

**Il ritorno senz'armi su un vecchio campo di battaglia:  
nota alle sentt. nn. 1 e 3 del 2015 della Corte costituzionale\***

di Alessandro Martinuzzi\*\*  
(13 marzo 2015)

**SOMMARIO:** I. Il ritorno su un vecchio campo di battaglia; II. Una dichiarazione di illegittimità di norme interpretate conformemente a Costituzione; III. Un altro caso di tutela dei diritti al di là della costituzionalità delle norme; IV. L'evoluzione di un conflitto tra diritto vivente e interpretazione conforme; V. Il valore del diritto vivente nell'ordinamento; VI. Conclusioni.

I. ***Il ritorno della Consulta su un vecchio campo di battaglia.***

Il tema della sindacabilità del diritto vivente è stato riproposto all'attenzione dei commentatori con le recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 1 e n. 3 del 2015. Si tratta di due pronunce aventi caratteristiche e natura diverse, ma accomunate dal proposito di verificare la compatibilità costituzionale di determinate interpretazioni giurisprudenziali.

Con la prima decisione, emessa in data 12 gennaio 2015 ed avente come redattore il giudice Giorgio Lattanzi, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione data dalla Corte di Cassazione<sup>1</sup> dell'art. 458 cod. proc. pen. e dell'art. 1, 1° comma, del DPR n. 448 del 1988 nella parte in cui stabiliscono che, in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato disposto su istanza del Pubblico Ministero, la composizione dell'organo giudicante nel processo minorile sia monocratica invece che collegiale.

Con la seconda decisione, emessa lo stesso giorno ed avente come redattore il giudice Giancarlo Coraggio, è stata, invece, dichiarata l'infondatezza della questione posta non senza, però, aver fornito un'interpretazione sistematica e conforme a costituzione che fosse idonea a risolvere i dubbi di legittimità. Infatti, il problema interessava, in questo caso, l'interpretazione data dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione<sup>2</sup> degli artt. 133, commi 1° e 2° e 327, comma 1°, del cod. proc. civ., nella loro formulazione antecedente alla riforma apportata con la L. 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile).

In entrambi i casi, come accennato, la Corte affronta diverse problematiche relative agli effetti del diritto vivente ed, in un certo senso, interferisce con l'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte Suprema per evitare che il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale finisca per comportare violazioni dei precetti costituzionali. Va opportunamente osservato che la Corte, in aderenza al dettato esplicito dell'art. 134 Cost., evidenzia che le questioni di legittimità interessano articoli di leggi - seppur come interpretati nella giurisprudenza - nonostante la questioni rimesse dai giudici *a quo* fossero specificamente circoscritte alla legittimità di una data lettura di quelle disposizioni. In altre parole, da un lato, i giudici remittenti mostrano di non potere ricercare un possibile significato della disposizione che risulti costituzionalmente compatibile in quanto costretti a constatare un consolidato diritto vivente, mentre, dall'altro lato, la Consulta non rinuncia ad

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 15 luglio 2013.

<sup>2</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 13794 del 1° agosto 2012.

esercitare una sorta di funzione nomofilattica costituzionale svincolando, talora, la disposizione legislativa dall'interpretazione consolidata dal diritto vivente. La tensione tra il potere della Corte Suprema (specie nella sua composizione a sezioni unite) di stabilire l'interpretazione definitiva di una data disposizione legislativa e il potere esclusivo della Consulta di svolgere giudizi di compatibilità costituzionale si dimostra ancora oggi particolarmente accentuata e foriera di possibili conflitti. Quel che fin da ora preme rilevare è la disomogeneità di questo confronto dal momento che alla Corte di Cassazione è legislativamente attribuita una fondamentale funzione interpretativa<sup>3</sup>, mentre alla Corte Costituzionale, che è priva di una simile funzione, è attribuito il potere di annullare le norme di legge che risultino incompatibili con la Carta fondamentale. In effetti, la funzione interpretativa che la Consulta ha progressivamente assunto è stata fatta discendere da argomenti logici sostanzialmente non dissimili da quelli esposti dal Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti John Marshall nell'arcinoto caso *Marbury Vs Madison*<sup>4</sup>. Infatti, se è vero che tutti i giudici (compresi quelli costituzionali) sono chiamati a determinare qual è la legge applicabile e sono soggetti ai superiori precetti della Carta fondamentale, essi sono tenuti ad esporre e spiegare la regola che vanno ad applicare, se non altro per il vincolo di motivazione imposto dalla stessa Costituzione<sup>5</sup>. Lo stretto ed indissolubile legame tra i principi affermati nei motivi di diritto e la parte dispositiva, conferisce una dignità all'interpretazione accolta dalla Corte Costituzionale che non può essere ignorata dai giudici comuni. In questo senso si comprende maggiormente l'importanza che ha rivestito nel corso del tempo la dottrina dell'interpretazione costituzionalmente conforme anche e forse soprattutto in relazione al consolidarsi di costanti orientamenti giurisprudenziali<sup>6</sup>.

