CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 31 **Roma, 29 marzo 2011**

Oggetto: PROCEDIMENTO CIVILE – TERMINI PROCESSUALI – IN GENERE – Mutamento di giurisprudenza (*overruling*) sull'interpretazione di norma in materia di decadenze o di preclusioni – Portata restrittiva della nuova interpretazione – Conseguenze.

FONTI DEL DIRITTO – GERARCHIA DELLE FONTI – Giurisprudenza – Problematicità della sua collocazione nel sistema delle fonti – Precedente giudiziario – Natura e portata.

*L'*overruling *giurisprudenziale in materia di processo civile.*

SOMMARIO:

1.- Premessa

SEZIONE I: IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO
1.- Cenni introduttivi sul ruolo della giurisprudenza: una diacronica visione d'insieme.
2.- Muovendo lo sguardo da lontano: la prospettiva comparatista.
2.1.- I sistemi di *common law* e la regola dello *stare decisis*.
2.1.1.- Generalità.
2.1.2.- Requisiti, condizioni e tecnica dello *stare decisis*.
2.1.3.- L'*overruling*: a) L'Inghilterra; b) Gli Stati Uniti.
2.1.4.- La *prospective overruling*.
2.2.- Gli ordinamenti di *civil law*.
2.2.1.- Francia.
2.2.2.- Spagna.
2.2.3.- Germania.
2.2.4.- Svizzera.

3.- La posizione delle Corti "europee" sovranazionali.
4.- L'ordinamento italiano.
4.1.- Il "problema" della giurisprudenza come fonte del diritto.
4.2.- segue: il profilo dinamico della giurisprudenza (dal "diritto vivente" alla "interpretazione adeguatrice").
4.3.- Il "precedente" nel sistema italiano.
4.4.- Funzione interpretativa e valore del precedente: l'autopercezione del giudice di legittimità.

SEZIONE II: ASPETTI DELLA RIMESSIONE IN TERMINI
1.- Premessa.
2.- La disciplina positiva: dall'art. 184 bis cod. proc. civ. all'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ. vigente.
3.- La *ratio*, gli effetti ed il presupposto della rimessione in termini (cenni).
4.- L'errore scusabile nel giudizio amministrativo.

SEZIONE III: L'*OVERRULING* ALLA PROVA DEI FATTI
1.- La giurisprudenza precedente al 2010.
2.- La giurisprudenza attuale.
2.1.- Il giudice della nomofilachia.
2.2.- I giudici di merito.
3 - I contributi della dottrina.

SEZIONE IV: OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

*** * ***

1.- Premessa.

Il quesito di diritto, orientativo della presente relazione, è subito posto:

<<Quale rimedio è ipotizzabile (ove lo sia), nell'ambito del sistema processuale, rispetto al verificarsi di un mutamento giurisprudenziale sull'interpretazione e sull'applicazione di una norma regolatrice del processo che affermi l'esistenza, in precedenza esclusa, di una decadenza od una preclusione in danno di una parte del giudizio?

Può esso rinvenirsi nell'istituto della rimessione in termini (attualmente regolato dall'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ.) per l'esercizio del potere (inteso in termini più generali) dal quale si è decaduti?

Oppure è necessario, o quantomeno opportuno, rivolgersi ad altro meccanismo di tutela consentito dall'ordinamento?>>.

• L'interrogativo così articolato non è originato da mero afflato speculativo, ma muove da esigenze concretamente emerse nella prassi giudiziaria degli ultimi tempi.

Difatti, il mutamento di giurisprudenza o, comunque, l'arresto a carattere innovativo, rispetto ad orientamenti sufficientemente stabili della giurisprudenza pregressa, risultano essere, di recente, epifenomeni non infrequenti, soprattutto (ma non solo) nell'ambito del diritto processuale, in particolar modo sotto la spinta, a volte ritenuta quasi palingenetica[1], del principio del giusto processo, anche, e specialmente, nella sua declinazione della ragionevole durata.

Si tratta di mutamenti di indirizzo che, in taluni casi, si presentano ampliativi della sfera dei poteri processuale delle parti, mentre, in altri, ne restringono la portata.

A mò di esemplificazione – e soltanto per rammentare le pronunce che, negli ultimi anni[2], sono state oggetto della più attenta riflessione da parte del mondo accademico – basti segnalare:

- Cass., Sez. U, sent. n. 4109 del 22 febbraio 2007 (Rv. 595428), sul principio della *translatio iudicii*;

- Cass., Sez. U, sent. n. 23726 del 15 novembre 2007 (Rv. 599316), sull'abuso processuale determinato dal frazionamento della domanda di adempimento di unica pretesa creditoria;

- Cass., Sez. U, sent. n. 627 del 14 gennaio 2008 (Rv. 600790), sulla rimessione in termini per il deposito dell'avviso di ricevimento della notificazione del ricorso per cassazione;

- Cass., Sez. U, sent. n. 20604 del 30 luglio 2008 (Rv. 604554 + 604555), sulla improcedibilità dell'appello nel rito del lavoro in caso di tempestivo deposito del ricorso, ma di inesistenza della notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza, quale principio applicabile, altresì, al procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di lavoro;

- Cass., Sez. U, sent. n. 24883 del 9 ottobre 2008 (Rv. 604576), sull'interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ., quanto alla rilevabilità ed eccepibilità del difetto di giurisdizione "in qualunque stato e grado del processo";

- Cass., Sez. U, sent. n. 29290 del 15 dicembre 2008 (Rv. 606009), sulla notificazione di unica copia dell'impugnazione al procuratore costituito per più parti;

- Cass., Sez. U, sent. n. 5456 del 6 marzo 2009 (Rv. 606973), sull'esame del ricorso incidentale della parte totalmente vittoriosa nel merito;

- Cass., Sez. U, ord. n. 9005 del 16 aprile 2009 (Rv. 607362), sull'improcedibilità del ricorso per cassazione per omesso tempestivo deposito di copia della sentenza impugnata;

---

[1] In ottica decisamente critica, Caponi-Dalfino-Proto Pisani-Scarselli, *In difesa delle norme processuali,* in *Foro it.*, 2010, I, 1794-1797. Si veda anche: Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?,* in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1686-1700; Carpi, *Osservazioni sulle sentenze "additive" delle sezioni unite della Cassazione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 587-593; Caponi, *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative,* in *Foro it.*, 2009, I, 3104-3106.

[2] Ancor prima, l'*overruling* della giurisprudenza di legittimità in materia processuale, in adesione all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, è già segnalato da: Amoroso, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione,* in *Riv. trim. dir. pub.*, 2008, 769-806.

- Cass., Sez. U, sent. n. 19161 del 3 settembre 2009 (Rv. 609887), sulla natura civile della controversia in tema di opposizione al decreto di liquidazione dei compensi ai custodi e agli ausiliari del giudice e sulla conseguente trattazione del ricorso per cassazione da parte delle sezioni civili della Corte di cassazione;

- Cass., Sez. V, sent. n. 3830 del 18 febbraio 2010 (Rv. 611765), sulla riunione, nel giudizio di cassazione, in luogo della declaratoria di nullità, delle cause decise separatamente nella fase di merito pur in ipotesi di litisconsorzio necessario tra società e soci;

- Cass., Sez. U, sent. n. 4309 del 23 febbraio 2010 (Rv. 611567), sulla discrezionalità del giudice nel fissare una nuova udienza per la chiamata del terzo *ex* art. 269 cod. proc. civ., in ipotesi diverse dal litisconsorzio necessario;

- Cass., Sez. U, sent. n. 7607 del 30 marzo 2010 (Rv. 612145), sulla decorrenza del termine breve per l'impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, decorrente dalla notifica della copia integrale del dispositivo, indipendentemente dalla registrazione della sentenza stessa;

- Cass., Sez. U, sent. n. 19246 del 9 settembre 2010 (Rv. 614394), sulla riduzione dei termini di comparizione e costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

• Come già evidenziato nella sintesi del quesito, appare chiaro che è il *revirement* di segno restrittivo del diritto di difesa ad assumere esclusivo rilievo per lo sviluppo della presente relazione.

L'impianto sul quale essa si snoderà è suddiviso in quattro sezioni.

Nella sezione prima si affronterà il tema generale del "precedente giudiziario", anche con indicazioni di carattere comparatistico, al fine di raccogliere elementi di valutazione, sia in chiave concettuale, che in prospettiva effettuale, sulla sua portata nel nostro sistema ordinamentale.

L'idea di fondo che ha suscitato una scelta siffatta si muove, come è evidente, sul più ampio piano dei principi che segnano il ruolo della giurisprudenza in un ordinamento dato – come quello italiano, a Costituzione scritta e rigida – con evidenti implicazioni problematiche in ordine alla sua collocazione nell'ambito delle fonti (di produzione e/o integrazione) del diritto.

La sezione seconda sarà dedicata alla "rimessione in termini"; in essa, gli approfondimenti saranno calibrati soltanto in ragione della pertinenza, o meno, di detto istituto come rimedio al mutamento di giurisprudenza pregiudizievole per i poteri processuali della parte. In quest'ottica, troverà spazio anche l'esperienza maturata in siffatta direzione nel processo amministrativo, supportata dal dato positivo di riferimento.

Nella sezione terza si entrerà *in medias res*, giacché saranno organizzati i materiali giurisprudenziali e della riflessione dottrinale che, assai di recente, si sono formati sul tema specifico proprio a seguito di taluni (innanzi indicati) cambiamenti di orientamento in materia processuale da parte della Suprema Corte.

Nella conclusiva sezione quarta troveranno sede talune osservazioni ricognitive dei precedenti approfondimenti tematici.

SEZIONE I: IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO

1.- Cenni introduttivi sul ruolo della giurisprudenza: una diacronica visione d'insieme.

• In un notissimo studio di teoria generale del diritto[3], risalente, nella sua prima formulazione, alla fine degli anni '40 del secolo scorso, si affermava che l'interpretazione, anche dove serve a colmare deficienze di norme e a rinvenire per analogia la massima della decisione, rimane pur sempre soggetta alle valutazioni immanenti e latenti nell'ordine giuridico, inquadrato esso stesso nell'ambiente storico e sociologico in cui vive.

Un tale assunto muoveva dalla critica alla pretesa completezza logica dell'ordinamento, per ammetterla soltanto come punto di approdo del processo interpretativo, capace di eliminare le immancabili lacune, così da farsi carico della necessità di un continuo adattamento del diritto scritto e formulato ai mutamenti sopravvenienti nei rapporti della vita e nelle concezioni sociali.

Sicché, l'interpretazione giudica non si sarebbe potuta mai risolvere in una ripetizione meccanica o traduzione letterale delle norme astratte e, dunque, in una pura e semplice "*sussunzione*" ad esse dei casi da decidere, avendo il compito di <<*vivificare mediante un incessante ripensamento, di aggiornare e di rimettere a nuovo – seguendo passo passo il moto perenne della vita sociale – le espressioni e le formulazioni sorpassate, conferendo loro quel valore che, senza distaccarsi e prescindere dal significato originario, sia meglio conforme alle esigenze dell'attualità nella cornice del sistema*>>.

Un processo, questo, sempre legato da un nesso di stretta dipendenza col sistema vigente, tale da attualizzarne una sua virtualità, pur dovendosi distinguere tra interpretazione come "*attività spirituale ricognitiva*" da quella cd. giuridica o di "*attività normativa*".

Sotto il primo profilo, essa avrebbe assunto carattere creativo, ma proprio la sua natura ricognitiva rendeva palese che non si trattava di creatività autonoma, originaria e libera, ma <<*di un ricreare subordinato, derivato, vincolato ad una oggettività (alterità) irriducibile: quella del precetto da interpretare, inquadrato nell'ordine giuridico di cui è parte*>>. Come interpretazione giuridica, fissata da organi di competenza normativa, essa avrebbe spiegato, invece, un'efficacia vincolante, ma non perché ponesse in essere norme valevoli per i consociati in generale, <<*bensì perché individua quello che è il precetto della legge nel caso concreto*>>. Ciò che si viene ad elaborare e creare sono unicamente "*massime di decisione*", le quali non potranno assurgere a norme giuridiche <<*se non in virtù di una fonte di diritto, che ne operi la recezione o, comunque, l'assorbimento nel* jus conditum>>; di qui, la meditata esclusione della attività interpretativa dal novero delle fonti di diritto.

[3] Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 48, 49, 50.

• La ricostruzione autorevole alla quale si è fatto cenno si colloca in un contesto culturale determinato, frutto di elaborazioni stratificate e beneficiario dei contenuti delle correnti di pensiero, non soltanto giuridiche, che hanno segnato la storia degli ultimi due secoli.

Essa apre, peraltro, una stagione in fluente divenire[4].

Nei primi anni 60' del secolo scorso, in un quadro di accentuato giuspositivismo, non ancora messo in crisi dalle correnti di pensiero che avrebbero forgiato la prevalenza dell'argomentazione giuridica sulla logica, la riabilitazione della "*ragion pratica*" e l'emersione prepotente della ermeneutica giuridica, la giurisprudenza, nella sua declinazione tipica di interprete del diritto, viene annoverata non già tra le fonti formali del diritto, ma tra quelle materiali, sicché, nell'elaborazione concettuale di matrice tedesca, l'unico modo per giustificare il passaggio <<*da una serie di singole norme di origine giudiziale individuali a norme di carattere e portata generale, dotate di forza vincolante per successivi giudizi su casi analoghi, è quella del diritto consuetudinario*>>.

Il diritto consuetudinario giurisprudenziale, dotato di durata e stabilità, diventa il veicolo della istituzionalizzazione delle novità giuridiche all'interno dell'ordinamento.

La tesi viene però fatta oggetto di forti critiche (Esser), non soltanto perché le sue conseguenze conducevano ad obiettivi diametralmente opposti a quelli auspicati (determinando così l'isterilimento della capacità innovativa del diritto per via giudiziaria, quale tipico carattere dell'interpretazione non vincolante dei sistemi di *civil law*), ma anche per il suo mascheramento ideologico, che occultava il fatto che l'autorità del diritto di origine giudiziale non poteva che derivare dall'essere "*giusto*" e capace di conformarsi al <<*convincimento giuridico vivente*>>.

Un diverso percorso di riflessione fu intrapreso da chi (Gorla e Kriele) puntava alla forza "*istituzionalizzante della giurisdizione*", determinativa di una "*vincolatività presuntiva*" del precedente di *civil law*, in ragione della influenza, strutturale e non contingente, della prassi giuridica - comprensiva del duplice momento dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto - non altrimenti arrestabile. Un *quid* descritto (Dworkin) come "*forza gravitazionale delle decisioni precedenti*".

In definitiva, la "*vincolatività presuntiva*" veniva ad operare nel senso di sollevare il giudice, che debba esaminare il caso simile a quello in precedenza deciso, da una rinnovata <<*verifica circa la tenuta della* ratio decidendi>>, che è l'elemento il quale <<*viene ad assumere in questo contesto la tradizionale funzione della norma generale ed astratta*>>.

La decisione sul caso singolo in base al "*precedente*" è <<*determinazione del presente sulla base del passato, e dunque delle fedeltà alla comunità giuridica ereditata dalla tradizione, ma che aspira a proiettare il suo senso nel futuro*>>.

Si rompeva così la tradizionale ancillarità del diritto giurisprudenziale rispetto a quello legislativo e si operava un riavvicinamento tra i sistemi di *civil law* e *common law*, là dove, in una sorta di "*circolazione dei modelli*"[5], nei primi si registrava un *surplus* di

[4] Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 9, 14, 17, 29, 34.

[5] Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 26.

vincolatività dei precedenti, mentre nel secondo si veniva ad attenuare la vincolatività assoluta degli stessi.

Con la c.d. "*costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico*", sempre nel segno della centralità del momento interpretativo, si giunge poi a riconoscere il processo di progressiva penetrazione della Carta Fondamentale all'interno di tutti i livelli normativi inferiori, con un'azione pervasiva capace di condizionare non solo il legislatore, ma anche la stessa giurisprudenza.

Di qui, l'affermarsi della c.d. "*interpretazione adeguatrice*" della legge ordinaria alla Costituzione, secondo un tracciato che inevitabilmente si pone sul piano assiologico, quale portato espressivo della costituzionalizzazione dei valori.

Il passo ulteriore è quello dell'ampliamento della rete di rapporti nei quali la giurisprudenza si innesta come virtualità vivificante, dal diritto internazionale a quello comunitario, in un contesto di globalizzazione del diritto alla quale si accompagna una inevitabile erosione delle sovranità statuali e che rende ancor più indecifrabile una lettura del fenomeno con la lente del principio della separazione dei poteri, quale precipitato della stagione dell'illuminismo più rigido.

E, invece, nello spazio frammentato del diritto globalizzato proprio il momento giurisprudenziale sembrerebbe costituire un argine alla carenza strutturale di stabilità e certezza, ponendo al centro della propria azione i diritti umani e costruendo, in ambito unionista, quel "*Multilevel Constitutionalism*", che attinge i contenuti su cui riflettere, ed operare nel concreto, dal patrimonio comune delle tradizioni costituzionali dei Paesi membri dell'Unione, secondo un processo continuo di integrazione giuridica (che mostra di riferirsi a principi non evanescenti, come, per l'appunto, quelli della "*miglior tutela*" e del "*margine di apprezzamento*"), che investe non solo la Corte di giustizia e le Corti nazionali, ma anche, in un dialogo proficuo, la Corte europea dei diritti umani, sommamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ne nasce, pertanto, una lettura che vorrebbe il momento di produzione del diritto sganciato dal dominio assoluto della politica, per riversarsi anche sul piano giurisprudenziale, senza però, per taluni, fugare i dubbi che si pongono sui cardini del sistema democratico, là dove il principio di legalità e quello della certezza del diritto non sono disgiunti dalla primazia del momento della rappresentatività politica.

2.- Muovendo lo sguardo da lontano: la prospettiva comparatista.

2.1.- I sistemi di *common law* e la regola dello *stare decisis*.

2.1.1.- Generalità.

• Nella famiglia giuridica[6] di *common law* la regola dello *stare decisis* esprime il vincolo, per il giudice, di attenersi a quanto è stato stabilito delle sentenze precedenti; dunque, il "*vincolo del precedente*".

[6] Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis,* in *Dig. disc. priv. sez. civ.f,* Torino, 1996, 148 **(all. 1)**.

La regola - mai formalizzata in un atto legislativo, frutto del passaggio da una prassi consolidata all'obbligo giuridico - può avere portata orizzontale o verticale.

In senso verticale, le Corti inferiori sono giuridicamente obbligate a seguire i precedenti decisi da una Corte superiore. In senso orizzontale[7], la Corte è essa stessa obbligata a seguire i propri precedenti. In questa seconda prospettiva, la dottrina del precedente vincolante esprime la funzione nomofilattica della Corte e determina un altissimo grado di stabilizzazione del diritto.

Ciò in particolar modo nella esperienza inglese, nella quale il richiamo della certezza del diritto, in un contesto nel quale è mancata la recezione del diritto romano e che non ha vissuto l'epoca della codificazione, ha comportato una centralizzazione del sistema giudiziario, plasmando il modello stesso dello *stare decisis*[8].

In siffatto ambito, anche là dove non vincolante, il precedente possiede sempre una *persuasive authority*, che va intesa diversamente da quanto è nella tradizione continentale. E difatti, secondo Cross, <<*anche quando la* ratio decidendi *di un caso anteriore è una autorità soltanto persuasiva, essa deve essere seguita in un caso successivo, tranne che il giudice abbia una buona ragion di disapprovarla. Essa costituisce un precedente*>>.

• La dottrina del precedente vincolante è sorta dal fertile *humus* della teoria (Blackstone) che legava il diritto giurisprudenziale (*case law*) al diritto consuetudinario, là dove al giudice non era consentito di creare diritto, ma di riconoscerlo e dichiararlo in ciò che già esso è: consuetudine spontanea *ab immemorabilia*. In tale quadro, il mutamento giurisprudenziale (*overruling*) era ammesso soltanto come ripristinatorio del diritto "giusto", nel senso che il precedente aveva errato nel riconoscere ciò che diritto non era e che si pensava che fosse.

Di qui, per l'appunto, l'efficacia retroattiva del mutamento di giurisprudenza, giacché si radicava sulla dichiarazione per cui tutti i casi in precedenza decisi in base alla regola mutata sono stati, invero, decisi contro il diritto.

In effetti, nell'ottica della dottrina blackstoniana, dichiarativa del precedente, l'efficacia *in posterum* della decisione è logicamente inconcepibile e vissuta come usurpazione di poteri legislativi, oltre ad essere inefficace giuridicamente, giacché l'annuncio dell'applicazione futura di una norma irrilevante per la decisione della controversia *sub iudice* è soltanto un *dictum* non vincolante per la Corte.

Tuttavia, già intorno al 1820, Austin[9] affermava che la teoria dichiarativa era "*una finzione puerile*" e che la *case-law* veniva ad assumere il ruolo di *improper* o *judicial legislation*, là dove poi la stessa *ratio decidendi* era *itself a law*.

Per ripristinare l'ordine all'interno del sistema delle fonti, così da non suscitare attriti con il potere del Parlamento, Lord Campbell affermò, nel 1860-1861, che le decisioni della *House of Lords*, come Corte Suprema, <<*sono dichiarazioni dotate di autorità e definitive dello stato esistente del diritto, e sono vincolanti per la stessa in sede giurisdizionale come per tutti i tribunali inferiori*>>[10], finché non modificate da un atto del Parlamento.

---

[7] Tuttavia, va immediatamente segnalato che, in Inghilterra, il profilo orizzontale dello *stare decisis* è venuto meno, per la *House of Lords*, nel 1966 in base ad un *Practice Statement* del *Judicial Committee*; là dove negli Stati Uniti esso non è stato mai inteso in modo rigido e, comunque, è stato presto abbandonato.

[8] Mandelli, *Recenti sviluppi dello stare decisis in Inghilterra ed in America*, in Riv. dir. proc., 1979, 661 **(all. 2)**.

[9] Mandelli, cit., 662 **(all. 2)**.

[10] Mandelli, cit., 663 **(all. 2)**.

Attualmente, in Inghilterra è opinione dominante che il precedente vincolante sia un *legal source of law* e che la regola da esso derivata (*ratio decidendi*) sia diritto proprio in quanto posta dal giudice e come tale debba essere seguita. Lo *stare decisis* è, pertanto, ricompreso tra i principi fondamentali (*ultimate*) e originari (*underived*), alla stessa stregua della potestà legislativa, giacché non una norma legislativa lo pone, né altro precedente può attribuire ad esso autorità di precedente.

Peraltro, come accennato, in Inghilterra soltanto nel 1966 la Camera dei *Lords* ha superato il principio di vincolatività orizzontale del precedente, che, per più di un secolo, aveva segnato la propria attività giurisdizionale. Sicché, tramite un *practice statement*, emanato in base ad un potere di autoregolamentazione, i *Lords* hanno riconosciuto che la funzione di certezza, alla quale assolve il precedente, non può non essere messa in discussione sino al punto di inibire del tutto lo sviluppo del diritto e così da rendere ingiustizia nel caso concreto. Donde, l'affermazione[11] per cui è possibile <<*dipartirsi dalle precedenti decisioni quando appaia giusto farlo*>>; tuttavia, ciò senza <<*disturbare retroattivamente*>> i rapporti già sorti, in campo civile, e le peculiari esigenze della materia penale.

2.1.2.- Requisiti, condizioni e tecnica dello *stare decisis*.

• Alla luce di una più approfondita ricostruzione, non tutto è *stare decisis*.

La regola opera, anzitutto, solo a livello di corti c.d. *appellate* e vincolante è il punto di diritto e non la ricostruzione del fatto operata dal giudice nella decisione. Il valore precedenziale del caso è, infatti, limitato alla particolare regola o principio di diritto applicato ai fatti e che forma le basi del giudizio della Corte.

• Per comprendere l'affermazione appena riportata, occorre muovere dal più generale rilievo per cui, nel sistema di *common law*, assume importanza, anzitutto, lo stile della sentenza, sensibilmente diverso da quello degli ordinamenti di *civil law*.

In essa campeggia l'*opinion*, che è la discussione in punto di diritto particolarmente approfondita, la quale non si arresta al sillogismo giudiziale, giacché la soluzione che si viene ad adottare non dovrà decidere solo il caso oggetto di immediata cognizione, ma anche ipotetici casi futuri.

In Inghilterra ciascun giudice stende la propria *opinion*, mentre negli Stati Uniti la redazione dell'*opinion* è affidata ad un unico giudice, lasciando la possibilità agli altri di redigere la *dissenting opinion*[12].

L'*opinion*, in sostanza, si identifica con l'argomentazione discorsiva che i giudici utilizzano per motivare la decisione, con la quale la prima non può, però, essere confusa. E tuttavia il precedente non si identifica con la complessiva dissertazione in punto di diritto.

Di qui, l'elaborazione della regola dello "*stare decisis* in senso tecnico" o c.d. "teoria classica" del precedente. Con essa si venne, quindi, ad abbandonare la teoria dichiarativa del precedente, assumendosi invece che la decisione del giudice, allorché affronta un caso per la prima volta, è vera e propria fonte creatrice di diritto.

[11] Riportata da Mattei, cit., 152 **(all. 1)**.
[12] Ciò a seguito della c.d. dottrina Marshall.

La giustificazione teorica della dottrina del precedente si radica nei valori della certezza del diritto, dell'uniformità delle decisioni, della sicurezza delle posizioni soggettive. Ed è conseguenza ovvia quella per cui la verbalizzazione del precedente (*law reporting*) influisce sulla consistenza stessa di valore e forza del precedente; in altri termini, la continua implementazione dei *law reports* (raccolte di giurisprudenza) è <<*ad un tempo causa ed effetto dell'imporsi del diritto giurisprudenziale fra le fonti del diritto*>>[13].

• Come detto, non tutto è *stare decisis*. Occorre, quindi, precisare che questa regola vive di un doppio ordine di contrapposizioni: quella (già esaminata) tra *decision* e *opinion* e quella tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*.

In termine tecnici si utilizza, come sinonimo di *ratio decidendi*, il vocabolo *holding*, che sta per asserire, ritenere, stabilire. Questa è la statuizione della Corte. Nel contesto della decisione, *propositions of law*, *legal doctrines*, *rationes decidendi* rappresentano la vera decisione del caso, ciò che rappresenta il precedente che il giurista deve isolare nell'*opinion*, resecandolo da tutto ciò che è soltanto *dictum*.

Tutto ciò che non è *ratio decidendi* entra, dunque, a far parte degli *obiter dicta*, i quali non possiedono valore vincolante (*authority*), ma tutt'al più valore persuasivo in base al prestigio della Corte che li ha espressi.

La *ratio decidendi*[14] è, invece, <<*una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente*>>; è il <<*principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti, ha determinato quella particolare decisione*>>; essa è fondata sui fatti, <<*ma è capace di essere da questi astratta e generalizzata sotto forma di una proposizione giuridica o di una serie di proposizioni giuridiche*>>. Secondo J. Salmond, <<*la concreta decisione è vincolante tra le parti ma è l'astratta* ratio decidendi *che sola ha forza di legge con riguardo al resto del mondo*>>[15].

• L'enucleazione della *ratio decidendi* è compito della Corte tenuta a seguire il precedente.

Ciò si determina attraverso un primo procedimento induttivo, per cui si provvede a scartare tutti gli *obiter dicta* al fine di cogliere il principio giuridico senza il quale la decisione non sarebbe stata quella effettivamente assunta. A questo punto, occorre portare a piena emersione, in forza di un procedimento deduttivo sillogistico, il principio di diritto (o *ratio decidendi*).

All'esito di tale operazione bifasica entra in gioco la dottrina dello *stare decisis*: il principio di diritto così scorporato dovrà essere applicato dal giudice <<*così come lo trova, a tutti i casi che successivamente si presentano*>>[16]. Sicché, il principio penetra nel mondo del diritto positivo o per opera diretta del legislatore o per opera indiretta del giudice, rinvenendosi la differenza <<*più sul piano del procedimento che su quello dell'autorità*>>.

Un primo corollario è che la decisione non pubblicata nei *law reports* ha lo stesso valore di precedente della decisione pubblicata. Un secondo corollario è che la Corte che giudica non può in nessun caso rendere vincolante una sua affermazione che non

[13] Mattei, cit., 155 **(all. 1)**.
[14] Mattei, cit., 157 **(all. 1)**.
[15] Mattei, cit., 156 **(all. 1)**.
[16] Mattei, cit., 157 **(all. 1)**.

costituisca la *ratio decidendi* del particolare caso; e l'estrazione della *ratio decidendi* avviene da parte della Corte successivamente giudicante. Una volta estratta la *ratio decidendi* da un caso già deciso sorge, per l'appunto, il vincolo che impone di applicare la *legal rule* ad essa connessa.

La *ratio decidendi* esprime una *legal rule* strettamente collegata, pur nella sua astrattezza e generalità, alla situazione di fatto e, in tal senso, risulta di portata più contenuta rispetto al precetto normativo al quale è abituato il giurista di *civil law*.

La correlazione della *ratio decidendi* al fatto comporta che la Corte inferiore potrà non applicarla solo se afferma che essa non si attaglia al nuovo caso di specie, che non è, dunque, "precedente"[17]. Perché ciò accada, occorre che le differenze di fatto non siano inessenziali, richiedendosi non già l'identità dei fatti, ma la sostanziale analogia tra gli stessi, senza differenze rilevanti.

E', questa, la tecnica del c.d. *distinguishing*, là dove il problema del distinguere è considerato inerente al sistema stesso di *stare decisis*, giacché è da intendersi come la lente di messa a fuoco della *legal rule*.

2.1.3.- L'*overruling*.

Ove non vi sia più possibilità di *distinguishing*, sorge, se del caso, l'*overruling* e cioè il potere discrezionale della Corte di discostarsi da un precedente della propria giurisdizione, per l'appunto non distingubile. Là dove è presente lo *stare decisis* non c'è *overruling* e viceversa.

I limiti del potere di *overruling* in capo al giudice di pari livello di quello che ha dettato il precedente sono variamente individuati dalla dottrina.

Pochi problemi si pongono quanto al precedente palesemente errato, che rappresenterebbe un "non diritto". Problemi maggiori determina, invece, il precedente ritenuto "ingiusto" dal nuovo giudice. In base alla teoria classica, il giudice dovrebbe comunque applicare il precedente, facendo così valere il principio della certezza del diritto. E' proprio in tali situazioni che emergono le diversità tra sistemi che si fondano, o meno, sulla regola dello *stare decisis*.

a) L'Inghilterra.

Mentre il sistema degli Stati Uniti è da taluni considerato come un sistema di *stare decisis* temperato dall'*overruling*, diversamente è in Inghilterra, almeno sino al 1966, sebbene il cambiamento abbia riguardato, formalmente, solo la Camera dei *Lords*, tanto che, ancor oggi, la *Court of Appeal* rimane vincolata, almeno formalmente, al proprio precedente, anche se, nella realtà, il sistema si è di molto avvicinato a quello statunitense.

In Inghilterra, una prima eccezione allo *stare decisis* si rinviene sui presupposti stessi della teoria dichiarativa, per cui, constando la *common law* di principi di ragione, giustizia ed opportunità, la regola di un caso poteva da sempre essere respinta se appariva chiaramente irragionevole, ingiusta ed inopportuna. Le ulteriori eccezioni riguardano la scelta tra più *ratio decidendi* contrastanti, l'esonero dal seguire una propria

[17] Evenienza, questa, invero non così rara, posto che due casi del tutto identici non sono così frequenti nella realtà.

ratio decidendi privata di autorità (*overruled*) da parte della *House of Lords* (ora Corte suprema) ovvero determinata *per incuriam*.

