

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE

UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA

Incontro di studi:

Norme processuali e mutamenti di giurisprudenza

Roma, 24 maggio 2011, Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.

Ernesto Lupo

Primo Presidente
della Corte di Cassazione
Saluto introduttivo

Federico Carpi

Professore ordinario di diritto processuale civile
Università di Bologna
Presidente dell'Associazione italiana
fra gli studiosi del processo civile
Saluto introduttivo

Paolo Vittoria

Primo Presidente Aggiunto
della Corte di Cassazione
Direzione e coordinamento dell'incontro

Relazioni

Carminè Punzi

Professore emerito di diritto processuale civile
Università "La Sapienza" di Roma

Giuseppe Ruffini

Professore ordinario di diritto processuale civile
Università "Roma Tre"

Giorgio Costantino

Professore ordinario di diritto processuale civile
Università "Roma Tre"

Intervento programmato

Remo Caponi

Professore ordinario di diritto processuale civile
Università di Firenze

Interventi

Vincenzo Carbone

Ex Primo Presidente
della Corte di Cassazione

Giuseppe Salmé

Consigliere della Corte di Cassazione

Conclusioni

Mario Rosario Morelli

Presidente di Sezione
della Corte di Cassazione
Direttore dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo
della Corte Suprema di Cassazione

REPORT

LUPO

Saluti e ringraziamenti.

Intendo sottolineare l'originalità dell'incontro, organizzato dai magistrati della Formazione decentrata insieme all'Associazione studiosi del processo civile; si tratta di un fatto nuovo ed a testimoniarlo è la presenza stessa del presidente dell'Associazione, il Prof. Carpi. La Cassazione sente il bisogno di conoscere il parere degli studiosi del processo civile su un tema delicato e difficile come quello dell'incontro odierno.

Non posso che ribadire quanto ho posto in risalto in un precedente incontro di Formazione decentrata, il 2 febbraio scorso (sul tema: “*Gli interventi della Cassazione sul processo civile: creatività giurisprudenziale e giusto processo*”), e cioè l'esigenza di garantire la certezza dell'interpretazione della norma processuale, con tendenziale disfavore per i mutamenti di giurisprudenza in tale materia, diversamente da quanto può riguardare il diritto sostanziale. Quest'ultimo, infatti, può esibire ragioni specifiche, legate al contesto storico-sociale, che favoriscano una evoluzione della giurisprudenza, ma queste stesse ragioni non possono essere fatte valere per la materia processuale, giacché “le regole del gioco non possono essere mutate durante la partita”.

Per giungere a siffatto approdo occorre muovere dal principio della natura dichiarativa dell'attività giurisprudenziale e, quindi, della normale retroattività della conclusione a cui si è giunti nell'interpretazione delle norme, anche processuali. Da tempo sono stati, però, individuati limiti al potere legislativo di interpretazione autentica e tali limiti possono derivare da norme costituzionali ovvero anche sovranazionali, come la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo (art. 6 TUEF), anche in settori dell'ordinamento diversi da quello penale. I limiti dell'interpretazione autentica del legislatore devono reputarsi operanti anche per l'interpretazione giudiziaria e, dunque, anche per i mutamenti di giurisprudenza sulle norme processuali. Pertanto, la normale retroattività del nuovo orientamento giurisprudenziale può e deve trovare i limiti che siano imposti dal rispetto dei diritti fondamentali derivanti dalle predette fonti.

In particolare, l'art. 47 della Carta di Nizza, ribadendo ed estendendo quanto già stabilito dall'art. 6 CEDU, ha previsto il diritto di ogni persona “a un ricorso oggettivo” ed “a che la sua causa sia esaminata equamente”. V'è da chiedersi se questi diritti fondamentali siano rispettati da un mutamento di giurisprudenza, sopravvenuto alla proposizione della domanda processuale, che, riducendo il termine per iniziare l'azione, impedisce una pronuncia di merito in precedenza consentita (rammentando, peraltro, che la Carta di Nizza opera solo

nei casi in cui trovi applicazione il diritto dell'Unione europea, come precisato da Corte cost. n. 80 del 2011).

Esiste, dunque, un'etica del cambiamento, sicché il mutamento deve essere indispensabile. Una volta, però, che il mutamento sia avvenuto, vi è la necessità di fare comunque salve le applicazioni della norma che si siano fondate sul diritto vivente. Vi sono vari strumenti tecnici su cui non intendo soffermarmi, ma una cosa è certa: l'esigenza di salvaguardare la buona fede sulle regole del gioco appare ineludibile ed è un'esigenza di equità e giustizia sostanziale.

CARPI

Saluti e ringraziamenti.

Come dice la presentazione dell'incontro siamo chiamati ad intervenire sul tema dell'*overruling* e siamo aiutati da una relazione dell'Ufficio del Massimario.

L'*overruling* nasce in un ambiente in cui una corte di grado superiore impone la propria interpretazione del diritto alla corte di grado inferiore; si tratta di fenomeno che non è proprio del nostro ordinamento, il quale – fino a che non intervenga una riforma costituzionale di segno diverso dall'esistente – conosce, invece, il precedente soltanto persuasivo.

Peraltro, non può sottacersi che anche nei paesi di *common law* l'*overruling* scricchiola dinanzi al problema della efficacia retroattiva dell'interpretazione giudiziale. Ha ragione Lord Devlin quando dice che, rispetto agli effetti solo futuri della nuova interpretazione giudiziale (la *prospective overruling*), essa <<Attraversa il Rubicone che divide i poteri giudiziari dai legislativi. Cambia i giudici in legislatori travestiti>>. Tuttavia, i sistemi di *common law* e di *civil law*, tra loro diversi, in qualche misura appaiono avvicinarsi, ma si avvicinano come *iceberg*, in una deriva che, dunque, non è priva di rovinosi rischi di collisione. E' questa, però, una proiezione verso il futuro.

LUPO

I rilievi del Prof. Carpi mi inducono ad evidenziare ancora una volta come il sistema italiano di accesso al giudizio di legittimità costituisca, rispetto ai sistemi europei, un vero e proprio *unicum* e, del resto, ciò è quanto emerso in seno agli incontri tra i Presidenti delle Corti europee, svoltisi a seguito dell'iniziativa promossa dal Pres. Carbone.

VITTORIA

Soltanto un richiamo ai temi su cui siamo pronti ad ascoltare i suggerimenti della dottrina.

Nel prospetto del programma dell'incontro odierno si accenna all'"etica del cambiamento" e, a tal riguardo, vorrei rinviare alla recente sentenza delle Sezioni Unite n. 10864 del 2011, che affronta l'argomento nel paragrafo "2. *Una considerazione di metodo*".

Un primo momento di riflessione investe, dunque, l'interrogativo sulla necessità della Corte di darsi delle regole nella interpretazione delle norme processuali, al fine di assicurarne il cambiamento ove necessario, ovvero se si debba comunque prediligere l'interpretazione consolidata.

Un secondo spunto di riflessione riguarda gli effetti delle recenti modificazioni della legge processuale sul processo di cassazione. Mi riferisco, ovviamente, al d.lgs. n. 40 del 2006 ed alla legge n. 69 del 2009. La Cassazione, infatti, è stata dotata di una serie di poteri che sembrano consentire ad essa una evoluzione nel senso di "Corte del precedente". Tra questi poteri risaltano quello dell'enunciazione del principio di diritto anche in funzione nomofilattica (art. 384 cod. proc. civ.) e quello dell'anticipazione di una linea di condotta verso il futuro (art. 363 cod. proc. civ.).