---

3 Si veda l'art 65 del Regio decreto del 30 gennaio 1941, n. 12.

4 Si veda al riguardo il passaggio in U.S. Supreme Court, *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137 (1803): “[...]E’ enfaticamente dovere e competenza del potere giudiziario di dire che cos’è la legge. Coloro che applicano la regola a casi particolari, la devono necessariamente esporre e spiegare. Se c’è un conflitto fra due leggi, le corti devono decidere l’operatività di ciascuna. Allo stesso modo se una legge è in contrasto con la Costituzione; se sia la legge che la Costituzione trovano applicazione in un determinato caso, in modo che la Corte possa decidere il caso in conformità alla legge, senza considerare la Costituzione, oppure in conformità alla Costituzione, senza considerare la legge, la Corte dovrà determinare quale di queste regole contrastanti deve essere applicata. Questa è l’essenza stessa della funzione giudiziaria. Se poi, le corti devono considerare la Costituzione, e la Costituzione è legge superiore a qualsiasi altra legge dell’ordinamento, sarà la Costituzione, e non la legge ordinaria, ad essere applicata al caso in questione.”

5 Si veda Art. 111, 5° comma, della Costituzione e Art. 18, commi 1° e 3°, L. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla Costituzione e sul Funzionamento della Corte Costituzionale).

6 Si veda sul tema IANNUCILLI (a cura di), *L’interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni. Brevi note sul tema*, Servizio Studi e Massimario della Corte Costituzionale, Roma 2009; RUGGERI, *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema dei sistemi” come problema*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 30/05/14; RUGGERI, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 09/01/15; inoltre, C. Cost. sentenza n. 11 del 1965: “È evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte Costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però che, a seguito di una piena adesione, questa sia divenuta anche la interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l’uno e l’altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo. Che poi frequentemente la parte del giudizio della Corte relativa alla interpretazione della norma ordinaria non assuma un particolare rilievo, per la evidenza del contenuto della norma stessa, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l’appartenenza di entrambi all’unitario giudizio della Corte (...)”.

## II. **Una dichiarazione di illegittimità di norme interpretate conformemente a Costituzione.**

Procedendo con ordine, occorre esaminare, innanzitutto, la sentenza n. 1/2015 data anche la sua maggiore complessità dovuta a delicate questioni procedurali. In tale vicenda, l'imputato minorenni era stato condannato in primo grado per i reati contestatigli, a seguito di giudizio abbreviato richiesto dallo stesso in seguito all'accoglimento dell'istanza del Pubblico Ministero per procedere con giudizio immediato. Va chiarito fin da subito questo profilo di particolare delicatezza: il decreto di accoglimento dell'istanza di giudizio immediato proposta dal PM costituisce atto di competenza del giudice per le indagini preliminari il quale è organo monocratico. Nel caso in cui il procedimento sia destinato a concludersi con un giudizio immediato, l'udienza preliminare non si tiene affatto e si va immediatamente a sentenza, mentre, se l'imputato richiede (al GIP) di procedere con giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato ai sensi dell'art. 458 cod. proc. pen., il GIP fissa l'udienza preliminare. In tal caso è, quindi, il Giudice dell'Udienza Preliminare, nella sua particolare composizione collegiale, a definire il giudizio. Va tenuto presente che la particolare composizione collegiale prevista avanti il Tribunale per i Minorenni<sup>7</sup> è stata concepita, come giustamente rileva la Corte Costituzionale, al fine di perseguire il preminente interesse del minore dal momento che affianca al giudice togato due altri componenti laici esperti nelle materie psico- pedagogiche e sociali<sup>8</sup>. Nel caso che ci interessa, il giudizio era stato definito dal GUP in composizione collegiale.

Tuttavia, in sede di impugnazione, la Corte d'Appello di Bologna rileva la sussistenza di un consolidato orientamento della Corte Suprema (c.d. diritto vivente) in base al quale *«in tema di procedimento a carico di minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato spetta al giudice delle indagini preliminari e non al tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare»*. In conseguenza di ciò, il giudice dell'impugnazione annulla la sentenza di primo grado *“per difetto di competenza funzionale”* ai sensi degli artt. 178, 1° comma, lett. a) e 179 cod. proc. pen.. La Corte di Cassazione<sup>9</sup>, su ricorso proposto dalla Procura Generale, ritiene di confermare il principio consolidato nella sua giurisprudenza come diritto vivente, mantenendo, quindi, la sentenza d'appello.

A questo punto, il giudice del rinvio veniva investito di una questione che risultava problematica sotto due distinti profili: da un lato, si poneva il tema del vincolo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale ritenuto erroneo o quantomeno iniquo, mentre, dall'altro lato, vi era, come rilevato dalla Consulta, il vincolo imposto dalla legislazione procedurale per il giudice del rinvio al rispetto della decisione emessa dalla Cassazione sulla competenza<sup>10</sup>. La questione non lasciava apparentemente molto margine di

<sup>7</sup> Si veda Regio Decreto del 30 gennaio 1941, n. 12, all'art. 50bis (*Giudice per le indagini preliminari*):

1. *In ogni tribunale per i minorenni uno o più magistrati sono incaricati, come giudici singoli, dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari. L'organizzazione del lavoro dei predetti giudici è attribuita al più anziano.*

2. *Nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni, giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale.*

<sup>8</sup> Si veda Regio Decreto Legge 20 luglio 1934, n. 1404 (Istituzione e funzionamento del Tribunale per i Minorenni), all'art 2 (*Istituzione e composizione dei Tribunali per i minorenni*):

*In ogni sede di Corte di appello, o di sezione di Corte d'appello, è istituito il Tribunale per i minorenni composto da un magistrato di Corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti, dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età.*

<sup>9</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 15 luglio 2013.

