

In caso i cd. *overruling* - e cioè allorché si assista ad un mutamento, ad opera della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo - la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della Suprema Corte, successivamente travolta dall'*overruling*, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa.

Ciò vuol dire che, per non incorrere in violazione delle norme costituzionali, internazionali e comunitarie che garantiscono il diritto ad un Giusto Processo, il giudice di merito deve escludere la retroattività del principio di nuovo conio

E' quanto stabilito dal Tribunale di Varese con la sentenza depositata ieri che esclude nel caso di specie la retroattività del principio di diritto enunciato da Cass. civ. SS.UU.9 settembre 2010 n. 19246 in materia di costituzione dell'opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

(Altalex, 9 ottobre 2010. Si ringrazia il dott. Giuseppe Buffone per la segnalazione)

Tribunale di Varese

Sezione Prima civile

Sentenza 8 ottobre 2010

**Fatto**

L'odierno giudizio trae linfa dall'opposizione al decreto ingiuntivo oggetto di impugnazione mediante la citazione introduttiva del giudizio. La costituzione dell'attore, successivamente alla notificazione del libello di opposizione, è avvenuta entro i dieci giorni dalla notifica ma oltre il quinto giorno.

Questo giudice deve interrogarsi, anche in mancanza di sollecitazione di parte, della procedibilità dell'opposizione, trattandosi di questione giuridica rilevabile d'ufficio.

Nel caso di specie, tuttavia, trattandosi di causa pendente dal 2005, le parti hanno sollecitato un giudizio sulla questione, onde evitare ulteriore attività processuale da ritenersi poi non utile ai fini della decisione. Hanno, così, chiesto discussione orale della causa ex art. 281-sexies c.p.c. e questo giudice, ritenendo condivisibile la richiesta, ha trattenuto la causa in riserva per deciderla secondo il modulo della trattazione orale.

## Diritto

L'eccezione di improcedibilità non è fondata e va respinta, ma nei termini e per gli argomenti giuridici che seguono, condivisi dalla giurisprudenza civile di questo Tribunale.

### 1. Mutamento giurisprudenziale: Cass. civ. Sez. Unite, sentenza 9 settembre 2010 n. 19246

A parte un unico risalente precedente, rimasto assolutamente isolato (Cass. 10 gennaio 1955 n. 8), la giurisprudenza della Corte di Cassazione è stata costante nell'affermare che quando l'opponente si sia avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la sua costituzione è automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario (principio affermato, nei vigore dell'art. 645, come modificato con il D.P.R. n. 597 del 1950, art. 13 a cominciare da Cass. 12 ottobre 1955, n. 3053 e poi costantemente seguito; v. Cass. n. 3355/1987, 2460/1995, 3316 e 12044/1998, 18942/2006).

L'indirizzo di legittimità, per effetto della costante conferma nel tempo, ha assunto le foggie di un vero e proprio "diritto vivente" che, come noto, costituisce espressione della *norma quale vive nell'ordinamento*[1] ovvero il significato giuridico che, tratto dall'enunciato normativo, deve seguirsi come dettato legislativo. Il costume giurisprudenziale di cui si tratta è rimasto controverso solo per quanto concerne la rilevanza o meno della volontarietà dell'opponente, nell'assegnazione all'opposto dei termini a comparire dimezzati o inferiori al termine ordinario, ai fini dell'effetto conseguente del dimezzamento dei termini di costituzione dell'attore[2].

E' stata la Corte costituzionale, di recente, a riconoscere in tale interpretazione un "diritto vivente". Nella ordinanza n. 230 del 22 luglio 2009[3], la Consulta afferma: "*è orientamento giurisprudenziale consolidato, costituente diritto vivente, quello secondo cui, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163-bis cod. proc. civ., anche se involontaria, e che la tardiva costituzione dell'opponente è equiparata alla mancata costituzione, determinando l'improcedibilità dell'opposizione*"[4].

Secondo lo jus receptum, formatosi in calce all'art. 645 c.p.c., dunque, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163-bis cod. proc. civ. In altri termini: i termini di costituzione si dimezzano solo se vengono ridotti i termini a comparire. Il diritto vivente così richiamato è stato più volte nel tempo sospettato di illegittimità costituzionale, ma la Consulta ha escluso la violazione dell'art. 111 Cost. riconoscendo, al contempo, però, nella disciplina ex art. 645 comma II, c.p.c., una "*compromissione della euritmia del sistema*", la cui "modifica non può che essere rimessa all'opera del legislatore" (Corte costituzionale, ordinanza 8 febbraio 2008 n. 18).