Invero, autorevole dottrina inglese ha ammesso che talune <<*ingiustizie potrebbero essere evitate se la decisione in questione fosse annullata con effetto puramente futuro*>>[18], prendendo atto che <<*considerazioni di questa natura hanno portato all'abbandono negli Stati Uniti del principio che l'annullamento deve essere necessariamente retroattivo*>>. Una soluzione che, però, non meraviglia, posto che è stata adottata <<*in un Paese dove la decisione giudiziale può invalidare Statuti*>>.

E, tuttavia, la medesima dottrina rileva che <<*l'annullamento con effetti futuri non è invariabilmente la strada più giusta*>>, in particolar modo se relazionato alla materia penale. Del resto, la problematica è stata oggetto di discussione in seno alla Camera dei *Lords* ed ha evidenziato, da parte di taluni giudici, una ferma opposizione all'introduzione nel sistema inglese della *prospective overruling*[19].

Tali preoccupazioni esprimono coerentemente <<*la risposta alla questione del perché la legislazione parlamentare retroattiva è anatema mentre, anche se equivale a legislazione, l'annullamento retroattivo è stato accettato per più di 500 anni. Questo è sicuramente dovuto al fatto che la sentenza è pensata come qualcosa che si riferisce a eventi passati*>>[20].

Sicché, riflessioni di sistema inducono a chiosare: <<*E' vero che il giudice inglese è - in un grado limitato - uno "sviluppatore" della legge, financo un "legislatore", ma l'altra sua funzione, quella di amministrare la giustizia secondo la legge tra le parti che sono interessate da avvenimenti passati, è senza dubbio la più importante delle due*>>[21].

b) Gli Stati Uniti.

• Più spiccato interesse suscita il sistema americano, dove la critica alla teoria classica dello *stare decisis* è stata portata ad estreme conseguenze, non soltanto tramite l'affinamento di tecniche (*harmonized*, *limited*, *criticized*, *questioned*) che superano le tradizionali impostazioni e distinzioni, ma revisionandola sino a rigettare la contrapposizione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tra *distinguishing* e *overruling*.

In tale sistema[22], l'idoneità del precedente ad imporsi come regola di giudizio viene meno allorché esso contrasti con la logica intrinseca della fattispecie regolata o con i principi di *natural justice*, oppure con le concezioni etiche contemporanee, gli indirizzi politico-amministrativi stabilmente affermati o le condizioni di sviluppo economico.

Tuttavia, un tale "giudizio di irrazionalità" è condizione necessaria ma non sufficiente per l'*overruling*. Ciò in quanto, se da un lato si riconosce alle corti il *power of overrule*, dall'altro, si ammette che <<*le persone che hanno costituito rapporti giuridici regolandosi in base al precedente possono vantare diritti quesiti* (vested rights) *oppure aspettative consolidate* (settled expectations) *che devono essere protetti*>>. Una protezione che si correla

[18] Cross, *Precedent in english law*, Oxford, 1977, 229 **(all. 3)**.
[19] Cross., cit., 232-233 **(all. 3)**, riporta le parole di *Lord* Devlin: <<*Non mi piace questo. Attraversa il Rubicone che divide i poteri giudiziali dai legislativi. Cambia i giudici in legislatori travestiti*>>.
[20] Cross, cit., 233 **(all. 3)**.
[21] Cross., cit., 233 **(all. 3)**.
[22] Mandelli, cit., 668 **(all. 2)**.

in modo stretto <<*alla ragionevolezza dell'affidamento* (reliance) *delle parti al precedente per la previsione di un trattamento giudiziale dei rapporti che si instaurano*>>[23].

• Più in generale, la tutela dell'affidamento, e dunque la stabilità e la certezza del diritto, devono prevalere sul giudizio di irrazionalità, e quindi "sul principio dell'evoluzione", quando si verta sul diritto di proprietà, specialmente in materia di trasferimenti immobiliari, oppure quando si incida sul fondamento giuridico in base al quale molti contratti sono stati conclusi o hanno dato origine a consolidate prassi commerciali. Nel campo penale, poi, l'*overruling* è da evitarsi quando introduca cambiamenti che peggiorano in modo rilevante il trattamento dell'imputato. In tutti questi casi si preferisce, e si sollecita, l'intervento del legislatore oppure si adotta la tecnica della *prospective overruling*.

Maggiore propensione all'*overruling* si registra invece nel settore, a più spiccata elasticità, della responsabilità civile (*torts*).

• Quanto al controllo dell'uso corretto del *judicial lawmaking power*[24], la dottrina ha cercato di individuare quali siano i requisiti sostanziali che la motivazione dell'*overruling decision* dovrebbe soddisfare. L'*opinion* deve fornire le ragioni logico-giuridiche e/o di *policy* che legittimano l'*overruling*, giacché non trova più accettazione la presunzione assoluta di correttezza del precedente, essendo pertanto necessarie le <<*giustificazioni (della decisione) che richiedono un confronto (con altre) prima di poter essere ragionevolmente trascurate o mutate*>>.

Posto, poi, che i giudici non posseggono la stessa discrezionalità e capacità di intervento del legislatore, <<*la nuova norma deve essere collegata a principi già emergenti, anche se in conflitto con altri nell'ordinamento, in base ai modelli accettati di ragionamento giuridico, rendendo esplicite anche le* "non-legal considerations" *che la giustificano e ne spiegano lo scopo*>>. Ulteriore fondamentale requisito è da ravvisare nella <<*formulazione esplicita della nuova norma nei limiti della attuale comprensione del giudice, il quale deve essere seriamente disposto ad applicarla a tutti i casi successivi che non siano onestamente distinguibili*>>.

• Due tecniche vengono segnatamente in rilievo nel sistema statunitense: l'*anticipatory overruling* e la *prospective overruling*.

• L'*anticipatory overruling* si sviluppa in deroga alla sacralità della regola dello *stare decisis* in senso verticale.

L'*anticipatory overruling*[25] si può rendere in questo senso (nella formulazione resa da Note): <<*una Corte inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base di pronunce giudiziarie dei componenti di questa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente*>>[26].

[23] Mandelli, cit., 669 **(all. 2)**.
[24] Mandelli, cit., 670-672 **(all. 2)**.
[25] Mattei, cit., 161-163 **(all. 1)**.
[26] La Corte Suprema degli Stati Uniti non ha mai esplicitamente riconosciuto il potere di *anticipatory overruling* da parte dei giudici inferiori, anche se lo ha sostanzialmente approvato.

Vi è, al tempo stesso, una previsione di risultato ed un fenomeno di *stare decisis* basato non su decisioni precedenti, <<*ma su probabili decisioni future*>>. In questo senso assumono valore sempre più decisivo anche gli *obiter dicta*.

2.1.4.- La *prospective overruling*.

• Ove, poi, l'intervento del legislatore risulti particolarmente disagevole oppure l'*overruling* si renda urgente, lo strumento elaborato dalle Corti americane <<*per evitare il travolgimento dell'affidamento è la limitazione* in posterum *dell'applicazione della nuova norma. L'*overruling decision *annuncia una norma nuova che non verrà applicata, con vari aggiustamenti, alle fattispecie anteriori alla data della decisione: c.d.* prospective overruling>>[27].

La *prospective overruling*[28] si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata.

Ciò viene a contrastare con due dogmi della teoria classica dello *stare decisis*: 1) il fatto che il giudice nel decidere una controversia non crea diritto, ma applica un diritto già esistente; 2) il fatto che solo la *ratio decidendi* e non già l'*obiter dictum* crea regole giuridiche vincolanti nei casi successivi.

Il problema insito al mutamento del precedente è, tuttavia, l'affidamento sulla regola "vecchia" in capo alla parte che lo subisce, meritando protezione le sue aspettative, sicché la decisione è da rendersi ancora in base alla vecchia regola.

Pertanto, al fine di evitare discriminazioni ingiustificate, le Corti usano dettare la disciplina transitoria con una combinazione di retroattività e di efficacia *in posterum*, <<*applicando la nuova norma a tutti i processi iniziati dopo la data dell'annuncio e ad alcuni processi pendenti secondo la fase ed altre circostanze, oppure limitando gli effetti dell'*overruling *esclusivamente al futuro*>>[29].

• La scelta tra efficacia retroattiva ed efficacia in futuro della nuova norma, e le possibili combinazioni di esse, è regolata, come detto da Cardozo[30], <<*non da concezioni metafisiche sulla natura del diritto di produzione giudiziale, né dal feticcio di qualche dogma implacabile, come quello della divisione dei poteri governativi, ma da considerazioni di convenienza, di utilità e dei più profondi sentimenti di giustizia*>>.

Sicché la tecnica della *prospective overruling*, consentendo una adeguata tutela dell'affidamento, <<*ha tolto un freno importante al* judicial restraint*, sebbene voci critiche si*

[27] Mandelli, cit., 671 **(all. 2)**. Nel 1932, il giudice della Corte Suprema Cardozo stese la motivazione della decisione [*Great Northern R. Co. V. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932)] che chiarì che dal punto di vista costituzionale rientra nei poteri della Corte suprema dello Stato <<*scegliere tra la teoria blackstoniana ed il* prospective overruling*, senza differenza tra il mutamento di una norma di* common law *e quello dell'interpretazione di uno* statute>>.
[28] Mattei, cit., 164-166 **(all. 1)**.
[29] Mandelli, cit., 674 **(all. 2)**.
[30] Mandelli, cit., 674 **(all. 2)**.

sono levate da parte di chi ha intravisto il serio rischio di elisione di ogni differenza tra funzione giurisdizionale e legislativa>>[31].

La *prospective overruling* favorisce, quindi, l'evoluzione del diritto, apparendo idonea a costituire <<*il catalizzatore capace di far reagire in maniera costruttiva gli elementi antitetici della continuità e del cambiamento*>>[32].

Nondimeno, anche nel contesto dell'attivismo giudiziale, permane la vitalità della regola dello *stare decisis*, consentendo essa di conseguire obiettivi importanti, come la <<*prevedibilità del trattamento giudiziario dei rapporti che vengono instaurati, la soddisfazione dell'imperativo etico dell'eguaglianza di fronte alla legge ed una maggiore celerità nel disbrigo del normale lavoro giurisdizionale*>>[33].

2.2.- Gli ordinamenti di *civil law.*

2.2.1.- Francia.

• L'art. 5 del codice civile vieta gli *arrêts de règlement* e, tuttavia, come evidenziato dalla dottrina[34], la giurisprudenza della Corte EDU ha sicuramente influenzato quella della Corte di cassazione francese.

• Con una sentenza dell'8 luglio 2004, la seconda sezione civile della Corte di cassazione francese[35] ha per la prima volta fatto ricorso alla tecnica del *prospective overruling* fondandosi sull'art. 6 §1 CEDU.

Invero, nella giurisprudenza della Corte, il riferimento alla disposizione CEDU si rinveniva per negare <<*un diritto quesito ad una giurisprudenza immutabile*>>[36] e, tuttavia, lo stesso art. 6 è divenuto, poi, il fondamento testuale di detta tecnica.

Questa posizione – come osserva ancora la citata dottrina – pone, per l'appunto,

---

[31] Mandelli, cit., 674 **(all. 2)**; Mattei, cit., 164 **(all. 1)**, rileva che, in Inghilterra, le resistenze al pieno recepimento di tale tecnica sorgono proprio dalla considerazione per cui essa appare un forzatura del potere giudiziario sul quello legislativo, al quale soltanto spetta di "regolare il futuro".

[32] Mattei, cit., 164 **(all. 1)**.

[33] Mandelli, cit., 675 **(all. 2)**.

[34] Morvan, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable*, Recueil Dalloz, 2007, 835 **(all. 4)**; Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon,* Recueil Dalloz, 2005, 247 **(all. 5)**.

[35] Cour de cassation, 2° chambre civile, 8 luglio 2004, 01/10426 **(all. 6)**, in cui si afferma: <<*que si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*>> [che, se è a torto che la corte d'appello ha deciso che il richiedente non dovesse reiterare trimestralmente la sua intenzione di proseguire l'azione intentata, la censura della sua decisione non ha riguardato questo capo, in quanto l'applicazione immediata di questa regola di prescrizione nel giudizio in corso porterebbe a privare la vittima di un processo equo, ai sensi dell'art. 6.1. della CEDU].

[36] Cour de cassation, 12° chambre civile, 8 luglio 2004, 03/14717, **(all. 7)**, secondo la quale nella quale: <<*Mais attendu que les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir résultant d'une évolution jurisprudentielle, ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit*>> [Ma atteso che le esigenze di certezza del diritto e la protezione del legittimo affidamento invocate per contestare l'applicazione di una soluzione restrittiva del diritto ad agire che risulta da una evoluzione giurisprudenziale non potrebbe consacrare un diritto quesito ad una giurisprudenza costante, la cui evoluzione appartiene alla funzione del giudice nell'applicazione del diritto].

dei problemi di compatibilità con la proibizione degli *arrêts de règlement*, sebbene si ritenga che l'art. 5 cod. civ. vieti al giudice soltanto di esercitare una potestà legislativa nelle forme e nel modo del legislatore, mentre la Corte di cassazione enuncia il diritto solo in occasione di casi particolari e non legifera mai *ex nihilo*, fuori dai fatti. Non vi sarebbe, dunque, alcuna intromissione nella sfera legislativa o violazione del principio di separazione dei poteri.

In ogni caso, a prescindere dalla portata dell'art. 5 citato, la tecnica della *prospective overruling* si imporrebbe proprio in forza della CEDU. Mentre la nozione di processo equo (art. 6 CEDU) potrebbe sembrare troppo imprecisa, il concetto di equità risulta invece, nel diritto interno, sufficientemente definito per ricorrere a questa tecnica.

Si propone, altresì, l'utilizzo dell'art. 2 cod. civ., che disciplina i principi che regolano l'applicazione delle norme nel tempo e che investe anche il problema della non retroattività di atti legislativi (Cass. soc. 20 ottobre 1994, Bull. civ. V, n. 286).

Diverse soluzioni – si argomenta ancora nei contributi in esame – permetterebbero di modulare nel tempo il cambiamento di giurisprudenza: 1) la soluzione nuova si applica alle situazioni o atti posteriori alla sentenza e, in applicazione del principio di eguaglianza davanti alla giustizia, anche ai casi pendenti (caso della Corte di giustizia nel rinvio pregiudiziale); 2) la soluzione nuova si applica solo alle istanze o atti successivi alla sentenza (il ricorrente all'origine del cambiamento giurisprudenziale non ne trae beneficio – soluzione adottata dalla Corte di cassazione nella sentenza sopracitata del 8 luglio 2004); 3) la nuova soluzione si applica in una data futura, determinata o meno dal giudice.

Al fine di circoscrivere la *prospective overruling*, la dottrina in questione è favorevole alla limitazione di essa alla sola Corte di cassazione (preferibilmente in adunanza plenaria) e non alle corti d'appello, reputando che sia proprio il diritto processuale il <<*terreno naturale*>> della sua applicazione (applicazione concreta dell'articolo 6 della CEDU o ogni volta che il giudice ammette una nuova eccezione ad una procedura); là dove, invece, nel diritto del lavoro si scenderebbe su di un <<*terreno più politico*>>, pur riconoscendosi che, in quell'ambito, il ruolo creativo della giurisprudenza della sezione sociale della Corte può avere degli effetti considerevoli soprattutto in considerazione degli effetti retroattivi delle convenzioni, degli accordi collettivi o di altri piani sociali.

Quanto, poi, al "diritto repressivo", si è rilevata la problematicità specifica di esso in rapporto all'art. 7 CEDU, che enuncia il principio di legalità dei delitti e delle pene e comprende il diritto sia di fonte legislativa che giurisprudenziale. Di qui, la possibile contraddizione tra il contemplato principio di non retroattività della legge penale, che è invece principio costituzionale nel diritto francese, con l'ulteriore interrogativo sulla tollerabilità, o meno, della retroattività della giurisprudenza penale ove assimilabile alla legge penale stessa.

Infine, in riferimento ad altri "diritti", la tecnica anzidetta potrebbe trovare ingresso in ogni ambito nel quale l'equità (obiettiva o soggettiva) trova applicazione e, quindi, nelle azioni di nullità, di responsabilità e in quelle relative allo stato o al patrimonio delle persone, giacché il giudice potrebbe circoscrivere la retroattività – manifestamente non equa – di un determinato orientamento della giurisprudenza.

2.2.2.- Spagna.[37]

• L'art. 1 del codice civile, al comma 1, stabilisce che: <<*Le fonti dell'ordinamento giuridico spagnolo sono la legge, la consuetudine ed i principi generali del diritto*>>[38]; nel successivo comma 6 si precisa: <<*La giurisprudenza completa l'ordinamento giuridico mediante principi giurisprudenziali consolidati del* Tribunal supremo *nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, della consuetudine e dei principi generali del diritto*>>[39].

• Quanto, poi, al regime processuale civile, in forza della più recente legge n. 1 del 2000 (*DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*), rilevano, in seno alla disciplina del "*recurso de casación*", le seguenti disposizioni:

- art. 477 (*Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación*), il cui comma 3 recita. <<*Si ritiene che un ricorso ha un "interés casacional", quando la sentenza impugnata si opponga a giurisprudenza consolidata del Tribunale supremo o riguardi questioni sulle quali esiste un contrasto nella giurisprudenza delle Audiencias Provinciales o applichi norme in vigore da meno di cinque anni, sempre che in quest'ultimo caso non esista già una giurisprudenza del Tribunale supremo riguardante norme precedenti di contenuto uguale o similare*>>[40]*;*

- art. 487 (*Sentencia. Efectos*), il cui comma 3, ultima parte, stabilisce: <<*Il dispositivo della sentenza emessa in cassazione in nessun caso si ripercuoterà sulle situazioni giuridiche create da altre sentenze, diverse da quella che era stata impugnata, che fossero state invocate*>>[41];

- art. 490 (*Resoluciones recurribles en interés de la ley*), che ammette, al comma 1, il ricorso nell'interesse della legge, <<... *quando esiste un contrasto nell'interpretazione di norme processuali*>>[42];

- art. 493 (*Sentencia*), che prevede: <<*La sentenza emessa nei ricorsi nell'interesse della legge rispetterà, in ogni caso, le situazioni giuridiche private derivate dalle sentenze impugnate e, se il ricorso fosse accolto, il dispositivo fisserà la doctrine – ovvero, l'accoglimento non produce effetti sulle parti, ma è diretto solo a mantenere l'unità della giurisprudenza. In questo ultimo caso, la sentenza sarà pubblicata nel Bollettino ufficiale dello Stato e, una volta pubblicata, completa l'ordinamento giuridico, obbligando tutti i giudici e tribunali del ramo civile diversi dal Tribunale supremo a seguirla*>>[43].

---

[37] Per le citazioni che seguono si veda: **(all. 8)**.

[38] "*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho*".

[39] "*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho*".

[40] *"Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido".*

[41] *"Los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado".*

[42] *"para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales…".*

[43] *"La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo".*

• Particolarmente significativi sono i lavori preparatori (*Exposición de motivos*) relativi alla citata legge n. 1 del 2000, là dove al § XIV, si afferma che: <<*In un sistema giuridico come il nostro, in cui il precedente è privo di forza vincolante – attribuita solo alla legge e alle altre fonti del diritto oggettivo – non difetta e non deve difettare un interesse rilevante da parte di tutti alla singolarissima efficacia esemplare della dottrina legata al precedente, non vincolante, ma dotato di una particolare autorevolezza giuridica*>>[44].

Si aggiunge poi: <<*Da ciò, il c.d. interés casacional […] si oggetivizza […] con l'esigenza che la decisione della causa violi la legge sostantiva, ma è conforme anche quando la pronuncia si opponga ad una giurisprudenza consolidata del Tribunale supremo (o, se del caso, dei tribunali superiori di giustizia) o riguardi questioni sulle quali esiste un contrasto nella giurisprudenza delle Audiencias provinciales*>>[45].

Quanto al "*recurso en interés de la ley*", nel successivo § XV si precisa che: <<*Non si tratta di un vero ricorso in senso stretto poiché la sentenza di accoglimento non revocherà un'altra sentenza che ancora non sia definitiva*>>[46]. Ed ulteriormente si puntualizza: <<*Tra le sentenze emesse dal Tribunale supremo in virtù di questo strumento e le sentenze pronunciate dal Tribunale costituzionale nel proprio ambito di competenza non manca una doctrine giurisprudenziale che funge da guida per l'applicazione e l'interpretazione delle norme processuali in termini di certezza del diritto e di eguaglianza, [doctrine] compatibile e armonica con la libertà di decidere propria del nostro sistema e con l'opportuna evoluzione della giurisprudenza*>>[47].

Conclusivamente si rammenta, dunque, che: <<*nel nostro sistema giuridico, la giurisprudenza o il precedente godono di rilevanza pratica per la loro autorevolezza e forza esemplare, ma non per la loro forza obbligatoria*>>[48].

Rimane, pertanto, confermata l'osservazione della dottrina processual-comparatista[49] secondo la quale non è dato ravvisare nel sistema spagnolo <<*alcun vincolo del* tribunal supremo *all'osservanza dei prorpri precedenti, né alcun vincolo che imponga determinatamente e specificamente, e non solo* de facto*, al giudice di merito la conoscenza e la interpretazione dei precedenti giurisprudenziali oltre che delle norme di legge*>>, non potendo

---

[44] *"En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica"*.

[45] *"De ahí que el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objetive en esta Ley, no sólo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia) o sobre asuntos o cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales"*.

[46] *"No se trata, es cierto, de un recurso en sentido propio, pues la sentencia que se dicte no revocará otra sentencia no firme"*.

[47] *"Entre las sentencias que dicte el Tribunal Supremo en virtud de este instrumento y las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional en su ámbito propio, no faltará una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para la aplicación e interpretación de las normas procesales en términos de seguridad jurídica e igualdad, compatibles y armónicos con la libertad de enjuiciamiento propia de nuestro sistema y con la oportuna evolución de la jurisprudencia*".

[48] *"en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante"*.

[49] Briguglio, *"Creatività" della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1375 e 1377 **(all. 9)**.

dirsi verificato, in quel sistema, <<*un effettivo "passaggio" della giurisprudenza dall'attuazione alla posizione di* regulae iuris>>.

2.2.3.- Germania.

• La giurisprudenza delle Corte suprema non è una fonte di diritto ma una fonte "di cognizione del diritto" (*Rechtserkenntnisquelle*). Di conseguenza, in linea di principio, il cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale si estende anche ai c.d. *Altfälle* (a "casi vecchi" ovvero a negozi giuridici conclusi nel passato) ed ha pertanto un effetto retroattivo.

Il cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale con effetti per il passato viene inquadrato come una problematica inerente alla tutela del legittimo affidamento, sebbene la definizione della stessa sia controversa[50].

• In linea di principio, si tiene conto del *legittimo affidamento* nei casi in cui la giurisprudenza venga elevata *quasi* al *rango normativo*, quindi ad esempio nei casi in cui una determinata materia che non è stata regolamentata dalla legge ovvero lo è stata in maniera approssimativa, sia stata oggetto di una *creazione giurisprudenziale di diritto* (*praeter legem* – mai però *contra legem*).

Diversamente, l'affidamento nella giurisprudenza relativa a norme che hanno *un'alta densità di regolamentazione* non è meritevole di tutela. In tal caso un cambiamento dell'orientamento è infatti solitamente prevedibile. Peraltro, un legittimo affidamento si potrebbe creare nei casi in cui la giurisprudenza rendesse principi generali e regole di base (magari poco definiti) sempre *più concreti e puntuali*.

• Di importanza centrale per la tutela del legittimo affidamento è *l'effetto diretto della giurisprudenza sulla condotta* dei destinatari delle norme che hanno nutrito affidamento nella stessa. Si distingue al riguardo tra la creazione giurisprudenziale di diritto (diritto giurisprudenziale) e l'interpretazione giurisprudenziale del diritto. Nell'ultimo caso, la tutela dell'affidamento può solo riguardare – in casi eccezionali di particolare e di irragionevole durezza – le conseguenze della condotta ma non la legittimità della condotta stessa. Si deve effettuare una ponderazione degli interessi coinvolti.

• Un criterio importante è inoltre la *prevedibilità* del cambiamento della giurisprudenza nonché *l'intensità dell'effetto* che si produce per il *passato*. Mentre un effetto retroattivo del "diritto giurisprudenziale" relativo alle conseguenze giuridiche (cioè nei rapporti esauriti) non è, in principio, ammissibile, l'effetto retroattivo del "diritto giurisprudenziale" relativo alla fattispecie normativa stessa (nei rapporti in corso) è ammesso se risulta prevedibile e ragionevole (rispetto all'affidamento nutrito) (si richiama quindi la distinzione sviluppata dalla giurisprudenza costituzionale). In questo caso viene solitamente effettuata una ponderazione degli interessi coinvolti.

[50] Per una visione d'insieme e per ulteriori richiami, Briguglio, cit., 1379-1382 **(all. 9)**.

• Nella prassi, si può osservare come la Corte federale del lavoro[51] escluda l'effetto retroattivo di una nuova creazione giurisprudenziale fino al momento della sua prevedibilità avvalendosi in proposito del c.d. "*prospective overruling*".

• La Corte federale suprema[52] non sembra seguire delle linee chiare, ma si è talvolta avvalsa del "*prospective overruling*", ha quindi annunciato che un suo nuovo orientamento troverà applicazione solo a partire da una certa data (di regola futura).

• Anche la Corte federale delle finanze[53] (competente in materia fiscale) ha fatto uso di questa prassi. La questione se tale modo di procedere ossia l'"annuncio di un cambio di giurisprudenza" sia ammissibile o meno, è controversa. In particolare, risulta problematico il fatto che la giurisprudenza si vincoli per il futuro ad un determinato orientamento, mentre appare meno preoccupante che l'annuncio "distrugga" un affidamento preesistente.

• In dottrina tale prassi giurisprudenziale è oggetto di critiche e ci si augura un intervento del legislatore o quantomeno l'emanazione di linee guida più chiare da parte della giurisprudenza. Si evidenzia anche che la legge stessa prevede alcuni strumenti per rimediare all'effetto retroattivo. Ad esempio, la colpa, il dolo od anche il buon costume devono essere stabiliti al momento della condotta stessa ovvero della conclusione del contratto; inoltre, vengono richiamati il principio della buona fede, il principio della cessazione della base negoziale, la possibilità di adattare il contratto, la ponderazione di interessi, l'attenuazione delle conseguenze, ad esempio, tramite la prescrizione breve.

2.2.4.- Svizzera.

Un accenno soltanto sembra opportuno al codice civile svizzero (ZGB)[54], il quale, nella struttura complessiva, non va oltre la generale delineazione di ciascun istituto giuridico, lasciando al giudice il compito di elaborare la regola da applicare al singolo caso concreto.

Il ruolo centrale della giurisprudenza è, quindi, indirettamente confermato dalle naturali lacune del testo che il giudice è chiamato ad integrare. Ciò è palese nell'art. 1,comma 2, che recita: <<*Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. Nel fare ciò egli dovrà ispirarsi alla dottrina più consolidata e alla giurisprudenza già formata*>>.

Nonostante l'importanza dell'articolo in questione, data la sua nuova impostazione antidogmatica ed antipositivistica del rapporto tra giudice e legislatore, si registra una scarsa applicazione della stessa da parte della giurisprudenza elvetica.

---

[51] Cfr. BAGE 45, 277, 288; BAGE 117, 281; BAGE 27, 113 ss., BAGE 116, 326 (in cui si annunciava semplicemente un futuro cambiamento dell'orientamento senza precisarlo verificatosi poi in BAGE 18.4.2007, NZA 2007, 965).

[52] Cfr. BGH 7.3.2007, VIII ZR 125/06, juris; BGH 21.1.2002, II ZR 2/00, BGHZ 150, 1,5; BGH 154, 370, 377 ss.; BGH 153, 311, 326; BGH 7.4.2003, BB 2003, 1081; BGH 23.1. 2003, NJW 2003, 1805.

[53] Cfr. ad esempio BFH 17.12.2007, GrS 2/04.

[54] Varano-Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, Torino, 2006, 154-156.

3.- La posizione delle Corti "europee" sovranazionali.

E' di tutta evidenza l'importanza che, nell'attuale interazione tra ordinamenti e relative giurisdizioni, assume il "punto di vista" del diritto sovranazionale e ciò ancor più all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del riconoscimento, in esso (art. 6, par. 1), da parte dell'Unione, dei <<*diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali*>> (c.d. Carta di Nizza), alla quale viene assegnato lo <<*stesso valore giuridico dei Trattati*>[55].

• La Corte europea dei diritti dell'uomo[56] assume, anzitutto, che il termine "legge", contenuto in più articoli della Convenzione (tra cui quelli da 8 a 11), include sia il <<*diritto scritto che il diritto non scritto*>>.

Quanto poi all'espressione "prevista dalla legge", o "conformemente alla legge", due condizioni emergono da esse.

In primo luogo, la "legge" <<*deve essere sufficientemente accessibile: il cittadino deve disporre di informazioni sufficienti , nelle circostanze del caso, circa le norme giuridiche applicabili ad un determinato caso*>>.

In secondo luogo, è da considerare "legge" <<*solo una norma formulata con sufficiente precisione da consentire al cittadino di stabilire la sua condotta; circondandosi qualora necessario di consulenti, deve essere in grado di prevedere, ad un grado ragionevole nelle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto specifico*>>. Tali conseguenze <<*non devono essere prevedibili con assoluta certezza*>> e, inoltre, <<*la certezza, sebbene sia altamente auspicabile, a volte è accompagnata da un'eccessiva rigidità; o la legge deve adattarsi alle situazioni mutevoli*>>.

Viene ulteriormente puntualizzato[57] che una legge <<*che conferisce un potere di valutazione non è incompatibile in sé con tale richiesta, a patto che la durata e le modalità di esercizio di un tale potere siano definiti con sufficiente chiarezza, visto lo scopo legittimo perseguito, per dare all'individuo una protezione adeguata contro l'arbitrio*>>.

Con specifico riferimento all'art. 7 CEDU, che sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene ed il principio che impone di non applicare la legge penale ampiamente a discapito dell'imputato, anche per analogia, si afferma[58] <<*che un reato deve essere chiaramente definito dalla legge*>>.

Una tale condizione è soddisfatta allorché l'individuo <<*può sapere, a partire dalla formulazione della disposizione in materia (articolo 7) e, se necessario, attraverso la sua interpretazione da parte dei giudici, quali atti e omissioni implichino la sua responsabilità penale*>>.

Si ribadisce, dunque che il concetto di "diritto" (*Law*) <<*corrisponde a quello di "legge" contenuta in altri articoli della Convenzione, ed include il diritto sia di origine legislativa che giurisprudenziale ed implica dei requisiti qualitativi, tra l'altro quelli di accessibilità e prevedibilità*>>.

---

[55] Il tema, di respiro amplissimo e sufficientemente noto, non può essere, per ovvie ragioni di economia, oggetto di approfondimenti in questa sede, quanto soprattutto ai rapporti di interferenza delle decisioni dei Giudici europei sull'ordinamento nazionale. Per eventuali indicazioni, si rinvia alla Rel. n. 76 del 2010, predisposta da quest'Ufficio, su <<*Il dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali. La prospettiva della Corte Suprema di Cassazione*>>, Roma, 1 giugno 2010;

[56] Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times/Royaume Uni,* stralcio **(all. 10)**.

[57] Corte EDU, sent. 22 ottobre 1996, *Wingrove/Royaume Uni,* stralcio, **(all. 11)**.

[58] Corte EDU, sent. 22 ottobre 1996, *Cantoni/France*, stralcio, **(all. 12)**.

In riferimento, quindi, alla nozione di "prevedibilità", si riconosce la ineliminabile componente di <<*discrezionalità giudiziale, dato che vi sarà sempre la necessità di chiarire dei punti controversi e di adattarla alle circostanze di specie*>>. Sicché, un <<*margine di dubbio relativamente ai fatti limite non rende di per sé una disposizione imprevedibile nella sua applicazione*>>.