<sup>10</sup> Cfr. Art. 25 Cod. Proc. Pen.; Corte Cost. Sent. n. 1/2015, terzo considerato in diritto, §5; Corte Cost. n. 408/2005,

valutazione.

Tuttavia, come opportunamente sottolinea la Corte, il primo problema si rivela essere solo apparente dato l'intervento di una nuova decisione delle Sezioni Unite della Cassazione che compie un vero e proprio *overruling*, mutando il precedente orientamento giurisprudenziale<sup>11</sup>. Si osservi incidentalmente, peraltro, che nella sentenza del 2014 la Corte di Cassazione rileva in merito alla questione due orientamenti giurisprudenziali consolidati idonei a costituire diritto vivente: il primo, relativo all'identificazione della fattispecie in esame come "difetto funzionale di competenza" ed, in quanto tale, come causa di nullità della sentenza ai sensi degli artt. 178 e 179 cod. proc. pen., ed il secondo, in merito alla competenza del giudice monocratico per le indagini preliminari in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato a seguito di decreto di accoglimento del giudizio immediato. Con riferimento al primo orientamento la Corte Suprema si spinge addirittura a definirlo "*jus receptum*"<sup>12</sup>. La combinazione di questi due consolidati orientamenti induce, pertanto, la Corte a mutare la propria precedente posizione in merito alla competenza del GIP.

Per quanto riguarda il secondo problema posto al giudice del rinvio, la Corte Costituzionale riconosce un effettivo ostacolo. Il vincolo al precedente della Cassazione per il giudice del rinvio è legislativamente imposto<sup>13</sup> e, in quanto tale, non è superabile da un successivo *overruling* della stessa Corte che intervenga nelle more del giudizio di rinvio. La Consulta sembra giustificare l'opportunità della sua pronuncia proprio sulla base di tale aporia, dal momento che un nuovo giudizio che risulti conforme al vecchio principio di diritto, ma altresì contrastante con il nuovo orientamento della Corte Suprema e, potenzialmente, con il principio di eguaglianza e con il diritto di difesa risulterebbe quantomeno iniquo. A questo punto, però, la Corte Costituzionale interferisce con la funzione nomofilattica della Suprema Corte laddove, pur ammettendo che l'ordinamento riconosca l'insindacabilità delle decisioni della Cassazione sulla competenza, tenta di fondare la rilevanza e la necessità della propria pronuncia financo eludendo propri precedenti orientamenti. Infatti, nello svolgimento del terzo punto in diritto, la Corte correttamente rileva che "*dall'effetto vincolante delle decisioni della Corte di cassazione in materia di competenza, stabilito dall'art. 25 cod. proc. pen., «discende la irrilevanza di questioni che tendano a rimettere in discussione la competenza attribuita nel caso concreto dalla Cassazione medesima, in quanto ogni ulteriore indagine sul punto deve ritenersi definitivamente preclusa e quindi nessuna influenza potrebbe avere una qualsiasi pronuncia di questa Corte nel giudizio a quo» (ex plurimis, sentenze n. 294 del 1995 e n. 25 del 1989; ordinanze n. 306 del 2013 e n. 222 del 1997).*". Tuttavia, la Corte prosegue ritenendo che, in realtà, non si tratti di una questione di competenza del caso concreto, bensì dell'inidoneità del giudice per le indagini preliminari a svolgere il giudizio abbreviato per il Tribunale per i Minorenni.

Tale posizione si presta ad un duplice ordine di critiche. Da un lato, se si fosse trattato effettivamente soltanto della generale inidoneità del GIP monocratico a svolgere il giudizio abbreviato in relazione all'assunta incompatibilità con gli artt. 3, 24 e 31 Cost., la questione avrebbe dovuto ritenersi risolta con l'intervento del nuovo orientamento della Cassazione. Tale decisione delle Sezioni Unite, infatti, avrebbe fatto ragionevolmente ritenere che qualsiasi discostamento dall'affermato principio di diritto ad opera delle corti e

---

considerato in diritto n. 3.2.

11 Si veda al riguardo C. Cass. SS.UU. Penali, 27 febbraio 2014, n. 18292 ed, in particolare, il considerato in diritto n. 4.1 e 4.2.

12 C. Cass. SS.UU. Penali, 27 febbraio 2014, n. 18292 ed, in particolare, il considerato in diritto n. 3.3.

13 Si veda art. 25 cod. proc. pen.

dei tribunali inferiori sarebbe stato cassato, espungendo, di fatto, dall'ordinamento il precedente principio.

Dall'altro lato, la Corte distingue dalla questione di competenza un generale profilo di valutazione di idoneità che rientrerebbe più propriamente nell'ambito della discrezionalità delle scelte del Parlamento. Tuttavia, risulta di tutta evidenza che il legislatore non ha operato in maniera esplicita tale valutazione, lasciando, in realtà, gran parte del lavoro all'interprete. Quindi pare legittimo chiedersi quale sia stato il reale oggetto del sindacato della Corte.

