

MASSIMO GIAVAZZI

LA GIUSTIZIA PROATTIVA

SOMMARIO: 1.1. La giurisprudenza orientata al futuro. — 1.2. Il diritto proattivo. — 1.3. L'approccio proattivo al diritto UE. — 1.4. Il cambio di paradigma. — 1.5. L'uso proattivo della giurisdizione. — 1.6. La cultura legale. — 1.7. La certezza del diritto. — 1.8. La nomofilachia. — 1.9. La funzionalizzazione dell'iniziativa processuale del singolo all'effettività del diritto oggettivo. — 1.10. Il ricorso di cassazione come veicolo dell'interesse pubblico. — 1.11. Il *prospective overruling* nella giustizia proattiva.

1.1. *La giurisprudenza orientata al futuro.*

Quali nuove prospettive di indagine del c.d. diritto inclusivo, si è scritto di una giurisprudenza terapeutica (a migliorare gli effetti della giurisdizione sul benessere psicologico delle persone coinvolte), di una giurisprudenza ristorativa (volta a riconciliare i rapporti tra le parti in contenzioso), persino di una giurisprudenza risolutrice (secondo la logica « *problem solving* », a individuare soluzioni creative, attingendo alla realtà extralegale, per sfuggire alla stringente logica « *win-lose* ») (1).

Si è tentato, in altre parole, di assegnare alla giurisdizione funzioni aggiuntive rispetto a quella (tradizionale) di risolvere un contenzioso: di individuare chi tra i due litiganti abbia ragione e chi torto; a provare a perseguire una logica « *win-win* »: un ideale processo nel quale siano tutti — magari non in eguale misura — soddisfatti.

Valga un esempio (tratto dalla nostra prassi processuale) a dimostrare come si possa piegare, o perlomeno adattare, il processo alla logica « *win-win* »: il giudice può affermare la ragione di una delle parti e il torto dell'altra (com'è inevitabile nell'esercizio della

(1) S. DAICOFF, *The Comprehensive Law Movement: An Emerging Approach to Legal Problems*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 109.

giurisdizione) e, tuttavia, compensare le spese di lite, sottraendosi alla meccanica applicazione del principio di soccombenza, ancorché in questo modo ricusando il principio chiovendiano che « *Il processo per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale* » (2).

Una giurisdizione che lascia tutti insoddisfatti (una giustizia « *in guisa monca* » (3)) e, dunque, di converso, anche tutti parzialmente soddisfatti.

La logica « *win-win* », appunto.

Quanto, purtroppo, il nostro legislatore (insensibile, per vero, alla soddisfazione dell'utente del sistema giustizia e, piuttosto, preoccupato di introdurre in ogni dove, e senza adeguata meditazione, strumenti deflattivi del contenzioso) ha ora reso difficilmente percorribile (4).

Ma non è ovunque così.

Altrove, negli ultimi anni, si sono sperimentati nuovi approcci giuridici orientati al futuro (« *future-oriented* »): l'uso del diritto a prevenire i conflitti, piuttosto che a risolverli.

Si sono, quindi, aperte nuove prospettive di indagine: il diritto preventivo e (quale variante di esso) il diritto proattivo.

Tutto questo a realizzare una sorta di benessere legale (« *legal health* »): applicare il diritto per elevare la qualità delle relazioni intersoggettive, piuttosto che al fine di sanzionare la condotta del trasgressore della norma (talvolta incolpevole vittima dell'equivocità del suo precetto).

Quanto accade, ad esempio, col *prospective overruling*.

Ciò che consente al giudice di affermare il significato della legge seguendo inedite traiettorie interpretative (« *overruling* »), al solo fine di guidare la futura condotta degli individui verso nuove regole di comportamento (la legge come innovativamente interpretata dal giudice muovendosi negli spazi interstiziali che la fattispecie normativa consente di riempire attingendo ai principi), senza, tuttavia, decidere il caso controverso facendo applicazione di quel nuovo

(2) G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41.

(3) In questo senso, Corte costituzionale, 19/12/1986, n. 303, ove si legge che « *d[el]l'accoglimento della domanda ... è normale complemento la liquidazione delle spese e delle competenze, in difetto della quale il diritto di agire in giudizio, per antico insegnamento, sarebbe in guisa monca garantito* ».

(4) M. GIAVAZZI, *La rilettura del principio di soccombenza nella logica dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 703 ss.

paradigma normativo (« *pure prospective overruling* ») o, perlomeno, rifiutando di estendere quella sua inedita affermazione giurisprudenziale ad alte vicende non ancora esaurite (« *selective prospective overruling* ») (5).

Questa tecnica (applicata per la prima volta dalla Corte Suprema USA negli anni '30 del secolo scorso per risolvere problemi intrinseci ai sistemi di *common law* (6)) è stata, da ultimo, accolta anche negli ordinamenti di giustizia continentale, sia da parte della Corte di giustizia (7), sia di tante giurisdizioni costituzionali (8), sia, infine dai nostri giudici della nomofilachia civile (9) e amministrativa (10), talvolta con qualche invasione di campo persino delle giurisdizioni di merito (11).

Lo scritto non ha l'ambizione di individuare la giustificazione dogmatica di questa discussa tecnica processuale (che pare contra-

(5) In argomento si è scritto molto; tra gli altri: G.F. CALFIED, *Address at 24th annual meeting of the South Carolina Bar Association*, 1917; R.H. FREEMAN, *The Protection Afforded Against Retroactive Operation of an Overruling Decision*, in *Colum L. Rev.*, 1918, 230 ss.; R. VON MOSCHZISKER, *Stare Decisis in Courts of Last Resort*, in *Harv. L. Rev.*, 1924, 409 ss.; A. KOCOUREK - H. KOVEN, *Renovation of the Common Law Through Stare Decisis*, in *Ill. L. Rev.*, 1935, 971 ss.; B.H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1960, 1 ss.; T.S. CURRIER, *Time and change in judge-made law: prospective overruling*, in *Va. L. Rev.*, 1965, 201 ss.; P.J. MISHKIN, *The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1965, 56 ss.; W. FRIEDMAN, *Limits of Judicial Law-making and Prospective Overruling*, in *Mod. L. Rev.*, 1966, 593 ss.; T.E. FAIRCHILD, *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting"*, in *Marq. L. Rev.*, 1968, 254 ss.; G. TEDESCHI, *Prospective Revision of Precedent*, in *Isr. L. Rev.*, 1973, 173 ss.; P. DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, in *Mod Law Rev.*, 1976, 1 ss.; A.G.L. NICOL, *Prospective Overruling: A New Device for English Courts?* in *The Modern Law Review*, 1976, 542 ss.; E. FISCH, *Retroactivity and Legal Change. An Equilibrium Approach*, in *Harv. L. Rev.*, 1997, 1055 ss. M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 128; R.H. FALLON -D.J. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, in *Harv. L. Rev.*, 1991, 1731 ss.; P.J. STEPHENS, *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, in *Syracuse L. Rev.*, 1998, 1515 ss. W. ROOSEVELT, *A Little Theory Is a Dangerous Thing: The Myth Of Adjudicative Retroactivity*, in *Conn. L. Rev.*, 1999, 1132 ss.; R.H.S. TUR, *Time and Law*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2002, 463 ss.; R.S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2014, 37 ss.; C. NELSON, *The Legitimacy of (Some) Federal Law*, in *Va. L. Rev.*, 2015, 57 ss.; S.J. HAMMER, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2018, 413 ss.; S. BESWICK, *Retroactive Adjudication*, in *Yale L. J.*, 2020, 276 ss.; A.C. MICHAELS, *Retroactivity and Appointments*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, 2021, 627 ss.; J.L. RENSBERGER, *Choice of Law and Time*, in *Tenn. L. Rev.*, 2022, 420 ss.

(6) Com'è noto, la tecnica consegue a un'originaria intuizione di B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, che anni dopo egli stesso tradusse in un fondamentale principio giurisprudenziale nella celeberrima sentenza U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

(7) Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.

(8) Corte costituzionale, 11/2/2015, n. 10.

