

FABIO SANTANGELI

La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale

SOMMARIO: 1. Introduzione. PARTE I: LA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO LEGITTIMO NELL’ASSETTO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE CONSOLIDATO - 2. Lettura tradizionale del precedente in Italia da parte della giurisprudenza successiva fino al 2000. - 3. La raggiunta consapevolezza dell’importanza della tutela di coloro che abbiano fatto affidamento su elementi normativi precedenti, superati da una successiva modifica della legge. I più rigorosi limiti alla retroattività - 4. Il valore della tutela dell’affidamento sulla giurisprudenza. - 4a. Segue... e le diverse dinamiche di tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali.- 4b. Segue... La tutela dell’affidamento tramite la limitazione della possibilità di mutare ed innovare la giurisprudenza consolidata soltanto ad ipotesi eccezionali. - 4c. Segue... La tutela dell’affidamento tramite la non applicazione del nuovo orientamento alle fattispecie compiute facendo affidamento sulla giurisprudenza consolidata. La differente intensità della tutela dell’affidamento a seconda dei campi del diritto interessati dalla pronuncia. - 4d. Segue... L’istituto del *prospective overruling* ed il limite (invisibile) della separazione dei poteri – PARTE II: SULLA GIURISPRUDENZA CONSOLIDATA IN MATERIA PROCESSUALE. LA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO E QUELLA DELLA “INCERTEZZA INCOLPEVOLE”. - 5. Valore del precedente giudiziale in materia processuale in dottrina e giurisprudenza (la maggiore o minore tensione a non distaccarsi dal precedente giudiziale). - 6. La rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.* quale strumento (non necessario) di tutela dell’affidamento della parte in materia di *overruling* processuale. - 7. I presupposti per la concessione del *prospective overruling*. Limitazioni ed ambiti applicativi. - 8. Segue... La determinazione dei presupposti che permettono l’applicazione del nuovo istituto. Gli elementi costitutivi che individuano quando esista una giurisprudenza su cui fare affidamento, presupposto per l’eventuale applicazione del nuovo istituto. Il ruolo della dottrina processuale. - 9. Segue... Il ruolo della dottrina processuale e della giurisprudenza di merito. - 10. L’organo giudiziario cui affidare il compito di valutare l’esistenza dei presupposti per l’applicazione del *prospective overruling* e l’organo legittimato a disporre il cambiamento nel giudizio di cassazione. Il diverso ruolo delle sezioni semplici e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. L’onere dell’applicazione dell’istituto. - 11. Segue... Il compito del giudice di merito. - 12. I contrasti di giurisprudenza; e più in generale, “l’incertezza incolpevole” come potenziale elemento giustificatore della rimessione in termini.

1. Introduzione

Alcune recenti pronunce della Cassazione, che hanno mutato regole processuali ormai consolidate e considerate di fatto praticamente inamovibili, hanno provocato la messa a rischio di migliaia di processi che erano stati avviati e condotti facendo affidamento appunto su precedenti pacifici orientamenti ¹.

¹ V. ad es. [Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246](#), in *Guida al diritto* 2010, 42, 18, in materia di riduzione dei termini di comparizione e costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, dove la Suprema Corte, ribaltando un costante e pacifico orientamento trentennale, ha improvvisamente statuito che nel giudizio di opposizione

Ciò ha posto con forza un interrogativo: può, quantomeno in ipotesi particolari, una decisione giudiziale valere solo per il futuro, senza che questa decisione possa applicarsi a fattispecie analoghe ma perfezionatesi in un momento precedente all'adozione della nuova decisione, facendo affidamento su un precedente orientamento giurisprudenziale?

La questione, dopo alcune pronunce in tal senso delle sezioni semplici² è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³, che hanno confermato⁴ il recente orientamento favorevole all'applicazione del nuovo principio in campo processuale.

a decreto ingiuntivo, i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto devono considerarsi automaticamente ridotti alla metà per il solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, e quindi non soltanto – come era sempre avvenuto – nel caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello ordinario. Tale arresto della Cassazione ha comportato la potenziale (ed in alcuni casi effettiva) pronuncia di improcedibilità di migliaia di opposizioni (e quindi la dichiarazione di definitiva esecutorietà di altrettanti decreti ingiuntivi “probabilmente” viziati o comunque “ingiusti”) proposte facendo affidamento sull'orientamento consolidato in materia.

Occorre al riguardo segnalare che la questione è stata definitivamente risolta a seguito della definitiva approvazione ad opera della Camera dei Deputati, in data 6 dicembre 2011, del Disegno di Legge n. 2386, cd. “salva decreto ingiuntivo”, recante “Modifica dell'articolo 645 e interpretazione autentica dell'articolo 165 del codice di procedura civile in materia di opposizione al decreto ingiuntivo”. In particolare, tale provvedimento sopprime, al secondo comma dell'articolo 645 c.p.c., le parole “; ma i termini di comparizione sono ridotti a metà”. Inoltre, nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge, il primo comma dell'articolo 165 c.p.c. va interpretato nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'articolo 163-bis, primo comma, del medesimo codice.

V. inoltre, ad es., Cass., sez. un., 16 aprile 2009, n. 9005, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, 631, sull'improcedibilità del ricorso per cassazione per omesso tempestivo deposito di copia della sentenza impugnata.

² Cfr. Cass., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, in *Foro. it.*, I, 1074; Cass. sez. II, 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro. it.*, I, 1075; Cass., sez. II, 2 luglio 2010, n. 15809, in *Foro.it* 2010, I, 144; Cass., sez. II, 02 luglio 2010, n. 14627, in *Foro it.* 2010, 11, 3050; Cass., sez. II, 17 giugno 2010, n. 15811, in *Foro it.* 2010, 11, 3050.

³ V. Ordinanza di rimessione del 28 gennaio 2011 n. 2067, in *Foro it.* 2011, I, 1386 ss.

Inoltre, con l'ordinanza del 22 marzo 2011, n. 6514, in *Foro it.* 2011, I, 1039 ss., la sezione III civile della Corte di Cassazione (in *Foro it.* 2011, I, 6514), non condividendo, a mio avviso giustamente, il principio affermato dal Supremo Collegio con la sentenza – a dir poco “infelice” – del 9 settembre 2010, n. 19246 (v. nota 1), ha rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa all'ambito ed all'operatività dell'estensione della dimidiazione dei termini di comparizione a quelli di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo, nonché la questione – concernente specificamente la tecnica del *prospective overruling* – relativa agli effetti temporali dei mutamenti giurisprudenziali dai quali derivino decadenze e preclusioni, al fine di stabilire se essi si applichino agli atti compiuti in base all'affidamento incolpevole in orientamenti giurisprudenziali consolidati.

La Corte, in particolare, afferma che: “(...)il principio enunciato dalla Corte di cassazione a sezioni unite con la citata sentenza n. 19246 del 2010, non dovrebbe poter essere applicato ai processi svoltisi in data anteriore, allorchè era consolidata una diversa interpretazione.

Il Collegio condivide in proposito le argomentazioni svolte dalla sentenza n. 15811/2010 della seconda Sezione di questa Corte, secondo cui non è consentito “cambiare le regole del gioco a partita già iniziata”. Ciò comporterebbe la sostanziale violazione, anche qui, del principio di legalità sancito da varie norme della nostra Costituzione ed in particolare dall'art. 111. (...) Va tenuto presente che, mentre una legge che innovi al diritto preesistente contiene normalmente anche le norme transitorie e la disciplina dei rapporti in corso - e, se non le contiene, è comunque soggetta ai principi generali in materia (art. 10 e 11 delle preleggi, art. 25 Cost., ecc.) - 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.

La mancata, espressa previsione e disciplina del problema si ricollega al principio generale per cui le regole di origine giurisprudenziale, non avendo forza di legge, non possono formalmente vincolare le parti o gli interpreti, quindi possono essere disattese in qualunque momento, precedente o successivo alla loro formulazione.

La decisione, tuttavia, lascia perplessi; essa certifica, ed è un elemento a mio avviso positivo, l'introduzione nel nostro ordinamento di un efficace e talora forse addirittura indispensabile istituto per tutelare il legittimo affidamento del cittadino senza venir meno alle esigenze di garantire l'evoluzione nel diritto ed in particolare nel diritto giurisprudenziale; e, dopo la pronuncia delle sezioni unite, possiamo probabilmente affermare che – quantomeno in campo processuale – su questo “indietro non si tornerà più”.

Tuttavia, nonostante la piena consapevolezza della portata potenziale della decisione, sotto il profilo della individuazione dei poteri e del ruolo della giurisprudenza nell'attuale momento storico, e la nomina a relatore della pronuncia del direttore del massimario, che di recente ha fornito un

Ma trattasi di un principio che esprime un'esigenza di garanzia e che non può essere usato contro se stesso, si da condurre a risultati antitetici a quelli per i quali è stato formulato.

Nel sistema delle fonti del diritto la legge è sovraordinata alla giurisprudenza anche allo scopo di garantire l'uniformità e la certezza delle regole di comportamento, sottraendole alle ondivaghe opinioni e tendenze interpretative.

Nel momento in cui si constata che le interpretazioni giurisprudenziali - ed in particolare quelle della Corte di cassazione - orientano di fatto il comportamento degli operatori del diritto tanto quanto le norme di legge (se non di più, soprattutto là dove la legge non disponga, o quando ne venga integrato il dettato letterale, come nel caso di specie); nel momento in cui la legge formale dà il suo avallo ad una tale tendenza, tramite norme quali il nuovo art. 360 bis c.p.c., n. 1), per cui l'inosservanza dei principi giurisprudenziali può costituire causa di inammissibilità del ricorso per cassazione, il problema dell'efficacia nel tempo anche delle regole giurisprudenziali non può essere ulteriormente accantonato e trascurato, soprattutto nelle materie - quali quella processuale - in cui il principio *tempus regit actum* svolge un ruolo insostituibile di garanzia.

Anche qui il principio per cui il giusto processo deve essere regolato dalla legge richiede e presuppone 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. E, se la legge non provvede in materia, è il caso che la giurisprudenza si faccia carico anche di questo problema.

Trattasi di questione che questo Collegio ritiene di particolare importanza, sulla quale chiede che si pronuncino le Sezioni unite di questa Corte.”

Orbene, nella decisione che le Sezioni Unite – da qui a breve – si accingeranno ad emettere, le stesse potranno auspicabilmente specificare e correggere, dotandolo di un reale fondamento teorico ed argomentativo, il principio sancito con la sentenza S.U., 11 luglio 2011, n. 15144 del 2011.

⁴ V. Cass. S.U., 11 luglio 2011, n. 15144 del 2011 (relatore Pres. Dott. M.R. Morelli), in www.cortedicassazione.it, nella quale, risolvendo la questione di massima, di particolare importanza, relativa al se il sopravvenuto mutamento di esegesi giurisprudenziale della norma processuale di riferimento, che sia connotato dalla sua imprevedibilità, possa comportare la tardività di un ricorso altrimenti tempestivo alla stregua del diverso diritto vivente alla data della sua proposizione, le Sezioni Unite statuiscano che ove venga in rilievo un problema di tempestività dell'atto processuale - sussistente in base alla giurisprudenza *overruled*, ma venuta meno in conseguenza del successivo mutamento della regola di riferimento -, il valore del giusto processo impone che sia esclusa l'operatività della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione giurisprudenziale della regola stessa (ritenuta fino a poco prima valida). In questi casi, continua il giudice di legittimità, trova diretta applicazione il valore del Giusto processo attraverso l'esclusione dell'operatività della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa.

Per essa, insomma, la tempestività dell'atto va valutata con riferimento alla giurisprudenza vigente al momento dell'atto stesso. Secondo i giudici "trattasi di soluzione confortata dall'esigenza di non alterare il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva, per il profilo dei limiti, alla retroagibilità della regola, imposti dal principio di ragionevolezza. Ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza".

L'occasione per affermare detto principio è sorta in relazione alla individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine breve per l'impugnazione delle sentenze del Tribunale Superiore delle acque pubbliche, dopo che l'iniziale, risalente e poi consolidata interpretazione degli artt. 183 e ss. TU n. 1775 del 1933 era stata rovesciata dalla sentenza n. 7607 del 2010, confermata dalla pronuncia in esame.

pregevole studio sul tema⁵, si ha come la sensazione di una pronuncia “sincopata”, che non trae tutte le conseguenze possibili dalle premesse accolte, che non precisa l’ambito e le modalità di applicazione del nuovo principio, che, in definitiva, più che chiudere la questione, appare a me, soltanto come una finestra aperta su un nuovo paesaggio, che aspetta adesso altri contributi per essere utilizzato e condiviso, attendendosi forse un momento di maggiore maturità e condivisione per definire maggiormente nei dettagli il nuovo istituto. Scelta probabilmente estremamente ragionata, fors’anche condivisibile, ma che rende difficile l’applicazione di questa nuova tecnica giurisprudenziale, e rischia di creare nell’immediato più problemi di quanti ne risolve.

Le considerazioni che seguono intendono anzitutto offrire una chiave di riflessione sulla tutela dell’affidamento sulle decisioni della giurisprudenza consolidata; nella seconda parte dello scritto, invece, si rifletterà nello specifico sull’istituto in campo processuale.

Parte I: La tutela dell’affidamento legittimo nell’assetto normativo e giurisprudenziale consolidato

2. Lettura tradizionale del precedente in Italia da parte della giurisprudenza successiva fino al 2000.

La difficoltà nel determinare se ai precedenti giudiziari sia opportuno o no tributare un elevato rispetto è universalmente nota⁶; nell’ordinamento italiano, tuttavia, l’analisi dei dati normativi ha reso difficile comporre armonicamente indicazioni tra loro contrastanti, che comunque sono state univocamente interpretate nel divieto di attribuire al precedente giudiziario in materia civile efficacia vincolante.

Per il resto, alla comune accettazione del riconoscimento ed in certa misura della promozione della funzione nomofilattica della giurisprudenza, si accompagna la necessità di promuovere uno sviluppo coerente e consapevole della giurisprudenza, della quale peraltro non si è da tutti ritenuto indispensabile preferire una visione statica anziché dinamica; sicché, se poteva dirsi maggioritaria ormai la convinzione di un obbligo nelle successive decisioni di ricercare e valutare con attenzione i precedenti interessanti la nuova decisione, e di esplicitare i motivi dell’eventuale distacco dal

⁵ E cioè il Pres. Dott. Mario Rosario Morelli, in *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, pag. 21, Rel. n. 31 del 2011, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20civile%2031_11.pdf.

⁶ Sul punto v. SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale. Il suo valore, le modalità di estrazione, i suoi interpreti*, Catania 1996, 47, ss.

precedente giudiziale⁷, non certo altrettanto spingersi fino ad una sorta di presunzione *iuris tantum* a favore della soluzione giuridica accolta nel precedente⁸.

L'esigenza di tutelare l'affidamento di tutti coloro che hanno compiuto determinati atti perché certi di conoscere le conseguenze derivanti da questi, confidando sul rispetto in futuro delle decisioni precedentemente rese, probabilmente la ragione più forte alla base dell'utilità di un'osservanza dei precedenti, ha del resto condotto altri ordinamenti a ricercare anche diverse forme di contemperazione con le esigenze di cambiamento⁹. In tali ipotesi, si è quindi talora proposto di pronunciare nel caso in esame seguendo la vecchia giurisprudenza, ma avvertendo tuttavia in sentenza della necessità di modificare l'orientamento espresso in precedenti decisioni, dettando dunque anche le diverse regole che saranno adottate nelle decisioni successive. In altri termini, in queste ipotesi, si pronuncia il nuovo principio arrogandosi tuttavia la potestà di limitare nel tempo gli effetti della sentenza, negandone ad esempio la retroattività e non applicandola neanche al caso in specie.

Nell'ordinamento italiano, tuttavia, nonostante il cd. *prospective overruling* non sia anche tradizionalmente sconosciuto nella giustizia civile¹⁰ e nella recente giurisprudenza costituzionale¹¹, una simile "libertà" giurisprudenziale, che certo avvicina l'organo giudiziario ad un potere tradizionalmente attribuito solo al legislatore, non era stata adottata dalla Cassazione civile; la giurisprudenza manteneva una efficacia retroattiva, perché non "crea" ma "interpreta" la legge, e se cambia orientamento altro non fa che correggere un precedente errore.

⁷ Sul punto, v., se vuoi, SANTANGELI, *ult. op., cit.*, 47, ss.

⁸ Ferma restando l'acquisita consapevolezza di come un troppo frequente mutamento nelle opinioni giudiziali renda difficile il raggiungimento dei fini cui serve il precedente, non sembra che dalle norme, o meglio dall'assoluto silenzio delle norme sul punto, possa determinarsi con esattezza sia ciò che nella decisione costituisce il *proprium* del precedente, sia il grado di efficacia dello stesso (ad es. la necessità o meno di gravi motivi per il mutamento, la necessità o meno di più sentenze conformi).

⁹ V § 4 c.

¹⁰ V. GORLA, *I Tribunali Supremi negli Stati Italiani tra i secoli XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione tra Stati*, in *Relazione al III Congresso Internazionale di Storia del Diritto*, I, Firenze 1977, che al par. 6 sottolinea che il *prospective overruling*, naturalmente sotto altro nome, già esisteva presso le Rote del XVI-XVIII secolo.

¹¹ Sulla possibilità, per la Corte Costituzionale, di autolimitare l'efficacia retroattiva delle proprie decisioni, v. BELLOCCI e GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte Costituzionale di Ungheria*, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, in www.cortecostituzionale.it, dove è contenuta un'ampia rassegna di pronunzie in cui la Consulta ha esercitato detto potere. Per una lettura dei "classici" in materia si rinvia a CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale nel processo civile*, Padova 1950, pag. 250 ss. e soprattutto al volume *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, in *Atti del seminario del 1988*, Milano 1989. Cfr. ancora tra gli altri F. POLITI, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale nel recente dibattito dottrinale*, in *Giur. cost.*, 1991, pag. 3013, ed in particolare G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionale*, 1989.

In estrema sintesi, per la giustizia civile permane(va) il divieto di adozione di precedenti vincolanti, rimaneva incerto il grado di persuasività da attribuire al singolo precedente, la giurisprudenza non poteva determinare se fare o meno retroagire gli effetti delle proprie decisioni

E' naturale che le questioni, pur distinte, siano strettamente collegate.

