossibile decidere se l'interprete crea o scopre il significato che attribuisce alla norma (...) poiché il senso della norma ci si appalesa solo attraverso l'uso degli strumenti interpretativi»; DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Relazione al Convegno in onore di Belvedere, Pavia, 30 settembre 2016*, precisa che «siamo certamente di fronte a casi in cui la giurisprudenza è creativa quando essa elabora una norma nuova senza trarre fondamento da norme scritte»; CASTRONOVO, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Relazione al Convegno in onore di Belvedere, Pavia, 30 settembre 2016*; VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Relazione al Convegno in onore di Belvedere, Pavia, 30 settembre 2016*.

<sup>(125)</sup> ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 352; MORELLI, *Diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 169 ss.; SICCHIERO, *Il principio di effettività e il diritto vivente*, in *Giur. it.*, 1995, IV, c. 263 ss.

<sup>(126)</sup> Cfr. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, 2015, p. 28 ss.; MODUGNO, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, p. 2 ss.; VINCENTI e MORELLI, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, in *Relazione della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, n. 31 del 29 marzo 2011, p. 5 ss.; ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, II, p. 23 ss.; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*,

considerata non già in senso formale, bensì in senso sostanziale, come comprensiva sia del diritto scritto di origine legislativo, sia del diritto non scritto di origine giurisprudenziale <sup>(127)</sup>. Nel caso Sud Fondi <sup>(128)</sup>, infatti, la Corte EDU ha sottolineato come la giurisprudenza rappresenti nella tradizione giuridica europea una fonte del diritto che contribuisce alla sua evoluzione, con la conseguenza che la giurisprudenza ha, dunque, una funzione non solo dichiarativa <sup>(129)</sup>, ma anche e soprattutto costitutiva <sup>(130)</sup>. Oggi appare più che mai riduttivo richiamare la teoria di Black-

Napoli, 2007, p. 9 ss. Sulla opinione diffusa che la giurisprudenza non possa essere annoverata tra le fonti del diritto cfr.: MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, p. 871 ss.; INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *questa rivista*, 1998, p. 526 ss.; BRIGUGLIO, *Creatività della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1375 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 48 ss. In argomento cfr. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, p. 489 ss.; ID., *Precedente giudiziale*, in *E.G.I.*, Roma, 1990, p. 1 ss.

<sup>(127)</sup> Cfr. PADELLETTI, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi, Padova, 2012, p. 797. Corte EDU, 22 ottobre 1996, casi Cantoni contro Francia e Wingrave contro Regno Unito; Corte EDU, 26 aprile 1979, caso Sunday Times contro Regno Unito. Dovrebbe considerarsi superata la classificazione tra “fonti atto”, o fonti di disposizioni, tra cui annoverare, per antonomasia, la legge e “fonti fatto”, o fonti senza disposizioni, alle quali apparterebbe la giurisprudenza: cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 2011, p. 140 ss. e p. 705 ss. Sulle fonti non scritte cfr. *Le fonti del diritto italiano*. Vol. 2: *Le fonti non scritte*, a cura di Alpa, Monateri, Guarneri e Sacco, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999; ALPA, *Le fonti del diritto italiano: le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999.

<sup>(128)</sup> Cfr. Corte EDU, 30 agosto 2007, caso Sud Fondi contro Italia; Corte EDU, G.C., 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi contro Italia.

<sup>(129)</sup> Cfr. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, cit., p. 77 ss. che si discosta da quanto aveva ritenuto in precedenza; ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, cit., p. 577 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3294, con commento di A. RICCIO, *La capitalizzazione degli interessi passivi è, dunque, definitivamente nulla*, in *questa rivista*, 2004, p. 964, secondo cui “la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto dei sillogismi decisorii, non può essere altra che quella ricognitiva dell'esistenza e dell'effettiva portata della regola, e non anche una funzione creativa della regola stessa”.