(9) Corte di cassazione, Sez. un., 11/7/2011, n. 15144

(10) Consiglio di Stato, Ad. plen., 22/12/2017, n. 13.

(11) Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/5/2011 n. 2755.

stare con il principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive), ma solo di suggerire una diversa prospettiva d'indagine: il diritto proattivo.

1.2. *Il diritto proattivo.*

Il diritto proattivo è sicuramente una prospettiva nuova, ancorché trovi la sua più lontana origine in uno studio statunitense degli anni '50 di Brown (12), riconosciuto fondatore del diritto preventivo.

In uno dei suoi primi scritti in argomento (13), egli distinse l'approccio classico al diritto (« *basato su fatti inalterabili, compiuti dalle parti, rievocato dai testimoni nelle aule dei tribunali e cristallizzati nei repertori di giurisprudenza* ») e il nuovo metodo fondato, invece, sulla prospettiva del diritto preventivo (impostato sullo studio di vicende attuali, ancora modificabili nel loro presente divenire).

Egli differenziò, perciò, il diritto retrospettivo classico, attrezzato a indagare su vicende del passato (« *Cold facts* ») coinvolte in un contenzioso dinanzi a un tribunale, dalla nuova prospettiva preventiva, invece, immaginata a gestire il presente (« *Hot facts* ») nel suo continuo, inarrestabile e mutevole fluire, prima ancora che insorga un contenzioso.

Si deve, tuttavia, ai primi studi in Finlandia sul finire del secolo scorso (14) la più ampia affermazione anche in Europa del nuovo modello di diritto preventivo, nella sua declinazione — in parte innovativa (15) — del diritto proattivo (16): il giurista non deve

(12) L.M. BROWN, *Manual of Preventive Law: How to Prevent legal Difficulties in the Handling of Everyday Business*, New York, 1950.

(13) L.M. BROWN, *The Law Office. A Preventive Law Laboratory*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1956, 940.

(14) R. SUSSKIND, *The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*, Oxford, 1987, 292, sostiene al proposito che: « *legal systems of the information society will evolve rapidly under the considerable influence of ever more powerful information technologies. ... Legal risks will be managed in advance of problems occurring so dispute pre-emption rather than dispute resolution will be the order of the day. Our law will thus become far more fully integrated with our domestic, social and business lives* ».

(15) H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View in Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 24, la quale sostiene che « *Preventive law and proactive law are very similar, although the primary target groups and the emphasis differ. While the primary target group of the preventive law message is lawyers — lawyers practicing preventive law — the proactive law message is targeted at both lawyers and clients, and the clients' buy-in is crucial* ».

(16) G. BERGER-WALLISER, *The Past and Future of Proactive Law: An Overview of the Development of the Proactive Law Movement*, in AA.VV., *Proactive Law in a Business Environment*, Copenhagen, 2012.

soltanto applicare le norme giuridiche a fatti accaduti nel passato; bensì deve usare la sua esperienza del passato per plasmare eventi del presente e pianificare una futura regola di condotta e migliorare così le relazioni intersoggettive (17).

La tecnica del *prospective overruling* (nella sua versione pura, a escludere che la sentenza abbia a produrre effetti retroattivi persino tra le parti del giudizio che ha provocato il sovvertimento della vecchia regola giurisprudenziale (18)) si giustifica proprio in questa logica di impiegare il processo per gestire nel futuro i nuovi rapporti sociali (e a elevare il benessere legale) piuttosto che al fine di risolvere controversie su vicende del passato.

L'approccio proattivo al diritto analiticamente può scomporsi in sei azioni coordinate: (i) considerare che i problemi derivano dalla relazione di un soggetto con l'ambiente sociale; (ii) identificare i vari elementi dell'ambiente sociale che sono alla radice del problema; (iii) comprendere le relazioni (fisiologiche e patologiche) tra il soggetto e l'ambiente sociale; (iv) individuare l'importanza relativa di ciascun elemento nella genesi del problema; (v) immaginare le differenti possibilità di arrestare o rallentare l'interazione causale degli elementi del sistema da cui scaturisce il problema; (vi) assumere azioni positive volte ad aggiungere nuovi elementi o nuove interazioni al sistema, al fine di migliorarne le prestazioni e l'affidabilità (19).

Quel distinguo (diritto preventivo/diritto proattivo) si suole rappresentare attraverso una metafora: il diritto preventivo persegue l'obiettivo di vaccinare le persone contro le malattie (problemi legali, controversie e contenziosi giudiziari) (20); mentre il diritto proattivo è inteso, non solo a prevenire le malattie, ma anche a promuovere il benessere collettivo (21).

Fuor di metafora: il diritto preventivo enfatizza il ruolo del giurista nel prevenire il contenzioso e il rischio di causa; mentre il diritto proattivo pone al centro il soggetto che agisce e assume di conseguenza come obiettivo la diffusione della coscienza giuridica e

(17) H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law*, cit., 84.

(18) Sul *prospective overruling* si è scritto molto. A fare sintesi, si rinvia a M.A. EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Cambridge-Londra, 1988, 128.

(19) T. D. BARTON, *Thinking Preventively and Proactively*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 23.

(20) H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law*, cit., 24.

(21) H. HAAPIO, op. cit., 22.

della capacità di pianificare le proprie strategie nel rispetto della legge (benessere legale) (22).

Quanto corrisponde alla fondamentale funzione del diritto — secondo i principi della *rule of law* — di individuare una direzione (« *guidance* » (23)); a evitare che la formazione della coscienza sociale si realizzi attraverso l'applicazione retrospettiva di regole di condotta imprevedibili al momento dell'azione, alla stregua del celebre aforisma di Bentham (24).

Tornando alla metafora, per fronteggiare la malaria, si può lavorare su tre livelli: (i) eliminare le zanzare che portano la malattia (primo livello); (ii) non potendo eliminare tutte le zanzare, si possono installare delle reti alle finestre (secondo livello); (iii) infine, non potendo comunque escludere in assoluto il contagio, si può curare la malattia perché non degeneri, somministrando al paziente il chinino (terzo livello) (25).

Fuor di metafora, entrambi i nuovi approcci al diritto (« *future-oriented* ») operano sui tre livelli della prevenzione del contenzioso: (i) evitare le cause del contenzioso (primo livello); (ii) evitare il contenzioso (secondo livello); (iii) evitare le perdite da contenzioso (terzo livello). Senonché, si distinguono l'uno dall'altro perché il diritto proattivo opera principalmente sul primo livello, mentre il diritto preventivo è invece attivo soprattutto tra il secondo e il terzo livello (26).

1.3. *L'approccio proattivo al diritto UE.*

Nella valorizzazione degli studi finlandesi sul diritto proattivo, il Comitato economico e sociale europeo ha, di recente, elaborato un parere sul tema « *L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE* » (27).

(22) H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law*, op e loc. cit.

(23) C. SAMPFORD, *Retrospectivity and the rule of law*, New York, 2006, 56, sostiene che « *One of the leitmotifs of the rule of law is guidance* ».

(24) J. BENTHAM, *Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be*, Londra, 1823; nell'originale si legge: « *It is the Judges that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything, you want to break him of, you wait till he does it, and then you beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the Judges make law for you and me* ».

(25) H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law*, cit., 25.

(26) G. BERGER-WALLISER, *The Past and Future of Proactive Law*, cit., 27.

(27) Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema « *L'approccio proattivo* ».

