

PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI. IL CITTADINO E' TUTELATO?

“Le leggi, nel significato più ampio, sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose; e in questo senso, tutti gli esseri hanno le loro leggi: la divinità ha le sue leggi, il mondo materiale ha le sue leggi, le intelligenze superiori all'uomo hanno le loro leggi, le bestie hanno le loro leggi, l'uomo ha le sue leggi”¹.

Questo l'incipit de *l'Esprit des loix* che sintetizza una realtà quanto mai attuale e, per certi versi, paradossale: l'uomo vive in un mondo regolato da un mondo di leggi.

Tuttavia, tante volte, al fianco delle classiche disposizioni normative, vi si trovano pronunce di magistrati, soprattutto della Suprema Corte di Cassazione, che finiscono per essere identificate e confuse con atti aventi forza e valore di legge.

E' divenuta prassi, dunque, che il giudice allorché debba decidere il caso, dovrà districarsi tra le tante norme e le altrettanti decisioni pregresse che, sebbene vengano emanate col nobile e precipuo scopo di regolare anche la più piccola struttura di relazioni all'interno dello Stato, finiscono per compromettere (invece che ordinare) i rapporti tra i consociati ... molte volte anche a danno di principi costituzionalmente garantiti.

Iniziare un procedimento, che dovrebbe essere cosa facile, diventa macchinoso e proseguirlo complicato: prima la mediazione (prevista per certe materie)² e, in caso di esito negativo, introduzione del giudizio articolato in decine di udienze che solo dopo molti anni giungerà a sentenza.

Il diritto che viene applicato ad ogni controversia, non é solo quello posto dal legislatore, ma anche quello “creato” dai giudici, che si pongono come filtro tra il caso concreto e il comando astratto.

Oltre alle lungaggini del procedimento il cittadino, quindi, dovrà anche sopportare di non essere giudicato sulla base di norme di matrice legislativa.

E' giusto tutto questo?

Sebbene la brevità e la superficialità, l'estrema sintesi sopra esposta valga esclusivamente per evidenziare che la mole di procedimenti giudiziari, a volte

¹ MONTESQUIEU, *l'Esprit des loix*, Geneve, Barillot & fils 1750, pag. 31.

² Il decreto legislativo 04.03.2010, n. 28, sulla mediazione in materia civile e commerciale regola il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie vertenti su diritti disponibili ad opera delle parti attuando, al contempo, la direttiva dell'Unione europea n.52/08.

Il decreto legge 21.06.2013, n.69, ha ripristinato il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domande giudiziale nelle materie elencate dall'art. 5, comma 1 del d. lgs. n. 28 del 2010.

incardinati anche per inezie, a cui conseguono una miriade di sentenze, danno luogo ad una discutibile incontrollata produzione di “*ius novum*” che s’intreccia e si scontra, molte volte, con la legge.

Doveroso é, dunque, interrogarci su una inevitabile conseguenza: la destabilizzazione del processo - che si vuole giusto ed efficiente -, con la potenziale compromissione delle garanzie costituzionali, esiti, questi, che contribuiscono a “mettere in crisi” l’affidamento nella giustizia da parte del cittadino-utente.

Partiremo dalla qualificazione dei costanti orientamenti giurisprudenziali quale diritto vivente; additeremo i possibili profili di illegittimità connessi al diritto vivente; analizzeremo il fenomeno dell’*overruling* e i suoi effetti sul procedimento; infine, passeremo alla disamina del giusto processo, diritto di ogni cittadino, costituzionalmente garantito.

Il diritto vivente.

I frenetici e radicali cambiamenti della società, dovuti in gran parte al fenomeno della globalizzazione, non possono non produrre effetti nell’ordinamento giuridico di ogni stato con conseguente evoluzione del diritto che coglie spesso impreparati i giuristi a fronteggiare problematiche del tutto nuove, determinate dal rapido sviluppo della tecnologia, della biotecnologia e delle scienze della vita³.

Dottrina e giurisprudenza, sensibili a questa società in divenire, procedono così ad un’attività di interpretazione ed adeguamento delle norme giuridiche esistenti, anche al fine di colmare quei vuoti che l’ordinamento giuridico purtroppo ha, ma col rischio di comprometterne il senso con conseguente lesione dell’art. 12 delle preleggi secondo cui alla norma occorre attribuirle il significato proprio delle parole in base alla connessione tra di esse.

Non sfugge a questo rischio neppure il consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine all’interpretazione di una data disposizione normativa, il *diritto vivente* che, in particolari momenti storici, é sottoposto al duro esame della corrispondenza alla realtà. Ma procediamo con ordine: cos’è il diritto vivente?

³ cfr. in tal senso E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Bari, 2008.

In dottrina, a partire dalla elaborazione di T. Ascarelli⁴, il diritto vivente, giuridicamente, rappresenta “il diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza”⁵.

Tale formula aderisce al principio ermeneutico che riconosce al testo solo un valore euristico per la ricerca della regola di decisione: non al testo, ma al suo significato [...] appartiene il predicato della normatività e tale modello riesce a diventare diritto vivente solo quando acquisisce “forza di modello unificante delle applicazioni giurisprudenziali”⁶.