<sup>(130)</sup> Cfr. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *questa rivista*, 2004, p. 9 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 115 ss., dove si affronta il tema del giudice al posto del legislatore; ID., *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *questa rivista*, 1999, p. 894 ss.; RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 280 ss.; G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un'overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura dichiarativa o creativa della giurisprudenza*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1/2012. In relazione al dibattito sull'efficacia del precedente di Cassazione cfr. GALGANO, *Giurisprudenza e giurisprudenza in materia civile*, in *questa rivista*, 1985, p. 29 ss.; ID., *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *questa rivista*, 1985, p. 701 ss.; ID., *Dei difetti della giurisprudenza ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in

stone<sup>(131)</sup>, risalente al 1770, per riaffermare che la funzione della giuri-

---

questa rivista, 1988, p. 504 ss.; ID., *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in questa rivista, 1989, p. 357 ss.; ID., *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in questa rivista, 1999, p. 889 ss.; sulla funzione nomofilattica della S.C. e sull'efficacia del precedente v. altresì, dello stesso autore, ID., *Diritto civile e commerciale*, vol. I, Padova, 1999, p. 116 ss. e ID., *Il precedente giudiziario in civil law*, in ID., *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1999, p. 30 ss.); BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in questa rivista, 1988, p. 545 ss.; CASELLI, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in questa rivista, 1987, p. 675 ss.; INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in questa rivista, 1988, p. 526 ss.; SBISA, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, in questa rivista, 1988, p. 519 ss.; BONSIGNORI, *Il precedente giudiziario in materia processuale*, in questa rivista, 1987, p. 405 ss. nonché ID., *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente*, in questa rivista, 1988, p. 510 ss.; ANGELONI, *Obiter dicta, rationes decidendi e massime errate in tema di adempimento dell'obbligazione di contrattare di un incapace*, in questa rivista, 1993, p. 14 ss.; ID., *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta anche secondo la Cassazione penale*, in questa rivista, 2000, p. 14 ss.; ID., *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione*, in questa rivista, 2001, p. 30 ss.; MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in questa rivista, 2000, p. 38 ss.; BASEDOW, *Fattori e strumenti processuali nell'evoluzione giudiziaria del diritto*, in questa rivista, 1988, p. 540 ss.; BERTACCHINI, *Variabili e mutazioni del precedente giudiziario nella giurisprudenza fallimentare*, in questa rivista, 1998, p. 515 ss.; DE FRANCHIS, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici)*, in questa rivista, 1986, p. 91 ss.; DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in questa rivista, 1986, p. 779 ss. nonché ID., *L'astrettezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario*, in questa rivista, 1988, p. 516 ss.; GENGINI, *Il punto di vista del magistrato della Cassazione*, in questa rivista, 1988, p. 531 ss.; GORLA, *Appunti per una ricerca storico-comparativa in tema di autorità delle decisioni giudiziali*, in questa rivista, 1990, p. 605 ss.; GRIPPO, *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, in questa rivista, 1987, p. 659 ss.; GUASTINI, *Problemi di analisi logica della motivazione*, in questa rivista, 1986, p. 104 ss.; JAYME, *Formazione progressiva del diritto internazionale privato da parte dei giudici: l'esperienza americana e tedesca*, in questa rivista, 1988, p. 423 ss.; LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza è tutto oro*, in questa rivista, 1999, p. 234 ss.; MONATERI, *L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia*, in questa rivista, 1988, p. 192 ss.; MONETA, *Contrasti nella giurisprudenza della cassazione civile e certezza del diritto*, in questa rivista, 1990, p. 1009 ss.; ID., *Ancora sui contrasti della Cassazione civile*, in questa rivista, 1990, p. 181 ss.; ID., *La Cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990*, in questa rivista, 1992, p. 1245 ss.; ID., *Nomofilachia*, in questa rivista, 1997, p. 368 ss.; MORETTI, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, in questa rivista, 1990, p. 680 ss.; NANNI, *Ratio decidendi e obiter dictum nel giudizio di legittimità*, in questa rivista, 1987, p. 865 ss.; PREITE, *Tecnica della motivazione delle sentenze e coesione sociale (a proposito di un libro di Guido Calabresi)*, in questa rivista, 1986, p. 476 ss.; SARTOR, *Precedente giudiziale*, in questa rivista, 1995, p. 300 ss.; MALTESE, *Norma elastica, giudizio di legittimità e "stare decisis"*, in questa rivista, 2000, p. 1 ss.; ROSELLI, *Massimazione e memorizzazione della giurisprudenza costituzionale*, in questa rivista, 1988, p. 489 ss.; A. RICCIO, *Un obiter dictum della Cassazione sull'efficacia del precedente giudiziario*, in questa rivista, 2002, p. 461 ss.; ID., *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in questa rivista, 2006, p. 825 ss.