Vi si legge: « è il diritto, non la legislazione concepita dai giuristi, a rispecchiare la condotta che una data società accetta ed esige come condizione preliminare dell'ordine sociale; il diritto non è composto di concetti formali senza tempo e incisi nella pietra, ma di norme e principi — scritti e non scritti — che rispecchiano i legittimi interessi collettivi dei cittadini in un dato momento storico ... Da troppo tempo in ambito giuridico l'attenzione si concentra sul passato. Legislatori e magistrati agiscono in risposta a carenze, controversie, scadenze non rispettate e infrazioni, cercando di ovviare, di comporre e di rimediare. Le controversie, i procedimenti e i meccanismi volti a imporre il rispetto delle norme comportano un costo eccessivo, che non può essere misurato solo in termini pecuniari ... Il Comitato economico e sociale europeo (CESE) insiste quindi per un cambiamento di paradigma. E giunto il momento di abbandonare l'approccio reattivo al diritto, ormai vecchio di secoli, per passare a un approccio proattivo. E giunto il tempo di considerare il diritto in modo diverso: di guardare avanti e non più indietro, di concentrarsi sul modo in cui il diritto è utilizzato e opera nella vita quotidiana e sul modo in cui viene accolto nella comunità che aspira a disciplinare. Anche se reagire ai problemi e risolverli rimangono aspetti importanti, è vitale prevenirne le cause e insieme soddisfare i bisogni e agevolare l'interazione produttiva di cittadini e imprese ».

Ciò che segna il passaggio del diritto proattivo dalla teoria alla prassi, sia pure senza evidenti ricadute nell'operatività concreta delle istituzioni comunitarie.

Vi è, tuttavia, che — seppure non declamato in una affermazione di principi — l'approccio proattivo al diritto si è da tempo insinuato nelle logiche della giurisdizione europea: com'è stato, indubbiamente, nell'estensione analogica del meccanismo di modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento della Corte di giustizia (art. 264 TFUE) a impedire altresì, in taluni eccezionali vicende, la retroattività delle sentenze dichiarative nei rinvii pregiudiziali di interpretazione (art. 267 TFUE) (28).

Ad aprire, appunto, a una giustizia proattiva.

al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE » (2009/C175/05) in GUUE 28/7/2009.

(28) Corte di giustizia, 8/4/1976, causa 43/75, *Defrenne*.

1.4. *La giustizia proattiva.*

In effetti, il sintagma giustizia proattiva (29) è un ossimoro.

Tuttavia, si può impiegare la giurisdizione (anche) a prevenire il contenzioso e a migliorare, dunque, le relazioni intersoggettive e il benessere legale.

Le traiettorie evolutive del diritto giurisprudenziale nel suo rapporto con le leggi scritte all'interno dei sistemi di *common law* dimostrano come la giurisprudenza possa svolgere un ruolo positivo nel miglioramento delle regole giuridiche (anche a smuovere l'eventuale inerzia del legislatore), là dove lo sviluppo tecnologico e il mutamento dei principi sociali rendono obsolete le norme esistenti (30).

Non sorprende, dunque, che il *prospective overruling* abbia avuto un primo riconoscimento costituzionale negli USA (31).

L'approccio proattivo al diritto s'interpone tra le due tradizionali rappresentazioni della norma: la « *lex lata* » (a individuare la legge com'è) e la « *lex ferenda* » (la legge come dovrebbe essere), intercalando tra i due originari criteri di apprezzamento del diritto la valutazione empirica di come la legge effettivamente agisce nella realtà sociale (la « *lex ponderanda* ») (32): così da fare emergere dalla prassi nuovi obiettivi da perseguire nell'elevazione del benessere legale.

Di ciò si fa carico, inevitabilmente, il giudice.

Quanto induce a realizzare una *liaison dangereuse* tra la giurisdizione e la legislazione: la tentazione del giudice di farsi legislatore.

Per dirla con Grossi, « *L'interpretazione come intuizione, invenzione e quindi costruzione* » (33). A indurre, dunque, il giudice verso la « *ars combinatoria* », nel distinguo leibniziano (« *ars inveniendi* »/« *ars combinatoria* »), richiamato da Galgano a descrivere il vario atteggiamento del giudice rispetto all'interpretazione della

(29) S. NYSTEN-HAARALA, *Contract Law and Everyday Contracting*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 263, sostiene che « *Even judges can be proactive in their problem-solving work* ».

(30) G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982.

(31) U.S. Supreme Court, *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932).

(32) P. SEIPEL, *Nordic School of Prospective Law Conference, June 2005, Closing Comments*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 362.

(33) P. GROSSI, *La Fantasia nel diritto*, in *Quad. fiorentini*, 1986, 589 ss.

norma (34). A distinguere, dunque, l'arte dello scoprire qualcosa prima ignoto, sebbene già presente nell'ordinamento (« *ars inveniendi* »), dall'arte di inventare qualcosa che prima non esisteva nell'ordinamento, sulla base delle conoscenze acquisite (« *ars combinatoria* »).

La tentazione, dunque, del giudice di farsi inventore della norma (35).

Ciò che si è avvertito (e criticato) da taluno nell'uso (azzardato?) del *prospective overruling* da parte del giudice della nomofilachia amministrativa (36). Quell'accesso anticonvenzionale (ma non necessariamente inventivo) alla modulazione nel tempo degli effetti d'una sentenza — nella sua giustificazione pratica di riconnettere coscienza giuridica, legge e prassi — bene potrebbe definirsi come un approccio proattivo al diritto da parte della giurisprudenza.

In breve: una giustizia proattiva.

Non vi è, tuttavia, in ciò alcun eccesso di potere giurisdizionale, perché — come già ebbe a sostenere Calamandrei — lo « *scopo di nomofilachia [è] niente affatto scopo giurisdizionale* ».

Sicché, probabilmente, bisogna affrontare la questione sotto altra prospettiva: la nomofilachia quale funzione di « *controllo sul funzionamento dello Stato* » (37); il giudice della nomofilachia quale *trait d'union* tra il legislatore e la giurisdizione. Com'era nelle originarie attribuzioni del *Tribunal de cassation* (l'antesignano della nostra Corte di cassazione), secondo le tesi illuministiche della Rivoluzione francese. Quando si richiedeva, a risolvere un contrasto sull'interpretazione della legge dichiarato dal giudice della nomofila-

(34) F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 84.

(35) Sui rischi di una simile prospettiva, si rinvia al recente scritto di P. L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff, creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 82, che magistralmente li rappresenta nel richiamo, appunto, all'avvertimento di Forsthoff: « *chi si affida oggi a contenuti sovrappositivi di questo tipo sigla una cambiale per il futuro, della quale non si conosce il presentatore — se sfortuna vorrà che essa sia presentata* » (F. FORSTHOFF, *Die Bindung an Gesetz und Recht (art. 20 Abs 3 GG)*, in *DöV*, 1959, 41). Quanto diviene di vivida evidenza nella retrospettiva di ciò che l'avversione al *Paragraph* (simbolo del positivismo giuridico, metaforicamente impiccato a una forca) provocò nel dodicennio nero nazista. Ciò che, tuttavia, non gli impedisce (con una certa, almeno apparente, contraddizione) di sollecitare il giudice all'approccio inventivo in senso ampliativo degli spazi di accesso al giudice. Quanto rende evidente come l'*ars combinatoria* risponde certo a una insopprimibile esigenza.

(36) M.A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in www.federalismi.it, 2021.

(37) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VI, Roma, 2019, 413.

chia, l'intervento del legislatore con una sua interpretazione autentica (« *référé obligatoire* ») (38).

Da qui (dalla storia dell'istituto (39)) l'evidenza che l'esatta interpretazione della norma a garanzia dell'uniformità della giurisprudenza e dell'uguaglianza del diritto obiettivo inevitabilmente interferisce con l'esercizio della funzione legislativa, tanto da essere in origine riservata, appunto, al legislatore attraverso il « *référé obligatoire* » (40).

Com'è noto, il progressivo affinamento del ricorso per cassazione (per come si è evoluto dalla sua iniziale configurazione nel *Tribunal de cassation* di origine rivoluzionaria, da strumento legislativo di reazione all'eccesso di potere giurisdizionale a concreto esercizio dell'attività giurisdizionale) ha, in un primo momento, esteso il sindacato del giudice della nomofilachia dagli « *errores in procedendo* » anche agli « *errores in decidendo* ». Successivamente si è ammessa l'estensione di quel sindacato dalle sentenze « *contra ius in thesi clarum* » (la « *contravention express eau texte de la loi* ») anche a valutare gli errori giuridici *in hypotesi*, in questo modo spostando la nomofilachia dalla premessa maggiore (l'interpretazione della norma astratta) alla premessa minore (la sussunzione del caso concreto alla norma astratta) del sillogismo giudiziario.