Stando al diritto vivente così richiamato, nel caso di specie l'opposizione dovrebbe essere dichiarata procedibile: l'opponente si è costituito oltre il quinto giorno (ma entro i dieci) avendo, però, concesso all'opposto il termine ordinario per comparire senza alcuna riduzione o dimezzamento.

La conclusione che precede sembra perdere, però, di validità alla luce del recentissimo intervento della Suprema Corte di Cassazione, nella sua massima composizione. Infatti, con la sentenza 9 settembre 2010 n. 19246, le Sezioni Unite civili hanno "puntualizzato" che *"esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà"*.

Secondo il Supremo Collegio, dunque, il dimezzamento dei termini di costituzione dell'attore non dipende dal fatto dell'assegnazione all'opposto di un termine a comparire ridotto rispetto al quantum ordinario ma dalla circostanza tout court della opposizione. Seguendo la direttrice ermeneutica tracciata dalle Sezioni Unite, l'opposizione dovrebbe essere dichiarata improcedibile.

Questo giudice reputa che, per i procedimenti civili instaurati prima del 9 settembre 2010 (data di deposito della sentenza delle Sezioni Unite), il principio di diritto enunciato da Cass. civ. 19246/2010 non sia applicabile, dovendosi tenere fermo il diritto vivente come fotografato da Corte cost. 230/2009.

## 2. Overruling

L'ordinamento civile italiano, perseguendo il fine di deflazionare il contenzioso e al contempo preservando l'esigenza di certezza del diritto, valorizzando l'interesse pubblico alla prevedibilità delle decisioni, ha nel tempo rafforzato l'efficacia vincolante del precedente di legittimità, in particolare di quello autorevole reso a Sezioni Unite, "potenziando" il controllo nomofilattico, valorizzando la peculiare vocazione del giudizio di legittimità, e, così, perseguendo il tendenziale obiettivo di assicurare una esatta ed uniforme interpretazione della legge.

In tal senso, dapprima, la legge 2 febbraio 2006 n. 40, modificando l'art. 374 c.p.c., ha previsto che il precedente delle Sezioni Unite non possa essere disatteso tout court dalla Sezione Semplice che, là dove intenda discostarsi dal pronunciamento nomofilattico, deve investire della quaestio juris in riedizione le stesse Sezioni Unite (art. 374, comma III, c.p.c.). Lo stesso saggio di legificazione ha, anche, allargato le maglie procedurali del "principio di diritto nell'interesse della Legge" (art. 363 c.p.c.) sottolineando "una evoluzione legislativa (...) orientata al potenziamento della pura funzione di corretta osservanza della legge ed uniforme applicazione del diritto" (su cui cfr. Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 1 giugno 2010 n. 13332).

Successivamente, la legge 18 giugno 2009 n. 69 ha ulteriormente rafforzato la "tenuta" dalla regola giuridica a formazione nomofilattica introducendo uno scrutinio semplificato (sfociante in rigetto[5])

con motivazione agevolata) in caso di allineamento del *decisum* del giudice di merito al precedente conforme di legittimità (art. 360-bis c.p.c., su cui cfr. Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 6 settembre 2010, n. 19051).

Dalle premesse che precedono si trae una conclusione: la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è più semplice espressione degli indirizzi di legittimità di un organo giudiziario ma Giudice che contribuisce a garantire la “certezza del diritto” nell’ordinamento (v. art. 65 ord. giud.) così divenendo il suo precedente tendenzialmente vincolante per il giudice di merito e avvicinandosi il diritto vivente al diritto positivo anche dal punto di vista della “introduzione” delle regole giuridiche e non solo dal punto di vista della loro interpretazione.

In tal modo si espresse già a suo tempo l’autorevole Dottrina, allorché segnalò come formalmente l’autorità del principio dello *stare decisis* in Italia si potesse ritrovare in due principi affermati dalla Cassazione: quello della motivazione semplificata in caso di richiamo al precedente di legittimità che si conferma[6] e quello dell’obbligo di motivazione rafforzata nel caso in cui il precedente venga disatteso[7].

Entro tale cornice – come è stato Autorevolmente scritto – la Suprema Corte diventa “uno dei luoghi essenziali in cui la “legge” si definisce e si manifesta”.

Ciò, però, vuol anche dire che, in alcuni casi, il *revirement* giurisprudenziale può avere le stesse fattezze e lo stesso impatto dello *jus superveniens*, in specie nel caso in cui le Sezioni Unite enuncino un principio di diritto che affiora nella giurisprudenza e tra gli operatori del diritto come regola del tutto nuova, se raffrontata al costume pretorile seguito costantemente sino alla sua emersione.