Volendo mettere da parte per un momento gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla fattispecie, un'attenta lettura sistematica delle norme di legge interessate dalla questione avrebbe condotto al medesimo risultato senza una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Infatti, come giustamente rilevato dalla Corte di Cassazione nella sent. n. 18292/2014, uno dei pilastri che sorreggevano il precedente orientamento giurisprudenziale risulta essere particolarmente debole. Infatti, *"il rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale [art. 1, 1° comma, DPR 448/88], su cui si fa generalmente leva, vale "per quanto non previsto" dalle disposizioni sul processo penale minorile, ma questa espressione non equivale a quella "per quanto non specificamente previsto". Mentre va tenuto in conto che il secondo periodo del medesimo comma 1 dell'art. 1 prevede che le disposizioni codicistiche generali «sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore» (principio C.d. di adeguatezza applicativa)".* Inoltre, va osservato che il comma 2° dell'art. 458 cod. proc. pen.<sup>14</sup> richiama esplicitamente, per la particolare ipotesi contemplata, l'applicazione dell'art. 441<sup>15</sup> il quale, a sua volta, impone l'osservanza, in quanto applicabili, delle disposizioni previste per l'udienza preliminare. Nel contesto di cui si tratta, le disposizioni previste per l'udienza preliminare<sup>16</sup> si sarebbero sempre dovute ritenere integrate, secondo una prospettiva sistematica, dall'art. 50bis del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, così come aggiunto dall'art. 14 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449<sup>17</sup>. Infatti, il richiamo operato dall'art. 441 Cod. Proc. Pen. non include alcuna riserva codicistica, ma, anzi, rinvia alla disciplina dell'istituto nel suo complesso. Tale interpretazione sistematica, peraltro costituzionalmente compatibile, è stata integralmente accolta dalle Sezioni Unite della Corte Suprema nel febbraio 2014. Si è, quindi, indotti a interrogarsi sul perché la Corte di Cassazione con la sentenza del 15 luglio 2013 abbia ritenuto di sentirsi maggiormente vincolata ad un orientamento giurisprudenziale consolidato piuttosto che ad una esplicita previsione legislativa (i.e. le norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni), dando sempre per presupposto il fondamentale principio per cui *iura novit curia*.

Al di là delle valutazioni della Corte Suprema, suscitano ancora maggiore interesse quelle svolte dalla Corte Costituzionale. Infatti, come abbiamo accennato, al fine di aggirare l'insindacabilità delle decisioni della Cassazione sulla competenza, la Corte

---

14 Art. 458 Cod. Proc. Pen. (Richiesta di Giudizio Abbreviato), 2° comma: "Se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato al difensore e alla persona offesa. Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441 bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441 bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato."

15 Art. 441 Cod. Proc. Pen. (Svolgimento del giudizio abbreviato), 1° comma: "Nel giudizio abbreviato si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste per l'udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli articoli 422 e 423."

16 Titolo IX, Cod. Proc. Pen., artt. da 416 a 433.

17 Decr. Pres. Rep. 22 settembre 1988, n. 449 (Approvazione delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni).

decide di dichiarare l'incostituzionalità delle due disposizioni legislative contestate, sebbene ne fosse stata data in precedenza un'adeguata interpretazione conforme da parte delle Sezioni Unite della Corte Suprema. In queste considerazioni riecheggia l'ormai risalente guerra fra due corti che sembrava doversi ritenere archiviata<sup>18</sup>.

In conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità, non è chiaro quale sia la sorte del nuovo orientamento della Cassazione o, viceversa, quali effetti espliciti realmente la decisione della Consulta in relazione al nuovo orientamento di legittimità. Infatti, da un lato, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art. 458 cod. proc. pen. e dell'art. 1, 1° comma, del DPR n. 448/88 nella parte in cui prevedono che, nel processo minorile, nel caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante sia monocratica, mentre, dall'altro lato, la Corte di Cassazione ha rilevato, per via esegetica, che tali norme non prevedono una simile attribuzione di competenza al GIP. Pertanto l'oggetto della dichiarazione di illegittimità finisce per sfuggire.

D'altra parte, non si può non rilevare che le due corti, in questo caso, finiscano per raggiungere la stessa conclusione per vie diverse. La Corte Costituzionale, però, dimostra un particolare sforzo volto alla tutela dei diritti di un minorene tale da prevalere persino sulle esigenze di certezza del diritto. Da quest'approccio potrebbe desumersi un tentativo di recuperare quel ruolo di giudice dei diritti che le corti di Strasburgo e Lussemburgo le stanno progressivamente portando via.

### III. ***Un altro caso di tutela dei diritti al di là della costituzionalità delle norme***

Non a caso, lo stesso approccio si ritrova anche nella sentenza n. 3/2015 laddove la Corte, considerando la particolare situazione dei ricorrenti, adotta una diversa soluzione offrendo "solo" una interpretazione conforme all'interno di un giudizio di infondatezza. Anche in questo caso il problema era stato già risolto con la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione 1° agosto 2012, n. 13794, qualificata espressamente dalla Consulta come "diritto vivente". In particolare la questione riguardava la data da cui far decorrere il termine lungo di impugnazione della sentenza (art. 327 cod. proc. civ.)<sup>19</sup> dal momento che, nel caso specifico, il cancelliere aveva ritenuto di apporre date diverse per il deposito e per la avvenuta pubblicazione. In conseguenza di ciò, la Corte d'Appello di Napoli aveva dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione in quanto proposta oltre il termine di cui all'art. 327 cod. proc. civ. rispetto alla data di deposito, mentre sarebbe risultata tempestiva se fosse stata presa a riferimento la data di pubblicazione.