Il mutamento di interpretazione della norma processuale che regola l'atto già compiuto dalla parte del giudizio diventa più o meno problematico in ragione dell'ambiente processuale in cui esso si verifica. Ad esempio, in Cassazione si evoca la praticabilità di diversi strumenti processuali in funzione di un risultato. Quale risultato? Quello di considerare che la norma processuale disciplina l'atto nel momento in cui esso è compiuto e che questa è, per l'appunto, la regola che le parti dell'atto sono tenute ad osservare.

Dunque, gli interrogativi sono plurimi: è opportuno il cambiamento dell'interpretazione della norma processuale? Se lo fosse, quando e perché cambiare? Ma soprattutto: quali sono gli strumenti di tutela rispetto al cambiamento già realizzatosi?

La Corte di cassazione si è confrontata al suo interno e sono state espresse linee di pensiero diverse. Invero, i mezzi processuali da prediligere ai fini della tutela che si richiede nel caso dell'*overruling* processuale possono riflettere orientamenti culturali diversi.

Il dibattito, però, si fa più importante e profondo se lo si incentra sugli orientamenti culturali, prima ancora che sugli strumenti processuali da utilizzare.

PUNZI

Per impostare il problema ritengo di prendere le mosse dal quadro generale in cui opera il giudice: anzitutto, l'art. 101 Cost. e, per quanto attiene alle linee guida del processo, l'art. 111 Cost., completato dalla regola posta dall'art. 113 cod. proc. civ.. In definitiva, il giudice deve seguire le norme di legge; il giudice non può ignorare la preesistenza della legge come fonte del diritto e, nello specifico, regola del processo; al giudice spetta di completare l'ordine giuridico. Questa è una realtà riconosciuta da tutti.

Ma come si atteggia il precetto di legge rispetto all'opera del giudice? Esso è un passato, sia perché è frutto dell'intervento già in atto del legislatore, sia perché si innesta nella realtà propria nella quale è originato. Dunque, il giudice, nel momento in cui applica la norma, deve fare i conti con esigenze passate e con quelle insorte *medio tempore*, giacché la realtà, nel frattempo, può essere mutata o può essere mutato il quadro normativo, in particolare quello di rango costituzionale. La norma, lungi dall'esaurirsi nella lettera della legge, colloquia con l'ordinamento; la legge è una forza costantemente viva ed il giudice deve rendere presente il passato che essa, come atto legislativo, rappresenta. Il compito del giudice è ancor più delicato allorché vi è stata una modifica costituzionale, posto che, in un sistema come il nostro, si pone anzitutto l'esigenza dell'interpretazione *secundum Constitutionem*, dell'interpretazione adeguatrice, tant'è che viene dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata senza previa sperimentazione di detta interpretazione.

Il dato di riferimento, di recente mutato, è quello dell'art. 111 Cost., che proclama il principio del "giusto processo", i cui quattro caratteri essenziali sono: il contraddittorio tra le parti, la parità delle "armi" tra le parti, l'imparzialità e la terzietà del giudice e la "ragionevole durata". E' ben difficile riscontrare nel nostro sistema processuale violazioni dei primi tre caratteri sopra indicati, mentre è più facile rinvenire violazioni della "ragionevole durata". La Corte di cassazione, rispetto alle violazioni della "ragionevole durata" del processo, si trova a dover rispondere ad un duplice quesito: è legittima l'interpretazione adeguatrice, soprattutto se soppressiva di principi ed istituti? Quali sono gli effetti di tale interpretazione sull'attività processuale compiuta dalle parti?

Per rispondere al primo interrogativo occorre muovere da due casi giurisprudenziali. Mi riferisco, anzitutto, alla nota sentenza delle Sezioni sull'art. 37 cod. proc. civ., in tema di "giudicato implicito sulla giurisdizione" (S.U. n. 24883 del 2008). Si sono avute due reazioni di segno opposto. La prima, sorretta da una parte della dottrina favorevole alla rimessione in termini, ha valorizzato l'affidamento incolpevole della parte che abbia operato secondo un orientamento consolidato inaspettatamente sovvertito. La seconda reazione, proveniente dalla giurisprudenza, si è articolata in due fasi. Una prima fase è stata quella della

rimessione in termini della parte incorsa nell'*overruling* giurisprudenziale (Cass. n. 14627 e n. 15811 del 2010), che però ha registrato un irrigidimento quanto alla valutazione della causa non imputabile, che è valutazione di fatto. Si pensi, infatti, alla pronuncia (Cass. n. 4687 del 2011) che ha escluso l'esistenza di un affidamento incolpevole allorché l'orientamento ultimo sia risolutivo di un contrasto giurisprudenziale; ovvero, alla pronuncia (Cass. n. 3030 del 2011) che ha individuato nella pubblicazione della sentenza innovativa nel sito *web* della Cassazione il momento dal quale la parte ne avrebbe dovuto avere conoscenza, così da non poter più, da quel momento, invocare l'errore scusabile.

La seconda fase è rappresentata dalla pronuncia (S.U. n. 2067 del 2011) che esclude il carattere di "svolta" alla citata sentenza del 2008 sull'art. 37 cod. proc. civ.. In effetti, sussisteva già da tempo un processo di rilettura di detta norma, tanto che, già nel 1981, nell'opera di revisione della nona edizione del "*Diritto processuale civile*" del Satta, commentando l'art. 37 citato, facevo presente che il principio del rilievo d'ufficio, in qualunque stato e grado del giudizio, del difetto di giurisdizione doveva essere coordinato con il sistema delle impugnazione, sicché, in presenza di una pronuncia sulla giurisdizione, avrebbe dovuto essere posta la relativa questione in fase di impugnazione per non incorrere nel giudicato interno sul punto.

Peraltro, dopo la novellazione dell'art. 101 cod. proc. civ. occorre porsi l'interrogativo a proposito dell'interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ. e cioè se alla questione di giurisdizione decisa *ex officio* o addirittura per implicito, in assenza di contraddittorio al riguardo, possa riconoscersi la stessa efficacia di preclusione endoprocessuale della medesima questione rilevata dalle parti.

In ogni caso, seppure si deve convenire sulla rilettura dell'art. 37 cod. proc. civ. secondo una rivisitazione da anni *in itinere*, non altrettanto è da reputarsi quanto alla rilettura dell'art. 645 cod. proc. civ. operata, in base ad un *obiter dictum*, dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 19246 del 2010. In primo luogo, sorge il dubbio che la Corte abbia travalicato i limiti di un intervento adeguatore *secundum Constitutionem*. Ciò anche considerando che la "ragionevole durata" del processo, su cui fa leva la pronuncia anzidetta, si colloca nell'alveo del "giusto processo", il quale, in base all'interpretazione dell'art. 645 cod. proc. civ. accolta, è stato invece vulnerato attraverso un'alterazione della disciplina temporale dell'attività processuale cui le parti sono tenute.

Venendo ora al secondo interrogativo posto inizialmente, va evidenziato che, nel caso dell'art. 37 cod. proc. civ., la Cassazione ha portato alla naturale conclusione il processo di coordinamento innanzi richiamato e l'unico problema che può sorgere è quello di applicare con maggior o minor rigore l'istituto della rimessione in termini ex artt. 153 e 294 cod. proc. civ.

Diversa è la situazione determinata dalla citata sentenza n. 19246 del 2010, il cui intervento interpretativo ha registrato la negativa reazione sia dei giudici di

merito, che della stessa Cassazione, tanto che la Terza Sezione civile ha, di recente, rimesso nuovamente la questione all'esame delle Sezione Unite.

In questo caso, trattandosi di vera e propria "svolta" giurisprudenziale, non è agevole individuare i rimedi per tutelare la posizione della parti.

Autorevole dottrina ha optato per una soluzione "radicale", sintetizzata nella regola per cui, anche in caso di mutamento di giurisprudenza quanto alle forme e termini dell'atto processuale, quest'ultimo è comunque "valido" in base alle forme e termini previsti dal "diritto vivente" al momento in cui è stato realizzato.