In buona sostanza, dunque, il diritto vivente viene individuato nella giurisprudenza costante, intesa come norma espressa dagli orientamenti soprattutto dalla Corte di Cassazione.

Si tratta di massime di decisione, che valgono ad interpretare le norme esistenti.

Ma l'interpretazione di una norma può essere qualificata, a lungo andare, alla stregua di una legge?

Si è d'accordo con quella dottrina che non riconosce al diritto vivente questa forza: le pronunce giurisprudenziali, si dice⁷, non potranno assurgere a norme giuridiche se non in virtù di una fonte di diritto che ne operi la ricezione o, comunque, l'assorbimento nel *ius conditum*.

Di qui, la meditata esclusione dell'attività interpretativa dal novero delle fonti di diritto, diversamente da ciò che prevedono i sistemi di *common law*.

In essi, difatti, la regola dello *stare decisis* esprime il vincolo, per il giudice, di attenersi a quanto è stabilito dalle sentenze precedenti.

Tale regola può avere portata verticale od orizzontale: in senso verticale, le Corti inferiori sono giuridicamente obbligate a seguire i precedenti decisi da una Corte Superiore; in senso orizzontale, la Corte è essa stessa obbligata a seguire i propri precedenti.

In questa seconda prospettiva, la dottrina del precedente vincolante esprime la funzione nomofilattica della Corte e determina un altissimo grado di stabilizzazione del diritto.

Nel sistema processuale italiano, sistema di *civil law*, non esiste l'obbligo dello *stare decisis* sebbene, i gradi di efficacia del precedente sono scanditi da un significativo

⁴ Vedi T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Riv. dir. Proc., 1957, pag. 351 ss.

⁵ Cfr. L. MENGONI, *Diritto vivente*, in Digesto disc. priv., dir. civ. VI, Torino, 1990, pag. 448.

⁶ Vedi L. MENGONI, *Diritto vivente*, cit., pag. 448.

⁷ E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli altri atti giuridici*, Milano, 1971, 48 ss.

reticolo di disposizioni normative, mirate al rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione.

1) Nell'ipotesi di cassazione con rinvio, le norme di riferimento (art. 382 comma 2 c.p.c.; art. 143 disp. att. c.p.c., artt. 627 comma 3 e 628 comma 2 c.p.p., etc.) fissano la natura diretta del vincolo per il giudice di rinvio, il quale deve uniformarsi al principio di diritto che la Corte ha enunciato nella soluzioni delle questioni di diritto (precedente verticale).

2) Riveste carattere indiretto, nei rapporti tra le sezioni unite e le sezioni semplici, il vincolo di coerenza costituito dalla decisione che le sezioni unite hanno pronunciato per dirimere i contrasti o per risolvere questioni di particolare importanza (precedente orizzontale): in tal senso orientano specifiche prescrizioni del codice di rito (ad es. art. 374 commi 2 e 3 c.p.c.).

Non ci si può nascondere che il diritto vivente ha una importante valenza persuasiva, come oltre si dirà, che contribuisce ad aiutare la magistratura nell'interpretazione delle norme e che gode ormai di un'ottima riverenza.

E' esattamente in questo contesto di consolidamento delle posizioni giurisprudenziali che si vede il potenziamento della funzione nomofilattica della Suprema Corte che, se per un verso potrebbe far dubitare della forza della legge, dall'altra sembra, invece, garantire maggiore certezza del diritto.

Ma, al cittadino, è realmente bastevole l'assodata forza delle pronunce giurisprudenziali perché gli sia garantito un giudizio secondo diritto?

Possibili profili di illegittimità del diritto vivente.

Il diritto vivente, come sopra descritto, in un ordinamento di *civil law* come il nostro, sembra prestare il fianco a profili di illegittimità, anche costituzionale.

Da un lato si vorrebbe infilarlo tra le fonti del diritto, per altri versi lo si vorrebbe imporre ai giudici; ove, poi, si consideri che i mutamenti di giurisprudenza presso il giudice di legittimità sono spesso determinati dalla "insistente resistenza dei giudici delle istanze inferiori alla giurisprudenza della Cassazione"⁸, ben si comprende quanto forti siano i rischi di burocratizzazione verticistica degli indirizzi interpretativi e la eccessiva stabilizzazione della giurisprudenza, la quale rischia, per tale via, di restare

⁸ Così G. Gorla, voce *Precedente giudiziale*, in Enc. Giur. Treccani, 6.

insensibile ed impermeabile al mutare della realtà e della coscienza sociale degli operatori di diritto, nonché dei consociati.

Come innanzi si diceva, nel nostro ordinamento non é affatto contemplata la regola dello *stare decisis*: ciò si desume sia dall'art. 1 delle Preleggi che non menziona, tra le fonti del diritto, la giurisprudenza, sia dall'art. 101, II° comma della Carta Costituzionale – secondo cui il giudice é soggetto solo alla legge, quanto dall'art. 12 delle Preleggi in cui non si rinvencono criteri che consentano al giudice un riferimento alla giurisprudenza al fine di chiarire il significato di una norma o di colmare una eventuale lacuna.