In breve, la Corte rileva il diritto vivente consolidato dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 13794/2012 e ne condivide l'impostazione confermando come solo la data di deposito rilevi ai fini dell'impugnazione. Tuttavia, essendo i fatti che hanno coinvolto i ricorrenti intervenuti in data antecedente al suddetto arresto giurisprudenziale, questi non hanno avuto la possibilità di confidare su tale principio. Pertanto, sebbene la questione sia stata risolta in punto di diritto, la Corte ritiene anche in questo caso di dover intervenire per tutelare i diritti dei ricorrenti nel caso specifico suggerendo alla Cassazione di disporre una rimessione in termini. Sebbene tale contributo venga esplicitamente qualificato come interpretazione costituzionalmente conforme del diritto vivente<sup>20</sup>, sembra, in realtà, che la

---

18 Si veda al riguardo CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965, 96 ss. e *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, *Giur. cost.*, 1956, 939.

19 Art. 327 Cod. Proc. Civ. (Decadenza dall'impugnazione), 1° comma: Indipendentemente dalla notificazione, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 non possono proporsi dopo decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza.

20 Corte Cost. 12 gennaio 2015, n. 3, nono considerato in diritto.

Corte, una volta confermata la compatibilità costituzionale dell'orientamento della Cassazione, si preoccupi prevalentemente di trovare adeguata tutela per i ricorrenti, i quali si sono ritrovati in una condizione iniqua dovuta ad una lesione di quello che è stato autorevolmente definito come 'affidamento nella sicurezza giuridica'<sup>21</sup>. In questo senso, anche nella sentenza n. 3/15 si troverebbe conferma dell'approccio poco più sopra descritto.

E' certamente degno di nota che in questo caso la Corte si sia limitata ad una sentenza interpretativa di rigetto. Tuttavia, in presenza di queste particolari circostanze, è lecito interrogarsi sugli effetti di questa decisione sul giudizio a quo ed, in particolare, sulla rilevanza che è stata ritenuta sussistere.

Non pare che gli artt. 133, commi 1° e 2°, e 327, 1° comma, cod. proc. civ. fossero realmente l'oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale, così come pare che non lo fosse l'interpretazione offerta dalla Cassazione. Tuttavia, la rigida applicazione del principio di diritto enucleato dalla Corte di legittimità avrebbe certamente comportato una situazione di ingiustizia sostanziale nei confronti dei ricorrenti, i quali sarebbero risultati discriminati per il solo fatto di essersi trovati in tali circostanze prima del chiarimento delle Sezioni Unite. Ecco che, quindi, si spiegano i parametri presi in esame, ovvero gli artt. 3 e 24 Cost..

D'altra parte, sarebbe stato del tutto irragionevole aspettarsi dalla Cassazione che provvedesse a formulare una regola per i casi pendenti, se non assumendo le fattezze di uno pseudo-legislatore<sup>22</sup>.

Pare, poi, di notevole interesse la natura del 'suggerimento' offerto dalla Corte Costituzionale alla Corte Suprema attraverso una sentenza di rigetto. Al di là della considerazione che si tratti di una positiva forma di 'dialogo' tra Corti, resta poco chiaro quale reale influenza eserciti sulla libera valutazione del giudice remittente, posto che sembra abbastanza scontato che, qualora i giudici di cassazione ritenessero di ricorrere ad un diverso strumento di tutela, non ne deriverebbero particolari conseguenze.

#### IV. **L'evoluzione della tensione tra diritto vivente e interpretazione conforme**

Quel che emerge con estrema evidenza è che la dottrina dell'interpretazione conforme tende ad intersecarsi con quella del diritto vivente in modo tale da lasciar emergere gli effetti della valorizzazione del precedente giurisprudenziale.

Come rilevato, il potere ermeneutico dei giudici comuni sul testo legislativo di per sé non esclude che la Corte Costituzionale possa esercitare un analogo potere nel giudizio incidentale. A differenza di quanto avviene nel giudizio in via principale, però, l'autonomia interpretativa del Giudice delle leggi si dimostra non assoluta, bensì correlata all'interpretazione adottata dal giudice *a quo* ed alle altre interpretazioni presenti nella giurisprudenza comune. La regolazione dell'esercizio del potere interpretativo della Corte rispetto a quello dei giudici comuni è, infatti, affidata alla dialettica tra la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria, e, in definitiva, a un patto istituzionale (inespresso) tra il Giudice delle leggi e la Magistratura. Al riguardo, non va dimenticato che la Cassazione e la Consulta rappresentano giurisdizioni dotate di funzioni peculiari e fondamentali ma che, al contempo, sono state istituite nel nostro ordinamento in periodi storici culturalmente molto differenti. Infatti, da un lato, la prima Corte di Cassazione venne istituita per il Regno di Sardegna nel 1848<sup>23</sup> sul modello originario della *Cour de Cassation* francese,