Il fenomeno sin qui descritto è ben noto nei regimi di *common law* e viene identificato nell’istituto del cd. *overruling*: un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e dunque una somministrazione al giudice del potere-dovere di giudicare dell’atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione della domanda. L’*overruling* pone il (serio) problema dell’efficacia nel tempo dell’abrogazione del precedente che è del tutto affine, per effetti, all’abrogazione della norma, soprattutto per il destinatario finale del servizio di Giustizia: in ambo i casi, sopravviene una regola di diritto neofita, in un contesto in cui, sino al nuovo pronunciamento, ne vige una diversa o addirittura contraria nell’imperativo che ne costituisce il contenuto.

Il problema della limitazione della retroattività del mutamento giurisprudenziale è risolto nel Common Law con il metodo del cd. *prospective overruling*: il giudice stabilisce che la soluzione adottata dal nuovo precedente varrà solo per il caso deciso e per le future fattispecie ma non per le fattispecie precedentemente disciplinate per le quali avrà sempre valore il precedente *overruled*. Il sistema qui richiamato riguarda solo casi speciali e particolari come, ad esempio, quelli in cui il mutamento giurisprudenziale modifici, in senso peggiorativo per il cittadino, le norme di accesso al processo e, dunque, alla Giustizia. In questi casi, la retroattività del nuovo *stare decisis* andrebbe a vulnerare rapporti quesiti dal punto di vista sostanziale in ragione dell’improvviso mutamento

delle regole processuali che ad essi sono sottesi: come avviene esattamente nel caso di specie, quanto al principio di diritto enunciato da Cass. civ. SSUU 19246/2010. Un elevatissimo numero di procedimenti civili dovrebbe essere definito con sentenza di improcedibilità dell'opposizione perché introdotti nel vigore di una norma che abilitava i difensori a costituirsi, per l'opponente, entro i dieci giorni e non anche cinque, in caso di assegnazione all'opposto dell'integralità del suo quantum ordinario per comparire. Da qui, peraltro, le preoccupazioni già espresse dalla classe forense italiana nel comunicato del Consiglio Nazionale Forense del 6 ottobre 2010.

Diventa, invero, fisiologico interrogarsi circa la regola della retroattività nell'ambito della teoria della natura puramente dichiarativa della interpretazione giudiziale. Orbene, dai rilievi che precedono, è evidente come siano condivisibili le osservazioni di Autorevole Dottrina afferma che la retroattività "sorprende gli interessati e quindi attenua o esclude la prevedibilità" del comando legislativo: da qui, invero, una precisa risposta della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[8] che, come noto, impone 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) limitando, 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., per 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).

Il punto di partenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è che il termine legge riguarda anche la norma di diritto vivente ("*englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle*") con conseguente estensione del principio di irretroattività all'ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti in malam partem (soprattutto nel diritto penale).

Anche la Corte di giustizia della CE ha recepito il principio di irretroattività della giurisprudenza creativa (cfr. da ultimo, CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, Groupe Danone c. Commissione) stabilendo che deve essere impedita l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma nel caso in cui si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa.

È vero che tali pronunciamenti riguardano in specifico il settore penale, ma il problema investe la problematica generale della principio di Legalità, che salvaguarda lo stesso accesso del cittadino alla Giustizia: si pensi al caso di specie. Il giudizio è stato introdotto il 14 luglio 2005 e, dopo intense e onerose attività processuali (come CTU e prove orali) questo verrebbe caducato in rito per improcedibilità sopravvenuta, alla distanza di oltre cinque anni.

Una simile conclusione non può che qualificarsi come violento strappo al tessuto connettivo degli artt. 24 e 111 Cost. con manifesta violazione dei soggetti coinvolti che non troverebbero sbocco in una pronuncia del merito per motivi estranei in modo assoluto alla condotta, volontà o colpa dei litiganti e dei difensori. Da qui la necessità, secondo questo giudice, di applicare una interpretazione conforme a Costituzione.

I principi sin qui richiamati sono stati, invero, recepiti anche dalla Corte di Cassazione, con una giurisprudenza che questo giudice intende recepire e fare propria.

