ANNOTAZIONI SUL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA TRA PRECEDENTE E DIRITTO VIVENTE*

1. Introduzione - 2. La Suprema Corte e l'uniforme interpretazione della legge - 3. Precedente e diritto vivente - 4. La «dialettica tra certezza e moto» dell'ordinamento

Abstract

Il contributo si sofferma sul principio di uguaglianza sotto il profilo dell'uniformità dell'interpretazione della legge alla luce dei concetti di precedente e di diritto vivente nella cultura giuridica italiana. Dopo alcuni cenni storici sull'evoluzione della funzione nomofilattica della Suprema Corte, l'attenzione si concentra sul peso sempre più incisivo assunto dal precedente, nonché sulla concezione verticistica del diritto vivente che emerge dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, secondo cui quest'ultimo sarebbe espressione diretta ed esclusiva dell'organo della nomofilachia. Ciò consente di svolgere dei primi rilievi sulla «dialettica tra certezza e moto» dell'ordinamento al fine di verificare se sia possibile individuare un equilibrio tra la stabilità (almeno tendenziale) dell'interpretazione della legge e lo slancio evolutivo insito nella giurisdizione.

This paper examines the principle of equality through the lens of the uniform interpretation of the law, with particular reference to the notions of judicial precedent and 'living law' within the Italian legal tradition. Following a brief historical overview of the development of the Supreme Court's nomophylactic function, the analysis focuses on the increasingly prominent role of precedent, as well as on the hierarchical understanding of 'living law' that emerges from settled constitutional case law, according to which it is conceived as the direct and exclusive expression of the Supreme Court. This perspective allows for some preliminary reflections on the «dialectic between certainty and change» within the legal system, in order to assess whether a balance can be identified between the (at least tendential) stability of statutory interpretation and the evolutionary dimension inherent in adjudication.

Keywords: Equality, Judicial Precedent, Nomophylactic Function, Living Law, Legal Certainty.

1. Introduzione

Queste annotazioni intendono soffermarsi sul principio di uguaglianza dei cittadini non già dinanzi alla legge *in astratto*, ma all'interpretazione che di essa viene data *in concreto*. Il principio di uguaglianza viene dunque indagato in rapporto al concetto di *precedente*, ossia all'orientamento

* L'analisi del rapporto tra precedente e diritto vivente dalla prospettiva del principio di uguaglianza è frutto delle suggestioni maturate in occasione della relazione svolta al Convegno *Le Forme dell'eguaglianza fra processo e cultura. Dialoghi del Rights, COmmunity & DIversity HUB*, tenutosi presso la LUISS Guido Carli il 12 novembre 2025. Queste annotazioni intendono sviluppare quelle suggestioni, presentando non già i risultati di uno studio compiuto, bensì le linee di una ricerca in corso.

assunto per la decisione di un caso del passato identico o simile a quello su cui si deve pronunciare il giudice nel presente. Questa relazione tra i casi di ieri e quelli di oggi dimostra che il precedente non sta a sé, isolato come una monade, ma tende a consolidarsi e ad assurgere a *diritto vivente*, specie laddove l'uniformità dell'interpretazione della legge sia presidiata da un esercizio incisivo della funzione nomofilattica da parte della Suprema Corte.

Il rapporto tra uguaglianza, precedente e diritto vivente viene qui analizzato con specifico riferimento agli ordinamenti di *civil law*, in seno ai quali opera non il principio dello *stare decisis*, ossia del valore vincolante del precedente (*doctrine of binding precedent*), ma piuttosto quello della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Ciò nonostante, il precedente, ancorché non vincolante, è divenuto sempre più rilevante, al punto tale che alcuni autorevoli magistrati della Suprema Corte hanno sostenuto che il nostro ordinamento avrebbe recepito il principio dello *stare decisis* "in versione debole"[1].

Si potrebbe obiettare che, se tale principio significa valore vincolante del precedente, allora esso non è suscettibile di graduazione: il vincolo c'è o non c'è, *tertium non datur*. Eppure, il panorama giuridico entro cui ci muoviamo è troppo accidentato per essere ricondotto a questa rigida logica binaria e, non a caso, Ronald Dworkin ha parlato a questo proposito di «forza gravitazionale delle decisioni precedenti»[2]. Quel che conterebbe davvero, dunque, non sarebbe tanto il "fare" la legge (la sua *latio*), quanto piuttosto il "pronunciarne" il contenuto (la sua *dictio*)[3], e di qui l'accelerazione del processo di "convergenza" tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* che era stato messo in luce con straordinaria lungimiranza già negli anni Novanta da Basil Markesinis in Inghilterra e da Guido Alpa in Italia[4].

---

[1] L. Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, p. 90; P. Canzio, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, pp. 169-173; Id., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, pp. 27-34; P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, in *Questione giustizia*, 4, 2018; G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2020[3], pp. 472-473; R. Rordorf, Stare decisis*: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Il Foro Italiano*, 2016, V, p. 279; Id., *Il precedente nella giurisprudenza*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., p. 95.