Per verificare la praticabilità di questa soluzione occorre scomodare i "sacri" principi. Il primo, quello di irretroattività della legge, ex art. 11 Preleggi, che però ha copertura costituzionale soltanto in materia penale (art. 25 Cost.); il secondo, riguarda l'incidenza dell'interpretazione sul dato normativo, che non modifica la sua collocazione nel tempo, sicché la legge, anche nella nuova interpretazione, vige ed è applicabile sin dalla sua promulgazione. Allora, solo se si considera la giurisprudenza come "fonte di diritto", essa si comporta come *jus superveniens* e, dunque, può valere la regola, propria delle norme processuali, del *tempus regit actum*. Ma per giungere a siffatta conclusione bisogna introdurre nel nostro ordinamento istituti di altri ordinamenti, come ad es. la *sumulas* vincolante dell'ordinamento brasiliano ovvero l'*assento* di quello portoghese. La prima attiene all'interpretazione di costituzionalità delle leggi da parte della Corte Suprema (corrispondente alla nostra Corte costituzionale) ed è condizionata dall'esistenza di "ripetute decisioni", nonché caratterizzata dal fatto che i suoi effetti decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica del Brasile. L'*assento* portoghese era l'interpretazione vincolante dei tribunali, riconosciuta come fonte del diritto a seguito di una modifica del codice civile (art. 2); tuttavia, non essendo gli *assentos* ricompresi nel catalogo delle fonti a livello costituzionale (art. 115 della Costituzione portoghese), la disposizione che li prevedeva è stata dichiarata incostituzionale nel 1996.

Nel nostro ordinamento non vi può essere insensibilità dell'atto compiuto al mutamento giurisprudenziale perché significherebbe riconoscere natura di fonte di diritto alla interpretazione delle legge da parte della giurisprudenza stessa. Dunque, l'unica strada percorribile è quella della rimessione in termini, sebbene non sia scevra di difficoltà.

Se si resta fermi alla formula dell'art. 294 cod. proc. civ., si dovrebbe concludere per l'estrema difficoltà della rimessione in termini ogni qualvolta si sia giunti ad una fase processuale nella quale è ormai impossibile compiere l'attività omessa o tardivamente realizzata. Si pensi al caso dell'art. 645 cod. proc. civ., per cui si dovrebbe addivenire ad una assurda regressione dalla fase di cassazione alla fase di introduttiva del giudizio, con evidente violazione del principio della "ragionevole durata" del processo.

Si dovrebbe operare, allora, sulla formula dell'art. 153 cod. proc. civ., là dove si evoca unicamente la "rimessione in termini" e, piuttosto che rimettere in

termini la parte, la si dovrebbe considerare “come aver agito correttamente”, con il corollario, frutto di interpretazione costituzionalmente orientata, di ritenere – come nel caso della svolta inopinata e improvvisa delle Sezioni Unite n. 19246 del 2010 – che si tratta di “decadenza non imputabile”.

Non possono, però, essere sottaciuti due ostacoli a tale soluzione.

In primo luogo, non va dimenticato che, se c'è una parte interessata alla rimessione in termini, esiste pure la controparte che ha l'interesse opposto e cioè quello di far valere la decadenza.

In secondo luogo, a fronte di un provvedimento che ha deciso la questione di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte, alla parte è richiesto, *ex art. 360-bis* cod. proc. civ., proprio di argomentare al fine di provocare il mutamento di giurisprudenza e, quindi, di rendere ammissibile il ricorso.

VITTORIA

Il Prof. Punzi ha richiamato le vicende che hanno toccato gli artt. 37 e 645 cod. proc. civ. e quella risposta contraria alla rimessione in termini, nelle controversie in cui veniva in rilievo la mutata interpretazione dell'art. 37, dettata dalla considerazione che non era comunque impedito l'esame del fondo della questione. Questo argomento va tenuto in grande conto rispetto agli interrogativi che si pongono sul fatto che la tutela della parte colpita dalla decadenza escluderebbe la tutela della controparte, che sulla decadenza confida, e cioè se deve essere privilegiata, per l'appunto, la parte che vuole giungere alla decisione sul merito rispetto a quella che, invece, detta decisione vorrebbe precludere.

È comunque difficile pensare che le parti debbano fare affidamento sulla giurisprudenza della Corte e, una volta che l'affidamento vi sia stato, risultino pregiudicate per il mutamento di quella giurisprudenza; rimane, dunque, solo il problema degli strumenti tramite i quali somministrare questa necessaria tutela.

RUFFINI

I casi giurisprudenziali indicati nella relazione dell'Ufficio del Massimario mostrano come le esigenze di interpretazione adeguatrice non possano non riguardare anche le norme processuali, soprattutto a seguito della riforma dell'art. 111 Cost.. Difatti, in tutti i casi di mutamento interpretativo concernente una norma processuale, la sollecitazione è scaturita dal principio del giusto processo ed è stato proprio l'obiettivo della ragionevole durata ad essere utilizzato per riempire di contenuti diversi molte norme del processo.

La Corte di cassazione ha correttamente letto il principio della “ragionevole durata” come criterio direttivo per l'interprete. Tuttavia, in taluni

casi sembra che la stessa Corte sia andata oltre l'interpretazione meramente adeguatrice, tanto da cancellare dal diritto vivente norme incompatibili con l'obiettivo della durata ragionevole del processo, attribuendo alla disposizione un significato, però, non proprio compatibile rispetto agli ordinari canoni interpretativi. Mi riferisco, ad esempio, all'art. 269 cod. proc. civ. e cioè alla negazione della nuova udienza per la chiamata del terzo da parte del convenuto che abbia proposto tempestiva istanza; e anche all'art. 37 cod. proc. civ., il cui chiaro tenore letterale non sembra giustificare un'interpretazione che precluda sempre e comunque il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione in presenza di una decisione sul merito. Invero, delle due l'una: o la sentenza che decide il merito reca sempre ed in ogni caso la decisione sulla giurisdizione ed allora è evidente che la questione di giurisdizione rimasta estranea dal dibattito processuale non sarà rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado; oppure, la questione di giurisdizione resta rilevabile d'ufficio, ma allora quella decisione sul merito non contiene alcuna statuizione sulla giurisdizione. Può anche darsi che nel nuovo quadro costituzionale la vecchia norma dell'art. 37 cod. proc. civ. contrasti con il principio di ragionevole durata, ma si tratterebbe di un contrasto non risolvibile con la disapplicazione dello stesso art. 37 nei giudizi di impugnazione.

Peraltro, aldilà delle divergenze interpretative su singole applicazioni dell'art. 111 Cost., l'interpretazione adeguatrice che privilegia il principio del giusto processo, e con esso l'obiettivo della ragionevole durata, è un traguardo da difendere.

Sotto un diverso profilo, proprio i canoni del giusto processo, tra i quali va inclusa anche la previa conoscibilità delle regole processuali, conducono ad affermare che se la parte ha uniformato la condotta processuale all'orientamento dominante della Cassazione in ordine all'interpretazione di una data norma, non può subire un pregiudizio irreversibile a causa del mutamento di quell'orientamento interpretativo.

Il problema va affrontato anzitutto secondo la prospettiva dell'“etica del cambiamento”, dovendo essere individuate le ragioni che possono giustificare il cambiamento stesso, con il suggerimento, però, che, in materia processuale, il valore della certezza e quello della stabilità recano in sé una tendenziale connotazione di preferenza rispetto all'obiettivo dell'esatta interpretazione delle norme, là dove non emergano altri superiori valori.