<sup>(131)</sup> Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries of the laws of England*, I, Oxford, 1779, p. 69.

sprudenza sia solo quella ricognitiva della esistenza e della effettiva portata della regola da applicare già immanente nel sistema (c.d. teoria dichiarativa) <sup>(132)</sup>, con la conseguenza che il mutamento giurisprudenziale (c.d. *overruling*) dovrebbe avere efficacia retroattiva in quanto ripristinatorio del diritto “giusto”, nel senso che il precedente ha errato nel ricostruire ciò che diritto non era e che si pensava che fosse <sup>(133)</sup>. La predetta teoria è stata fortemente criticata da Austin <sup>(134)</sup>, intorno al 1820, il quale, accogliendo l’opposta teoria costitutiva, affermava che la teoria dichiarativa era «una finzione puerile» e che la *case-law* veniva ad assumere il ruolo di *improper o judicial legislation*, là dove poi la stessa *ratio decidendi* era *itself a law* <sup>(135)</sup>. Donde, l’affermazione per cui è possibile «dipartirsi dalle precedenti decisioni quando appaia giusto farlo»; tuttavia, ciò senza «disturbare retroattivamente» i rapporti già sorti, in campo civile, e le peculiari esigenze della materia penale <sup>(136)</sup>, in applicazione del c.d. *prospective overruling* <sup>(137)</sup>. Al riguardo la Cassazione richiama la c.d. “giurisprudenza-

---

<sup>(132)</sup> Cfr. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *questa rivista*, 2012, p. 77 ss., il quale, cambiando opinione, aderisce alla c.d. teoria dichiarativa ed usando le parole di LEIBNIZ (in *Scritti di logica*, a cura di Barone, trad. it., Bologna, 1968), scrive che il giudice pratica, in *civil law* come in *common law*, l’*ars inveniendi* piuttosto che la creativa *ars combinatoria*: la sua funzione sta nello scoprire, e non nell’inventare, la regola, implicita nel sistema, alla stregua della quale rendere giustizia. L’a. richiama al riguardo anche BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, riedizione a cura di Bin, nella collana de *I classici di questa rivista*, Padova, 1989, p. 122 ss. In giurisprudenza di v. Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, Pres. V. Carbone, Rel. M.R. Salerno, commentata da GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, cit., p. 77 ss. e da A. RICCIO, *La capitalizzazione degli interessi passivi è, dunque, definitivamente nulla*, in *questa rivista*, 2004, p. 961 ss., e spt. pag. 964; Cass., sez. I, 1° agosto 2003, n. 11738.

<sup>(133)</sup> Cfr. VINCENTI e MORELLI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit. p. 8. Sull’*overruling* cfr. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *questa rivista*, 2013, p. 577 ss.

<sup>(134)</sup> Cfr. MANDELLI, *Recenti sviluppi dello stare decisis in Inghilterra ed in America*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 662.

<sup>(135)</sup> Cfr. MANDELLI, *Recenti sviluppi dello stare decisis in Inghilterra ed in America*, cit., p. 661 ss. il quale precisa a pag. 3 che per ripristinare l’ordine all’interno del sistema delle fonti, così da non suscitare attriti con il potere del Parlamento, Lord Campbell affermò, nel 1860-1861, che le decisioni della *House of Lords*, come Corte Suprema «sono dichiarazioni dotate di autorità e definitive dello stato esistente del diritto, e sono vincolanti per la stessa in sede giurisdizionale come per tutti i tribunali inferiori», finché non modificate da un atto del Parlamento.

<sup>(136)</sup> Cfr. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1996, p. 148 e sp. 152.

