

CAMERA CIVILE DI PARMA

“Termini d'iscrizione a ruolo delle opposizioni a decreto ingiuntivo: primi orientamenti della giurisprudenza di merito”

Venerdì 5 novembre 2010

relazione a cura dell'Avv. Francesco Tedioli

Partiamo dal principio di diritto elaborato dalla Cassazione, a Sezioni Unite 9 settembre 2010 n. 19246.

Esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche¹ 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. Nel caso, tuttavia, in cui l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimidiato, di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, comma 3, c.p.c.

La conseguenza immediata di tale *puntualizzazione*² è che tutte le costituzioni in giudizio dell'opponente, successive al quinto giorno dalla notificazione dell'opposizione, tempestive secondo il diritto vivente (o, meglio, la consolidatissima e mai smentita pratica degli addetti ai lavori) al tempo in cui sono avvenute, sono da qualificarsi come tardive con conseguente improcedibilità dell'opposizione e immutabilità del decreto ingiuntivo.

In questo senso si stanno orientando, taluni Tribunali, dando luogo ad una sorta di smaltimento *extra ordinem*, con pronuncia di rito e non di merito, di una nutrita numero di cause di opposizione a decreto ingiuntivo.

1 Si tratta di una pronuncia assimilabile a quelle rese nell'interesse della legge ex art 363 c.p.c., che puntualizza a livello di obiter dictum l'interpretazione dell'art. 645, comma II, c.p.c.

2 Assolutamente non necessaria alla definizione della controversia concreta in cui le Sezioni Unite erano investite.

Parte della dottrina³ ha riferito di un'interpretazione che impone un termine quasi *giugulatorio*, senza *nessuna utilità* e che non soddisfa esigenze di “certezza”, proprio perché nella fattispecie non vi è alcuna incertezza.

Il Consiglio Nazionale Forense ha, d'altro canto, definito “perverso” questo legame tra termine di comparizione e termine di costituzione; ha parlato di “conseguenze “inaccettabili” derivanti dalla recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, aggiungendo che: “*le conseguenze dell'applicazione immediata ai giudizi pendenti del mutamento di giurisprudenza appaiono... contrarie ai più elementari principi processuali, nonché gravemente lesive delle garanzie costituzionali del giusto processo, in quanto è senz'altro censurabile applicare in danno delle parti decadenze o preclusioni che non sussistevano al momento del compimento dell'atto e che siano conseguenza di un mutamento giurisprudenziale*”⁴.

Talché lo stesso CNF ha suggerito di modificare l'art. 165 c.p.c. (disciplina generale dei termini di costituzione) ovvero l'art. 645, comma II, c.p.c.

Mi chiedo: è il modo corretto di agire? Tutte le volte che interverrà un'interpretazione innovativa di carattere processuale andrà forse modificato il codice di rito?

Poiché questa soluzione legislativa è solo *de iure condendo* e dubito che si possa intervenire con un provvedimento legislativo ad effetto retroattivo, mi limito a riferire (e commentare) le interpretazioni giurisprudenziali “conservative dello *status quo ante*” che si sono fatte strada.

Le prime pronunce di merito, in particolare, ricorrono a due rimedi, volti ad evitare la conseguenza della improcedibilità, così salvando i giudizi di opposizione già promossi: da una parte la **rimessione in termini** (artt. 153 o 184 *bis* c.p.c. applicabili *ratione temporis*); dall'altra il principio del ***tempus regit actum***, entrambi per escludere l'applicazione del nuovo principio giurisprudenziale

3 A 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/admin/saggi/120/Briguglio.pdf

4 Si veda www.consigionazionaleforense.it/on-line/Home/AreaStampa/Comunicatistampa/articolo6562.html

alle opposizioni pendenti.

PRIMO FILONE **La remissione in termini**⁵

Trae la sua fonte in serie di ordinanze della Cassazione:

nn. 14627 del 17.06.2010; 15809 del 17.06.2010, n. 15811 /2⁶ 16471 del 13 luglio 2010, che sono decisioni rese sulle impugnazioni in materia di spese di giustizia avverso il decreto di liquidazione dell'indennità e delle spese di custodia in caso di sequestro penale. I ricorsi alla base delle ordinanze erano stati proposti avanti le Sezioni Penali (e secondo le regole di questo processo) in base ad una regola poi riformulata: il giudizio doveva essere proposto avanti le civili della Suprema Corte e con il quesito di diritto.

In questi (ed altri coevi) provvedimenti la Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto:

*“alla luce del principio costituzionale del giusto processo, va escluso che abbia rilevanza preclusiva l'errore della parte la quale abbia fatto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata, al tempo della proposizione dell'impugnazione, giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, e che la sua iniziativa possa essere dichiarata inammissibile o improcedibile in base a forme e termini il cui rispetto, non richiesto al momento del deposito dell'atto di impugnazione, discenda dall'**overruling**.”* Il mezzo tecnico per ovviare all'errore oggettivamente scusabile, spiega la Cassazione, è dato dalla richiesta di rimessione in termini, prevista dall'art. 184 *bis* c.p.c. (applicabile *ratione temporis*).

Questa giurisprudenza introduce, per la prima volta, un nuovo istituto, poi mutuato dalla giurisprudenza e dottrina seguenti: l'**overruling**⁷ e cioè:

⁵ Cfr. in dottrina BRIGUGLIO, *cit.*

⁶ Entrambe in materia di gratuito patrocinio del 2 luglio 2010

⁷ Il termine è proprio dei regimi di *common law*: quando sopravviene una regola di diritto neofita, in un contesto in cui, sino al nuovo pronunciamento, ne vigeva una diversa o addirittura contraria nell'imperativo che ne costituisce il contenuto.