[2] R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, p. 4.

[3] M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto*. *Annali*, vol. IX, 2016, Milano, 2016, pp. 391-476 e, da ultimo, Id., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, in particolare pp. 161-179.

[4] Si vedano in particolare B. Markesinis, *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994 e G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, in particolare pp. 3-51.

2. La Suprema Corte e l'uniforme interpretazione della legge

Al fine di garantire il principio di uguaglianza nel momento dell'applicazione della legge, il nostro ordinamento assegna un ruolo centrale alla Suprema Corte di cassazione, che assolve alla funzione nomofilattica, scolpita icasticamente nell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, ai cui sensi «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità, del diritto oggettivo nazionale»[5].

Se si ha riguardo alle matrici storiche dell'istituto, quali risultanti dall'opera legislativa compiuta dai rivoluzionari in Francia, emerge subito un paradosso degno di nota: la Corte di cassazione, l'organo che per eccellenza è deputato a garantire l'«uniforme interpretazione della legge», in origine non assolveva affatto a questa funzione, in quanto i rivoluzionari non volevano che i giudici interpretassero la legge in modo uniforme, ma volevano piuttosto che non la interpretassero del tutto.

Ciò è attestato in modo paradigmatico dalle parole pronunciate dinanzi all'*Assemblée nationale* da Robespierre, secondo cui «ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi: alors il y a toujours *identité de jurisprudence*»[6]. Era come se i rivoluzionari, infatuati dall'idea che il diritto codificato avrebbe provveduto a tutto da sé, avessero finito per credere alle parole di Montesquieu, che in una celebre pagina aveva definito i giudici come «la bouche qui prononce les paroles de la loi»[7], donde l'assoluto divieto di interpretare la legge, che i rivoluzionari consideravano come compito esclusivo del potere legislativo[8].

Poiché era loro preclusa l'interpretazione, i giudici potevano contare soltanto sull'istituto del *référé législatif*, attraverso il quale dovevano rivolgersi al legislatore «toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle»[9]. In questa sede non è certamente possibile indugiare su questo complesso istituto, se non per rilevare che è proprio la sua disciplina

[5] Cfr. r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

[6] M. ROBESPIERRE, *Sur le renouvellement du Tribunal de Cassation*, 1790, ora in ID., *Œuvres*, Paris, 1950, vol. 6, p. 583.

[7] C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, chapitre VI (trad. it. *Lo spirito delle leggi (Libri I-XIX)*, a cura di D. Felice, Milano, 2013, libro XI, capitolo 6).

[8] Si vedano in particolare P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di* interpretatio *e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino, 2000 e J. KRYNEN, *L'idéologie de le magistrature ancienne*, Paris, 2009.

[9] Cfr. art. 12, loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

a dimostrare che neppure i rivoluzionari erano del tutto persuasi, e *pour cause*, dell'asserita chiarezza e compiutezza della nascente codificazione[10].

Sta di fatto che soltanto col volgere degli anni la Cassazione avrebbe assunto funzione nomofilattica grazie al progressivo tramonto della diffidenza nutrita nei confronti del potere giudiziario, anche grazie alla previsione dettata dall'art. 4 del *Code civil des Français* del 1804, ai cui sensi «le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Veniva così radicalmente messo in discussione uno dei postulati su cui l'ideologia illuministica aveva tentato di erigere il funzionamento della giurisdizione, giacché, attraverso questa disposizione, l'interpretazione giurisprudenziale, prima vietata, veniva ora non solo ammessa, ma persino *imposta* ai giudici.

Passando attraverso i Codici preunitari e il Codice di procedura civile del 1865, tutti debitori del *Code de procédure civile* napoleonico del 1806, il sistema della cassazione si è affermato in Italia, dove ha rappresentato un fattore del consolidamento dell'assetto istituzionale sorto con l'unificazione, i cui meccanismi di razionalizzazione del potere politico richiedevano un controllo centralizzato sull'amministrazione della giustizia e sull'uniformità dell'interpretazione della legge. In questa direzione era andata anche l'unificazione delle cinque Corti di cassazione regionali con sede a Torino, Firenze, Napoli, Palermo e Roma, raggiunta nel 1923 con il Guardasigilli Aldo Oviglio dopo essere stata perorata per anni dalla dottrina più autorevole[11].

---

[10] «Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre» (cfr. J.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet du Code civil de la commission*, 24 termidoro anno VIII (18 agosto 1800), in J.G. LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, Paris, 1827-1832, I, p. 255). Illuminanti sono le indagini sui repertori di giurisprudenza condotte da Ugo Petronio in merito alle tecniche interpretative adottate nelle motivazioni delle sentenze civili, dalle quali emergono numerosi casi in cui i giudici hanno fatto ampio ricorso al ragionamento analogico consegnato dai testi romani e dalla scienza giuridica medievale (cfr. in particolare U. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, 2012).