In questo contributo, però continuerò esclusivamente ad occuparmi di questo ultimo aspetto del precedente giudiziario in Italia.

3. La raggiunta consapevolezza dell'importanza della tutela di coloro che abbiano fatto affidamento su elementi normativi precedenti, superati da una successiva modifica della legge. I più rigorosi limiti alla retroattività.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è oramai raggiunta una diversa e più matura consapevolezza dell'importanza del principio dell'affidamento, che “esplode” proprio in contrapposizione al potere del legislatore in ambito civilistico (in campo penale esiste come principio costituzionale il divieto di retroattività) di potere liberamente disporre degli effetti temporali¹², modificando situazioni sostanziali o processuali già maturate con nuove disposizioni che dovrebbero immediatamente applicarsi anche nei processi in corso.

La spinta più proficua in tal senso si deve attribuire alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un organismo che sta giocando un ruolo sempre più invasivo nella regolamentazione del diritto nazionale ed internazionale, i cui criteri ispiratori allo stato mi paiono più centrati sulla tutela dei diritti dei singoli ed attenti a circoscrivere possibili lesioni da parte di altre autorità, con posizioni peraltro che si rivelano spesso meno compromissorie rispetto a quelle adottate da legislazioni e giurisprudenze nazionali, e che si sta rivelando capace di aggredire decisamente soluzioni di sistema altrimenti inattaccabili, o con gran difficoltà attaccabili, dalle giurisprudenze costituzionali nazionali.

In argomento, ad esempio, la Corte di Strasburgo “riafferma che, se in principio, non è vietato al potere legislativo di disciplinare in materia civile, con delle nuove disposizioni ad effetto retroattivo, dei diritti scaturenti dalle leggi in vigore, il principio di preminenza del diritto e la nozione dell'equo processo consacrati dall'art. 6 della Convenzione vi si oppongono, salvo imperiosi motivi

¹² Infatti, al di fuori della materia penale – nella quale l'articolo 11 delle preleggi e l'articolo 25, secondo comma, Cost. sanciscono il principio di irretroattività delle norme incriminatrici – la Costituzione ammette interventi normativi aventi efficacia retroattiva, né esige – in linea di principio – che la discrezionalità del legislatore di disporli sia circondata da particolari garanzie.

d'interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con lo scopo di influenzare la risoluzione giudiziaria della lite..”¹³

Se può apparire incerta la necessità piena della tutela dell'affidamento per quei diritti in relazione ai quali al momento della modifica non si sia ancora iniziata un'azione giudiziaria civile – in mancanza di una posizione univoca della Corte EDU sul punto¹⁴ –, la tutela dell'affidamento per la parte già in giudizio anche nei confronti del legislatore “innovatore” è ormai acquisita dai giudici della Corte europea¹⁵.

Ma altrettanto sembra oggi potere affermarsi per la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha più volte espressamente richiamato, anche in rimessioni alla Corte Costituzionale¹⁶, le sentenze di Strasburgo di censura della portata retroattiva della legge, come tale lesiva della certezza e della trasparenza, violando l'affidamento per i partecipanti a giudizi in corso¹⁷.

4. Il valore della tutela dell'affidamento sulla giurisprudenza.

¹³ V. da ultimo, CEDU sentenza *Caso di Agrati e altri c. Italia* del 7 giugno 2011: “Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia (sentenza *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis*, cit., § 49, serie A n. 301-B; *Zielinski e Pradal & Gonzales* e altri cit., § 57). (...) L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte (v., in particolare, causa *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, dal 27 ottobre, 1993, § 33, Serie A, No. 274, e *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis*, § 46).”

Tale decisione assume particolare importanza sotto un duplice profilo. In primo luogo, viene ribadito il consolidato orientamento della Corte di Strasburgo sulla retroattività degli atti legislativi; inoltre, la sentenza in esame si caratterizza per avere la Corte Europea accertato una violazione della Convenzione in precedenza negata dalla Consulta in sede di giudizio di legittimità costituzionale ex art. 117, primo comma Cost.

¹⁴ La Corte di Strasburgo talora sembra tuttavia limitare la garanzia di cui all'art. 6 esclusivamente ai procedimenti in corso. Sul punto cfr. CEDU sentenza *Organisation nationale des Syndicats d'Infirmiers Libéraux (O.N.S.I.L.) c. Francia* del 29 agosto 2000, nonché CEDU sentenza *Clinique du Chateau de la Maye c. Francia* del 27 luglio 2004.

¹⁵ Cfr. CEDU sentenza *Zielinski et Pradal & Gonzales c. Francia* del 28 Ottobre 1999; CEDU sentenza *Raffinerie grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994; CEDU sentenza *Papageorgiou c. Grecia* del 22 ottobre 1997.

¹⁶ Cfr. ad es. [Cass., sez. lav., 4 settembre 2008, n. 22260](#), in *Giust. civ. Mass.* 2008, IX, 1312.

¹⁷ L'interpretazione giurisprudenziale che i Giudici di Strasburgo forniscono dell'art. 6 della CEDU, al fine di limitare l'efficacia retroattiva degli atti legislativi interni è destinata verosimilmente ad acquisire particolare rilievo applicativo alla luce della recente adesione dell'Unione Europea alla CEDU, operata con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, e – una volta perfezionatosi il procedimento di adesione – della *comunitarizzazione* delle norme della Convenzione, e conseguentemente il riconoscimento alle stesse di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali.

Tale innovazione attribuirebbe reale fondamento (ad oggi invero carente) al potere – rivendicato negli ultimi anni dalla Giurisprudenza italiana (soprattutto di legittimità) – di disapplicare la normativa interna che si rilevasse in contrasto con norme della CEDU o con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, esercitando così un controllo diffuso sulla legittimità delle fonti interne (v. tra le ultime, Cass. sez. un. 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 12).

E che anzi, proprio la Corte di Cassazione, traendo spunto dal nuovo corso inaugurato dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha trasposto il tema della tutela dell'affidamento dalla legge¹⁸ ai precedenti giudiziari consolidati.

La tutela dell'affidamento, che ha dunque inciso così marcatamente sugli stessi poteri del legislatore, deve essere tenuta in altrettanto conto quando si guardi alla giurisprudenza, sulle cui posizioni consolidate di fatto il cittadino matura lo stesso legittimo affidamento di quello maturato su misure legislative.

Nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, del resto, la nozione di legge è intesa in senso più ampio e non rigorosamente tecnico¹⁹, e comprende, senza alcuna complicazione teorica sulla qualifica delle fonti del diritto, anche precedenti giudiziari consolidati²⁰ su cui si sia fatto appunto legittimo affidamento²¹.

Giurisprudenza della corte dei diritti dell'uomo, del resto, di cui oggi, con esiti alterni, si discute se addirittura direttamente applicabile nel nostro ordinamento²².

¹⁸ Alla luce dell'importanza riconosciuta alla tutela dell'affidamento, si può dunque affermare che, ad oggi, il legislatore incontra seri limiti nell'attribuzione di efficacia retroattiva ai propri atti normativi. Tali limiti si concretano nella necessità di bilanciamento e temperazione dei valori e dei contrapposti interessi coinvolti.

¹⁹ La quale include il diritto sia di origine legislativa che giurisprudenziale. Sulla nozione di "legge", fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo v. MORELLI, *ult. op. cit.*, 21.

²⁰ "englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle".

²¹ Oggi, si è consapevoli che il mutamento di giurisprudenza e il mutamento di legge nei confronti del cittadino che ha fatto affidamento pongono in realtà problemi simili.

V. ad es. [Cassazione pen., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288](#), nella quale si afferma che "il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando [alla stregua di una vera e propria innovazione legislativa] un nuovo elemento di diritto ex art. 666, secondo comma, c.p.p., rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata". La Corte ha precisato, in particolare, che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire "il rispetto dei diritti fondamentali della persona, in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale".

Inoltre, le Sezioni Unite riconoscono alla giurisprudenza di Strasburgo il merito di aver saputo "distillare dalla disposizione dell'art. 7 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". Parimenti si riconosce alla Corte EDU il merito di aver valorizzato «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».

A tal riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, muovendo dalla "inclusione" nella nozione di legge del diritto giurisprudenziale, nonché imponendo, come è noto, la "conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione" (cfr. *Sunday Times c. Regno Unito*, sentenza del 29 aprile 1979, §§ 48-49), limita, pertanto, l'efficacia del mutamento giurisprudenziale "creativo" ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione (cfr., al fine verificare i principi della CEDU in tema di *overruling*: *Cocchiarella c. Italia*, sentenza del 29 marzo 2006, §44; *Di Sante c. Italia*, decisione del 24 giugno 2004; *Midsuf c. Francia*, decisione della Grande Chambre dell' 11 settembre 2002.), con conseguente estensione del principio di irretroattività all'ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti in *malam partem*.

²² V. sul punto nota 17.

La Corte di Cassazione, anzi, proprio della valorizzazione del principio di tutela del legittimo affidamento ha trovato ulteriori e più recenti addentellati in chiave costituzionale, facendo riferimento al giusto processo ex art. 111 cost., che impone di “non cambiare le regole quando una partita è in corso”²³.

E non si mancherà di rilevare come, del resto, la stessa evoluzione legislativa negli ultimi anni abbia coerentemente accentuato il ruolo di indirizzo dei precedenti della Cassazione²⁴, permettendo la pronuncia anche su ricorsi irricevibili²⁵ o su materie (ad es. quella cautelare) ordinariamente non oggetto di ricorso avanti alla Suprema Corte²⁶; e ne ha ulteriormente riconosciuta l’efficacia, ponendoli a base del giudizio di ammissibilità²⁷ e valorizzando particolarmente la pronuncia delle Sezioni Unite, le cui determinazioni oggi non possono essere disattese da una Sezione Semplice, che in tali ipotesi ha solo il potere di riprovocare una decisione delle Supremo Collegio²⁸.

²³ V. Cass. ord., III sez. civile, 22 marzo 2011, n. 6514, in *Foro it.* 2011, I, 6514; Cass., sez. II, 02 luglio 2010, n. 15811, in *Foro it.* 2010, 11, 3050; Cass., sez. II, 2 luglio 2010, n. 15809, in *Foro.it* 2010, I, 144.

A mio avviso, il principio della immutabilità delle regole processuali in pendenza del giudizio, metaforicamente espresso dalla Suprema Corte, andrebbe altresì esteso – addirittura con maggiore attenzione e rigore – all’ambito di alcuni settori del diritto sostanziale, caratterizzato, soprattutto con riguardo a determinati “rapporti sensibili” (es. successioni), dall’esigenza di tutelare l’affidamento dei consociati negli assetti giurisprudenziali consolidati, tali da assumere il rango di “diritto vivente”.

²⁴ Il legislatore processuale, perseguendo il fine di deflazionare il contenzioso dinanzi alla Corte di Cassazione ed al contempo preservando l’esigenza di certezza del diritto, valorizzando l’interesse pubblico alla prevedibilità delle decisioni, ha rafforzato negli ultimi anni l’efficacia persuasiva (o meglio vincolante) del precedente di legittimità, in particolare di quello autorevolmente reso dalle Sezioni Unite, “potenziando” il controllo nomofilattico, valorizzando la peculiare vocazione del giudizio di legittimità, e, così, perseguendo il fondamentale obiettivo di assicurare un’esatta ed uniforme interpretazione della legge.

²⁵ Si pensi ad esempio alla modifica normativa – operata dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 – che ha ampliato i limiti di applicabilità del “principio di diritto nell’interesse della legge” di cui all’art. 363 c.p.c., evidenziando appunto “una evoluzione legislativa dell’istituto orientata al potenziamento della pura funzione di corretta osservanza della legge ed uniforme applicazione del diritto” (Cassazione civile, sez. un., 01/06/2010, n. 13332). Viene esteso, infatti, il meccanismo dell’istituto nell’interesse della legge, proponibile dal pubblico ministero anche alle ipotesi in cui il provvedimento non è ricorribile e non è altrimenti impugnabile, in modo tale da consentire la produzione di orientamenti giurisprudenziali di indirizzo interpretativo.

²⁶ e cioè in “materie in ordine alle quali la Suprema Corte non potrebbe altrimenti esplicitare, per i limiti oggettivi della impugnabilità ad istanza di parte, la propria funzione” nomofilattica. Sul punto v. BRIGUGLIO, CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, Vol. III - Tomo II, Padova, 2009, pag. 113.

²⁷ La legge 18 giugno 2009 n. 69, introducendo il “filtro” di ammissibilità di cui all’art. 360 bis c.p.c., ha ulteriormente rafforzato, oltre alla funzione nomofilattica del Giudice di Legittimità, l’esigenza di garantire una maggiore certezza del diritto, “che sappia restituire fiducia ai cittadini ed alle imprese nella costanza degli orientamenti giurisprudenziali” della Suprema Corte (v. ALFANO, *Un “filtro” ai ricorsi per Cassazione è tra gli assi portanti del nuovo rito*, in *Guida al diritto* 2008, 41, 12.).

Il primo comma del nuovo art. 360 bis c.p.c. dispone, in particolare, che il ricorso per cassazione è inammissibile “quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa”.

²⁸ Il d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, modificando l’art. 374 c.p.c. ha infatti previsto che il precedente delle Sezioni Unite non possa essere disatteso *tout court* dalla Sezione Semplice, la quale, nel caso in cui intenda discostarsi dal pronunciamento nomofilattico, deve nuovamente investire della *quaestio iuris* le stesse Sezioni Unite.

Viene così enunciato un nuovo principio giuridico, in base al quale la decisione della Suprema Corte, presa a Sezioni Unite, è vincolante – sia pure non in modo assoluto – per le Sezioni Semplici, nel senso che queste ultime non potranno discostarsene e decidere la *quaestio iuris* in modo difforme.

D'altro canto, di recente anche l'art. 26 del codice del processo amministrativo ha normativizzato la nozione di giurisprudenza consolidata, prevedendo la possibilità di una condanna d'ufficio ad una somma equitativamente determinata "contro il soccombente se la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati".²⁹

4a. Segue... e le diverse dinamiche di tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali.

Ora, la necessità della primaria tutela del legittimo affidamento anche nei confronti dei mutamenti giurisprudenziali può essere raggiunta in più modi, naturalmente con un diverso grado di efficacia, tutti però, lo si è retro ricordato, negati fino a pochi anni fa in giurisprudenza³⁰, che ha sostenuto la assoluta libertà del giudice di modificare anche l'orientamento di una giurisprudenza consolidata.

Il profilo più radicale è quello di giungere a cristallizzare le precedenti decisioni come elementi superabili non più da successive sentenze, ma solo da successive norme di legge; una tale previsione, tuttavia, urterebbe nel nostro ordinamento probabilmente con la necessaria libertà attribuita al singolo giudice nell'interpretazione della legge anche nei confronti della magistratura nel suo insieme³¹, oltre a sacrificare eccessivamente le esigenze alla base della necessità del cambiamento, spesso necessario per garantire soluzioni più efficienti ed al passo con i mutamenti giuridici, economici, sociali intervenuti, che appare eccessivo delegare esclusivamente al legislatore. Del resto, anche negli ordinamenti in cui è più forte la tutela dell'efficacia del precedente, non si nega l'overruling "orizzontale"³².

²⁹ In particolare, il secondo comma dell'art. 26 del Codice del processo amministrativo dispone che: "Il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati." Occorre, tuttavia, precisare che il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 03 agosto 2011, ha varato una schema di decreto legislativo integrativo del Codice del Processo Amministrativo, ai sensi del quale il secondo comma dell'art. 26 viene sostituito dal seguente testo normativo "Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati . Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione."

³⁰ V. *supra*, § 2.

³¹ Cfr. SANTANGELI, *ult., op. cit.*, pag. 40 ss.

³² V. ad es. l'ordinamento inglese 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*. Sebbene il cambiamento abbia riguardato formalmente soltanto la Camera dei *Lords*, e la *Court of Appeal* rimanga vincolata, al proprio precedente, nella prassi si assiste ad un progressivo temperamento delle posizioni tradizionali.

Per la High Court, si distingue fra decisioni opera di una sezione, o Divisional Court, e le decisioni opera invece di un giudice unico; perché, la High Court è sempre vincolata dalle decisioni delle corti superiori (Lords e Appello), ma solo la Divisional Court è vincolata dalle proprie decisioni, mentre il giudice unico non è vincolato dai precedenti resi dai suoi colleghi, e non è indiscusso il suo vincolo ai precedenti della stessa Divisional Court.

All'opposto, il profilo meno intenso della tutela dell'affidamento è quello di consentire il cambiamento di un precedente consolidato, ma insieme però onerando il giudice che decida di discostarsi dal precedente consolidato orientamento a citarlo motivando le ragioni del distacco³³; si tratta di una tutela minima³⁴, che pretende soltanto di acquisire in capo alla giurisprudenza di cambiamento la consapevolezza e la giustificazione nello sviluppo diacronico del diritto. Una tutela, questa, talora ritenuta tuttavia sufficiente dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³⁵; e che, tuttavia, sembra semmai potere soddisfare le più sfumate esigenze di tutela solo allorquando si sia di fronte ad un singolo precedente giudiziale, o comunque a più decisioni non ancora consolidate.

Diverse, invece le due tutele intermedie che residuano: a) la limitazione delle ipotesi in cui la giurisprudenza consolidata può essere superata dalle successive decisioni giudiziarie; b) la possibilità, in ipotesi di abbandono di una giurisprudenza consolidata, di non applicare il nuovo orientamento al caso oggetto della controversia, ed inoltre alle fattispecie precedenti.

4b. Segue... La tutela dell'affidamento tramite la limitazione della possibilità di mutare ed innovare la giurisprudenza consolidata soltanto ad ipotesi eccezionali.

Quanto alla ipotesi sub a), si può assegnare comunque un più alto valore persuasivo-autoritativo³⁶ al precedente giudiziale consolidato, superabile da una nuova decisione solo "in ipotesi eccezionali e fondate su circostanze molto particolari"³⁷. Si è sostenuto autorevolmente, anche dalla Corte di

³³ In particolare, con le sentenze 13 maggio 2003, n. 7355 (in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5) e 15 ottobre 2007, n. 21553 (in *Giust. civ. Mass.* 2007, 10), la sez. lavoro della Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui "benchè 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".