Donde, si è inevitabilmente ottenebrata la linea di demarcazione tra la giurisdizione e la legislazione: giacché l'attività di *dicere ius* si sostituisce ora senza soluzione di continuità alla funzione legislativa nel suo rapporto con la prassi, in una reciproca contaminazione tra le spinte dal basso (il diritto com'è applicato) e le pressioni dall'alto (il diritto come dovrebbe essere).

In mezzo, astretto tra le due pulsioni (con i piedi piantati nella prassi e gli occhi levati verso la norma (41)), vi è il giudice che va alla ricerca del corretto significato da assegnare alla norma, in tal modo facendo sintesi tra la « *lex lata* » (la legge com'è) e la « *lex ponde-*

(38) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 413.

(39) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 435, sostiene al proposito che « Anche da queste norme relative al *référé obligatoire*, appariva così sempre meglio definito nella sua posizione di organo extragiudiziario posto in mezzo tra il potere giudiziario e il potere legislativo ».

(40) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 413.

(41) M. HEIDEGGER, *Der Feldweg*, nella traduzione italiana, *Il sentiero di campagna*, Genova, 2002, 17, in ben altra prospettiva, scrive: « crescere significa: aprirsi alla vastità del cielo e, al tempo stesso, affondare le radici nell'oscurità della terra ».

randa » (la legge come è applicata) spingendo — in via interpretativa — il sistema verso la « *lex ferenda* » (la legge come dovrebbe essere).

Così com'è nell'approccio proattivo al diritto, dove le tre prospettive si confondono e si contaminano tra loro (42).

L'evoluzione costituzionale del ricorso di cassazione ha senz'altro assegnato alla giurisdizione la funzione nomofilattica, che originariamente era invece una competenza del legislatore; quanto, tuttavia, non ne ha mutato l'originale suo scopo (di protezione della legge dalle interpretazioni giurisprudenziali *contra legem*). In questo modo, tuttavia, si è trascinato verso il fatto (lo « *ius litigatoris* ») l'individuazione del corretto significato che il sistema intende attribuire alla norma (lo « *ius constitutionis* »). Questo a consentire alla prassi (la legge com'è in concreto applicata) e alla coscienza giuridica (la legge com'è conosciuta e accettata in un certo ambiente sociale) di concorrere all'interpretazione (ma non all'invenzione) della norma, favorendo il miglioramento del precetto e conseguentemente delle relazioni intersoggettive (il benessere legale), attraverso la diffusione della cultura legale.

Ciò che — come si è scritto — consegue all'approccio proattivo al diritto.

1.5. *La cultura legale.*

Il diritto proattivo e il diritto preventivo, quantunque differenti, muovono tuttavia da un comune principio fondante: la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni (la consapevolezza giuridica che una determinata scelta può comportare l'insorgenza, a posteriori, di un problema legale).

Il fondamento del diritto orientato al futuro si definisce, infatti, attraverso il binomio « *prevedibilità e previdenza* » (43).

Quanto (la prevedibilità in funzione della previdenza) può definirsi cultura legale.

Beninteso, non già nel senso filosofico con cui Schmitt intende il termine cultura, nel suo riferimento al giurista colto contemporaneo (« *empirische Typus des modernen rechts gelehrten Juristen* » (44)),

(42) P. SEIPEL, *Nordic School of Prospective Law Conference*, cit., 362.

(43) L.M. BROWN, *The Law Office*, cit., 941 e 942

(44) C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem des Rechtspraxis*, Berlino, 1912.

quale ipostasi della prassi giuridica che attinge alla cultura (« *Volksgeist* ») per pronunciare la sentenza giusta in antitesi al diritto positivo (45).

Nel diritto proattivo, la cultura non è intesa a consentire al giudice di pronunciare la sentenza oltre la legge (ma all'interno del diritto) attingendo a canoni extralegali. Più semplicemente, nel diritto proattivo la cultura serve a definire la coscienza legale di un gruppo sociale: la capacità di un gruppo di individui di comprendere il significato di una legge (prevedibilità), al fine di organizzare le loro relazioni intersoggettive per adattarle alla norma, così da evitare l'insorgenza di contenziosi (previdenza).

Donde, la cultura legale è il grado di effettività di una norma di diritto positivo.

Il diritto proattivo non è, quindi, creazionismo giudiziario (46).

In esso, la cultura è, piuttosto, intesa quale tratto tangibile (la prassi applicativa extragiudiziaria) del diritto positivo.

Tutto l'inverso di come è intesa nella teorica di Schmitt e — nel riferimento di essa a canoni extralegali — dai propugnatori delle teoriche antipositiviste (47).

Indubbiamente, vi è un rapporto di diretta dipendenza tra la prevedibilità e la proattività: « *la prevedibilità dovrebbe, in larga misura, essere vista come una precondizione della proattività, e la proattività dovrebbe essere considerata come l'obiettivo finale della prevedibilità* » (48).

Quanto richiede, anzitutto, la conoscenza (e quindi anche la conoscibilità) della disciplina legale di una determinata attività.

Ma ciò non è sufficiente.

La cultura è prevedibilità e previdenza.

Dunque, non solo la conoscenza del precetto legislativo; ma altresì l'idoneità della norma a dirigere le scelte del soggetto in una

(45) P. L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, cit., 36.

(46) L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Bologna, 2018, 22, lo descrive come « *potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e perfino contro la legge* ».

(47) A riassumere il contrasto tra positivisti e antipositivisti, si rinvia a N. IRTI, *I "cancelli delle parole". Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, 25, che si assume la difesa di una « *sobria, direi francescana, cultura della positività normativa* », e a P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole* (Annuario AIPDA 2014), Napoli, 2015, 26, che invece sostiene che « *il pluralismo giuridico ... detronizzando la legge ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, frantumandolo e togliendogli pregnanza; a tal punto da rendere la sua intestazione lessicale unicamente una reliquia storica* ».

(48) D. W. SCHARTUM, *Introduction to a Government-based Perspective on Proactive Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 48.

logica di previdenza (a evitare l'insorgenza di situazioni di contenzioso).

Il centro di gravità del diritto proattivo è, dunque, la cultura legale di un determinato ambiente sociale.

Ciò consegue al fatto che l'approccio proattivo al diritto pone al centro la prevedibilità di quello che le persone faranno (piuttosto che la previsione degli esiti di un contenzioso — ciò che i tribunali decideranno — com'è nell'approccio classico).

Quindi, a realizzare una situazione di benessere legale (nella quale il contenzioso è ridotto ai minimi termini e le relazioni sociali non sono abitualmente conflittuali), concorrono: le norme, i fatti e la cultura.

Quest'ultima (la cultura) in misura preponderante.

Si possono fare buone norme, è necessario eliminare le situazioni di fatto che ostacolano l'applicazione delle norme, ma soprattutto si devono assumere le norme all'interno della coscienza sociale.

Si è, infatti, sostenuto che quando la cultura e la legge confliggono è sempre la cultura a prevalere (49).

A spiegare l'assunto si è impiegata un'utile esemplificazione tratta dall'esperienza concreta.

In una fabbrica di manufatti in metallo, a evitare infortuni sul lavoro si è, in un primo momento, introdotta la regola che l'operatore dovesse inserire il pezzo da lavorare sotto la pressa utilizzando entrambe le mani. Dipoi, si è rimediato all'inefficacia della regola (disattesa dagli operai per velocizzare la manovra) introducendo un meccanismo di azionamento della pressa comandato da due pulsanti sui due lati opposti della macchina utensile (così da evitare che l'operaio potesse al contempo, con una mano, azionare la pressa e, con l'altra, manovrare il manufatto da lavorare). Quanto corrisponde all'approccio proattivo (aggiungere nuovi elementi o nuove interazioni al sistema, al fine di migliorarne le prestazioni e l'affidabilità). Tuttavia, modificare le regole e introdurre nuove circostanze di fatto nella organizzazione del lavoro non fu sufficiente a eliminare gli infortuni. Gli operai si industriarono per aggirare le regole e superare gli impedimenti fattuali, fissando in modo permanente uno dei due pulsanti con il nastro adesivo, così da potere manovrare contemporaneamente con una mano la pressa e con l'altra il pezzo da lavorare

(49) E. A. DAWER, *The Role of Culture in Legal Risk Management*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, Stoccolma, 2006, 95.