Peraltro, si soggiunge che <<*la portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo di cui si tratta, dal campo che copre così come dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari*>>, non opponendosi detto concetto <<*a ciò che la persona riguardata sia portata a ricorrere a dei consigli illuminati per valutare, ad un grado ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze potendo risultare da un atto determinato*>>.

La Corte individua, poi, nel momento di verificazione del mutamento giurisprudenziale che si allinei alla propria giurisprudenza[59] il termine dal quale poter utilizzare il ricorso ai sensi dell'art. 35, § 1, Cedu.

• L'assunto sulla irretroattività di una nuova interpretazione della norma da applicare al caso in decisione è enunciato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE (ora UE) [60] prendendo spunto dagli orientamenti formatasi in seno alla Corte di Strasburgo. A tal riguardo è ricorrente il richiamo all'art. 7, n. 1, della CEDU, con riferimento alle norme penali, con conseguente acquisizione nel patrimonio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, quale parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza.

Pertanto, anche nelle pronunce del giudice di Lussemburgo si rinviene l'affermazione sulla duplicità di contenuti, legislativo e giurisprudenziale, della nozione di "diritto" di cui al citato art. 7. Sicché, si puntualizza che l'irretroattività investe anche l'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa, e ciò alla luce <<*dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione*>>.

Si recupera anche la nozione di "prevedibilità" elaborata nel più ampio spazio europeo della Convenzione, facendo dipendere questa <<*dal contenuto del testo di cui si tratta, dal settore interessato nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari*>>.

E' la stessa Corte di giustizia a riconoscere che un siffatto orientamento si specchia nell'indirizzo esegetico, costantemente ribadito, secondo il quale l'obbligo del giudice nazionale di riferirsi al contenuto della direttiva nell'interpretazione delle norme rilevanti del suo diritto nazionale <<*incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e d'irretroattività*>>.

L'interpretazione giudiziale non si può spingere, dunque, sino a determinare, a carico di un soggetto privato, un obbligo previsto da una direttiva non recepita, <<*né, tanto meno, può comportare l'effetto di determinare o aggravare, in forza della direttiva e in*

[59] Corte EDU, sent. 29 marzo 2006, *Cocchiarella/Italie* e Corte EDU, sent. 27 marzo 2003, *Scordino/Italie*.

[60] Le pronunce prese in esame sono le seguenti: CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone/ Commissione* **(all. 13)**; CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, *Dansk Rørindustri e a./Commissione* **(all. 14)**.

mancanza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni comunitarie>>.

Sembrerebbe, tuttavia, che il fenomeno dello "sviluppo giurisprudenziale" costituisca, per la Corte di giustizia, un paradigma suscettibile di consentire un ampliamento stesso della nozione di "diritto", come in precedenza evidenziato, includendovi anche gli "orientamenti" espressi dalla Commissione in ordine alle condotte raccomandabili in materia di concorrenza, la cui violazione comporta la sanzione dell'ammenda. Ciò in quanto l'adozione di norme di comportamento quali gli orientamenti <<*può produrre alcuni effetti rispetto al principio d'irretroattività*>>[61].

• Si è osservato[62] che le implicazioni sistematiche della via prescelta dal giudice comunitario – nel ricondurre in seno al principio di irretroattività delle norma penale sfavorevole anche l'interpretazione giurisprudenziale dalla portata non prevedibile al momento della commissione dell'infrazione – siano di grande rilievo, sia per l'assunta concezione "pluralistica" delle fonti, concentrando <<*sul "diritto", e non solo sulla legge, le esigenze di certezza e di garanzia sottese al principio si irretroattività in materia penale*>>, sia per il collegamento <<*tra principio di legalità e quello di colpevolezza, valorizzando il ruolo della prevedibilità ai fini del controllo sulla conformità delle previsioni sanzionatorie comunitarie al primo principio*>>.

Peraltro, si è notato che, nell'ordinamento interno, il fenomeno della c.d. "retroattività occulta" della norma penale *contra reum* potrebbe trovare due tipi, alternativi, di soluzione: 1) il riconoscimento in favore dell'imputato <<*della rilevanza scusante delle ignoranza inevitabile della legge penale*>>, in ragione dell'art. 5 cod. pen., in base ai noti principi fissati dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale; 2) l'estensione <<*delle garanzie del principio di irretroattività della legge penale alle interpretazioni giurisprudenziali*>>, per l'assimilazione del *revirement* giurisprudenziale *in malam partem* allo *jus superveniens*, in forza di un meccanismo analogo, per l'appunto, a quello della *prospective overruling*, per cui il mutamento di giurisprudenza vale soltanto *pro futuro*.

4.- L'ordinamento italiano.

4.1.- Il "problema" della giurisprudenza come fonte del diritto.

• E' opinione diffusa[63], corredata dai dati positivi, quella per cui la giurisprudenza non è annoverata tra le fonti del diritto.

L'art. 1 delle Preleggi non fa ad essa riferimento alcuno; nel nostro ordinamento non è contemplata la regola dello *stare decisis* e il giudice è vincolato soltanto dalla legge

[61] Nel commento a CCGE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, Simoncini, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1960, rileva un legame tra principio di irretroattività, avente come contenuto la "ragionevole prevedibilità" delle condotte autorizzate e vietate dalle norme, con il principio del legittimo affidamento, <<*facendo convergere su questo il merito del problema e venendone a rappresentare quasi un corollario*>>.

[62] Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattivà e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una nuova "frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale (nota a CGCE, 8/2/2007, C-03/06 P)*, in Cass. pen., 2007, 2202 e ss.

[63] Per tutti, ricognitivamente, si veda Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc dir.*, Milano, 2002, agg. VI, 871-912 **(all. 15)**; Inzitari, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contr. imp.*, 1988, 526-530 **(all. 16)**.

(art. 101, secondo comma, Cost.) e secondo le regole ermeneutiche da essa stabilite (art. 12 Preleggi)[64], tra le quali <<*non si rinvengono criteri che consentano al giudice di operare un riferimento alla giurisprudenza al fine di chiarire il significato di una norma o di colmare una eventuale lacuna*>>.

Al di là poi delle obiezioni di carattere filosofico-politico, riconducibili al principio della separazione dei poteri[65], si ravvisa un ostacolo di carattere logico-sistematico[66]. Le fonti di produzione giuridica in senso tradizionale non sono condizionate, nella loro efficacia, da un'adesione discrezionale data di volta in volta dal giudice o da altro operatore, ma hanno effetti obbligatori propri, a carattere continuativo e gerarchicamente individuato: valore di legge, di regolamento, di consuetudine. Rispetto a ciò, la giurisprudenza presenta invece delle anomalie: ancillarità, trasversalità, condizionalità e diversificazione di effetti; la sua attitudine è quella di porre regole aventi durata e paradigmaticità, ma non dotate, in aggiunta, di ricorsività *ex se*. Essa spende sempre il nome di altra fonte anteposta, riportandosi dunque, sia pure indirettamente, alla volontà della legge o, comunque, ad un fatto normativo presupposto. Sicché la giurisprudenza non può avere un livello suo proprio, un posto assegnato, nella gerarchia delle fonti, ma prende, di volta in volta, quello spettante alla fonte o alle fonti invocate o presupposte nel provvedimento giurisdizionale. Con ciò, si reputa opportuno definire la giurisprudenza non già come fonte del diritto, ma – secondo una felice formula di Gorla - "fattore del diritto". Essa, infatti, esprime l'indole discrezionale e creativa della giurisprudenza evitando le aporie di una sua riconduzione, *tout court*, tra le fonti di produzione.

• Nondimeno, in seno alle posizioni appena richiamate è parimenti diffusa la convinzione che la giurisprudenza, sebbene non occupi un posto di fonte formale del diritto, assuma tuttavia un ruolo fondamentale <<*nella attività decisionale del giudice e quindi nelle argomentazioni dei giuristi*>>[67].

• Se tale è l'orientamento che di massima raccoglie i maggiori consensi, occorre, però, dare conto di quell'altro versante della dottrina, il quale coagula posizioni inclini a ravvisare nella giurisprudenza un ruolo dai tratti diversamente delineati[68].

[64] Sebbene proprio dall'art. 12 citato lo stesso Inzitari tragga la convinzione di un riferimento indiretto al ruolo formale della giurisprudenza nella formazione del diritto e cioè quello ai "principi generali dell'ordinamento giuridico", al cui fondamento contribuisce, per l'appunto, la tradizione giurisprudenziale; analogamente sarebbe da intendersi il richiamo dell'art. 1173 cod. civ. ad "ogni altro atto o fatto idoneo" a produrre obbligazioni, "in conformità dell'ordinamento giuridico".

[65] Marinelli, cit., 903, **(all. 15)** ritiene però che l'argomento si presta ad essere utilizzato in modo reversibile, giacché, proprio alla luce della divisione dei poteri, la giurisprudenza potrebbe reclamare a buona ragione un proprio spazio di autonomia.

[66] Marinelli, cit., 905-906 **(all. 15)**.

[67] Inzitari, cit.., 527-528 **(all. 16)**.

[68] Anche in questo caso i riferimenti dottrinali saranno estremamente circoscritti, privilegiandosi contributi ricognitivi – come per l'accenno innanzi fatto all'orientamento prevalente – ovvero esprimenti posizioni in qualche modo singolari.

• Un primo approccio[69] muove dalla duplice natura "creativa"[70] della giurisprudenza, che verrebbe a declinarsi in "creatività come libertà" e "creatività coma autorità".

Sotto il primo profilo[71], si postula a monte un'incertezza strutturale nel riconoscimento delle norma vigente, tale che non possa mai aversi per la soluzione del caso concreto <<*un'unica norma possibile*>>, con la conseguenza che lo stesso diritto positivo rappresenta esso stesso, <<*per un dato problema*>>, un <<*ampio ventaglio di soluzioni possibili*>> nel quale viene a radicarsi la decisione del giudice che non può mai mancare (divieto del *non liquet*). Se, dunque, entro quel "ventaglio di soluzioni" occorre una scelta, la giurisprudenza è tenuta a farla, anche in base a criteri valutativi non strettamente desumibili dal diritto positivo vigente. Di qui, l'aspetto delle <<*creatività come libertà nei confronti (sia pure normalmente all'interno) del diritto positivo*>>.

Sotto il profilo della creatività come autorità viene, poi, in rilievo il carattere di "fonte" della giurisprudenza[72]. La tesi è tributaria della prospettiva "effettivistica", nel senso che la natura di fonte del diritto è riconoscibile <<*se le proposizioni da essa formulate sono effettive, cioè almeno autorizzate o autorevoli*>>, non essendo tutto il diritto originato da atti di posizione, ma da <<*processi di positivizzazione, progressivamente*>>. In tale ottica, perde di importanza la distinzione tra fonti di cognizione e fonti di produzione, giacché tutte le "aspiranti-fonti" partecipano, indifferentemente, delle une e delle altre e, quanto alla giurisprudenza, risultando per essa calzante <<*il criterio della "fonte irrecusabile di cognizione"*>>, nel senso che essa <<*diviene pienamente fonte, si ha pieno diritto giurisprudenziale, quando non è più possibile citare la legge contro il suo commento giurisprudenziale*>>.

• Sempre nel segno del principio di effettività, come condizione di esistenza di ogni ordinamento, è la posizione[73] di chi, raccogliendo pregresse ed autorevoli sollecitazioni culturali, ribadisce il concetto per cui <<*una norma diviene effettiva a seconda di come viene interpretata*>>. Il processo di verifica della validità della norma necessita, dunque, della mediazione dell'interprete, tramite il quale la "disposizione", cioè l'enunciato letterale, diviene, per l'appunto, "norma", assumendo il significato attribuito ad essa dall'interprete medesimo, secondo la variabile dello spazio e del tempo nella quale si realizza il momento esegetico. In altri termini, il giudice, nella sentenza, traduce la disposizione legislativa in norma, <<*ma enuncia anche una disposizione che a sua volta dovrà essere interpretata dal destinatario, parte nel giudizio*>>.

La funzione nomopoietica è, dunque, distribuita variamente tra tutti i soggetti che sono investiti, dall'ordinamento, di autorità precettiva, con ciò dovendosi collocare la

---

[69] Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza: I) Teoria generale,* in *E.G.I.*, Roma, 1989, 1-9 **(all. 17)**.

[70] Calvano, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.,* 1996, 1279-1301, ricorda che per Rodotà il problema vero è, in ogni caso, quello del <<*quanto di politicità e di creatività è inscindibile dallo svolgimento dell'attività giudiziaria ed è compatibile con gli equilibri di un moderno sistema di democrazia*>>.

[71] Lombardi Vallauri, cit., 2-3 **(all. 17)**.

[72] [72] Lombardi Vallauri, cit., 4-6 **(all. 17)**.

[73] Roselli, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto,* in *Riv. dir. civ.,* 1998, II, 23-32 **(all. 18)**.

giurisprudenza tra le fonti del diritto, da annoverarsi tra le "fonti fatto", che vanno distinte da quelle formalmente qualificate come tali.

La giurisprudenza come fonte del diritto assume però connotati propri, quali quelli della flessibilità o relatività, nel senso che dal precedente è possibile discostarsi per gravi ragioni. Inoltre, essa è caratterizzata dal "dogma della retroattività", giacché il giudice non crea il diritto, ma lo dichiara.

• Uno spessore peculiare riveste, poi, l'approfondimento[74] che muove dalla distinzione, nell'ambito della classificazione delle fonti del diritto italiano, tra "fonti di disposizioni" e "fonti senza disposizioni", alla quale corrisponde, in grandi linee, quella tra "fonti atto", tra cui annoverare, per antonomasia, la legge, e "fonti fatto", alle quali appartiene, massimamente, la giurisprudenza e, con essa, il precedente giudiziario.

La teorica in esame pone quale premessa l'assunto per cui l'efficacia delle fonti del diritto non è sempre identica a sé stessa, ma <<*consiste in una pressione sui destinatari delle norme affinché ne osservino il comando la quale è variamente sanzionata e talvolta non è sanzionata affatto*>>. L'efficacia persuasiva è certamente ravvisabile anche in riferimento ai precedenti desumibili dalle sentenze dei giudici italiani (non solo della Corte di cassazione) e ciò è un dato di diritto positivo, che emerge dal principio generale dello *stare decisis*, il quale si desume, nel nostro ordinamento, dal principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.), per cui casi analoghi devono essere giudicati, per quanto possibile, in modo analogo[75].

Una tale fonte opera come fonte-fatto, in quanto la norma che da essa scaturisce non si identifica nel dispositivo e nella motivazione di una determinata sentenza, ma nella *ratio decidendi* e, dunque, <<*nel principio di diritto cui il giudice si è uniformato per decidere uno o più casi e la cui individuazione richiede di norma un'interpretazione dei relativi provvedimenti*>>. Essa è, poi, una fonte culturale, in quanto appartenente ad una certa categoria, che si identifica con il ceto dei giuristi.

Ulteriore connotato è quello di essere "fonte produttiva di norme interpretative", giacché <<*i precedenti sono principi di diritto individuati in occasione della pronuncia di concrete decisioni, le quali sono istituzionalmente destinate a dare applicazione alle norme derivanti dalla legge o da altre fonti del diritto*>>. Sicché, non potendo che assegnare ad esso una valenza interpretativa, il precedente si presenta come "meta-fonte", con la conseguenza che è impossibile <<*assegnarlo ad un determinato grado nella gerarchia delle fonti*>>. Diversamente dalla norma interpretativa emanata dalla legge (o da un regolamento) e, dunque, da una fonte con una propria collocazione nella gerarchia delle fonti, assumendo così lo stesso grado della fonte da cui emana, è assente invece ogni possibilità <<*di identificare la* vis *normativa del precedente con riferimento alla sentenza da cui è ricavato ma con la quale … non si identifica nemmeno nei casi, peraltro eccezionali, in cui la sentenza ha sotto altro aspetto efficacia normativa (in tal caso compresa nella sua efficacia di giudicato)*>>. Ne consegue che l'efficacia del precedente si identifica <<*in quella delle norme interpretate alle quali viene imputato il principio di diritto che costituisce il contenuto del precedente*>>.

---

[74] Pizzorusso, *Fonti del diritto (Art. 1-9 disp. prel.),* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca,* a cura di Galgano, II ed., Bologna-Roma, 2011, 140, 141, 705-732 **(all. 19)**.

[75] E' particolarmente evidente l'osmosi culturale da Gorla, su cui si ritornerà in seguito.

Altra caratteristica del precedente è la sua efficacia "necessariamente retroattiva". Essa deriva dall'essere esso, per l'appunto, "meta-fonte", con relativa natura dichiarativa e, per ciò stesso, retroattiva, propria del resto delle norme interpretative prodotte da altre fonti.

L'inconveniente della retroattività è stato risolto, nel diritto americano, tramite l'istituto della *prospective overruling*, che, però, sembra difficilmente compatibile con l'ordinamento italiano, ove sarebbe necessario introdurre un rimedio analogo per via legislativa[76]. Invero, la *prospective overruling* si fonda sull'ampia libertà interpretativa dei propri poteri da parte degli stessi giudici; fattore, questo, che, nel nostro ordinamento, è riscontrabile soltanto nella discrezionalità con la quale la Corte costituzionale determina, in una certa misura, l'efficacia nel tempo delle proprie decisioni.

4.2.- segue: il profilo dinamico della giurisprudenza (dal "diritto vivente" alla "interpretazione adeguatrice").

• L'endiade "diritto vivente", nella sua accezione più generale e forse originaria[77], promuove il concetto di diritto che "vive" come regola espressa dalla collettività dei consociati ed è impressa nel tessuto sociale; essa – quale formula entrata a far parte del lessico della Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 276 del 1974 – si presta, segnatamente, a definire l'oggetto stesso del sindacato di costituzionalità, inteso come norma che vive nella realtà concreta e, dunque, in quella dell'applicazione giudiziale.

• Il "diritto vivente", secondo la Corte costituzionale[78], viene ravvisato nell'<<*orientamento stabilmente consolidato nella giurisprudenza*>>, tale che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, <<*vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte*>>, attivata tramite l'incidente di costituzionalità.

• Anche la figura del "diritto vivente" , o diritto "applicato"[79], sembra, dunque, incline ad evocare, addirittura, una rivisitazione della teoria delle fonti o, comunque, una lettura dell'ordinamento giuridico in termini di effettività, il cui fulcro sarebbe dato proprio dall'interpretazione giurisprudenziale e, sommamente, da quella della Corte di cassazione in funzione nomofilattica[80].

• Chi[81] muove da un concetto "dilatato" di effettività, assume l'esistenza della norma soltanto all'esito dell'attività ermeneutica, sicché essa è unicamente quella che

---

[76] Analoghe perplessità, motivate anche in ragione dell'ancoraggio del nostro sistema al valore dichiarativo della giurisprudenza, esprime: Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano,* in *Foro it.*, 2006, V, 280-285 **(all. 20)**.

[77] Morelli, *Il "diritto vivente" nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* in *Giust. civ.*, 1995, 169-179 **(all. 21)**; Santorelli, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia,* in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale,* a cura di Femia – Rassegna di diritto civile, Napoli, 2006, 509-561; Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente,* in *Giur. cost.*, 1986, I, 1152 ss.

[78] Si veda ad es., Corte cost., sent. n. 350 del 1997.

[79] Mengoni, *Diritto vivente,* in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1990, 450.

[80] Evangelista-Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente,* in *Foro it.*, 2005, V, 84.

[81] Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione,* in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, 352.

vive nel momento dell'applicazione giudiziale e, dunque, nel suo attagliarsi al caso concreto, per poi ritornare ad essere mero testo suscettibile di nuove esegesi.

• Altri[82], ravvisando nella tesi anzidetta una sensibile frizione con gli equilibri istituzionali, là dove si rischierebbe di affidare al giudice la "creazione" del diritto, predilige una prospettiva "oggettiva", ravvisando nel "diritto vivente" un fenomeno <<*per un verso legato alla natura assiologia della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale*>>.

Un fenomeno complesso in cui la giurisprudenza opera in funzione accertativa, e non creatrice, per cui il "diritto vivente" esiste non per effetto dell'interpretazione dei giudici, bensì "al momento" di essa. Il limite della norma è dato dal "significante testuale", ma questo è elastico e tollera modulazioni, le quali sono imposte, dinamicamente, dall'irrompere della dimensione assiologica della norma, volta alla protezione di un interesse meritevole di tutela. Sicché, la norma <<*di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale*>>[83]. E, tuttavia, la *regula iuris* non è elemento in sé "autoconchiuso", bensì segmento di una architettura più complessa, in relazione reciproca con altri elementi della stessa natura, che viene a determinare un circuito di interferenza tra le varie disposizioni. Una siffatta dinamica non è da reputarsi intrinsecamente originata dall'interpretazione, ma da essa indipendente; l'esegesi è, però, momento insopprimibile per disvelarne la portata e per far emergere all'esterno il processo formativo del contenuto della norma e cioè di un diritto che, dopo esser stato posto, <<*continua a vivere* ex se *modificandosi nella realtà*>>[84].

• La stessa Cassazione mostra, del resto, piena consapevolezza sull'essenzialità del proprio ruolo di costruzione del "diritto vivente", allorquando individua nell'interpretazione, che essa stessa somministra nella funzione istituzionale di nomofilachia, il momento topico di evoluzione della "disposizione" in "norma"[85]. A tal fine, il giudice di legittimità osserva, icasticamente, che <<*nel sistema costituzionale delle fonti la disposizione è considerata parte di un testo non ancora conformato dal lavorio interpretativo, mentre la norma, in un'accezione più ristretta di quella comunemente adoperata, è un testo già sottoposto ad elaborazione interpretativa rilevante*>>. Con la precisazione di rilievo che l'attività di interpretazione <<*comporta pur sempre una serie di scelte o di opzioni tra i diversi significati desumibili dal testo della disposizione o ritenuti possibili alla stregua dei principi costituzionali*>>. Sono tali operazioni interpretative, <<*da non considerare come momenti di precomprensione* (Vorverstandiss)>>, che, dunque, <<*vengono a determinare la formazione di*

[82] Tra questi, Morelli, cit., 173 **(all. 21)**.
[83] Morelli, cit. 174 **(all. 21)**.
[84] Morelli, cit. 175 **(all. 21)**.Un precipitato della tesi della legge che muta e si evolve nel tempo (*living rule*) viene ravvisato – dallo stesso A., 176-179 - nelle decisioni di incostituzionalità sopravvenuta o di "accoglimento datate", per la quali la norma è "entità mobile" che consente alla Corte costituzionale di operare una "scissione sul piano diacronico" della sua vigenza, al fine di individuare il momento esatto in cui si è verificata la collisione col parametro costituzionale.
[85] Si veda Cass., Sez. U, sent. n. 7194 del 2 agosto 1994 (Rv. 487627) **(all. 22)**.

un "diritto vivente" in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta, introdotta in una certa epoca dal legislatore>>.

• Non può, tuttavia, negarsi che l'ulteriore evoluzione della ermeneutica costituzionale abbia spostato l'asse di equilibrio sulla c.d. "interpretazione adeguatrice" del giudice comune[86].

• E', difatti, affermazione ormai costante della giurisprudenza della Corte costituzionale quella per cui, allorquando la disposizione di legge si presti ad una pluralità di interpretazioni diverse, il giudice, che ne deve fare applicazione, ha il dovere di prediligere l'opzione ermeneutica che appaia maggiormente conforme a Costituzione, evitando così di proporre una questione di legittimità[87]. Peraltro, l'esercizio di siffatti poteri interpretativi non è precluso neppure in presenza di "orientamento giurisprudenziale univoco" e, dunque, di un diritto vivente[88]. Tant'è che <<*la mancata verifica preliminare da parte del giudice rimettente, nell'esercizio dei poteri ermeneutici riconosciutigli dalla legge, della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il superamento di tali dubbi, o da renderli comunque non rilevanti nel caso di specie, comporta l'inammissibilità della questione sollevata*>>[89].

Si richiede al giudice, dunque, un vero e proprio sforzo interpretativo che consenta di ricavare dalla disposizione legislativa oggetto di delibazione un significato normativo che non si ponga in contrasto con le previsioni della Costituzione. Ciò, però, senza travalicare il dato testuale della disposizione stessa, col rischio che il giudice riscriva il testo di essa, allineandosi ad una tradizione di sindacato diffuso di costituzionalità, diverso e divergente da quello, proprio del nostro ordinamento, del sistema "accentrato".

La Corte costituzionale ha, infatti, puntualizzato che il dovere di pervenire ad una interpretazione adeguatrice si arresta là dove <<*la lettera della norma sia tale da precludere ogni possibilità ermeneutica idonea a offrirne una lettura conforme a Costituzione*>>[90].

In altri termini, <<*l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale*>>[91].

• Si è, però, rilevato[92] che la pressione dell'esigenza di inveramento dei principi e di rinvenimento di una soluzione soddisfacente ed adeguata alla questione controversa, che fa leva sulla magistratura, la quale si avvale dei testi di legge, non può che giustificare una concezione più elastica delle disposizioni legislative e in definitiva ridurre al minimo quel nocciolo di significato, intaccato il quale possa dirsi spezzato il grado di resistenza interna delle disposizioni stesse.

---

[86] Ne dà contezza lo studio di Amoroso, cit..
[87] Tra le più recenti, Corte cost., sentenze n. 17 del 2010, sent. n. 263 del 2009 e sent. n. 305 del 2008.
[88] Si veda, tra le tante, Corte cost., ordinanze n. 3 del 2002, n. 367 del 2001, n. 358 del 2000.
[89] In tal senso, nel solco di una fermissima giurisprudenza, Corte cost., sent. n. 192 del 2007; ord. n. 117 del 2009.
[90] Così Corte cost., sent. n. 343 del 2006.
[91] Corte cost., sentt. n. 26 del 2010 e n. 219 del 2008.
[92] Sorrenti, *La Costituzione "sottintesa", in Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario del 6 novembre 2009, Palazzo della Consulta, Roma, Milano 2010, 11.

• Il fenomeno complessivo appena descritto trova una comune chiave di lettura, nell'ambito del costituzionalismo[93], in quella che è definita come la "teoria dei valori", ma che, al suo interno svolgersi, compendia posizioni diversificate e non sempre conciliabili, giacché oscillanti tra quelle che prediligono netti rapporti di prevalenza fra valori costituzionali, tali da generare relazioni stabili e, dunque, capaci di <<*sottrarre ai giudici il potere di riformulare continuamente le gerarchie assiologiche*>>, e quelle che, invece, propendono per una prevalenza, quasi assoluta, delle circostanze fattuali plasmatrici del valore stesso, tanto da configurare la Costituzione come un sistema "anarchico" di valori, tollerando quindi <<*una dose non lieve di incertezza e imprevedibilità delle pronunce giurisdizionali per garantire il più rapido e flessibile adattamento della legalità alle aspettative di tutela che si levano dal caso concreto*>>.

Cerca di conciliare gli opposti la tesi, in qualche modo intermedia, di chi[94], pur negando la sovrapposizione delle opzioni culturali liberamente create dai giudici alle scale di preferenza che possono desumersi dalle norme costituzionali, ritiene che <<*le singole norme definiscono specifici rapporti di prevalenza assiologica, dunque gerarchie non universali, ma puntuali, relative a una certa materia, o che il criterio di ordinazione dei valori risiederebbe nella forma politica dello Stato democratico*>>. E' una posizione che opera una mediazione tra il rischio di manipolazione del parametro costituzionale ad opera dell'interprete ed il pericolo di conchiudere in una gerarchia monolitica l'universo dei valori presente in Costituzione.

• Sia pure in estrema sintesi[95], occorre evidenziare che l'interpretazione adeguatrice si estende ormai all'ambito sovranazionale, in riferimento al diritto comunitario (ora, unionista) ed alla disciplina della CEDU.

Quanto al primo, il giudice nazionale ha l'onere di sperimentare, fin che possibile, nei limiti di quanto consentito dalla formulazione normativa, la c.d. "interpretazione conforme" e cioè di accertare che l'eventuale contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non possa essere superato in via ermeneutica[96]. Presidio definitivo di un siffatto percorso obbligato, proprio perché volto al superamento di dubbi interpretativi ineliminabili in merito al contenuto delle norme e dei principi europei[97], è il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato U.E. (*ex* art. 234 del Trattato CE).

In ordine all'ambito CEDU, il giudice nazionale riveste il ruolo di "giudice comune della Convenzione" e come tale è investito del potere-dovere <<*di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza*

[93] Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, relazione al convegno: *Valori e Costituzione: a cinquant'anni da Ebrach*, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009, sul sito Web di detta Università e in corso di pubblicazione.
[94] Scaccia, cit.
[95] Sul punto - e, ancor prima, sul modularsi del rapporto tra ordinamenti - si rinvia, nuovamente, alla Rel. n. 76 del 2010, predisposta da quest'Ufficio.
[96] Cfr. sent. n. 190 del 2000 e sent. n. 28 del 2010.
[97] Non già, quindi, ove il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per l'effetto di un precedente intervento esegetico da parte della Corte di giustizia. Sul rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale, si veda l'ord. n. 103 del 2008.

è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti>>[98]. Il *modus operandi* del giudice nazionale in caso di ipotizzato conflitto tra una norma interna ed una norma CEDU dovrà essere quello di attivarsi, in prima battuta, per giungere, nei limiti di quanto consentito dalla formulazione della disposizione ed alla luce degli ordinari canoni di ermeneutica giuridica, ad una "interpretazione conforme" della norma interna a quella pattizia. In quest'opera, l'interprete dovrà avere riguardo alla <<*giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente*>>, in modo tale da rispettarne la "sostanza"[99].

4.3.- Il "precedente" nel sistema italiano.

In questo quadro più ampio si può, finalmente, procedere ad esaminare quale valore e portata siano stati ascritti, da dottrina e giurisprudenza, al precedente giudiziario nel nostro ordinamento.

• In una visione d'insieme, il "precedente" è stato definito[100] come <<*decisione giudiziaria anteriore, considerata nel suo valore orientativo rispetto al giudizio attuale, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto*>>. Il valore regolativo del precedente - si è precisato - è l'attitudine di esso a fungere da modello delle decisioni successive, manifestando in tal modo, secondo una funzione stabilizzatrice, l'unità dell'ordinamento giuridico.

Il problema dell'efficacia del precedente, vincolante o meramente persuasiva, è <<*il crocevia obbligato di una rilevante serie di questioni afferenti al ruolo svolto dal giudice nell'ambito del sistema, ed alla salvaguardia dei valori, talvolta antinomici, della certezza del diritto e dell'uguaglianza davanti alla legge da un lato, della ricerca della giustizia del caso concreto dall'altro*>>[101].

• La sua specificità si coglie – secondo l'orientamento maggioritario[102] - nei caratteri propri dell'attività giudiziaria e, segnatamente, nella soggezione del giudice alla legge e nell'obbligo di motivazione (art. 111 Cost.). Esso segna il modo di essere e di evolversi della giurisprudenza, ma la sua vincolatività è un problema del legislatore, nel senso che per affermarsi ha necessità del suo riconoscimento; mentre, la persuasività è fenomeno legato alla tradizione e prescinde da scelta legislative.

• Il precedente, dunque, non può operare, di regola, come *regula iuris* in un giudizio successivo, a differenza di quanto accade per il giudicato – che, peraltro, la giurisprudenza di legittimità più recente assimila agli elementi normativi astratti[103] - ed

---

[98] Il principio dell'interpretazione conforme è stato più volte enunciato dalla Corte di Strasburgo; per tutte, si veda Corte EDU, 27 marzo 2003, Scordino, in *Foro it.*, 2003, IV, 361. Quanto alla Corte costituzionale, si veda, oltre alle c.d. "sentenze gemelle" (sentt. nn. 348 e 349 del 2007), la recente sent. n. 1 del 2011.