³⁴ Peraltro, coerente con la nuova formulazione – a seguito della riforma operata dalla legge n. 69 del 2009 – delle norme in materia di motivazione, ed in particolare, dell'art. 118 disp. att. c.p.c., ai sensi del quale, "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."

Per un più ampio approfondimento delle innovazioni apportate dal legislatore della riforma alla motivazione delle sentenze civili, mi permetto di rinviare a SANTANGELI, *La riforma del c.p.c. - Art. 118 disp. att. - Motivazione della sentenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, IV-V, 823.

³⁵ V. ad es. CEDU sentenza *Atanasovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* del 14 gennaio 2010: "...the Court observed that in the applicant's case the national Supreme Court had departed for the first time from its previous case law in holding that employers were not required to give specific reasons for the reassignment of an employee. The Court noted that case-law development was not in itself contrary to the proper administration of justice. However, the well-established case-law on this question had imposed a duty on the Supreme Court to give substantial reasons justifying a departure from that case-law. A mere statement that employers were no longer required to provide concrete reasons for reassignment had been insufficient. Accordingly, the Court held by six votes to one that there had been a violation of Article 6 § 1 also in respect of the applicant's right to receive an adequately reasoned decision."

³⁶ V. SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale*, cit., pag. 118.

³⁷ E' questa la posizione assunta dal Governo francese in sede di ricorso (n. 20153/04) pendente dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 6, § 1, CEDU, *causa Unedic c. Francia*.

Cassazione³⁸, che è necessario che la giurisprudenza si autolimiti nel cambiamento di un orientamento consolidato, tenuto proprio conto, in particolare, della compressione altrimenti del principio di affidamento (naturalmente, quando tale rischio in concreto, si corra)³⁹; così, è stata negata la possibilità di cambiamento allorché semplicemente il nuovo giudice prediliga una diversa interpretazione della normativa. E si è ritenuto che al nuovo giudice residuerebbe il diritto di discostarsi dal precedente orientamento solo comunque con “grande cautela”, viste le conseguenze sull'affidamento⁴⁰.

³⁸ V. Cass. S.U. 18 maggio 2011, n. 10864 (in www.cortedicassazione.it), nella quale il Supremo Collegio – confermando l'indirizzo giurisprudenziale consolidato a partire dal 1997 – afferma che, “in caso di notificazione a più parti, il termine di dieci giorni entro il quale l'attore (ai sensi dell'art. 165 cod. proc. civ.) o l'appellante (ai sensi dell'art. 347 cod. proc. civ., che alla prima disposizione fa rinvio) devono costituirsi, decorre dalla prima notificazione, non dall'ultima”. La statuizione delle Sezioni Unite si basa sulla seguente premessa metodologica: “la reinterpretazione sollecitata dall'ordinanza di remissione riguarda una disposizione, relativa all'ordine del processo, che da oltre vent'anni è stata letta, nella propria giurisprudenza, nel medesimo modo; così determinando le condizioni perché le parti potessero e dovessero fare affidamento su una corrispondente applicazione dei giudici investiti della domanda di tutela”, conseguentemente “se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è nuovamente in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire – e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario – l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile. Soltanto fattori esterni alla formula della disposizione di cui si discute – derivanti da mutamenti intervenuti nell'ambiente processuale in cui la formula continua a vivere, o dall'emersione di valori prima trascurati – possono giustificare l'operazione che consiste nell'attribuire alla disposizione un significato diverso.”
Inoltre, le Sezioni Unite osservano che tra le due formule interpretative proposte, quella prescelta offre una tutela migliore alla posizione del convenuto, il quale “ha diritto di conoscere, quanto prima possibile, se l'attore si sia costituito o meno, al fine di stabilire le opportune strategie difensive, sul presupposto che, nella prassi, la mancata tempestiva costituzione dell'attore è sintomo della volontà di non dare più seguito all'esercizio dell'azione.” A ciò si aggiunge che “Anzi, in chiave di un equo contemperamento degli interessi delle parti stesse (*balancing test*), da un lato, la costituzione nei dieci giorni dalla prima notificazione non è un onere particolarmente gravoso da rispettare per l'attore. Questi, infatti, può costituirsi - immediatamente dopo la consegna dell'originale dell'atto di citazione all'ufficiale giudiziario ed indipendentemente dal perfezionamento della sua notificazione - con l'immediata iscrizione a ruolo, mediante deposito di copia non formale della citazione. Dall'altro, al convenuto, invece, giova in termini di tutela dell'affidamento e di conoscenza delle intenzioni che l'attore intende perseguire.”

³⁹ Il mutamento giurisprudenziale deve invece ritenersi sicuramente legittimo ed ammissibile, senz'alcuna limitazione di sorta – in quanto non lesivo dell'affidamento che il singolo ripone nell'orientamento consolidato – allorché comporti un ampliamento delle facoltà e dei diritti della parte, anziché provocarne un'inaspettata compromissione e limitazione. Come, infatti, correttamente affermato da PIVETTI (in *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, pag. 8 ss.) “i revirements o gli overruling non sono tutti uguali. Un cambiamento di giurisprudenza va salutato con apprezzamento ogni qualvolta esso non tradisce l'affidamento della parte e non si traduce in un trabocchetto per quest'ultima”.

⁴⁰ E' quanto sostiene il Giudice della Corte EDU Zagrebelsky, il quale in una *separate opinion*, espressa nella causa *Demir e Baykara c. Turchia* (caso n. 34503/97), ha sottolineato come il mutamento d'indirizzo espresso dalla Corte di Strasburgo con la decisione in questione, avrebbe dovuto portare – conformemente all'orientamento adottato in materia dalla stessa Corte – anche ad una limitazione dell'efficacia temporale di simili cambiamenti giurisprudenziali. Così anche CEDU sentenza *Legrand c. Francia* del 26 maggio 2011, nella quale si ribadisce che “un'evoluzione della giurisprudenza non è in sé contraria ad una buona amministrazione della giustizia, dal momento che la mancanza di un approccio dinamico ed evolutivo impedirebbe ogni cambiamento o miglioramento”, a ciò si aggiunge che “le conseguenze pratiche di ogni decisione giurisdizionale dovrebbero essere soppesate con cura”, ma “non si potrebbe andare fino a piegare l'obiettività del diritto e compromettere la sua applicazione futura in ragione delle ripercussioni che una decisione di giustizia può provocare per il passato.”

Per taluno, devono soccorrere ulteriori particolari condizioni, le quali si configurano quando il giudice ritenga che il precedente orientamento fosse fondato su un errore interpretativo⁴¹, o quando il precedente orientamento perda di attualità per il mutamento del contesto di riferimento (normativo, ma non soltanto)⁴², oppure quando comunque dalla nuova decisione si ottengano una diversa regolamentazione degli assetti ed interessi migliore anche sotto un profilo funzionale⁴³, integrandosi in queste ipotesi ragioni di interesse pubblico ad una coerente evoluzione del diritto, prevalenti rispetto allo stesso principio di affidamento⁴⁴.

Precetti della cui piena effettività per i nostri giudici tuttavia ancora oggi è lecito dubitare. I giudici di merito e la corte di legittimità, al di là di espresse contrarie affermazioni di principio contenute in determinate decisioni retro già richiamate, il più delle volte di fatto agiscono senza che la presenza di un orientamento consolidato impedisca più di tanto il cambiamento di posizioni giurisprudenziali consolidate⁴⁵. Sotto altro punto di vista, ad oggi, la inosservanza da parte del giudice di merito di un precedente orientamento giurisprudenziale consolidato non ha mai condotto ad una pronuncia, in Cassazione, di illegittimità, ed alla conseguente riaffermazione del precedente orientamento.

La difficoltà di superare espressamente i tradizionali, e in realtà ancor validi, presupposti teorici per cui il decidente non può essere vincolato alle decisioni dei giudici anche di rango più elevato⁴⁶, rende arduo raggiungere un simile risultato.

E, forse, anche per la nostra tradizionale formazione di giuristi “positivi”, può diventare assai opportuno decidere espressamente se il principio, che abbiamo detto enucleato e condiviso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, e dalla Corte di cassazione, si riveli come un pur condivisibile ed autorevole monito per i giudici di merito e per la stessa Corte di legittimità, privo tuttavia di conseguenze giuridiche in caso di mancata osservanza; o se sia invece un precetto con conseguenze

⁴¹ 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.

⁴² E’ naturale, quindi, che la stessa giurisprudenza cerchi sovente di “dissimulare” il mutamento, definendo (o meglio dipingendo) la nuova soluzione interpretativa solo come un’evoluzione di quella precedente, e, quando ciò non sia possibile, non come un semplice mutamento di opinione, ma, talora, come un mutamento di opinione necessitato da cambiamenti intervenuti in materie affini a quella oggetto del giudizio.

⁴³ V. ad es. CEDU sentenza *Unedic c. Francia* del 18 dicembre 2008, nella quale la Corte di Strasburgo, accogliendo le osservazioni dell’avvocato generale della *Cour de cassation*, ha ritenuto legittimo il mutamento giurisprudenziale operato nel diritto francese in considerazione del fatto che l’orientamento precedente avrebbe potuto “condurre a gravi ineguaglianze tra dipendenti della stessa impresa”.

⁴⁴ Occorre, a mio avviso, distinguere fra i vari campi del diritto, essendo in taluni di essi maggiormente avvertita – rispetto ad altri – l’esigenza di tutelare l’affidamento del singolo nella stabilità e continuità dell’assetto normativo giurisprudenziale.

⁴⁵ Si pensi ad esempio a [Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246](#), in *Guida al diritto* 2010, 42, 18, in materia di riduzione dei termini di comparizione e costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo; *Cass., sez. un., 16 aprile 2009, n. 9005*, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, 631, sull’improcedibilità del ricorso per cassazione per omesso tempestivo deposito di copia della sentenza impugnata. Per altre pronunce v. nota 1.

⁴⁶ V. *supra* § 2

giuridiche, e come tale sanzionabile se non seguito dal giudice di merito⁴⁷, sanzionabile in Cassazione con la pronuncia di una decisione di annullamento. Specie in quest'ultima ipotesi, l'autoattribuzione da parte della giurisprudenza di un maggiore potere alla giurisprudenza consolidata e la corrispondente limitazione del potere di modifica, si rivela in certo modo anche quale limitazione del potere di libera interpretazione dei successivi giudici, una compressione o auto compressione, sulla cui conformità alla libertà del giudice nell'interpretazione della legge (*ex art. 101 cost*) è lecito riflettere⁴⁸, anche tenuto tuttavia in conto delle possibili diverse letture costituzionali del principio, unite alle contrapposte esigenze di retto esercizio del potere di nomofilachia ed uniformazione del diritto positivo da parte della cassazione, peraltro anch'esso assistito da coperture costituzionali in particolare ma non solo del giusto processo.

La Corte di cassazione non ha preso espressa posizione sul punto; ed è anche comprensibile in una prospettiva di effettività. Tuttavia, anche perché "l'intendenza" segua, potrebbe apparire opportuno al contrario "prendere il toro per le corna", e affrontare e risolvere il tema delle conseguenze giuridiche da ricollegare o meno al mancato rispetto delle limitazioni, poste a carico dei giudici successivi, al libero cambiamento di una giurisprudenza consolidata.

4c. Segue... La tutela dell'affidamento tramite la non applicazione del nuovo orientamento alle fattispecie compiute facendo affidamento sulla giurisprudenza consolidata. La differente intensità della tutela dell'affidamento a seconda dei campi del diritto interessati dalla pronuncia.

Si è infine proposta, ed è l'ipotesi sub b), prima evidenziata, una diversa e più intensa forma di tutela dell'affidamento, tramite l'individuazione di nuovi poteri in capo alla stessa magistratura nella determinazione del momento da cui le nuove regole giurisprudenziali saranno efficaci nei confronti di cause aperte facendo affidamento su orientamenti consolidati precedenti.

In queste ipotesi, si è quindi proposto di pronunciare nella fattispecie in esame seguendo la vecchia giurisprudenza, enunciando al contempo un nuovo principio, diverso da quello espresso nell'orientamento seguito nelle precedenti decisioni, e dettando dunque anche le regole che saranno adottate nelle pronunzie successive; in altri termini, in queste ipotesi, si pronuncia il nuovo principio arrogandosi tuttavia la potestà di limitare nel tempo gli effetti della sentenza, negandone ad esempio la retroattività e non applicandola neanche al caso in specie.

⁴⁷ Non sarà ovviamente sanzionabile la mancata osservanza del principio da parte della Corte di Cassazione. Ciò tuttavia non ne esclude a priori il carattere di regola giuridica. Occorre, infatti, osservare che anche l'inosservanza da parte della Suprema Corte delle disposizioni che regolano il processo di legittimità è di per sé insuscettibile di sanzione, senza che si possa, tuttavia, dubitare che si tratti di precetti normativi e non già di regole di buon senso.

⁴⁸ Analoghe perplessità vengono manifestate da COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. proc.*

Queste dinamiche si adottano da tempo nei paesi di *common law*, e vengono denominate *prospective overruling*⁴⁹, e anche la Corte di Giustizia delle comunità europee si è autoattribuita detto potere⁵⁰, così come in ipotesi eccezionali ha fatto anche la nostra Corte Costituzionale⁵¹.

Non così, invece, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non ha ancora ritenuto di dotarsi dell'istituto del *prospective*, o comunque di ipotizzare soluzioni in qualche modo simili, ed anzi continua a permettere l'applicazione retrospettiva dei propri mutamenti di giurisprudenza; e da qui si desume che l'istituto del *prospective* non è visto dalla Corte Europea come uno strumento indispensabile per la tutela dell'affidamento.⁵²

⁴⁹ Così, negli Stati Uniti, 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*) devono essere protette”.

Proprio al fine per rispettare tali esigenze, l'ordinamento nordamericano ha costruito l'istituto del c.d. *prospective overruling*, nel quale il giudice asserisce la necessità di modificare l'orientamento espresso in precedenti decisioni, e pertanto detta le regole per le decisioni successive, ma decide secondo la precedente giurisprudenza nel caso che ha in esame, allo scopo di non deludere l'affidamento che le parti avessero fatto sulla precedente giurisprudenza.

Il *prospective overruling* 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.

In materia, v. *Stare decisis in lower Courts: predicting the demise of Supreme Court precedent*, in *60 Wash Law Review*, 1984, pag. 97 e pag. 309 ss. sul *prospective overruling*, per esaurienti indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche sull'attenta ricostruzione di come nella dottrina e nella giurisprudenza si siano fatte strada queste nuove figure, le critiche contro queste avanzate, le modifiche che determinano nei rapporti tra *ratio* e *obiter*, e più in generale nella teoria dello *Stare Decisis*; TRAYNOR, *Prospective overruling: a question of judicial responsibility*, in [Hastings law journal](#), 1999, 771.

In Inghilterra – diversamente da quanto accade negli Stati Uniti, il cui sistema è da taluni considerato come un sistema di *stare decisis* temperato dall'*overruling* – la *Court of Appeal* rimane vincolata, almeno formalmente, al proprio precedente, anche se, nella realtà, il sistema si è avvicinato di molto a quello nordamericano. Come già accennato (v. nota 33), 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*. In particolare, tramite il *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 assumere un grado di rigidità tale da inibire del tutto lo sviluppo del diritto, in modo tale da rendere ingiustizia nel caso concreto. Da qui la conclusione secondo 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. In argomento v. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. di I. Mattei, Milano 1995, pag. 205, per un primo esame della nozione di *prospective overruling* in Inghilterra, e delle critiche a questa rivolte sotto il profilo della distorsione della funzione giudiziaria. Del resto, l'opportunità che le corti “*may choose whether to overrule a previous decision retrospectively*”, è stata avanzata anche nell'ordinamento Anglosassone già in alcuni *dissenting speech*, pur se ciò è ancora escluso.

⁵⁰ V. tra le pronunce più recenti, CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone/ Commissione* CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, con nota di 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.

⁵¹ Sul punto si rinvia alla nota 11.

⁵² V. CEDU sentenza *Demir e Baykara c. Turchia* 12 novembre 2008, con allegata *separate opinion* di Zagrebelsky (v. altresì nota 43), che ritiene, invero, che la Corte debba trovare adeguate soluzioni per evitare l'applicazione retroattiva delle pronunce, che configgerebbe con la tutela dell'affidamento. Si riportano alcuni passaggi della *separate opinion*: (...) “*However, in my opinion, the act of departing from precedent raises a particular problem, because the interaction between the new interpretation and the law, as previously contemplated, will give rise to a new “law” whose content is different to that of the previous “law”. The retrospectiveness of the new “law” is problematic with regard to the requirements of foreseeability and legal certainty. I would compare this to the problems raised by the retrospective effect of an Act interpreting a previous Act, justifying a certain resistance on the part of the Court. The requirements in*

Oggi, grazie alla sentenza delle Sezioni Unite, dopo l'adozione di una simile misura anche da parte della Cassazione francese⁵³, si è di fatto raggiunta, pur se solo in campo processuale, l'adozione da parte della giurisprudenza di Legittimità dell'autoattribuzione del potere di modificare una giurisprudenza ormai pacificamente consolidata, ma solo "per il futuro", applicando in pratica il precedente orientamento alla fattispecie in decisione ed alle altre fattispecie in cui le parti abbiano fatto appunto legittimo affidamento su un orientamento considerato correttamente come pacifico, laddove il cambiamento dovesse danneggiarle⁵⁴.

Con queste modalità, si coniuga il principio di tutela dell'affidamento con le esigenze di modificare il precedente orientamento giurisprudenziale; e, rispetto alle modalità indicate nel precedente paragrafo, la tutela dell'affidamento appare certo maggiore, perché non mai sacrificata, neanche in ipotesi limitate, alle esigenze sottese al cambiamento, che peraltro a loro volta appaiono soddisfatte; salvo ritenere, e sarebbe ipotizzabile, che l'alternativa a dotarsi dell'istituto in questione sia la radicale impossibilità, in materia processuale, di adottare *revirements* restrittivi⁵⁵, nel qual caso si porrebbe invece il problema dell'impossibilità di modificare da parte dei giudici precedenti orientamenti giurisprudenziali, in ipotesi non più in perfetta sintonia con la più generale evoluzione dei riti.