È evidente che, quale che sia la soluzione al riguardo, essa non consentirebbe di impedire, sempre e comunque, il mutamento giurisprudenziale, come, ma non solo, nei casi in cui il ricorrente offra alla Suprema Corte argomenti idonei a modificare il proprio precedente indirizzo (art. 360-*bis*, comma primo, n. 1, cod. proc. civ.). Dunque, rimane aperto il problema della

tutela dell'affidamento delle parti che abbiano conformato la propria attività processuale ad un consolidato orientamento giurisprudenziale.

E' noto il dibattito originato dalla sentenza n. 7607 del 2010 delle Sezioni Unite, sulla decorrenza del termine per impugnare le sentenze del TSAP, e ancor più dalla sentenza n. 19246 del 2010, sempre delle Sezioni Unite, sui termini di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Non è questa la sede per discutere sulla correttezza di siffatte interpretazioni, ma va sottolineato che le convinzioni personali sulla correttezza giuridica del mutamento di giurisprudenza non possono influenzare la soluzione del problema relativo all'applicazione di tale mutamento sui processi in corso.

E' chiaro, infatti, che eventuali argomenti idonei a giustificare un ulteriore mutamento della giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali, ed un eventuale ritorno ad un precedente orientamento che si ritiene essere stato erroneamente abbandonato, là dove riconosciuti fondati, possono e debbono portare al superamento dell'interpretazione data dalla Suprema Corte ad una norma processuale in contrasto con la propria precedente costante giurisprudenza, ma non già a giustificare una interpretazione selettiva di tale nuovo ed in assunto errato orientamento ai soli processi futuri.

Ad esempio, ove venga dimostrata l'erroneità della recente interpretazione dell'art. 645, comma secondo, cod. proc. civ., l'automatica dimidiazione dei termini di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in contrasto con il pregresso costante orientamento giurisprudenziale, non dovrebbe più trovare applicazione in nessun processo, a prescindere dalla sua data di instaurazione, e quindi nemmeno nei processi iniziati successivamente alla citata svolta.

Neppure credo che il problema della tutela dell'affidamento della parte possa essere fondato sulla naturale propensione del processo alla decisione di merito, posto che l'*Overruling* sulla norma processuale ben potrebbe consentire l'esame del fondo delle ragioni delle parti invece precluso dall'interpretazione consolidata.

Del resto, un problema di tutela dell'affidamento si pone sia per chi aspiri alla decisione di merito, sia per colui che, confidando nelle stesse regole, abbia ommesso di proporre una domanda di merito, nella ragionevole previsione di una non decidibilità nel merito della controversia.

Il modo più semplice per risolvere il problema oggi dibattuto è quello di negare che il problema esista.

Il Prof. Caponi ha sostenuto che le regole poste alla base del giusto processo sono anche quelle che emergono dall'interpretazione dell'organo della nomofilachia e che tali regole non possono mutare a processo iniziato, sicché il

mutamento di giurisprudenza consolidata della Suprema Corte in materia processuale costituisce *jus superveniens*, irretroattivo e, dunque, inapplicabile ai processi in corso, con conseguente operatività dell'istituto della *prospective overruling*, secondo il quale l'anzidetto mutamento dovrebbe trovare applicazione soltanto ai processi futuri.

Mi pare che siffatta prospettiva, oltre a contrastare con i principi inderogabili del nostro ordinamento, porti a conseguenze inique e irragionevoli e, quindi, di per sé incompatibili con l'obiettivo del giusto processo.

Essa, infatti, finisce per privare di tutela giurisdizionale colui che solleciti un mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione invocando una corretta interpretazione delle norme di legge regolatrici del giusto processo al fine di ottenere dal giudice una decisione nel merito delle proprie ragioni; e paradossalmente dovrebbe imporre alla Suprema Corte di cassare una sentenza che abbia invece fatto corretta applicazione di dette regole anticipando un mutamento di giurisprudenza cui la Corte ritenga di dovere aderire, ma che dovrebbe invece valere solo nei processi futuri e, comunque, non in quello che lo vede coinvolto. Inoltre, la tesi dell'irretroattività dei mutamenti della giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia processuale conduce, nelle sue estreme conseguenze, a perpetuare per il futuro interpretazioni di norme di legge che, per quanto possano essersi rivelate stabili in passato, siano ritenute dalla Corte errate o non più compatibili con il mutato quadro costituzionale o legislativo.

Peraltro, la criticata prospettiva appare contrastare anche con i principi costituzionali secondo i quali le regole predeterminate cui deve essere affidata la disciplina del giusto processo sono soltanto quelle promananti dalla legge (art. 111 Cost.), alle quali soltanto è soggetto il giudice (art. 101 Cost.), con l'inevitabile conseguenza che la propria attività di interpretazione è, e non può non essere, anche per quanto riguarda le norme processuali, dichiarativa di un comando posto altrove e, come tale, indubabilmente retroattiva.

Inoltre, la teoria della *prospective overruling* sembra contrastare anche con la disciplina del giudizio di cassazione. Si pensi alla pronuncia di secondo grado che abbia deciso in conformità alla giurisprudenza della Suprema Corte: l'impugnazione in sede di legittimità sarebbe inammissibile *ex art. 360-bis* cod. proc. civ. ove non siano prospettati argomenti idonei a imporre un mutamento di giurisprudenza. Ma se viene denunciato un *error in iudicando* del giudice di appello, il ricorso dovrebbe, comunque, essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse, non potendo l'invocato mutamento di giurisprudenza essere applicato al processo in corso, ma semmai enunciato come principio nell'interesse della legge (*ex art. 363* cod. proc. civ.), del quale il ricorrente non potrebbe però avvalersi.

In definitiva, la teoria della efficacia necessariamente irretroattiva del mutamento di giurisprudenza in materia processuale porta a conseguenze costose, irragionevoli e ingiuste. Di ciò si è resa conto la dottrina che ha posto l'accento sulla tutela dell'affidamento, enunciando il principio per cui: *<<il compimento di un atto processuale secondo le forme e i termini previsti dal "diritto vivente" al momento in cui l'atto è compiuto comporta la validità dell'atto stesso in caso di successivo mutamento giurisprudenziale di quelle forme e di quei termini>>*.

Tuttavia, il problema si presenta più complesso.

Occorre, infatti, distinguere.

Se, a seguito dell'incolpevole affidamento nella giurisprudenza pregressa, vi è la perdita di un potere, non correttamente esercitato nei termini, il rimedio deve essere necessariamente la rimessione in termini, *ex art. 153 cod. proc. civ.*, che sola può salvaguardare anche l'interesse della controparte a compiere l'attività processuale che si renda di conseguenza necessaria. Rimessione in termini che va concessa previa istanza di parte ed allegazione dell'errore incolpevole.

Se, invece, l'affidamento incolpevole ha indotto la parte ad esercitare un potere che, successivamente, si è ritenuto non spettante, indipendentemente dalle forme e dai termini concretamente osservati, il rimedio non può certamente essere la salvezza degli effetti dell'atto compiuto (ad esempio il ricorso per cassazione proposto avverso un atto che secondo la successiva giurisprudenza della Corte non è invece assoggettabile a tale rimedio), ma può rilevare - in presenza di idonea allegazione di parte - soltanto sul piano delle spese di lite, costituendo un giusto motivo per la compensazione.

VITTORIA

Il Prof. Ruffini si è espresso con toni tendenzialmente dissonanti rispetto all'esigenza di tutela della parte pregiudicata dal mutamento di giurisprudenza, ma si può ritenere che amministrare questo problema nell'ambito del giudizio di cassazione può essere relativamente scevro di difficoltà una volta che si assume come principio direttivo il criterio per cui il mutamento non deve andare in danno di chi si è fidato, così da tenersi in equilibrio le posizioni delle parti processuali.