[11] Cfr. r.d. 24 marzo 1923, n. 601. La Cassazione unica ha da poco compiuto cento anni e per questa ricorrenza la Scuola Superiore della Magistratura ha organizzato il Convegno *I Cento anni della Corte di cassazione "Unica"*, tenutosi presso l'Aula Magna della Corte di cassazione il 28 novembre 2023 (https://www.cortedicassazione.it/page/en/i_cento_anni_della_corte_di_cassazione_unica?contentId=EVN11171). Si vedano inoltre G. COSTANTINO, *La Cassazione unica compie 100 anni*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2023 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-unica-compie-100-anni) e G. MICCOLIS, *Brevi note sulla nomofilachia nei cento anni della Cassazione unitaria*, in *Judicium*, 8 maggio 2023 (https://www.judicium.it/brevi-note-sulla-nomofilachia-nei-cento-anni-della-cassazione-unitaria/).

Basti pensare ai due poderosi tomi dello studio su *La Cassazione civile*[12] del 1920, con cui Piero Calamandrei aveva denunciato perentoriamente la «mostruosità giudiziaria»[13] delle cinque Corti di cassazione regionali. Le pagine di questo lavoro erano intrise dell'impegno scientifico e civile profuso a favore dell'unità del vertice della giurisdizione civile da parte del giurista fiorentino, che, anche anni più tardi, in seno all'Assemblea costituente, in vivace dialettica con Vittorio Emanuele Orlando e con il gruppo comunista, avrebbe ribadito che la Cassazione «è un istituto, è un meccanismo, la cui struttura è tale che o la Cassazione è unica, ed allora serve a qualche cosa, o non lo è, ed allora non serve più a niente»[14].

Altrettanto sferzanti erano le critiche di Lodovico Mortara, secondo cui «in niun paese fu posta minore serietà che in Italia all'organizzazione della Magistratura suprema»[15], tanto che «uno stesso testo di legge riceve[va] in quelle Corti di cassazione interpretazioni contemporanee diametralmente opposte fra loro»[16]. Ne conseguiva che un «viaggiatore, il quale percorreva il territorio dello Stato, passando da una provincia a un'altra trascinato dalla rapidità della locomotiva, poteva trovarsi sottoposto da ora in ora a leggi diverse in grazia delle diverse interpretazioni date dai rispettivi tribunali ad un unico testo»[17].

Con spessore di dottrina e nitore di argomenti, i fautori della Cassazione unica avevano già di mira l'*uniformità* degli orientamenti giurisprudenziali, benché tale scopo fosse ancora estraneo al

---

[12] P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, 2 voll., Milano, 1920, ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, voll. VI e VII, Napoli, 1976 (riediti nel 2019 da RomaTrE-Press in formato digitale). Per i cento anni dallo studio di Calamandrei, la Scuola Superiore della Magistratura ha organizzato il Convegno *Passato e futuro della Cassazione. A cent'anni dalla* Cassazione civile *di Piero Calamandrei*, tenutosi presso la Corte di cassazione l'11 novembre 2020. Gli atti del convegno sono pubblicati sul sito istituzionale della Corte di cassazione al seguente indirizzo: https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/dettaglio_ecs.page?contentId=ECS24519.

[13] P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VIII, Napoli, 1979, p. 370. Si veda anche ID., *La unificazione della Cassazione civile e gli interessi regionali*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VIII, cit., p. 347, dove Calamandrei aveva affermato: «ove mai si potesse istituire una specie di Museo delle mostruosità legislative, una sala apposita dovrebbe essere riservata a questo fenomeno tutto italiano delle cinque Cassazioni, paragonabile all'uomo con cinque teste che fa la delizia dei ragazzi nei baracconi da fiera».

[14] Cfr. seduta pomeridiana di giovedì 27 novembre 1947, p. 2573.

[15] L. MORTARA, *La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere*, in *Rivista d'Italia*, 1904, 7, p. 541.

[16] *Ibid.*, p. 539. Cfr. anche ID., *Della necessità di urgente di restaurare la Corte di cassazione*, in *Studi giuridici per le onoranze al prof. Carlo Fadda*, Napoli, 1906, pp. 199-221. La posizione di Mortara e di Calamandrei è particolarmente significativa nel panorama della dottrina processualcivilistica italiana, come testimonia E.T. LIEBMAN, *La Corte di cassazione in Italia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 579, secondo cui «coloro che per la giovane età, oppure perché dotati di memoria troppo corta, non sanno a quali incongruenze, complicazioni e ritardi dava luogo l'esistenza di una pluralità di organi supremi […] facciano lo sforzo di leggere le veementi pagine di Mortara e Calamandrei».

[17] L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile. Teoria e sistema della giurisdizione civile*, vol. I, Milano, 1923, p. 65. Questa situazione di frammentazione richiama alla memoria quella dell'*ancien Régime* stigmatizzata dalla battuta arguta di Voltaire, secondo cui chi viaggiava in Francia cambiava diritto tanto spesso quanto cambiava cavallo (cfr. M. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, v. *coutume*, Paris, 1811, III, p. 335).

diritto positivo. L'art. 122 della previgente legge sull'ordinamento giudiziario si limitava infatti a disporre che «La corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi»[18], sicché non v'era riferimento alcuno all'uniformità della giurisprudenza, né avrebbe potuto esservi considerata la situazione di frammentazione in cui versava l'ordinamento italiano a causa della pluralità delle Corti.