Ed anzi, potrebbe discutersi gli effetti del *prospective* sulle esigenze di cambiamento, più liberamente evase proprio in considerazione del fatto, che, con l'istituto in esame, una più rapida modifica non conduce tuttavia al sacrificio del principio di affidamento.

La novità, nel nostro ordinamento, non è dunque di poco momento.

La Corte di Cassazione privilegia una lettura effettiva dei compiti dell'ordinamento, e dei valori da tutelare, rispetto a riflessioni, quali ad esempio quelle sulla giurisprudenza e fonti del diritto come presupposto indispensabile per la determinazione dei poteri temporali del giudice in argomento, che in qualche modo appaiono oggi figlie di letture classiche per la *civil law*, tuttavia, che le Sezioni Unite, formalmente, addirittura "espressamente" onorano, condividono e fanno proprie.

terms of the quality of the law, and particularly that of the foreseeability of its application, entail a need for a similar approach to the nature of judicial interpretation to that obtaining in the situation of laws succeeding each other in time, for which transitional provisions are often made." (...) In the light of the foregoing, I would have preferred it if the Court had stipulated the time from which the right in question "became" (paragraph 154 of the judgment) one of the essential elements of the right set forth in Article 11. In my own opinion, it would seem legitimate to doubt that this could already have come about by 1995, when the Turkish Court of Cassation disposed of the case at domestic level. I moreover find it regrettable that the Court has once again allowed the "natural" retrospectiveness of judicial interpretation to impugn an approach that, at the material time, was (probably) not in breach of the Convention" (...).

⁵³ Cfr. ad esempio *Cour de cassation* 21 décembre 2006, n. 549. Inoltre, v. *infra* nota 61.

⁵⁴ V. Cass. S.U., 11 luglio 2011, n. 15144 del 2011, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁵ Lo sostiene PIVETTI, *ult. op. cit.*, pag. 7 ss.

In altri termini, non si contesta espressamente la tradizionale lettura per cui disporre degli effetti temporali della decisione su altre fattispecie avvicina l'organo giudiziario ad un potere tradizionalmente attribuito solo al legislatore (e, aggiungerei, che potrebbe si essere attribuito alla giurisprudenza ma pur sempre per via legislativa⁵⁶), né il concetto che la giurisprudenza mantiene una efficacia retroattiva, perché non “crea” ma “interpreta” la legge⁵⁷, e se cambia orientamento altro non fa che correggere un precedente errore; ma si lascia prevalere, su queste considerazioni, la esigenza indefettibile del rispetto della tutela dell'affidamento che impone soluzioni diverse, e segnatamente per le Sezioni Unite, in campo processuale, nel “valore superiore del giusto processo”, specificandosi anzi come l'affidamento vada addirittura pienamente tutelato anche se la giurisprudenza consolidata sia riconosciuta errata e *contra legem*.⁵⁸

Quello allora che, a mio avviso volutamente, manca nell'argomentazione delle Sezioni Unite è la dimostrazione della “superiorità” del principio del giusto processo su una declinazione del principio della divisione dei poteri, e inoltre la dimostrazione che il *prospective* sia uno strumento all'uopo indispensabile; specie a tenere in conto che, lo si è retro registrato, la stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo non ha ritenuto ad oggi di dotarsi di questo strumento.

In pratica, a mio avviso, si continua ad usare ed abusare del principio del “giusto processo” come chiave per scardinare precedenti equilibri; lo si è fatto, a mio avviso con esiti infausti sotto molti profili, nella definizione dei rapporti tra la giurisprudenza di Cassazione e le disposizioni legislative di natura processuale, legittimando una “libera” reinterpretazione di quest'ultime⁵⁹, lo si continua a fare ora con questa pronuncia delle Sezioni Unite in cui il principio gioca un apodittico ruolo nella ridefinizione (implicita ma appunto oggettiva), in pratica, di un aspetto non inessenziale del ruolo e del criterio dei limiti di potere della giurisprudenza nel sistema delle fonti. La differenza, sempre a mio avviso, non è tuttavia di poco momento nel caso di specie, in cui comunque la Corte di Cassazione, pur arrogandosi un potere ultroneo e decidendo su una questione fondamentale con una

⁵⁶ Come, peraltro, ipotizzato – oltre che da PUNZI (*Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. proc.*), in sede di comparazione con l'istituto portoghese dell'*assentos* – da parte della Dottrina tedesca, anch'essa impegnata nell'affrontare le medesime difficoltà e problematiche connesse all'applicazione dell'istituto in esame. In argomento v. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, Berlin, 2009, 460.

⁵⁷ Strenuamente difeso da RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, il quale esclude che al fine di risolvere il problema della tutela dell'affidamento nel precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, possa rivelarsi utile quello che viene definito “un fallace parallelismo tra la legge, naturalmente irretroattiva in materia processuale, e l'interpretazione giurisprudenziale della stessa, necessariamente dichiarativa di una regola posta altrove e perciò, naturalmente ed innegabilmente, retroattiva”.

⁵⁸ Sul punto ampiamente Cass. S.U., 11 luglio 2011, n. 15144 del 2011, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁹ V. ad es. [Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309](#) e Cass., sez. trib., 18 febbraio 2010, n. 3830, entrambe in *Foro it.* 2010, 6, 1775, con nota di R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*.

motivazione francamente riduttiva (in una decisione, poi, in cui ci si autoattribuisce nuovi poteri⁶⁰), non pecca almeno di autoreferenzialità, innestando una regola nuova che, in un certo modo, richiama, di fatto, un istituto, il *prospective overruling*, già maturato in altri ordinamenti, ed in specie in Francia⁶¹ ed in Germania⁶², e cioè in paesi “cugini” e vicini di *civil law*; istituto peraltro i

⁶⁰ A tal riguardo appare, tuttavia, doveroso segnalare che anche la Corte di Cassazione francese, nella sentenza con cui viene fatto per la prima volta ricorso a tale meccanismo giurisprudenziale (*Cour de cassation*, 12° *chambre civile*, 8 luglio 2004, 03/14717), si limita ad giustificare tale innovazione con una motivazione stringatissima (...) “*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*” (...).

⁶¹ In Francia, lo strumento del *prospective overruling* fa il suo ingresso per la prima volta nel panorama giurisprudenziale con la sentenza dell’8 luglio 2004, *Cour de cassation*, 2° *chambre civile*, la quale adotta come sostegno argomentativo e teorico di tale istituto la costruzione giurisprudenziale elaborata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo con riferimento all’art. 6, § 1 della CEDU. In particolare la Corte francese afferma che: “*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 fondamentale*” [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].

Al di là dei riferimenti alle fonti comunitarie, la giurisprudenza ha poi talora invocato a giustificazione dell’utilizzo del *prospective*, l’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.

Con riferimento all’individuazione dell’organo giudiziario competente ad operare il *prospective*, l’orientamento prevalente ritiene preferibile attribuire detto potere esclusivamente alla Corte di Cassazione, meglio se in adunanza plenaria, e non già alle Corti di merito.

Infine, in Francia, l’operatività dello strumento in questione – che può dirsi senz’altro consolidata, sulla base di una serie costante di pronunce del Giudice di Legittimità volta a sancire, non senza qualche resistenza, il principio della irretroattività del *revirement* giurisprudenziale – sembra riguardare esclusivamente il campo del diritto processuale, con esclusione pertanto dei mutamenti giurisprudenziali interessanti l’assetto normativo di carattere sostanziale.

⁶² Diversa – e sicuramente meno intesa – affermazione applicativa del *prospective* si registra nell’ordinamento tedesco, dove è tuttavia, parimenti, avvertita la necessità – oltre di garantire l’esigenza di certezza del diritto - di accordare, ai sensi del terzo comma dell’art. 20 del *Grundgesetz* (Costituzione tedesca), adeguata tutela all’affidamento riposto dalla parte in un consolidato assetto esegetico-normativo, improvvisamente travolto da inversione giurisprudenziale. (V. Langenbucher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Dresden 1996, 116).

A tal riguardo, si è fatto spesso riferimento ai criteri elaborati dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale tedesca) al fine di determinare la legittimità costituzionale di atti legislativi con efficacia retroattiva, nonché relativi alla retroattività delle proprie pronunzie, discutendosi circa estensibilità di tali principi al campo dei mutamenti e delle innovazioni giurisprudenziali. (Cfr. tra i tanti GUCKELBERGER, *Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung*, Bonn, 1997, 16). In Italia, il ricorso ai criteri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di efficacia retroattiva delle disposizioni legislative (ed in particolare al principio generale di ragionevolezza) è stato proposto da COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit.

Interessante al riguardo la posizione del *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione tedesca), la quale, superando il valore enfatico della distinzione tra atto legislativo ed atto giurisprudenziale, ha talora fatto propri i criteri elaborati dal Giudice delle leggi. V. tra le tante BGH del 20.09.2000, V ZB 58/99, in BGHZ 145, 158, secondo cui “*Hat die von der rückwirkenden Rechtsprechungsänderung belastete Partei auf die Anerkennung der bisherigen Rechtslage vertraut, und gebührt diesem Vertrauen bei Abwägung mit den Interessen des Prozessgegners und den Belangen der Allgemeinheit der Vorrang, griffe eine Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen ein; führt die Änderung zu unzumutbaren Härten, könne die neue Rechtsprechung ausnahmsweise nur für die Zukunft gelten*. [il mutamento giurisprudenziale può valere soltanto per il futuro quando la parte la cui posizione risulta aggravata ha legittimamente fatto affidamento, nel compimento della propria condotta, sulla *situazione giuridica attuale*; il legittimo affidamento della parte deve essere contemperato con i *legittimi interessi* della parte avversa, e ritenuto prioritario; la retroattività della modifica farebbe

cui positivi effetti, se usato con moderazione e consapevolezza, sono in qualche modo già dunque stati testati (ed anzi la situazione avrebbe, appunto, probabilmente autorizzato le Sezioni Unite a scendere un poco più nello specifico dell'istituto, specificandone i necessari adattamenti).

Tuttavia, anche a così ritenere, sotto un profilo consequenziale, può ancora riflettersi sulla portata del principio enunciato nel caso di specie dalla Corte di Cassazione come riferito precipuamente alle decadenze processuali, ma che potrebbe espletare i suoi effetti in teoria, come in altri ordinamenti, anche in altri campi del diritto. Rimane fermo, infatti, che questo modo di argomentare può valere tanto in campo processuale, come hanno statuito le Sezioni Unite, che in astratto in campo sostanziale o quantomeno in talune delle materie sostanziali assistite da una particolare necessità di tutela dell'affidamento (qualora si rinvenga nella necessaria tutela dell'affidamento in altri campi quel "valore superiore" individuato nella tutela del giusto processo in campo processuale dalle Sezioni Unite).

Da questo punto di vista, anzi, un generale spunto di riflessione potrebbe essere rivolto proprio alla esistenza, per il precedente giudiziale in campo sostanziale, della necessità, per il "superiore principio del giusto processo", di ritenere da esso potenzialmente protetta tramite il *prospective overruling*, anche la giurisprudenza consolidata in materie sostanziali che sia modificata con la decisione in giudizio, e naturalmente anche tutte le fattispecie sostanziali in giudizio che nascono facendo affidamento su una giurisprudenza consolidata, poi modificata inaspettatamente nel corso del processo. Ed infatti, se, come plasticamente espresso dalla Corte di Cassazione "non si cambiano le regole a partita in corso", elemento essenziale del superiore principio giusto processo, le regole di cui si dovrebbe garantire l'applicabilità a tutela dell'affidamento non sono allora soltanto le regole processuali alla base del giudizio, ma anche le regole sostanziali che di fatto lo hanno naturalmente ed altrettanto caratterizzato.

sorgere un onere ingiusto ed iniquo a carico della parte]. Altre pronunce in cui il *Bundesgerichtshof* fa uso della tecnica del *prospective* sono BGH 7.3.2007, VIII ZR 125/06, *juris*; BGH 21.1.2002, II ZR 2/00, *BGHZ* 150, 1,5; BGH 7.4.2003, BB 2003, 1081; BGH 23.1.2003, *NJW* 2003, 1805, 53.

Quanto specificamente all'affidamento nel precedente giurisprudenziale, si distinguono quindi le ipotesi in cui lo stesso viene ritenuto meritevole di tutela da quelle in cui non appare giustificabile una limitazione all'efficacia retroattiva dell'*overruling*. A tal riguardo si richiede che il mutamento giurisprudenziale comporti una restrizione delle facoltà e dei poteri della parte, un onere ulteriore suo carico, idoneo a pregiudicare l'esercizio dei diritti. Occorre, inoltre che, a seguito di un contemperamento di interessi con l'altra parte che riceverebbe invece un immediato vantaggio dal nuovo orientamento (e che quindi, in un certo senso, avrebbe "diritto al mutamento"), quest'ultima non debba ritenersi irragionevolmente pregiudicata dall'applicazione del *prospective*, e quindi "dall'artificioso differimento della vigenza della nuova regola giurisprudenziale".

L'affidamento non viene invece ritenuto meritevole di tutela – in quanto non incolpevole – quando la parte avrebbe dovuto conoscere l'affiorare del mutamento e comportarsi di conseguenza, improntando la propria condotta all'osservanza del *Vorsorgeprinzip* ["principio di precauzione"].

Vi è, poi, come precedentemente affermato (v. nota 56) chi richiede che il problema dell'applicabilità della tecnica del *prospective* vada risolto attraverso l'introduzione di un'apposita disciplina legislativa.

A così ritenere, allora, non appare necessitato il ricorso all'istituto della rimessione in termini ex 153 c.p.c., adottabile allora effettivamente solo per problemi relativi a decadenze in materia esclusivamente processuale.

Diverso sarebbe, invece, se si ritenesse di non potere in pratica adottare l'istituto del *prospective overruling* o qualcosa di simile nel nostro ordinamento in via generale, perché non è in potere della giurisprudenza, e semmai sarebbe necessaria in tal senso una disposizione *ad hoc* del legislatore, perché i giudici non hanno il potere di auto attribuirsi qualità tipiche di una fonte diretta del diritto quale la scelta del grado di retroattività delle proprie determinazioni; in queste ipotesi, in effetti, soccorrerebbe *l'escamotage* dell'istituto della rimessione in termini, tuttavia applicabile precipuamente proprio e solo al campo processuale.

Quanto poi, su un piano di pura effettività, e di valutazione dell'utilità della soluzione talora adottata per la tutela dell'affidamento, il giudizio sembra positivo, e non si individuano controindicazioni di altro tipo così forti da suggerire una diversa soluzione⁶³.

Ciò non significa, tuttavia, che il tentativo di dare compiuta e generalizzata applicazione al *prospective* sia immune da difficoltà e criticità legate alla dimensione sistematica dell'innesto dell'istituto in questione nel sistema processuale.

In argomento, infatti, l'obiezione secondo cui la non applicazione del nuovo principio al caso oggetto di esame da parte del giudice, condurrebbe in pratica a scoraggiare le parti a ricorrere al giudizio e di poi all'impugnazione in Cassazione, al fine di richiedere il mutamento di un orientamento consolidato e tuttavia ormai da opportunamente superare per un'armonica evoluzione

⁶³ Tra i vari ostacoli, anche di ordine sistematico, adottati al fine di escludere l'operatività dell'istituto in esame nella realtà giurisprudenziale italiana, è senza dubbio interessante e *suggestivo* quello prospettato da RUFFINI (*Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, cit.) secondo il quale la teoria del *prospective overruling* contrasterebbe con la stessa disciplina del giudizio di cassazione, ed in particolare con il nuovo "filtro" di ammissibilità del gravame, introdotto dall'art. 360 *bis* c.p.c. In particolare, secondo il predetto Autore, il ricorso per cassazione proposto per denunciare un *error in iudicando* commesso dal giudice di secondo grado che, nell'interpretare una norma processuale posta a fondamento di un motivo di appello, si sia uniformato alla giurisprudenza consolidata della Cassazione, dovrebbe comunque essere dichiarato inammissibile per evidente difetto di interesse, non potendo in ogni caso l'invocato mutamento di giurisprudenza della Corte – sollecitato dall'allegazione di quegli "elementi" prescritti dall'art. 360 *bis* c.p.c. – applicarsi al caso di specie, e non potendosi quindi il ricorrente giovare dell'auspicata innovazione giurisprudenziale.

A tal riguardo può obiettarsi che – come accennato nel § 4 – proprio la recente evoluzione legislativa del giudizio di cassazione, attraverso l'estensione degli ambiti di applicabilità del "principio di diritto nell'interesse della legge" di cui all'art. 363 c.p.c. anche alle ipotesi di ricorsi irricevibili e inammissibili, ha notevolmente ampliato la possibilità della Suprema Corte di enunciare nuovi indirizzi interpretativi – potenzialmente lesivi (se improvvisi ed imprevedibili) della tutela dell'affidamento riposto nel precedente orientamento – prescindendo dalla sussistenza dei presupposti di ammissibilità dell'impugnativa, e quindi dalla soluzione del caso concreto.

Pertanto, se si può riconoscere alla predetta obiezione, il merito di far riflettere sui limiti oggettivi del *prospective*, evidenziandone la asserita capacità di "disincentivare" (come si vedrà più avanti, v. altresì nota 64) l'innovazione giurisprudenziale, la stessa non può certamente assurgere ad elemento preclusivo dell'operatività dell'istituto, invero imposta dalla necessità di scongiurare gli effetti pregiudizievoli derivanti dagli improvvisi mutamenti giurisprudenziali, che – come accennato – possono trovare ingresso, anche attraverso il meccanismo di cui all'art. 363 c.p.c.

del diritto, perché tanto la novità non sarebbe ad esse più applicabile⁶⁴, certo coglie nel segno, anche se non con la stessa intensità, a mio avviso, in tutti i campi del diritto. L’impatto sarà, infatti, minore proprio in campo processuale, laddove di norma si agisce in forza dell’assetto giurisprudenziale consolidato, conformandovi la propria condotta giudiziale e prescindendo da qualsivoglia finalità innovatrice dell’orientamento dominante; quindi il giudizio è in genere comunque esistente o iniziato senza che la prassi del *prospective* operi in senso dissuasivo, essendo in pratica a questo fine indifferente che ad esempio la Corte di Cassazione decida di modificare i criteri di introduzione del giudizio, salvaguardando però l’affidamento con l’applicazione della nuova interpretazione solo alle fattispecie future.