I problemi si aggravano una volta che ci si allontana dal giudizio di cassazione. Tuttavia, occorre pur sempre una scelta di campo ed è quella per cui la parte non può essere gravata dell'errore; una scelta che non può essere condizionata dalla difficoltà di reperire lo strumento adatto per renderla concreta.

COSTANTINO

Intendo soffermarmi, in particolare, sui criteri di valutazione dell'“affidamento incolpevole”. Necessitano, però, taluni rilievi preliminari.

Innanzitutto, il dibattito sul ruolo della giurisprudenza non può prescindere dalla soggezione dei giudici soltanto alla legge, come recita l'art. 101 Cost.. Il precedente, nel nostro ordinamento, è tale perché persuade; diventa, quindi, incompatibile con il vigente sistema l'applicazione ai mutamenti di giurisprudenza dei principi operanti per lo *ius superveniens*. Del resto, il rifiuto di questa tesi postula una opzione valutativa, secondo cui gli improvvisi ed imprevedibili mutamenti di giurisprudenza nella interpretazione di disposizioni processuali - a differenza di quanto è dato ritenere sul piano del diritto sostanziale - sono un fenomeno abnorme, da evitare e, dunque, non da legittimare.

Si può, quindi, dubitare della compatibilità delle disposizioni legali che regolano il processo con i principi ed i valori deducibili dalla Costituzione, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o dalla CEDU; se, invece, detta compatibilità non è messa in discussione, allora le regole del processo debbono essere osservate e non possono essere rilette in funzione di principi supposti prevalenti. Ciò anche in riferimento al principio di ragionevole durata del processo, che è soltanto uno dei principi del giusto processo.

In secondo luogo, il contemperamento di questi valori implica che “non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso”. Su tale esito sembra esservi diffuso consenso, mentre incerto è il percorso per conseguirlo.

L'apertura della Corte al confronto, pertanto, può essere salutata con grande soddisfazione e gratitudine; conferma che l'interpretazione giurisprudenziale costituisce precedente se è persuasiva e non anche se è, o se appare, frutto di arbitrio. E il più efficace strumento persuasivo è, appunto, il confronto e la esplicitazione delle opzioni valutative.

Veniamo, quindi, allo specifico del tema oggi all'esame: si tratta di stabilire come tutelare il diritto di azione e quello di difesa della parte che abbia fatto affidamento in una consolidata e non controversa interpretazione giurisprudenziale, ma, per effetto di un improvviso e repentino mutamento di quest'ultima, sia incorsa in una decadenza.

In particolare, occorre verificare:

a) se ciò implichi l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini ai sensi dell'art. 153 cod. proc. civ., operante, peraltro, nei processi instaurati dopo il 4 luglio 2009, o se possano invocarsi altre tecniche; *b)* se esso comporti la rinnovazione dell'atto o la mera disapplicazione della decadenza o della preclusione, derivanti dalla nuova interpretazione; *c)* in ogni caso, come possa operare il salvataggio della parte ignara del rischio processuale. Appare anche meritevole di considerazione la posizione della parte, che avrebbe potuto

compiere un atto processuale ma non lo ha fatto, confidando nell'orientamento giurisprudenziale superato.

Occorre muovere dalle questioni concernenti la natura e gli effetti delle disposizioni interpretative, ripetutamente esaminate dalla giurisprudenza costituzionale, che ha elaborato i relativi criteri di giudizio.

In primo luogo, si è ritenuto che la natura, interpretativa o innovativa delle disposizioni, non dipende dalla qualificazione ad esse attribuita dal legislatore, ma dal contenuto oggettivo delle medesime: sono state qualificate interpretative le norme che esplicitano uno dei possibili significati già deducibili dal testo, mentre sono state qualificate innovative quelle che, indipendentemente dalla etichetta ad esse assegnata, contengono precetti nuovi e diversi.

In secondo luogo, si è affermato che il divieto di disposizioni retroattive opera esclusivamente in materia penale; nelle altre, in deroga all'art. 11 disp. prel., la previsione dell'efficacia retroattiva non è incompatibile con le garanzie costituzionali.

In terzo luogo, e si tratta del profilo che assume rilevanza ai nostri fini, il giudice delle leggi ha negato che le disposizioni con efficacia retroattiva, comunque definite dal legislatore, possano pregiudicare l'affidamento nei diritti acquisiti. In tal caso, esse sono costituzionalmente illegittime.

Per quanto rileva in questo contesto, sembra ovvio osservare che ciò che non è permesso al legislatore non può essere consentito alla giurisprudenza.

Il principio per il quale “non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso”, pertanto, non è soltanto un'opzione valutativa, ma costituisce un preciso dovere per ciascun interprete, quale che sia il suo ruolo e quale che sia la funzione dell'attività interpretativa.

Occorre allora verificare se vi possa essere un «affidamento incolpevole» nonostante la preesistenza delle regole. La risposta deducibile dal sistema a tale quesito è positiva. Si rammentino: *a)* l'art. 5 cod. pen., come risultante dalla declaratoria di incostituzionalità recata da Corte cost. n. 364 del 1988; *b)* l'art. 1431 cod. civ.; *c)* l'art. 8 d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, in materia tributaria; *d)* l'«errore scusabile» nel processo amministrativo, ora disciplinato dall'art. 37 cod. proc. amm.; *e)* l'art. 193 del codice per la proprietà industriale.

Dunque, in relazione alle ipotesi considerate, la norma di cui all'art. 153 cod. proc. civ. si presta ad essere considerata espressione di un principio generale già presente nell'ordinamento.

Ciò detto, occorre ricordare che nella giurisprudenza della Cassazione i problemi relativi ai rapporti tra norme processuali e mutamenti di giurisprudenza sono stati già affrontati in relazione a talune fattispecie e le soluzioni raggiunte si manifestano coerenti con il sistema.

In primo luogo, vuoi in relazione a regole sopravvenute con efficacia retroattiva, vuoi in relazione a regole preesistenti ma non conoscibili con l'ordinaria diligenza, è doveroso garantire l'affidamento. In secondo luogo, quest'ultimo è escluso dal "dovere di precauzione", necessario al cospetto di divergenti interpretazioni. In terzo luogo, la valutazione dell'errore scusabile e della diligenza della parte implicano un giudizio di fatto. In quarto luogo, l'accertamento dell'affidamento incolpevole determina conseguenze diverse a seconda delle concrete fattispecie. In quinto luogo, esso, comunque, non consente il compimento di un atto o di un'attività che avrebbero potuto essere compiute tempestivamente, in un contesto normativo o giurisprudenziale diverso. In sesto luogo ed in una prospettiva futura, tra l'interesse di colui che si è adoperato per il mutamento di un orientamento giurisprudenziale e quello di chi ha confidato in quello anteriore prevale il secondo.

E', peraltro, opportuno verificare, anche in relazione alle concrete fattispecie considerate dalla Corte, la portata precettiva di tali principi ed occorre soffermarsi, segnatamente, per il rilievo che assumono, sui criteri di valutazione dell'affidamento incolpevole.

A tal riguardo, è necessario distinguere i casi nei quali il mutamento di giurisprudenza riguarda il giudizio innanzi alla stessa Corte e, in particolare, i requisiti di ammissibilità o di procedibilità del ricorso, da quelli nei quali esso attenga alla disciplina dei gradi di merito.

Le reazioni, in particolar modo quelle dei giudici di merito, possono essere molteplici. In ogni caso, si tratta di un giudizio di fatto che implica una verifica della diligenza della parte che sia incorsa nella decadenza o nella preclusione derivante dalla nuova interpretazione di disposizioni processuali. Il che induce ad escludere che l'affidamento incolpevole possa essere rilevato d'ufficio.