- un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata,
- un mutamento giurisprudenziale innovativo, che si verifica quando si modificano le regole, con efficacia retroattiva, dopo che atti giudiziari e termini decadenziali siano stati valutati dai difensori in base ad una consolidata prassi ritenuta pienamente legittima;
- la 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.

Prima di proseguire, bisogna chiarire quale portata attribuisca, questa giurisprudenza, al **principio di diritto** pronunciato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite.

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 iuris* in riedizione le stesse Sezioni Unite (art. 374, comma III, c.p.c.). Lo stessa legge 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

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 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.

La premessa è resa necessaria per chiarire ulteriormente in quale accezione vada inteso l’*overruling*, che così viene assimilato al mutamento normativo di una regola di diritto positivo.

La Corte (mi riferisco alle ordinanze) aggiunge:

allorchè 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 incorsa⁸.

Ed ecco si introduce un secondo principio: quello del rispetto del principio costituzionale del **giusto processo** (art. 111 Cost.), la cui portata non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nell’art. 111, comma II, Cost. (contraddittorio, parità delle parti,

⁸ Il problema della limitazione della retroattività del mutamento giurisprudenziale è risolto nel *Common Law*, con il metodo del cd. *prospective* (o *perspective* o *non retroactive*) **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 modifichi, 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.

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 Strasburgo⁹.

La Corte, in queste ordinanze, ha, pertanto, ritenuto contrario alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela (leggi il giusto processo) il fatto che la parte, la quale abbia perseguito con un'iniziativa processuale conforme alla legge del tempo, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, rimanga priva della possibilità di vedere celebrato un giudizio che conduca ad una decisione sul merito delle questioni di diritto veicolate dall'impugnazione.

Le ordinanze, infine, introducono il terzo concetto: quello di **diritto vivente**, che si ha quando l'indirizzo di legittimità, per effetto della costante conferma nel tempo, costituisce espressione della norma quale vive nell'ordinamento, ovvero il significato giuridico che, tratto dall'enunciato normativo, deve seguirsi come dettato legislativo. Proprio su questo diritto vivente opera l'*overruling*.

Ma c'è davvero un diritto vivente in tema di termini di comparizione non dimidiati e termine di costituzione dell'opponente o è soltanto una reiterata e consolidatissima convinzione e pratica degli operatori di diritto?

Urgono ulteriori precisazioni che ci servono per verificare la compatibilità dei surrichiamati principi al caso di specie:

- a) le regole del processo debbono essere il più possibile certe *ex ante*;
- b) non esiste un formale divieto o un formale limite alla loro modifica in via pretoria;

⁹ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 317 del 2009, punto 8 del Considerato in diritto.

c) non esiste una norma che limita *ratione temporis* (come il *prospective overruling* anglosassone) gli effetti della giurisprudenza innovativa della Suprema Corte in materia processuale, la quale incida sulle regole del gioco ed, in particolare, comporti l'inasprimento di una decadenza o, comunque, un onere processuale;

d) l'*overruling* e la conseguente disapplicazione del principio di diritto (con i rimedi che andremo ad individuare), nei i casi decisi prima del *revirement* della Cassazione, dovrebbero applicarsi solo se:

1. la sorpresa sia eccessiva (la questione non sia già stata trattata con un certo grado di diffusione e la soluzione affermata con l'*overruling* non sia in qualche modo "nell'aria");
2. la nuova interpretazione porti a conseguenze obiettive irrimediabili.

Sono riscontrabili questi presupposti nel caso di specie?

Forse sì, perché alla declaratoria di improcedibilità corrisponde la formazione del giudicato sostanziale favorevole sull'altrui pretesa creditoria, peraltro, su di una pretesa a suo tempo accolta *inaudita altera parte*.

La Corte (mi riferisco sempre alle varie ordinanze che ispirano la giurisprudenza conservativa di merito) individua, infine, il rimedio: il mezzo tecnico per dare protezione alle aspettative della parte che abbia confezionato l'atto confidando sulle regole processuali suggerite da un costante orientamento giurisprudenziale, poi superato da un *revirement*, è rappresentato dall'istituto della rimessione in termini¹⁰

Per i giudizi introdotti prima del 4 luglio 2009 viene in rilievo l'art. 184 *bis*¹¹ c.p.c.; per quelli introdotti successivamente si applica, invece, l'art. 153 c.p.c.

10 Si tratta dell'unico strumento idoneo a superare l'ostacolo del decorso del termine perentorio. Il rimedio costituisce diretta conseguenza del sistema delle preclusioni e scaturisce dalla necessità di mitigarne il rigore, ogni qualvolta queste si siano verificate senza colpa della parte. Tale norma mira ad evitare che le intervenute decadenze danneggino chi senza colpa vi sia incappato (SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 170; CAPUTO, *La nuova normativa sul processo civile*, Padova, 2000, 138).

11 L'art. 184 *bis* c.p.c. è stato introdotto con la L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 19, e successivamente modificato dal D.L. 18 ottobre 1995, n. 432, art. 6, convertito dalla L. 20 dicembre 1995, n. 534.

Il disposto dell'art. 184 *bis* c.p.c. è, quindi, ancora attuale, in ossequio al principio del *tempus regit actum*.

In tutti i casi in cui opererà tale articolo bisognerà, però, superare alcune obiezioni: mi riferisco all'orientamento secondo cui l'art. 184 *bis* c.p.c., per sua collocazione sotto la rubrica della "trattazione della causa" e per il riferimento al "giudice istruttore", non sarebbe invocabile per le "situazioni esterne"¹² allo svolgimento del giudizio.