<sup>(137)</sup> Sul tema dell’*overruling* cfr. MATTEI, *Il modello di Common law*, Torino, 2014, p. 162; AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, 2003; CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2001; VARANO e BORSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014; VARANO, *Overruling e affidamento nei sistemi di common law*, in *Diritto*

normativa”, quale autonoma “fonte del diritto” <sup>(138)</sup> e le Sezioni Unite confermano che, in forza del principio della certezza del diritto e dell’affidamento legittimo, «sebbene non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello “*stare decisis*”, essa costituisce tuttavia una “tendenza immanente nell’ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un’interpretazione del giudice di legittimità” senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative» <sup>(139)</sup>. Al riguardo le Sezioni Unite hanno elaborato una sorta di principio di precauzione, affermando che dinanzi a due possibili interpretazioni alternative della norma processuale, ciascuna compatibile con la lettera della legge, le ragioni di economico funzionamento del sistema giudiziario devono indurre l’interprete a preferire quella consolidatasi nel tempo, a meno che il mutamento dell’ambiente processuale o l’emersione di valori prima trascurati non ne giustifichino l’abbandono e consentano, pertanto, l’adozione dell’esegesi da ultimo formatasi» <sup>(140)</sup>.

D’altra parte, le stesse Sezioni Unite <sup>(141)</sup>, dopo avere preso atto che per effetto dell’ingresso nel nostro ordinamento del principio innovatore di derivazione comunitaria della tutela dell’affidamento <sup>(142)</sup>, hanno sta-

*intertemporale e rapporti civilistici*, 7° Convegno Nazionale SISDIC, Capri, 12, 13,14 aprile 2012; ORLANDO, *Overruling e legittimo affidamento*, relazione al seminario di Perugia 18 e 19 gennaio 2013, in [www.gistiziatributaria.it](http://www.gistiziatributaria.it); VIGLIONE, *L’Overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Politica del diritto*, 2014, 4, e in [www.academia.edu/12993280](http://www.academia.edu/12993280); SORRENTI, *La tutela dell’affidamento lesa da un’overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura dichiarativa o creativa della giurisprudenza*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, n. 1; Steiner, *French Law: A Comparative Approach*, Oxford, 2010, p. 99, ritiene che «*Revirement is a close equivalent to the concept of overruling in Anglo-American law and thus consists of a departure by a court from its own established jurisprudence*». In realtà, una differenza sostanziale dovrebbe emergere dall’uso dei due termini; come avverte anche VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6, nt. 1, mentre *overruling* indica propriamente il cambiamento di una regola, il *revirement* designa il mero ripensamento o mutamento di opinione.

<sup>(138)</sup> Cfr. Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141 ss., con commento di DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e ruolo del giudice nell’ordinamento italiano (nota a Cass., n. 10741 del 2009)* e di GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *questa rivista*, 2009, p. 537 ss.

<sup>(139)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620; Cass., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10143, la quale ha statuito che «la fedeltà ai precedenti (*stare decisis*), in cui si esprime la funzione nomofilattica di questa Corte, ha una valenza maggiore in relazione alle regole del processo civile, così come è in linea di massima giustificato (e tutelabile) l’affidamento che le parti fanno nella stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale».

<sup>(140)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864.

<sup>(141)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10143, la quale evidenzia, tra l’altro, la simmetria del profilo diacronico nel parallelismo tra controllo di costituzionalità e sindacato di legittimità.

<sup>(142)</sup> Cfr. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione Euro-*

tuito che il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia, che porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, ove tale “*overruling*” si connoti del carattere dell’imprevedibilità, si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante “*ex post*” non conforme alla corretta regola del processo) e l’effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che deve escludersi l’operatività della preclusione o della decadenza derivante dall’“*overruling*” nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell’arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l’apparenza di una regola conforme alla legge del tempo <sup>(143)</sup>. La Cassazione italiana, dunque, applicando la dottrina del c.d. *prospective overruling* <sup>(144)</sup>, impedisce alla nuova giurisprudenza, se connotata da imprevedibilità, di operare retroattivamente. Si è quindi riconosciuto che, come la giurisprudenza costituzionale ha elaborato la categoria dell’incostituzionalità sopravvenuta <sup>(145)</sup>, allo stesso modo la Corte di Cassazione può adeguare nel tempo l’interpretazione di una disposizione in ragione del «diverso contesto normativo in cui si innesta e che quindi ci sia parimenti una modulazione diacronica del suo significato precettivo» <sup>(146)</sup>. I Giudici italiani, uniformandosi alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia <sup>(147)</sup> e della Corte EDU <sup>(148)</sup>, accolgono il principio di irre-