⁶⁴ Di questo avviso PIVETTI, *ult. op. cit.*, pag. 7 ss; nonché COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit.

V. altresì Cass. S.U. 11 aprile 2011, n. 8127 (in *Foro.it*, 2011, I, 1386) secondo cui “l’effetto di rendere qualsiasi mutamento di giurisprudenza efficace solo per il futuro (...) costituirebbe un serio ostacolo all’innovazione giurisprudenziale privando di interesse le parti a patrocinare modifiche delle quali ben raramente si gioverebbero perché la controparte, svantaggiata dal nuovo orientamento, potrebbe invocare l’applicazione in proprio favore di quello precedente, a tutela dell’affidamento nello stesso riposto.”

Si tratta di un’obiezione peraltro avanzata – seppur con diversa intensità – nella maggior parte degli ordinamenti in cui si è tentato di introdurre, ed in cui trova applicazione, l’istituto in esame. Si pensi ad esempio all’ordinamento inglese (v. ad es. *House of Lords, Spectrum Plus Ltd vs National Westminster Bank Plc*, in www.publications.parliament.uk), dove si afferma che l’applicazione del “*pure*” *prospective* porta con sé il rischio di “ostacolare lo sviluppo e l’evoluzione del diritto, scoraggiando i ricorrenti dal contestare (invocandone il superamento) l’orientamento prevalente”.

Orbene, con riguardo all’esperienza italiana, e agli altri paesi in cui lo strumento del *prospective* non ha ancora trovato applicazione costante e generalizzata, e non costituisce una prassi consolidata nella giurisprudenza, può senz’altro escludersi che lo stesso abbia in qualche modo disincentivato (o possa disincentivare in futuro) le parti a richiedere il mutamento di orientamenti giurisprudenziali consolidati, e ritenuti ormai inadeguati alla regolamentazione delle fattispecie concrete. Infatti, nel momento in cui viene richiesto al Giudice di modificare il precedente indirizzandolo interpretativo, la parte non è in alcun modo nelle condizioni di sapere con certezza se lo stesso si avvarrà o meno della tecnica in esame, e, quindi, se l’eventuale “pronuncia innovatrice” troverà o meno applicazione alla fattispecie oggetto del giudizio. Pertanto, parrebbe, a mio avviso, del tutto irragionevole ed ingiustificato per la parte “rinunciare a priori” a richiedere l’applicazione di un nuovo indirizzo interpretativo, in considerazione della mera eventualità che il Decidente ritenga meritevole di tutela (e preminente) l’affidamento riposto dalla controparte nell’orientamento precedente, e quindi decida di dotarsi della tecnica del *prospective overruling*.

In ogni caso, l’esperienza statunitense, in cui è pressoché costante e consolidato il ricorso – da parte delle Corti – allo strumento del *prospective* nell’esercizio del *power of overrule*, dimostra chiaramente come lo strumento in esame non debba necessariamente assistere ed affiancare ogni mutamento ed ogni innovazione giurisprudenziale, essendo insita nella *ratio* dell’istituto l’attribuzione al Giudice del compito di valutare – caso per caso (con una certa discrezionalità) – la sussistenza dei presupposti di meritevolezza dell’affidamento nel precedente orientamento, nonché della conseguente necessità (o meglio indispensabilità) di limitare (*artificialmente*) l’efficacia temporale del *dictum* giurisprudenziale alle sole ipotesi future.

In altri termini, è incompatibile con il *prospective overruling* qualsiasi automatismo applicativo che lo trasformi nella conseguenza naturale e necessaria di ogni intervento innovatore della giurisprudenza, dovendo invece lo stesso soggiacere alla valutazione del Decidente, il quale sarà chiamato ad accertare, in ogni fattispecie concreta, se l’efficacia naturalmente retroattiva della nuova regola interpretativa (e di per sé applicabile al caso sottoposto al suo esame), debba – eccezionalmente – cedere il passo all’esigenza (o meglio *emergenza*) contingente di scongiurare un indebita ed irragionevole lesione del legittimo affidamento riposto dalla controparte nel precedente e consolidato indirizzo esegetico, improvvisamente mutato.

Pertanto, quand’anche la tecnica del *prospective* divenisse una prassi consolidata della nostra Corte di Legittimità, il carattere – non generalizzato ma – necessariamente prudente, selettivo, nonché eventuale, della sua applicazione renderebbe, a mio avviso, ingiustificata un’aprioristica “rinuncia al mutamento giurisprudenziale”, il quale – al di fuori delle ipotesi (verosimilmente limitate) il cui lo stesso possa tradursi in un’ingiusta lesione dell’affidamento nell’orientamento precedente – troverà applicazione nel giudizio in cui è stato pronunciato.

Ciò conferma, come è del resto esperienza comune agli altri ordinamenti in cui più antica è la teoria sul precedente giudiziale, che è legittimo che la tutela dell'affidamento sia diversamente assicurata, poiché la prevedibilità non assume il medesimo valore per tutti i campi del diritto.

In campo civile, particolare importanza a questo valore va dato anche in materie *lato sensu* contrattuali o pattizie, perché anche gli accordi presi possono basarsi su un orientamento giudiziario, e pertanto un cambiamento giurisprudenziale potrebbe mettere in dubbio o rendere illecite soluzioni che erano state rese proprio affidandosi alle soluzioni precedentemente recepite dalla giurisprudenza. Quanto invece alle azioni per lesioni personali, o per alcune fasi della responsabilità extracontrattuale, sembra meno preoccupante che l'opportunità di eventuali mutamenti giurisprudenziali possano essere contestate sotto il profilo dell'affidamento di un soggetto su precedenti decisioni giudiziarie. In altri campi del diritto, e penso ad esempio oggi ad alcuni settori particolarmente "nervosi" del diritto commerciale e del diritto di famiglia, riterrei comunque non doversi attribuire un grande valore all'affidamento creatosi su un precedente, non perché nel caso in specie tutelare l'affidamento non si rivelerebbe particolarmente utile per un corretto svolgimento delle relazioni dei consociati, quanto piuttosto alla luce della necessità di privilegiare il pronto adeguamento delle pronunce giudiziali alle mutevoli esigenze, allo stato in costante evoluzione, del tessuto economico e sociale, così da concorrere a garantire il rapido sviluppo del diritto. La distinzione della tutela dell'affidamento nelle diverse branche del diritto, peraltro, è fenomeno riconosciuto nei paesi di cd. *common law*; ad esempio, proprio la fondamentale pronuncia che ha ammesso il diritto della *House of Lords* a non essere vincolata in modo assoluto ai propri precedenti, espressamente affermava che la Corte avrebbe tuttavia tenuto nondimeno ben a mente il pericolo di turbare retroattivamente le basi su cui sono stati intrapresi "*contracts, settlements of property and fiscal arrangements*".

Così, come campi da tutelare con l'istituto del *prospective*, altri ordinamenti, indicano la materia delle imposte o del lavoro⁶⁵, altri il diritto penale, o la materia dei trasferimenti immobiliari⁶⁶; da

⁶⁵ V. ad esempio ordinamento tedesco. Cfr. al riguardo MORELLI, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit. pag. 19.

Con specifico riferimento alla materia tributaria si segnala che, di recente, la Corte di Cassazione, sez. trib., con la sentenza n. 22282 del 26.10.2011, ha affrontato la questione dell'*overruling* nel diritto tributario, regolamentando le conseguenze di una pronuncia innovatrice di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

In particolare, la Suprema Corte, dopo aver ribadito il principio secondo cui "ove l'*overruling* si connota del carattere dell'imprevedibilità (...) deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa", ha escluso la decadenza della ricorrente dal diritto di richiedere il rimborso dell'imposta indebitamente pagata, posto che il relativo termine avrebbe dovuto considerarsi decorrente – ad avviso della Corte – non già (come invece normativamente previsto) dalla data in cui l'imposta era stata pagata, bensì dalla successiva data della sentenza della

questo punto di vista l'odierna lettura della Corte di Cassazione (tuttavia non espressamente ripresa dalle Sezioni Unite), che restringe la nuova disciplina esclusivamente al campo processuale contrapponendola al campo sostanziale *tout court*, rivela una concezione manichea forse meritevole di maggiore approfondimento.

In conclusione, vorrei però puntualizzare che il problema del legittimo affidamento permane per quei campi del diritto in cui si ritiene di non applicare la disciplina del *prospective* e comunque nelle ipotesi in cui non si raggiunga per le pregresse soluzioni giudiziali il grado di affidamento dettato dall'applicazione del *prospective*, e tuttavia un affidamento legittimo pur vi sia anche se di grado inferiore; e se veramente in questa fase storica si ritiene opportuno valorizzare il principio dell'affidamento tanto nei confronti dell'attività legislativa che della giurisprudenza, anche in queste ipotesi bisognerà accettare soluzioni conseguenti.

Si tratta, dunque, in tali ipotesi, di adottare differenti contemperazioni tra la libertà del giudice di modificare le precedenti interpretazioni del diritto sostanziale e processuale, e l'affidamento provocato da precedenti decisioni, anche quando non esistano i presupposti per pronunciare con effetti solo per il futuro; e di valutare dunque con attenzione se non siano pertanto maturi i tempi per assegnare comunque un più alto valore persuasivo-autoritativo⁶⁷ al precedente, superabile solo in ipotesi di ritenuto pregresso errore interpretativo o di mutamento del contesto di riferimento. Così anche del resto, ben si potrebbero individuare con attenzione e analiticità i campi del diritto in cui sia maggiore o minore la tutela dell'affidamento su orientamenti precedenti, con soluzioni che ben potrebbero essere divergenti anche a seconda dell'intensità della giurisprudenza consolidata, che può essere diversamente composta. Senza una decisa acquisizione da parte dei giudici della necessità di rivedere il grado di persuasività autoritativa del precedente giudiziale, e della necessità di riflettere ed assicurare una lettura coerente e coordinata dei diversi modelli di tutela dell'affidamento che si utilizzano, pertanto, la tutela del legittimo affidamento non sarà

Corte di Giustizia con cui era stata dichiarata l'illegittimità del tributo in questione in quanto non conforme al diritto comunitario.

Il Giudice di Legittimità, dopo aver riconosciuto, infatti, che, soltanto con il deposito della sentenza della Corte di Giustizia (avvenuto ben oltre il termine decadenziale previsto per l'esercizio del diritto di rimborso dell'imposta pagata), con cui era stato improvvisamente mutato l'orientamento giurisprudenziale in materia, il contribuente era stato posto nella condizione di poter conoscere, e quindi di esercitare, il diritto in questione, ha precisato che lo strumento processuale mediante il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'*overruling*.

Conseguentemente, alla luce del mutamento di interpretazione della disciplina tributaria da parte della Corte di Giustizia – attraverso il quale era stata riconosciuta l'illegittimità dell'imposta in questione – doveva ritenersi che la ricorrente non era incorsa in alcuna decadenza nel richiedere il rimborso di quanto già pagato, posto che il relativo termine biennale decorreva, non già dalla data del versamento, ma momento in cui era stato effettuato l'*overruling*.

⁶⁶ V. ordinamento nordamericano. Cfr. MORELLI, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit., pag. 12.

⁶⁷ V. SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale*, cit., pag. 118

integralmente assicurata. Considerazioni comunque, che richiederebbero una forse più problematica redistribuzione dei poteri tra giudici di diverso grado, come tali più complesse a ben pensare rispetto all'adozione del *prospective*, che implica invece una ulteriore auto attribuzione di potere da parte della magistratura, ma che esulano dal contenuto di questo articolo, dal quale però risulta spero evidente la necessità di operare un chiaro coordinamento tra le diverse forme di tutela dell'affidamento per offrire una coerente lettura dell'ordinamento nei confronti del mutamento inaspettato della giurisprudenza consolidata.

4d. Segue... L'istituto del *prospective overruling* ed il limite (invisibile) della separazione dei poteri.

Negli ordinamenti di *civil law*, i tentativi di dare compiuta applicazione all'istituto in esame, sono stati pressoché costantemente accompagnati dalla critica secondo cui il potere del Giudice di innovare un orientamento giurisprudenziale consolidato attraverso la mera enunciazione del nuovo principio e la contestuale decisione della fattispecie sottoposta alla sua immediata cognizione in base alla vecchia regola (e quindi di modulare, di fatto, l'efficacia temporale della regola giurisprudenziale), costituirebbe un'indebita ingerenza nella sfera legislativa e conseguente violazione del principio della separazione dei poteri.⁶⁸

Si ritiene cioè che il carattere "ancillare" della giurisprudenza, quale fonte produttiva esclusivamente di norme interpretative⁶⁹, e quindi naturalmente retroattive⁷⁰, impedirebbe ai Giudici di arrogarsi il potere di determinare arbitrariamente la dimensione temporale degli effetti di una determinata regolamentazione legislativa.⁷¹

⁶⁸ V. ad es. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, agg. VI, 871-912.

Certo, il mito della separazione dei poteri, che la tradizione fa risalire a Montesquieu nelle recenti trattazioni si considera ampiamente superato e non più caratterizzante, ammesso lo sia mai stato, le architetture istituzionali dei singoli Stati. Si veda SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.* dove si sostiene che «Negli ordinamenti liberali classici si poteva, con molta buona volontà e qualche forzatura, ridurre i poteri alla triade classica. La crisi definitiva del rapporto necessario forma-sostanza nella teoria delle funzioni ha provocato, da un lato, la disseminazione delle funzioni a tutti i livelli dell'ordinamento, e dall'altro, ha moltiplicato i centri istituzionali essenziali per l'equilibrio del sistema politico-costituzionale».

⁶⁹ Questa impostazione riconosce funzione meramente dichiarativa alla giurisprudenza: il compito dei giudici non è quello di creare nuove regole ma, appunto, "dichiarare" il diritto. Conseguentemente, il vecchio orientamento, in quanto errato e non conforme al diritto, una volta "sconfessato" dall'*overruling* (sebbene soltanto enunciato), sarebbe per ciò stesso assolutamente inapplicabile alla controversia oggetto del giudizio, così come a qualsiasi altra fattispecie formata anteriormente, le quali andranno perciò decise alla luce della nuova regola. Cfr. al riguardo RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, cit.

⁷⁰ V. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 280-285.

⁷¹ Si afferma inoltre (v. MORELLI, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit. pag. 27) che il "*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".

Ma, a mio avviso, come osservato anche negli altri ordinamenti,⁷² lo stesso principio della separazione dei poteri va relativizzato e ridimensionato nella sua portata precettiva.

Si osserva, infatti, che la separazione dei poteri non dev'essere intesa in senso assoluto, bensì in chiave esclusivamente funzionale e "strutturale-istituzionale". Dall'altronde, si afferma, l'esperienza giuridica contemporanea è caratterizzata da numerose interferenze e sovrapposizioni tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario. In particolare, anche le competenze dei Giudici e del Legislatore sono talora sovrapponibili e non del tutto distinte. (Si pensi ad esempio alle ipotesi in cui la fonte legislativa si limiti a disciplinare una fattispecie in modo assai generico ed astratto, senza precisare esplicitamente gli aspetti secondari e di dettaglio, e senza perciò fornire risposte espresse a tutte le istanze giuridiche e giudiziarie. In questi casi è indubbio quindi che tali vuoti normativi verranno riempiti dal Giudice, il quale, non potendo astenersi dall'emettere una decisione, dovrà "farsi legislatore" e dettare una specifica disciplina normativa, in deroga alle competenze riservate al potere legislativo⁷³).

La separazione dei poteri deve essere dunque intesa esclusivamente come un principio di carattere "ordinatorio", che non esclude aprioristicamente deroghe ed eccezioni.

Del resto, attraverso la decisione dei giudici di non applicare la nuova (nonché improvvisa ed imprevedibile) impostazione esegetica al caso in esame – al fine di salvaguardare l'affidamento riposto da una delle parti nel precedente e consolidato orientamento – non si realizza una indebita attività creatrice di norme giuridiche e quindi un'ingerenza nella funzione legislativa, bensì un'attività comunque fondata sull'interpretazione, insieme alla mera estrinsecazione della scelta di risolvere la controversia alla luce dell'interpretazione precedente, benché si riconosca al contempo la necessità del suo superamento e della sua sostituzione con quella appena enunciata.

Quindi, sebbene la giurisprudenza determini un' modulazione temporale della regolamentazione concretamente applicabile al caso di specie, si tratta pur sempre della regolamentazione scaturente dall'attività interpretativa posta in essere nel rispetto delle norme legislative, e non già di norme arbitrariamente poste dall'Autorità decidente.

⁷² V. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, cit., pag. 20 ss.

⁷³ Nell'ambito della Dottrina italiana cfr. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, cit., il quale osserva come la norma legislativa "è inadeguata al caso singolo che si presenta con tutta la sua ricchezza di vita, puntuale e preciso nella sua individualità (...). Il passaggio dall'astratto al concreto, dalla norma, che si pone come criterio generale ed astratto secondo cui deve ordinarsi la realtà, al concreto realizzarsi di quest'ordine nella singola vicenda individuale, impone – in mancanza di uno spontaneo adeguarsi di quell'ordine – l'intervento del giudice. Né questo concorso del giudice per il concretamento della norma può essere impedito o comunque svalutato con la posizione di norme dettagliate e particolareggiate: infatti le norme, pur minute che siano, lasceranno sempre un margine di indeterminatezza, che imporrà per il loro concretamento il concorso del giudice."

La lesione, dunque, al principio della separazione appare meno intensa di quanto percepibile, ed allora può apparire giustificabile la scelta di privilegiare quell'affidamento che la parte ripone in un determinato assetto giurisprudenziale ormai dato come acquisito ed improvvisamente stravolto.

Parte II. Sulla giurisprudenza consolidata in materia processuale. La tutela dell'affidamento e quella della "incertezza incolpevole".

L'analisi, conformemente alla rimessione di recente effettuata dalla III sezione della Corte di cassazione alle Sezioni Unite⁷⁴, ed alle precedenti riflessioni che hanno comunque avvertito della opportunità, quando non della necessità, di attenzionare analiticamente i diversi campi del diritto nella materia in oggetto, prosegue con considerazioni riferite precipuamente alle modalità di formazione, all'individuazione, ed al valore da riconnettere alla giurisprudenza in materia di regole processuali cui riconoscere una particolare tutela anche nelle ipotesi di successive imposizioni di nuovi principi giurisprudenziali.