Il problema viene risolto dalla stessa giurisprudenza della suprema corte, la quale rilegge l'istituto della rimessione in termini applicando i principi del giusto processo. L'indirizzo che limita la portata applicativa dell'art. 184 *bis* c.p.c non sarebbe in linea con le aperture presenti nella giurisprudenza delle Sezioni Unite (14 gennaio 2008, n. 627; 4 febbraio 2008, n. 2520), la quale, raccogliendo gli auspici della dottrina, ha messo in luce come la lettura restrittiva non tenga conto né delle innovazioni apportate all'art. 184 *bis* c.p.c., dalla novella del 1995 "con la soppressione del riferimento alle sole decadenze previste negli artt. 183 e 184 c.p.c.", né delle "esigenze di certezza ed effettività delle garanzie difensive nel processo civile".

Si è pertanto pervenuti alla conclusione secondo cui "la regola della improrogabilità dei termini perentori posta dall'art. 153, comma 1¹³ c.p.c., non può costituire ostacolo al ripristino del contraddittorio quante volte la parte si vedrebbe dichiarare decaduta dall'impugnazione, pur avendo

12 A seguito della "trasmigrazione" dell'art. 184 *bis* nel I libro, le sentenze che all'epoca si erano occupate dell'argomento in senso restrittivo devono considerarsi superate. Mi riferisco a Cass. Sez. lav., 23 febbraio 2010, n. 4356; Cass. Sez. 5[^], 8 maggio 2000, n. 5778; Cass. Sez. 2[^], 11 luglio 2000, n. 9178; Cass. Sez. 3[^], 14 marzo 2006, n. 5474; Cass. Sez. 1[^], 7 febbraio 2008, n. 2946

13 La collocazione del contenuto dell'abrogato art. 184 *bis* tra le disposizioni generali del I libro del codice di procedura civile attribuisce all'istituto della rimessione in termini una connotazione di natura generale, tant'è che l'istituto potrà trovare applicazione non soltanto nel corso del giudizio di primo grado, ma anche nelle fasi di gravame, nel processo di appello e nel giudizio di legittimità (MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Torino 2009, 242). Può altresì ritenersi applicabile anche nel processo esecutivo, nei processi speciali di cui al IV libro del codice di procedura civile e nel processo del lavoro. Il testo della norma è rimasto invariato rispetto all'art. 184 *bis*, ad eccezione del richiamo al giudice istruttore, ora genericamente indicato come giudice, ad ulteriore conferma che la rimessione in termini debba avere ora valenza universale, collocata opportunamente all'interno della disciplina dei termini processuali (CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.*, 2009, 877, spec. 878).

ritualmente e tempestivamente esercitato il relativo potere, per un fatto incolpevole che si collochi del tutto al di fuori della sua sfera di controllo e che avrebbe, altrimenti, un effetto lesivo del suo diritto di difesa”¹⁴.

Secondo la Corte (mi riferisco sempre alle ordinanze) neppure sarebbe necessaria un’apposita istanza di parte indirizzata al giudice.

Tale istanza sarebbe necessaria solo quando la parte interessata è onerata di allegare, con essa, i fatti che hanno determinato la decadenza e di offrire la prova della loro non imputabilità: l’istanza di rimessione, in altri termini, si giustifica con la necessità che la parte profili i fatti che integrano il presupposto della causa non imputabile¹⁵ dimostrando che la decadenza è dipesa da un impedimento nonevitabile con il grado di diligenza a cui essa, il suo rappresentante processuale o il suo difensore sono rispettivamente tenuti.

Nella vicenda in esame vi sarebbero alcune particolarità che la discostano dalla regola generale:

- (a) la parte ha compiuto, entro il termine di decadenza (stabilito dal codice di procedura civile come precedentemente interpretato), un’attività processuale la quale manifesta la non acquiescenza al provvedimento impugnato;
- (b) la causa non imputabile si riconnette, non ad uno stato di materiale impedimento rientrante nell’onere di allegazione e di dimostrazione ad opera della parte interessata, ma alla scelta difensiva dipendente da indicazioni sul rito da seguire provenienti dalla consolidata giurisprudenza del tempo del promossa impugnazione, solo *ex post* rivelatesi

14 In direzione del riconoscimento della rimessione in termini si veda anche la sentenza n. 477 del 2002 della Corte costituzionale secondo cui un effetto di decadenza non può discendere da un fatto estraneo alla sfera di disponibilità della parte. Si è inaugurata, così, una linea che valorizza la tecnica di assumere i precetti costituzionali quali “fonte diretta di regolamentazione dei rapporti giuridici” (Cass. Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15783) al fine di non addebitare alla parte incolpevole le conseguenze di atti e circostanze del procedimento che siano di ostacolo all’esercizio di poteri processuali esterni.

15 Il presupposto di base perché la parte possa essere rimessa in termini è costituito dalla non imputabilità della causa. Per la determinazione di tale concetto ci si può riferire alla casistica formatasi a proposito dell’art. 294, disciplinante la rimessione in termini del contumace. Sul concetto di causa non imputabile, si veda, anche, DE SANTIS, *La rimessione in termini del processo civile*, Torino, 1997, 142. Esempi di causa non imputabile sono: caso fortuito, forza maggiore o l’inadeguatezza del termine... Il concetto di non imputabilità deve presentare anche il carattere dell’assolutezza, non essendo sufficiente la prova di un’impossibilità relativa, vale a dire la semplice difficoltà dell’impedimento.

non più attendibili.

In una siffatta situazione, nella quale l'affidamento creato dalla giurisprudenza costituisce chiara ed evidente spiegazione e giustificazione della condotta processuale della parte, la causa non imputabile è determinata e, al contempo, conosciuta dallo stesso arbitro; sicché l'art. 184 *bis* c.p.c., viene in considerazione, non già come regola di dettaglio pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti, tipici, di natura materiale ed oggettiva¹⁶ ma nella sua portata di precipitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia – coesistente alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale – che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte, quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, le gravi conseguenze di un errore nella proposizione dell'impugnazione indotto dalla stessa giurisprudenza di Cassazione¹⁷.