Si sa che sono fonti del diritto le leggi, i regolamenti e le consuetudini.

La giurisprudenza, invece, non si presenta come una fonte autonoma dal momento che spende sempre il nome di altra fonte anteposta riportandosi, dunque, sia pure indirettamente, alla volontà della legge o, comunque, ad un fatto normativo presupposto.

Sicché essa non può avere un livello suo proprio, ma prende, di volta in volta, quello spettante alla fonte o alle fonti invocate o presupposte nel provvedimento giurisdizionale.

Tuttavia, come correttamente osservato⁹, sebbene la giurisprudenza non occupi un posto di fonte formale del diritto, “*assume un ruolo fondamentale nell'attività decisionale del giudice e quindi nelle argomentazioni dei giuristi*”; a fronte di ciò la si é considerata come una vera e propria “fonte fatto” in quanto la norma che da esso scaturisce non s'identificherebbe nel dispositivo e nella motivazione di una data sentenza, ma nella *ratio decidendi* e, quindi, nel principio di diritto cui il giudice si é uniformato per decidere uno o più casi e la cui individuazione richiederebbe, di norma, un'interpretazione dei relativi provvedimenti.

La stessa Corte Costituzionale¹⁰ ravvisa il diritto vivente nell'orientamento stabilmente consolidato della giurisprudenza tale che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che é difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o della Corte medesima.

⁹ Vedi INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contr. Imp.*, 1988, 527.

¹⁰ Vedi, ad es., Corte Cost., sent. n. 350 del 1997.

Spontanea sorge una domanda: il riconoscere a tutti i costi alla giurisprudenza, *rectius* al diritto vivente, un posto tra le fonti del diritto non significa demandare alla magistratura la facoltà di creare il diritto?

Impossibile negarlo!

Si giungerebbe, in sostanza, ad avallare l'operatività di una giurisprudenza che, attraverso l'utilizzo del precedente giudiziario, potrebbe dare luogo ad un'attività interpretativa che non rinunci a spazi di creatività.

Il giudice potrebbe creare regole nuove derivandole dai principi, oppure aumentando l'estensione di clausole generali, dando rilievo all'equità o, infine, legittimando regole emergenti dalla prassi, e così via discorrendo.

Ma ciò, ovviamente, stride con tutta la normativa Repubblicana che rinvia l'origine del diritto a tutt'altre fonti.

Il diritto vivente, in quanto espressione del potere giurisdizionale, rischia così di sovvertire gli equilibri istituzionali tutti improntati ad un sistema democratico, attraverso pronunzie di un ceto (magistrati) che dovrebbe occuparsi solo ed esclusivamente della funzione che le è propria, cioè di giudicare, nel pieno rispetto della garanzia della terzietà, e non anche di plasmare diritto.

D'altro canto se così non fosse, il nostro ordinamento non potrebbe più essere qualificato di *civil law* ma di *common law* e, dunque, ricorrere al precedente non costituirebbe più una facoltà ma un vero e proprio obbligo.

Il giurista, deve dare il suo contributo a che il diritto sia certo e, per fare questo deve rinunciare ad ogni contributo creativo nell'interpretazione della legge e limitarsi semplicemente a rendere esplicito, attraverso un procedimento logico, ciò che è già stabilito nella legge¹¹: solo in tal modo alle parti può essere garantito una pronuncia secondo diritto!

Alla luce di quanto detto, non può che escludersi il carattere vincolante del precedente giurisprudenziale al quale potrebbe riconoscersi invece una funzione meramente persuasiva.

La valenza persuasiva, che si radica nella piena discrezionalità del giudice di mutare la giurisprudenza, è stata però dilatata a tal punto da sostenere l'esistenza di un "dovere giuridico-funzionale" in capo a tutti i giudici, di merito e di Cassazione, di conoscere e

¹¹ N.BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, 74.

seguire, quasi in maniera vincolante, i precedenti della giurisprudenza di legittimità, massimamente se espressione delle Sezioni Unite.

Tale dovere, originato dal combinato disposto degli artt. 65 Ord. Giud. e 111 Cost., e dal quale ci si può discostare soltanto motivando e allegando gravi motivi, sarebbe volto a realizzare il principio della uniforme interpretazione della legge e con esso una condizione di uguaglianza effettiva dei cittadini davanti alla legge stessa.

Una evidente accentuazione del valore del precedente, con diretto riferimento alla regola dello *stare decisis*, si coglie in Cass., sez. L, sent. n. 7355 del 13.05.2003 e nella successiva, ma sostanzialmente conforme, Cass., sez. L, sent. n. 21553 del 15.10.2007, nelle quali si valuta come corretta l'interpretazione del giudice di merito su una clausola di contratto collettivo, in quanto conformatasi all'esegesi già presente nella giurisprudenza di legittimità sulla stessa norma contrattuale.

A tal riguardo si precisa che la lettura interpretativa pregressa, pur non vincolando giuridicamente una data decisione, costituisce tuttavia persuasivo argomento per confermare il medesimo giudizio, in relazione alle medesime censure.