5. Valore del precedente giudiziale in materia processuale, in dottrina e giurisprudenza (la maggiore o minore tensione a non distaccarsi dal precedente giudiziale).

Che il campo del diritto processuale sia tra gli aspetti del diritto in cui più si avverte l'esigenza di assicurare la prevedibilità e il conseguente affidamento è affermazione tendenzialmente, ma non universalmente, condivisa.

L'opportunità di una particolare attenzione all'affidamento sorto sulla base di un precedente giudiziale è stata talora affermata negli ordinamenti di *common law* anche per le *rules of procedure*, perché "quando sono conosciute ed uniformi è facile conformarvisi, e difficilmente possono risultare produttive di danno per i diritti individuali anche se fondate su concetti giuridici sbagliati o su erronee interpretazioni di *statutes*"⁷⁵. Un'opinione autorevolmente condivisa anche nel nostro ordinamento, laddove espressamente si argomenta, quanto alle questioni processuali, la prevalenza dell'esigenza della stabilità sulla bontà della soluzione⁷⁶; anche la Cassazione, del resto, ha fatto talora ricorso in materia processuale al criterio di unicità di indirizzo per escludere l'eventualità della revisione di un precedente orientamento⁷⁷. Ma, tuttavia, la legittimità di una più forte tutela

⁷⁴ V. nota 3.

⁷⁵ Così H.C. BLACK, *Law of Judicial Precedent*, 1912, pag.194.

⁷⁶ Così ad es. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e di nomofilachia*, in *Foro it.* 1986, V, col. 417 ss.; CIVININI, *Dichiarazione giudiziale di genitura naturale e rito applicabile innanzi al tribunale per i minorenni*, in *Foro it.* 1996, I, col.3077.

⁷⁷ Così, ad es. Cass. 4 luglio 1979 n.3784, in *Giust. Civ.* 1979, I, pag.2084 ss.: "...La constatazione che, nonostante la delicatezza della materia e la non assoluta limpidezza dei dati normativi, l'indirizzo di questa Corte regolatrice risulta

dell'affidamento allorché ci si trovi in presenza di una pronuncia su questioni processuali è stata talora negata sia in *civil* che in *common law*; e, curiosamente, le ragioni di critica sono assai simili, pur nella assoluta distanza delle dinamiche evolutive dei differenti ordinamenti. Esse si fondano sul disvelamento di quella che questi autori ritengono essere la ragione reale del più forte rispetto del precedente giudiziale su questioni processuali, che si baserebbe esclusivamente su un pigro conformarsi ad un'opinione tradizionale che oggi avrebbe però perso ogni giustificazione. Nel diritto di *common law* il rispetto "rafforzato" del precedente processuale riposerebbe infatti sul ruolo che i *precedents* anticamente assumevano nelle questioni di procedura, "un modello di tipo quasi formulare, che veniva offerto come esempio di un modo corretto di adire la corte in determinati casi. Su questi contenuti dei *Books of Precedents*, un genere letterario piuttosto fiorito, la pratica forense basava la maggior parte del proprio lavoro quotidiano, e non poteva certo tollerare mutamenti formali"⁷⁸; nel diritto italiano, la tendenza a considerarsi maggiormente legati al proprio precedente in campo processuale è stata rinvenuta nella reminiscenza di un orientamento della dottrina dei secoli XVI e XVII, orientamento poi, la cui esistenza è peraltro addirittura contestata anche per quegli stessi periodi storici⁷⁹.

Riterrei, tuttavia, esagerata l'assoluta equiparazione delle questioni processuali alle questioni sostanziali⁸⁰. In effetti, nel processo civile quel che più conta è giungere all'esame del merito senza aver pregiudicato i diritti di difesa delle parti; gli avvocati hanno in primo luogo bisogno di regole chiare, perché su questa base ben possono articolare comunque in modo efficace (se anche in ipotesi non nel modo migliore) le proprie difese, così come il giudice può articolare lo svolgimento processuale senza rischiare di incorrere in nullità che anch'esse in ultima istanza graverebbero sulle parti che hanno chiesto di essere tutelate dall'ordinamento processuale. Anche se, va aggiunto, questa valorizzazione del ruolo della componente persuasivo-autoritativa del precedente processuale ha valore solo parziale, almeno quando ad essa si contrappongono i diritti delle parti ad un pieno svolgimento delle proprie difese (se in ipotesi comprese dalle scelte operate nei precedenti giudiziali), nonché talora lo stesso interesse pubblico ad un più veloce ed efficace svolgimento del processo, che si palesano ragioni assai efficaci di spinta alla modifica di precedenti

univoco (sia pure.....attraverso una forzatura dell'elemento letterale delle disposizioni.....).....appare decisiva al Collegio per escludere che possa essere presa in esame l'eventualità della revisione di un indirizzo giurisprudenziale che può dirsi ormai consolidato, essendo l'interesse della certezza giuridica, specialmente in materia processuale ed in tema di competenza in particolare, così preminente e determinante da potere essere sacrificato solo ove si dimostri non già l'astratta possibilità di altra soluzione, ma la gravità degli effetti che la perdurante adesione al precedente orientamento comporterebbe....".

⁷⁸ MATTEI, *Common law*, Torino, pag. 234.

⁷⁹ In argomento v. BONSIGNORI, *Il precedente giudiziario in materia processuale*, in *Contratto e impresa* 1987, pag.414-415.

⁸⁰ Così invece BONSIGNORI, *op. loc. ult. cit.*

determinazioni in favore di più giuste e funzionali soluzioni. Rimane, in definitiva, *un indubbio e particolare interesse alla tutela dell'affidamento proprio per le questioni processuali, il cui valore però non andrà vieppiù enfatizzato* quando ad esso si contrapponga l'esigenza di ottenere nuove soluzioni più efficaci e rispettose dei diritti delle parti coinvolte e dello stesso interesse pubblico ad un più razionale svolgimento della procedura.

Si tratta, in conclusione, di costruire risposte efficaci, che passano, a mio avviso, dall'esigenza di varare innovazioni giustificate non da mere letture alternative delle disposizioni, ma quasi esclusivamente da reali miglioramenti per lo svolgimento del processo, oltre alla ineliminabile esigenza a ovviare a supposti errori di diritto. Al tempo stesso, in quelle ipotesi, all'esigenza di mutare la precedente giurisprudenza, si affianca quella di garantire tuttavia l'affidamento delle parti proprio grazie alla applicazione "differita" delle regole modificate, quando l'affidamento si fondi su una giurisprudenza consolidata, cui risponde l'istituto del *prospective overruling*.

6. La rimessione in termini ex art. 153 c.p.c. quale strumento (non necessario) di tutela dell'affidamento della parte in materia di *overruling* processuale.

Si tratta, dunque di escludere la portata retroattiva del nuovo indirizzo: "il mutamento della giurisprudenza costante determina un effetto giuridico sopravvenuto, ma rimane però l'effetto giuridico precedente, cioè il fatto che la costituzione in giudizio precedente fosse tempestiva"⁸¹, e il potere di così agire è logicamente affidato d'ufficio al giudice, che potrà quindi pronunciare anche in assenza dell'eccezione di una parte processuale, quando lo imponga l'esigenza di salvaguardare il legittimo affidamento e insieme la necessità di imporre una nuova interpretazione della regola processuale che consenta quello che si rivelerà un processo più funzionale.

Per ottenere questo risultato, tuttavia, v'è invece chi ritiene indispensabile adottare una diversa dinamica procedimentale, attraverso l'applicazione dell'istituto della cd. rimessione in termini⁸²,

⁸¹ CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, V, 311 ss.

⁸² Favorevole all'applicabilità dell'istituto della rimessione in termini, PUNZI (*Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, cit.), il quale non nasconde, tuttavia, come la stessa non sia "scevra da difficoltà".

In Giurisprudenza v. Cass., [sez. II, 02 luglio 2010, n. 14627](#), in *Foro it.* 2010, 11, 3050; Cass., [sez. II, 17 giugno 2010, n. 15811](#), in *Foro it.* 2010, 11, 3050; nonché Cass. S.U., 11 luglio 2011, n. 15144 del 2011 (relatore Pres. Dott. M.R. Morelli), in www.cortedicassazione.it, in cui si afferma che il mezzo per realizzare il bilanciamento tra la tutela dell'affidamento nel precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale (inaspettatamente ed improvvisamente mutato) e l'esigenza di innovazione del pregresso indirizzo ermeneutico "va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'eventuale (non prevedibile) *overruling*. Così, nel caso deciso da Sez. 2^a 14627/2010, in cui il ricorso, pur proposto in termini, non rispettava le forme (del rito civile) prescritte dal nuovo indirizzo, lo strumento è stato coerentemente individuato nell'istituto della remissione in termine, così consentendosi alla parte di riproporre ritualmente l'impugnazione. Nel caso, invece, in cui venga, come nella specie, in rilievo un problema di tempestività dell'atto (sussistente in base alla giurisprudenza *overruled*, ma venuta meno in conseguenza

generalizzato dall'art. 153, secondo comma, c.p.c.⁸³; un applicazione, tutto sommato, coerente nell'opinione di chi ritenga che questa possibilità debba essere rigorosamente mantenuta esclusivamente in campo processuale, e che pertanto adotterebbe un istituto applicabile appunto solo per decadenze maturate nell'ambito di un processo.

A prescindere tuttavia dalla maggiore o minore forzatura da ascrivere nell'adozione di questo istituto per le fattispecie in esame⁸⁴, il profilo di primo acchito di maggior interesse dovrebbe attenersi alle eventuali differenze pratiche che deriverebbero applicando la rimessione piuttosto che la diretta autoattribuzione del diritto alla giurisprudenza. In argomento, si tratta soprattutto di valutare se, alle volte, la rimessione in termini non pretenda, allora, l'eccezione di parte per la sua utilizzazione⁸⁵, elemento che, lo si è ricordato⁸⁶, renderebbe assai meno funzionale la tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti con l'applicazione della nuova interpretazione solo alle nuove fattispecie. E, tuttavia, va specificato, come anche chi ha proposto l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini abbia comunque preteso di consentire che lo stesso, nelle ipotesi che ci

del successivo mutamento di esegesi della regola di riferimento), il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività, come detto, della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa.”

⁸³ Ai sensi del quale “*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini*”.

Anteriormente all'introduzione dell'istituto della rimessione in termini come istituto di rilevanza generale, ai sensi del nuovo secondo comma dell'art. 153 c.p.c., era stato compiuto negli anni un notevole sforzo ricostruttivo volto ad enucleare le linee essenziali di uno strumento restitutorio di carattere generale, prendendo spunto da alcune norme del codice, regolatrici di fattispecie particolari, nonché dalla copiosa giurisprudenza costituzionale formatasi in materia.

Il codice di rito del 1940 non prevedeva una figura generale di rimessione in termini, ma soltanto una serie di ipotesi specifiche, fra le quali assumeva importanza particolare l'art. 294 c.p.c., in favore del cosiddetto contumace involontario.

Con l'evoluzione legislativa del processo civile verso la progressiva rilevanza degli impedimenti di fatto all'esercizio dei poteri processuali, una tappa significativa è costituita dall'introduzione della rimessione in termini delle parti costituite ex art. 184 *bis* c.p.c.

Concepito come “ancora di salvataggio” rispetto all'inasprimento del regime delle preclusioni determinato dalla novella del 1990, dopo la sua modificazione del 1995, l'art. 184 *bis* c.p.c. era diventato una norma generale di rimessione in termini all'interno di un grado di giudizio in corso di svolgimento. Essa aveva ad oggetto le decadenze interne al giudizio di primo grado e, attraverso il rinvio dell'art. 359 c.p.c., di appello, compatibilmente con la struttura procedimentale di tale mezzo di gravame. Inoltre, per effetto dell'interpretazione estensiva della Corte di Cassazione, l'istituto della rimessione aveva finito per trovare applicazione anche nel giudizio di legittimità.

Con la legge n. 69 del 2009, è stato abrogato l'art. 184 *bis* c.p.c. ed il suo contenuto normativo è stato trasfuso in un secondo comma aggiunto all'art. 153 c.p.c. Con tale intervento innovatore, la rimessione in termini, ha assunto portata generale, essendo stata dunque estesa anche ai poteri d'impugnazione, ed in ogni caso, ai poteri esterni al giudizio in corso di svolgimento, come il potere di riassumere o di proseguire il processo interrotto o sospeso.

⁸⁴ Strenuo oppositore dell'applicabilità dell'istituto della rimessione in termini all'*overruling* giurisprudenziale CAPONI, in *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, cit. 311.

⁸⁵ Di questo avviso RUFFINI, (*Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, cit.), il quale precisa che “la conoscenza che il giudice necessariamente ha della giurisprudenza consolidata al momento del compimento dell'atto processuale può esimere la parte interessata alla rimessione in termini dall'onere della prova di detta «notoria» giurisprudenza e consente di presumere l'affidamento nella stessa della parte che abbia compiuto una scelta difensiva con essa coerente, ma non sembra davvero possa esimerla – a fronte del chiaro dettato dell'art. 153, comma 2°, c.p.c. – dall'onere di richiedere il beneficio della rimessione, allegando l'errore incolpevole”.

⁸⁶ V. *supra*.

occupano, potesse comunque essere disposto d'ufficio⁸⁷, forzando probabilmente la lettera dell'art. 153, secondo comma c.p.c. che, a differenza dell'art. 37 del codice del processo amministrativo⁸⁸, sembra presupporre effettivamente la richiesta di parte.

Sembra dunque esistere una relativa condivisione sulle regole da applicare; meno sugli strumenti, da adottare, pur se effettivamente a mio avviso si può affermare che per gli obiettivi da raggiungere non è necessario passare per il tramite della c.d. rimessione in termini *ex art.* 153 c.p.c..

7. I presupposti per la concessione del *prospective overruling*. Limitazioni ed ambiti applicativi.

Individuata la possibilità in via teorica in campo processuale di dettare nuove regole applicando però al caso in specie, ed a quelli iniziati facendo affidamento sui precedenti giudiziali, le indicazioni desumibili dalle vecchie sentenze, bisogna adesso con attenzione precisare e circoscrivere le fattispecie e le modalità con cui si potrà operare⁸⁹, tenendo conto di come anche quegli ordinamenti che si sono dotati di un simile istituto ne hanno poi usato con particolare parsimonia.⁹⁰

In primo luogo, occorre che sia stato un affidamento legittimo, il quale verrebbe leso dall'applicazione delle nuove regole dettate dal mutamento giurisprudenziale.

⁸⁷ Cfr. MORELLI, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, cit., pag. 66. 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, nella cui ricostruzione, la possibilità di operare la rimessione *ex officio*, anche in assenza di istanza di parte, viene fatta conseguire dalla necessità di "allineare" l'istituto processualcivile al trattamento dell'errore scusabile di cui al processo amministrativo, secondo l'applicazione fattane dalla giurisprudenza di settore e recepita nella recente opera di codificazione legislativa. Si invoca al riguardo il principio di uguaglianza, considerato 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." Anche la stessa Corte di Cassazione, nelle ipotesi in cui ha fatto ricorso allo strumento in esame, ne ha consentito l'utilizzo anche d'ufficio, prescindendo da un'apposita istanza di parte. V. ad es. Cass., sez. II, 17 giugno 2010, n. 14627, in *Giust. civ. Mass.* 2010, VI, 926, secondo cui "Alla luce del principio costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità in ordine alle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, incorre in errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 184 bis c.p.c., "ratione temporis" applicabile, anche in assenza di un'istanza di parte (...)", nello stesso senso v. Cass., sez. II, 2 luglio 2010, n. 15811, in *Guida al diritto* 2010, 35, 40.

⁸⁸ Il quale dispone che: "Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto."

⁸⁹ Ritengo che tali limitazioni debbano valere sia nel caso in cui si prediliga lo strumento della rimessione in termini, che nel caso in cui si propenda invece per la generale ed automatica irretroattività (o meglio limitazione di retroattività) dell'*overruling* giurisprudenziale in materia processuale.

⁹⁰ Si pensi ad es. all'ordinamento francese, (cfr. N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence*, Recueil Dalloz 2009, 2567, in cui si parla di una vera e propria "réticence" della *premieré Chambre civile* della *Cour de cassation* ad operare la "modulazione temporale" dei revirements giurisprudenziali) e, soprattutto a quello tedesco, dove, se tale strumento viene utilizzato più che altro dalla Corte federale del lavoro, mentre viene impiegato raramente dalla Corte federale suprema (cfr. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, cit., 81.)

Tale presupposto non si configura, ovviamente, quando manchi una vera e propria lesione da tutelare⁹¹, e cioè quando le nuove regole giurisprudenziali comportino esiti non già penalizzanti, ma immediatamente favorevoli alle parti e senza controindicazioni, “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”⁹². In queste ipotesi, naturalmente, le nuove regole si applicheranno immediatamente a tutte le fattispecie, nuove o precedenti che siano.⁹³

Inoltre, anche laddove ci sia effettivamente stata la lesione di un affidamento nel precedente e consolidato orientamento, è necessario che la parte vi abbia confidato anteriormente rispetto a quando sia intervenuto il nuovo assetto giurisprudenziale. Si ritiene, ad esempio, che la parte non possa più pretendere – in una nuova causa iniziata – la regolamentazione della fattispecie sulla base delle vecchie regole interpretative, anche dopo il decorso di un breve lasso di tempo dalla pubblicazione sul sito web della Corte di Cassazione della sentenza che introduce il nuovo orientamento⁹⁴.

A questi presupposti, la Giurisprudenza⁹⁵ e la Dottrina⁹⁶ tedesca aggiungono la necessità che in sede di applicazione del *prospective* si proceda ad un contemperamento dei contrapposti interessi in

⁹¹ Conseguente ad una compressione dei poteri e delle facoltà delle parti.

⁹² PIVETTI, *Creatività giurisprudenziale e giusto processo*. cit., pag. 9.