[99] In tal senso, la stessa europea Corte EDU, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03, ma anche la Cass., Sez. I, sent. 20 maggio 2009, n. 10415.

[100] Marinelli, cit., 872-874, **(all. 15)**.

[101] Meruzzi, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. imp.*, 2000, 38-46 **(all. 23 *bis*)**.

[102] Per tutti, anche ricognitivamente, Marinelli, cit. **(all. 15)**.

[103] In tal senso Cass., Sez. U, sent. n. 24664 del 28 novembre 2007 (Rv. 600071). Successivamente, In senso conforme, tra le altre: Cass., Sez. L, sent. n. 10537 del 30 aprile 2010 (Rv. 613478); Cass., Sez. I, sent. n. 21200 del 5 ottobre 2009 (Rv. 610451); Cass., Sez. L, sent. n. 2732 del 5 febbraio 2008 (Rv. 601509). Peraltro, Cass., Sez. U,

il principio di diritto enunciato dalla cassazione ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ[104]. Nella valenza eminentemente persuasiva del precedente si radica, pertanto, la piena discrezionalità del giudice di mutare la propria giurisprudenza.

Nel caso del sistema italiano[105], in cui l'art. 101 Cost. garantisce la piena libertà interpretativa del giudice, questi, nondimeno, prenderà in considerazione il "rischio" che la propria decisione, dissonante rispetto alla giurisprudenza pregressa, possa essere riformata. Sicché, lo strumento principe, in grado di preservare detta libertà interpretativa e garantire l'aspettativa ragionevole che la decisione non venga riformata, è la motivazione adeguata del dissenso, ove ci si voglia discostare dalla giurisprudenza consolidata.

• E, tuttavia, il vincolo del precedente è un "vincolo di sistema" e cioè <<*discende dal fatto stesso che ciascuna decisione non sta a sé, ma si inserisce in un flusso giurisprudenziale che contribuisce a modellare l'ordinamento giuridico e, per ciò stesso, non può prescindere da un minimo di coerenza sistematica*>>[106].

• Ciò non toglie che il riferimento al precedente nella decisione giudiziale è prassi anche nei sistemi a diritto legislativo, come è testimoniato, anzitutto, dalla diffusione delle raccolte di giurisprudenza e dalla presenza di norme che attengono o presuppongono i precedenti giudiziari, come l'art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), sul compito di nomofilachia della Corte di cassazione[107], ed il successivo art. 68, sulla regolamentazione dell'Ufficio del massimario presso la stessa Corte, quanto all'attività di estrazione delle massime dalle sentenze del giudice di legittimità.

• Si ritiene[108], altresì, che il principio di cui all'art. 65 anzidetto abbia trovato raccordo nell'art. 363 cod. proc. civ., da cui la possibilità di una pronuncia della Cassazione "nell'interesse della legge" al solo fine di rimuovere l'efficacia di precedente alle sentenze, e nell'art. 384 cod. proc. civ., sull'enunciazione del "punto di diritto", al quale il giudice del rinvio deve uniformarsi.

Ulteriore trama normativa che sorregge la teoria sulla persuasività "forte" del precedente è costituita:

- dagli artt. 374 cod. proc. civ. e 618 cod. proc. pen., sulla pronuncia a Sezioni Unite per l'eliminazione, preventiva o successiva, di contrasti giurisprudenziali;

---

sent. n. 11501 del 9 maggio 2008 (Rv. 603167) ha esteso l'applicazione dei canoni ermeneutici prescritti dagli artt. 12 e ss. disp. prel. cod. civ. a tutti i provvedimenti giurisdizionali, in quanto dotati di "vis imperativa" e indisponibilità per le parti, risolvendosi la relativa esegesi nella ricerca del significato oggettivo della regola o del comando di cui il provvedimento è portatore.

[104] Rordorf, cit.., 282 **(all. 20)**.

[105] Bifulco, cit., 44.

[106] Rordorf, cit., 282-283 **(all. 20)**.

[107] Pizzorusso, cit., 717-719 **(all. 19)** rammenta che, nel diritto italiano, lo Statuto albertino (art. 73) riservava al potere legislativo "*l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio*"; espressione scomparsa nell'evoluzione successiva, che, invece, ha visto affermarsi, per l'appunto, il principio, espresso dal citato art. 65 ord. giud.; funzione nomofilattica che è, implicitamente, ma indubbiamente, riconosciuta dall'art. 111 Cost., che eleva a principio costituzionale il ricorso per cassazione.

[108] Pizzorusso, cit., 719-721 **(all. 19)**.

- dall'art. 393 cod. proc. civ., sull'estinzione del giudizio con conservazione degli effetti della sentenza della cassazione;

- dall'art. 118, comma terzo, disp. att. cod. proc. civ., sul divieto di citare la dottrina, ma non già i precedenti (secondo la formulazione originaria).

Peraltro, si osserva, ancora, che, nel caso di sentenze di accoglimento delle questioni di costituzionalità, il precedente è vincolante, così come lo è la statuizione interpretativa delle norme comunitarie data dalla Corte di giustizia, ai sensi della disciplina (già) recata dall'art. 234 del Trattato[109].

Ulteriore ipotesi è, poi, quella del vincolo derivante da precedente della Corte di cassazione al giudice di una diversa causa del merito in base all'art. 64 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e, successivamente, in base all'art. 420-*bis* cod. proc. civ.; si tratta di vincoli, però, procedurali, non essendo il giudice del merito spogliato dei propri poteri decisori[110].

• Con riferimento specifico all'art. 374 cod. proc. civ., riformato dal d.lgs. n. 40 del 2006 - per cui la singola sezione della Corte di cassazione, la quale ritenga di non condividere un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni Unite, è tenuta a rimettere nuovamente la questione a queste ultime - si è osservato[111] che la disposizione ha una <<*forte valenza di principio, non foss'altro perché è la prima volta che si afferma nel nostro ordinamento un (sia pur circoscritto) valore legale del precedente*>>. Inoltre, la norma stessa sembrerebbe destinata a porre in risalto il problema dell'*overruling* della Cassazione rispetto alla propria precedente giurisprudenza e che si anniderebbe nella finzione per cui <<*la nuova interpretazione giurisprudenziale altro non farebbe che correggere un precedente errore per far finalmente emergere il vero significato che la norma sin da principio aveva*>>. Si tratterebbe, per l'appunto, di una costruzione astratta, ma non priva di conseguenze assai concrete: <<*perché ne deriva che il nuovo orientamento è destinato ad incidere su tutte le cause e su tutti i rapporti giuridici in corso, con un inevitabile effetto di spiazzamento per coloro che quelle cause avevano intrapreso o quei rapporti avevano posto in essere facendo ragionevolmente affidamento sul "diritto vivente" fino ad allora conosciuto*>>.

• Nell'ordinamento italiano – si è ancora affermato[112] – la "presunzione a favore del precedente", esaltata nella funzione nomofilattica della Corte di cassazione, si coglie nella vocazione all'"autoreferenzialità", intesa come prassi o stile di richiamare i propri precedenti, anche nei casi di svolte giurisprudenziali e ciò nel tentativo di fondare una soluzione in linea con la tradizione.

Del resto, un argomento a favore della "presunzione del precedente" è proprio quello della prevedibilità degli effetti della decisione sulla sfera individuale e, dunque, della certezza del diritto. In tal senso, appare rilevante la tendenza, presente in molti ordinamenti di *civil law*, alla previsione di norme processuali volte ad evitare decisioni

[109] Marinelli, cit., 880 **(all. 15)**.
[110] Auletta, *Profili nuovi del principio di diritto (il "vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite")*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di Fazzalari, Napoli, 2006, 6-7.
[111] Rordorf, cit., 284 **(all. 20)**.
[112] Bifulco, cit., 75.

c.d. "a sorpresa" e ciò soprattutto tramite il coinvolgimento delle parti nel contraddittorio nelle questioni di diritto che potrebbero ad esso rimanere estranee[113].

L'istanza della prevedibilità si ricollega ai principi di imparzialità ed eguaglianza ed è l'argomento più forte non tanto a favore della vincolatività del precedente, ma dell'<<*obbligo di prendere in considerazione il precedente stesso*>>[114].

Un siffatto ruolo del precedente sarebbe corroborato dalla nuova versione dell'art. 384 cod. proc. civ., là dove si richiede la enunciazione del principio di diritto in tutti i casi di decisione del ricorso e, dunque, anche nel caso di rigetto dello stesso, così da dare ad intendere che il principio di diritto stesso possa spiegare efficacia di precedente.

La funzione del principio di diritto, pertanto, non è solo quella di indirizzare il giudice di rinvio, <<*ma anche quella di rendere manifesta l'opinione della Corte sulla questione decisa, pur quando tale opinione resti priva di effetti sul caso concreto*>>[115]. E la regola vale non solo per la violazione e falsa applicazione di norme sostanziali, ma anche per quelle processuali.

La conseguenza è che la funzione di nomofilachia verrebbe ad essere esercitata in occasione di qualsivoglia controversia in cui sorga una singola e specifica questione di diritto[116]. In tal senso il legislatore avrebbe ritenuto che il principio di diritto non sia volto a rimuovere la violazione di legge già avvenuta, bensì a prevenire violazioni future che potrebbero darsi in casi futuri identici o simili[117], accordandogli quindi l'efficacia di precedente. Tuttavia, se questa era l'intenzione del legislatore, gli strumenti utilizzati sono sembrati inadeguati, giacché sarebbe stato opportuno attribuire al principio di diritto l'efficacia di <<*un vincolo* defeasible*, efficace in linea di massima e salva fatta la possibilità, per un giudice successivo, di adottare un diverso criterio di decisione*>>[118] e ciò sommamente nei casi in cui si sia venuta a formare una diversa interpretazione da parte dello stesso giudice di legittimità.

Ulteriore soluzione avrebbe potuto essere quella di operare sull'efficacia orizzontale del principio di diritto, ossia sull'efficacia delle stesse decisioni successive della Corte, prevedendosi la possibilità di *overruling* dei suoi precedenti <<*solo in caso di apprezzabili ragioni da esplicitare nella motivazione della decisione*>>[119].

• Portata netta nello stesso senso di implementazione della funzione di nomofilachia, e dunque della forza del precedente, assumeva l'art. 366-*bis* cod. proc. civ., sul quesito di diritto (ora abrogato) ed assume, attualmente, l'art. 360-*bis* cod. proc. civ., inserito dall'art. 47 della legge n. 69 del 2009, che stabilisce la "inammissibilità del ricorso" per cassazione (primo comma, n. 1), <<*quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della*

[113] Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 32.
[114] Bifulco, cit., 46.
[115] Così, in particolare, Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 766.
[116] Bifulco, cit., 76
[117] Taruffo, cit., 774
[118] Taruffo, cit., 774; vedi anche Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 66.
[119] Bifulco, cit., 77; Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, cit., 775.

Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa>>[120].

Ma nella stessa ottica non può non leggersi la coeva riforma dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., in base all'art. 52 della citata legge n. 69 del 2009. Il legislatore è, infatti, intervenuto con detta disposizione precisando che <<*La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*>>.

A tal riguardo, si è riconosciuta[121] una vera e propria "efficacia formale" del precedente, secondo una precisa scelta legislativa in linea con la tendenza, già espressa dal novellato art. 374 cod. proc. civ., di <<*valorizzare la esistenza del precedente come strumento formale di stabilità e di razionalizzazione*>>. Con ciò palesandosi coerenza tra giudizio di legittimità e funzione della Cassazione <<*di fornire la regola del giudizio, idonea a valere come criterio di chiarificazione e di indirizzo per la decisione di casi analoghi*>>.

Sicché, l'esigenza di "certezza del diritto", cui è sottesa la necessità di stabilità delle decisioni e, dunque, l'attività interpretativa in funzione nomofilattica, viene a realizzarsi nell'attuazione del "giusto processo", strumentalmente alla realizzazione della tutela sostanziale; nel contempo, la nomofilachia richiede "un'opera adeguatrice", che dimostra come la stessa "certezza del diritto" non significhi immutabilità, così da accreditare un "cultura del precedente" in <<*linea di evidente continuità con una concezione dialetti*ca>> della nomofilachia stessa[122].

• Quanto all'intensità del precedente, essa dipende da una pluralità di fattori: a) il precedente proveniente dall'organo di ultima istanza prevale sugli altri provenienti dalle sentenze dei giudici dei gradi intermedi; b) il precedente proveniente dal giudice di ultima istanza possiede maggiore intensità persuasiva se la norma non è stata in precedenza interpretata dagli altri giudici; c) l'intensità persuasiva del precedente dipende anche dall'efficienza di un sistema di documentazione di essi che li renda conoscibili concretamente (si pensi all'opera dell'Ufficio del Massimario); d) maggior efficacia avrà il precedente che si identifica con la *ratio decidendi* della sentenza rispetto all'argomentazione collaterale[123].

• Una tesi[124], in particolare, ha cercato di superare il punto di vista tradizionale, della mera forza persuasiva del precedente, sostenendo l'esistenza di un dovere "giuridico-funzionale", in capo a tutti i giudici, di merito e di Cassazione, di conoscere e seguire i precedenti delle giurisprudenza di legittimità, massimamente se espressione delle Sezioni Unite. Tale dovere, originato dal combinato disposto degli art. 65 ord. giud. e 111 Cost., sotto il profilo dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari, e dal quale ci si può discostare soltanto <<*motivando e allegando gravi*

[120] Sulla menzionata norma si tornerà in prosieguo.
[121] Morcavallo, *Sistema di principi e tutela dei diritti,* in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di Ianniruberto-Morcavallo, Milano, 2010, 7, 8, 13, 14 **(all. 23)**.
[122] Si veda anche Senese, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia,* in *Foro it.*, 1987, V, 256.
[123] Pizzorusso, cit. 728 **(all. 19)**.
[124] Gorla, *Precedente giudiziale,* in *E.G.I.*, Roma, 1990, 1-14 **(all. 24)**; Gorla, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 489-510.

motivi>>, sarebbe volto a realizzare il principio della uniforme interpretazione della legge e con esso una condizione di eguaglianza effettiva dei cittadini davanti alla legge stessa[125].

Peraltro, sempre nel contesto della teorica in esame, si è affermato che , in ogni caso, pur prescindendo dal carattere giuridicamente vincolante del precedente, l'osservanza relativa si fonda sul principio dell'affidamento di chi ha compiuto certi atti o tenuto certi comportamenti.

La tutela dell'affidamento riguarda anzitutto la parte del processo, ma si estende anche a coloro che, in situazioni analoghe, verranno investiti dalla portata della nuova decisione. Si evoca, in tale prospettiva, la certezza del diritto, che verrebbe però messa in discussione dalla dottrina del carattere delle decisioni giudiziali come "dichiarative del diritto" e come tali retroattive, che si sovrapporrebbero dunque alle altre decisioni precedenti. Sicché, l'*overruling* si impone soltanto in casi di mutamenti delle condizioni economico-sociali, ovvero ancor prima nel caso di erronea interpretazione di un testo legislativo o per la scoperta di leggi contraddittorie o abrogate. Soltanto in siffatte ipotesi il mutamento potrebbe comportare <<*il sacrificio degli affidamenti fatti sulla precedente giurisprudenza*>>.

4.4.- Funzione interpretativa e valore del precedente: l'autopercezione del giudice di legittimità.

Non è frequente rinvenire nella giurisprudenza di legittimità riflessioni specifiche sui presupposti concettuali che connotano l'attività esegetica propria dello *jus dicere*. Tuttavia, non mancano puntuali riferimenti in tal senso e, finanche, considerazioni, in taluni casi particolarmente argomentate, sul valore del precedente giudiziario costituito dal principio di diritto enunciato dalla stessa Cassazione.

• Muovendo dal profilo che più direttamente coinvolge il piano dell'interpretazione – e rammentandosi quanto già in precedenza evidenziato allorché si fatto cenno, in riferimento alla portata del "diritto vivente" nella sua dimensione "evolutiva", a Cass., Sez. U, sent. n. 7194 del 1994[126] – particolare rilievo riveste, anzitutto, la posizione assunta dalle stesse Sezioni Unite – Cass., Sez. U, sent. n. 21095 del 4 novembre 2004 (Rv. 577944)[127] – sul valore solo ricognitivo della giurisprudenza, quale precipitato della natura dichiarativa dell'interpretazione giurisprudenziale. In tal senso, netta è l'affermazione per cui <<*anche in materia di usi normativi* [si trattava della nota questione della capitalizzazione degli interessi bancari]*, così come con riguardo a norme di condotta poste da fonti-atto di rango primario, la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto di sillogismi decisori, non può essere altra che quella ricognitiva, dell'esistenza e dell'effettiva portata, e non dunque anche una funzione creativa, della regola stessa*>>.

---

[125] Un richiamo in tal senso si rinviene anche in Galgano, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. imp.*, 2004, 1-12 **(all. 24 *bis*)**.
[126] Si veda § 4.2., **(all. 22)**.
[127] **(all. 25)**.

Il corollario è che, in presenza di una precedente interpretazione che supponga, erroneamente, l'esistenza di una regola in realtà insussistente, la successiva ricognizione correttiva ha <<*una portata* naturaliter *retroattiva, conseguendone altrimenti la consolidazione* medio tempore *di una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero con ciò stesso creata*>>.

• In precedenza, Cass., Sez. I, sent. n. 11738 dell'1 agosto 2003 (Rv. 565592), aveva affermato, in linea con quanto poi sviluppato dalle Sezioni Unite del 2004, che <<*la sentenza non costituisce... un intervento normativo, ma al contrario, un'autorevole indicazione interpretativa, alla cui luce possono ben valutarsi, com'è ovvio, situazioni e fatti anteriori*>>.

• Una diversa consapevolezza mostra la successiva Cass., Sez. III, sent. n. 10741 dell' 11 maggio 2009 (Rv. 608390)[128], la quale si diffonde sulla <<*funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della cd. giurisprudenza- normativa, quale autonoma fonte di diritto*>>.

Si ritiene, infatti, che il codice civile non rappresenti più il referente privilegiato per l'interprete, in un contesto ordinamentale connotato da una pluralità di fonti, tra cui, oltre alla Costituzione ed alla legislazione ordinaria che di essa è attuazione, si colloca anche la "giurisprudenza normativa". Si tratta in sostanza di una giurisprudenza, segnatamente quella nomofilattica della Corte di legittimità, che, sebbene estranea al vincolo del precedente tipico dei sistemi di *common law*, mostra consapevolezza del carattere "semi-aperto" del sistema nel quale opera, giacché basato non solo su discipline legislative dettagliate, ma anche su <<*cd. clausole generali, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi*>>. Soccorre, dunque, il metodo ermeneutico della *interessenjurisprudenz*, per evitare, da un lato, il <<*mancato immediato adeguamento all'evolversi dei tempi*>>, cui si presta l'esasperato positivismo di un "sistema chiuso"; dall'altro, il pericolo, tipico di un "sistema aperto", di rimettere la <<*creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata*>>. Sicché, la funzione interpretativa del giudice si correla funzionalmente <<*all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal* Rule of law (vale a dire dal principio di legalità)*, assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice*>>.

L'ampiezza argomentativa che, peculiarmente, connota la decisione anzidetta, induce a segnalare brevemente, in questa stessa sede, taluni approfondimenti dottrinali che su di essa si sono soffermati.

[128] **(all. 26)**; la citata pronuncia, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, ha riconosciuto la soggettività giuridica del nascituro e, dunque, il diritto patrimoniale dello stesso, una volta nato, al risarcimento del danno per le malformazioni ascrivibili a responsabilità professionale medica.

La prima constatazione[129] è che si vada diffondendo un *modus operandi* della giurisprudenza incline a valorizzare <<*la coerenza dell'ordinamento con i suoi valori fondamentali*>>, piuttosto che una <<*applicazione rigorosa, benché logica, delle regole operanti nell'ordinamento stesso*>. Una tendenza che sembra radicalizzarsi nella consapevolezza della primazia dell'attività ermeneutica quale asse portante della migliore tutela di interessi meritevoli; primazia che riconoscerebbe la soggezione del giudice alla legge, là dove però è lo stesso <<*giudice che decide quale sia la legge elevando la tutela degli interessi a valore assoluto*>>. Tale tendenza è ritenuta, però, <<*al di là, forse, del dettato costituzionale*>>, giacché l'autorità giudiziaria si fa interprete essa stessa <<*delle esigenze di tutela di cui ritiene il legislatore non voglia, o possa, farsi carico e si propone come fautrice della «giusta» reazione dell'ordinamento*>> e ciò non in situazioni di eccezionalità, ma nella ordinaria attività di interpretazione e applicazione del diritto.

Ulteriore notazione critica proviene da chi[130] pone in luce la necessità di utilizzare adeguatamente, e in modo corretto, il metodo ermeneutico che si assume prescelto. A tale necessità si sarebbe sottratta la discutibile netta divaricazione tra teoria della "giurisprudenza degli interessi" e teoria della "giurisprudenza dei concetti", posto che, invece, entrambe sono sorte nell'ambito di visioni positivistiche <<*ed anzi di esaltazione di fedeltà dell'interprete alla legge*>>. Di qui, la constatazione che le "clausole generali", seppure dal significato aperto o indefinito, <<*sono pur sempre espressioni linguistiche usate dal legislatore per scopi precisi, all'interno di disposizioni normative*>>, che l'interprete trova già scritte per dare ad esse un significato; in definitiva, la clausola generale <<*non è (e non può essere) una invenzione dell'interprete*>>, specialmente se esso assume di collocarsi all'interno di un "sistema semi-aperto", <<*che non concede arbitrio al suo operare*>>. Se così è, allora la "centralità della persona" – espressione intorno alla quale ruota la *ratio decidendi* della pronuncia della Cassazione - non è clausola generale utilizzata dal legislatore, bensì concetto ricavato dalle norme costituzionali, proprio nella scia del metodo della giurisprudenza dei concetti e non già di quella degli interessi.

• Quanto al profilo relativo alla portata del precedente giudiziario, prendendo le mosse dalle pronunce meno recenti, è agevole constatare nello stesso anno - il 1983 – la presenza di più *dicta* in tensione tra loro, nel senso che ciascuno di essi attribuisce un differente peso specifico alla forza del precedente, sebbene sempre in un quadro di collimante propensione a non assegnarvi effetti vincolanti.

• Di segno restrittivo, rispetto ad una valorizzazione importante del precedente, è l'impostazione seguita da Cass., Sez. L, sent. n. 1598 del 4 marzo 1983 (Rv. 426439), la quale – come fatto palese dalla relativa massima – esclude che nell'opera di qualificazione del rapporto di lavoro, in termini di subordinazione o meno, possa <<*incidere - salvo l'effetto di generico riscontro - una precedente decisione giurisdizionale di analoga fattispecie, atteso che non esiste, nel nostro ordinamento, nel quale è stata soppressa la possibilità della trattazione di controversie collettive in un unico giudizio e davanti ad un unico organo autorizzato ad un'interpretazione uniforme della disciplina contrattuale regolante una pluralità di rapporti, un*

[129] Di Ciommo, *"Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano (nota a Cass. n. 10741 del 2009)*, in *Foro it.*, 2010, I, 141 ss.
[130] Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in NGCC, 2009, I., 1268 e ss.

principio - come lo stare decisis *degli ordinamenti anglosassoni - che, in tema d'interpretazione della disciplina anzidetta, vincoli il giudice al rispetto di una precedente pronuncia*>>.

• La decisione riecheggia il principio enunciato da Cass., Sez. L, sent. n. 1772 del 17 marzo 1980 (Rv. 405399), in forza del quale il giudice, una volta esposte le ragioni della propria decisione, <<*non deve dimostrare esplicitamente l'infondatezza o la non pertinenza della giurisprudenza eventualmente difforme, poiché i motivi della decisione in tanto possono essere viziati in quanto siano di per sé erronei, in fatto o in diritto, in relazione alla fattispecie concreta, non già in quanto eventualmente in contrasto con quelli addotti in decisioni riguardanti altre fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche*>>.

• Analoga impostazione si rinviene nella più recente Cass., Sez. III, sent. n. 16007 del 19 dicembre 2001, che puntualizza come la sentenza di appello può essere oggetto di censure secondo i casi previsti dall'art. 360 cod. proc. civ., <<*tra i quali non rientra quello di non avere tenuto conto di un precedente diverso … non essendo il giudice del merito vincolato dai riferimenti di giurisprudenza della Corte di legittimità*>>.

• Una timida apertura è invece presente in Cass., Sez. L, sent. n. 7248 del 3 dicembre 1983 (Rv. 431849)[131], la quale valorizza l'obbligo di motivazione puntuale da parte del giudice che intenda discostarsi da un determinato indirizzo esegetico. Si legge, infatti, nella motivazione di detta decisione che, nell'esercizio del suo potere-dovere d'interpretazione della norma applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice <<*non può subire influenza da parte di altri poteri che non estrinsechino la loro volontà in leggi dello Stato o provvedimenti costituzionalmente equipollenti*>>, sicché è libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici su questioni analoghe e può anche non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione (salvo che si tratti di giudizio di rinvio), così come può dissentire dalle mere motivazioni delle pronunzie della Corte costituzionale non influenti direttamente sulla declaratoria di illegittimità o sul riconoscimento della legittimità di una specifica disposizione. Tutto ciò purché il giudice stesso adduca <<*ragioni complete, del tutto congrue ed assolutamente convincenti, sia nelle critiche demolitrici che nelle argomentazioni costruttive*>>, al fine di contestare e far venir meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato.

• La pronuncia sembra porsi sulla scia di Cass., Sez. III, sent. n. 3275 del 13 maggio 1983 (Rv. 428167), il cui principio massimato suona: <<*Soddisfa l'obbligo della motivazione della sentenza di cui all'art. 132 n. 4 cod. proc. civ. il mero riferimento da parte del giudice del merito alla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione alla soluzione di una questione univocamente espressa dalla suprema Corte*>>.

• A distanza di più di venti anni, Cass., Sez. III, sent. n. 395 dell'11 gennaio 2007 (Rv. 594443) ribadisce il principio appena ricordato, affermando la sufficienza della motivazione, come tale incensurabile in sede di legittimità sotto il profilo di cui all'art. 360, comma primo, n. 5), cod. proc. civ., della sentenza del giudice del merito che

[131] **(all. 27)**.

<<rigetti una tesi giuridica prospettata dalla parte qualificandola erronea in applicazione di un principio enunciato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, trascrivendo il principio stesso e richiamando gli estremi delle pronunce invocate>>.

• Una evidente accentuazione del valore del precedente, con diretto riferimento alla regola dello *stare decisis*, si coglie in Cass., Sez. L, sent. n. 7355 del 13 maggio 2003 (Rv. 562996) e nella successiva, ma sostanzialmente conforme, Cass., Sez. L, sent. n. 21553 del 15 ottobre 2007 (Rv. 599586), nelle quali si valuta come corretta l'interpretazione del giudice di merito su una clausola di contratto collettivo in quanto conformatasi all'esegesi già presente nella giurisprudenza di legittimità sulla stessa norma contrattuale.

A tal riguardo si precisa[132] che la lettura interpretativa pregressa, *<<pur non vincolando giuridicamente la decisione odierna, costituisce tuttavia persuasivo argomento per confermare il medesimo giudizio, in relazione alle medesime censure>>*. A sostegno dell'assunto si richiama anzitutto *<<la funzione direttiva assegnata dal R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 65 … alla Corte Suprema>>*, vista come *<<funzione di carattere costituzionale, diretta espressione dell'art. 3, perché l'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge ne implica l'uniforme interpretazione>>*. Si sottolinea, quindi, che, *<<benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello* stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa>>*.

E' una funzione che investe la complessiva attività giurisdizionale della Cassazione e, dunque, sia quella *<<più propriamente nomofilattica di controllo nella interpretazione ed applicazione della legge, ai sensi dell'art. 65, comma 1, cit., e dell'art. 360 c.p.c., n. 3, sia quella del controllo motivazionale ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, nel senso di seguito precisato>>*. Quest'ultima attività si risolve nella *<<sola facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito>>*, da svolgersi anch'esso *<<secondo parametri prefissati, normativi (ad es. art. 1362 c.c., segg.), o logici, i quali ultimi sono considerati, nel sistema logico di appartenenza, non mutevoli, e perciò vincolanti, una volta enunciati>>*, finché una successiva diversa interpretazione non porti a negare la correttezza della precedente interpretazione.

• Non dissimile è la logica che informa la giurisprudenza sulla c.d. "norme elastiche", per cui – come evidenziato dalla massima relativa a Cass., Sez. L, sent. n. 8017 del 6 aprile 2006 (Rv. 591211)[133] – - *<<il giudizio di merito applicativo di norme elastiche … è soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su norme di legge, in quanto, nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica (che, per la sua stessa struttura, si limita ad esprimere un parametro generale) il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa, dando concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa, introdotta per consentire alla norma stessa di adeguarsi ai mutamenti del contesto storico-sociale>>*.

[132] La motivazione è tratta dalla pronuncia del 2007 **(all. 28)**, che richiama espressamente il precedente del 2003.
[133] Ma già prima si veda: Cass., Sez. L, sent. n. 434 del 18 gennaio 1999 (Rv. 522376) e Cass., Sez. L, sent. n. 10514 del 22 ottobre 1998 (Rv. 519996).

Invero, la dottrina[134] ha ravvisato in detto principio un esempio, se non proprio di *stare decisis*, quantomeno di *doctrina legal* del diritto spagnolo, una volta che per la violazione di norme di diritto da parte del giudice del merito si sia ammesso il ricorso per cassazione <<*quando la norma di diritto violata … è un precedente delle Corte di legittimità*>>, giacché quelle norme di diritto sono esse stesse <<*i principi giuridici espressi dalla giurisdizione di legittimità*>>.

• Il panorama giurisprudenziale al quale si è fatto or ora riferimento è quello che si colloca in epoca precedente alla novella recata dalla legge n. 69 del 2009, la quale, introducendo, nel corpo del codice di rito, la norma dell'art. 360 *bis* cod. proc. civ., oltre a modificare quella dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., ha assegnato un rilievo peculiare al "precedente", nell'ambito del c.d. "filtro" per l'accesso al giudizio di cassazione.

Occorre, quindi, dar conto, proprio in funzione di una lettura del "precedente" alla luce delle più recenti riforme del processo di cassazione, dell'interpretazione della norma anzidetta fornita da Cass., Sez. U, ord. n. 19051 del 6 settembre 2010 (Rv. 614183)[135], che ha enunciato il principio di diritto così massimato: <<*Il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360-bis, n. 1 cod. proc. civ. deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile, se la sentenza impugnata si presenta conforme alla giurisprudenza di legittimità e non vengono prospettati argomenti per modificarla, posto che anche in mancanza, nel ricorso, di argomenti idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, il ricorso potrebbe trovare accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra la decisione impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda nel frattempo mutata*>>.

Nella decisione appena richiamata si è precisato che il "filtro" al giudizio di legittimità, di cui all'art. 360-*bis*, è in funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale e per l'attuazione di <<*un adeguato bilanciamento*>> tra diritto delle parti al ricorso per cassazione (art. 111 Cost.) e <<*concreta possibilità di esercizio della funzione del giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di eguaglianza*>>. Bilanciamento adeguato realizzabile soltanto con <<*un impiego economico della risorsa di questa articolazione della giurisdizione, che per ragioni intrinseche alla funzione richiede d'essere esercitata da un numero di giudici tale da consentire e non impedire la formazione di indirizzi interpretativi dotati, oltre che di persuasività, di tendenziale stabilità*>>.