A sostegno dell'assunto si richiama anzitutto "la funzione direttiva assegnata dal R.D. 30.01.1941, n. 12, art. 65 ... alla Corte Suprema" vista come "funzione di carattere costituzionale, diretta espressione dell'art. 3, perché l'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge ne implica l'uniforme interpretazione¹²".

Si sottolinea quindi che "benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa¹³".

Come si vede, é la stessa Corte che riconosce l'impossibilità della giurisprudenza di assurgere a fonte del diritto, sebbene ne sottolinei la forza ed il valore.

Inoltre, la novella recata dalla legge n. 69 del 2009 al sistema del diritto processuale civile, che ha introdotto nel corpo del codice di rito l'art. 360 bis c.p.c., ha assegnato un rilievo peculiare al precedente, nell'ambito del c.d. filtro per l'accesso al giudizio di cassazione, prevedendo l'inammissibilità del ricorso in cassazione allorché il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Cassazione e l'esame dei motivi non offre elementi per mutare o

¹² Cass., n. 21553 del 15.10.2007.

¹³ Cass, n 21553 cit.

confermare l'orientamento della stessa, e ciò a conferma del carattere ultra-persuasivo che si vuole riconoscere al precedente.

Come risulta immediatamente evidente, l'art. 360 bis c.p.c. ingenera forti dubbi circa la sua compatibilità con le regole costituzionali sul processo e sull'esercizio della funzione giurisdizionale nel quadro complessivo delle regole costituzionali; esso é destinato ad imprimere una carica fortemente innovativa sull'intero sistema della giustizia civile con rilevanti implicazioni sia di diritto costituzionale quanto di teoria dell'interpretazione che fanno specifico riferimento al valore di precedente, all'atteggiarsi del giudice nei confronti del principio di soggezione solo alla legge.

Si sottolinea, anzitutto, che il filtro, così come imposto dall'art. 360 bis c.p.c., induce a ritenere che, d'ora in avanti, il giudice comune sarà soggetto un pò meno alla legge e un pò più all'interpretazione che ad essa sarà stata data dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Ma non saranno inevitabili le ripercussioni sulla compatibilità di tale previsione con l'art. 101 comma 2 Cost. e con l'art. 104 comma 1 Cost. e, in generale, con le garanzie di autonomia del giudice?

In buona sostanza, dunque, qualora una sentenza di merito dovesse essere non conforme all'orientamento giurisprudenziale, potrebbe essere sottoposta al vaglio della Corte in quanto viziata per violazione di legge.

Ma in tal modo, non sarebbe compromessa la piena ed incondizionata autonomia del giudice?¹⁴ Perché al giudice dovrebbe essere quasi imposto di giudicare in base all'orientamento giurisprudenziale che non é propriamente legge?

L'impatto di una simile previsione impatta, purtroppo, con l'art. 101 comma 2 Cost. su cui poggia il carattere non vincolante del diritto vivente nei sistemi di *civil law*.

L'attenta lettura dell'art. 360 bis autorizza a ritenere che il meccanismo in esso paventato finisce per attribuire un inedito effetto di vincolo formale ai precedenti della Cassazione a cui, a loro volta, dovrebbero essere vincolati i giudici e ciò in grave spregio delle disposizioni normative secondo cui il giudice é soggetto solo alla legge e la magistratura, ex art. 104 Cost., costituisce un ordine autonomo ed indipendente; senza alcuna meraviglia, poi, di includere addirittura i precedenti tra le fonti del diritto.

Dalle considerazioni sopra esposte emergono due dati importanti; il primo é che, pur se parte della dottrina e giurisprudenza faticano ad elaborare mille teorie al fine di

¹⁴ Cfr. A. CARRATTA, *Il "filtro" al ricorso in Cassazione tra dubbi di legittimità costituzionale e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur.it*, 2009, 1565.

considerare il diritto vivente una fonte, il risultato rimane pur sempre che il diritto vivente fonte non é; il secondo é che, sebbene ci si applichi a forzare i magistrati ad interpretare secondo il diritto vivente, essi rimangono liberi di aderirvi o meno.

Va da sé, dunque, che il vero problema rimane dei cittadini-utenti, i quali rischiano di vedersi giudicati in modo difforme in casi analoghi, con grave pregiudizio dell'art. 3 Cost.

Con somma umiltà, non può che auspicarsi una celere soluzione alla problematica descritta e, forse, il modo più semplice ed immediato potrebbe essere di considerare il diritto vivente vincolante o non vincolante, in maniera espressa.

La chiarezza rimane sempre la soluzione più semplice.

L'overruling.

Fermo restando che la sentenza, a differenza della legge, non é formalmente fonte di diritto e che il giudice, soggetto solo alla legge, non é vincolato dal precedente anche se proveniente dal giudice della nomofilachia, non può sottacersi che, in linea generale, la magistratura s'impegna con forza a che il diritto vivente sia annoverato tra le fonti del diritto e, soprattutto, che il giudice, nelle sue decisioni, sia "vincolato" dai granitici orientamenti giurisprudenziali.