⁹³ Dello stesso avviso la Dottrina tedesca, la quale, ai fini dell’operatività dell’istituto in questione, richiede che il nuovo assetto giurisprudenziale abbia introdotto un trattamento peggiore per la parte, mediante l’aggravio di un onere ulteriore a suo carico, che possa ledere o, comunque, rendere maggiormente difficile l’esercizio dei propri diritti. Sul punto v. KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, cit., 61. In Giurisprudenza v. BGH, 20.09.2008, NJW 2009, 1805, 53.

⁹⁴ V. Cass., sez. II, 07 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro. it.*, I, 1075, secondo cui “non sussiste affidamento incolpevole in orientamenti giurisprudenziali consolidati se l’atto colpito da decadenza è stato compiuto dopo la pubblicazione, con adeguato risalto, della decisione delle sezioni unite, che ha mutato orientamento, nel sito web della corte”. La Suprema Corte ha, in particolare, precisato che l’avvenuta pubblicazione, anteriormente alla proposizione del ricorso, del testo integrale della citata sentenza delle Sezioni Unite “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 agli utenti;” nonché “l’evidenza data alla svolta giurisprudenziale nel Servizio novità della Corte di cassazione - istituzionalmente rivolto, secondo il decreto istitutivo del Primo Presidente, proprio a dare risalto alle più importanti decisioni di legittimità - esclude che, al momento della introduzione del ricorso, fosse ancora configurabile un affidamento incolpevole nel precedente orientamento e, con ciò, la scusabilità dell’errore conseguente”.

Tale regola trova la sua giustificazione nella considerazione secondo cui le norme di funzionamento del processo, ed i relativi mutamenti interpretativi ad esse correlativi, sono indirizzate ad una schiera di tecnici qualificati (e cioè gli avvocati), in capo ai quali grava l’onere del continuo aggiornamento professionale, ivi compreso il “monitoraggio” degli orientamenti giurisprudenziali maggiormente significativi, nonché una vera e propria presunzione di conoscenza delle regole legislative e giurisprudenziali che governano il processo.

Del medesimo avviso COSTANTINO (*Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit.), il quale ritiene ragionevole tale soluzione, riconoscendo al contempo la sussistenza di un dovere professionale di informazione in capo all’avvocato, “cosicché appare corretto pretendere che l’affidamento incolpevole possa essere invocato soltanto qualora se ne dimostri il pieno assolvimento.”

⁹⁵ BGH, 07.04.2003, II ZR 56/02, BGHZ 154, 370; BGH, 25.09.2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716.

gioco, e cioè quello della parte pregiudicata dal nuovo orientamento, che va indubbiamente a confliggere con i vantaggi che l'altra parte riceverebbe invece dalla nuova regola giurisprudenziale. Quest'ultima vanterebbe, quindi, una sorta di "diritto al mutamento giurisprudenziale", che non potrebbe, a sua volta, essere irragionevolmente pregiudicato dall'artificioso differimento della vigenza della nuova regola giurisprudenziale.

Soltanto all'esito di tale "bilanciamento" dei contrapposti interessi, l'Organo giudicante potrà decidere se avvalersi o meno dell'istituto in questione.

Considerazioni analoghe vengono svolte da alcuni esponenti della Dottrina italiana⁹⁷, i quali manifestano l'esigenza di "conciliare la posizione della parte che ha operato in funzione del *revirement* con quella dell'altra che ha fatto affidamento sul consolidato orientamento precedente". Secondo tale orientamento, si ritiene che all'esito del contemperamento dei due interessi in gioco debba allo stato prevalere quello alla certezza del diritto ed alla affidabilità delle regole processuali. Di diverso avviso invece, chi⁹⁸ ritiene preminente l'esigenza di tutelare colui il quale abbia conformato la propria attività processuale alla "esatta interpretazione della normativa", confidando nel superamento dell'opposto ed "errato" orientamento giurisprudenziale.⁹⁹

8. Segue... La determinazione dei presupposti che permettono l'applicazione del nuovo istituto. Gli elementi costitutivi che individuano quando esista una giurisprudenza su cui fare affidamento, presupposto per l'eventuale applicazione del nuovo istituto.

Si tratta ora di determinare, in concreto, quando la parte possa vantare un legittimo affidamento sulla acquisita stabilità di una regola giurisprudenziale, e cioè di un dato assetto interpretativo, relativo ad una determinata disposizione processuale, offerto dalla giurisprudenza.

Si tratta, in sostanza, di stabilire quando il cambiamento sia "imprevedibile"¹⁰⁰. Ed è evidente come il quesito sia centrale per determinare l'ampiezza dell'istituto.

Occorrerà, quindi, individuare gli elementi, in sostanza o desumendoli da norme di legge, da utilizzare per questa ricostruzione.

⁹⁶ Cfr. ad es. C. HÖPFNER, *Vertrauensschutz und Richterrecht – Zur Zulässigkeit rückwirkender Rechtsprechungsänderungen im Zivilrecht*, RdA 2006, 156, 165; KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, cit., 384.

⁹⁷ V. ad es. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit.

⁹⁸ RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, cit.

⁹⁹ Le stesse "esigenze di contemperamento" vengono poi avanzate da PUNZI (*Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, cit.), con riferimento alla tutela dell'affidamento nel precedente consolidato, operata attraverso la rimessione in termini.

¹⁰⁰ Cass. S.U., 11 luglio 2011, n. 15144 del 2011 (relatore Pres. Dott. M.R. Morelli), in www.cortedicassazione.it.

In argomento, può forse soccorrere, come termine di paragone, il concetto di “diritto vivente” adottato dalla giurisprudenza costituzionale ad altri fini¹⁰¹; ed, in effetti, sembra di poter ritenere che le determinazioni su cui si sia raggiunto nella *communis opinio* un tale grado di affidamento, assicurato da una continua reiterazione di pronunce conformi¹⁰², e accettato anche dalla dottrina e dall’opinione pubblica, rappresentino regole su cui è legittimo fare (e di poi ora tutelare) affidamento.

In tali ipotesi, e solo in tali ipotesi, mi spingerei a ritenere che l’affidamento possa ricavarsi anche da una serie conforme di precedenti di merito (ad esempio in materia cautelare o di volontaria giurisdizione), e non sia esclusivamente desumibile dalla giurisprudenza di Cassazione.

Quanto invece alla giurisprudenza di Cassazione, anche in questi casi l’affidamento nel nostro ordinamento in materie processuali – tali da consentire l’adozione di un *prospective overruling* – non potrà fondarsi su un precedente isolato, ma solo su una serie continua di precedenti conformi¹⁰³, essendo necessaria, a mio avviso, una compiuta evoluzione del pensiero, un sedimentare e maturare delle convinzioni, manifestatesi in Giurisprudenza e condivise dalla Dottrina.

Al riguardo, non sembra inutile ricordare come proprio nel campo del diritto processuale l’esigenza di stabilità sia particolarmente avvertita, e come lo stesso mal sopporti l’incertezza giurisprudenziale. Si consideri poi che, le questioni processuali, a differenza di quelle sostanziali, non sono tendenzialmente proprie di una sezione soltanto della Suprema Corte, ma si appoggiano quasi indifferentemente alle varie sezioni, a seconda dell’oggetto sostanziale della controversia. Ne deriva che spesso non c’è una sezione con competenza tendenzialmente esclusiva a “dare la rotta” dell’atteggiamento giurisprudenziale sulla materia, e che pertanto è ben ipotizzabile che la decisione di una sezione, che solo per motivi di precedenza meramente temporale si sia trovata ad occuparsi di una vicenda processuale, potrebbe comprensibilmente non fondare uno stimolo particolarmente elevato per le sezioni successive che dovessero trovarsi a giudicare successivamente di un’analogha fattispecie.

¹⁰¹ Il “diritto vivente” è stato talora definito dalla Corte Costituzionale come “l’orientamento concorde dei giudici di merito” (v. Corte Cost. 24 aprile 1986 n.113 in *Giur. Cost.* 1986, I, pag. 635), ovvero come quell’orientamento stabilmente consolidato nella giurisprudenza, tale che la norma, così 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” (così sent. 350 del 1997 in *Giust. civ.* 1998, I, 625)”.

¹⁰² Ritengo alquanto arduo, e comunque anche inutile dal punto di vista metodologico, cercare di ricostruire e predeterminare in maniera astratta – da un punto di vista quantitativo – un limite minimo di pronunce, in presenza del quale poter automaticamente ritenere formato un orientamento giurisprudenziale consolidato nel quale poter legittimamente fare affidamento, ed indi ricevere tutela in caso di improvviso ed inaspettato *revirement* delle Corti.

¹⁰³ Sulle modalità di individuazione ed estrazione dei punti qualificanti il precedente, v. SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale*, cit., pag. 67 ss.

Proprio le esigenze di stabilità e di affidamento sottese alle decisioni della Cassazione in campo processuale, e la difficoltà di raggiungere gli obiettivi esaprocessuali sulla sola base delle decisioni contraddittorie ed incoerenti rese dalle sezioni semplici, consentono, a mio avviso, di annoverare le questioni dotate di un margine rilevante di incertezza, tra quelle che possono essere legittimamente definite “di massima di particolare importanza”, tali cioè da giustificare la devoluzione alle Sezioni Unite, ai sensi dell’art. 374 c.p.c.

Per tali ragioni, assume rilievo fondamentale l’esercizio del “potere” del Primo Presidente della Corte di Cassazione di disporre il rinvio della causa alle Sezioni Unite in ipotesi di contrasto tra le sezioni o per questioni di particolare importanza; questo potere deve essere costruito come un “dovere discrezionale” del Primo Presidente, di estrema importanza per la migliore riuscita della funzione nomofilattica della Suprema Corte, che non scatta automaticamente ma che andrà eventualmente disposto solo dopo attenta riflessione, perché all’esigenza di dare pronto affidamento a determinate decisioni in determinate materie o fattispecie, potrebbero contrapporsi – nel caso concreto – reali incertezze e la necessità di favorire un’evoluzione più dialettica, tali da far sconsigliare di forzare immediatamente con la predisposizione di una pronuncia delle Sezioni Unite. Una riflessione diversa adotterei in via tendenzialmente esclusiva solo per le pronunce delle Sezioni Unite, anche in forza del rafforzamento di queste pronunce proprio nella loro efficacia nomofilattica, tra l’altro per il tramite della modifica dell’art. 374 c.p.c., e dell’aggiunto onere per le sezioni semplici di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso quando non condividano il principio di diritto precedentemente enunciato dalle Sezioni unite. Ciò premesso, in base all’attuale quadro normativo, riterrei da tutelare l’affidamento che le parti abbiano fatto sulla stabilità del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, anche, con una sola pronuncia. E tuttavia, va comunque individuata quale parte della decisione del Supremo Collegio possa essere estrapolata e adottata come principio su cui fondare un affidamento legittimo.

A tal riguardo, prescindendo dalla qualificazione in senso anglosassone di *ratio* ed *obiter* (concetti comunque soggetti ad un alto grado di relatività), ascriverei comunque al legittimo affidamento tutelabile con il prospective ogni principio di diritto che le Sezioni Unite rendano in espreso riferimento alle corrispondenti rimessioni effettuate dal Primo presidente o dalle sezioni semplici¹⁰⁴. Laddove invece, nell’ambito di una più ampia pronuncia, le Sezioni Unite dovessero statuire un *obiter* non indissolubilmente connesso alla *ratio decidendi* della causa¹⁰⁵, quest’ultimo non potrà,

¹⁰⁴ PROTO PISANI, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile*, in *Foro. it.*, V, 2011, 82, il quale auspica altresì un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite al fine di determinare la rilevanza ed il valore da riconoscere agli *obiter dicta*, contenuti nelle pronunce emesse dalle stesse Sezioni Unite.

¹⁰⁵ SANTANGELI, *ult. op., cit.*, pag. 73.

da solo, fondare il legittimo affidamento, potendo unicamente contribuire – ma, ovviamente, insieme ad altre pronunce – alla costruzione di un principio dotato di simili caratteristiche¹⁰⁶.

9. Segue... Il ruolo della dottrina processuale e della giurisprudenza di merito.

In ogni caso, comunque sia costituita la giurisprudenza consolidata in Cassazione, ritengo che, qualora la stessa sia rivolta all'interpretazione delle norme regolatrici del processo di merito, non possa prescindere della necessaria accettazione dell'orientamento in questione da parte dei giudici territoriali, chiamati ad applicare i principi consolidati dettati dalla Cassazione. Infatti, in ipotesi di “ribellione” della giurisprudenza di merito, riterrei non si possa allora parlare di una giurisprudenza “consolidata”¹⁰⁷, a livello tale da fondare una pronuncia assistita dalla tecnica del *prospective*, in caso di successivo mutamento dell'indirizzo.

E, similmente, riterrei di non poter assegnare il requisito della giurisprudenza consolidata, quando le sentenze di Cassazione siano contestate dalla generalità della dottrina¹⁰⁸, che anche in questo può legittimamente far ritenere non “imprevedibile” un successivo mutamento della giurisprudenza. Ciò vale precipuamente proprio per il campo processuale: laddove la giurisprudenza non si rivolge in genere direttamente ai cittadini – per il tramite semmai di una mediazione da parte dei mass media “specializzati”¹⁰⁹ nelle questioni processuali – ma è fondamentale l'intermediazione dell'avvocato¹¹⁰, oggi elemento ancora indispensabile per l'introduzione e la conduzione del giudizio. E' pertanto a questo soggetto (con le competenze e conoscenze tecniche che ne giustificano la funzione), che dovrà tendenzialmente guardarsi per individuare quando la giurisprudenza debba definirsi consolidata, e il cambiamento “imprevedibile”, e dunque necessitante di questa particolare forma di tutela; e si tratta di soggetti (gli avvocati) dotati delle

¹⁰⁶ Si pensi, ad esempio all'*obiter* contenuto in [Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246](#), in *Guida al diritto* 2010, 42, 18 (in materia di dimidiazione dei termini di comparizione e costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo) che ha ribaltato il consolidato e pacifico orientamento giurisprudenziale vigente in materia. Orbene, il nuovo principio sancito con tale pronuncia non avrebbe, a ben vedere, – in quanto disancorato dalla *ratio decidendi* e fattispecie concreta oggetto di statuizione – i caratteri necessari a fondare quell'affidamento tutelabile di cui si discute.

¹⁰⁷ Si pensi alla “rivolta” messa in atto dai Giudici di merito al fine di contestare ed arginare la portata “devastante” del nuovo principio sancito nell'*obiter dictum* delle Sezioni Unite (di cui alla nota precedente) del 9 settembre 2010. Cfr. tra le tante, Tribunale Piacenza, ordinanza 02.12.2010 (in *Redazione Giuffrè* 2010), Tribunale Rovigo, sez. Adria, ordinanza 25.11.2010 (in *Redazione Giuffrè* 2010), Tribunale Vibo Valentia, sentenza 23.11.2010 (in *Redazione Giuffrè* 2010), Tribunale Milano, sez. I, sentenza 03.11.2010 (in *Redazione Giuffrè* 2010).

¹⁰⁸ V. SANTANGELI, *ult. op., cit.*, pag. 223.

¹⁰⁹ V. SANTANGELI, *ult. op., cit.*, pag. 205. Si noti che, anche la Dottrina affianca al ruolo propriamente critico, quello tipicamente divulgativo del precedente giudiziale, che è proprio appunto degli organi di stampa specializzati, sulle cui pagine la stessa trova sovente ospitalità. Tuttavia, mentre negli altri casi la funzione divulgativa si esaurisce nel portare a conoscenza il contenuto della sentenza, per la dottrina si affianca comunque l'ulteriore compito di valutare la decisione, o comunque di predisporre gli strumenti per consentire ad altri di esplicitare con piena cognizione le proprie valutazioni.

¹¹⁰ V. SANTANGELI, *ult. op., cit.*, pag. 197.

capacità e delle conoscenze tecniche tali da potere dunque scandagliare in profondità le questioni, e pertanto da valutare il “grado di resistenza” alla pronuncia nel tessuto sociale di riferimento, che comprende anche la Dottrina.

Per meglio precisare, ritengo comunque che la giurisprudenza consolidata non necessiti dell'accettazione di giudici di merito o della dottrina per essere considerata come tale; tuttavia, nell'ipotesi invece di ribellioni o contestazioni conclamate, sono dell'avviso che non possa qualificarsi come imprevedibile un successivo mutamento da parte della Corte di legittimità, e pertanto che la giurisprudenza espressamente contestata non possa definirsi consolidata, e posta a fondamento di una pronuncia caratterizzata dal ricorso allo strumento del *prospective*.¹¹¹

Rimane fermo, infine, che, se ad una giurisprudenza consolidata succeda in concreto una pronuncia di Cassazione contraria^{112 113} giusta o sbagliata che sia, questo tendenzialmente dovrebbe modificare la situazione, e fare sì che successivamente non si possa più ritenere l'esistenza dei presupposti per attivare la disciplina che stiamo delineando; ci sposteremo, invece nella diversa fattispecie dei conflitti di giurisprudenza, fattispecie semmai “diversamente tutelabili” con l'istituto della rimessione in termini¹¹⁴.

10. L'organo giudiziario cui affidare il compito di valutare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione del *prospective overruling* e l'organo legittimato a disporre il cambiamento nel giudizio di cassazione. Il diverso ruolo delle sezioni semplici e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. L'onere dell'applicazione dell'istituto.

¹¹¹ Occorre, inoltre, considerare che in materia processuale le modalità di estrazione del precedente giudiziale risultano spesso più agevoli, in quanto l'individuazione dei “fatti rilevanti” è più semplice rispetto all'analoga situazione avente ad oggetto l'estrazione dei fatti rilevanti in ambito sostanziale, pur rimanendo comunque da determinare l'ampiezza del principio, se aderente o no ai fatti processuali della fattispecie in esame nel processo.

¹¹² Non ritengo sia sufficiente, a tal fine, un mero *obiter dictum* (a meno che non sia contenuto in una pronuncia delle Sezioni Unite), essendo invece necessario che il nuovo orientamento costituisca espressione di una *ratio decidendi*. Parimenti insufficiente ad “intaccare” il carattere consolidato di un dato orientamento giurisprudenziale è, a mio avviso, l'isolato e frammentato “disconoscimento” – e conseguente disapplicazione – dell'orientamento dominante da parte dei Giudici di merito, se non quando lo stesso assuma i connotati della uniformità e della compattezza, o meglio di una vera e propria “ribellione”.