Dopo questa lunga premessa, vediamo, quindi, la giurisprudenza di merito che ha neutralizzato la retroattività del *dictum* delle Sezioni Unite.

Tribunale di Torino 11.10.2010 (ordinanza):

La tardiva costituzione dell'opponente e la decadenza che ne è derivata dall'aver fatto affidamento su una consolidata (al tempo della proposizione della opposizione e della costituzione in giudizio) giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, sono equiparabili e riconducibili ad un causa non imputabile all'opponente stesso ovvero ad un errore incolpevole, con la conseguente sussistenza dei presupposti per rimettere in termini l'opponente (art. 153 c.p.c. nel testo in vigore dal

16 In applicazione di tale principio cfr. Tribunale Mondovì 19 febbraio 2010, in considerazione dell'esigenza di evitare una inutile duplicazione di azioni legali oltre che nel rispetto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, ha ritenuto che possa essere rimesso in termini il creditore che sia incorso senza colpa nella sanzione dell'inefficacia del decreto ingiuntivo prevista dall'art. 644 codice procedura civile per il caso di omessa notifica del provvedimento nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia.

17 Del resto, significativa in questa direzione è l'esperienza dell'errore scusabile nel processo amministrativo (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 36; L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 34), nella quale la giurisprudenza del Consiglio di stato (Ad. plen., 19 aprile 1996, n. 2; Sez. 6[^], 20 gennaio 2000, n. 257; Sez. 4[^], 29 luglio 2003, n. 4352; Sez. 5[^], 28 maggio 2004, n. 3451) esclude che l'assenza della domanda della parte interessata sia di ostacolo alla concessione del rimedio.

4.7.2009), di guisa che la sua costituzione, effettuata oltre il termine dimidiato, ma entro quello ordinario di dieci giorni, deve essere ritenuta tempestiva. La remissione in termini, poi, non necessiterebbe di un'istanza di parte, né dell'assegnazione di un ulteriore termine per provvedervi, trattandosi di attività già compiuta.

Il tribunale di Torino richiama tutti gli insegnamenti, la filosofia (*rationes decidendi*) ed i presupposti delle ordinanze della Cassazione:

- il principio costituzionale del **giusto processo** (art. 111 Cost.);
- l'**errore** della parte che abbia fatto affidamento su una consolidata (al tempo della proposizione della opposizione e della costituzione in giudizio) giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, non può avere rilevanza preclusiva;
- il rimedio della **rimessione in termini** (art. 153 c.p.c.), alla cui applicazione non osta la mancanza dell'istanza di parte, essendo conosciuta, per le ragioni evidenziate, la causa non imputabile;
- la rimessione in termini **senza assegnare un ulteriore termine** per provvedervi, trattandosi di attività già compiuta.

Non difforme **Trib. Velletri 18 ottobre 2010**

La norma sulla rimessione in termini, nonostante la sua collocazione originaria nell'ambito della disciplina della trattazione della causa, va interpretata, anche per effetto della sopravvenuta modifica dell'art. 111 Cost., come espressione del principio generale e costituzionale del giusto processo, e quindi come strumento per evitare che dal mutamento dell'orientamento giurisprudenziale già consolidato derivi alla parte incolpevole un pregiudizio processuale non riparabile. Pertanto, al fine di ottenere tale risultato costituzionalmente necessario, la restituzione delle facoltà processuali, altrimenti precluse alla parte incolpevole, non deve necessariamente sempre attuarsi con la possibilità di compiere l'atto processuale la cui mancanza dovrebbe generare la decadenza; nelle ipotesi in cui lo stesso atto sia stato già espletato, ma sia tardivo

secondo il mutato orientamento giurisprudenziale, può anche concretizzarsi nel ritenere l'adempimento comunque tempestivo, senza necessità di ripeterlo, così evitando alla parte che, in buona fede lo abbia compiuto, la sanzione processuale, e ad entrambe le parti la regressione del processo e l'invalidazione ex post di tutti gli altri atti del giudizio (esito a sua volta in contrasto con il principio del giusto processo, ed in particolare con la ragionevole durata del giudizio).

Nella motivazione del provvedimento c'è un elemento importantissimo: la verifica della presenza, nel caso di specie, di tutti gli elementi che hanno originato le ordinanze della suprema Corte:

- un consolidato orientamento giurisprudenziale ultradecennale, che ha generato il legittimo affidamento dell'opponente sulla ritualità della costituzione entro i 10 giorni;
- il mutamento di orientamento interpretativo del giudice di legittimità (*overruling*);
- la conseguente natura scusabile dell'errore (imputabile esclusivamente all'adesione all'orientamento corrente all'epoca della costituzione), della parte su norme processuali che possono determinare l'improcedibilità del giudizio;
- l'evidenza oggettiva dell'errore scusabile e la conseguente superfluità dell'apposita istanza dell'opponente.

Identico anche la sentenza del **Trib. Pavia, 15 ottobre 2010**, sulla quale spendiamo qualche minuto, perché leggendola distrattamente, essa parrebbe **rivoluzionaria** ed introduttiva di un diverso filone: quello dell'automatica remissione in termini.

Per effetto della recente riforma del codice di procedura civile, l'istituto della remissione in termini, collocato nell'art. 153, ha assunto portata generale, non limitata alle sole ipotesi in cui le parti siano decadute dal potere di compiere determinate attività difensive nel corso della trattazione della causa; ne consegue che detto istituto può consentire la remissione in termini dell'attore in opposizione a decreto ingiuntivo che non si sia costituito nel termine che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 19246/2010, mutando la precedente giurisprudenza, hanno ritenuto debba essere dimezzato per il solo fatto che l'opposizione sia stata proposta ed indipendentemente, quindi, dal fatto che l'opponente abbia o meno assegnato

all'opposto un termine a comparire inferiore a quello legale.