Succede, però, a volte, qualcosa di veramente abnorme: un cambiamento delle regole del gioco a partita iniziata, che mette a dura prova sia il contenuto dell'art. 65 Ord. Giud., quanto e soprattutto la tutela dell'affidamento dei cittadini che si rivolgono ai tribunali per avere giustizia.

E' il fenomeno del c.d. *overruling*, vale a dire il ribaltamento di un precedente giurisprudenziale, istituto del tutto estraneo all'ordinamento giuridico italiano, così come agli ordinamenti degli Stati di *civil law*.

Esso é, invece, presente e ben disciplinato nei paesi di *common law*, nei quali, come detto, é centrale il principio dello *stare decisis*.

L'overruling sembra originarsi da quel "progetto di riforma silenziosa del diritto processuale civile"¹⁵ attraverso cui, negli ultimi tempi, la Suprema Corte ha voluto sostituire interpretazioni più o meno solide con altre reputate più funzionali a garantire una rapida celebrazione dell'iter giudiziario.

¹⁵ G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in Riv. Proc. Civ., 2011, 513.

La premessa di fondo dalla quale l'orientamento muove é costituita dall'assunto, in via astratta condivisibile, che l'art. 111 comma 2 Cost., nell'affidare al legislatore il compito di assicurare la ragionevole durata del processo, integri un effetto *self-executing*, ponendo “una regola per un'interpretazione delle singole norme di rito finalizzata alla celerità del giudizio”¹⁶.

Non ogni mutamento di giurisprudenza integra, però, il fenomeno dell'overruling che presuppone tre requisiti, fermo restando, in linea di principio, che la legge non ha efficacia retroattiva, a differenza dell'interpretazione giurisprudenziale.

Deve trattarsi di norme processuali¹⁷; l'orientamento precedente della Corte di legittimità dev'essere assolutamente costante e granitico nel sostenere la tesi opposta; la nuova interpretazione deve essere in *malam partem*.

Ma, come facilmente desumibile, i repentini mutamenti di indirizzo giurisprudenziale provenienti dalla Cassazione, andando ad incidere sulle regole processuali, pongono il delicato problema della salvaguardia dei diritti del cittadino che, dopo aver riposto il suo affidamento negli orientamenti applicativi consolidatisi in precedenza, si trova improvvisamente ad incorrere nelle preclusioni comportate dai bruschi *revirement*.

La novità giurisprudenziale in Cass. n. 19246/2010.

Tra le decisioni più recenti si segnala la sentenza n. 19246/2010, vero emblema dell'overruling con cui, le SS.UU. civili della Cassazione, perseguendo l'esigenza generale ed astratta di accelerare il corso del procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo, al fine di eliminare o confermare attraverso un giudizio a cognizione piena un provvedimento sommario, concesso *inaudita altera parte*, hanno affermato che il termine di costituzione dell'opponente sia ridotto alla metà in virtù del semplice fatto dell'opposizione, così sovvertendo un granitico orientamento preesistente formatosi sull'art. 645 c.p.c.

Alla stregua del diritto vivente¹⁸ fino al 2010, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645 comma 2 c.p.c., era un effetto conseguente al fatto che l'opponente avesse assegnato all'opposto un termine a

¹⁶ Ex plurimis, Cass. Sez. Lav., n. 55/2009

¹⁷ E non sostanziali. Cfr. Cass. SS.UU. n. 21095/2004.

¹⁸ Vedi Corte Cost., sent. n. 230 del 22/07/2009.

comparire inferiore a quello legale e non già alla semplice proposizione dell'opposizione.

Gli opposenti che avevano assegnato un termine di comparizione pari o superiore a quello legale e che si erano costituiti in giudizio entro giorni dieci dalla notificazione dell'opposizione potevano confidare sulla procedibilità dell'opposizione.

Con Cass. n. 19246 del 2010 questo affidamento è venuto meno ed ha rischiato di condizionare la sorte delle migliaia di giudizi di opposizione in corso: le costituzioni in giudizio dell'opponente successive al quinto giorno dalla notificazione dell'opposizione, tempestive secondo il diritto vivente al tempo in cui sono avvenute, sarebbero state da considerare come tardive con la conseguenza che l'opposizione sarebbe dovuta essere dichiarata improcedibile.

Il sistema è stato, come noto, composto dal legislatore¹⁹, ma è interessante riflettere su una soluzione adottata *medio tempore* dai giudici di merito: il ricorso all'istituto della rimessione in termini.

Ma la costituzione tempestiva non può diventare tardiva se la Corte di Cassazione cambia idea successivamente²⁰: la certezza è un must del diritto processuale e può e deve essere perseguita con intensità maggiore che nel campo del diritto sostanziale in considerazione del carattere strumentale del processo civile nei confronti di quest'ultimo al fine di garantire i poteri e i doveri delle parti.

Tuttavia, autorevole dottrina²¹ ha molto criticato il ricorso, in tale fattispecie, alla rimessione in termini perché quasi tutti i tratti salienti di questo istituto non quadrano e mal si adattano al caso in esame.

La rimessione in termini presuppone: a) l'inosservanza di un limite temporale assegnato al compimento di un atto processuale; b) il verificarsi di un fatto preciso non imputabile alla parte; c) l'apprezzabilità dell'impedimento; d) l'accertamento dell'impedimento.