La sequenza, che vale per tutti i gradi, è, invece, la seguente: una parte invoca il nuovo indirizzo della Corte ovvero il giudice lo segnala d'ufficio; l'altra invoca l'affidamento incolpevole nella giurisprudenza anteriore; il giudice, a questo punto, dovrebbe valutare se, al momento del compimento dell'atto, la decisione innovativa della Corte era conoscibile mediante l'ordinaria diligenza.

Non appare, quindi, possibile che, anche in riferimento agli atti compiuti prima del *revirement*, il giudice riconosca la sussistenza di un affidamento incolpevole; lo impedisce il principio per il quale il giudice provvede *iuxta alligata*.

Poiché, inoltre, si tratta della valutazione di un fatto (la diligenza della parte), che assume rilevanza nel processo in conseguenza della nuova interpretazione di disposizioni preesistenti, è da escludere che il suo ingresso nel processo soffra di preclusione alcuna.

In questi termini, il problema appare obiettivamente limitato all'*obiter dictum* sui termini di costituzione dell'opponente nel procedimento per ingiunzione, nonché ad altre limitate fattispecie di una stagione che si vorrebbe dimenticare.

Nei casi, poi, nei quali il mutamento di giurisprudenza riguarda il giudizio di legittimità e, quindi, l'ammissibilità o la procedibilità del ricorso, la Corte è

giudice del fatto. Essa, quindi, dispone degli stessi poteri dei giudici di merito per valutare la diligenza della parte e, quindi, l'affidamento incolpevole.

Nell'una e nell'altra ipotesi, l'applicazione della nuova interpretazione delle regole processuali preesistenti e l'accertamento dell'affidamento incolpevole implicano che su tali questioni sia provocato il contraddittorio, ai sensi dell'art. 101, comma secondo, e 384, comma terzo, cod. proc. civ.

Nell'ambito di tale giudizio di fatto un elemento essenziale è costituito dalla individuazione del momento nel quale il *revirement* è conoscibile dalla parte.

E' esclusa la possibilità di individuarlo nel momento della pubblicazione della decisione che ha sovvertito l'orientamento precedente. Mancano nell'ordinamento vigente strumenti di pubblicità delle decisioni della Cassazione analoghi a quelli previsti per le pronunce delle Corti costituzionali e in altri sistemi, nei quali la giurisprudenza è formalmente una fonte del diritto. Si tratta allora di determinare la diligenza professionale del difensore.

Come si è ricordato, la Corte ha ritenuto conoscibile il mutamento di giurisprudenza, quando la decisione sia stata resa nota <<con adeguato risalto ... nel sito web della Corte>>.

La soluzione appare ragionevole: può richiedersi alla parte e, specificatamente, al qualificato professionista che l'assiste un onere di informazione sulla giurisprudenza, fino all'ultimo momento precedente la notificazione del ricorso, il quale deve tener conto, ora, dell'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ. Sussiste, quindi, un dovere professionale di informazione, cosicché appare corretto pretendere che l'affidamento incolpevole possa essere invocato soltanto qualora se ne dimostri il pieno assolvimento.

Ed ancora, deve ritenersi che, se, pur esponendosi al rischio della inammissibilità, la parte non ha compiuto un atto, che, grazie ad una pronuncia successiva, avrebbe potuto, invece, compiere, non può pretendere di essere ammessa, successivamente al suo compimento.

Da ultimo, occorre operare una delicata scelta di valore sul contemperamento dei contrapposti interessi della parte che si sia adoperata per modificare l'interpretazione di una disposizione processuale e dell'altra che abbia fatto affidamento su un orientamento giurisprudenziale consolidato.

In base ad esso, la Corte, se ritiene di condividere gli sforzi diretti al mutamento di giurisprudenza, non potrebbe accogliere il ricorso, ma, a tutela dell'affidamento incolpevole, dovrebbe limitarsi ad enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ. Sarebbe così frustrato l'impegno della parte che si è adoperata per modificare la giurisprudenza.

Il principio appare meritevole di essere condiviso.

Innanzitutto, tra i due interessi in gioco, quanto si è osservato finora indica che prevale quello alla certezza del diritto ed alla affidabilità delle regole

processuali. Chi ne invoca il mutamento, in base ad una nuova interpretazione, può farlo in base a esigenze o valori sopravvenuti ovvero in base ad argomenti meramente formali; in ogni caso, chiede il sovvertimento di un ordine sul quale era stato riposto affidamento. Proprio perché il richiesto *revirement* giurisprudenziale riguarda la disciplina del processo e non quella sostanziale, contro l'applicazione del citato art. 363 nell'ipotesi considerata non può neppure invocarsi il pregiudizio per la parte che si è adoperata per ottenerlo.

Né porta a negare l'adesione a questa soluzione il fatto che essa scoraggia l'impegno a modificare la giurisprudenza e favorisce, quindi, la conservazione dell'esistente; si tratta, infatti, di ferma e precisa opzione valutativa.

Il processo è tecnica. Le questioni processuali sono questioni tecniche. Come tali possono e devono essere affrontate prescindendo da ogni suggestione ideologica. In riferimento agli strumenti processuali, la prima e fondamentale questione consiste nel verificare se funzionano, se sono idonei allo scopo per il quale sono stati predisposti. L'uniformità e la certezza delle regole processuali costituiscono un valore fondamentale che merita di essere difeso anche nei confronti della frenesia legislativa.

L'adeguamento e la modificazione delle regole processuali non rientra tra i compiti della Corte di cassazione, ma, in relazione a diversi profili ed in funzione di diversi effetti, è affidato alla Corte costituzionale, alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ed alla Corte dei Diritti Umani, nonché al legislatore.

Lo scopo del processo consiste nello stabilire chi abbia ragione e chi torto, nel definire il merito della controversia; per questa ragione, il processo migliore è quello che non fa parlare di sé e consente di concentrare l'attenzione e le energie sul conflitto sostanziale. Quello della nomofilachia, scolpito nell'art. 65 del r.d. n. 12 del 1941, non coincide con l'obiettivo del poeta, secondo Giovanbattista Marino, per il quale, <<*il fin è la meraviglia*>>.

CAPONI

Il mio intervento si articola in quattro punti che sono collocati in linea di progressione dal particolare verso il generale: *a)* l'interpretazione preferibile dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ.; *b)* il mutamento della giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali; *c)* il ruolo della garanzia del giusto processo; *d)* "tirannia" dei fatti e "tirannia" dei valori.

a) Vien da dire: <<*Non tutto il male vien per nuocere*>>. Approfitterei della situazione di incertezza che si è venuta a creare per fare una sorta di *global reset* sull'interpretazione dell'art. 645, secondo comma: leggendo quest'articolo esattamente per quello che c'è scritto (solo i termini di comparizione sono ridotti della metà; la riduzione è automatica), ritornando così ad una interpretazione

d'annata: quella della Corte di cassazione del 1955. Ovviamente non si tratta solo di un'interpretazione letterale, dietro c'è un'argomentazione logica e sistematica.

b) Mettiamo da parte la questione se il precedente giurisprudenziale sia fonte del diritto o meno. Nello scritto apparso su *Foro italiano* vi era, a tal specifico riguardo, una vena polemica. In ogni caso, l'interpretazione giudiziale del diritto ha un carattere dichiarativo e, quindi, in via di principio retroattivo (retrospettivo). Se non avessi un poco di timore nell'appoggiarmi a giustificazioni che si appellano alla natura delle cose, direi che si tratta di un dogma tratto dal modo di essere della pronuncia giudiziale.