Parte della dottrina[136] ha da subito rilevato, nella norma di cui all'art. 360-*bis* cod. proc. civ., in consonanza con l'interpretazione che della stessa ha fornito la pronuncia appena richiamata, una simmetria comparatistica con i sistemi di *common law*, ascrivendole la virtualità di disciplinare <<*proprio la nuova logica del precedente e la intensità*

---

[134] Galgano, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. imp.*, 1999, 894 **(all. 29)**.

[135] **(all. 30)**.

[136] Consolo, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato* stare decisis*: la prima ordinanza sull'art. 360-bis,* in *Corr. giur.*, 2010, 1045-1409 **(all. 31)**.

Per ulteriori approfondimenti, si rinvia alla Rassegna 2009, predisposta da quest'Ufficio, su <<*La Corte del "precedente". Riflessioni, su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360-bis del codice di procedura civile*>>, Roma-gennaio 2010; segnatamente, per un'efficace sintesi sulle ragioni e sulla portata della norma anzidetta, anche nell'ottica di un rinnovato valore precedenziale della giurisprudenza di legittimità, si veda la "*Introduzione*" del Primo Presidente Aggiunto Vittoria.

della sua forza semi-vincolante>>, significando che <<*il dissenso della parte insoddisfatta deve essere canalizzato, per poter acquisire un rilievo propulsivo, entro uno specifico onere sostanziale di contrasto argomentativo conferente e completo*>>.

SEZIONE II: ASPETTI DELLA RIMESSIONE IN TERMINI

1.- Premessa.

L'esame dell'istituto è circoscritto ai profili di immediato interesse per il tema oggetto della presente relazione.

Si tratta di indicazioni di massima sulla applicabilità del previgente art. 184-*bis* cod. proc. civ. anche al di là della sede comunemente ritenuta sua propria e sulla portata applicativa della nuova norma dell'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ.

Quanto alla problematica, che più importa, dell'applicabilità del rimedio in questione rispetto al mutamento giurisprudenziale in materia processuale, i profili di interesse specifico troveranno risalto nel prosieguo della relazione, con la precisazione che nella sede presente si è ritenuto di far cenno all'esperienza del giudizio amministrativo, nel cui ambito il tema anzidetto ha un proprio spazio definito.

2.- La disciplina positiva: dall'art. 184-*bis* cod. proc. civ. all'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ. vigente.

• L'originario impianto del codice di rito civile non contemplava una norma generale sulla rimessione in termini, ma soltanto singole ipotesi puntuali, tra le quali la più rilevante era quella dell'art. 294 cod. proc. civ. sul contumace c.d. involontario[137].

L'esigenza di un meccanismo di tal fatta è però emersa con nettezza a seguito della novella del 1990 (legge n. 353 del 1990), a seguito della reintroduzione di barriere preclusive, che la riforma del 1950 (legge n. 581 del 1950) aveva eliminato[138]. Di qui, l'introduzione dell'art. 184-*bis* cod. proc. civ., su cui l'ulteriore intervento di modifica recato dalla legge n. 534 del 1995, elidendo il puntuale richiamo, presente all'interno della disposizione, degli artt. 183 e 184 cod. proc. civ., lo rendeva strumento incline a consentire un generale rimedio restitutorio, sebbene limitato ai due gradi del giudizio di merito e, comunque, con esclusione – almeno secondo l'opinione prevalente sino ad epoca recentissima – dei poteri esterni al processo stesso e, dunque di quelli impugnatori[139].

Il rimedio predisposto dall'art. 184-*bis* citato ha funzionato, dunque, come rimedio generale di rimessione in termini all'interno del giudizio di primo e secondo grado, in forza del rinvio di cui all'art. 359 cod. proc. civ.

---

[137] Caponi, *Rimessione in termini nel processo civile,* in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, agg., Torino, 2009, 466-478 **(all. 32)**.
[138] Grasselli-Masoni-Martino, *Il nuovo processo civile*, Torino, 2010,171-179 **(all. 33)**.
[139] Caponi, cit., 467 **(all. 32)**.

• Nella giurisprudenza di legittimità[140] si trova, infatti, affermato che l'art. 184-*bis* cod. proc. civ., essendo collocato nel libro secondo, titolo I, capo II ,sezione II, sotto la rubrica "della trattazione della causa", riguarda le sole ipotesi in cui le parti costituite siano decadute dal potere di compiere determinate attività difensive nel corso della trattazione della causa ed in questo solo ambito rende operante la rimessione in termini e la sua disciplina, la quale, pertanto, non è invocabile per le "situazioni esterne" allo svolgimento del giudizio.

Tali situazioni sono state individuate nelle attività relative alla costituzione della parte e, in particolar modo, in quelle relative alla proposizione delle impugnazioni[141] e, financo, quelle relative alla prosecuzione del giudizio di cassazione[142].

Tuttavia, quanto alla possibilità di avvalersi del rimedio in esame nell'ambito del giudizio di cassazione, un orientamento diverso, e, in tempi più recenti, autorevolemente rafforzato da un più ampio corredo argomentativo[143], aveva già superato il pregresso intendimento negativo.

• A tal riguardo, si è fatto leva, anzitutto, sulle innovazioni <<*apportate all'art. 184-bis c.p.c., (come sostituito dal D.L. 18 ottobre 1995, n. 432, art. 6, convertito con modificazioni in L. 20 dicembre 1995, n. 534) con la soppressione del riferimento alle sole decadenze previste negli artt. 183 e 184 c.p.c.*>>. Sono stati, inoltre, evocati <<*sia i recenti richiami della Corte costituzionale in ordine alle esigenze di certezza ed effettività delle garanzie difensive nel processo civile, sia il difetto di situazioni di incompatibilità tra la norma in questione e le peculiarità del giudizio di Cassazione*>>.

Su tale falsariga, si è, quindi, dato rilievo peculiare alla garanzia costituzionale dell'effettività del contraddittorio di cui al novellato art. 111, secondo comma, Cost., con la ritenuta conseguenza che <<*la regola dell'improrogabilità dei termini perentori posta dall'art. 153 c.p.c., non può costituire ostacolo al ripristino del contraddittorio quante volte la parte si vedrebbe dichiarare decaduta dall'impugnazione, pur avendo ritualmente e tempestivamente esercitato il relativo potere, per un fatto incolpevole che si collochi del tutto al di fuori della sua sfera di controllo e che avrebbe, altrimenti, un effetto lesivo del suo diritto di difesa in violazione dell'art. 24 Cost.*>>.

• Un siffatto indirizzo non soltanto ha trovato successiva conferma[144], ma è stato implementato con l'espressa enunciazione del principio per cui l'istituto previsto dal citato art. 184-*bis* è applicabile <<*anche alle situazioni esterne allo svolgimento del giudizio,*

[140] Tra le tante, vedi: Cass., Sez. III, sent. n. 5474 del 14 marzo 2006 (Rv. 590098); Cass., Sez. III, sent. n. 15216 del 19 luglio 2005 (Rv. 583390); Cass., Sez. III, sent. n. 7612 del 21 aprile 2004 (Rv. 574896); Cass., Sez. III, sent. n. 1285 del 29 gennaio 2003 (Rv. 560081); Cass., Sez. L, ord. n. 12132 del 9 agosto 2002 (Rv. 557648).

[141] Segnatamente, la citata Cass. n. 1285 del 2003.

[142] Cos', tra le molte, la citata Cass. n. 12132 del 2002.

[143] Cass., Sez. U, sent. n. 627 del 14 gennaio 2008 (Rv. 600790), che richiama la precedente Cass., Sez. L, sent. n. 7018 del 13 aprile 2004 (Rv. 572024). Ma si veda anche Cass., Sez. U, ord. int. n. 1238 del 21 gennaio 2005 (Rv. 578543).

[144] Tuttavia, ancora nel segno della negazione dell'applicabilità dell'art. 184-*bis* cod. proc. civ. alla fase delle impugnazioni, Cass., Sez. I, sent. n. 2946 del 7 febbraio 2008 (Rv. 601846) e Cass., Sez. lav., 23 febbraio 2010, n. 4356 (Rv. 612014).

quali sono le attività necessarie alla proposizione del ricorso per cassazione ed alla prosecuzione del procedimento>>[145].

• Ancor più di recente, ed in termini generali, la stessa Cassazione, in linea con la tendenza appena ricordata, ha enunciato il principio così massimato: <<*L'istituto della rimessione in termini di cui all'art. 184-bis cod. proc. civ. (nella formulazione anteriore all'abrogazione disposta dall'art. 46 della legge 18 giugno 2009, n. 69) applicabile "ratione temporis", deve essere letto alla luce dei principi costituzionali di effettività del contraddittorio e delle garanzie difensive; tale istituto, pertanto, può trovare applicazione non solo nel caso di decadenza dai poteri processuali di parte interni al giudizio di primo grado, ma anche nel caso di decadenza dall'impugnazione per incolpevole decorso del termine*>>[146].

Peraltro, nella stessa decisione ora indicata si è affermato che <<*il principio della scusabilità dell'errore attiene ad un principio tendenzialmente generale del nostro ordinamento e l'opzione sopra propugnata dell'applicazione generalizzata dell'istituto di cui all'art. 184-bis si pone in armonia con la soluzione attualmente adottata dall'art. 153 c.p.c., comma 2*>>.

• La norma da ultimo richiamata – art. 153, secondo comma – recita: <<*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma*>>.

Essa è stata introdotta dall'art. 45, comma 19, della legge 18 giugno 2009, n. 69 e, secondo la disposizione transitoria recata dall'art. 58, comma, 1, della stessa legge n. 69, trova applicazione ai giudizi instaurati dopo la data di entrata in vigore della medesima legge.

• L'opinione che si registra in dottrina è quella dell'introduzione di un meccanismo generalizzato di rimessione in termini, <<*estesa dunque ai poteri di impugnazione, e più in generale ai poteri esterni al giudizio in corso di svolgimento, come il potere di riassumere o di proseguire il processo interrotto o sospeso*>>[147].

• Sulla stessa lunghezza d'onda si sono poste le Sezioni Unite della Cassazione[148], rilevando che lo spostamento della disciplina dell'istituto dal libro dedicato al processo di cognizione di primo grado comporta l'applicabilità della rimessione in termini <<*per gli atti e le attività di tutto il processo (e così anche per quelli delle fasi di gravame e pure per l'eventuale fase di rinvio) che devono essere compiuti in termini perentori a pena di decadenza del relativo potere*>>.

---

[145] Così la massima di Cass., Sez. II, ord. int., n. 14627 del 17 giugno 2010 (Rv. 613685) **(all. 34)**, sulla quale si avrà modo di ritornare nel prosieguo di relazione.

[146] Cass., Sez. III, sent. n. 17704 del 29 luglio 2010 (Rv. 615150). Successivamente, si veda anche Cass., Sez. I, ord. int. n. 22245 del 29 ottobre 2010 (Rv. 615471).

[147] Caponi, cit., 469. Si veda anche Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, 737; Panzarola, *Sulla rimessione in termini art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 163; Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it. Per richiami ulteriori di dottrina sul punto, D'Alessandro, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1476-1485 **(all. 35)**.

[148] Cass., Sez. U, sent. n. 14124 dell'11 giugno 2010 (Rv. 613660) **(all. 36)**.

Il nuovo art. 153, secondo comma, cod. proc. civ. riguarda, dunque, qualsiasi stato e grado del processo.

• Si è notato, tuttavia, la mancata previsione di un termine perentorio, con decorrenza dalla cessazione della causa di impedimento dell'esercizio del potere, entro il quale richiedere la rimessione in termini e di un termine, c.d. di sbarramento, perentorio anch'esso, oltre il quale, a prescindere dalla sussistenza in atto o meno dell'impedimento, non sarebbe più possibile detta istanza; termini che, da taluno, sono stati individuati, rispettivamente, in quello di 30 giorni (analogicamente *ex* art. 326 cod. proc. civ., sulla revocazione straordinaria) e di sei mesi (analogicamente ex art. 327 cod. proc. civ., come novellato dalla legge n. 69 del 2009)[149].

3.- La *ratio*, gli effetti ed il presupposto della rimessione in termini (cenni).

• L'insufficienza di una garanzia solo preventiva delle condizioni materiali di esercizio dei poteri processuali delle parti, in vista della effettiva realizzazione del diritto di azione e difesa, costituzionalmente garantito (artt. 24 e 111 Cost.), sta alla base dell'istituto della rimessione in termini, che mira a rimediare alla conseguenze pregiudizievoli dell'inattività delle parti stesse (inosservanza di un termine perentorio, mancata partecipazione ad un'udienza o ad una fase processuale) dovuta a caso fortuito o forza maggiore[150].

In questa direzione, un'indubbia spinta evolutiva dell'istituto si è registrata con l'intervento della Corte costituzionale nel campo delle notificazioni, attribuendosi portata più generale[151] a talune affermazioni contenute nella sentenza n. 477 del 2002 e, in particolare, proprio sotto lo spettro di una delibazione incentrata sulla garanzia della difesa, quella per cui è <<*palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere - come nel caso di specie - dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi (l'ufficiale giudiziario e l'agente postale) e che, perciò, resta del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo*>>.

• Per attivare il meccanismo è necessario che la parte fornisca la dimostrazione di essere decaduta dal potere processuale per una causa ad essa non imputabile o per caso fortuito o forza maggiore. In altri termini, si assegna rilevanza <<*ad un impedimento non evitabile con un comportamento diligente*>> e, dunque, ad un fatto che, <<*escludendo la capacità di intendere e di volere della parte, la conoscenza dell'esistenza attuale o della forma di esercizio del potere, o escludendo infine la possibilità pratica di esercitare il potere, impedisce alla parte di compiere il correlativo potere processuale*>>[152]. In definitiva, il fondamento dell'istituto è ravvisato nel principio di autoresponsabilità colposa[153] e la

[149] Caponi, cit., 469 **(all. 32)**; Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1; Briguglio, cit.
[150] Caponi, cit., 466-467 **(all. 32)**.
[151] Caponi, *Notificazione e rimessione in termini*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di Fazzalari, Napoli, 2006, 31
[152] Caponi, cit., 469 **(all. 32)**.
[153] Caponi, cit., 470 **(all. 32)**.

individuazione delle ipotesi di impedimento è rimessa al prudente apprezzamento della giurisprudenza.

• Proprio in riferimento alla individuazione di dette ipotesi, nell'ambito della giurisprudenza civile di legittimità non è dato ravvisare – sino alla recente e già citata Cass. n. 14627 del 2010 (su cui, come detto, ci si soffermerà più oltre) – quella del mutamento di giurisprudenza in ordine all'interpretazione di norma processuale che comporti decadenze o preclusioni nell'esercizio dei poteri processuali.

• Secondo la dottrina[154], l'effetto della rimessione in termini si ha nella rinnovata attribuzione alla parte del potere dal quale la stessa era decaduta (con analogo potere di reazione in capo alla controparte), senza che il processo regredisca integralmente, giacché esso <<*riapre parzialmente, con riguardo ai soli poteri nei quali la parte sia stata restituita in termini e ai poteri della controparte che sono la conseguenza dell'esercizio dei primi*>>.

In assenza di regolamentazione specifica, si reputa che, nell'ipotesi in cui la richiesta di rimessione in termini riguardi il potere di impugnazione (o altri poteri "esterni" al giudizio), la relativa istanza possa proporsi contestualmente all'atto che occorre compiere e nelle forme per esso stabilite, senza che però sia onere della parte di accompagnare detta istanza con il compimento dell'atto stesso.

Si è anche affermato che una possibilità di rimessione in termini successiva al compimento dell'atto è data nelle peculiari ipotesi in cui <<*la parte abbia compiuto l'atto tardivamente a causa di ignoranza o errore non imputabile sulla norma processuale … e si accorga di essere incorsa in decadenza solo successivamente*>>. Ciò in quanto la causa non imputabile ha impedito sia il compimento dell'atto, sia di richiedere la rimessione in termini anteriormente o contestualmente al compimento stesso, con la conseguenza che <<*appare ragionevole ritenere che, riconosciuta la non imputabilità dell'impedimento, il giudice possa concedere il rimedio "ora per allora", convalidando* ex post *l'atto tardivamente compiuto*>>[155].

• Peraltro, la recente giurisprudenza di legittimità[156] ha ritenuto (richiamando anche l'esperienza del processo amministrativo) che non sia necessaria, in casi determinati (nella specie, quello del mutamento di giurisprudenza in ordine all'interpretazione di norma processuale), una apposita istanza di rimessione in termini indirizzata al giudice.

Tale istanza – si afferma - è giustificata, di regola, <<*con la necessità che la parte profili i fatti che integrano il presupposto della causa non imputabile, dimostrando che la decadenza è dipesa da un impedimento non evitabile con il grado di diligenza a cui essa, il suo rappresentante processuale o il suo difensore sono rispettivamente tenuti*>>. Diversamente, invece, nel caso in cui la parte abbia già compiuto l'atto entro il termine di decadenza al quale reputa doversi attenere in ragione delle indicazioni provenienti <<*dalla consolidata giurisprudenza del tempo*>> e la causa non imputabile si riconnetta unicamente a siffatta scelta difensiva,

---

[154] Caponi, cit., 469 **(all. 32)**.

[155] *Codice di procedura civile commentato: la riforma del 2009*, diretto da Consolo, Milano, 2009, 132 **(all. 37)**.

[156] Si tratta di Cass. n. 14627 del 2010 cit. **(all. 34)**, e successive conformi, su cui, come detto, è incentrata la parte terza della relazione, concernendo proprio il caso del mutamento di giurisprudenza sull'interpretazione di norma processuale.

essendosi dette indicazioni <<*solo* ex post *rivelatesi non più attendibili*>>. In siffatta specifica evenienza, la stessa causa non imputabile <<*è determinata e, al contempo, conosciuta dallo stesso arbitro*>>, con la conseguenza che <<*l'art. 184 bis cod. proc. civ., viene in considerazione, non già come regola di dettaglio pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti, tipici, di natura materiale ed oggettiva, ma nella sua portata di precipitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia - coessenziale alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale - che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte, quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, le gravi conseguenze di un errore nella proposizione dell'impugnazione indotto dalla stessa giurisprudenza di cassazione*>>.

4.- L'errore scusabile nel giudizio amministrativo.

• La rimessione in termini per errore scusabile è istituto di generalissima applicazione nel sistema della giustizia amministrativa[157], posto a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale e, come tale, suscettibile di trovare applicazione sia in ipotesi di obiettiva incertezza normativa, connesse a difficoltà interpretative o ad oscillazioni giurisprudenziali, sia in ipotesi di indicazioni o comportamenti fuorvianti della P.A. (dai quali possa conseguire una dimidiazione della tutela giustiziale), sia, ancora, in ipotesi di questione nuova.

Difatti – come anche ritenuto da Cons. Stato, Ad. Pl., 31 maggio 2002, n. 5 – il giudice amministrativo, in forza del principio generale già affermato nell'art. 34 del T.U. n. 1054 del 1924 e richiamato nell'art. 34 l. n. 1034 del 1971, può temperare il rigore della previsione di un termine di decadenza ove ritenga che l'errore in cui sia incorso il ricorrente possa essere ritenuto scusabile. Sicché, l'istituto dell'errore scusabile <<*deve ritenersi applicabile ad ogni tipo di possibile invalidità o irregolarità degli atti processuali, collegata al mutare della disciplina legislativa, alla difficoltà obiettiva di interpretazione, od alle innovazioni nella giurisprudenza amministrativa*>>.

• L'art. 37 del codice amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) reca attualmente la disciplina dell'errore scusabile, che, per l'appunto, già rinveniva una previsione positiva nell'art. 34 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e, ancor prima, negli artt. 34 e 36 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054. La nuova norma, innovando in tal senso al dettato delle previgenti anzidette disposizioni, specifica le circostanze modali che integrano il contenuto dell'errore scusabile, così da consentire, anche d'ufficio, la rimessione in termini della parte che vi sia incorsa.

Peraltro, nello stesso codice, all'art. 11, che disciplina, come evidenziato dalla relativa rubrica, la "*decisione sulle questioni di giurisdizione*", è stata inserita (comma 5) una previsione specifica di rimessione in termini per errore scusabile, che attiene ai <<*giudizi riproposti …, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute*>>.

Come reso palese dalla lettera dell'art. 37 in esame, l'errore scusabile che rende possibile la rimessione in termini è quello generato da <<*oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto*" o da <<*gravi impedimenti di fatto*>>.

---

[157] Garofoli-Ferrari, *Codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104),* Roma, 2010, 595 **(all. 38)**; Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo,* Torino, 2003, 466.

Secondo Cons. Stato, Ad. Pl., 2 dicembre 2010, n. 3, l'art. 37, al pari della previgente disciplina processuale dell'istituto dell'errore scusabile, pone una norma di stretta interpretazione, <<*dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave vulnus del pariordinato principio di parità delle parti (art. 2, comma 1, del Codice del processo amministrativo), sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale*>>[158].

• Quanto, poi, alle ipotesi suscettibili di giustificare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, la concessione della rimessione in termini per errore scusabile, la stessa decisione del 2010 rammenta le situazioni connotate da un'obiettiva incertezza, <<*ascrivibile di volta in volta alla difficoltà di interpretare una norma o all'esistenza di contrasti giurisprudenziali*[159] *…, oppure alla particolare complessità della vicenda dedotta nel giudizio o, ancora, al comportamento non lineare dell'amministrazione*>>. Escludendo, tuttavia, che possa ravvisarsi la scusabilità dell'errore nei casi in cui esso fosse stato imputabile al ricorrente.

Proprio in relazione alle oggettive difficoltà interpretative, Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 2008, n. 1147 – richiamando la precedente giurisprudenza e, segnatamente, Cons. St., sez. V, 21 giugno 2007, n. 3389 - ha affermato che esse consentono di riconoscere la concessione del beneficio della rimessione in termini allorché si rappresentino in un <<*quadro normativo incerto e di dubbia interpretazione in merito alla identificazione di un adempimento processuale prescritto a pena di decadenza e, in particolare, in ordine alla individuazione del termine per la proposizione dell'appello*>>.

• Peraltro, Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2003, n. 4352 ha affermato che, ove si sia resa necessaria una rimessione all'Adunanza Plenaria della questione interpretativa di una certa norma (nella specie, l'art. 4 della legge n. 205 del 2000), al fine di eliminare incertezze interpretative su di essa, può essere concessa la rimessione in termini per errore scusabile in tutti quei casi in cui detta norma debba essere applicata, purché naturalmente antecedenti alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria stessa.

• Sulla concedibilità della rimessione in termini anche d'ufficio, da parte del giudice, prescindendo dall'istanza di parte, la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato appare consolidata[160].

La concessione del rimedio è rimessa all'insindacabile valutazione del giudice e il presupposto della obiettiva incertezza interpretativa che lo giustifica deve poter sussistere per tutto il periodo nel quale si sarebbe dovuto proporre il ricorso.

---

[158] **(all. 39)**. Sul carattere eccezionale dell'istituto, per il fatto che esso comporta una deroga <<*al principio cardine della perentorietà dei termini di impugnativa*>>, si vedano: Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6599; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407.

[159] Cons. Stato n. 6599 del 2008, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3026; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5182

[160] Tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407; Cons. Stato n. 4352 del 2003, cit.; Cons. Stato n. 3026 del 2006, cit.; Cons. Stato n. 1147 del 2008, cit.; secondo Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1998, n. 1320, la concedibilità d'ufficio dell'errore scusabile nel processo amministrativo <<*è coerente con la rilevabilità d'ufficio della regolarità dei rapporti processuali mentre la concedibilità ad istanza di parte … ne escluderebbe la rilevanza pratica nei casi in cui il giudice rilevasse d'ufficio il difetto di un presupposto processuale*>>.

SEZIONE III: L'*OVERRULING* ALLA PROVA DEI FATTI

1.- La giurisprudenza precedente al 2010.

• La riflessione da parte della stessa giurisprudenza di legittimità in ordine alle possibili implicazioni di un mutamento del proprio pregresso indirizzo interpretativo non è mai mancata e, sebbene non sia frequente ravvisare un livello di concettualizzazione particolarmente approfondito, la consapevolezza dell'importanza del tema emerge con tutta la sua forza nella motivazione, quasi di carattere programmatico, di una pronuncia dei primi anni '90 del secolo scorso[161], che muove dall'affermazione del valore della funzione nomofilattica esercitata dalla Corte di cassazione, per rivelare piena coscienza sulla "importanza che la certezza dei suoi responsi riveste specialmente nel campo processuale".

Di qui, per l'appunto, la precisazione, di indubbia capacità evocativa, secondo la quale <<*ciò tuttavia non esclude la necessità di mutamenti nella giurisprudenza della Corte, quando essi siano consapevoli e si diano responsabilmente carico di tutte le ragioni che presidiano la precedente giurisprudenza, aspirando ad acquisire essi stessi, per la forza e l'ampiezza degli argomenti sviluppati, una nuova efficacia di precedente*>>.

• Venendo, però, allo specifico, la problematica in esame è stata chiaramente percepita, e poi affrontata, segnatamente nell'ambito della definizione della portata del principio di diritto enunciato a norma dell'art. 384 cod. proc. civ.

In tale contesto è affermazione ricorrente[162] quella per cui il principio anzidetto è insensibile al mutamento giurisprudenziale ed anche la stessa Corte di cassazione è priva del potere di modificarlo sulla base di un nuovo indirizzo da essa stessa seguito sulla medesima questione di diritto; modificazione che può avvenire soltanto nell'ipotesi in cui la norma da applicare in relazione al già enunciato principio di diritto risulti successivamente abrogata, modificata o sostituita per effetto di *jus superveniens*, comprensivo sia dell'emanazione di una norma di interpretazione autentica sia della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Anche se si è puntualizzato[163] che la questione di costituzionalità può essere proposta anche nel giudizio di rinvio, ancorchè si riferisca alla medesima norma su cui si basa il principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., posto che il suo effetto vincolante nel giudizio di rinvio opera con esclusivo riferimento all'interpretazione del contenuto della norma e non già avuto riguardo alla sua validità costituzionale, che non compete al giudice ordinario attestare.

• Maggiore attenzione si rinviene nell'assunto[164] che muove dal presupposto del carattere dichiarativo della giurisprudenza, per cui <<*ogni pronuncia giurisdizionale, e*

[161] Cass., Sez. I, sent. n. 8347 del 9 luglio 1992 (Rv. 478109) **(all. 40)**.
[162] Così, tra le tante, Cass., Sez. L, sent. n. 12095 del 24 maggio 2007 (Rv. 597227) **(all. 41)**.
[163] Cass., Sez. I, sent. n. 27082 del 21 dicembre 2007 (Rv. 601229) **(all. 42)**.
[164] Cass., Sez. U, sent. n. 1198 del 23 novembre 2000 (Rv. 542058) **(all. 43)**.

perciò anche le sentenze di queste Sezioni unite, interpretano le vigenti norme di diritto e non ne pongono certo di nuove>>.

Si trova precisato, quindi, che il mutamento di giurisprudenza <<*non può valere di per sè che nello svolgimento ulteriore dello stesso processo*>>, ribadendosi che un nuovo principio non può trovare applicazione nel giudizio di rinvio, contro il principio di diritto già enunciato ex art. 384 cod. proc. civ.. Il mutamento di giurisprudenza si ritiene possa rilevare nella valutazione dell'elemento soggettivo della condotta, ma non già <<*quando il medesimo comportamento debba essere oggettivamente raffrontato al precetto legale, onde riscontrarsene la difformità*>>.

• In altre occasioni, slegate anch'esse dalla considerazione del vincolo del principio di diritto, si è ritenuto[165] che il mutamento di giurisprudenza, il quale intervenga nel corso del processo, non costituisce affatto *ius superveniens*, né potendo reputarsi la giurisprudenza di legittimità <<*fonte di produzione del diritto*>>.

A tal riguardo, ancora escludendosi che possa assimilarsi allo *jus superveniens* il mutamento di indirizzo verificatosi in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità, si è pure precisato[166] che un tale mutamento <<*non soggiace al principio di irretroattività, fissato, per la legge in generale, dall'art. 11, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile e, per le leggi penali in particolare, dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione*>>.

• Occorre, però, tornare ad una pronuncia risalente al 1982[167] per rinvenire – nell'ambito di una cognizione orientata alla definizione dei limiti del giudizio di rinvio (nello specifico, sull'ampliamento, in detta sede, delle facoltà assertive e probatorie delle parti), ma con un approccio di sistema di ben più ampio respiro - il maggior vigore argomentativo a confutazione della tesi che intende assimilare il <<*radicale mutamento di indirizzo giurisprudenziale da parte della Corte di cassazione allo* jus superveniens>>, inteso, per l'appunto, come normazione nuova.

La prima ragione messa in campo è quella che fa leva sul principio della divisione dei poteri, spettando al Parlamento quello legislativo e alla magistratura, invece, <<*il differente compito di garantire il rispetto dell'ordinamento giuridico costituito, che assolve mediante l'interpretazione della legge*>>.

Ciò detto, si transita, però, sull'ulteriore considerazione, di carattere prettamente concettuale, per cui la anzidetta assimilabilità è da escludere anche in ragione del fatto che differenti sono i presupposti dei due fenomeni, giacché nel caso dello *jus superveniens* <<*cambia la fattispecie legale, nella sua configurazione di fatto o nella disciplina giuridica*>>, mentre nel caso del *revirement* di giurisprudenza <<*resta invariato il dato legislativo e muta soltanto la valutazione della norma*>>.

Più in particolare, si afferma che nell'ipotesi da ultimo menzionata, le condotte richieste per il rispetto della legge si <<*ricollegano direttamente alla particolare disposizione interpretativa dell'organo giurisdizionale investito della cognizione della relativa controversia*>>, non potendosi distinguere – al fine di classificare le condotte nelle categorie del lecito o dell'illecito – <<*se vi sia stato un mutamento rispetto all'interpretazione precedente della norma,*

[165] Cass., Sez. I, sent. n. 8820 del 12 aprile 2007 (Rv. 596480) **(all. 44)**.
[166] Cass., Sez. I, sent. n. 565 del 12 gennaio 2007 (Rv. 593766) **(all. 45)**.
[167] Cass., Sez. I, sent. n. 5567 del 25 ottobre 1982 (Rv. 423309) **(all. 46)**.

ovvero se tale interpretazione sia rimasta conforme>>. In altri termini, l'obbligo di uniformarsi al precetto legislativo <<*sorge con la stessa norma e riguarda potenzialmente tutte le possibili interpretazioni di essa da parte dell'organo giurisdizionale chiamato a decidere, in caso di controversia, quale sia l'interpretazione vincolante per le parti, sicché queste non possono addurre, a propria giustificazione, un anteriore diverso senso in cui la norma stessa sia stata intesa*>>.

2.- La giurisprudenza attuale.

2.1.- Il giudice della nomofilachia.

L'effetto, sui giudizi in corso, del mutamento giurisprudenziale in ordine al significato della norma processuale da applicarsi è tema che, dallo scorso anno, è stato oggetto invece di peculiare attenzione, che si è fatta strada anzitutto in seno alla stessa Corte di cassazione. Un dato, questo, che, all'evidenza, assume rilevante importanza, posto che la riflessione muove dallo stesso giudice della nomofilachia dal quale si è originato l'*overruling*.

• Nelle decisioni della Seconda sezione civile[168], l'*overruling* viene icasticamente espresso secondo una efficace immagine ludica, per cui esso <<*si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata*>>, sicché il giudice si trova ad esercitare il proprio <<*potere-dovere di giudicare dell' atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione*>>. Di qui, la scusabilità, per assenza di colpa, del comportamento della parte che ha posto in essere una condotta processuale in conformità <<*alla precedente giurisprudenza della stessa Corte*>>, la cui interpretazione della norma processuale è da intendersi come attività "concretizzatrice" che assegna alla stessa norma il suo <<*reale significato … nella dinamica operativa*>>.