In questa sentenza, che fa richiamo continuo ed espresso alle ordinanze della Suprema Corte, si dice che:

- il nostro sistema giuridico non prevede la vincolatività del precedente giurisprudenziale;
- in altre parole, le pronunce giurisprudenziali, ancorché delle Sezioni Unite, non possono che avere efficacia dichiarativa limitandosi ad interpretare la norma giuridica esistente e non costituendo mai fonte del diritto.

(E' del tutto vero? Se fosse vero, si conserva l'impianto argomentativo che legittima il rimedio della rimessione in termini?)

- non è condivisibile il recentissimo e pur apprezzabile orientamento giurisprudenziale secondo cui in caso di c.d. *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 incorsa¹⁸.
- neppure è condivisibile l'orientamento dottrinale secondo cui in caso di *overruling* occorrerebbe distinguere tra norme sostanziali e processuali limitando solo alle prima l'effetto retroattivo della novazione giurisprudenziale. In sostanza, si riferisce alla norma secondo cui non si possono mai cambiare le regole del processo durante lo svolgimento dello stesso (art. 111 Cost. e valore della predeterminazione delle regole processuali).

Fatte queste premesse il Tribunale di Pavia ritiene, pertanto, di applicare *tout court* l'istituto di carattere generale della rimessione in termini (art. 153 c.p.c.)¹⁹.

18 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 (Tribunale di Varese 8.10.2010). Qui c'è un po' di confusione tra i due rimedi e i due filoni.

19 In base all'art 153 c.p.c. *I termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al*

Infatti, così argomenta:

1. l'abrogazione dell'art. 184 *bis* c.p.c. e lo spostamento del suo contenuto nell'art. 153, cioè nel capo dedicato in via generale ai termini processuali, indica la volontà del legislatore di fare in modo che l'istituto della rimessione in termini sia di applicazione generalizzata e non limitata all'ipotesi in cui le parti siano decadute dal potere di compiere determinate attività difensive nel corso della trattazione della causa;
2. a rimessione in termini presuppone:
 - a) l'inosservanza di un limite temporale assegnato al compimento di un atto processuale;
 - b) il verificarsi di un impedimento di fatto puntuale e tendenzialmente limitato alla parte, non imputabile a quest'ultima;
 - c) l'apprezzabilità dell'impedimento, in quanto tale, con una valutazione già coeva al verificarsi di quest'ultimo;
 - d) l'accertamento in concreto dell'impedimento, sulla base degli elementi forniti dall'istanza della parte, che lasci al giudice significativi margini di valutazione circa la sussistenza o meno del fatto che ha impedito il tempestivo compimento dell'atto;
3. nel caso di specie, tutti questi elementi sono presenti:
 - a) l'opponente non ha rispettato il termine perentorio per costituirsi così come interpretato dal sopra richiamato arresto delle Sezioni Unite (ma ecco che riemergono diritto vivente + overruling e precedente vincolante);
 - b) tale comportamento non è imputabile alla parte in quanto..., l'indirizzo assolutamente maggioritario riteneva sufficiente il rispetto del termine di 10 giorni per provvedere all'iscrizione a ruolo (e che cos'è questo se non il diritto vivente?);
 - c) il mutamento giurisprudenziale è stato riconosciuto dalla Stessa Suprema Corte elemento sufficiente per concedere la rimessione in termini (Cass. 14627/2010) (si tratta di *overruling* su diritto processuale vivente ed errore incolpevole che giustifica la rimessione in termini reinterpretata con il 111 Cost.)²⁰.

giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma.

²⁰ *Contra* CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*

Conclude, pertanto, per la rimessione in termini concessa anche d'ufficio che si sostanzia nel ritenere tempestiva l'iscrizione a ruolo della causa per cui nessun ulteriore attività deve essere svolta dall'attore opponente.

Conforme anche **Trib. Milano, ordinanza 13 ottobre 2010**

Nel nostro ordinamento giuridico deve ritenersi esistente il principio secondo il quale è possibile fare affidamento sul diritto vivente, quale risulta dalla generalizzata interpretazione delle norme regolatrici del processo da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, principio che, alla luce degli artt. 24 e 111 Cost., posti a garanzia di un giusto processo come effettivo strumento di azione e di difesa, preclude la possibilità di ritenere che gli effetti dell'atto processuale già formato al momento della pronuncia della Corte di legittimità che ha mutato l'interpretazione della norma, siano regolati dalla nuova interpretazione della legge, quantomeno nei casi in cui l'applicazione della stessa secondo la modificata interpretazione viene a compromettere in radice la tutela della parte.

Nella sentenza vi è, come al solito, un espresso richiamo all'ordinanza Cass. 2.7.10 n. 15811 ed inoltre, la scelta di non attingere, come in tutti i casi precedenti, alla rimessione in termini quale mezzo tecnico per ovviare all'errore oggettivamente scusabile ma di proseguire il processo, ritenendo che ciò non determini una lesione dei diritti di difesa dell'opposto;

Idem Tribunale di Bari 4.10.2010, secondo cui: la rimessione in termini si traduce nell'assegnazione di un termine per il compimento delle attività precluse solo nel caso in cui tali

in www.judicium.it/admin/saggi/119/2010CaponiDecrIngiunTerminiOpposizioneAcademiaJudicium.pdf secondo cui: **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, bensì non si è verificato nessun impedimento; non c'è errore scusabile, bensì manca proprio l'errore; **c)** l'impedimento viene supposto come esistente unicamente con una valutazione *ex post*, dettata dal sopravvenire di un evento (mutamento dell'orientamento costante di giurisprudenza sull'interpretazione di una norma processuale), che viene artificialmente qualificato come «venir meno dell'impedimento»; **d)** l'accertamento in concreto dell'impedimento è superfluo, come è superflua l'istanza della parte, né sussiste un significativo margine di apprezzamento da parte del giudice. In altri termini, applicare la rimessione in termini in questa fattispecie è una vera e propria finzione.

attività non siano state poste in essere. Se l'atto in questione sia stato compiuto, nonostante la scadenza del termine di legge, la rimessione in termini consiste nel valutare l'attività compiuta come tempestiva.