Tale riferimento sarebbe comparso soltanto con il ricordato art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, che assegna appunto alla Suprema Corte il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'*uniforme interpretazione* della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale». Su questa previsione grava senz'altro la pesante ipoteca dommatica della concezione illuministica del rapporto tra il giudice e la legge, saldamente ancorata ai consueti canoni sussuntivi o sillogistici dell'interpretazione, da cui promanano le idee di *esattezza* e *uniformità*. Invero, queste ultime rappresentano due profili distinti, ancorché strettamente connessi, atteso che "esattezza" e "uniformità" dell'interpretazione sono concepite dal legislatore in stretta correlazione, in quanto la Cassazione è chiamata a uniformare non già una qualsivoglia interpretazione della legge, bensì la sua (pretesa) interpretazione esatta.

La singolare complessità dei filoni che l'art. 65 vede intrecciarsi suggerisce una scelta di campo: in questa sede l'attenzione si concentrerà sul problema dell'*uniformità* dell'interpretazione resa dalla Suprema Corte piuttosto che su quello della sua asserita *esattezza*. Nell'uniformità risiedono infatti gli interessi di rilievo pubblicistico perseguiti dalla nomofilachia, che ridondano nei principi di certezza del diritto e, ciò che più rileva ai nostri fini, di uguaglianza dei cittadini nel momento dell'applicazione della legge.

È per queste ragioni che, alla luce del combinato disposto degli artt. 3 e 111 Cost. e sulla scorta della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale[19], viene comunemente riconosciuto rilievo costituzionale alla funzione nomofilattica, benché si debba segnalare che l'Assemblea

[18] Cfr. legge 6 dicembre 1865, n. 2626.

[19] Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sent. n. 50 del 1970, nonché, più di recente, Corte cost., sent. n. 119 del 2015, dove viene affermato che «la funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione con l'enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ., costituisce […] espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto».

costituente non ha accolto la proposta, autorevolmente avanzata da Calamandrei in seno alla seconda sezione della Seconda Sottocommissione, di costituzionalizzare formalmente tale funzione[20].

3. Precedente e diritto vivente

Dopo essere stata relegata per anni nella periferia dell'ordinamento giuridico nel testo del remoto regio decreto del 1941, la nomofilachia ha conosciuto una vera e propria palingenesi grazie all'intensa stagione riformatrice che il legislatore ha avviato nel 2006. Le riforme che si sono succedute fino ad oggi hanno determinato un significativo incremento del peso del precedente in generale e del precedente delle sezioni unite in particolare, pur senza intaccare formalmente il principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge.

In questo senso appaiono illuminanti i principi e i criteri direttivi della riforma dettata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, quali indicati nella legge delega 14 maggio 2005, n. 80, che all'art. 1, comma 3, lett. *a)*, delinea la disciplina del processo di cassazione «in funzione nomofilattica». Si tratta di una previsione particolarmente significativa, se non altro perché è la prima volta che il legislatore ha utilizzato tale locuzione, che, come ha rilevato Carmine Punzi, fino ad allora «era stata appannaggio degli accademici»[21].

Senza avanzare alcuna pretesa di completezza e riservando ogni approfondimento alle acute indagini degli studiosi del processo civile, tra le principali innovazioni che hanno corroborato la funzione nomofilattica della Suprema Corte spiccano il vincolo delle sezioni semplici ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite, in modo da dare stabilità a questi principi, imponendo un particolare procedimento per il loro mutamento (art. 374, comma 3, cod. proc. civ.); l'ampliamento dei casi in cui il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere l'enunciazione del

[20] Cfr. seduta del 20 dicembre 1946. La proposta si rinviene nella *Relazione sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale* presentata da Calamandrei alla seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione ed è contenuta nell'art. 12, ai cui sensi «Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione, *istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale* e per regolare le competenze fra i giudici». Le relazioni e gli interventi di Calamandrei all'Assemblea costituente sul potere giudiziario sono oggi raccolti in P. Grossi, E. Cheli, G. Alpa (a cura di), *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Genova, 2016. Per un'analisi delle radici del concetto di nomofilachia nel pensiero di Calamandrei sia consentito rinviare a G. Donzelli, *La nomofilachia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Diritto e Religioni*, 16 ottobre 2024 (https://www.rivistadirittoereligioni.com/miscellaneagiulio-donzelli-la-nomofilachia-nel-pensiero-di-piero-calamandrei/).