---

*pea*, Milano, 2012, p. 27 ss.; CALZOLAIO, *Il valore del precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 53 ss.; GALLEANO, *Overruling e legittimo affidamento, l’armonizzazione dell’ordinamento italiano con quello europeo*, 2016, in [www.european-rights.eu](http://www.european-rights.eu); BACCI, *L’evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione Europea e degli Stati membri*, in [www.masterdirittoprivatoeuropeo.it](http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it), il quale richiama la storica sentenza Corte Gius., 3 maggio 1978, C-12/77.

<sup>(143)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>(144)</sup> Cfr. VINCENTI e MORELLI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit. p. 5 ss.; ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, cit., p. 577 ss.

<sup>(145)</sup> Cfr. Corte Cost., 12 gennaio 2012, n. 1.

<sup>(146)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10143, richiamata pedissequamente da Cass., sez. un., 13 giugno 2016, n. 12084, la ultima aggiunge però che ciò non smentisca la natura meramente dichiarativa dell’interpretazione della legge fatta dalla giurisprudenza. Quest’ultima affermazione è smentita dai fatti enunciati nella *ratio decidendi* della medesima sentenza.

<sup>(147)</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 8 febbraio 2007, C-3/06.

<sup>(148)</sup> Cfr. Corte EDU, 31 maggio 2011, caso Maggio; Corte EDU, 7 giugno 2011, caso Agrati. La Corte europea dei diritti dell’uomo, prevede la data di decorrenza di pubblicità della decisione che stabilisce un cambio “creativo” di giurisprudenza sia condizionato alla

troattività dei repentini cambiamenti di giurisprudenza sulle regole del processo, qualora non siano ragionevolmente prevedibili <sup>(149)</sup>. A ben vedere, il “*prospective overruling*” è stato applicato dalla Cassazione italiana solo in relazione al mutamento di giurisprudenza vertente su una regola processuale <sup>(150)</sup>, e non già su una regola di diritto sostanziale <sup>(151)</sup>, con il conseguente riconoscimento del rimedio processuale della rimessione in termini ai sensi dell’art. 153, comma 2, c.p.c. <sup>(152)</sup>, ovvero dell’errore scusabile ai sensi dell’art. 37 del codice del processo amministrativo <sup>(153)</sup>.

conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione, limitando, se del caso, l’efficacia del mutamento giurisprudenziale ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza. Si legge infatti nell’Osservatorio permanente delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo a cura della Camera dei deputati, Quaderni n.1/05, Sentenze della corte europea dei diritti dell’uomo concernenti lo stato italiano (anno 2004): Infatti, con la decisione di ricevibilità del 21 giugno 2004, resa nella causa Di Sante c. Italia, la Corte Europea – dopo aver ricordato che, ai sensi dell’art. 35, par. 1, della Convenzione, essa non può essere adita che dopo l’esaurimento delle vie di ricorso interne, allo scopo di consentire agli Stati contraenti di evitare o riparare le violazioni allegate dai propri cittadini e che le disposizioni dell’art. 35 della Convenzione prescrivono l’esaurimento solo di quei ricorsi che siano disponibili ed adeguati con un grado sufficiente di certezza non solamente in teoria, ma anche nella prassi, requisito in mancanza del quale difettano effettività e accessibilità – ha preso atto dell’innovatività della pronuncia contenuta nella sentenza n. 1340 del 2004 della Corte di Cassazione e ha ritenuto che, a decorrere dalla data del 26 gennaio 2004, data in cui è avvenuto il deposito della sentenza stessa, la via di ricorso interna abbia nuovamente acquisito un grado di certezza giuridica sufficiente non solamente in teoria, ma anche nella prassi, per essere nuovamente utilizzata ai fini dell’art. 35, par. 1, della Convenzione.