### **3. Contrasto degli effetti patologici dell'Overruling**

In tempi recenti, l'esigenza di preservare il cittadino dai rischi dell'overruling è stata avvertita anche dalla Suprema Corte, nella importante pronuncia: Cass. civ., sez. II, ordinanza 2 luglio 2010, n. 15811. Nella decisione, la Corte afferma che l'overruling si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e in una somministrazione all'arbitro del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione". Secondo il Collegio, *"allorché si assista, come nella specie, ad un mutamento, ad opera della Corte di cassazione, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo, la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall'overruling, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa"*;

Il Collegio riferisce che in questa direzione orienta il principio costituzionale del "giusto processo", la cui portata non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nell'art. 111 Cost., comma 2, (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), *ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa), la quale risente dell'"effetto espansivo" dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, punto 8 del Considerato in diritto).*

Il Collegio conclude ritenendo "contrario alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela – la quale è componente del principio del giusto processo – che rimanga priva della possibilità di vedere celebrato un giudizio che conduca ad una decisione sul merito delle questioni di diritto veicolate dall'impugnazione, la parte che quella tutela abbia perseguito con un'iniziativa processuale conforme alla legge del tempo – nel reale significato da questa assunto nella dinamica operativa per effetto dell'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza di legittimità -, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale.

La Suprema Corte conclude attingendo al bacino della remissione in termini per consentire al ricorrente di proporre l'impugnazione secondo le nuove regole giurisprudenziali (poiché inammissibile secondo le vecchie).

Possono, dunque, trarsi delle conclusioni: in caso di radicale mutamento giurisprudenziale che abbia ad oggetto le regole del processo e introduca, di fatto, una regola da ritenersi nuova alla luce del costume giurisprudenziale costantemente seguito sino al pronunciamento neofita (*overruling*) la parte che abbia posto in essere un'iniziativa processuale conforme al precedente indirizzo, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, conserva il diritto ad una decisione nel merito.

Posta tale premessa in principio occorre verificare quale sia lo strumento giuridico cui attingere per renderlo vitale. In casi del genere, il Collegio ha fatto ricorso all'art. 184-bis c.p.c. (oggi art. 153 c.p.c.). E, però, in genere, l'applicazione dell'istituto de quo impone un sub-procedimento che si conclude con la facoltà concessa all'istante di ripetere l'attività processuale inibita dalla decadenza andatasi a formare. Ma nel caso di specie, essendo i procedimenti come quello in esame già in istruttoria o in fase di trattazione, la remissione si risolverebbe in una lesione del principio di ragionevole durata anche con rischio di perdita delle attività processuali sino ad ora svolte ed espletate e, dunque, comunque con un effetto di sfavore per la parte sostanziale incolpevole in spregio a quanto poc' anzi affermato.

E, allora, una interpretazione costituzionalmente orientata, intrisa dei principi della giurisprudenza comunitaria e internazionale richiamata, impone di ritenere che la parte – piuttosto che essere rimessa in termini, con regressione del giudizio e conseguente grave danno alla giurisdizione – deve essere considerata come aver agito correttamente, su mero accertamento del giudice di merito che verifica l'overruling e l'affidamento incolpevole del litigante.

Tale approdo è espressione ed applicazione del principio "*tempus regit actum*" che, come regola e orienta lo jus superveniens, in materia processuale, così deve guidare e disciplinare l'overruling.

In altri termini, in caso di decisioni alle quali non può riconoscersi effetto meramente dichiarativo, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento civile italiano, deve escludersi l'efficacia retroattiva delle nuove regole interpretative in materia processuale e di accesso alla Giustizia.

Ovvio che, con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza (9 settembre 2010), tutti i procedimenti civili di nuova instaurazione saranno sottoposti alla nuova interpretazione nomofilattica, ritenendo questo giudice di dover rispettare e applicare il Supremo pronunciamento per l'avvenire.

#### **4. prosecuzione del giudizio**

Le spese di lite vanno regolate alla conclusione del giudizio che deve essere proseguito per l'ulteriore corso

A tal fine, si provvede con separata ordinanza ai sensi dell'art. 279, comma II, n. 4, c.p.c.

**Per questi Motivi**

**Il Tribunale di Varese,**

**Sezione Prima Civile,**

in composizione monocratica, non definitivamente pronunciando nel giudizio civile iscritto al n. 3527 dell'anno 2005, disattesa ogni ulteriore istanza, eccezione e difesa, così provvede:

**Rigetta**

l'eccezione di improcedibilità e dichiara l'opposizione a decreto ingiuntivo procedibile, poiché iscritta in data 14 luglio 2005;

**Rimette**

alla separata ordinanza contestuale all'odierna sentenza, le disposizioni per l'ulteriore corso del giudizio.

Sentenza letta in udienza in data 8 ottobre 2010

Varese, il 8 ottobre 2010

**Il Giudice**

**dott. Giuseppe Buffone**