[21] C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, vol. II, Torino, 2010², p. 466.

principio di diritto nell'interesse della legge (ma irrilevante per le parti del processo) e la possibilità che questo principio di diritto sia pronunciato d'ufficio anche nel caso di ricorso della parte dichiarato inammissibile (art. 363 cod. proc. civ.); la riduzione, tra i motivi del ricorso per cassazione, dell'ambito del vizio di motivazione e l'esclusione assoluta di tale vizio nei casi di doppia conforme sui medesimi fatti (art. 360 cod. proc. civ.); l'udienza pubblica limitata alle sole decisioni di una «questione di diritto […] di particolare rilevanza» (art. 375, comma 1, cod. proc. civ.) e la decisione degli altri ricorsi in camera di consiglio; il rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione per la risoluzione di «una questione esclusivamente di diritto», quando, tra gli altri requisiti, essa «è suscettibile di porsi in numerosi giudizi» (art. 363-*bis* cod. proc. civ.).

Queste riforme hanno concorso a corroborare la funzione nomofilattica della Suprema Corte e a riconoscere un peso sempre più incisivo al precedente nel nostro ordinamento, come conferma un recente e importante lavoro di Silvia Zorzetto[22]. Nell'indagare l'uso argomentativo dei precedenti giudiziari, l'Autrice ha messo in luce che essi «incarnano le due facce della giustizia: la giustizia-equità come singola decisione del caso individuale-concreto e la giustizia-generalità quale decisione di classi di casi»[23]. In questa prospettiva, i precedenti costituiscono la ragion pratica che coniuga il particolare e l'universale attraverso la tessitura di una trama in cui i casi del presente si congiungono con quelli del passato.

Proprio perché «nessuna decisione, per essere giusta o corretta *secundum ius*, può essere presa nel vuoto, indipendentemente dalla regolazione di altri casi»[24], il precedente non sta mai a sé e può essere inteso non quale isolato pronunciamento, ma come reiterato orientamento che, consolidandosi, assurge a *diritto vivente*. Questa formula ricorre così frequentemente nei discorsi di studiosi, giudici, avvocati e funzionari amministrativi da essere diventata una di quelle "formule magiche"[25] che Rudolf Wiethölter ha intercettato nella cultura giuridica, sicché non appare ozioso indugiare su questo sintagma per comprenderne l'effettiva estensione semantica[26].

Al di là delle occorrenze più risalenti, la formula "diritto vivente" conosce la propria massima fortuna nel corso del Novecento, legando le proprie sorti al risveglio della coscienza ermeneutica

---

[22] S. Zorzetto, *Precedenti giudiziari e argomentazione*, Modena, 2024.

[23] *Ibid*., p. 9.

[24] *Ibid*., p. 71.

[25] Chiara è l'allusione a R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1968 (trad. it. *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari, 1975).

[26] L. Mengoni, *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 141-163.

dei giuristi e al progressivo allargamento dei loro interessi scientifici all'analisi economica e sociologica del diritto. È così che Eugene Ehrlich, nella sua *Grundlegung der Soziologie des Rechts* del 1913, recupera la formula "diritto vivente" per designare il «diritto che regola la vita sociale, sebbene non sia formulato in proposizioni giuridiche»[27].

Nella dottrina italiana, la locuzione compare per la prima volta nel 1928 con la prolusione di Antonio Scialoja *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*[28] in una accezione che alludeva alla distinzione tra *law in books* e *law in action* di Roscoe Pound[29]. A Tullio Ascarelli si deve la teorizzazione della dottrina del diritto vivente in relazione al sindacato di costituzionalità, affermando, con singolare preveggenza dei futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale, che il Giudice delle leggi non è chiamato a fornire un'interpretazione delle disposizioni censurate, bensì ad accertarne «le concrete applicazioni effettuatene»[30], quale presupposto della valutazione della loro conformità a Costituzione.

A partire dagli anni Sessanta, la categoria del diritto vivente si è consolidata nella dottrina costituzionalistica italiana ad opera di Carlo Esposito[31], che aveva esteso la nozione di fonte del diritto fino a farvi confluire la giurisprudenza, che consentiva ai giuristi e, in particolare, agli studiosi del diritto costituzionale di non limitarsi a una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione formale, ma di offrire una «viva ricostruzione della vivente Costituzione»[32] attraverso la storia e lo svolgimento degli istituti nella costante evoluzione dell'esperienza giuridica.

Hanno fatto poi seguito le riflessioni di Vezio Crisafulli, che ha messo in luce come dall'esperienza del sindacato di costituzionalità emergesse chiaramente la differenza «tra la disposizione-norma e la norma "vivente", che potrebbe anche dirsi la norma-ordinamento, poiché su di essa

---

[27] E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, 1913 (trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976, p. 592).

[28] A. Scialoja, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 26, 1928, n. 1, pp. 1-15.

[29] R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 44, 1910, n. 1, pp. 12-36.

[30] T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 361.

[31] Si veda in particolare C. Esposito, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 605-610, ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992, pp. 343-354.

[32] Id., *Controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 266. Si veda inoltre D. Nocilla, *Presentazione*, a C. Esposito, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, cit., in particolare p. XXI.

direttamente o indirettamente si riflette, determinandone il significato attuale, l'intero sistema normativo, nella sua astratta oggettività, ed anche, in certa misura, nella effettualità del suo concreto realizzarsi»[33].