I dogmi sono costruzioni intellettuali, frutto della cultura giuridica, non costituiscono imposizioni inevitabili. Essi rimangono disponibili ad essere rielaborati e conformati da quella stessa cultura che li ha creati. I dogmi giuridici sono aperti ad una ricostruzione evolutiva. Non sono mai assoluti, sono intrinsecamente relativi. Anche i dogmi giuridici “imparano dalla vita” ed il meccanismo che consente ad una costruzione giuridica di imparare dalla vita è l'eterno rapporto tra regola ed eccezione. Questo rapporto assicura il progresso del diritto. Tra regola ed eccezione non vi è opposizione, ma vi è un intreccio vitale. Diceva Carl Schmitt: <<*l'eccezione guarda alla regola con energica passionalità*>>. Vuol dire che la regola si coglie nel suo pieno significato solo dal punto di vista dell'eccezione, e viceversa. Io diffido delle regole che non conoscono eccezioni. A ben vedere, non son più nemmeno regole, diventano delle necessità naturali. Il rapporto tra regola ed eccezione evita la pietrificazione del diritto. Nella vita si verificano a volte dei fatti “tiranni”: sono quei fatti che, per il modo di essere e di verificarsi, reclamano quasi con violenza di essere trattati in modo diverso dalla regola cui dovrebbero essere sottoposti. Sono fatti che vanno quasi da soli alla ricerca della loro regola, che conformano in una certa misura lo stesso parametro valutativo.

La vicenda originata da Cass., S.U., n. 19246 del 2010 appartiene al novero di questi fatti. Mettiamone in fila i tratti: 1) mutamento di giurisprudenza per *obiter dictum*, quando un'ampia interpretazione dell'art. 363, terzo comma, cod. proc. civ. dovrebbe escludere questa eventualità; 2) mutamento di un orientamento di giurisprudenza consolidato da oltre mezzo secolo; 3) mutamento di giurisprudenza in materia di interpretazione di una norma processuale, mentre non si dovrebbero cambiare le regole del processo quando esso è in corso (concordo dunque con quanto detto dal Pres. Lupo); 4) cambiamento di giurisprudenza della Corte di cassazione, cui il nostro ordinamento assegna una funzione di guida interpretativa; 5) cambiamento di giurisprudenza che priva del diritto al processo chi si è affidato incolpevolmente al precedente consolidato orientamento.

Tutti questi elementi delineano i contorni di un fatto eccezionale, che impone di essere trattato in modo diverso rispetto alla regola della retroattività del mutamento di giurisprudenza.

c) Ovviamente un fatto, per quanto eccezionale, non diventa di per sé un valore. Occorre trovare un elemento normativo in grado di valorizzare questa circostanza eccezionale e di sottrarla alla regola della retroattività del mutamento di giurisprudenza. Questo elemento non può essere che il canone del giusto processo. In particolare un'interpretazione conforme alla garanzia costituzionale della predeterminazione delle regole di svolgimento del processo (art. 111 Cost.) impone di limitare l'impatto del mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione, sottraendovi questa ipotesi.

Se il giusto processo è una norma giuridica (una sintesi di norme giuridiche) e se le norme giuridiche hanno la virtù di disciplinare direttamente i fatti della vita, non vi è dubbio che la garanzia del giusto processo costituisce il fondamento del limite alla retroattività del mutamento di giurisprudenza in questa ipotesi.

È appena il caso di osservare che questa operazione è possibile perché non vi è una regola legislativa che si interpone tra principio costituzionale e fatto, impedendo al primo di disciplinare direttamente il secondo (se non attraverso una interpretazione della regola legislativa in modo conforme al principio, oppure – se una interpretazione conforme non è tecnicamente possibile – attraverso la rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione di costituzionalità). Questa vicenda è radicalmente diversa rispetto a quella che ha (opinabilmente) portato la Corte di cassazione a sacrificare l'art. 37 cod. proc. civ. in vista della ragionevole durata del processo. In questo caso ci troviamo a rimodulare un dogma (quello della retroattività della pronuncia giudiziale) con gli stessi strumenti della ragione con cui è stato elaborato. In questo caso, il limite alla retroattività è automatico e prescinde dalla necessità di richiedere la rimessione in termini, poiché l'affidamento nel precedente orientamento di giurisprudenza è *in re ipsa* incolpevole.

Tuttavia non si può escludere che in situazioni diverse da queste si presenti la necessità di accertare in concreto il carattere incolpevole dell'affidamento nel precedente orientamento di giurisprudenza, anche in relazione al momento in cui l'affidamento cessa di essere incolpevole (si pensi, ad es., a Cass. n. 3030 del 2011).

d) Carl Schmitt alla fine degli anni cinquanta del secolo scorso aveva parlato di tirannia dei valori. Il suo bersaglio (non nominato) era la Corte costituzionale, che proprio in quegli anni aveva riconosciuto il carattere di norme giuridiche precettive ai principi costituzionali ed aveva cominciato a parlare di ordine oggettivo di valori. Ma sono tiranni solo quei valori che si sottraggono al bilanciamento ed al confronto argomentativo con altri valori, che si sottraggono alla necessità di imparare dalla vita e dall'esperienza. Tiranni non sono allora i valori costituzionali, tiranni sono semmai i dogmi che pretendono di essere assoluti.

CARBONE

Il giudice deve risolvere le controversie tra i cittadini, *ne cives ad arma ruant* e l'ausilio della dottrina è fondamentale per l'interpretazione della norma astratta da applicare al caso concreto. Nell'operare, il giudice si trova spesso ad applicare il *testo* della norma in un *contesto* sociale ed economico profondamente mutato da quello in cui la disposizione è sorta. L'interpretazione, infatti, svolge la funzione essenziale di operare, non solo un collegamento per colmare eventuali lacune fino al ricorso dell'*analogia iuris*, ma anche una mediazione, tra la *lex scripta* astratta, e la singola controversia da risolvere, in concreto.

Le questioni processuali sono sempre state all'attenzione della Cassazione: si rammentino le strumentalizzazioni del regolamento preventivo di giurisdizione proposto solo per ottenere la sospensione *ex lege* del processo di primo grado, finché si è resa necessaria la modifica dell'art. 367 cod. proc. civ. con legge del 1990 per porre rimedio alla norma processuale strumentalizzata da uno delle parti litiganti, con ripercussioni fortemente negative per la funzionale ed efficiente amministrazione della giustizia. Ed ancora vanno ricordate le questioni sorte sull'art. 282 cod. proc. civ., quando fu introdotta, con decorrenza dal 1993, l'esecutività delle sentenze di primo grado o sull'art. 474, n. 2, cod. proc. civ., che riconobbe come titolo, dal 2005, anche le scritture private autenticate.

Occorre riflettere e procedere con la massima attenzione, ma non si deve escludere, *a priori*, la possibilità del mutamento interpretativo della norma processuale, altrimenti si potrebbe verificare il rischio di congelare la giurisprudenza: il dibattito deve essere sempre attivo e utile. Insegnava Chiovenda, già nel 1923, di "*non corrompere il libero convincimento del giudice*". Del resto, non bisogna pensare solo al problema della tutela della parte pregiudicata da una interpretazione giudiziale. Si pensi, alla sentenza di incostituzionalità della norma processuale che trova immediata applicazione nel processo in corso: anche in questo caso sorge l'esigenza di un bilanciamento tra la tutela della parte che viene incisa dagli esiti della pronuncia invalidante (*ius litigatoris*) e gli interessi generali del buon funzionamento del servizio-giustizia (*ius constitutionis*). Per Betti il diritto <<è qualcosa che non è ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato proprio per l'opera assidua d'interpretazione>>.