(ciò che le norme di prevenzione degli infortuni volevano, appunto, evitare) (50).

Questo esempio pratico dimostra il ruolo fondamentale della cultura (l'assimilazione della regola nella coscienza sociale) a realizzare la condizione di benessere legale.

Ovviamente, ciò nell'approccio proattivo al diritto.

Ciò a significare, dunque, non già la (inammissibile) prevalenza della prassi sulla norma; bensì ad affermare che la norma fallisce il suo fondamentale principio di essere proattiva (potendo essere eventualmente solo rimediale), se non appartiene alla coscienza giuridica di un determinato ambiente sociale.

Donde, la necessità (nel diritto proattivo) di connettere la legge alla prassi, attraverso la prevedibilità dell'interpretazione del diritto.

1.6. *L'interpretazione del diritto.*

La coscienza giuridica consegue, anzitutto, dalla chiarezza del precetto legislativo (la norma non deve essere di equivoco significato (51)).

In una situazione irrealistica di una norma suscettibile solo di una meccanica interpretazione (il giudice « *bouche de la loi* » dell'illuminismo giuridico (52)), questo sarebbe sufficiente.

Ma, nella realtà di una legislazione irrimediabilmente di equivoco significato (e per certi versi anche necessariamente (53) non prevedibile), assume un ruolo predominante l'interpretazione del

(50) L'esemplificazione è tratta da E. A. DAWER, *The Role of Culture in Legal Risk Management*, cit., 96.

(51) D. W. SCHARTUM, *Introduction to a Government-based Perspective on Proactive Law*, cit., 40, ove si legge: « *The general point is that the absence of vague and discretionary concepts generally prepares the ground for predictability and hence proactivity* ».

(52) P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. Liotta (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, 2007, 23 ss.: « *Al giudice, bouche de la loi, sarebbe spettato un ruolo di mera applicazione sillogistica della norma al caso concreto. Nel caso fossero sorti dubbi interpretativi, o si fosse presentata una lacuna nell'ordinamento, il giudice — per evitare di svolgere funzioni normative — avrebbe dovuto sospendere il giudizio e rivolgersi al legislatore per ottenere una legge interpretativa* ».

(53) D. W. SCHARTUM, *Introduction to a Government-based Perspective on Proactive Law*, cit., 42, ammette che: « *Governments' objective of creating predictability may encourage the drafting of detailed, coherent and explicit clarification of the legal norms ... However, the lack of legislative responsiveness must be regarded as a problem for a proactive law approach. This remind us that a proactive law approach is not only about businesses' ability to follow rules and make the best use of existing regulations. Proactivity may also encompass how to avoid being bound by rules that fail to provide a fruitful and appropriate response to business' needs* ».

diritto: i precetti normativi sono affidati sempre più frequentemente a concetti giuridici indeterminati, che assolvono all'indispensabile funzione omeostatica di un ordinamento (54).

Ciò che è inevitabile e, per di più, corrisponde proprio all'approccio proattivo al diritto; giacché la legge, in questa prospettiva, non è intesa come la rappresentazione statica di una realtà devitalizzata (« *frozen politics* »), bensì è un continuo processo di apprendimento (« *law as an enabler* »), dove le sollecitazioni che provengono dall'esterno dell'ambiente giuridico consentono di individuare nuovi obiettivi da perseguire (e, infatti, nei concetti giuridici indeterminati la sussunzione opera alla rovescia: è il fatto concreto a definire la norma astratta di vago significato (55)).

In questa nuova prospettiva (la sociologia del diritto), la legge dunque interagisce con la realtà in un rapporto circolare; la norma non si impone autoritativamente, ma rappresenta un comune sentire (« *thinking together* »).

Solo in questo modo si costruisce il benessere legale.

L'applicazione giurisdizionale della norma (il contatto con la realtà) non è dunque il fine, bensì è uno strumento: serve a sperimentare le conseguenze della legge, con l'obiettivo di provocarne il suo perfezionamento. Quanto induce a nuove applicazioni, successive sperimentazioni e ulteriori miglioramenti della norma. In un rapporto, appunto, circolare: *top-down* (dal legislatore al mondo reale) e *bottom-up* (dal mondo reale al legislatore) (56).

Esemplare di ciò è il formante della giurisprudenza comunitaria sui principi *Rewe* (di equivalenza e di effettività) (57), a indurre continui perfezionamenti degli istituti processuali nazionali in termini di effettività delle norme UE (*effet utile*) e della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive definite dalle norme comunitarie (58).

Com'è stato (ne è la didascalica rappresentazione) per la tutela cautelare nel processo amministrativo.

(54) S. RODOTA, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in AA.VV. *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 103.

(55) G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, *In iure praes.*, 1989, 446.

(56) S. POHJONEN, *Proactive Law in the Field of Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, 2006, 62.

(57) Corte di giustizia, 16/12/1976, causa 33/76.

(58) M. GIAVAZZI, *Anatomia del processo amministrativo (riflessioni sull'autonomia processuale degli Stati dell'UE)*, Napoli, 2021.

Inizialmente intesa solo a sospendere gli effetti dei provvedimenti impugnati (c.d. sospensiva) (59), poi estesa dalla giurisprudenza a consentire altresì provvedimenti atipici anche di carattere propulsivo (a protezione degli interessi legittimi pretensivi), determinando la successiva modifica legislativa introdotta dall'art. 3 della legge n. 205/2000, ad ammettere le « *misure cautelari ... che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso* ». Inizialmente attivabile solo nel corso del processo (dapprima nel contraddittorio tra le parti e successivamente anche con provvedimento *inaudita altera parte*), poi estesa — in applicazione dei principi UE (60) — anche a provvedimenti *ante causam*, attraverso una prassi giurisprudenziale che troverà infine conferma positiva nell'art. 61 c.p.a.

Tutto questo, in un continuo andirivieni tra definizione astratta del modello (legge) e sperimentazione concreta dell'istituto processuale (giurisprudenza), nella loro ininterrotta interazione, utile a realizzare un soddisfacente sistema di tutela cautelare, a partire da una originaria previsione legislativa, senz'altro inappagante in termini di effettività della tutela giurisdizionale (61).

Ciò che potrebbe definirsi come la funzione formativa della giurisprudenza, in chiave, appunto, proattiva.

Questa è anche la dinamica evolutiva del *common law*, in un continuo rapporto costruttivo tra legislatore e giurisprudenza, nel tentativo di tenere in equilibrio la definizione astratta di una fattispecie normativa con i principi sociali in perenne trasformazione, così da consentire la continuità nel cambiamento (« *continuity and change* ») (62). E, com'è noto, proprio l'utilizzo della giurisprudenza ad assolvere a una funzione « *quasi-legislative* » ha fatto emergere il problema della retroattività dell'*overruling* nei sistemi di *common law*.

(59) L'art. 39 r.d. 26/6/1924 n. 1054 disponeva, infatti, che « *I ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia la esecuzione dell'atto può essere sospesa per gravi ragioni con decreto motivato della sezione sopra istanza del ricorrente* ». Così già disponeva, peraltro, l'art. 12 della legge 31/3/1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. L'art. 21 della legge TAR statuiva che « *Se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta* ».

(60) Corte di giustizia, 29/4/2004, causa C-202/03, DAC.

(61) A. DE ROBERTO, *Premessa*, in AA.VV., *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, XV.

(62) G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, cit.

Ciò che si è voluto neutralizzare attraverso la tecnica del *prospective overruling*.