Come ha evidenziato Massimo Cavino nella voce di aggiornamento del *Digesto* dedicata al diritto vivente, il rilievo assunto dal formante giurisprudenziale e la costruzione della dottrina del diritto vivente sono debitori dell'elaborazione svolta dalla Corte costituzionale in particolare a partire dagli anni Settanta[34]. Dalla ricognizione della giurisprudenza del Giudice delle leggi emerge infatti che la prima pronuncia in cui si rinviene il sintagma "diritto vivente" è la sentenza 11 dicembre 1974, n. 276, nella quale esso viene definito come «il "sistema giurisprudenziale" formatosi nel difetto di espresse disposizioni».

Oggi la Corte costituzionale parla di diritto vivente come «interpretazione giurisprudenziale consolidata, perché reiterata e uniforme»[35], laddove siano «numerose e distribuite nell'arco di un lungo periodo le pronunce della Corte di cassazione»[36] che hanno accolto una determinata interpretazione, conferendo peculiare rilievo al loro «numero elevato, [al]la sostanziale identità di contenuto e [al]la funzione nomofilattica dell'organo decidente»[37].

Ne deriva la primazia, se non l'esclusività, degli orientamenti della Corte di cassazione ai fini della configurazione del diritto vivente, giacché la consolidata giurisprudenza costituzionale ritiene che le «pronunzie adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente" (*ex aliis*, sentenze n. 78 del 2012 e n. 217 del 2010), essendo, per contro, necessario un orientamento

---

[33] V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, in particolare p. 207. La distinzione tra disposizione e norma è stata poi accolta dalla giurisprudenza costituzionale, come emerge chiaramente, tra le molte, da Corte cost., sent. n. 84 del 1996, secondo cui «la *disposizione* costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, che si svolge sulla *norma* quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale, e rappresenta poi parimenti il tramite di ritrasferimento nell'ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale quindi *giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni*. Si disvela così, in tal caso, la funzione servente e strumentale della disposizione rispetto alla norma» (corsivi aggiunti).

[34] M. CAVINO, *Diritto vivente*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento IV, Torino, 2010, pp. 134-147.

[35] Cfr. Corte cost., sent. n. 101 del 2023.

[36] Cfr. in particolare Corte cost., sent. n. 373 del 2008.

[37] Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sentt. nn. 120 del 1984; 377 del 1988; 164 del 1989; 364 del 1993; 225 del 1994; 55 del 1996; 207 del 2004; 41 del 2006; 234 del 2007; 64 del 2008; 56 del 2009; 82 del 2010; 227 del 2010; 255 del 2010; 368 del 2010; 181 del 2011; 79 del 2012; 117 del 2012; 166 del 2012; 24 del 2013; 107 del 2013; 172 del 2014; 122 del 2017; 135 del 2018; 188 del 2018; 141 del 2019; 123 del 2020; 20 del 2022; 2 del 2023; 54 del 2023.

consolidato della giurisprudenza di legittimità (*ex aliis*, sentenze n. 243 e n. 20 del 2022 e n. 1 del 2021), o comunque espresso a sezioni unite (sentenze n. 13 del 2022 e n. 33 del 2021)»[38].

Se oggi il diritto vivente è soltanto quello pronunciato dalla Suprema Corte (oltre che dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti *ratione iurisdictionis*[39]), allora significa che poco o nulla è rimasto della sua configurazione primigenia, quale risultante dalla tradizione di studi prima ricordata, alla quale va riconosciuto il merito di aver elaborato una concezione inclusiva del diritto vivente, frutto di un'opera interpretativa condivisa nell'ambito di un circolo ermeneutico aperto a un'ampia platea di soggetti: dai teorici ai pratici del diritto, dalla dottrina alla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità.

4. La «dialettica tra certezza e moto» dell'ordinamento

La tensione verso una concezione verticistica del diritto vivente, quale espressione diretta ed esclusiva dell'organo della nomofilachia, gioca un ruolo fondamentale nel nostro ordinamento ed è stata oggetto di valutazioni discordanti[40]. Da un lato, viene messa in luce la maggiore certezza del diritto che deriva dal consolidamento degli orientamenti dominanti e, quindi, la più incisiva garanzia del principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi all'applicazione della legge. Dall'altro lato, viene rilevato il pericolo dell'irrigidimento dell'ordinamento, di cui viene limitata l'evoluzione pretoria, che, al netto di gravi oscillazioni e contrasti, ha consentito di raggiungere approdi assai significativi. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al diritto alla riservatezza e all'identità personale, al riconoscimento del danno biologico, al risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, all'abuso di dipendenza economica e alle tecniche di protezione del contraente debole[41].

---

[38] Cfr. in particolare Corte cost., sentt. nn. 54 del 2023; 111 del 2023 e 116 del 2023.

[39] ITALIADECIDE (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, Bologna, 2018.