Idem Tribunale di Marsala Ordinanza 20 ottobre 2010 che è interessante perché affianca al principio costituzionale del giusto processo i **principi inferibili dalla CEDU** (ed in particolare dall'art. 6) secondo cui l'errore della parte che abbia fatto affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, non può avere rilevanza preclusiva, dovendosi mantenere inalterate, a giudizio in corso, le c.d. regole del gioco. L'applicazione di tali coordinate costituzionali ed internazionali pongono il problema dell'*identificazione all'interno del nostro ordinamento giuridico di uno strumento tipico*, atto a soddisfare tali esigenze di giustizia sostanziale.

Il tribunale ritiene che tale strumento non possa essere identificato nell'applicazione combinata dei principi dell'irretroattività del diritto vivente (c.d. *overruling*²¹ e del "*tempus regit actum*");

Infatti:

- il principio di irretroattività del diritto vivente (c.d. *overruling*), tipico degli ordinamenti di *Common Law*, postula il carattere costitutivo e vincolante delle pronunzie delle Corti Superiori (c.d. principio dello "*stare decisis verticale*"), invero non operante nel nostro ordinamento, ove ogni giudice è libero di interpretare secondo la propria discrezionalità la disposizione di legge, anche discostandosi (pur motivatamente) dalle posizioni della Suprema Corte;
- la violazione dei termini di costituzione da parte dell'opponente non si può mai stimare valida sulla scorta del principio *tempus regit actum*, il quale opera solo quando la norma di carattere processuale vien mutata dal diritto positivo codificato e non anche quello vivente (giurisprudenza).

21 Nell'accezione di *prospective overruling*.

Lo strumento necessario per far salve le ragioni di giustizia sostanziale debba essere riscontato nell'istituto *ex art. 153 c.p.c.*, il quale consente di rimettere in termini la parte che abbia incolpevolmente violato un termine perentorio. In particolare, l'incolpevole errore può ben essere identificato in un improvviso e radicale mutamento da parte della Corte di Cassazione del proprio, consolidato, pregresso orientamento in ordine alle modalità computative di tali termini decadenziali. (e che altro è se non *overruling*?)

Ritiene, infine, (come la giurisprudenza già citata e le stesse ordinanze della Cassazione), che non sia necessario regredire il processo, già istruito, alla situazione in cui si è verificata la decadenza e cioè alla sua fase iniziale, identificata nella costituzione in giudizio delle parti.

Sarà necessaria una riapertura parziale, solo se è essa richiesta per far salvo il c.d. principio di parità delle armi processuali²²

Ma, nei casi di specie, la rimessione in termini riguarda un'attività processuale (costituzione) che non innova in alcun modo il complesso allegatorio o probatorio preesistente alla sua realizzazione (essendosi lo stesso cristallizzato nell'atto di citazione notificato, nella comparsa di risposta depositata e nelle successive memorie processuali). Pertanto, non è necessaria alcuna regressione e la rimessione in termini può esaurirsi in una riqualificazione di tale atto come tempestivo.

Conf. Trib. Padova 14 ottobre 2010.

SECONDO FILONE **Tempus regit actum**

Il riferimento è a **Tribunale di Varese, sentenza 8 ottobre 2010**, la quale (ispirandosi anch'essa apertamente alle ordinanze della Cassazione), tra l'altro, si interroga sulla procedibilità

²² A seguito dell'intervenuta rimessione, il processo non regredisce in toto alla situazione precedente, ma riapre dette fasi, con riferimento a quei soli poteri, rispetto ai quali la parte sia stata rimessa in termini, in modo non dissimile da quanto si verifica nel caso di ammissione di prove d'ufficio *ex art. 184* (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli, 1999, 169). La rimessione in termini, ove disposta, comporta tuttora la reintegrazione della parte nell'esercizio di quelle attività processuali, da cui era decaduta (CAPUTO, *cit.* 139) e attribuisce alla controparte analogo potere di reazione in punto di eccezioni, prova contraria, ecc.

dell'opposizione in mancanza di sollecitazione di parte, trattandosi di questione giuridica rilevabile d'ufficio.

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.

In questa sentenza è interessante il richiamo alla giurisprudenza comunitaria: “è evidente come siano condivisibili le osservazioni di Autorevole Dottrina la quale 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 che, come noto, impone la “conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione”²³ limitando, pertanto, l'efficacia del mutamento giurisprudenziale “creativo” ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione²⁴.

Una sorta di prospective overruling di produzione comunitaria?

Il punto di partenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è che il termine legge riguarda anche la norma di diritto vivente, con conseguente estensione del principio di irretroattività all'ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti in *malam partem*.

E' estensibile anche alla giurisprudenza innovativa e non soltanto alla legislazione?

Anche la Corte di giustizia della CE ha recepito il principio di irretroattività della giurisprudenza

23 Cfr. *Sunday Times c. Regno Unito*, sentenza del 29 aprile 1979, §§ 48-49.

24 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.

creativa²⁵ 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 commessa²⁶.