¹¹³ Non si è in presenza di un precedente contrario allorché si faccia ricorso alla tecnica del *distinguishing*, sovente utilizzata – soprattutto negli ordinamenti di *common law* – dagli organi giurisdizionali al fine di svincolarsi – talora con finalità strumentali – dalla vincolatività del precedente, senza tuttavia contestarne l'autorevolezza, la vigenza e la piena operatività. In particolare, attraverso il predetto strumento, il giudice esclude l'applicabilità di uno specifico precedente (o di un determinato orientamento) al caso di specie, sulla base delle sottili differenze in fatto che possano marcare una certa distanza fra la fattispecie portata al suo esame e la fattispecie in passato decisa da altro giudice, sempre che tali differenze si possano considerare rilevanti per la questione da decidere. In altri termini, con il *distinguishing* il giudice dimostra che l'identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente. Da qui l'impossibilità di applicare il precedente – che non può quindi definirsi più tale – al caso in esame.

¹¹⁴ V. § 12.

Individuate in campo processuale le tante fattispecie che, in forza della tutela di un legittimo affidamento, consentono al Giudice di enunciare il nuovo principio innovatore dell'orientamento giurisprudenziale, e di decidere, tuttavia, al contempo, la controversia sottoposta al suo esame – così come quelle sorte facendo affidamento sul pregresso orientamento – applicando le precedenti e consolidate regole giurisprudenziali, occorrerà procedere alla specifica individuazione degli organi giudiziari ai quali compete la determinazione delle fattispecie legittimanti la tutela dell'affidamento, nonché degli organi chiamati a dare concreta attuazione alle esigenze di tutela sopra enunciate.

Iniziamo dalla Corte di cassazione, che in campo processuale interviene tanto su regole di giurisprudenza consolidata da applicare nel giudizio avanti a se stessa, che anche su regole consolidate da applicare nei giudizi di merito.

Le sezioni semplici, inclusa la VI sezione hanno il potere sia di rilevare l'esistenza di una giurisprudenza consolidata, sia di evidenziare e manifestare l'opportunità di cambiare il principio di diritto, adottando tuttavia la tecnica del *prospective overruling* onde garantire il legittimo affidamento.

Tuttavia, mi chiedo, alla luce della necessità di usare del nuovo “potere” con necessaria parsimonia, se non possa più radicalmente accentrarsi il potere di superare una giurisprudenza consolidata esclusivamente in capo alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – sia su impulso del primo presidente sia delle sezioni semplici – che mi sembrerebbero a ciò comunque onerate tutte le volte in cui l'orientamento consolidato da eventualmente modificare riposi esclusivamente, o anche, su pronunce delle S.U.; la modifica dei cui intendimenti oggi *ex art. 374 comma 3, c.p.c.* dovrebbe comunque essere riservata a tale organo.¹¹⁵

A mio avviso, quindi, è opportuno riservare alle Sezioni Unite la scelta di mantenere o no il precedente orientamento, ed infine, in ipotesi di proposizione di un nuovo principio di diritto, valutare se esista o meno nel caso di specie una giurisprudenza consolidata tale da far operare le nuove regole solo per le fattispecie successive, nelle quali non si sia fatto legittimo affidamento sul precedente assetto giurisprudenziale.

Del resto, è la ritenuta necessità di tutelare il legittimo affidamento, nei campi del diritto e nelle ipotesi retro indicate, a modificare a mio avviso decisamente il ruolo del giudice; non si tratta probabilmente di determinare se l'uso del principio di diritto solo per le nuove situazioni sia un onere, quanto di accettare che, tendenzialmente, il principio del legittimo affidamento deve essere oggetto principale di tutela nella giurisprudenza della Corte. Sicché, di fronte ad un principio di diritto formato da un orientamento giurisprudenziale stabilmente affermatosi nella *communis opinio*,

¹¹⁵ V. sul punto § 8.

al decidente si aprono due strade: può mantenere il principio adottato, o lo può modificare adottando le vecchie regole tuttavia per le fattispecie fondate sul principio precedente (utilizzando semmai inoltre anche la tecnica del cd. *distinguishing*, per meglio circoscrivere il principio precedente rispetto alla fattispecie da decidere¹¹⁶), ma non può più adottare le nuove regole applicandole anche a situazioni anteriori.

In questo senso, rimane al giudice una facoltà di scegliere, anche se le scelte tra cui optare sono cambiate. Da questo punto di vista, tuttavia, la nuova lettura dei poteri del giudice sembra anzi potere coniugare con minori sacrifici le esigenze di tutela dell'affidamento insieme alla necessità di modificare le regole quando nuove ragioni lo suggeriscano fortemente. Più complesso, infine, è valutare quali siano le ragioni che spingono al cambiamento, se debbano ricavarci solo nell'esigenza di proporre soluzioni funzionalmente più efficaci per lo svolgimento del processo rispetto alle precedenti, se possano estendersi alla necessità di adeguare comunque le precedenti regole al mutato contesto, o se rimanga la possibilità di modificare un orientamento consolidato solo per prediligere una diversa interpretazione del diritto da applicare alla fattispecie.

In un certo senso, la tutela comunque garantita ora al legittimo affidamento potrebbe suggerire una evoluzione più liberale della giurisprudenza consolidata, le cui modifiche potrebbero essere adottate con maggiore leggerezza, poiché oggi è possibile renderle salvaguardando anche legittime aspettative pregresse.

Una volta, tuttavia, che l'affidamento su precedenti decisioni, se dotate certo dei particolari canoni retro evidenziati, è garantito, rimane a mio avviso indispensabile, per un'armonica ricostruzione del sistema del processo, riavviare su altre premesse una riflessione anche sull'efficacia da attribuire a precedenti decisioni giudiziali non assistite da una così pervasiva tutela dell'affidamento, che tuttavia si rivela elemento cui inevitabilmente si dovrà attribuire maggiore importanza.

L'argomento, tuttavia, che tratteremo più avanti ma esclusivamente in riferimento al campo processuale, lo si è già ricordato, esula dal presente saggio.

11... Segue. Il compito del giudice di merito.

Le riflessioni svolte nel paragrafo precedente esauriscono in pratica l'esame sui principi di diritto consolidati ed eventualmente da modificare, che abbiano ad oggetto regole processuali del processo di Cassazione.

¹¹⁶ E quindi non al fine di eluderne l'efficacia precettiva e l'autorevolezza.

Ora, analogamente, quelle riflessioni si applicano anche se le regole processuali si riferiscono al processo di merito; ma, in queste ipotesi, occorrerà determinare il comportamento che dovrà essere tenuto non solo dai giudici di legittimità, ma anche da quelli di merito.

E tematiche complesse quali il riconoscimento, o meno, di primaria fonte del diritto alla giurisprudenza consolidata, e l'esistenza o meno di un diritto soggettivo giuridicamente tutelabile delle parti sul punto, vengono in gioco in modo da rendere più difficile eludere una presa di posizione sul punto, limitando la riflessione esclusivamente sotto il profilo della presa d'atto della effettività della tutela.

Il giudice di merito, dunque, chiamato a decidere in presenza di una giurisprudenza consolidata su una regola processuale che è chiamato ad applicare, nella maggior parte dei casi si conformerà alla stessa. Tuttavia, esso può, autonomamente e discrezionalmente, decidere di non conformarsi, e di adottare una diversa soluzione¹¹⁷, in quanto la giurisprudenza consolidata, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica più corretta ed appropriata, non ha comunque il valore di una disposizione di legge, e non può pertanto impedire al giudice, in determinate ipotesi, di decidere diversamente.¹¹⁸

Ma, nell'ipotesi di pronuncia non in linea con il precedente orientamento, rimane pur sempre ormai la necessità di approntare comunque una piena tutela all'affidamento legittimo che la parte abbia riposto affidamento nell'applicazione della regola processuale giurisprudenzialmente consolidata. Il giudice di merito, pertanto, potrà comunque indicare la regola che tecnicamente riterrà più appropriata, ma ove ciò accada la parte avrà diritto di essere rimessa in termini, o comunque di non incorrere in sanzioni processuali, qualora abbia conformato i propri comportamenti processuali a regole consolidate.

E, nell'ipotesi in cui la parte non avesse ricevuto una siffatta tutela, il comportamento del giudice potrà costituire motivo di impugnazione.¹¹⁹

In questa ipotesi, tuttavia, il Giudice di merito non fa ricorso alla tecnica del *prospective*, né ciò avrebbe alcuna utilità, in quanto lo stesso non ha un vero e proprio potere di innovare la

¹¹⁷ E potrà farlo sulla scia di una sorta di *anticipatory overruling*, tecnica adottata soprattutto nel diritto statunitense in deroga alla sacralità della regola dello *stare decisis* in senso verticale, in base alla quale "una corte inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base dei pronunciamenti giudiziari dei componenti di questa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente". Ovvero, in presenza di "gravi" ragioni, concretatesi in importanti mutamenti politici, sociali, economici e culturali sui cui era fondato il precedente orientamento, nonché qualora la giurisprudenza in questione fosse nata da un errore nell'interpretazione di un testo legislativo o per la scoperta di leggi contraddittorie o abrogate.

¹¹⁸ V. *supra* § 4a.

¹¹⁹ Come già accennato non riterrei, peraltro, che un isolato rifiuto di seguire una giurisprudenza consolidata da parte di un giudice di merito faccia venir meno lo "status" della giurisprudenza precedente, che pertanto potrà continuare ad essere adottata come base dei comportamenti coperti dalla tutela dell'affidamento per altre parti in successivi processi, fino ad una modifica in cassazione. Sul punto v., inoltre, nota 107.

giurisprudenza. Esso si limiterà dunque, nella fattispecie specifica, ad applicare l'orientamento precedente, evidenziando tuttavia l'opportunità e l'auspicabilità di un mutamento.

Infine, qualora sia iniziato un giudizio di merito e le parti abbiano adottato comportamenti in rispetto a regole processuali garantite dalla giurisprudenza consolidata, e nel corso del processo intervenga una modifica in Cassazione dell'orientamento, con una pronuncia dettante nuove regole, occorre distinguere a seconda che la Suprema Corte si sia o meno avvalsa della tecnica del *prospective*. Nel primo caso, il giudice di merito dovrà seguire il *prospective*, conseguentemente applicare il nuovo orientamento solo per le fattispecie successive e decidere la controversia in base alle regole precedenti su cui si è fondato il legittimo affidamento. Il Giudice di merito potrebbe decidere, tuttavia, di ignorare e non osservare il *prospective*, applicando subito le nuove regole. In tal caso, a mio avviso, la relativa pronuncia sarebbe, nondimeno censurabile in sede di legittimità.

Qualora, invece, la Suprema Corte ritenesse di non avvalersi della predetta tecnica giurisprudenziale, il Giudice di merito dovrà dare immediata applicazione al nuovo orientamento e decidere alla luce delle nuove regole.

12. I contrasti di giurisprudenza; e più in generale, “l’incertezza incolpevole” come potenziale elemento giustificatore della rimessione in termini.

La riflessione sulla tutela dell'affidamento riservata alla giurisprudenza consolidata apre naturalmente la strada ad una miriade di considerazioni collegate, nell'ottica di una costruzione armonica del meccanismo giurisprudenziale: in questa sede, vorrei concludere questo contributo con uno spunto sempre in ambito processuale per un più ampio utilizzo dell'istituto della rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.*

Le considerazioni retro esposte, infatti, disegnano comunque un ordinamento in cui la tutela dell'affidamento su precedenti regole processuali, se pur assistite da particolari qualità, è oggi accentuato; ed è quasi consequenziale, allora, chiedersi se non esista un vero e proprio diritto per le parti, anche esso, a ben vedere, pienamente tutelabile nella costruzione del “giusto processo”, e della necessaria strumentalità del processo alla tutela del diritto sostanziale, che si ha solo quando la parte sia messa nella condizione di sapere come rettamente comportarsi prima di agire.

Così non è, allora, non solo quando si sovvertono regole processuali legittimamente date quasi per acquisite dalle parti, ma anche, se pur certo con diverso grado di intensità, quando sussista un'oggettiva incertezza su come comportarsi (su come agire in sede processuale), o quando la traccia su cui fare affidamento esista, ancorché più labile.

Mi riferisco, ad esempio, ad una regola processuale ricavata da una singola sentenza di Cassazione, ma anche all'oggettiva incertezza data dall'assenza di precedenti su un determinato problema processuale, che legittimamente si apre a diverse letture, o ad un'ipotesi classica di contrasto di giudicati.

In simili ipotesi riterrei saggio, per la parte, adottare il cd. principio di precauzione¹²⁰, ovvero adottare quella tra le letture – e conseguentemente, quella tra le condotte giudiziali – che consenta di salvaguardare le prerogative processuali della parte, qualunque sia la scelta del giudice nel processo^{121 122}. Tuttavia, ciò non sempre è possibile, poiché vi sono casi in cui alla parte si impone invece la scelta netta tra un comportamento ed un altro, e solo uno di essi consentirà una efficace tutela processuale¹²³; e però solo a posteriori, in quanto, soltanto dopo la decisione del giudice si saprà quale è la regola processuale cui la parte avrebbe dovuto conformarsi.

Almeno in tali ipotesi, allora, potrebbe essere opportuno applicare l'istituto della rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.* così da consentire alla parte che richiedesse – se del caso in subordine o in

¹²⁰ Del medesimo avviso, PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, cit., e COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, cit.

¹²¹ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'incertezza interpretativa verta sull'applicabilità di un termine più o meno ampio al fine della valutazione dell'ammissibilità di un determinato atto processuale. In questi casi, è auspicabile che la parte, al fine di evitare "spiacevoli sorprese" faccia riferimento al termine più breve, così cautelandosi dalle conseguenze pregiudizievoli che deriverebbero dall'eventuale applicazione, da parte del giudice, della soluzione esegetica più restrittiva.

¹²² V. Cass., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, in *Foro. it.*, I, 1074, secondo cui "ove, (...) la giurisprudenza non innovi un consolidato orientamento precedente, ma risolva una questione già decisa da altri giudici in senso difforme, dissipando un'incertezza interpretativa (v., in tal senso, Cass. 1 agosto 2003 n. 11738), in tal caso l'inosservanza del principio di precauzione può escludere l'affidamento incolpevole e ciò tanto più vale quando il nuovo *dictum* confermi un orientamento già prevalente".

¹²³ Una tale incertezza giurisprudenziale è registrabile, ad es., con riguardo al c.d. principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, utilizzato dalla Suprema Corte, con assoluta discrezionalità – talora sconfinante nell'arbitrio – al fine valutare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio di legittimità. (Sul punto mi permetto di rinviare a SANTANGELI, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti della Suprema Corte, in tema di autosufficienza del ricorso per cassazione, in attesa di un (auspicabile) intervento chiarificatore delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it).

La Corte di Cassazione alterna infatti pronunce in cui richiede, a pena d'inammissibilità, l'integrale trascrizione – in seno al ricorso – di tutti gli atti processuali (memorie, verbali, consulenze d'ufficio o di parte, documenti e testimonianze) e documenti (ivi compresi i contratti e gli accordi collettivi) posti a fondamento dell'impugnativa (v. [Cass. 11 febbraio 2009, n. 3338](#), in *Guida al diritto* 2009, 16, 75), a quelle in cui si "accontenta" della mera indicazione topografica, nel corpo del ricorso, del luogo, o meglio dell'atto o verbale di causa cui si richiamava la doglianza (v. [Cass. 19 giugno 1995, n. 6927](#), in *Giust. civ. Mass.* 1995, VI). In altri casi ancora, la Corte richiede esclusivamente una sintesi del contenuto dell'atto richiamato (v. [Cass. 17 marzo 2010, n. 6517](#), in *Diritto & Giustizia* 2010), arrivando talora addirittura a censurare – in totale antitesi e disaccordo con altre pronunzie emesse dallo stesso Collegio – la pedissequa osservanza della versione più rigorosa del canone di autosufficienza, e quindi a sanzionare con la declaratoria d'inammissibilità l'integrale trascrizione degli atti del giudizio di merito (Cfr. sentenza n. 19255 del 9 settembre 2010, in *Red. Giust. civ. Mass.* 2010, IX.)

Tale quadro giurisprudenziale eterogeneo e contraddittorio, determina nel ricorrente uno stato di oggettiva incertezza ed insicurezza, in sede di stesura dell'atto introduttivo, trovandosi quest'ultimo esposto ad una potenziale pronunzia d'inammissibilità sia che lo stesso osservi la versione più attenuata dell'autosufficienza, sia che ritenga – *vanamente* – di cautelarsi con la trascrizione integrale degli atti e documenti posti a fondamento dell'impugnativa.

via condizionata – di essere rimessa in termini, di potere comunque ottenere tutela alla situazione sostanziale fatta valere nel processo ¹²⁴.

In conclusione, ritengo che, nel caso in cui si sia in presenza di un improvviso ed imprevedibile mutamento giurisprudenziale di un orientamento consolidato, debba trovare applicazione lo strumento del cd. *prospective overruling*, applicando alla fattispecie in esame la regola precedente su cui la parte abbia fatto affidamento e limitando l'efficacia innovativa della nuova soluzione esegetica alle decisioni future.

Ove, invece, l'assetto giurisprudenziale di riferimento risulti caratterizzato da un altissimo grado incertezza ed "aleatorietà" nella individuazione della regola processuale da adottare¹²⁵, la parte che, pur avendo osservato – ove possibile – il principio di precauzione, sia "incolpevolmente" incorsa in una decadenza processuale, avrà diritto di essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 153, secondo comma, c.p.c., qualora ne faccia espressa richiesta. ¹²⁶

¹²⁴ V. 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.

¹²⁵ A causa di obiettiva incertezza o lacunosità normativa, connesse difficoltà interpretative o costanti oscillazioni giurisprudenziali.

¹²⁶ Mutuando le ricostruzioni giurisprudenziali affermatesi nell'ambito della Giustizia amministrativa – e di recente codificate dall'art. 37 del codice del processo amministrativo – con riguardo all'istituto dell'errore scusabile, si può dunque annoverare tra i presupposti legittimanti la rimessione in termini, l'esistenza di "un quadro normativo incerto e di dubbia interpretazione in merito alla identificazione di un adempimento processuale prescritto a pena di decadenza" (v. Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 2008, n. 1147, in www.giustizia-amministrativa.it).