L'escludere che la condotta processuale come sopra descritta possa avere effetto preclusivo è approdo segnato dal modo di operare del principio costituzionale del "giusto processo", di cui all'art. 111, secondo comma, Cost., da leggersi come "sintesi qualitativa" delle garanzie indicate dalla stessa norma fondamentale (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), da coordinarsi reciprocamente e collegarsi con quelle degli artt. 24 e 113 Cost., del diritto di azione e di difesa. Sintesi che, del resto, <<*risente dell'"effetto espansivo" dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della*

[168] A partire dalla già citata Cass., Sez. II, ord. int., n. 14627 del 17 giugno 2010 (Rv. 613685 + 613684) **(all. 34)**, seguita da Cass., Sez. II, ord. int. n. 15809 del 2 luglio 2010 (Rv. 613934), si contano numerossime pronunce (anche nel 2011), tutte conformi, in tema di ricorso per cassazione avverso il provvedimento decisorio dell'opposizione sulla liquidazione, segnatamente, dei compensi ad ausiliario del giudice nel processo penale, ai sensi del d.P.R. D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. Nella specie, il *revirement* è individuato nella sentenza n. 19161 del 3 settembre 2009 delle Sezioni Unite civili, la quale, innovando rispetto al precedente indirizzo, ha ritenuto che la competenza in sede di opposizione alla liquidazione anzidetta è sempre del al giudice civile e che il successivo, eventuale, ricorso per cassazione è da proporsi, nel rispetto dei termini e delle forme del codice di rito civile, davanti alle sezioni civili. Ovviamente, il problema che si veniva a porre era quello della ammissibilità e procedibilità del ricorso proposto secondo le regole del codice di rito penale, in base all'orientamento giurisprudenziale in atto al momento della proposizione del ricorso stesso, una volta ritenuto, dall'indirizzo interpretativo affermatosi al momento della decisione del ricorso, che la disciplina processuale era, invece, quella civilistica.

corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo>>, come anche rilevato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009[169].

Una diversa conclusione – come quella di privare la parte, a seguito dell'*overruling* nelle circostanze innanzi evidenziate, della <<*possibilità di accedere alla corte di cassazione e di vedere celebrato un giudizio che conduca ad una decisione sul merito delle questioni di diritto veicolate dall'impugnazione*>> - sarebbe in contrasto, per l'appunto, con il principio del "giusto processo", nella sua declinazione di garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela.

Una volta delineata la cornice di sostegno, entro la quale collocare il rimedio all'anzidetta situazione, assunta come determinativa di una patologia del procedimento, la Corte di legittimità, nelle pronunce in esame, opta decisamente per il rimedio della rimessione in termini, assunto come "mezzo tecnico" capace di fornire protezione alla parte che abbia agito – in particolare, abbia proposto ricorso per cassazione – <<*confidando sulle regole processuali suggerite da un costante orientamento giurisprudenziale, poi superato da un* revirement>>[170].

In definitiva, nel caso in cui <<*l'affidamento creato dalla giurisprudenza costituisce chiara ed evidente spiegazione e giustificazione della condotta processuale della parte*>>, è lo stesso "arbitro" ad avere piena contezza della causa non imputabile, alla quale, del resto, ha dato origine.

Nei giudizi relativi alle citate pronunce della Seconda Sezione civile l'esito è, dunque, quello della assegnazione al ricorrente di un termine, perentorio, per proporre e notificare il ricorso per cassazione secondo le forme del codice di procedura civile.

- Significativa precisazione proviene, poi, da una più recente decisione, sempre della Seconda sezione civile[171], quanto ai limiti temporali entro i quali può farsi valere utilmente l'errore scusabile e, dunque, l'incolpevole affidamento sul pregresso indirizzo giurisprudenziale, inciso dal *revirement*.

A tal riguardo, si è ritenuto che la parte – cui è stata negata la rimessione in termini - non potesse invocare la mancata pubblicazione della sentenza di *overruling*[172] "sulle riviste giuridiche più note e diffuse tra gli operatori del diritto", posto che, al momento del deposito del ricorso (4 novembre 2009), il testo integrale di detta sentenza <<*era già disponibile (a partire dal 13 ottobre 2009) nel Servizio novità del sito web della Corte di cassazione, accompagnato da un* abstract *di presentazione, curato dall'Ufficio del Massimario della Corte, con il quale il mutamento di indirizzo giurisprudenziale era stato segnalato*

---

[169] Il modello processuale rispettoso della "regola del giusto processo", secondo Corte cost., ord. n. 170 del 2009, è quello che: assicuri il rispetto del principio del contraddittorio; lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria; la possibilità di avvalersi della difesa tecnica; la facoltà della impugnazione - sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità - della decisione assunta; la attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità, quanto meno "allo stato degli atti".
Sui principi del "giusto processo", nella elaborazione della giurisprudenza di legittimità, con approfonditi riferimenti di dottrina, si rinvia alla "Rassegna 2010", predisposta da questo Ufficio, Roma – gennaio 2011, intitolata <<*La Corte del "giusto processo" – Riflessioni su interventi nomofilattici, impatto sul sistema processuale, questioni aperte e reazioni del pensiero giuridico*>>.

[170] Sulla scelta, operata dalle pronunce in esame, del rimedio della rimessione in termini si veda quanto già riportato nella SEZIONE II della presente relazione.

[171] Cass., Sez. II, sent. n. 3030 del 7 febbraio 2011 **(all. 47)**.

[172] Si trattava della già richiamata Cass., Sez. U, n. 19161 del 2009.

agli utenti>>. Precisandosi, altresì, che l'anzidetto Servizio novità è <<*istituzionalmente rivolto, secondo il decreto istitutivo del Primo Presidente, proprio a dare risalto alle più importanti decisioni di legittimità*>>.

• In un'altra occasione, le Sezioni Unite civili[173] hanno ritenuto che non potesse invocarsi il mutamento giurisprudenziale sull'art. 37 cod. proc. civ., recato da Cass., Sez. U, sent. n. 24883 del 2008, per la rimessione in termini della parte rispetto alla quale fosse maturata la preclusione a far valere il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Le ragioni della posizione negativa assunta dalla Corte sono duplici. In primo luogo, la decisione del 2008 non avrebbe costituito <<*una svolta inopinata e repentina rispetto ad un diritto vivente fermo e consolidato*>>, avendo soltanto portato a compimento <<*un processo di rilettura dell'art. 37 cod. proc. civ. già da anni in itinere e fortemente auspicato dal pensiero giuridico*>>. In tal senso, infatti, si richiamano la sentenza n. 4109 del 2007 della stessa Corte di cassazione e la successiva sentenza n. 77 del 2007 della Corte costituzionale.

Si tratterebbe, quindi, dell'emersione di un <<*esito interpretativo da tempo in via di elaborazione, giunto alla maturazione istituzionale e la cui esplicitazione era assolutamente doverosa stante la cogenza dei valori costituzionali di unità della giurisdizione e di ragionevole durata del processo*>>; nessun cambiamento, pertanto, delle "regole del gioco", né l'affermazione di una <<*regola sconosciuta ed imprevedibile nel processo*>>.

La seconda ragione si radica nell'assenza di una <<*compromissione dell'interesse prospettato, ad opera del "mutamento di indirizzo giurisprudenziale", alla quale può riconoscersi la condizione soggettiva di meritevolezza idonea a sollecitare una iniziativa di rimessione in termini e/o di esclusione della sanzione decadenziale*>>. Sotto tale profilo si esclude che la svolta del 2008 abbia potuto pregiudicare il diritto di difesa, sia nei gradi di merito, che in quello di legittimità, avendo inciso soltanto sula possibilità di dilazionare o diluire nel tempo la proposizione della questione di giurisdizione, quale "strategia processuale" priva di "meritevolezza" alla luce <<*della scelta di privilegiare il valore costituzionale della ragionevole durata del processo*>>.

• Sempre con riferimento all'anzidetta interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ., le Sezioni Unite[174], in una precedente occasione, avevano già escluso la possibilità della parte, incorsa nella preclusione a far valere la questione di giurisdizione, di ricorrere all'istituto della rimessione in termini sulla scorta dell'apertura compiuta da Cass., Sez. II, ord. int. n. 14627 del 2010, cit.. Per un verso, è stata rilevata la "implausibilità" della richiesta e ciò in quanto il giudizio di gravame dinanzi al Consiglio di Stato si era incardinato alcuni mesi dopo la pubblicazione di detta decisione, né tantomeno la soluzione adottata dalle Sezioni Unite poteva essere resa <<*opinabile per effetto della affermata diversa opinione del giudice amministrativo*>>. Per altro verso, la richiesta medesima è stata ritenuta "irrilevante", afferendo la situazione per la quale si invocava la rimessione in termini non già a <<*vicende di inammissibilità dell'atto*

[173] Cass., Sez. U, ord. n. 2067 del 2011 **(all. 48)**.
[174] Cass., Sez. U, ord. n. 24566 del 3 dicembre 2010 **(all. 49)**.

introduttivo del giudizio di legittimità>>, bensì <<*ad atti appartenenti a rapporti processuali di altri, anteriori giudizi, sul cui regime si sia appuntata la innovazione giurisprudenziale*>>.

• Più di recente[175], si registra, nella stessa giurisprudenza di legittimità, una presa d'atto sull'indirizzo volto ad assimilare il mutamento giurisprudenziale allo *jus superveniens*, nel senso della sua operatività soltanto per il futuro, sebbene di esso non se ne sia fatto utilizzo nella fattispecie oggetto di cognizione, ritenendosi che l'eccezione di improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo, sulla scorta del principio enunciato da Cass., Sez. U, n. 19246 del 2010 non potesse reputarsi ammissibile giacché mai sollevata in precedenza, con conseguente formazione del giudicato implicito in applicazione del principio affermato da Cass., Sez. U, n. 24883 del 2008 e confermato dalla successiva giurisprudenza.

• E' ancora da segnalare una pronuncia del 2011[176], con la quale, in relazione alla declaratoria di inammissibilità di un motivo di ricorso per cassazione per violazione della norma sul quesito di diritto (art. 366 *bis* cod. proc. civ.), si è ritenuto che la giurisprudenza formatasi in materia, successivamente al deposito del ricorso stesso, <<*non ha fatto altro che interpretare una nuova norma (in ogni caso entrata in vigore anteriormente al deposito del ricorso) … senza innovare una precedente giurisprudenza sul punto, tantomeno consolidata, rispetto alla quale configurare una sorta di "affidamento"*>>, così da consentire una rimessione intermini per errore scusabile, alla stregua dell'orientamento inaugurato da Cass. n. 14627 del 2010.

• Una recente decisione della Sezione Lavoro[177], sul presupposto che <<*le pronunce giurisdizionali hanno efficacia formalmente dichiarativa*>>, ha escluso, invece, che sussista un dovere del giudice di <<*rimettere in termini la parte onerata*>>, ove <<*nel corso del giudizio di secondo grado del processo del lavoro sopravvenga un nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di ripartizione dell'onere della prova*>>, potendosi, però, attivare, se del caso, i poteri officiosi *ex* art. 437 cod. proc. civ.

• Seppure al di fuori del processo civile, occorre rammentare, per l'importanza che riveste nell'approfondimento del tema che ci occupa, il recente intervento delle Sezioni Unite penali[178], con il quale, in riferimento alla previsione dell'art. 666, secondo comma, cod. proc. pen., in tema di c.d. "giudicato esecutivo" – che stabilisce l'inammissibilità dell'istanza già rigettata e riproposta in base ai "medesimi elementi" – ha affermato il principio secondo il quale <<*il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata*>>.

La decisione coniuga due chiavi esegetiche del sistema ordinamentale di estrema importanza. La prima è quella del ruolo che assume l'istituto del "diritto vivente", in sé considerato, nella costruzione del tessuto normativo che funge da regolatore delle

[175] Cass., Sez. II, sent. n. 2427 del 2 febbraio 2011 **(all. 50)**.
[176] Cass., Sez. V, ord. n. 2799 del 5 febbraio 2011 **(all. 51)**.
[177] Cass., Sez. L, sent. n. 1925 del 27 gennaio 2011 **(all. 51 bis)**.
[178] Cass., Sez. U penali, sent. n. 18288 del 21 gennaio 2010 Cc. (dep. 13/05/2010) Rv. 246651 **(all. 52)**.

vicende concrete. Esso - che, nella sua dimensione "indigena", è da riconoscersi, più di tutto, nella giurisprudenza in funzione nomofilattica della Corte di cassazione - postula, per l'appunto, <<*la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima*>>. Di ciò, peraltro, si trae significativa conferma in taluni dati di ordine positivo, là dove, ad esempio, l'art. 44 della legge n. 69 del 2009, nell'attribuire la delega per il riassetto del processo amministrativo, contempla, tra i criteri orientativi, il <<*fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori*>.

La seconda chiave di lettura concettuale si compendia nell'affrancamento dell'istituto dalla sua dimensione più circoscritta, per "dover essere" aperto ad istanze che travalicano i confini nazionali, così da ricevere la sua piena legittimazione dalla <<*interazione dialogica tra attività ermeneutica del giudice nazionale e di quello europeo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona*>>. In siffatta prospettiva sembra porsi, quindi, il vincolo dell'interpretazione conforme, che, nel caso di specie, comporta la ricognizione della giurisprudenza di Strasburgo sul principio di legalità ricavato dall'art. 7 CEDU; giurisprudenza alla quale si dà il merito di aver saputo <<*distillare … il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea, conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi*>>. Ancor prima, però, il riconoscimento agli stessi giudici di Strasburgo di aver predisposto lo strumentario concettuale per giungere alla virtuosa sintesi tra le diversità e cioè l'aver riconosciuto, proprio a livello categoriale, il "formante del diritto vivente", vitalizzando, nell'opera di agnizione della norma, la <<*relazione di "tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso* unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa*>>. Sicché, la <<*struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza*>>.

La sentenza delle Sezioni Unite penali può, dunque, venire alla conclusione che il sistema CEDU non "assolutizza l'ambito valoriale" del principio di legalità, così da rendere complementari il dato formale e quello propriamente giurisprudenziale, <<*con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma "vivente", risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici*>>.

• E' da notare, tuttavia, sempre in seno alla Cassazione penale e coevamente alla pronuncia sopra esaminata[179], la riaffermazione del principio di diritto secondo cui, allorquando <<*si succedano nel tempo, in sede di legittimità, interpretazioni difformi di norme processuali, il provvedimento assunto nell'osservanza di un orientamento in seguito non più condiviso*

[179]Cass., Sez. II, sent. n. 19716 del 6 maggio 2010 Cc. (dep. 25/05/2010) Rv. 247114 **(all. 53)**, che richiama la conforme Cass., Sez. VI, sent. n. 29684 del 26 maggio 2008 Ud. (dep. 16/07/2008) Rv. 240455 **(all. 54)**, cui si fa riferimento nel prosieguo.

non può considerarsi legittimo alla stregua del principio "tempus regit actum", che riguarda solo la successione nel tempo di leggi processuali, ma non delle interpretazioni di queste ultime>>.

Come risulta dalla motivazione del precedente da cui è tratto detto principio, il giudice di legittimità è consapevole del dibattito in ordine alla assimilazione del fenomeno della successione nel tempo di orientamenti giurisprudenziali diversi a quello della successione di leggi diverse; dibattito arricchito da <<*alcune recenti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che hanno esteso il principio della irretroattività anche all'interpretazione giurisprudenziale, quando il suo mutamento non fosse ragionevolmente prevedibile*>>. In particolare, la sopravvenuta interpretazione estensiva della norma incriminatrice è stata intesa alla stregua dell'introduzione di una nuova norma incriminatrice, con la conseguenza, alla luce del principio dell'irretroattività della legge penale, della <<*inapplicabilità della nuova interpretazione ai fatti pregressi*>>.

Tuttavia, si rileva, in modo significativo, che <<*il discorso riguarda essenzialmente norme di diritto sostanziale e non norme di diritto processuale*>>.

Peraltro, altrettanto significativamente, nella stessa pronuncia si ritiene opportuna, "in prospettiva", l'assimilazione del regime <<*delle radicali modificazioni del "diritto vivente" di origine giurisprudenziale … a quello stabilito per analoghe modificazioni di origine legislativa*>>, là dove però una siffatta esigenze viene meno a fronte non già di orientamenti giurisprudenziali consolidati, bensì di orientamenti contrastanti, <<*che, per ragioni di elementare cautela, renderebbero opportuno seguire l'orientamento che più sicuramente consenta il raggiungimento degli scopi perseguiti*>>.

• Tornando, infine, alla Cassazione civile, un rilievo spiccato viene ad assumere, all'evidenza, la recentissima pronuncia della Sezione Terza[180] che ha rimesso alle Sezione Unite, come di particolare importanza *ex* art. 374 cod. proc. civ., la questione del mutamento di giurisprudenza sulle regole del processo[181].

In essa si prendono le mosse dalla considerazione – armonica rispetto alle pronunce innanzi richiamate della Sezione Seconda – per cui il cambiamento delle <<*regole del gioco a partita già iniziata*>>, esponendo la parte ad una disciplina che non era in <<*grado di conoscere e di prevedere alla data in cui ha proposto la domanda giudiziale*>>, verrebbe a confliggere con il principio di legalità di cui, in particolar modo, all'art. 111 Cost..

Si osserva a tal riguardo che, diversamente da quanto accade con lo *jus superveniens* recato da interventi legislativi – il quale, normalmente, detta una disciplina transitoria o, comunque è soggetto ai principi generali posti dagli artt. 10 e 11 delle Preleggi e dall'art. 25 Cost. - <<*una nuova regola giurisprudenziale nasce del tutto scollegata dai problemi di diritto intertemporale, pur venendo di fatto a rivestire, nella formazione del diritto vivente e concretamente applicato, una rilevanza spesso non inferiore a quella della legge*>>.

Il fulcro del problema si annida nel sistema delle fonti e, dunque, nella sovrardinazione della legge alla giurisprudenza[182], cosicché la prima non può

[180] Cass., Sez. III, ord. int. n. 6514 del 22 marzo 2011 **(all. 55)**.

[181] Oltre a quella dell'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo, secondo il *revirement* di Cass., Sez. U, n. 19246 del 2010.

[182] Nell'ordinanza si precisa che un siffatto rapporto legge-giurisprudenza esprime una esigenza di garanzia, anche in funzione di uniformità e certezza delle condotte, così da sottrarle <<*alle ondivaghe opinioni e tendenze interpretative*>>; e, però, il principio di garanzia non può essere applicato in modo tale da smentire stesso.

<<*vincolare formalmente le parti o gli interpreti*>>, ai quali, pertanto, è dato disattenderla in ogni momento.

Tuttavia, non è possibile disconoscere la forza "orientativa" del precedente giudiziario, e, sommamente, di quello espresso dalla Cassazione, soprattutto nel contesto attuale in cui lo stesso legislatore – tramite l'art. 360-*bis* cod. proc. civ. – ha previsto che <<*l'inosservanza dei principi giurisprudenziali può costituire causa di inammissibilità del ricorso per cassazione*>>.

Di qui, per l'appunto, l'importanza di dare una risposta al <<*problema dell'efficacia nel tempo anche delle regole giurisprudenziali … soprattutto nelle materie – quali quella processuale – in cui il principio* tempus regit actum *svolge un ruolo insostituibile di garanzia*>>.

In conclusione, ad avviso della Sezione Terza, il principio del "giusto processo regolato per legge" postula che <<*il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali*>>.

2.2.- I giudici di merito.

Il tema dell'*overruling* in materia processuale ha assunto un significativo rilievo anche nella giurisprudenza di merito, cimentatasi, segnatamente, con gli effetti del *revirement* operato dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite[183] sulla portata dei termini di comparizione e costituzione in sede di opposizione a decreto ingiuntivo (art. 645, secondo comma, cod. proc. civ.), che il nuovo corso interpretativo – dopo oltre mezzo secolo di consolidamento dell'orientamento contrario – ha ritenuto, in ogni caso, ridotti della metà.

Emerge, dall'esame delle pronunce edite, il dato, non irrilevante, della unicità di soluzione al problema del *modus operandi* della nuova lettura dell'anzidetta norma processuale sui giudizi di opposizione in corso – suscettibili, nel caso di sua immediata applicazione alla stregua del mutato indirizzo, di essere definiti in base alla sanzione della improcedibilità – nel senso di non rendere priva di effetti l'attività processuale compiuta sulla scorta della disciplina di rito nel significato ad essa ascritto dalla giurisprudenza di legittimità prima del c.d. *overruling*. Ciò a prescindere dal fondamento giustificativo dell'approdo conclusivo, in ordine ai quali contenuti teorici si apre, invece, uno spettro piuttosto ampio di posizioni.

Su tali contenuti occorre, dunque, soffermarsi.

• Un primo blocco di pronunce[184] si attesta sulla praticabilità dell'istituto della rimessione in termini, sostanzialmente allineandosi all'indirizzo inaugurato dalla citata Cass. n. 14627 del 2010, di cui vengono mutuati gli insegnamenti, valorizzandosi,

[183] Cass., Sez. U, sent. n. 19246 del 2010. L'importanza della relativa vicenda è testimoniata, peraltro, dal comunicato stampa del Consiglio nazionale forense del 14 ottobre 2010, con il quale si invoca un intervento "riparatore del legislatore", attraverso la modifica dell'art. 165, primo comma, cod. proc. civ., ovvero quella dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ.

[184] Tribunale di Velletri, 18 ottobre 2010 **(all. 56)**; Tribunale di Siracusa, 29 ottobre 2010 **(all. 57)**; Corte d'appello di Ancona, 15 novembre 2010 **(all. 58)**; Tribunale di Civitanova Marche, 22 ottobre 2010 **(all. 59)**, che esplicitamente nega valenza solo per il futuro, come se si trattasse di una norma di legge sopravvenuta, all'interpretazione del giudice; Tribunale di Arezzo, sezione distaccata di Sansepolcro, 29 ottobre 2010; Tribunale di Torino, 28 ottobre 2010; Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 25 novembre 2010; Tribunale di Piacenza, 2 dicembre 2010.

quindi, nella direzione dell'effettività della tutela, il principio dell'affidamento sul diritto vivente <<*quale risulta dalla generalizzata interpretazione delle norme regolatrici del processo da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità*>>[185], così da escludere che la nuova interpretazione della legge processuale possa regolare gli effetti dell'atto già formato. Tuttavia, al riconoscimento della sussistenza di una causa non imputabile all'opponente per la tardiva costituzione non segue l'assegnazione di un nuovo termine per tale attività, bensì l'affermazione della tempestività dell'adempimento a suo tempo effettuato, senza la necessità di rinnovarlo, così da evitare, in armonia con il principio della durata ragionevole del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), la regressione del giudizio e l'invalidazione degli atti compiuti.

• In parte diversa è, invece, la posizione di quella giurisprudenza[186] che valorizza l'*overruling* nei termini più prossimi ai contenuti che lo caratterizzano negli ordinamenti di *common law* e cioè nell'ambito giuridico dal quale esso ha tratto origine. *Overruling* che viene distinto dal mero *revirement*, giacché il primo riguarda norme processuali, limita l'accesso alla giurisdizione, tramite una interpretazione *in malam partem* e difetta di assoluta prevedibilità da parte dell'operatore giuridico[187].

La tesi è che, attualmente, si registra una tendenza fortemente accentuata verso l'attribuzione di una particolare efficacia vincolante al precedente di Cassazione e, segnatamente delle Sezione Unite, come si evincerebbe da una serie di recenti interventi legislativi in tal senso.

Il riferimento è, in primo luogo, al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha modificato: a) l'art. 374 cod. proc. civ., imponendo alle Sezioni semplici di investire le Sezioni unite ove intendano discostarsi dall'insegnamento di quest'ultime; b) l'art. 363 cod. proc. civ., estendendo l'applicazione dell'istituto del «*principio di diritto nell'interesse della legge*», con evidenti intenti nomofilattici. Inoltre, rileva la recente novella recata dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, che, attraverso la previsione dell'art. 360-bis cod. proc. civ., ha implementato la forza di "tenuta" della <<*regola giuridica a formazione nomofilattica introducendo uno scrutinio semplificato … in caso di allineamento del* decisum *del giudice di merito al precedente conforme di legittimità*>>.

Se ne trae la convinzione che la <<*giurisprudenza delle sezioni unite non è più semplice espressione degli indirizzi di legittimità di un organo giudiziario ma giudice che contribuisce a garantire la "certezza del diritto" nell'ordinamento (v. art. 65 ord. giud.) così divenendo il suo precedente tendenzialmente vincolante per il giudice di merito e avvicinandosi il diritto vivente al diritto positivo anche dal punto di vista dell'"introduzione" delle regole giuridiche e non solo dal punto di vista della loro interpretazione*>>.

---

[185] Tribunale di Milano, 13 ottobre 2010 **(all. 60)**; Tribunale Pavia, 14 ottobre 2010 **(all. 61)**; Tribunale di Torino, 11 ottobre 2010 **(all. 62)**.

[186] Particolarmente diffuse sono le argomentazioni spese su questa linea dal Tribunale di Varese, 8 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3015, con nota di De Santis e nota di Barone-Caponi-Costantino-Dalfino-Proto Pisani-Scarselli, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo* **(all. 63)**; analogamente lo stesso Tribunale di Varese, 10 dicembre 2010 **(all. 64)**, che reca ulteriori profili di approfondimento. Sulla stessa scia, Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi, 20 ottobre 2010 e 3 novembre 2010; Tribunale di Latina, 19 ottobre 2010 **(all. 65)**; Tribunale di Siracusa, sezione distaccata di Avola, 13 ottobre 2010.

[187] Si veda, segnatamente, Tribunale Varese, 10 dicembre 2010, cit. **(all. 64)**.

Convinzione che, in termini di asserita conseguenzialità, include anche il riconoscimento al *revirement* proveniente dai pronunciamenti delle Sezioni unite della Corte di cassazione delle "fattezze" e dell'"impatto" tipico dello *ius superveniens*, ove si tratti dell'enunciazione di un principio di diritto che affiori come <<*regola del tutto nuova, se raffrontata al costume pretorile seguìto costantemente sino alla sua emersione*>>.

Ci si allinea, nella sostanza, a quella dottrina che ha ritenuto la giurisprudenza fonte del diritto[188].

La riflessione si sposta, quindi, sulla portata retroattiva del mutamento giurisprudenziale, là dove emerge con evidenza che l'assegnare natura dichiarativa all'interpretazione del giudice starebbe a significare incidere in modo pregiudizievole sui <<*rapporti quesiti dal punto di vista sostanziale*>> proprio in ragione <<*dell'improvviso mutamento delle regole processuali che ad essi sono sottesi*>>. Ciò verrebbe a minare la certezza della norma processuale, quale obiettivo valoristico da perseguire con maggior forza e decisione che nell'ambito del diritto sostanziale, proprio <<*per il carattere strumentale del processo civile nei confronti di quest'ultimo*>>[189]. Si viene, quindi, a parificare l'inapplicabilità ai processi in corso del mutamento giurisprudenziale, quale *jus superveniens*, al regime transitorio dettato dal legislatore in occasione dell'immissione nell'ordinamento di nuove regole del processo; ciò in base alla ragione per cui l'inammissibilità o l'improcedibilità derivante da una applicazione retroattiva dello *jus superveniens* (anche giurisprudenziale) metterebbe <<*in discussione l'unità e la coerenza dell'intera attività processuale, cioè l'unità e la coerenza dell'attività processuale svolta con quella futura*>>.

Peraltro, la retroattività del *dictum* troverebbe un deciso ostacolo in quella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[190] che impone la <<*conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione*>>, così da circoscrivere il momento "creativo" del *revirement* della giurisprudenza <<*ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione*>>. Nello stesso senso, altresì, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, sebbene in materia penale.

Proprio la ricognizione degli ambiti sovranazionali, non senza aver rammentato anche il fenomeno, seppur discusso, della c.d. "comunitarizzazione" delle norme CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dal 1° dicembre 2009, sembra indurre la giurisprudenza in esame ad una lettura costituzionalmente orientata, così da recuperare gli argomenti della giurisprudenza di legittimità innanzi esaminata sulla effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost.) in seno al più ampio criterio orientativo del principio del "giusto processo". Ma si è anche indotti[191] a ricercare sostegno nell'elaborazione giurisprudenziale, segnatamente in quella costituzionale, sui limiti della retroattività dell'interpretazione autentica da parte del legislatore, valorizzando quello dell'affidamento, per cui il privato deve poter agire in base al diritto che conosce e tale diritto non deve poi essere modificato retroattivamente[192].

---

[188] Adesione esplicita emerge dalla citata pronuncia del Tribunale di Latina **(all. 65)**.

[189] Così Tribunale di Latina, cit., **(all. 65)** dal quale si assumono anche le citazioni che immediatamente seguono.

[190] Si veda la precedente Sezione I, § 3.

[191] Tribunale di Varese, 10 dicembre 2010 **(all. 64)**.

[192] Giova rammentare, sia pure per sommi capi, quali siano i principi al riguardo affermati dalla Corte costituzionale. Anzitutto, si è precisato (sent. n. 74 del 2008; sent. n. 234 del 2007; sent. n. 274 del 2006) che non è decisivo

Si esclude, però, la possibilità di ricorrere, nella specie, all'istituto della rimessione in termini, il quale imporrebbe <<*un subprocedimento che si conclude con la facoltà concessa all'istante di ripetere l'attività processuale inibita dalla decadenza andatasi a formare*>>. Nei casi, come quelli all'esame del Tribunale di Varese, in cui il processo è in fase istruttoria o di trattazione, una tale soluzione <<*si risolverebbe in una lesione del principio di ragionevole durata anche con rischio di perdita delle attività processuali sino ad ora svolte ed espletate e, dunque, comunque con un effetto di sfavore per la parte sostanziale incolpevole in spregio a quanto poc'anzi affermato*>>.

L'interpretazione costituzionalmente orientata viene, quindi, portata a compimento ritenendo che <<*la parte - piuttosto che essere rimessa in termini, con regressione del giudizio e conseguente grave danno alla giurisdizione - deve essere considerata come aver agito correttamente, su mero accertamento del giudice di merito che verifica l'*overruling *e l'affidamento incolpevole del litigante*>>.

L'affermazione appare di peculiare rilievo se letta alla luce dell'ulteriore considerazione, che emerge dalla motivazione della pronuncia, per cui la soluzione prescelta sarebbe frutto di applicazione del principio del *tempus regit actum* <<*che, come regola e orienta lo* jus superveniens*, in materia processuale, così deve guidare e disciplinare l'*overruling>>. Ove al *revirement* giurisprudenziale non possa riconoscersi <<*effetto meramente dichiarativo, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento civile italiano, deve escludersi l'efficacia retroattiva delle nuove regole interpretative in materia processuale e di accesso alla giustizia*>>.