Sulla scorta di tutte queste premesse, il Tribunale di Varese afferma che l'improcedibilità generalizzata delle opposizioni a decreto ingiuntivo pendenti anche da oltre 5 anni non può che qualificarsi come violento strappo al tessuto connettivo degli artt. 24 e 111 Cost. (il giusto processo) 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.

Infine, il Tribunale conclude non attingendo al bacino della remissione in termini. L'applicazione dell'istituto de quo imporrebbe 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 durata²⁷ 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 affermato²⁸.

25 Cfr. da ultimo, CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*

26 È vero che tali pronunciamenti riguardano in specifico il settore penale, ma il problema investe la problematica generale della principio di legalità, che salvaguardia lo stesso accesso del cittadino alla Giustizia.

27 Per una critica a tale interpretazione vedi Tribunale di Velletri che richiama la motivazione della predetta ordinanza 14627/2010 della Suprema Corte: nel caso del cd. *overruling*, l'art 184 bis c.p.c., viene preso in considerazione, non già come regola di dettaglio pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti, tipici, di natura materiale ed oggettiva, ma nella sua portata di precipitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia - coesistente alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale - che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte, quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, le gravi conseguenze di un errore indotto dalla stessa giurisprudenza precedente;

28 Per una critica a tale aspetto sempre Tribunale di Velletri: certamente la modalità di restituzione in termini senza rinnovazione dell'atto viziato non deve tradursi in un pregiudizio per la controparte, ovvero nel caso di specie per l'opposto, al quale la costituzione tardiva ha sottratto tempo (da 1 a 5 giorni) per l'esame dei documenti prodotti dall'opponente all'atto della costituzione. Ma se l'opposto ha aderito all'orientamento di legittimità all'epoca già consolidato, costituendosi nel termine ordinario, nulla eccependo sulla tempestività della costituzione della

Il tribunale pare non conoscere o non condividere la nuova lettura costituzionale del 184 bis e del 153 c.p.c.

E, allora così argomenta: 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 *ius 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.

Anche il **Tribunale Sant'Angelo dei Lombardi 20 ottobre 2010** esclude la rimessione in termini. L’*overruling* realizzato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 19246/2010, giustifica l’errore cui è incorsa la parte che abbia seguito l’indirizzo giurisprudenziale previgente. La parte incorsa in errore, però, piuttosto che essere rimessa in termini, con regressione del giudizio e conseguente grave danno alla giurisdizione deve essere considerata come aver agito correttamente, sulla scorta di un mero accertamento del giudice di merito, che verifica l’*overruling* e l’affidamento incolpevole del litigante.

In sostanza il Tribunale sostiene che il filone che valorizza l’istituto della rimessione in termini giunge ad una dilatazione del medesimo oltre alla sua area di operatività, finendo con l’assegnare alla rimessione la natura di una vera e propria sanatoria.

In sostanza, secondo il giudice la rimessione in termini non potrebbe operare al di fuori della fase istruttoria e non si potrebbe estendere oltre i suoi confini.

controparte e difendendosi nel merito con riferimento ai documenti prodotti dall’opponente, la lesione non pare verificatasi.

Anche in questo caso: **il tribunale pare non conoscere o non condividere la nuova lettura costituzionale del 184 bis e del 153 c.p.c.**

Questa è la sentenza che più si avvicina alla posizione dottrinarica del Caponi²⁹ il quale afferma che un'interpretazione conforme alla garanzia costituzionale della predeterminazione delle regole di svolgimento del processo (art. 111 Cost.) impone di limitare (automaticamente, senza necessità di richiedere la rimessione in termini) l'impatto del mutamento di giurisprudenza costante della corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali ai giudizi instaurati successivamente alla pubblicazione dell'*overruling* (in questo caso ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo instaurati successivamente al 9 settembre 2010).

Le argomentazioni di questo Autore si fondano su:

- a) il principio del giusto processo, in base al quale la certezza del diritto, la predeterminazione e la prevedibilità del contenuto della regola di condotta e delle conseguenze della sua violazione devono essere le più rigorose in tema di diritto processuale: *il rischio che l'errore processuale cagioni al titolare la perdita del diritto sostanziale dedotto in giudizio deve essere confinato entro il minimo indispensabile...* La costituzione tempestiva non può diventare tardiva se la Corte di cassazione cambia idea successivamente;
- b) l'inapplicabilità del regime della remissione in termini, per carenza dei suoi presupposti: *“applicare la remissione in termini in questa fattispecie è una vera e propria finzione. Non ho nulla contro le finzioni giuridiche, se non è possibile o opportuno ricorrere alla realtà giuridica, ma in questo caso ricorrere alla realtà giuridica è possibile ed opportuno”*,
- c) sulla qualifica del “precedente rivoluzionario della Cassazione” quale fonte di una nuova norma giuridica, come tale non retroattiva: in altre parole l'*overruling* sarebbe *prospecting* e *self executing*.

29 CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, cit.

Osservazioni:

1) **I mutamenti di giurisprudenza possano essere equiparati allo ius superveniens?**

In passato (Cass. 25 ottobre 1982, n. 5567) la Suprema Corte ha fornito questa risposta negativa.

Il nuovo principio derivante da una pronuncia overruled non è assimilabile allo *ius superveniens* per ciò che concerne il giudizio di rinvio.