Viceversa, in questa fattispecie: a) il limite temporale previsto per la costituzione in giudizio dell'opponente è stato a suo tempo osservato; b) non si è verificato un impedimento incolpevole dal momento che è mancato proprio l'impedimento; c) l'impedimento viene supposto come esistente unicamente con una valutazione *ex post*, dettata dal sopravvenire di un evento (mutamento dell'orientamento giurisprudenziale costante sull'interpretazione di una norma processuale) che viene

¹⁹ Con legge di interpretazione autentica 29/12/2011 n. 218 recante "Modifica dell'art. 645 e interpretazione autentica dell'art. 165 del codice di procedura civile in materia di opposizione al decreto ingiuntivo" che annullava gli effetti della sentenza.

²⁰ R. Caponi, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali*, in www.lexform.it.

²¹ R. Caponi, *Overruling ...*, cit., 4.

qualificato artificiosamente come “venir meno dell’impedimento”; d)l’ accertamento é superfluo, come superflua é l’istanza di parte.

In sostanza, la richiesta di rimessione in termini, sembra essere una finzione giuridica che mal si concilia con le esigenze di certezza e del giusto processo.

D’altra parte, rimane che il nostro é pur sempre un sistema di diritto scritto e gli orientamenti giurisprudenziali, che su esso si sono formati, non possono essere ritenuti vincolanti nè possono avere efficacia retroattiva.

E’ facile rilevare che, piuttosto che realizzare l’accelerazione del processo, la decisione in commento, sovvertendo d’un colpo una prassi interpretativa di oltre cinquant’anni, si traduca in via surrettizia (quanto inaccettabile) smaltimento forzoso del carico giudiziario pendente.

Gli effetti dell’overruling

Gli interventi decisamente innovativi della giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione sulle regole del processo, oltre a determinare incertezza nell’applicazione delle norme processuali, hanno posto il problema circa la tutela dell’affidamento delle parti che, incolpevolmente, si siano conformate al precedente orientamento, successivamente travolto dall’overruling.

Il legittimo affidamento, considerato derivazione del principio di certezza del diritto, é posto dall’ordinamento a garanzia della stabilità delle situazioni giuridiche.

Tale principio si attua attraverso la possibilità di conoscere a priori la valutazione concreta dei propri comportamenti che verrà operata dalla norma di diritto positivo.

Oggi, in Italia, il valore della predeterminazione delle regole processuali é espresso dall’art. 111 Cost.

Il legittimo affidamento rileva soprattutto sotto il profilo della retroattività.

In proposito, il tentativo di esaminare *funditus* la questione, di inquadrarla entro più solide coordinate teoriche e di farne discendere un’appagante soluzione generale, si deve senza dubbio alla sentenza n. 15144/2011, con cui le sezioni unite della Cassazione civile hanno inteso prendere posizione, appunto, sul tema generale della retroattività degli overruling vertenti sull’interpretazione-applicazione di norme processuali che, con diversi esiti, cominciava ad essere vivacemente dibattuto in dottrina, stimolato dalle rilevanti vicende contingenti.

Un importante profilo di interesse della decisione si rinviene nella pronta smentita della tesi secondo cui il mutamento radicale di indirizzo interpretativo, tale da ribaltare prassi giurisprudenziali diffuse e consolidate e integranti un vero e proprio diritto vivente, è in grado di innovare l'ordinamento giuridico in maniera non dissimile dal sopraggiungere di uno *ius superveniens* e, come tale, non può che assumere un'efficacia proiettata solo *pro futuro*.

La ricostruzione realizza, così, l'apprezzabile intento di evitare ogni pregiudizio per gli atti processuali già compiuti, a prezzo però di un'integrale quanto discutibile equiparazione delle innovazioni giurisprudenziali alle innovazioni normative che, elide ogni discriminazione tra atti-fonte e sentenze e, in definitiva, tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale.

Peraltro, se si dovesse riconoscere il carattere della retroattività agli *overruling*, ci si troverebbe in contrasto con quella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che impone la conoscibilità della regola di diritto e la ragionevole prevedibilità della sua applicazione, così da circoscrivere il momento creativo del *revirement* della giurisprudenza ai soli casi futuri o individuandone la data di ricorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione.

Pur consci che l'interpretazione di una norma giuridica non è equiparabile alla norma giuridica stessa per ovvie ragioni, devesi, in ogni caso, ritenere che l'unico modo per poter fronteggiare le cattive conseguenze del fenomeno *overruling* sembra, allo stato, di affermarne la sua valenza solo ed esclusivamente per il futuro: in tal modo si tutela l'affidamento delle parti e si riconosce effettività alla tutela giurisdizionale ai sensi del combinato disposto 24 e 111 Cost.

Il diritto ad un giusto processo

La giustizia, prima che un potere, è un diritto dei cittadini.

Esso rappresenta lo strumento di tutela dei diritti della persona, che si attua attraverso l'esercizio della giurisdizione e nella forma del processo mediante lo Stato-apparato garantisce i diritti dello Stato-comunità.²²

²² G. GIACOBBE, *I nodi irrisolti della giustizia civile*, Iustitia, 2006, 171.