Lo spartiacque temporale, tra applicazione della regola "vecchia" e quella "nuova" secondo la lettura fornitane dal diritto vivente, è individuato da talune pronunce nel 9 settembre 2010, data di pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 19246[193];

---

verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge, il cui divieto non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo che per la materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Sicché, la norma censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non può considerarsi lesiva dei canoni costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, atteso che essa si limita ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario. Avuto riguardo ai limiti della legittimità costituzionale di una legge cui dal legislatore è stata attribuita efficacia retroattiva, viene in rilievo (sent. n. 1 del 2006; sent. n. 446 del 2002; sent. n. 416 del 1999; sent. n. 211 del 1997) l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, essenziale elemento dello Stato di diritto, che non può essere leso da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori. Con la precisazione – significativa ai fini che specificatamente interessano – che anche in sede processuale devono valere i principi dell'affidamento, della conoscibilità dell'atto (o del momento da cui derivano oneri con effetti di preclusione o pregiudizievoli) e della collaborazione leale tra soggetti che operano nel processo (sent. n. 111 del 1998). Ed ancora, si è puntualizzato (sent. n. 409 del 2005; sent. n. 374 del 2002; sent. n. 229 del 1999) che ciò che conta precipuamente ai fini del giudizio di legittimità costituzionale di una legge retroattiva non è l'esistenza dei presupposti, del resto discutibili e discussi, per l'emanazione di una legge interpretativa, quanto piuttosto la non irragionevolezza della sua efficacia retroattiva e l'inesistenza di violazioni di altri principi costituzionali. Pertanto, il legislatore può porre norme che retroattivamente precisino il significato di altre norme preesistenti, ovvero impongano una delle possibili varianti di senso del testo originario, purché compatibile con il tenore letterale di esso. Il problema da affrontare, dunque, riguarda non tanto la natura della legge, quanto piuttosto i limiti che la sua portata retroattiva incontra alla luce del principio di ragionevolezza e del rispetto di altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Sicché, il legislatore, in sede di interpretazione autentica, può modificare sfavorevolmente, in vista del raggiungimento di finalità perequative, la disciplina di determinati trattamenti economici con esiti privilegiati senza per questo violare l'affidamento nella sicurezza giuridica, là dove, ovviamente, l'intervento possa dirsi non irragionevole (sent. n. 282 del 2005; sent. n. 6 del 1994). Va, infine precisato, che

[193] Così Tribunale di Varese, 8 ottobre 2010 **(all. 63)** e Tribunale di Novara, 29 ottobre 2010 **(all. 66)**.

altre[194] lo individuano nel 14 ottobre 2010, data di pubblicazione della sentenza anzidetta <<*nel sito Ufficiale della Corte di Cassazione*>>.

• Si diversifica ancora l'orientamento[195] che attribuisce carattere di *obiter dictum* al pronunciamento delle Sezioni Unite n. 19246 del 2010, ma al contempo rileva che, nel nostro ordinamento, a differenza da quelli di *common law*, non assume particolare rilievo la differenza tra *obiter* e *ratio decidendi*, considerato che la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione, da un lato, è "meno intensa", per essere il giudice subordinato soltanto alla legge, secondo quanto dispone l'art. 101 Cost., dall'altro, risulta "più ampia", potendo la stessa Corte, ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ., rendere il principio di diritto al di là di quanto necessario per la decisione del caso concreto.

Ne consegue la doverosa attenzione dei giudici di merito per il principio enunciato dalla Corte, il quale trova immediata applicazione ai processi in corso, in ragione della <<*funzione meramente interpretativa e non certo produttiva di nuove norme che il nostro ordinamento assegna al formante giurisprudenziale*>>. Ed è interessante rilevare che, nonostante si ritenga corretta l'affermazione di principio resa dalle Sezioni Unite sui termini di costituzione in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, l'esito di improcedibilità del giudizio che deriverebbe dalla sua applicazione è reputato <<*in contrasto con principi che … non possono essere sacrificati*>>.

Tra questi non si annovera quello del contraddittorio, rispetto al quale il rimedio si configura nel consentire alle parti di discutere sul punto, anche tramite il meccanismo di trattazione scritta integrativa di cui all'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ.. Tuttavia, la mancanza di contraddittorio risulta conseguenza non già di negligenza delle parti, o financo del giudice nel non attivare i suoi poteri officiosi, ma del fatto che la <<*questione semplicemente non si poneva*>> in ragione dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale notorio, consolidato ed accettato da tutti gli operatori del diritto, così da connotare <<*in termini di assoluta incolpevolezza il comportamento processuale*>> della parte, orientato da <<*un fatto sopravvenuto e imprevedibile*>>, come è stato il *revirement* delle Sezioni Unite. Sicché, contrasterebbe con l'art. 24 Cost. una soluzione che negasse alla parte l'accesso al giudizio di merito sulla pretesa azionata a fronte di condotta processuale esente da errori alla parte stessa imputabili.

Di qui, l'applicazione della rimessione in termini (come regolata dall'art. 153 cod. proc. civ., ove applicabile *ratione temporis* o dell'art. 184-*bis* cod. proc. civ., quale espressione di un principio generale), senza doversi però rinnovare l'attività processuale legittimamente compiuta prima del mutamento di giurisprudenza.

• Si è ancora sostenuto[196] che l'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte di cassazione ha un valore soltanto persuasivo e non già vincolante; del resto, la previsione dell'art. 374, terzo comma, cod. proc. civ. è priva di sanzione ed è stata interpretata come disposizione di carattere organizzativo. Ciò tanto più vero – si

[194] Sempre Tribunale di Varese, (ma) 10 dicembre 2010 **(all. 64)**.
[195] Tribunale di Udine, 1° ottobre 2010 **(all. 67)**.
[196] Tribunale di Padova, 21 ottobre 2010 **(all. 68)**; Tribunale di Catanzaro, 4 novembre 2010 **(all. 69)**; Tribunale di Belluno, 30 ottobre 2010 **(all. 70)**.

soggiunge – in un'ipotesi come quella determinata dal pronunciamento delle Sezioni Unite sull'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., in cui viene in rilievo un mero *obiter dictum* e non già la *ratio decidendi* della decisione. Donde, la mancata considerazione del nuovo orientamento giurisprudenziale, del quale <<*basta non tenerne conto*>>[197], non potendo neppure invocarsi l'istituto della rimessione in termini, che attiene all'intervento di un fatto che abbia impedito alla parte di osservare un termine perentorio e non, quindi, al mutamento giurisprudenziale.

• In questo stesso filone si innesta l'orientamento[198] che propone la lettura esegetica precedente all'*overruling*, evidenziando la profonda distinzione tra il nostro ordinamento (nel quale i rapporti interni alla magistratura sono ispirati alla "pari dignità", come si evince dall'art. 107, terzo comma, Cost.) e quelli in cui vale "il principio autoritario dello *stare decisis*".

Peraltro, al fine di <<*adombrare una sorta di avvicinamento progressivo*>> non sarebbe corretto valorizzare le recenti riforme processuali, giacché carenti di organicità e tutte nel segno di far fronte all'esigenza di ridurre il carico giudiziario.

Si ribadisce, dunque, il carattere di "circolarità culturale" dell'evoluzione giurisprudenziale, affidata essenzialmente alla "moral suasion". Ma si insiste anche per l'insostenibilità della tesi della c.d. *prospective overruling*, non solo in forza delle ragioni innanzi riportate, ma, altresì, in base all'argomento che non troverebbe applicazione per il passato (valendo solo *pro futuro*) neppure il mutamento giurisprudenziale favorevole alla parte, ove esso riconosca diritti processuali già compromessi.

• La rimessione in termini a seguito e per effetto del mutamento giurisprudenziale determinato dalle Sezioni Unite del 2010 sull'art. 645 cod. proc. civ. è stata concessa, infine, anche dal giudice amministrativo[199] in sede di opposizione a decreto ingiuntivo per emolumenti concernenti un rapporto di lavoro pubblico, non soggetto alla privatizzazione. Nel caso di specie ha trovato applicazione l'art. 37 del codice del processo amministrativo, in ragione della ritenuta sussistenza di un errore scusabile <<*in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto*>>.

3.- I contributi della dottrina.

• Giova portare subito in evidenza la posizione di chi[200] afferma, anzitutto, la centralità, nel diritto processuale, del valore della certezza del diritto, nella sua declinazione di predeterminazione e prevedibilità del contenuto della regola di condotta e delle conseguenze della sua violazione[201]. Ciò massimamente in un

[197] Così Corte d'appello di Roma, 17 novembre 2010 **(all. 71)**.
[198] Tribunale di Verona, 14 novembre 2010 **(all. 72)**.
[199] TAR per la Lombardia, 2 novembre 2010 **(all. 73)**.
[200] Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come* ius superveniens *irretroattivo,* in *Foro it.*, 2010, V, 311-318 **(all. 74)**; analoghe considerazioni sono svolte da Barone-Caponi-Costantino-Dalfino-Proto Pisani-Scarselli, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo,* cit. **(all. 63)**.
[201] Così lo stesso Caponi, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile,* in *Foro it.,* 1998, V, 124 ss.

periodo, come quello che stiamo vivendo, di <<*tumultuosi sviluppi legislativi e giurisprudenziali, di tutela "multilivello" dei diritti fondamentali*>>, quali fattori di incertezza che necessitano di trovare un bilanciamento proprio nella certezza della disciplina processuale, resa necessaria dal carattere strumentale del processo, per cui è bene che <<*il rischio che l'errore processuale cagioni al titolare la perdita del diritto sostanziale dedotto in giudizio deve essere confinato entro il minimo indispensabile*>>.

In tale prospettiva, si esclude però che il rimedio avverso l'applicazione retroattiva del mutamento della regola di condotta processuale - nella specie, quella considerata riguarda i termini di costituzione in giudizio dell'opponente a decreto ingiuntivo - possa consistere nell'istituto della rimessione in termini.

Plurime ragioni si opporrebbero a tale soluzione, concernenti i presupposti stessi di operatività della rimessione.

Non vi sarebbe l'inosservanza di un limite temporale assegnato al compimento di un atto processuale, giacché questo è stato a suo tempo osservato.

Non sussisterebbe un impedimento incolpevole e mancherebbe addirittura l'errore scusabile, essendo artificiosa la qualificazione del "venir meno dell'impedimento" per effetto di una valutazione *ex post*, dettata dal sopravvenire di un evento quale il mutamento dell'orientamento costante di giurisprudenza sull'interpretazione di una norma processuale.

Sarebbero, infine, superflui l'accertamento in concreto dell'impedimento e l'istanza della parte, oltre a non darsi la possibilità di <<*significativo margine di apprezzamento da parte del giudice*>>.

Sicché, il ricorso alla rimessione in termini si configurerebbe, in una fattispecie come quella anzidetta, <<*una vera e propria finzione*>>.

Invero, si reputa che il mutamento giurisprudenziale, in special modo quello verificatosi in seno alla giurisprudenza costante della Corte di cassazione, venga a determinare <<*un effetto giuridico sopravvenuto, come l'intervento di un nuovo fatto rilevante, l'entrata in vigore di una nuova norma giuridica*>>, là dove al concetto di "effetto giuridico" è da attribuirsi il significato tecnico proprio di "regola concreta di condotta".

Necessita, dunque, valutare quale sia l'incidenza di siffatta nuova regola di condotta sui processi in corso e per ciò si reputa irrilevante stabilire <<*se le pronunce giudiziarie rivestano il carattere di fonti del diritto, bensì si tratta di apprezzare la successione temporale di effetti giuridici in rapporto ad ogni singolo e concreto processo, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie produttiva dell'effetto sopravvenuto sia una fonte del diritto*>>. In definitiva, si tratta di delibare il rapporto tra l'effetto già verificatosi (nella specie, la costituzione tempestiva in giudizio dell'opponente) e l'effetto sorto dall'evento sopravvenuto (nella specie, la riduzione a metà dei termini di costituzione ricollegata alla semplice proposizione dell'opposizione), <<*che può essere costituito da un nuovo fatto o atto giuridicamente rilevante, da una nuova legge, da una pronuncia di un organo giudiziario*>>.

Tuttavia, non si nega che il fondo della tesi è permeato comunque dall'idea, sostenuta da dottrina autorevole[202], che <<*il precedente giudiziario — anche quello destinato ad esplicare una efficacia meramente persuasiva — sia fonte di norme giuridiche che integrano l'ordinamento giuridico di riferimento*>>. Sicché, si aderisce alla posizione di chi ravvisa

[202] Quella già in precedenza esaminata di Pizzorusso.

nelle pronunce giudiziarie una fonte produttiva di norme interpretative e come tali aventi effetti retroattivi; retroattività (o "retrospettività") <<*connaturata alla giurisdizione, come attività che si fa sempre interprete di una dimensione preesistente*>>.

Il problema si fa più complesso, però, dinanzi alla <<*proiezione temporale del mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali*>>.

Si assume, pertanto, a *Grundnorm* la regola di etica processuale per cui <<*non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso*>>[203].

La predeterminazione, e previa conoscibilità, delle regole del contraddittorio sarebbe, del resto, portato inequivocabile dell'art. 111 Cost.

Occorre quindi distinguere il caso in cui il mutamento di giurisprudenza riguardi il diritto sostanziale e quello in cui investa la regola del processo, là dove soltanto in riferimento al primo può riaffermarsi, di regola, il principio generale di retrospettività dell'efficacia del precedente giudiziario.

Diversamente, quanto alle norme processuali, non è dato sconvolgere l'assetto predisposto a seguito dello *jus superveniens*, <<*che rimette inevitabilmente in discussione l'unità e la coerenza dell'intera attività processuale, cioè l'unità e la coerenza dell'attività processuale già svolta con quella futura*>>[204].

Sicché, il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali è uno *jus superveniens* irretroattivo.

• Un sostanziale apprezzamento per l'equiparazione dell'*overruling* del diritto vivente allo *jus superveniens*, <<*agli effetti della relativa disciplina temporale (nel senso che* tempus regit actum*)*>>, emerge anche nella visione di chi[205] reputa tale sovrapposizione in linea con la giurisprudenza delle Corti europee (Strasburgo e Lussemburgo). Donde, la possibilità di ritenere che il mutamento di giurisprudenza in

---

[203] Così sempre Caponi, *"Tempus regit processum". Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449-462 **(all. 75)**.

[204] Dal brocardo *tempus regit actum* a quello di *tempus regit processum*.

Giova puntualizzare quanto la giurisprudenza ha avuto modo di affermare al riguardo. Cass., Sez. III, ord. n. 24491 del 2 ottobre 2008 (Rv. 604636) ha precisato che, <<*in difetto di esplicite previsioni contrarie, il principio dell'immediata applicazione della legge processuale sopravvenuta ha riguardo soltanto agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, alla quale non è dato incidere, pertanto, sugli atti anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati, secondo il fondamentale principio del* tempus regit actum*, dalla norma sotto il cui imperio siano stati posti in essere*>>. Le ragioni sono da rinvenire in un <<*generale principio di "affidamento" legislativo (desumibile dall'art. 11 disp. gen.)*>>, il quale preclude <<*la possibilità di ritenere che gli effetti dell'atto processuale già formato al momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione siano da quest'ultima regolati, quantomeno nei casi in cui la retroattività della disciplina verrebbe a comprimere la tutela della parte, senza limitarsi a modificare la mera tecnica del processo*>>.

Più di recente, Cass., Sez. III, sent. n. 20811 del 7 ottobre 2010 (Rv. 615405) ha enunciato il principio così massimato: <<*In assenza di norme che diversamente dispongano, il processo civile è regolato nella sua interezza dal rito vigente al momento della proposizione della domanda, non potendo il principio del* tempus regit actum*, in forza del quale lo* ius superveniens *trova applicazione immediata in materia processuale, che riferirsi ai singoli atti da compiere, isolatamente considerati, e non già all'intero nuovo rito. Infatti, posto che il "rito" è da intendersi come l'"insieme" delle regole sistematicamente organizzate in vista della statuizione giudiziale, l'applicazione di un nuovo rito ad un processo già iniziato, in assenza di norme transitorie che ciò autorizzino, si tradurrebbe in una non consentita applicazione retroattiva di quell'"insieme", invece vietata dal principio di irretroattività della legge contenuto nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, di cui lo stesso art. 5 cod. proc. civ. è applicazione*>>.

[205] Morelli, *Ingiustificato l'allarme sui decreti ingiuntivi: termini dimezzati solo per le nuove opposizioni*, in *Guida dir.*, 2010, f. 44, 11-12 **(all. 76)**.

materia processuale, a differenza di quello sull'interpretazione di norme sostanziali, non possa sconvolgere <<*l'assetto predisposto in considerazione del pregresso* modus procedendi*, per cui il processo debba proseguire in termini di sostanziale coerenza dell'attività da svolgersi con quella già svolta*>>.

L'ulteriore conseguenza è la conservazione, in capo alla parte che abbia posto in essere un'attività processuale in conformità all'interpretazione *overruled*, irrituale secondo il nuovo indirizzo, del diritto ad una decisione di merito; soluzione che postula l'affermazione di irretroattività <<*delle decisioni modificative dell'esegesi di norme processuali*>>.

• Con un occhio particolarmente attento all'interazione tra l'istituto della rimessione in termini e il mutamento di giurisprudenza in materia processuale è il contributo di chi[206] rileva, anzitutto, come le pronunce della seconda sezione della Cassazione del 2010 abbiano introdotto il rimedio anzidetto per una ipotesi diversa da quella di consueto ritenuta idonea ad attivarlo (l'impedimento materiale indipendente dalla volontà dell'interessato). Ipotesi diversa anche dalla sopravvenienza in diritto, irretroattivamente applicabile al rito o al merito della controversia, la quale, anch'essa, non sarebbe da ricondursi alla rimessione in termini, giacché non si verte in ipotesi di <<*perdita incolpevole di un potere processuale*>>.

Invece, nel caso del mutamento di giurisprudenza la causa imputabile è stata, condivisibilmente, individuata <<*nell'affidamento riposto nella giurisprudenza di legittimità e nelle indicazioni di rito da quest'ultima dettate* ex post *rivelatesi inattendibili*>>. Una tale ricostruzione sarebbe, ad avviso della dottrina in esame, consentanea rispetto al secondo comma dell'art. 153 cod. proc. civ. e da estendere non solo al vizio di forma dell'atto originato dall'*overruling*, che necessiti quindi della rinnovazione, ma anche, in linea con la disciplina dell'errore scusabile nel processo amministrativo, <<*quando l'errore in cui sia incorsa la parte è più latamente dovuto ad oscillazioni giurisprudenziali di legittimità (e forse anche di merito) che solo successivamente al compimento dell'atto trovino composizione, ovvero a monte ad un dato normativo incoerente ed ambiguo*>>.

In tali casi la concedibilità della rimessione in termini è, però, condizionata, in primo luogo, dall'avere la parte posto in essere l'atto processuale nel termine di legge e secondo le indicazioni provenienti dall'orientamento consolidato ovvero, anche da quello oscillante[207]; in secondo luogo, dal fatto che l'*overruling* abbia <<*reso tale contegno processuale inidoneo al raggiungimento dello scopo per difetto di forma*>> e, quindi, abbia comportato la necessità di rinnovare l'atto stesso.

Ove dette condizioni siano integrate, potrà trovare applicazione l'art. 153 cod. proc. civ. e, in ipotesi di sopravvenuta inosservanza di un termine per impugnare, non creerà soverchi problemi la mancata previsione di un termine finale di sbarramento

[206] D'Alessandro, cit., 1480 **(all. 35)**.

[207] Si esclude che la prima condizione di accesso all'istituto possa ricorrere allorché si verta in settori – quali quelli dei termini per il reclamo o dei provvedimenti non definitivi – in cui non si potrebbe avere una pronuncia della Cassazione e, dunque, un indirizzo nomofilattico, salvo che non trovi applicazione l'art. 363 cod. proc. civ. Si esclude, altresì, che possa ottenere la rimessione la parte che, prima del mutamento di giurisprudenza sull'art. 37 cod. proc. civ. (Cass., Sez. U, n. 24883 del 2008), non abbia impugnato la decisione di appello sotto il profilo della giurisdizione, <<confidando nella mancata preclusione dei poteri officiosi del giudice di secondo grado risultante dal tenore letterale>> della citata disposizione.

per la rimessione in termini, potendo questa <<*essere accordata solo ad impugnazioni già tempestivamente proposte nelle forme all'epoca indicate dalla giurisprudenza*>>.

Peraltro, proprio la natura dell'impedimento – di carattere non materiale – sta a giustificare la concedibilità della rimessione *ex officio*, in assenza di istanza di parte, così allineandosi al trattamento dell'errore scusabile di cui al processo amministrativo, secondo l'applicazione fattane dalla giurisprudenza di settore[208] e recepita nella recente disciplina positiva recata dal d.lgs. n. 104 del 2010.

A convincere della bontà di una soluzione siffatta milita, anzitutto, l'argomento per cui, bene a ragione, si invoca nella specie (errore scusabile per mutamento od oscillazione di giurisprudenza) il principio di eguaglianza, posto che il contenzioso amministrativo <<*comprende ipotesi di giurisdizione esclusiva ove si tutelano diritti soggettivi come nel processo civile*>>. E, del resto, l'art. 39 del codice del processo amministrativo rinvia alle norme processuali civili per quanto in esso non espressamente previsto.

Si ritiene, tuttavia, che la concedibilità d'ufficio della rimessione in termini non rinvenga sufficienti ragioni nelle pronunce della Cassazione, là dove l'istanza di parte <<*potrebbe anche essere richiesta in quanto manifestazione della volontà dell'interessato di giovarsi dell'istituto*>>. Del resto, proprio questo profilo sarebbe quello maggiormente problematico, potendo venire in conflitto il principio di autoresponsabilità con esigenze di ordine pubblicistico, tali da far sì che anche <<*il giudice, attivandosi d'ufficio, potrebbe rimettere in termini in modo da ristabilire quella garanzia del giusto processo che fu lesa per causa non imputabile alla parte*>>. Si tratta, comunque, di una scelta nella discrezionalità del legislatore, che, allo stato, sembra aver operato in modo contrastante nel processo civile ed in quello amministrativo (prevedendo soltanto per il primo l'istanza di parte).

Peraltro, nel caso di esercizio del potere processuale, anche di impugnazione, avvenuto senza proposizione di previa istanza di rimessione in termini, sul presupposto della tempestività dell'atto in assenza dell'*overruling*, la soluzione della concedibilità d'ufficio (in base al termine stabilito dal giudice, in assenza di indicazioni legislative) della rimessione stessa sembrerebbe da preferire, là dove si ritengano, per l'appunto, prevalenti le esigenze di carattere pubblicistico; con l'ulteriore possibilità di convalida dell'atto ove esso non presenti vizi di forma, senza necessità di rinnovazione.

• Vi è poi chi[209] ritiene sostanzialmente illegittimo l'*overruling* in materia processuale che vada a detrimento dei diritti e facoltà delle parti, così da determinare risultati contrari al principio del giusto processo.

Si rileva che l'unità dell'interpretazione, specialmente a seguito dell'introduzione dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ. e la novellazione dell'art. 374 cod. proc. civ., è da reputare <<*un criterio legale di interpretazione delle norme legislative* … iuris tantum *e non* juris et de jure>>, soprattutto in quanto correlato ai principi costituzionali di eguaglianza e libertà dei cittadini e del giusto processo. Per derogarvi, pertanto,

[208] Si rileva che il giudice amministrativo, ove l'atto tardivamente compiuto non difetti di forma, si limita a convalidarlo, senza necessità di rinnovazione.

[209] Pivetti, *Creatività giurisprudenziale e giusto processo. Creatività giurisprudenziale e nomofilachia. Nomofilachia e giusto processo*, relazione tenuta all'incontro di studio "*Gli interventi della Cassazione nel processo civile: creatività giurisprudenziale e giusto processo*", organizzato dalla Formazione decentrata per la Corte Suprema di cassazione, Roma, 2 febbraio 2011 **(all. 77)**.

necessitano <<*buone ragioni*>>, con la conseguenza che, avuto riguardo all'interpretazione delle norme processuali, <<*l'*overruling *non è mai ammissibile allorquando determina risultati contrari al principio del giusto processo e cioè quando fa perdere la causa per motivi di rito ad una parte incolpevole*>>.

L'ammissibilità e la legittimità del mutamento giurisprudenziale è da predicare, invece, nel caso, contrario a quello determinativo di "ingiustizie processuali", in cui esso comporta, per l'appunto, esiti favorevoli per la parte. In altri termini, allorché la svolta sia "liberalizzatrice", tale da consentire l'esercizio dell'attività processuale senza inutili e dispendiosi formalismi, la cui operatività era, invece, sostenuta dall'indirizzo interpretativo in precedenza consolidatosi.

Di qui, la critica che viene mossa all'impostazione incline a ritenere sempre irretroattivo l'*overruling* in materia processuale e, al contempo, ove si tratti di svolta pregiudizievole per le parti, una certa preferenza per il rimedio della rimessione in termini. Tale strumento ovvierebbe alle difficoltà concettuali sottese all'inquadramento della giurisprudenza tra le fonti interpretative del diritto (quale carattere condizionante la sua legittimazione costituzionale, che le consente di non invadere la funzione legislativa) e alla connessa problematica della natura retroattiva, o meno, di tale funzione.

Diversamente, un utilizzo della tecnica della *prospective overruling*, che rinvierebbe al futuro l'applicazione del principio di diritto, toglierebbe alle parti del giudizio interesse a contraddire sulla specifica questione, lasciando al giudice il compito di elaborazione al riguardo. Inoltre, sino a che non si abbia a giudicare su una vicenda successiva alla pronuncia innovativa, occorrerà, anche da parte della Cassazione, applicare, magari ancora per lungo tempo, il "vecchio" principio, ormai superato.

• Da taluno[210] si richiede una particolare attenzione nella "costruzione" dell'*obiter dictum*, sulla quale profondere lo stesso impegno con cui si argomenta la *ratio decidendi*, posto che la distinzione tra le due figure è parsa, a molti, effimera in un contesto di un sistema a precedenti "persuasivi". Distinzione che, del resto, sembra destinata ad attenuarsi ancor di più nell'attuale regime di nomofilachia, imperniato sui poteri che anche l'art. 363 cod. proc. civ. affida alla Cassazione, così da autorizzarla <<*a parlare anche solo* pro futuro *ed indipendentemente dalla decisione della controversia concreta*>>.

Si afferma, inoltre, che la modificazione in via pretoria delle regole processuali è consentita soltanto ove necessaria e rappresenti una sorpresa "non eccessiva". In altri termini, allorché l'indirizzo interpretativo precedente era obiettivamente errato e il mutamento di giurisprudenza era "nell'aria"[211].

In ogni caso, a salvaguardia dei diritti di difesa delle parti, si porrebbe l'esigenza di pubblicizzare l'*overruling*, anche tramite una esplicitazione dei suoi effetti *pro futuro*, a partire dall'inserimento del principio, enunciato a mente dell'art. 363 cod. proc. civ., nella raccolta ufficiale del Massimario.

---

[210] Briguglio, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo; ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in www.*judicium.it* **(all. 78)**.
[211] Briguglio, cit.

Non si nasconde, tuttavia, che una soluzione di tal fatta sconterebbe un alto grado di opinabilità quanto alla riconfigurazione del valore della giurisprudenza da "fonte di fatto" a "precedente formalmente vincolante".

La diversa via della rimessione in termini si reputa, invece, "farraginosa"[212], anche se in grado di resistere alla tentazione appena evidenziata di ridisegnare, nel sistema, il ruolo della giurisprudenza.

• Dalla pletora di posizioni emerse in giurisprudenza a seguito della vicenda determinata dal *dictum* di Cass, Sez. U, n. 19246 del 2010, si ritiene[213] di poter enucleare – dal combinato disposto degli artt. 111 Cost. sulla predeterminazione delle regole processuali, 153 cod. proc. civ. e 37 del codice del processo amministrativo, in tema di errore scusabile e in forza del principio dell'affidamento - un principio processuale generale, che così recita:

<<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 in tema di quelle forme e di quei termini>>.

Peraltro, pur rimarcandosi l'importanza del valore della certezza del diritto soprattutto in ambito processuale - tale da sconsigliare *revirement* della giurisprudenza *<<ove non siano in gioco inviolabili diritti di azione e difesa>>* - non si nega la possibilità di evoluzione della giurisprudenza, con l'avvertenza però di rendere il cambiamento delle regole processuali, in forza della nuova interpretazione, inapplicabile al caso oggetto di immediata cognizione e, dunque, solo *pro futuro*, alla luce della teoria della *prospective overruling*, conosciuta dagli ordinamenti anglosassoni, che dovrebbe essere *<<accolta anche dalla giurisprudenza della nostra Corte di cassazione, specie in materia processuale>>*.

• Secondo altra dottrina[214] si aprono *<<nuovi orizzonti per la valutazione dell'affidamento incolpevole nel diritto vivente, affidata ad un giudizio di fatto …, da svolgersi nel pieno rispetto del contraddittorio e della parità delle armi e, in particolare, della piena osservanza dell'art. 384, co. 3°, c.p.c.>>*.

Viene, anzitutto, precisata la nozione di "mutamento di giurisprudenza" agli anzidetti fini, da intendersi come *<<l'interpretazione di disposizioni processuali che sovverta inaspettatamente ed improvvisamente un orientamento giurisprudenziale consolidato>>*; non sarebbe, dunque, un "mutamento" la composizione di contrasto giurisprudenziale, posto che un indirizzo esegetico era comunque già presente in seno alla giurisprudenza.

Si osserva, poi, che il rilievo d'ufficio dell'affidamento incolpevole *<<significa applicare ai mutamenti di giurisprudenza i principii operanti per lo* jus superveniens*>>*, là dove, però, nell'ordinamento vigente, la *<<giurisprudenza non è una fonte del diritto>>*. In tale prospettiva, il mutamento giurisprudenziale tocca le disposizioni *<<innovativamente interpretate, dalle quali soltanto proviene la forza cogente>>*. Si ritiene, peraltro, che l'*overruling* non possa essere del tutto legittimato, non potendo esso essere ascritto ad esercizio di

[212] Briguglio, cit.

[213] Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo,* in *Foro it.*, I, 2011, 117-119 **(all. 79)**.

[214] Costantino, *(annotazione a Cass. n. 4687 del 2011 e Cass. n. 3030 del 2011),* in *Foro it.,* 2011, di prossima pubblicazione **(all. 80)**.

nomofilachia, giacché sovverte l'indirizzo consolidato, né compone un contrasto di giurisprudenza.

Si assume, per l'appunto, che l'affidamento incolpevole richiede un giudizio di fatto (che può essere compiuto anche dalla Cassazione), il quale, in sede di merito, presuppone, sulla verificatasi decadenza o preclusione, l'eccezione di parte e l'instaurazione del contraddittorio su di essa (art. 101, secondo comma, cod. proc. civ.), con conseguente delibazione sull'allegato affidamento incolpevole, che, in quanto derivante dal comportamento della parte, sarà onere di quest'ultima dimostrare. Oggetto di siffatta prova <<*è l'impossibilità di conoscere mediante l'ordinaria diligenza, al momento del compimento dell'atto, il mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale*>>.

Su queste premesse, il contributo si conclude, quindi, declinando la formula integrativa del principio generale del processo indicato da altra dottrina[215] 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 in tema di quelle forme e di quei termini, se la parte nei confronti della quale sono fatte valere le decadenze o le preclusioni conseguenti al nuovo indirizzo giurisprudenziale prova l'affidamento incolpevole in quello precedente*>>.

• Al problema di conoscibilità del *revirement* giurisprudenziale accenna chi[216] reputa che la contezza di esso possa aversi <<*almeno quindici* [giorni] *dopo la sua pubblicazione*, recte *dopo la conclusione del periodo di sospensione feriale che si chiude il 15 settembre d'ogni anno, ché la sentenza delle Sezioni Unite* [si fa riferimento a Cass. n. 19246 del 2009] *va – per ora – soltanto sul* Web *e sulle riviste giuridiche, non in Gazzetta Ufficiale*>>.

Si sostiene, altresì, che <<*un mutamento di rotta tanto improvviso e inaudito, rispetto ad una giurisprudenza consolidata da oltre mezzo secolo, ben integra quella causa non imputabile atta a giustificare rimessioni in termini dell'opponente*>>, sia ai sensi dell'art. 153, secondo comma, che del previgente art. 184-*bis* del codice di rito. Ciò postula l'esistenza di una condotta non negligente, né erronea in quanto anteriormente conforme alla regola processuale <<*concretamente adottata e seguita dalla Cassazione*>>, trovando un tale affidamento la copertura della garanzia costituzionale del contraddittorio e del giusto processo, quali principi che fondano l'autoresponsabilità processuale delle parti, <<*ricollegando effetti pregiudizievoli all'inattività solo ove questa sia ascrivibile a colpa*>>. Dunque, la causa non imputabile è integrata da <<*ogni impedimento all'esercizio del potere processuale non evitabile con un comportamento diligente*>>.