La convergenza dei due modelli evolutivi consente, dunque, di accomunare il diritto continentale al *common law* nell'esigenza di consentire il cambiamento della norma, su impulso della giurisprudenza, con la tutela delle legittime aspettative di chi ha agito nel rispetto della vecchia norma (della norma come precedentemente interpretata): quanto induce, senz'altro, a fare emergere il problema della retroattività e, probabilmente, consente altresì di importare il meccanismo del *prospective overruling* negli ordinamenti di *civil law*.

1.7. *La certezza del diritto.*

E oggi a tutti evidente quanto mai lontano dalla verità fosse Filangieri nella sua stentorea affermazione: « *datemi dunque un governo, nel quale i magistrati possono arbitrare, e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti, il quale renderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto, quanto il numero de' magistrati supera quello dell'unità* » (63).

Egli stesso, del resto, ebbe poi a pentirsene (64).

L'interpretazione (ma persino la discrezionalità del canone ermeneutico) è connaturale alla legge.

La conoscenza del precetto normativo (la coscienza giuridica che condiziona l'approccio proattivo al diritto) dipende, inevitabilmente, dalla prevedibilità della sua interpretazione giurisprudenziale.

Ciò che attinge a piene mani al principio di certezza del diritto (si possono plasmare preventivamente i fatti del presente, solo se si può predire con una ragionevole certezza le conseguenze pratiche e legali del loro adattamento alla previsione legale (65)).

Quanto trova conferma in un recente documento della amministrazione della giustizia inglese intitolato « *La prospettiva del sistema di giustizia civile nell'era dell'informazione* », ove si legge: « *Dovremmo volere più di un sistema giudiziario efficiente, semmai un sistema integrato di giustizia civile all'interno del quale il ricorso ai tribunali sia residuale ... e quindi dovremmo senz'altro preoccuparci*

(63) G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774.

(64) P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, cit., 23 ss.

(65) L.M. BROWN, *The Law Office.*, cit., 945.

che i cittadini ... abbiano un sufficiente grado di conoscenza delle leggi, al fine di sapere se esse li riguardano, di conoscere adeguatamente i loro diritti e di evitare se possibile le controversie o comunque di risolverle secondo le tecniche più appropriate » (66).

Ciò che corrisponde, indubbiamente, al paradigma del diritto proattivo (la divulgazione della cultura per il conseguimento del benessere legale).

Si è, dunque, affermato che l'approccio proattivo al diritto esige, anzitutto, la certezza del diritto (67): solo la conoscibilità preventiva della norma consente la formazione di una cultura giuridica idonea a promuovere il c.d. benessere legale, evitando l'insorgenza di controversie, o consentendo, perlomeno, di gestirle con modelli alternativi al contenzioso giudiziario.

Quanto induce, in primo luogo, a influire sulla produzione normativa (un precetto normativo è tanto più accettabile e cogente, ossia suscettibile di applicazione coattiva, tanto più esso è comprensibile e accessibile (68)).

Eppure, nella constatazione empirica dell'impossibilità concreta di avere una legislazione proattiva, un ruolo di primo piano in questa prospettiva assume, senz'altro, l'interpretazione della norma, quando non funzionale (o, comunque, non funzionale soltanto) alla soluzione di controversie insorte nel passato, bensì (altresì) utile a schiarire il significato di una norma di equivoco significato, per uniformare la sua applicazione concreta nel futuro, a evitare l'insorgenza di contenziosi e a conformare *ex ante* le relazioni sociali alla legge.

Questo coinvolge la funzione nomofilattica.

1.8. *La nomofilachia.*

Come si è visto, la certezza del diritto è l'indispensabile presupposto dell'approccio proattivo al diritto.

Fondamentale ai fini che qui interessano (la funzionalizzazione della nomofilachia alla giustizia proattiva) è l'osservazione che il

(66) *Civil.justice.2000 - A Vision of the Civil Justice System in the Information Age 2000*, riportato in H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law*, cit., 27.

(67) H. HAAPIO, *Introduction to Proactive Law*, cit.

(68) Il CESE nel suo parere in merito a « *L'approccio proattivo al diritto: un altro passo verso una migliore regolamentazione a livello dell'UE* » (2009/C175/05) in GUUE 28/7/2009, afferma che la « *produzione normativa deve essere: comprensibile, accessibile, accettabile e cogente* ».

contenzioso giudiziario — quantunque abbia prevalentemente a oggetto fatti immutabili del passato (69) — non è solo retrospettivo, bensì è anche prospettivo.

Invero, perfino una controversia su fatti del passato coinvolge altresì, in molti casi, anche vicende del presente ancora suscettibili di essere adattate alla legge per il futuro (70). Così che la soluzione di un conflitto su vicende del passato (si immagini l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo) è, tuttavia, suscettibile altresì di influire sul presente adattandolo alla legge per il futuro (i ben noti effetti conformativi del giudicato di annullamento sull'azione della P.A.).

Ciò che apre alla prospettiva di funzionalizzare la tutela giurisdizionale a finalità proattive.

Quello che si vuole, qui, indagare è, dunque, se il processo tradizionalmente codificato per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive (approccio reattivo) possa essere eventualmente funzionalizzato anche alla tutela del diritto oggettivo (l'effettività della norma) secondo le ben sperimentate coordinate dell'*effet utile* delle norme comunitarie (anche al di là dello stretto perimetro delle interazioni con il diritto UE), indirizzando il processo al perseguimento del c.d. benessere legale.

Un diverso approccio, dunque, secondo la logica della giustizia proattiva. Non vi è dubbio, invero, che la prevedibilità (della interpretazione giudiziaria) della legge sia l'indispensabile presupposto dell'effettività della norma (71).

Ciò che consente, probabilmente, di assumere un differente atteggiamento (non necessariamente critico) sull'utilizzo della tecnica del *prospective overruling*, ogniqualvolta sia opportuno proiettare nel futuro gli effetti di sentenze che abbiano a realizzare un repentino cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza consolidata; a evitare che siano tradite le legittime aspettative di chi avesse fatto affidamento sulla prevedibilità della norma — per come tradizionalmente intesa — e si fosse, prudentemente, organizzato per adeguare

(69) Non è così nelle azioni di accertamento, che consentono invece di condurre il giudizio su fatti del presente (« *Hot facts* ») che ancora possono essere modellati alla legge, prima di divenire fatti irretrattabili del passato (« *Cold facts* »), suscettibili solo di essere giudicati in una prospettiva reattiva.

(70) L.M. BROWN, *The Law Office*, cit., 946.

(71) D. W. SCHATUM, *Introduction to a Government-based Perspective on Proactive Law*, cit., 40, sostiene che: « *The ability to create a predictable legal situation is an important success criterion for effective legislation* ».

la propria condotta alla legge, così come gli era stata chiarita dall'interpretazione corrente, secondo l'approccio proattivo al diritto definito dal connubio di prevedibilità e previdenza.

Questo a condizione di valorizzare le caratteristiche originali della nomofilachia: « *il fenomeno di un organo che pur appartenendo all'ordinamento giudiziario e pur funzionando, di fronte ai litiganti, come un vero e proprio organo giurisdizionale, non trova nella giurisdizione la ragione della sua esistenza, poiché, attraverso la giurisdizione, mira al raggiungimento di uno scopo non giurisdizionale* » (72).

1.9. *La funzionalizzazione dell'iniziativa processuale del singolo all'effettività del diritto oggettivo.*

Com'era già evidente nel *Tribunal de cassation* di origine rivoluzionaria, « *il giudicare, l'esercitare, sia pure parzialmente, la giurisdizione, costituiva per la Cassazione solamente un mezzo: il fine era per essa la possibilità di mantenere, attraverso gli atti di giurisdizione, la uniformità della giurisprudenza* » (73).

Quanto trova nell'attualità singolare consonanza con l'insegnamento della Corte di giustizia nella celeberrima sentenza *Van Gend & Loos* (74), nella quale si riconosce che « *La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258 e 259 TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri* » (75).