---

21 Luciani, M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Rivista AIC N.° 4/2014, 10/10/2014, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)

22 Cfr. sul punto Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), 35 e ss.

23 Lo Statuto Albertino, infatti, istituì la prima Corte di Cassazione di Torino. Con la nascita nel 1861 del Regno d'Italia

così come delineato dal Portalis. Essa, pertanto, non costituiva un terzo grado di giudizio, bensì un organo esterno all'ordinamento giudiziario che avrebbe dovuto rappresentare una garanzia rispetto alle ipotesi di errata applicazione del diritto<sup>24</sup>. Dall'altro lato, la Corte Costituzionale rappresenta il frutto dell'influenza delle teorie Kelseniane nel periodo costituente in quanto prototipo di garante dell'applicazione della nuova Carta fondamentale nel contesto di un ordinamento dato, in massima parte, in epoca pre-repubblicana.

Si comprende, quindi, come l'accostamento di queste due fondamentali istituzioni nel contesto italiano si sia dimostrato talora difficilmente armonizzabile. Tuttavia, dal "dialogo" fra le due Corti<sup>25</sup>, rinnovatosi nel tempo con aggiustamenti anche notevoli, emerge se la Corte costituzionale ritenga di potere o meno discostarsi dall'interpretazione del rimettente, verificarne la plausibilità e/o il grado di condivisione da parte dei giudici delle giurisdizioni superiori, così come se l'interpretazione ritenuta dalla Corte conforme alla *ratio constitutionis* possa essere opposta a quella isolatamente adottata dal rimettente, o anche a quella ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici<sup>26</sup>. Le due sentenze prese in esame confermano che da detto "dialogo" si possono trarre tre conclusioni di principio. La prima è che la Corte può reinterpretare la legge sottoposta al suo esame; la seconda è che la reinterpretazione della Corte non può prevaricare il compito interpretativo dei giudici comuni; la terza è che tale compito deve essere autonomamente orientato al rispetto della *ratio constitutionis*<sup>27</sup>. Pare opportuno porre particolare attenzione sulla seconda conclusione di principio in base alla quale l'autonomia interpretativa della Corte nella fase di controllo accentrato non è illimitata, ma deve arrestarsi di fronte ad una interpretazione giurisprudenziale dotata di tale saldezza, da non poter essere considerata come mera opinione o frutto di errore, e che assume perciò il valore di significato obiettivo della legge. In altre parole, in presenza di diverse interpretazioni possibili dello stesso testo legislativo, emerge come la forza del precedente (specie se delle corti superiori) induca i giudici costituzionali ad orientare l'analisi sulla legittimità della norma, quantomeno prevalentemente, verso lo specifico significato generalmente attribuito dalla giurisprudenza. Da questa conclusione derivano limiti specifici, diretti a garantire la piena indipendenza e autonomia interpretativa del singolo giudice, la funzione interpretativa dei giudici come caratterizzante l'attività giurisdizionale, e il potere di nomofilachia della Cassazione<sup>28</sup> in un'ottica che inquadra i ruoli delle due Corti in maniera più sistemica. Un

---

furono successivamente istituite nuove corti di cassazione cosiddette "regionali", in relazione alla geografia degli stati pre-unitari: Torino per i territori dell'ex-Regno di Sardegna ed il Regno Lombardo-Veneto, Firenze per il Granducato e i Ducati, Roma per i territori appartenuti allo Stato Pontificio, Napoli e Palermo per l'ex-Regno delle Due Sicilie. Nel 1923, nell'ambito della politica accentratrice del Regime Fascista, le cinque corti furono unificate con la denominazione ufficiale di *Corte suprema di cassazione*. Si veda sul tema DI FEDERICO, *La Corte di cassazione: la giustizia come organizzazione*, Bari, Laterza 1969.

24 Si veda al riguardo KOMAREK (2013, Settembre). Reasoning With Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent. *American Journal of Comparative Law* (61), pp. 149- 171.

25 Si veda al riguardo CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale*, cit., 98.

26 Si veda sul punto la Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Paolo Casavola per l'anno 1992, §§ 4 e 5, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 22 febbraio 1993.

27 Cfr. IANNUCILLI (a cura di), *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni*, cit. 6.

28 La sentenza C. Cost. n. 456 del 1989 così ricostruisce il ruolo della Corte in rapporto a quello della Cassazione e degli altri giudici: "(...) occorre chiarire il senso ed i limiti della funzione assegnata a questa Corte, in relazione al controllo incidentale di legittimità costituzionale delle leggi, e degli atti aventi forza di legge. Controllo che riguarda appunto la compatibilità delle leggi denunciate con i principi della Costituzione, e che non può, quindi, sostanzialmente in una revisione, in grado ulteriore, delle interpretazioni offerte dalla Corte di Cassazione. Proprio in virtù del principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, della Costituzione), invocato nell'ordinanza, a

primo limite è costituito dalla sindacabilità dell'interpretazione che – seppur minoritaria – sia congruamente motivata nell'ordinanza di rimessione e risulti pertanto plausibile o basata su un “ (...) *quanto meno non implausibile* (...) *convincimento del giudice a quo*”<sup>29</sup>. Il rovescio del medesimo limite è che la Corte ben può disattendere – correggendola – l'interpretazione del rimettente basata su un presupposto ermeneutico palesemente erroneo o contraddetto dalla generalità dei giudici.