Si ritiene, peraltro, che, nella specie, possa tornare utile la nota categoria della *ignorantia iuris* "scusabile", nascente da obiettiva incertezza sul comportamento doveroso, che verrebbe in rilievo proprio nel caso in cui la parte si sia conformata ad una regola processuale <<*che, indiscutibilmente e senza sua colpa, riteneva sino ad ora vigente (come in effetti vigeva) nella* communis opinio *giurisprudenziale*>>.

Viene, altresì, espressa adesione alla tesi della portata irretroattiva del mutamento giurisprudenziale, a presidio del principio di legalità in campo sanzionatorio, anche processuale, evocandosi a tal fine non soltanto gli arresti della giurisprudenza europea,

[215] Il riferimento è allo scritto di Proto Pisani, innanzi esaminato.

[216] Tedoldi, *Un discutibile* obiter dictum *delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimidiato, a pena di improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 2010, 1455-1465 **(all. 81)**.

ma anche il principio del "giusto processo regolato dalla legge", *ex* art. 111, primo comma, Cost.

La conseguenza della applicazione dell'istituto della rimessione in termini non sarà, dunque, la regressione del procedimento, ma l'inoperatività della sanzione dell'improcedibilità, all'esito del contraddittorio delle parti sulla relativa questione.

SEZIONE IV: OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Lasciando al materiale che precede di poter sprigionare tutta la sua forza evocatoria in ordine alla più ampia riflessione sul tema, ci si limiterà soltanto alla "messa a fuoco" di taluni profili che potrebbero rivelarsi utili ai suddetti fini.

• Nella prospettiva del sistema delle fonti, alla luce dell'ordinamento "dato", la giurisprudenza, nell'esercizio della sua funzione di interpretazione delle disposizioni ed applicazione delle norme, non crea diritto nel senso che lo pone, ma lo invera, assumendo il dato positivo e calandolo nella realtà concreta che richiede di essere "giudicata".

Rimane astretta dalla formulazione testuale, nella sua significanza linguistica, ma può tenderla sino al punto appena precedente a quello di rottura. La norma vive come interpretata ed il non-superamento del punto di rottura sta a dimostrare che essa possiede quella determinata virtualità precettiva.

• In questo senso si può anche cogliere l'"effettività della norma", la quale - come la realtà stessa rende evidente – è forgiata, all'inizio, da un pensiero diffuso, che si forma ascoltando le istanze della comunità territoriale e ne metabolizza le esigenze di giustizia, sia pure in un necessario saldo ancoraggio ai "valori" fondanti indicati in Costituzione e, da qualche tempo, segnati anche dalle fonti sovranazionali. In ciò risiede, anzitutto, l'esito dell'attività di interpretazione che muove dai giudici del merito.

• L'interpretazione così generata risulta, però, monca, ove non possa, alla fine, connotarsi di uno dei suoi caratteri imprescindibili, quello della proiezione nel futuro e, dunque, della stabilità. A questo provvede il principio enunciato dal giudice della nomofilachia. Esso compendia la profondità dell'esperienza diffusa nell'esegesi che non trova ulteriori gradi di interferenza, diventa l'espressione di un vissuto complessivo e, finalmente, arricchisce di significato non contingente il precipitato normativo inizialmente somministrato dal legislatore. Principio democratico e tutela giurisdizionale trovano equilibrio in una norma "detta" e la norma "detta" regola la collettività nel segno della sua stessa sovranità.

• Ma una tale norma, il "diritto vivente adeguato ai valori", non è mai "immobile", giacché muta, repentinamente o meno, la realtà sociale o, come solitamente accade, essa viene soltanto a modularsi diversamente, così da coinvolgere nel cambiamento anche la sua stessa dimensione valoriale, che, a sua volta, plasma i caratteri della

"norma vivente". Sicché, come la stabilità e il consolidamento chiedono ripetizione della norma interpretata, e nella ripetibilità esaltano le proprie virtù di esibire al singolo certezza giuridica, l'*overruling*, il mutamento di giurisprudenza, chiede a quella stabile interpretazione, ora privata del substrato valoriale di un tempo, di lasciare il passo ad una nuova esegesi che ne sostituisca le virtù disciplinatorie, esaltando la dimensione successivamente emersa. E una volta che ciò sia accaduto, il mutamento d'indirizzo diventa, nella frequenza del suo ripetersi, secondo un destino di ricorrenze inarrestabili, stabilità e certezza esso stesso, così da paventare, prima o poi, un altro mutamento che ne elida il senso normativo ormai stabilizzato.

• Del resto, è questa la prospettiva che esibisce l'ordinamento attuale, secondo talune accresciute potenzialità in direzione della stabilità della giurisprudenza. Il riferimento è, chiaramente, alla norma dell'art. 360-*bis* cod. proc. civ., i cui effetti dovrebbero essere quelli di coagulare il consenso dei giudici di merito sul precedente del giudice di legittimità sino a che non si proponga, con argomenti convincenti, un suo mutamento. Effetti predicati, questa volta, non soltanto all'esito di un'esegesi di sistema, ma da una specifica disposizione di legge in modo esplicito e con relative conseguenze processuali in termini latamente "sanzionatori", come del resto palesa la sua stessa "rubrica"[217]. Lo scarto rispetto al passato, anche più recente, non sembra revocabile in dubbio.

• Ove, quindi, si ritenga che, nel sistema delle fonti, l'*overruling* della giurisprudenza costituisca un fenomeno quasi indefettibile, adeguando il diritto alla realtà, non sembra, però, che esso possa essere qualificato come *jus superveniens* in senso tecnico, come "successione di leggi nel tempo".

• Esaminato nell'ambito della disciplina processuale (civile), la diversa "norma vivente", frutto del mutamento giurisprudenziale, opera, dunque, come tale, come "norma nuova" nel concreto della dinamica del processo, in quanto, nel momento stesso in cui essa trova applicazione, è la regola attuale, sebbene non lo fosse sino ad allora. Ove si escludesse, per l'appunto, che tale "norma" sia *jus superveniens*, dovrebbe anche negarsi che per la stessa possa valere il principio del *tempus regit actum*, il quale segna l'ingresso delle modifiche legislative alle disposizioni processuali, in assenza di diverse indicazioni da parte dello stesso legislatore (incline, del resto, a dettare una puntuale disciplina transitoria al riguardo). E' quel che si dice, comunemente, della funzione interpretativa, connotandola di una naturale "retroattività".

• L'attenzione, come è evidente, va posta sul mutamento che comporti un restringimento della portata dei poteri processuali delle parti, che determini l'insorgenza di una decadenza o di una preclusione prima insussistente. Infatti, è l'incidenza latamente pregiudizievole della nuova interpretazione a determinare il momento di crisi in un processo che, diversamente, avrebbe avuto, in rito, altro sviluppo.

[217] Ma, sul punto, si veda la citata Cass., Sez. U, n. 19051 del 2010.

Invero, prima ancora il problema è se il mutamento di giurisprudenza possa, nei termini anzidetti, legittimarsi in materia processuale; ma il tema in esame, nei suoi confini segnati, propone un dato inequivocabile, che è quello dell'esistenza di un siffatto *overruling*.

• Deve trattarsi, in ogni caso, di un *overruling* imprevisto e ragionevolmente imprevedibile, che costituisce una "sorpresa" rispetto al contegno processuale sino allora richiesto.

In tal senso, la disposizione variamente interpretata, quella oggetto di un contrasto esegetico, ovvero anche la nuova disposizione sulla quale non si sia formato ancora un indirizzo, rappresentano fattori tutti di crisi della nozione di mutamento imprevisto e ragionevolmente imprevedibile, salvo che le contingenti circostanze del caso non consentano, comunque, di caratterizzarli come imprevedibili, in ragione della stessa natura del concetto di prevedibilità, giacché legato al profilo soggettivo della condotta.

• In quanto di ostacolo ad una soluzione di merito del processo, la quale, appena prima, sarebbe stata il suo naturale sbocco, l'anzidetto mutamento giurisprudenziale "restrittivo" si porrebbe in frizione con il principio del "giusto processo", costituzionalmente garantito (art. 111 Cost.), alla cui stregua non sarebbe consentito frapporre impedimenti ad una decisione sul merito della controversia, che non siano quelli consentanei a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

• La cornice è, dunque, quella del valore del "giusto processo", nella sua dimensione conglobativa dell'inviolabile diritto di azione e difesa, al fine, per l'appunto, di rendere effettiva la tutela giurisdizionale e, dunque, la sua propensione alla decisione di merito.

• In questa cornice, la premessa fondante sembra concettualmente segnata dal legame che avvince la disciplina positiva del processo con l'esigenza, propria di chi invoca la tutela giurisdizionale, che detta disciplina sia, nella sua essenza di criterio di condotta nell'atto stesso di concretizzarsi, certa.

Si tratta, come è evidente, dell'affidamento incolpevole sulla certezza della regola processuale in quel dato momento cristallizzata dal diritto vivente[218]. Ma, ancora, sembrerebbe trattarsi della regola "singolare", che riguarda quel dato processo e quel dato esercizio (o mancato esercizio) di attività processuale concernente una determinata parte.

In altri termini, la regola astratta, dispensata dal diritto oggettivo, ha già trovato concretizzazione nel vivo del processo e ad essa, la parte, si è conformata in base alla lettura sino a qual momento attuale.

La predicata natura dichiarativa della giurisprudenza non può però giungere sino a travolgere quell'attività processuale, giacché è l'affidamento incolpevole della parte –

[218] Del resto, quale peculiare rilievo abbia il principio dell'affidamento nello scrutinio di ragionevolezza delle norme, anche processuali, interpretative e/o retroattive, compiuto dalla Corte costituzionale, risulta dalle indicazioni di cui alla "nota 192" che precede.

tutelato dal combinato operare dei principi fondamentali di garanzia innanzi ricordati – a "*reggere*" l'attività stessa.

• Se, dunque, la possibilità di tutelare la parte pregiudicata dall'*overruling* è nel segno dell'affidamento incolpevole, esso, operando all'interno del singolo processo, in rapporto alle esigenze esclusive di questo, non sembra porre problemi di interferenza con il piano delle fonti (di produzione) del diritto.

• Gli strumenti immediati per rendere effettiva la tutela sembrerebbero, poi, già indicati dalla giurisprudenza, di legittimità e di merito, in quello della rimessione in termini (ove si tratti di compiere o di rinnovare l'attività processuale omessa o viziata) o in quello della ritenuta tempestività/correttezza dell'adempimento a suo tempo effettuato dalla parte.

• Tuttavia, nell'ottica propria della nomofilachia, l'*overruling* necessariamente presenta la sua vocazione a dettare la regola "vivente" e a dettarla per i casi a venire. Si è visto, infatti, come, nell'attualità, operi la disciplina posta dall'art. 360-*bis* cod. proc. civ.

• Dunque, il problema è anche quello dell'affermazione del mutamento di giurisprudenza in quel primo processo destinato a racchiudere il "precedente".

La soluzione, da taluno prospettata, dell'utilizzo dell'art. 363 cod. proc. civ., sembrerebbe ben coniugarsi con la salvezza della posizione singolare della parte, che versi in errore scusabile, sebbene essa, in parte, possa scontare il fatto di non poter – almeno stando alla lettera della norma – essere praticata nell'ipotesi di fondatezza del motivo di ricorso cui la questione dell'*overruling* si riferisca[219].

• Infine, terreno di dibattito è quello che riguarda l'individuazione del momento oltre il quale non è più possibile ritenere incolpevole l'affidamento e cioè il momento che è segnato dalla conoscenza del mutamento di giurisprudenza come "fatto". Anche su questo vi sono stati pronunciamenti giurisprudenziali e opinioni del mondo accademico, cui opportunamente si rinvia, con la sola annotazione, sebbene ovvia, che si tratta di un profilo non proprio irrilevante, giacché involge oggettivi aspetti di certezza delle situazioni giuridiche interessate, che non sempre le contingenze della vicenda concreta riescono a mascherare.

(Red. Enzo Vincenti)

Il direttore
(Mario Rosario Morelli)

[219] Ciò, ovviamente, ove non si ritenga di giungere al mutamento di giurisprudenza nei casi individuati dal comma primo dello stesso art. 363.

INDICE

Normativa

- Cost., 3, 24, 25, 101, 107, 111;
- Preleggi, artt. 1, 10, 11, 12;
- Cod. proc. civ., artt. 37, 132, 153, 165, 184-*bis*, 294, 326, 327, 359, 360, 360-*bis*, 363, 366-*bis*, 374, 384, 393, 420-*bis*, 645;
- Disp. att. cod. proc. civ., art. 118;
- Cod. pen., art. 5;
- Cod. proc. pen., artt. 618, 666;
- R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, artt. 34 e 36;
- R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, artt. 65 e 68;
- Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 34;
- D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 64;
- D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40;
- Legge 19 giugno 2009, n. 69, artt. 44, 45, 47, 52 e 58;
- D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 37;

* * *

- Trattato U.E., art. 267 (ex art. 234 del Trattato CE)

* * *

- CEDU, artt. 6, 7, 35

* * *

- Cod. civile francese artt. 2 e 5
- Cod. civile spagnolo, art. 1
- Cod. proc. civ. spagnolo, artt. 477, 487, 490 e 493;
- Cod. civile svizzero (ZGB), art. 1

Giurisprudenza

Corte di giustizia dell'Unione europea

- CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, *Dansk Rørindustri e a./Commissione* **(all. 14)**;
- CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone/ Commissione* **(all. 13)**;

Corte europea dei diritti dell'uomo

- Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times/Royaume Uni,* stralcio **(all. 10)**;
- Corte EDU, sent. 22 ottobre 1996, *Wingrove/Royaume Uni,* stralcio, **(all. 11)**;
- Corte EDU, sent. 22 ottobre 1996, *Cantoni/France*, stralcio, **(all. 12)**;
- Corte EDU, sent. 27 marzo 2003, *Scordino/Italie;*
- Corte EDU, sent. 29 marzo 2006, *Cocchiarella/Italie;*
- Corte EDU, 31 marzo 2009, *Simaldone/Italie*;

Corte costituzionale

- sent. n. 276 del 1974;
- sent. n. 364 del 1988;
- sent. n. 6 del 1994;
- sent. n. 211 del 1997;
- sent. n. 350 del 1997;
- sent. n. 111 del 1998;
- sent. n. 229 del 1999;
- sent. n. 416 del 1999;
- sent. n. 190 del 2000;
- ord. n. 358 del 2000;
- ord. n. 367 del 2001;
- ord. n. 3 del 2002;
- sent. n. 374 del 2002;
- sent. n. 446 del 2002;
- sent. n. 477 del 2002;
- sent. n. 282 del 2005;
- sent. n. 409 del 2005;
- sent. n. 1 del 2006;
- sent. n. 274 del 2006;
- sent. n. 346 del 2006;
- sent. n. 77 del 2007;
- sent. n. 192 del 2007;
- sent. n. 234 del 2007;
- sent. n. 348 del 2007;
- sent. n. 349 del 2007;
- sent. n. 74 del 2008;
- ord. n. 103 del 2008;
- sent. n. 219 del 2008;
- sent. n. 305 del 2008;
- sent. n. 263 del 2009;
- ord. n. 117 del 2009;
- ord. n. 170 del 2009;
- sent. n. 317 del 2009;
- sent. n. 17 del 2010;
- sent. n. 26 del 2010;
- sent. n. 28 del 2010;
- sent. n. 1 del 2011;

Cassazione civile

- Cass., Sez. L, sent. n. 1772 del 17 marzo 1980 (Rv. 405399);
- Cass., Sez. I, sent. n. 5567 del 25 ottobre 1982 (Rv. 423309) **(all. 46)**;
- Cass., Sez. L, sent. n. 1598 del 4 marzo 1983 (Rv. 426439);
- Cass., Sez. III, sent. n. 3275 del 13 maggio 1983 (Rv. 428167);
- Cass., Sez. L, sent. n. 7248 del 3 dicembre 1983 (Rv. 431849) **(all. 27)**;
- Cass., Sez. I, sent. n. 8347 del 9 luglio 1992 (Rv. 478109) **(all. 40)**;
- Cass., Sez. U, sent. n. 7194 del 2 agosto 1994 (Rv. 487627) **(all. 22)**;
- Cass., Sez. L, sent. n. 10514 del 22 ottobre 1998 (Rv. 519996);
- Cass., Sez. L, sent. n. 434 del 18 gennaio 1999 (Rv. 522376);
- Cass., Sez. U, sent. n. 1198 del 23 novembre 2000 (Rv. 542058) **(all. 43)**;

- Cass., Sez. III, sent. n. 16007 del 19 dicembre 2001;
- Cass., Sez. L, ord. n. 12132 del 9 agosto 2002 (Rv. 557648);
- Cass., Sez. III, sent. n. 1285 del 29 gennaio 2003 (Rv. 560081);
- Cass., Sez. L, sent. n. 7355 del 13 maggio 2003 (Rv. 562996);
- Cass., Sez. I, sent. n. 11738 dell'1 agosto 2003 (Rv. 565592);
- Cass., Sez. L, sent. n. 7018 del 13 aprile 2004 (Rv. 572024);
- Cass., Sez. III, sent. n. 7612 del 21 aprile 2004 (Rv. 574896);
- Cass., Sez. U, sent. n. 21095 del 4 novembre 2004 (Rv. 577944) **(all. 25)**;
- Cass., Sez. U, ord. int. n. 1238 del 21 gennaio 2005 (Rv. 578543);
- Cass., Sez. III, sent. n. 15216 del 19 luglio 2005 (Rv. 583390);
- Cass., Sez. III, sent. n. 5474 del 14 marzo 2006 (Rv. 590098);
- Cass., Sez. L, sent. n. 8017 del 6 aprile 2006 (Rv. 591211);
- Cass., Sez. III, sent. n. 395 dell'11 gennaio 2007 (Rv. 594443);
- Cass., Sez. I, sent. n. 565 del 12 gennaio 2007 (Rv. 593766) **(all. 45)**;
- Cass., Sez. U, sent. n. 4109 del 22 febbraio 2007 (Rv. 595428);
- Cass., Sez. I, sent. n. 8820 del 12 aprile 2007 (Rv. 596480) **(all. 44)**;
- Cass., Sez. L, sent. n. 12095 del 24 maggio 2007 (Rv. 597227) **(all. 41)**;
- Cass., Sez. L, sent. n. 21553 del 15 ottobre 2007 (Rv. 599586) **(all. 28)**;
- Cass., Sez. U, sent. n. 23726 del 15 novembre 2007 (Rv. 599316);
- Cass., Sez. U, sent. n. 24664 del 28 novembre 2007 (Rv. 600071);
- Cass., Sez. I, sent. n. 27082 del 21 dicembre 2007 (Rv. 601229) **(all. 42)**;
- Cass., Sez. U, sent. n. 627 del 14 gennaio 2008 (Rv. 600790);
- Cass., Sez. L, sent. n. 2732 del 5 febbraio 2008 (Rv. 601509);
- Cass., Sez. I, sent. n. 2946 del 7 febbraio 2008 (Rv. 601846);
- Cass., Sez. U, sent. n. 11501 del 9 maggio 2008 (Rv. 603167);
- Cass., Sez. U, sent. n. 20604 del 30 luglio 2008 (Rv. 604554 + 604555);
- Cass., Sez. III, ord. n. 24491 del 2 ottobre 2008 (Rv. 604636);
- Cass., Sez. U, sent. n. 24883 del 9 ottobre 2008 (Rv. 604576);
- Cass., Sez. U, sent. n. 29290 del 15 dicembre 2008 (Rv. 606009);
- Cass., Sez. U, sent. n. 5456 del 6 marzo 2009 (Rv. 606973);
- Cass., Sez. U, ord. n. 9005 del 16 aprile 2009 (Rv. 607362);
- Cass., Sez. III, sent. n. 10741 dell' 11 maggio 2009 (Rv. 608390) **(all. 26)**;
- Cass., Sez. U, sent. n. 19161 del 3 settembre 2009 (Rv. 609887);
- Cass., Sez. I, sent. n. 21200 del 5 ottobre 2009 (Rv. 610451);
- Cass., Sez. V, sent. n. 3830 del 18 febbraio 2010 (Rv. 611765);
- Cass., Sez. U, sent. n. 4309 del 23 febbraio 2010 (Rv. 611567);
- Cass., Sez. lav., 23 febbraio 2010, n. 4356 (Rv. 612014);
- Cass., Sez. U, sent. n. 7607 del 30 marzo 2010 (Rv. 612145);
- Cass., Sez. L, sent. n. 10537 del 30 aprile 2010 (Rv. 613478);
- Cass., Sez. U, sent. n. 14124 dell'11 giugno 2010 (Rv. 613660) **(all. 36)**;
- Cass., Sez. II, ord. int., n. 14627 del 17 giugno 2010 (Rv. 613685 + 613684) **(all. 34)**;
- Cass., Sez. II, ord. int. n. 15809 del 2 luglio 2010 (Rv. 613934);
Cass., Sez. III, sent. n. 17704 del 29 luglio 2010 (Rv. 615150);
- Cass., Sez. U, ord. n. 19051 del 6 settembre 2010 (Rv. 614183) **(all. 30)**;
- Cass., Sez. U, sent. n. 19246 del 9 settembre 2010 (Rv. 614394);
- Cass., Sez. III, sent. n. 20811 del 7 ottobre 2010 (Rv. 615405);
- Cass., Sez. I, ord. int. n. 22245 del 29 ottobre 2010 (Rv. 615471);
- Cass., Sez. U, ord. n. 24566 del 3 dicembre 2010 **(all. 49)**;
- Cass., Sez. U, ord. n. 2067 del 28 gennaio 2011 **(all. 48)**;
- Cass., Sez. II, sent. n. 2427 del 2 febbraio 2011 **(all. 50)**;
- Cass., Sez. V, ord. n. 2799 del 5 febbraio 2011 **(all. 51)**;
- Cass., Sez. II, sent. n. 3030 del 7 febbraio 2011 **(all. 47)**;

- Cass., Sez. III, ord. int. n. 6514 del 22 marzo 2011 **(all. 55)**.

Cassazione penale

- Cass., Sez. VI, sent. n. 29684 del 26 maggio 2008 Ud. (dep. 16/07/2008) Rv. 240455 **(all. 54)**;
- Cass., Sez. U penali, sent. n. 18288 del 21 gennaio 2010 Cc. (dep. 13/05/2010) Rv. 246651 **(all. 52)**;
- Cass., Sez. II, sent. n. 19716 del 6 maggio 2010 Cc. (dep. 25/05/2010) Rv. 247114 **(all. 53)**;

Giudici amministrativi

- Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1998, n. 1320;
- Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407;
- Cons. Stato, Ad. Pl., 31 maggio 2002, n. 5;
- Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2003, n. 4352;
- Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5182;
- Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3026;
- Cons. St., sez. V, 21 giugno 2007, n. 3389;
- Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 2008, n. 1147;
- Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6599;
- Cons. Stato, Ad. Pl., 2 dicembre 2010, n. 3 **(all. 39)**;
- TAR per la Lombardia, 2 novembre 2010 **(all. 73)**;

Giudici ordinari di merito

- Tribunale di Udine, 1° ottobre 2010 **(all. 67)**;
- Tribunale di Varese, 8 ottobre 2010 **(all. 63)**;
- Tribunale di Torino, 11 ottobre 2010 **(all. 62)**;
- Tribunale di Milano, 13 ottobre 2010 **(all. 60)**;
- Tribunale di Siracusa, sezione distaccata di Avola, 13 ottobre 2010;
- Tribunale Pavia, 14 ottobre 2010 **(all. 61)**;
- Tribunale di Velletri, 18 ottobre 2010 **(all. 56)**;
- Tribunale di Latina, 19 ottobre 2010 **(all. 65)**;
- Tribunale di Padova, 21 ottobre 2010 **(all. 68)**;
- Tribunale di Civitanova Marche, 22 ottobre 2010 **(all. 59)**;
- Tribunale di Torino, 28 ottobre 2010;
- Tribunale di Novara, 29 ottobre 2010 **(all. 66)**;
- Tribunale di Siracusa, 29 ottobre 2010 **(all. 57)**;
- Tribunale di Arezzo, sezione distaccata di Sansepolcro, 29 ottobre 2010;
- Tribunale di Belluno, 30 ottobre 2010 **(all. 70)**;
- Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi, 3 novembre 2010;
- Tribunale di Catanzaro, 4 novembre 2010 **(all. 69)**;
- Tribunale di Verona, 14 novembre 2010 **(all. 72)**;
- Corte d'appello di Ancona, 15 novembre 2010 **(all. 58)**;
- Corte d'appello di Roma, 17 novembre 2010 **(all. 71)**;
- Tribunale di Rovigo, sezione distaccata di Adria, 25 novembre 2010;
- Tribunale di Piacenza, 2 dicembre 2010;
- Tribunale di Varese, 10 dicembre 2010 **(all. 64)**.

Cassazione francese

- Cour de cassation, 2° chambre civile, 8 luglio 2004, 01/10426 **(all. 6)**;
- Cour de cassation, 12° chambre civile, 8 luglio 2004, 03/14717 **(all. 7)**.

Dottrina

- Amoroso, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2008, 769-806;
- Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, I, 352;
- Auletta, *Profili nuovi del principio di diritto (il "vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite")*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di Fazzalari, Napoli, 2006, 1;
- Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattivà e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una nuova "frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale (nota a CGCE, 8/2/2007, C-03/06 P)*, in Cass. pen., 2007, 2202;
- Barone-Caponi-Costantino-Dalfino, Proto Pisani-Scarselli, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 2010, I, 3015 **(all. 63)**;
- Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949;
- Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008;
- Briguglio, *"Creatività" della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1360-1393 **(all. 9)**;
- Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it.;
- Briguglio, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo; ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in www.*judicium.it* **(all. 78)**;
- Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 466;
- Calvano, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1279-1301;
- Caponi, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, 1998, V, 124;
- Caponi, *"Tempus regit processum". Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449-462 **(all. 75)**;
- Caponi, *Notificazione e rimessione in termini*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di Fazzalari, Napoli, 2006, 31;
- Caponi, *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*, in *Foro it.*, 2009, I, 3104-3106;
- Caponi, *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, agg., Torino, 2009, 466-478 **(all. 32)**;
- Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come* ius superveniens *irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311-318 **(all. 74)**;
- Caponi-Dalfino-Proto Pisani-Scarselli, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 1794-1797;
- Carpi, *Osservazioni sulle sentenze "additive" delle sezioni unite della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 587-593;
- Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1686-1700;
- Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 32;
- Consolo (a cura di), *Codice di procedura civile commentato: la riforma del 2009*, Milano, 2009, 132 **(all. 37)**;
- Consolo, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato* stare decisis*: la prima ordinanza sull'art. 360-bis,* in *Corr. giur.*, 2010, 1045-1409 **(all. 31)**;

- Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, 737;
- Costantino, *(annotazione a Cass. n. 4687 del 2011 e Cass. n. 3030 del 2011)*, in *Foro it.*, 2011, di prossima pubblicazione **(all. 80)**;
- Cricenti, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*, in NGCC, 2009, I., 1268;
- Cross, *Precedent in english law*, Oxford, 1977, 229 **(all. 3)**;
- D'Alessandro, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1476-1485 **(all. 35)**;
- De Santis, in *Foro it.*, 2010, I, 3015 **(all. 63)**;
- Di Ciommo, *"Giurisprudenza-normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano (nota a Cass. n. 10741 del 2009)*, in *Foro it.*, 2010, I, 141;
- Evangelista-Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 84;
- Galgano, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. imp.*, 1999, 894 **(all. 29)**;
- Galgano, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. imp.*, 2004, 1-12 **(all. 24 *bis*)**;
- Garofoli-Ferrari, *Codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104)*, Roma, 2010, 595 **(all. 38)**;
- Gorla, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 489-510;
- Gorla, *Precedente giudiziale*, in *E.G.I.*, Roma, 1990, 1-14 **(all. 24)**;
- Grasselli-Masoni-Martino, *Il nuovo processo civile*, Torino, 2010,171-179 **(all. 33)**;
- Inzitari, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contr. imp.*, 1988, 526-530 **(all. 16)**;
- Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza: I) Teoria generale*, in *E.G.I.*, Roma, 1989, 1-9 **(all. 17)**;
- Mandelli, *Recenti sviluppi dello stare decisis in Inghilterra ed in America*, in Riv. dir. proc., 1979, 661 **(all. 2)**;
- Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc dir.*, Milano, 2002, agg. VI, 871-912 **(all. 15)**;
- Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.f*, Torino, 1996, 148 **(all. 1)**;
- Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1990, 450;
- Meruzzi, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. imp.*, 2000, 38-46 **(all. 23 *bis*)**;
- Morcavallo, *Sistema di principi e tutela dei diritti*, in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di Ianniruberto-Morcavallo, Milano, 2010, 3-20 **(all. 23)**;
- Morelli, *Il "diritto vivente" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Giust. civ., 1995, 169-179 **(all. 21)**;
- Morelli, *Ingiustificato l'allarme sui decreti ingiuntivi: termini dimezzati solo per le nuove opposizioni*, in *Guida dir.*, 2010, f. 44, 11-12 **(all. 76)**;
- Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, Recueil Dalloz, 2005, 247 **(all. 5)**;
- Morvan, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable*, Recueil Dalloz, 2007, 835 **(all. 4)**;
- Panzarola, *Sulla rimessione in termini art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 163;
- Pivetti, *Creatività giurisprudenziale e giusto processo. Creatività giurisprudenziale e nomofilachia. Nomofilachia e giusto processo*, relazione tenuta all'incontro di studio "*Gli interventi della Cassazione nel processo civile: creatività giurisprudenziale e giusto processo*", organizzato dalla Formazione decentrata per la Corte Suprema di cassazione, Roma, 2 febbraio 2011 **(all. 77)**;
- Pizzorusso, *Fonti del diritto (Art. 1-9 disp. prel.)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, II ed., Bologna-Roma, 2011, 140, 141, 705-732 **(all. 19)**;
- Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1;
- Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, I, 2011, 117-119 **(all. 79)**;
- Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 280-285 **(all. 20)**;

- Roselli, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 23-32 **(all. 18)**;
- Santorelli, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di Femia – Rassegna di diritto civile, Napoli, 2006, 509-561;
- Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, relazione al convegno: *Valori e Costituzione: a cinquant'anni da Ebrach*, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009, sul sito Web di detta Università e in corso di pubblicazione;
- Senese, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, 256;
- Simoncini, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1960;
- Sorrenti, *La Costituzione "sottintesa", in Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario del 6 novembre 2009, Palazzo della Consulta, Roma, Milano 2010, 11;
- Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 66;
- Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 766;
- Tedoldi, *Un discutibile* obiter dictum *delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimidiato, a pena di improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 2010, 1455-1465 **(all. 81)**;
- Varano-Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, Torino, 2006, 154-156;
- Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007, 9, 14, 17, 29, 34;
- Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1152;

Documentazione ulteriore

- Rassegna 2009, predisposta dall'Ufficio del Massimario, su <<*La Corte del "precedente". Riflessioni, su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360-bis del codice di procedura civile*>>, Roma-gennaio 2010;
- "Rassegna 2010", predisposta dall'Ufficio del Massimario, su <<*La Corte del "giusto processo" – Riflessioni su interventi nomofilattici, impatto sul sistema processuale, questioni aperte e reazioni del pensiero giuridico*>>. Roma – gennaio 2011;
- Rel. n. 76 del 2010, predisposta dall'Ufficio del Massimario, su <<*Il dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali. La prospettiva della Corte Suprema di Cassazione*>>, Roma, 1 giugno 2010.