La necessità di funzionalizzare l'iniziativa processuale del singolo alla tutela della legalità obiettiva era già avvertita nel diritto germanico medievale, che prevedeva infatti uno strumento processuale analogo (la *Revision*), al proposito del quale si riteneva che « *la realizzazione del pubblico interesse è affidata alle parti in causa e soltanto ad esse: l'interesse privato è posto al servizio dell'interesse pub-*

(72) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 696.

(73) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 495.

(74) Corte di giustizia, 5/2/1963, causa 26/62.

(75) Quanto del resto corrisponde a una risalente dogmatica; R. JHERING, *Der Kampf ums Recht*, nella traduzione inglese *The Struggle for Law* (di J. H. LALOR), Chicago, 1915, 2, così si esprimeva: « *Law is an uninterrupted labour, and not of the state power only, but of the entire people. The entire life of the law, embraced in one glance, presents us with the same spectacle of restless striving and working of a whole nation ... Every individual placed in a position in which he is compelled to defend his legal rights, takes part in the work of the nation, and contributes his mite towards the realization of the idea of law on earth* ».

blico » (76), e che si riverberò anche nei risalenti istituti della *proposition d'erreur* e della *requête civile* nella Francia dell'*ancien régime*, con riferimento ai quali si è osservato che « *In questo modo il sovrano, impossibilitato ad esercitare un diretto controllo su tutte le decisioni dei parlamenti, volgeva a suo profitto lo spirito di litigiosità delle parti in causa, sempre meglio di ogni altro poste in grado, per il loro immediato intervento in giudizio, e più di ogni altro inclinate, per la loro bramosia di sottrarsi alla irrevocabilità di una cosa giudicata sfavorevole, a scoprire nella decisione dei giudici anche i vizi più nascosti* » (77).

Ciò che indusse Joly de Fleury (avvocato generale del *Grand Conseil*) a spiegare a Luigi XV che sulle domande di cassazione nella giurisdizione del *Conseil des Parties* (il precursore del *Tribunal de cassation*) « *c'est l'intérêt public et le respect de la loi, plus que l'intérêt de la partie, que l'on consulte* » (78).

Tutto ciò a perpetuare un'originale intuizione (il « *germe politico* » (79)) risalente addirittura al diritto romano, nel quale l'estensione della categoria dei vizi processuali comportanti la nullità a racchiudere anche le sentenze « *contra ius constitutionis* » (viziate da un errore relativo all'esistenza stessa della norma, interno dunque alla premessa maggiore del sillogismo giudiziario; a distinguerle da quelle « *contra ius litigatoris* », che invece attenevano alla sussunzione del caso concreto alla norma) fu, in realtà, « *una misura politica suggerita agli imperatori dalla necessità di far prevalere la loro legislazione centrale sui diritti locali che tentavano di affermarsi nelle parti più remote dello sconfinato impero romano* » (80).

Ciò che nel diritto intermedio darà poi ingresso alla *querela nullitatis*: che tanta influenza ha avuto nella conformazione del ricorso per cassazione, nella giurisdizione, prima, del *Conseil des Parties* e, successivamente, del *Tribunal de cassation*, attraverso un percorso evolutivo ininterrotto che condurrà alla configurazione della funzione nomofilattica nella sua attuale conformazione.

(76) J. WEISMANN, *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung*, in *ZZP*, 1886, 170, nella traduzione di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 308.

(77) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 495.

(78) Così riportato in P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 311.

(79) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 62.

(80) Questo il pensiero di J. KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, in *Rechtsgang. Zeitschrift für das Recht aller Zweige der Justiz*, 1916, 121, come riportato in P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., 59.

Ed è interessante notare che Chiovenda ebbe al proposito ad affermare che « *la querela serviva a garantire l'esatta osservanza della legge da parte del giudice e ad impedirgli di fare opera di legislatore: così che la querela in ogni tempo ebbe in sé un elemento politico, associando la difesa del privato (ius litigatoris) a quella dell'interesse generale (ius constitutionis)* » (81).

Questo a dimostrare che la nomofilachia è (per suo tratto genetico) funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico di tutelare l'effettività della norma (l'uso politico della giurisdizione (82)), quantunque attivata su impulso di un soggetto che intende con la sua azione perseguire la tutela della sua personale situazione giuridica soggettiva.

A evitare l'equivoco (che potrebbe indurre l'infelice consonanza con l'eguale affermazione degli antipositivisti tedeschi del secolo scorso (83)), non si intende, ovviamente, qui affermare che il giudice della nomofilachia debba decidere la controversia attingendo a canoni di giudizio extralegali, per assecondare la pervasività della politica a elidere la neutralità del potere giurisdizionale.

L'uso politico della giurisdizione, secondo l'insegnamento di Mortara, è piuttosto a riconoscere l'inevitabile funzionalizzazione della nomofilachia alla tutela della legalità obiettiva (ciò che è, appunto, tutt'altra prospettiva).

1.10. *Il ricorso di cassazione come veicolo dell'interesse pubblico.*

Vi è da verificare se sia ancora di attualità (nella vigenza dell'art. 24 Cost. e dei coincidenti principi sovranazionali) l'affermazione di Calamandrei che « *In sede di Cassazione, dunque, l'interesse privato è riconosciuto e tutelato in quanto esso coincida con quello speciale interesse collettivo che sta a base dell'istituto: non oltre* » (84).

(81) G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1020 e 2021.

(82) In questo senso, già L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, II, 21, (quando ancora di ciò si discuteva) riconosceva la natura giurisdizionale della Corte di cassazione, ma sosteneva altresì che « *la funzione di questo organo è specificamente politica, e in ciò segue un intento diverso da quello ordinario della potestà giurisdizionale* », e chiariva che « *tale osservazione va intesa nel senso e per il fine al quale essa mira, di precisare, cioè, il compito che spetta alla Corte di cassazione come regolatrice del rapporto tra la funzione giurisdizionale e la legislativa* ».

(83) C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del secondo impero tedesco: la vittoria del borghese sopra il soldato*, in D. CANTIMORI e A. VOLPICELLI (a cura di), *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze, 1935, 169.

(84) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, VII, Roma, 2019, 135 (l'enfasi è mia).

In assoluto, la risposta è scontata.

A ritenere che il ricorso di cassazione sia niente di più che un « *veicolo dell'interesse pubblico* » (85) com'era un tempo inteso, volendo con ciò far apparire il diritto del privato nel giudizio di cassazione con le sembianze di un interesse occasionalmente protetto, bisognerebbe allora espungere la funzione nomofilattica dal perimetro della giurisdizione (com'era alle origini dell'istituto nel ricorso al *Conseil des Parties* dell'*ancien régime* e nella prima versione rivoluzionaria del *Tribunal de Cassation*).

Quanto, in effetti, consentirebbe di subordinare il diritto del privato a una sentenza giusta alla coincidenza di quella sua pretesa con l'interesse pubblico alla tutela della legalità obiettiva.

Tuttavia, ciò non è (costituzionalmente) ammissibile.

La Corte di cassazione è indubbiamente un organo giudiziario ed esercita con chiara evidenza una funzione giurisdizionale.

Nondimeno, nel ricorso di cassazione « *l'esercizio della giurisdizione non è scopo ma mezzo* » (86).

Non pare, però, che possa acconsentirsi — nell'attualità del nostro ordinamento costituzionale — alla conclusione che da quel corretto rilievo Calamandrei ritraeva: e cioè che l'esercizio della giurisdizione nel ricorso di cassazione sia « *contenuto entro quegli stretti limiti, oltre i quali esso non gioverebbe più al raggiungimento dello scopo* » (87).

L'esercizio da parte del privato della tutela giurisdizionale di una sua personale situazione giuridica soggettiva può, senz'altro, essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico (il ricorso di cassazione come « *veicolo dell'interesse pubblico* »); ma è da escludere che gli esiti di quella sua iniziativa processuale possano essere subordinati alla coincidenza con l'interesse pubblico.