"Pur accogliendo la più ampia nozione possibile di fatto sopravvenuto, con ampliamento dell'ambito del fenomeno anche al di là degli eventi che comportano la totale o parziale cessazione della materia del contendere o che producono mutamento del titolo della pretesa - come avviene in modo particolare nell'ipotesi in cui il factum principale abbia incidenza elidente o modificativa dell'oggetto della lite - è in ogni caso indispensabile che il factum superveniens, ai fini della deducibilità in sede di rinvio, presenti caratteristiche tali, nei suoi requisiti oggettivi, da configurarsi come evento distinto e autonomo rispetto agli elementi costitutivi della presupposta situazione di fatto in ordine alla quale si è svolto il potere di controllo della Cassazione. Nel giudizio di rinvio, pertanto, non può essere dedotto un factum superveniens che sia stato realizzato all'esclusivo fine di correggere ex post il comportamento o la condotta ritenuti carenti dalla Corte di cassazione nel giudizio sull'osservanza di una norma giuridica, in quanto tale adeguamento a posteriori, ove fosse ammesso nel giudizio di rinvio, costituirebbe una inammissibile attività correttiva della res deducta e consentirebbe l'emenda della violazione della norma, sulla quale violazione era invece fondata la pretesa fatta valere in giudizio"³⁰

La totale diversità di funzioni assegnate dalla nostra Carta costituzionale al Parlamento ed alla magistratura rende praticamente impossibile la parificazione del mutamento giurisprudenziale allo *ius superveniens*.

30 Nella specie, ritenuta dalla Corte Suprema la nullità di una delibera assembleare emanata in attuazione di una clausola statutaria parimenti nulla perché rimetteva al giudizio discrezionale degli organi societari il gradimento all'acquirente di azioni nominative e rinviata la causa al giudice di rinvio, la parte pretendeva, allegando il mutamento di giurisprudenza operato con la sentenza di cassazione, di far valere nel giudizio di rinvio una successiva delibera adottata in conformità ai principi enunciati dalla Suprema Corte. Il giudice di rinvio riteneva inammissibile tale deduzione e la Corte di cassazione ha confermato tale pronuncia.

- 2) In tutte le sentenze si dà per presupposto che costituzione dell'opponente considerata tardiva solo a seguito dell'*overruling* sia da equiparare ad un errore scusabile o un comportamento non imputabile: il principio di irretroattività del diritto vivente, postula, però, il carattere costitutivo e vincolante delle pronunzia delle Corti Superiori (c.d. principio dello "stare decisis *verticale*").

Siamo sicuri che operi nel nostro ordinamento, ove ogni giudice è libero di interpretare secondo la propria discrezionalità la disposizione di legge, anche discostandosi (pur motivatamente) dalle posizioni della Suprema Corte?

Nel caso di specie c'è davvero un *overruling*?

La cassazione (n. 19246) lo esclude, quasi irridendo i pretesi debitori che si sono costituiti fino ad oggi entro 10 gg.:

l'effetto legale del dimezzamento dei termini di costituzione dell'opponente, dipendente dal solo fatto della proposizione dell'opposizione, è pur sempre un effetto che discende dalla scelta del debitore che non può non conoscere quali sono le conseguenze processuali che la legge ricollega alla sua iniziativa.

- 3) Siamo sicuri che operi il principio *tempus regit actum*, il quale assume quale unico parametro di riferimento il diritto positivo codificato e non anche quello vivente?**

Voglio, infine, concludere presentando, da una parte, quelle che, secondo la mia opinione, sono le migliori argomentazioni per salvare un'opposizione divenuta tardiva e dall'altra quelle utili a difendere la retroattività della pronuncia delle S.U., demolendo, così, l'opposizione a decreto ingiuntivo svolta da controparte.

Argomentazioni a sostegno della **non retroattività**:

1. il precedente della Cassazione non è vincolante; si tratta solo di un'interpretazione, il giudice è, quindi, libero di decidere come crede ed anche di disattendere il dictum delle S.U.;
2. se il giudice del giudizio in opposizione a d.i. è convinto che il precedente delle S.U. sia per lui vincolante o altamente persuasivo, applicare il precedente che muta le regole processuali a giudizio già iniziato sarebbe una gravissima violazione delle regole del giusto processo, nonché della giurisprudenza comunitaria, costituzionale e della CEDU;

Pertanto il nuovo principio di diritto deve essere applicato che per il futuro.

Argomentazioni a difesa della **retroattività**:

1. le S.U. creano sempre “precedenti” che sono vincolanti; non esiste una norma di diritto positivo secondo cui le “interpretazioni” della Cassazione siano “non retroattive” in materia processuale;
2. la “non retroattività” ha sicuramente come esito il sacrificio o meglio il trattamento differenziato (*in malam partem*) della posizione di quel soggetto nei confronti del quale, per la prima volta, viene pronunciato l'*overruling*;
3. la Suprema Corte, nella sentenza a commento, smentisce che in tema di opposizione a decreto ingiuntivo esista un diritto vivente nel senso che la citazione vada iscritta a ruolo nei 10 gg. se il termine non è dimezzato. Smentisce, anche, l'*overruling*, inteso come fatto imprevisto causa di un errore incolpevole: l'errore di chi ha iscritto a ruolo oltre i 5 gg. è stato colpevole;
4. tutte le elaborazioni studiate come *antidoto* a Cass. S.U. sono fondate su istituti di elaborazione interpretativa e non su norme codicistiche. In particolare, e mi riferisco al “diritto vivente”, “al giusto processo”, la cui portata, per esempio, in alcune sentenze estende il disposto degli artt. 184 *bis* e 153 c.p.c. sino a creare un “principio generale di remissione in termini”, in altre pronunce, limita l'applicazione dei suddetti due articoli alla

mera ripetizione di atti (viziati da errore incolpevole esterno) così da non consentirla, nel caso di specie, per non rallentare il processo.

5. il principio del *tempus regit actum* opera solo in caso di diritto codificato e non in caso di interpretazioni giurisprudenziali.

Parma, 4.11.2010

[[Avv. FRANCESCO TEDIOLI](#)]