In questi ultimi tempi sono cambiate, tra le altre, tre norme costituzionali: gli artt. 111, 114 e 117. Sorgono molti interrogativi. L'art. 117 Cost. opera nei confronti del solo legislatore o rileva anche per l'interprete? E nella risposta affermativa tutte le norme giuridiche, anche quelle processuali vanno interpretate ed applicate "nel rispetto della Costituzione" - e quindi anche dell'art. 111 Cost.

che prescrive la “ragionevole durata del processo”- “nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”, che richiede, con l’art. 47, comma 2, dell’allegata Carta dei diritti, una decisione “entro un termine ragionevole” (si vedano gli artt. 1 e 2 del nuovo codice del processo amministrativo). L’art. 114 Cost. pone in risalto l’esistenza di una pluralità di interessi pubblici, allocati su vari livelli, e porta ad escludere che sia necessariamente preminente l’interesse dello Stato. Con ciò è venuto meno il potere prefettizio di proporre ricorso in cassazione per difetto di giurisdizione del giudice ordinario e l’art. 368 cod. proc. civ. rimane un fossile giuridico.

Occorre tener conto, poi, del piano europeo, delle numerose pronunce della Corte di giustizia, le quali impongono la disapplicazione della normativa italiana, e quindi anche delle garanzie processuali interne, di fronte alle disposizioni comunitarie; lo stesso “giudicato” interno ne risulta “ridimensionato”.

L’opera creativa della giurisprudenza anche sul piano processuale rimane sempre rilevante; si pensi alla *traslatio iudicii*, che è istituto di matrice giurisprudenziale, di recente, è stato recepito dal legislatore (art. 59 della legge n. 69 del 2009 e art. 11 cod. proc. amm.) e al giudicato implicito recepito dall’art. 9 cod. proc. amm.

In definitiva, la garanzia processuale si muove (come il pendolo di Galileo) anche per adeguarsi al mutato quadro costituzionale e comunitario.

SALME’

All’inizio dell’incontro il Prof. Punzi ha richiamato gli artt. 101 e 111 Cost. quali capisaldi normativi, strumenti del lavoro giornaliero.

Dall’art. 101 Cost. si ricava il carattere non normativo della giurisprudenza; ma, l’opera dell’interprete in un sistema semplificato è ben differente, e meno complicata, di quella che si realizza in un sistema normativo nel quale si incrociano competenze e fonti di rango diverso. In quest’ultimo ambito l’attività interpretativa raggiunge livelli sofisticati tali da poter far confondere il *dictum* con lo *jus*.

Resta però insuperabile il carattere dichiarativo della giurisprudenza, che è l’unica situazione legittimante l’indipendenza del giudice. Sarei, quindi, cauto nell’utilizzare argomenti che, direttamente o indirettamente, possano mettere a repentaglio l’anzidetto carattere della giurisprudenza.

L’altro principio che viene in rilievo è quello del “processo giusto”, che è anche quello che risponde alla “ragionevole durata” (oltre che al contraddittorio ed alla parità delle armi).

Dall'art. 111 Cost. si ricava la regola per cui il mutamento di giurisprudenza in materia processuale non può applicarsi agli atti processuali compiuti.

Sono questi i principi da tenere ben saldi.

Veniamo, quindi, agli strumenti tramite i quali realizzare la tutela alla luce di detti principi.

Dal dibattito è emerso che lo strumento della rimessione in termini di cui all'art. 153 cod. proc. civ. è di difficile applicazione in relazione al giudizio di merito, giacché implica una regressione del processo alle fasi precedenti.

Lo “strumento dello *jus superveniens*” trova, invece, ostacolo nel carattere dichiarativo della giurisprudenza.

Sicché, lo strumento che più mi convince è quello dell'affidamento incolpevole; l'ottica non è distante da quella evocata dal Prof. Caponi.

I mutamenti di giurisprudenza che rilevano ai nostri fini non sono, però, soltanto quelli eccezionali, ma anche quelli che soddisfano esigenze particolari. Tra questi, il caso dei compensi al c.t.u., oltre a quello dell'art. 645 cod. proc. civ.; ma ce ne sono altri.

Quanto al criterio di risoluzione del conflitto tra la parte che desidera il cambiamento e quella che non lo vuole, occorre dare prevalenza alla tutela della parte che vuole, tramite il processo, giungere alla decisione di merito.

Da ultimo, vorrei sottolineare che la base normativa che fonda il principio dell'affidamento incolpevole è stata individuata, in modo condivisibile, dalla Cassazione francese negli artt. 6 e 7 della CEDU. Si tratta di una suggestione particolarmente feconda.

VITTORIA

Ringraziamenti.

Non andremo a decisione senza che le nostre idee sia state poste a confronto con la dottrina. Ed un'ultima notazione: tutto ciò che non è enunciato come principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363 cod. proc. civ.) non può valere, o comunque vale poco, come precedente.

MORELLI

Nel tirare le fila dell'odierno incontro di studi vorrei sottolineare, anzitutto, che la fattispecie che ha dato occasione al dibattito, come icasticamente descritta dal Prof. Caponi (modifica di precedente cinquantennale orientamento

interpretativo di norma processuale con effetto preclusivo del diritto alla decisione per un delle parti), sia essa effettivamente contenuta, per *dictum* o per *obiter*, nella sentenza n. 19246 del 2010, è tale comunque che avrebbe meritato di essere costruita *in vitro* per il suo effetto catalizzatore di numerose e apicali problematiche, coinvolgendo anche la madre di tutte le *querelle* sulla natura dichiarativa o costitutiva dell'interpretazione giurisprudenziale.

Dando per raggiunto un risultato condiviso in ordine all'esclusa penalizzazione del soggetto che abbia introdotto il giudizio in aderenza alla regola in quel momento vigente, le tre soluzioni individuate per raggiungere un siffatto risultato – rimessione in termini, tutela dell'affidamento, enunciazione della nuova interpretazione solo *pro futuro*, ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ. – postulano comunque la soluzione del problema di fondo sulla validità o meno dell'atto compiuto nel vigore della norma sulla base dell'interpretazione precedente poi ritenuta errata e, dunque, sulla valenza normativa o meno dell'interpretazione stessa.

Sarebbe prematuro optare in questa sede per una soluzione.

Intendo concludere, però, con una brevissima riflessione personale sulle forme dell'interpretazione.

Distingueri l'interpretazione “correttiva” da quella “evolutiva”: quest'ultima così qualificata solo per traslato, in quanto nel momento dell'applicazione di una data disposizione, l'interpretazione si risolve nel rilevare il significato, esso si evolutivo, che quella disposizione abbia nel frattempo assunto, in termini di diritto vivente, sulla base di dinamiche interne (nuova dimensione del valore protetto) od esterne (interazione con altre sopravvenute disposizioni).

Quella “correttiva”, si distingue a sua volta in “correttiva in senso stretto” e “correttiva modificativa”: la prima risultando dal riconoscimento di un errore di lettura del testo iniziale della disposizione; la seconda nella individuazione di un diverso significato compatibile con la formulazione letterale al pari di quello precedente e ritenuto ad esso preferibile. Quest'ultima forma di esegesi troverebbe ostacolo, secondo recenti arresti, nella cosiddetta “etica del cambiamento”,

Quanto al profilo diacronico dell'effetto dell'interpretazione, escluderei che nell'“interpretazione evolutiva” l'effetto debba essere necessariamente retroattivo, potendo il mutamento esegetico decorrere solo dal momento in cui risulti individuabile il fattore modificativo del significato della norma secondo le dinamiche del diritto vivente.

Diversamente, l'“interpretazione correttiva”, che rilegge il testo ora per allora, dovrebbe avere un naturale effetto retroattivo e con ciò si torna al problema di tutela dell'affidamento dei soggetti che hanno confidato

nell'interpretazione precedente, in ragione del possibile effetto di apparenza della validità dell'atto compiuto in conformità alla giurisprudenza pregressa.

Roma, lì, 24 maggio 2011.

Report a cura di **Enzo Vincenti**, magistrato del Massimario della Corte Suprema di Cassazione.