Bisogna, dunque, distinguere i due lati che compongono il giudizio di cassazione: l'annullamento delle sentenze in contrasto con la legge (lato negativo) e l'individuazione del corretto significato da

(85) K. SCHULZ, *Die Entlastung des Reichsgerichts*, in AA.VV., *Handbuch der Politik. Erster Band: Die Grundlagen der Politik*, Berlino, 1914, 351, riferisce che vi fosse all'epoca la diffusa convinzione che « *Das Privatinteresse ist bei der Revision das Vehikel des öffentlichen Interesses* », e suggerisce di conseguenza che « *Die wichtigste Frage für die künftige Gestaltung des Rechtsmittels dürfte daher sein: Auf welche Weise könnte dem öffentlichen Interesse ein stärkerer Einfluss auf die Einlegung des Rechtsmittels verschafft werden?* ».

(86) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, cit., 162.

(87) P. CALAMANDREI, op. loc. cit..

attribuire alla legge al fine di uniformare la giurisprudenza per il futuro (lato positivo).

Una volta che sia fatto salvo il diritto del privato (coincidente con l'interesse del legislatore) di ottenere l'annullamento di una sentenza *contra ius* che egli abbia tempestivamente impugnato (lato negativo della funzione nomofilattica), non vi è alcun principio costituzionale a escludere che il giudice della nomofilachia possa interpretare la legge, coll'unico obiettivo (e dunque solo nella stretta misura in cui lo richieda) l'interesse pubblico alla legalità obiettiva.

Quanto è dimostrato con chiara evidenza dagli esiti dell'accoglimento del ricorso di cassazione nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.), che « *non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito* ».

Ciò che trova simmetrica consonanza nell'art. 99, comma 5, c.p.a., ove, appunto è previsto che, « *se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato* ».

Quello che, appunto, consente di differenziare il ruolo — di principale attore — che il privato gioca sul lato negativo della funzione nomofilattica (l'annullamento della sentenza ingiusta, a condizione che essa sia tempestivamente impugnata dal soggetto leso), rispetto a quello — di semplice comparsa — che egli invece assume sul lato positivo del ricorso di cassazione (l'interpretazione della norma).

Donde, si può, in effetti, ancora oggi sostenere che il ricorso di cassazione del privato sia funzionale all'interesse pubblico alla tutela della legalità obiettiva (l'effettività della norma) e persino ritenere che l'interesse privato sia tutelato solo nella misura in cui coincida con quell'interesse pubblico, secondo l'insegnamento di Calamandrei; ma ciò solo con riferimento alla ricerca del significato che si voglia attribuire alla legge per uniformarne nel futuro la sua applicazione giurisprudenziale (il lato positivo della funzione nomofilattica).

Quanto trova una chiara assonanza con l'uso selettivo del *prospective overruling* da parte della giurisprudenza anglo-americana, che ha voluto in questo modo conciliare la funzione primaria della tutela giurisdizionale (che è di risolvere le controversie insorte nel passato ed è perciò inevitabilmente rivolta al passato) con la sua funzione secondaria (« *buy-products* ») di modificare leggi anacroni-

stiche (o promuoverne la modifica da parte del legislatore, smuovendolo dalla sua inerzia), senza tuttavia ledere le legittime aspettative di chi nel passato avesse adeguato la propria condotta alle leggi esistenti, per quanto inopportune (così da proiettare la funzione giurisdizionale verso il futuro) (88).

1.11. *Il prospective overruling* nella giustizia proattiva.

Dovendosi distinguere e differenziare il lato negativo della nomofilachia (l'annullamento della sentenza ingiusta) da quello positivo (l'interpretazione della legge), ed esigendo la funzione nomofilattica solo l'uniforme applicazione del diritto nel medesimo istante (essendo consentita e, anzi, addirittura auspicata la sua modifica nel tempo, al fine di soddisfare esigenze sociali che, per loro natura, non sono statiche), non si intravedono ostacoli all'uso preventivo/proattivo della statuizione del giudice della nomofilachia nell'interpretazione della norma per risolvere altri contenziosi.

Così che il distinguo tra i due lati della nomofilachia (eliminare la sentenza ingiusta/interpretare la norma) consente anche la differenziazione dell'approccio: necessariamente retrospettivo sul lato negativo (lo esige l'art. 24 Cost. e i coincidenti principi sovranazionali), a sanzionare la violazione della norma per come interpretata dall'organo di vertice della giurisdizione; preventivo/proattivo sul lato positivo, a prevenire i contenziosi e a migliorare le relazioni intersoggettive al fine di favorire la formazione del benessere legale (la natura non conflittuale dei rapporti sociali).

Donde, la possibilità (costituzionale) e l'opportunità (proattiva) di modulare nel tempo gli effetti della sentenza del giudice della nomofilachia, limitatamente al suo lato positivo, ogniqualvolta l'interpretazione della legge conduca a esiti sorprendenti rispetto alla tradizione, in tal modo tradendo le legittime aspettative di coloro che si fossero organizzati per conformare la loro condotta alla consolidata interpretazione, dipoi ripudiata. A condizione, appunto, che non sia con ciò negletto il lato negativo della nomofilachia, che deve inevitabilmente condurre all'annullamento della sentenza *contra ius*, qualora il soggetto che ne è stato vittima si sia tempestivamente adoperato per ottenere giustizia (altro si è visto accadere, quando la

(88) W. ROOSEVELT, *A Little Theory Is a Dangerous Thing: The Myth Of Adjudicative Retroactively*, in *Conn. L. Rev.*, 1999, 1112.

statuizione del giudice della nomofilachia sia nell'esclusivo interesse della legge — artt. 363 c.p.c. e 99, comma 5, c.p.a. —, avendo il diretto interessato trascurato di esercitare i suoi diritti nei termini e con le modalità prescritte dall'ordinamento processuale, in questo caso non essendovi un imperativo costituzionale a imporre di eliminare la sentenza ingiusta).

Quanto, dunque, consente al giudice della nomofilachia di escludere dagli effetti della sua pronuncia le vicende passate (« *Cold facts* ») non ancora coinvolte in un contenzioso e di affermare nel presente e di proiettare nel futuro (« *Hot facts* ») la sua interpretazione innovativa della norma.

Com'è, appunto, nel diritto preventivo e in quello proattivo.

Ciò che corrisponde esattamente al modello del *prospective overruling* selettivo, ampiamente sperimentato nella giurisprudenza anglo-americana, quantunque con giustificazioni dogmatiche non sempre coerenti (è, invero, difficile conciliare con il principio di giustizia equitativa l'applicazione di norme differenti a vicende accadute contemporaneamente, solo perché le identiche situazioni controverse sono casualmente giunte a definizione in tempi differenti (89)).

Quanto non deve però sorprendere, giacché la tecnica del *prospective overruling* è chiamata a risolvere un contrasto tra principi (la certezza del diritto e la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive) e, com'è sempre in questi casi, vi è da raggiungere un compromesso che lascia inevitabilmente insoddisfatti (ma anche tutti parzialmente soddisfatti secondo la logica *win-win*).

(89) L'ingiustizia del *selective prospective overruling* è resa evidente in Supreme Court of Illinois, *Molitor v. Kaneland Community Unit Dist.*, 18 Ill. 2d 11 (1959) 163 N.E.2d 89, nell'opinione dissenziente del giudice Davis: « *The principle announced by the court is an aborted offspring of the Sunburst theory ... Eighteen pupils of defendant school district were riding on its bus on March 10, 1958, when the bus crashed into a culvert which resulted in an explosion of the gasoline tank whereby most of them were burned and injured ... When we consider that under the court's decision only Thomas Molitor can recover even though the other pupils were similarly injured in the same accident, the position of the court becomes even less tenable* ». In quel caso, l'uso selettivo del *prospective overruling* aveva, infatti, condotto la Corte a riconoscere il nuovo principio di diritto (che aveva abolito l'immunità degli istituti scolastici) solo a uno degli studenti feriti nel medesimo incidente, in ragione del fatto che il sovvertimento del precedente si realizzò all'interno del processo che lo vedeva coinvolto e che giunse a decisione prima di quello di altri studenti che pure furono coinvolti nel medesimo incidente.