Un secondo limite è rappresentato dalla “dottrina del diritto vivente”, alla cui stregua, la Corte rinuncia a (re-) interpretare la disposizione legislativa (potendo solo, se necessario, annullarla) quando, riguardo ad essa, esista una interpretazione consolidata nella giurisprudenza (soprattutto) delle Corti superiori. In tal caso, “ (...) *la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore* [o] *di questa Corte*”<sup>30</sup>. L'interpretazione che risulti ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici e fatta propria dalla Cassazione viene assunta come significato obbiettivo della legge, diventando impermeabile al potere interpretativo della Corte costituzionale. In questo senso si comprende come la dottrina del diritto vivente abbia elevato la dignità del precedente giurisprudenziale ad un meccanismo di selezione o, per lo meno, di orientamento del sindacato di legittimità costituzionale, che si rivela essere più sistematico e meno contingente anche in un'ottica di tutela dell'affidamento nella sicurezza giuridica.

Ulteriori limiti, dettati soprattutto dal rispetto della funzione nomofilattica della Cassazione, possono considerarsi i dinieghi di competenza opposti dalla Corte alle richieste di risolvere questioni meramente interpretative o di avallare l'interpretazione che il rimettente ritiene preferibile.

## V. **Il valore del diritto vivente nell'ordinamento**

Tra i limiti passati in rassegna, quello che ha effetti pratici più evidenti è la dottrina del “diritto vivente”, il cui rispetto comporta che le sentenze interpretative di rigetto siano utilizzabili solo per confermare o conformare gli indirizzi giurisprudenziali non ancora consolidati, orientandoli nel senso costituzionalmente compatibile. La possibilità di reagire a un “diritto vivente” incostituzionale resta così affidata a pronunce manipolative dei testi legislativi oggetto di interpretazione, aventi efficacia *erga omnes*, ma esposte a inconvenienti come la necessaria presenza della “rima obbligata”, la considerazione delle ricadute finanziarie, l'impatto sociale o la reazione del legislatore, che la *reductio ad legitimitatem* per via interpretativa consente di evitare<sup>31</sup>. In effetti, le sentenze esaminate dimostrano come le esigenze di tutela derivanti da una problematica conformazione al diritto vivente non siano sempre strettamente legate alla costituzionalità della legge interpretata. In conseguenza, il dovere della Corte di tutelare i diritti fondamentali rischia di essere inibito, almeno in parte, dai limiti derivanti dalla combinazione delle dottrine dell'interpretazione conforme e del diritto vivente. Da un lato, infatti, le sentenze interpretative di rigetto non sempre riescono ad imporre l'interpretazione costituzionalmente conforme al giudice comune, mentre, dall'altro lato, ricorrere alle più invasive sentenze manipolative per espungere dall'ordinamento una consolidata

---

*tutti gli Organi giurisdizionali spetta, in piena indipendenza ed autonomia, una indeclinabile funzione interpretativa. Solo allorquando il giudice ritenga (...) che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, è consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali”.*

<sup>29</sup> *Ex plurimis*, sentenza C. Cost. n. 10 del 2009.

<sup>30</sup> Così la sentenza n. 350 del 1997.

<sup>31</sup> Si trova conferma in questo senso in C. Cost. ord. n. 124/2008 e in ord. n. 98/2010.

interpretazione assurta a diritto vivente finisce per comportare più problemi che soluzioni. Resta ancora irrisolto, oltretutto, il problema della definizione del concetto di diritto vivente dal momento che lasciarne l'individuazione alla stessa Corte di Cassazione si presta inevitabilmente al rischio di arbitrii ed incertezze. Nella Relazione per l'anno 1992, il Presidente della Corte Costituzionale Casavola rilevava come neanche la stessa Consulta fosse addivenuta ad una definizione univoca di tale sfuggente concetto<sup>32</sup>. Infatti, in taluni casi è stata ritenuta sufficiente una pronuncia delle Sezioni Unite idonea a chiarire in maniera definitiva il principio di diritto, mentre in altri casi il diritto vivente è stato identificato con un consolidato orientamento della giurisprudenza (non solo di cassazione) fatto di una serie ripetuta di decisioni coerenti e conformi (c.d. *jurisprudence constante*)<sup>33</sup>. Ad ogni buon conto, va detto che il concetto di diritto vivente si lega intrinsecamente all'intensità della funzione interpretativa nomofilattica esercitata dalla Corte Suprema. In mancanza della possibilità di emettere le c.d. 'advisory opinions'<sup>34</sup>, la Corte di cassazione italiana può esercitare tale funzione solo attraverso i propri precedenti giurisprudenziali (così come eventualmente massimati). In coerenza con la procedura delle corti europee, è dato riscontrare una diversa intensità della carica nomofilattica tra precedenti delle Sezioni Unite della Corte e precedenti delle singole sezioni. Inoltre, dalle considerazioni della Consulta emerge come una serie coerente di decisioni presenti una carica nomofilattica maggiore rispetto ad un singolo precedente, ma sempre minore rispetto agli arresti delle Sezioni Unite. Le sentenze n. 1 e n. 3 della Corte Costituzionale confermano quest'ordine di valore. Proprio in relazione alla considerazione che la Consulta dà ai precedenti per rilevare la sussistenza di un diritto vivente, si comprende la rilevanza dell'esercizio della funzione nomofilattica in tale contesto.