<sup>(149)</sup> Cfr. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, cit., p. 577 ss.; A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, 7° Convegno Nazionale SISDIC, Capri, 12, 13, 14 aprile 2012. Sulla ragionevolezza quale limite alla retroattività cfr. Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78.

<sup>(150)</sup> Cfr. Cass., 13 giugno 2016, n. 12084; Cass., 16 aprile 2012, n. 5972; Cass., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6801; Cass., sez. lav., 27 dicembre 2011, n. 28967, le quali hanno ribadito che: affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, in altre parole affinché si possa parlare di “*prospective overruling*”, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del precedente indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto “*overruling*” comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

<sup>(151)</sup> Cfr. VINCENTI e MORELLI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit. p. 5 ss.

<sup>(152)</sup> Cfr. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, in *Dig. disc. prov. sez. civ.*, agg., Torino, 2009, p. 466 ss. GRASSELLI, MASONI e MARTINO, *Il nuovo processo civile*, Torino 2010, p. 171 ss.; VINCENTI e MORELLI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit., p. 42 ss.; Cass., sez. un., 11 giugno 2010, n. 14124.

<sup>(153)</sup> Cfr. GAROFALI e FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 595 ss.; VINCENTI e MORELLI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit., p.

Al riguardo la dottrina si è chiesta – sia pure in modo dubitativo – se il “*prospective overruling*” possa espandersi anche ai mutamenti imprevedibili di giurisprudenza vertenti su aspetti sostanziali, ovvero in relazione a quelle norme ambivalenti che rappresentano un incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale <sup>(154)</sup>. Si deve ritenere, alla luce sia della premessa maggiore enunciata dalle Sezioni Unite della Cassazione italiana <sup>(155)</sup>, sia dai consolidati orientamenti giurisprudenziali della Corte Costituzione, Corte di Giustizia e della Corte EDU, che l’attuale funzione della giurisprudenza non sia solo o soltanto quella ricognitiva-dichiarativa, ma anche e soprattutto quella integrativa, innovativa, creativa e correttiva del diritto scritto esistente <sup>(156)</sup>, con la conseguenza che, a tale nuova fonte del diritto sostanziale, deve essere applicato il “*prospective overruling*”, pena la violazione del principio di ragionevolezza, del principio di certezza del diritto, del principio di uguaglianza, del principio di affidamento <sup>(157)</sup>. Ne deriva che l’orientamento della Cassazione italiana che applica indistintamente, con effetto retroattivo, la nuova giurisprudenza sostanziale imprevedibile, si pone in palese violazione degli artt. 3, 24, 111, 117 Cost. e pertanto il Giudice comune, salva l’eventuale questione di legittimità costituzionale che potrà essere sollevata, sarà comunque tenuto a disapplicare l’orientamento della Cassazione e ad applicare, anche a livello di diritto sostanziale, il “*prospective overruling*”, più conforme alla Costituzione, all’Unione Europea e alla CEDU, ed in particolare alla salvaguardia del principio di ragionevolezza, del principio di certezza del diritto, del principio di uguaglianza e del principio di affidamento.

---

47 ss.; Cons. di Stato., ad. pl., 31 maggio 2002, n. 5, che ammette l’errore scusabile per mutamento di giurisprudenza; Cons. di Stato., ad. pl., 2 dicembre 2010, n. 3.

<sup>(154)</sup> Cfr. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, cit., p. 577 ss., la quale richiama le norme sulla nullità rilevabile d’ufficio (cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243) e sulla penale manifestamente eccessiva rilevabile d’ufficio (cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128), che avrebbero una doppia natura di diritto sostanziale e di diritto processuale. Si potrebbe aggiungere anche il tema del testamento olografo nullo per falsità, alla luce del nuovo orientamento enunciato da Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307.

<sup>(155)</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>(156)</sup> Cfr. VINCENTI e MORELLI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit. p. 5 ss.

<sup>(157)</sup> Cfr. Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78.