[40] Ampio è il dibattito sulla nozione di "diritto vivente" che emerge dalla giurisprudenza costituzionale, come dimostrano da ultimo il numero speciale del 2024 di *Teoria e Critica della Regolazione Sociale* intitolato *Dall'uso alternativo del diritto al diritto vivente. Catania 1973-2023*, a cura di N. Dimitri e A.M. Maugeri, nonché i fascicoli nn. 6/2023, 1/2024 e 6/2024 che la *Giurisprudenza costituzionale* ha dedicato al tema.

[41] G. ALPA, *I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia*, in *Rassegna Forense*, 47, 2014, n. 3-4, pp. 599-604; ID., *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 7, 2019, n. 2, pp. 335-343; ID., *Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica*, in ITALIADECIDE (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, cit., pp. 137-147; ID., *Il "diritto vivente" nella motivazione delle sentenze civili*, in *Contratto e impresa*, 41, 2025, n. 1, pp. 3-25.

Il maggiore peso assunto dai precedenti della Suprema Corte incide profondamente sulla libertà interpretativa dei giudici dei gradi inferiori, senza tenere conto di un dato particolarmente rilevante per la nostra esperienza giuridica, nella quale, come ha messo in luce Guido Alpa, la gran parte delle innovazioni prima ricordate è dovuta a «coraggiose interpretazioni dei giudici di merito, piuttosto che non alla paludata giurisprudenza della Corte di cassazione»[42]. Se i giudici di merito si fossero sempre adeguati ai modelli interpretativi della Suprema Corte, verosimilmente l'ordinamento sarebbe rimasto «anchilosato e del tutto inadeguato alle necessità della vita dinamica, sociale ed economica»[43].

L'isterilimento della capacità innovativa della giurisprudenza rischia dunque di risolversi in una paradossale eterogenesi dei fini, tale per cui ciò che siamo soliti chiamare "diritto vivente" tende a recidere ogni legame con la vita dell'ordinamento e a divenire, per così dire, sempre meno "vivente". Ciò vale a maggior ragione se si considera che il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale risulta in parte ancorato ai precedenti, sicché il presente può essere considerato come una reminiscenza del passato, con il pericolo che il giudice-macchina sia condannato a una ripetizione informatica dell'identico[44]. Questa omogeneizzazione temporale rischia di proiettare l'ordinamento in un eterno presente e di fossilizzarlo in un diritto immobile, capace solo di replicare se stesso e di radicalizzarsi nei risultati già acquisiti, che l'inferenza statistica rende insensibili agli indirizzi giurisprudenziali minoritari o alle isolate voci divergenti[45].

---

[42] ID., *Il diritto giurisprudenziale e il diritto "vivente". Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in D.M. CANANZI, R. RIGHI (a cura di), *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, vol. 1, Milano, 2012, p. 42.

[43] *Ibid*.

[44] Si vedano in particolare N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit.; EAD. (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2021; F. DI DONATO, M.P. FRISINA, F. ROMEO, F. SCAMARDELLA, M. VESTOSO, D. VOLPE (a cura di), *La sfida della giustizia predittiva. Riflessioni a partire da una ricerca empirica in materia di protezione internazionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, n. 1, pp. 85-168; F. CORONA, *Giustizia predittiva. Quando gli algoritmi pervadono il diritto*, Roma, 2023; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Milano-Udine, 2023; V. MASTROIACOVO (a cura di), *Giocare con altri dadi. Giustizia e predittività dell'algoritmo*, Torino, 2024; L. ERCOLE, *Contro la "giustizia predittiva". Per una lettura conservativa del principio di certezza del diritto*, Torino, 2024; B. ROMANO, *Intelligenza artificiale e volontà. Il magistrato e ChatGPT. La capacità rivelativa del diritto*, Torino, 2024; L. PALAZZANI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2025, n. 1, pp. 7-80.

[45] G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, pp. 82-84 e 135-144; ID., *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Modena, 2023, pp. 37-42, su cui si veda A. PUNZI, *Mutamento di paradigmi o rottura antropologica? L'abito ermeneutico di Giuseppe Zaccaria e la giustizia digitale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, n. 2, pp. 281-292.

Ancor prima che si profilasse all'orizzonte la capillare diffusione degli algoritmi predittivi, questi pericoli erano ben presenti alla dottrina più avveduta, come confermano ad esempio le riflessioni di Calamandrei, secondo cui «unificazione della giurisprudenza non significa […] immutabilità della interpretazione giudiziaria, che vorrebbe dire *stasi del diritto*»[46], ma vuol dire piuttosto «tendenza alla uniformità della interpretazione giudiziaria *nello spazio* (in modo che in un certo momento la stessa norma giuridica sia interpretata nello stesso modo in tutto il territorio dello Stato), ma *non nel tempo* (in modo che non sia esclusa la evoluzione giurisprudenziale del diritto, cioè la possibilità di sostituire in un momento successivo, purché in maniera uniforme per tutto lo Stato, una nuova interpretazione, socialmente più adeguata allo spirito del tempo, a quella precedentemente accolta, che si dimostri superata)»[47].