La giustizia viene distribuita attraverso la funzione giurisdizionale che è posta in essere in virtù dell'accertamento della volontà normativa da applicarsi al caso concreto sul quale è insorta una controversia.

Essa tende, pertanto, a riaffermare la certezza del diritto, reintegrando l'ordine giuridico violato.

Il primo comma dell'art. 111 Cost. statuisce che *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*.

Il principio del giusto processo attraverso la costituzionalizzazione è stato accolto tra i valori fondamentali del nostro ordinamento.

Esso trovava già espresso riconoscimento tra le garanzie giurisdizionali previste da numerose convenzioni internazionali, quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art.6), il Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 14), la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 (artt. 8 e 10).

Si tratta di un principio più etico che giuridico.

Dalla legalità del giudizio dipende, infatti, l'accettazione, non solo civile e giuridica, ma anche morale e religiosa, della giustizia.

Si ha giustizia solo quando essa è esercitata nel rispetto di regole, forme e procedure dettate dalla legge.

Proprio a tal fine la costituzione riconosce e garantisce, attraverso diverse disposizioni, il diritto del cittadino ad avere un processo giusto che costituisce un fondamentale principio di rispetto dei diritti umani sul quale si fonda l'ideale concetto di giustizia di un sistema democratico.

Come si diceva, sono tante le norme costituzionali che hanno sorretto l'unitaria proclamazione del principio del giusto processo: art. 3, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge; art. 100 comma 2, principio di legalità come soggezione del giudice alla legge; art. 24, precostituzione legislativa del giudice; art. 24, diritto di azioni per la tutela di posizioni giuridiche di diritti e interessi, contraddittorio quale conseguenza del principio di difesa, effettività della tutela giurisdizionale; art. 111 comma 1, obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali decisori.

Il giusto processo non è solo quello che rispetta tutte le garanzie enunciate dall'art. 111, in tal caso il legislatore costituzionale non avrebbe sentito la necessità di separare la sua enunciazione dalla enumerazione delle singole garanzie.

Proprio per questo la valenza del giusto processo ha carattere “sistemico o relazionale”²³, che si concretizza solo attraverso il coordinamento di tutti i suoi elementi.

I vari elementi, infatti, sono necessari ma non sufficienti componenti del giusto processo, nel senso che nel futuro potranno affacciarsi nuove esigenze di tutela tali da richiedere che il giusto processo sia integrato da ulteriori garanzie.

Il principio del giusto processo é un principio di carattere processuale che racchiude in se le relative garanzie intese tanto singolarmente, quanto in rapporto tra loro; tuttavia, non può negarsi come esso contenga in se anche il raccordo con la giustizia sostanziale, laddove per giusto processo deve intendersi quello regolato in modo da favorire, nel rispetto delle garanzie procedurali, il perseguimento di una decisione giusta, ovvero basata su una ricostruzione “*veritiera e razionalmente controllabile del caso concreto o, meglio, delle affermazioni fattuali che lo compongono*”²⁴.

Di certo il rilievo maggiore dell’art. 111 Cost., anche in ordine alle considerazioni espletate nel presente lavoro, assume l’enunciato “regolato dalla legge”.

Qualcuno ha sostenuto che in esso il legislatore abbia inteso esprimere una riserva di legge per la materia processuale, al fine di garantire che il processo non sia regolato da atti di normazione secondaria.

Si sottolinea come il problema non sia pretendere la regolazione analitica da parte del legislatore di ogni singolo passo del processo, bensì di “*accertare se determinati poteri attribuiti dal legislatore al giudice producano o non delle garanzie del diritto di difesa, del contraddittorio, della parità delle armi*”²⁵.

Non si tratta di contrapposizione tra discrezionalità del giudice da una parte e garanzia dall’altra!

Infatti, la norma non sembra essere destinata ad incidere sui rapporti tra potere legislativo e giudiziario, posto che i giudici non hanno il potere di emanare norme generali ed astratte, ma soltanto di regolarne il caso concreto attraverso l’applicazione di norme preesistenti.

L’attribuzione al giudice di un certo grado di discrezionalità nella disciplina del singolo procedimento non ha, pertanto, alcuna attinenza con la riserva di legge.

²³ Cfr. ELVIO ANCONA, *Sul giusto processo, ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in www.filosofiadeldiritto.it.

²⁴ CARRATTA, *Prove e convincimento del giudice nel processo civile*, in Riv. Proc. Civ. 2003, 27 e ss.

²⁵ CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Fallimento*, 2002, 260.

Può dirsi giusto il processo regolato dalla legge attraverso una disciplina agile e sintetica che ne assicuri le garanzie essenziali, ma che sia suscettibile di essere adattata dal giudice alle differenti situazioni processuali mediante l'uso dei suoi poteri di direzione e regolazione senza, però, sconvolgere il dettato della norma.

In definitiva si può affermare che il giusto processo é legato direttamente alla giustizia del suo risultato.

La finalità della giustizia procedurale non é quella di garantire solo il rispetto dei diritti degli attori del processo in quanto tali, ma di dirimere i conflitti tra i consociati.