## VI. **Conclusioni**

Se un'attenta combinazione tra le dottrine dell'interpretazione conforme e del diritto vivente sembrava, in effetti, aver rappresentato un ragionevole "armistizio" fra le due Corti, entrambe le sentenze che sono state esaminate dimostrano che il "dialogo" è ancora in fase di evoluzione. Infatti, in entrambi i casi, in presenza di un orientamento giurisprudenziale chiaro della Cassazione che risultava essere, peraltro, costituzionalmente compatibile, la Corte ritiene, comunque, di emettere due sentenze interpretative, l'una di accoglimento e l'altra di rigetto. Tale contributo ermeneutico, a ben vedere, non si è dimostrato determinante per riportare alla costituzionalità le disposizioni legislative contestate, mentre è emersa con maggiore evidenza la volontà di tutelare le posizioni soggettive dei ricorrenti nei casi specifici. Con la prima decisione, infatti, la Corte è ricorsa al più dirompente strumento della dichiarazione d'incostituzionalità per infrangere

---

32 Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Paolo Casavola per l'anno 1992, § 5, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 22 febbraio 1993: "Nella sentenza n. 205, red. Granata, il diritto vivente è la consolidata interpretazione della Corte rego-latrice. Nella sentenza n. 210, red. Spagnoli, si contesta che una interpretazione della Cassazione costituisca diritto vivente, trattandosi di affermazione non ripresa in seguito e rappresentando non la ratio decidendi, ma un semplice obiter dictum della pronuncia. Infine nella sentenza n. 260, red. Spagnoli, il diritto vivente, formatosi per effetto di una soluzione adottata dalle Sezioni unite della Cassazione, è posto a base della decisione adottata."

33 In alcuni sistemi la questione è stata affrontata legislativamente sotto un profilo più strettamente procedurale: è il caso della Spagna (c.d. *doctrina legal*), del Brasile (c.d. *sumula vinculante*) o del Giappone (c.d. *hanreihô*). In questi ordinamenti il legislatore ha stabilito quando un insieme di precedenti conformi giustifica l'impugnazione per errore di diritto della sentenza che se ne discosti; vedi al riguardo Schlesinger R., *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, VI Ed. University Casebook Series, New York: Foundation Press (1998) p. 668.

34 Come, invece, è previsto per quanto riguarda almeno dieci della Corti Supreme Statali degli Stati Uniti d'America, e dagli ordinamenti di Canada, India, Svezia, Finlandia e Russia; cfr. al riguardo Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989).

il vincolo del giudice *a quo* al rispetto della decisione della Cassazione sulla competenza; con la seconda, invece, la Corte respinge il ricorso suggerendo di quali strumenti il giudice comune dispone per meglio tutelare l'interesse delle parti in presenza di una norma costituzionalmente valida che rischia, però, di determinare una situazione di ingiustizia nei loro confronti. Sia nell'uno che nell'altro caso le esigenze di tutela dei diritti dei ricorrenti si sono dimostrate non tanto legate alla costituzionalità della disposizione legislativa, quanto agli inconvenienti derivanti da una problematica conformazione al diritto vivente. La Corte Costituzionale ha, tuttavia, dimostrato di saper commisurare la propria funzione interpretativa con quella nomofilattica esercitata dalla Corte Suprema.

Dal diverso approccio rispetto ai giudizi *a quo* si può concludere che, nell'ambito del suo ruolo di garante della costituzionalità del sistema, la Corte Costituzionale abbia riaffermato quello più specifico di garante dei diritti individuali. In effetti si tratta di un ruolo che, come già osservato, si stava progressivamente riducendo in relazione all'espansione del ruolo delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, ma anche in conseguenza del costante incremento dei conflitti di competenza fra Stato e Regioni. Una volta condiviso con il giudice comune il gravoso compito di assicurare la costituzionalità dell'intero ordinamento, il giudice della legittimità delle leggi si spinge, quindi, a valutare come meglio tutelare i diritti fondamentali nel caso specifico, anche al di là dei profili di illegittimità della normativa impugnata. Restano, tuttavia, aperte diverse questioni che vanno dall'esercizio della interpretazione costituzionalmente conforme da parte del giudice comune alla definizione del concetto di diritto vivente, dall'adeguatezza degli strumenti a disposizione della Corte alle difficoltà di conciliare la più ampia tutela dei diritti con la modalità di accesso in via incidentale. Quel che pare, comunque, significativo è che la Corte è ritornata senz'armi su un vecchio "campo di battaglia", con l'umiltà per proseguire un positivo 'dialogo' con la Corte Suprema e tutto l'ordinamento giudiziario, e con l'autorevolezza per riaffermare un ruolo nella tutela dei diritti fondamentali spesso messo in discussione.

\*\* Dottorando di ricerca, Università di Bologna