Nel solco tracciato dal magistero dello studioso fiorentino si inseriscono le riflessioni di Michele Taruffo, secondo cui la *stabilità* degli indirizzi giurisprudenziali, garantita da un accorto esercizio della funzione nomofilattica, non equivale affatto alla loro *immobilità*. Il problema non dipende dunque dalla circostanza che una Corte suprema muti orientamento e non segua i propri precedenti, ma sorge piuttosto quando queste variazioni sono «troppo frequenti, arbitrarie, casuali e prive di seria giustificazione, come non di rado accade nella giurisprudenza della nostra Corte di cassazione»[48].

Per dirla con Gino Gorla, il problema risiede nella «dialettica tra certezza e moto»[49] dell'ordinamento, vale a dire nella ricerca di un equilibrio tra la stabilità (almeno tendenziale) dell'interpretazione della legge e lo slancio evolutivo insito nella giurisdizione. Perché questo equilibrio possa darsi, occorre che la giurisprudenza si faccia carico dei problemi che scaturiscono dai propri *revirements*, ossia dalla "rottura" dell'ordinata e rassicurante sequenza di precedenti conformi che, avendo dato luogo al diritto vivente, hanno alimentato il legittimo affidamento nutrito dai consociati rispetto a un'interpretazione ritenuta consolidata.

In questo senso, appare virtuosa la soluzione prospettata dalla Suprema Corte con riferimento al delicato problema del mutamento di giurisprudenza relativo a norme processuali, laddove da tale mutamento derivino effetti pregiudizievoli in capo a una parte del giudizio, quali ad esempio una

---

[46] P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, cit., p. 136.

[47] *Ibid*.

[48] M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, p. 30.

[49] G. Gorla, *Introduzione*, in Id., *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, Matera, 2018, p. 19.

decadenza o una preclusione. In concreto, il problema attiene alla dimensione temporale in cui si dispiegano gli effetti di un arresto innovativo del pregresso consolidato orientamento giurisprudenziale concernente norme regolative del processo.

Proprio avendo riguardo ai principi di uguaglianza e di tutela del legittimo affidamento, nonché al diritto costituzionale di difesa, le sezioni unite hanno affermato che, nel «caso in cui venga in rilievo un problema di tempestività dell'atto (sussistente in base alla giurisprudenza *overruled*, ma venuta meno in conseguenza del successivo mutamento di esegesi della regola di riferimento), il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa»[50].

È per questo che si discorre non già di mero *overruling*, ma di *prospective overruling*: l'operatività *pro-futuro* e non anche retroattiva dell'arresto innovativo reca con sé il «riconoscimento esplicito (e, non di rado, agli occhi di molti tardivo) di decisioni adottate fino a quel momento sulla base di precedenti progressivamente inadeguati»[51]. Eppure, il *prospective overruling* dimostra che un equilibrio tra "certezza e moto" è possibile e può essere perseguito attraverso il bilanciamento tra la tutela dei principi di uguaglianza e di legittimo affidamento dei cittadini e le esigenze di evoluzione che alimentano la nostra esperienza giuridica.

Va da sé che questa soluzione riguarda specificamente i mutamenti di giurisprudenza relativi alle norme processuali, ma la «dialettica tra certezza e moto»[52] può operare in ogni piega dell'ordinamento per far sì che la *stabilità* di un dato orientamento non degeneri in *immobilità*. Il consolidamento dei precedenti non è pertanto «un valore assoluto ma metodologico»[53] e, come tale, non si sottrae all'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, ma confluisce dinamicamente nel «dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita»[54].

---

[50] Cfr. Cass. civ., SS.UU., sent. 11 luglio 2011, n. 15144.

[51] S. ZORZETTO, *Precedenti giudiziari e argomentazione*, cit., p. 33.

[52] G. GORLA, *Introduzione*, cit., p. 19.

[53] G. BORRÈ, *L'evoluzione della Corte nel diritto commerciale e del lavoro, nel diritto pubblico e processuale civile*, in AA.VV., *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995 in occasione dei 50 anni dal ripristino dell'ordinamento democratico*, Milano, 1996, p. 252.

[54] *Ibid.*

Come riconosce la giurisprudenza costituzionale, la «"vivenza" della norma [costituisce] una vicenda per definizione aperta»[55], sicché ogni orientamento è costitutivamente provvisorio e neanche quelli considerati "consolidati" possono esserlo al punto tale da arginare le esigenze sociali sottese all'*overruling*. I precedenti, anche quando assurgono a diritto vivente, si inseriscono pur sempre nella dimensione del ragionevole, del plausibile, del verosimile e non del vero, sicché la giurisprudenza, come ogni attività di carattere retorico-argomentativo, può assolvere virtuosamente a una funzione di guida delle condotte dei consociati solo qualora sia assistita da un carattere autenticamente persuasivo, che si dimostri capace di convincere, prima ancora che di decidere.

GIULIO DONZELLI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

[55] Cfr. Corte cost., sent. n. 242 del 2014.