L'obiettivo perseguito é in sostanza la giustizia della sentenza.

La sentenza é giusta nei limiti imposti dal carattere fallibile del giudizio quando ha, come presupposto, la corretta applicazione delle norme applicabili al caso di specie e l'esatta ricostruzione dei fatti di causa.

L'affermazione del principio del giusto processo, sia da parte delle norme sopranazionali che della Costituzione si riflette, perciò, anche sui compiti e sul ruolo del giudice nazionale.

Questi, svolgendo un ruolo centrale nell'attuazione e nel rispetto di quel principio, assume la funzione di garante del diritto, diritto costituito non solo da norme nazionali²⁶.

Il giusto processo sarà garantito attraverso il rispetto delle norme di fronte a cui, i giudici, non possono che chinare la testa in virtù di un ossequioso rispetto.

Riflessioni conclusive

I tentativi di privilegiare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, a svantaggio di quella di garanzia soggettiva volta a garantire la giustizia del caso singolo, risultano incoerenti o, quantomeno, inadeguate sia sul terreno costituzionalistico sia su quello di interpretazione degli atti normativi.

Considerando che l'art. 111 Cost. non reca traccia della funzione nomofilattica; che il combinato disposto degli art. 24 e 111 Cost. sancisce il diritto di azione e di difesa anche nel giudizio di Cassazione e, infine, che l'art. 101 comma 2 e l'art. 104 Cost., rispettivamente assoggettando ogni giudice solo alla legge e sancendo l'indipendenza, anche interna, della magistratura, risulta difficile accreditare una funzione oggettiva di

²⁶ M. BOVE, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, in Riv. Dir. Proc., 2/2002.

indirizzo giurisprudenziale del giudice di legittimità, se non nei limiti in cui essa sia funzionale ad assicurare il controllo di legalità delle sentenze secondo il principio fissato dall'art. 111 comma 7 Cost.

Non a caso, dunque, si è sostenuto che *“la Costituzione non ha accolto, nemmeno indirettamente, il principio di nomofilachia”*²⁷.

L'enfaticizzazione della funzione nomofilattica e la valorizzazione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, rischia di esaltare, oltre ogni misura, il monopolio interpretativo della Suprema Corte a tutto detrimento non solo del pluralismo interpretativo dei giudici di merito ma anche delle prerogative del circuito politico-democratico.

Da ciò, in ipotesi, si potrebbe paradossalmente conseguire un eccessivo rafforzamento del vertice del sistema giudiziario col rischio che le corti territoriali si dovrebbero conformare totalmente alle pronunce giurisprudenziali della Cassazione, anche forzando oltre misura il tenore testuale delle disposizioni normative; se *“l'interpretazione della Suprema Corte in punto di diritto dovesse ritenersi vincolante per i giudici di merito, essa finirebbe per divenire legge che questi ultimi devono applicare in luogo di quella scritta dal legislatore”*²⁸.

Non è accettabile un siffatto potere da parte di un organo giurisdizionale, dal momento che sono i polmoni del parlamento a provvedere alla funzione legislativa.

L'attività del giudice deve essere riportata ad una funzione di interpretazione ed adeguamento del diritto alla realtà, senza andare oltre, in modo ragionato.

Da tempo, in dottrina, si discute sulla lenta ma irrefrenabile apertura alla creatività del giudice, nei sistemi di diritto scritto, come soluzione alla incompletezza e all'incertezza degli ordinamenti giuridici.

Eppure non sono mancate considerevoli resistenze alla valutazione di un diritto giurisprudenziale quale fonte creativa.

Si pensi, rapidamente, alle visioni di illustri illuministi (Montesquieu, Beccaria, Filangieri) per i quali la legge è assolutezza e completezza.

Il fatto che, purtroppo, molte volte manchi una esplicita volontà normativa, oppure si registri la presenza di norme di difficile intellegibilità oppure, ancora, si registrino norme esistenti nel tessuto giuridico nazionale ma che per il rapidissimo processo di progresso,

²⁷ G. SCARSELLI, *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in www.judicium.it, 5.

²⁸ Così F. RICCI, *La suprema Corte tra funzione nomofilattica e tutela dello jus litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2009, 578.

non siano più in grado di disciplinare quella determinata fattispecie, non può legittimare il magistrato a creare e/o integrare il diritto, addirittura con efficacia che, resa *inter partes*, diverrà produttrice di conseguenze giuridiche *erga omnes*.

La certezza di un processo giusto e di una giusta decisione potrà essere garantita solo allorché i giuristi lavoreranno in modo adeguato al fine di “leggere” ciò che è già scritto nella norma giuridica.

Si auspica, pertanto, che il giudice non prevarichi le altrui competenze, violando le impostazioni di uno Stato di diritto quale è quello italiano.

Il pericolo è quello di aberrazioni giuridiche che minano l'unicità e la tripartitività del diritto, la centralità e la terzietà del giudice al quale sia consentito creare solo ed esclusivamente negli eccezionali casi in cui non sia possibile applicare la legge (vuoto normativo o cattiva stesura della norma).

Mario Ferrero Grudano