



Opposizione a decreto ingiuntivo e termini di costituzione: antidoti alla retroattività del *dictum* delle Sezioni Unite*

Francesco Tedioli

Avvocato e Cultore di Diritto processuale civile

SINTESI

a) Rilettura giurisprudenziale dell'art. 645, 2° co., c.p.c.

Le Sezioni Unite, con una recentissima pronuncia, hanno fornito una nuova interpretazione della norma che regola i termini di costituzione in caso di opposizione a decreto ingiuntivo: l'asserito debitore deve procedere ad iscrivere la causa a ruolo entro 5 giorni dalla notifica in ogni caso di opposizione (sia che essa comporti l'assegnazione di termini di comparizione dimidiati, che ordinari).

b) La risposta dei giudici di merito a tale principio di diritto

Le prime decisioni successive al *dictum* della Cassazione ne hanno escluso la retroattività, facendo ricorso agli istituti del giusto processo, dell'*overruling*, del precedente vincolante, del diritto vivente, nonché ai rimedi alternativi della rimessione in termini o del principio *tempus regit actum*.

» SOMMARIO

1. L'innovativo principio di diritto – 2. Antecedenti giurisprudenziali della soluzione «rimessione in termini» – 3. L'istituto della rimessione in termini – 4. Rassegna della giurisprudenza favorevole alla rimessione in termini – 5. Il secondo filone: *tempus regit actum* – 6. Argomentazioni a sostegno della non retroattività – 7. Argomentazioni a difesa della retroattività del *dictum* della Cassazione

1. L'innovativo principio di diritto

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, con una recente e già notissima sentenza⁽¹⁾, ha travolto il proprio consolidato ed indiscusso orientamento in tema di termini di costituzione in giudizio dell'opponente nel procedimento in opposizione a decreto ingiuntivo. Secondo l'innovativo principio di diritto, esigenze pratiche e di coerenza sistematica inducono ad affermare che, non solo i termini di costituzione delle parti sono ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico consegue al solo fatto che l'opposizione sia stata proposta.

In altre parole, la Corte ha individuato nell'art. 645, 2° co., c.p.c. la regola secondo cui i termini a comparire sono ridotti a metà in ogni caso di opposizione⁽²⁾.

Conseguenza immediata di tale puntualizzazione⁽³⁾ è che ogni qual volta l'asserito debitore si sia costituito in giudizio succes-

sivamente al quinto giorno dalla notificazione dell'opposizione – e, quindi, in maniera tempestiva secondo il diritto vivente⁽⁴⁾ al tempo del deposito – la sua opposizione va qualificata come tardiva ed è improcedibile, talché il decreto ingiuntivo diventa immutabile e definitivo.

Gli operatori hanno subito manifestato il fondato timore che i giudici si conformino all'insegnamento della Suprema Corte, dando luogo ad una sorta di smaltimento *extra ordinem*, con pronuncia di rito e non nel merito, di un nutrito numero di cause. Quanto alla reazione della dottrina⁽⁵⁾, prevalgono le critiche nei confronti di una soluzione, che – si dice – impone un termine quasi giugulatorio e senza nessuna utilità, non soddisfa esigenze di «certezza» ed interviene in una fattispecie chiarissima.

D'altro canto il Consiglio Nazionale Forense ha definito «perverso» questo speciale legame tra termini di comparizione e di costituzione; ha qualificato «inaccettabili» le «conseguenze derivanti muta-

(*) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle indicazioni bibliografiche, la relazione tenuta al Convegno, organizzato dalla Camera Civile di Parma, dal tema «Termini d'iscrizione a ruolo delle opposizioni a decreto ingiuntivo: primi orientamenti della giurisprudenza di merito», tenutosi presso l'Università di Parma il 5.11.2010. La giurisprudenza è, pertanto, aggiornata a quella data.

(1) Il riferimento è a Cass., S.U., 9.9.2010, n. 19246, pronuncia assimilabile, negli effetti, a quelle rese nell'interesse della legge *ex art.* 363 c.p.c.

(2) Se l'opponente assegna 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*, 3° co., c.p.c.

(3) Essa non era assolutamente necessaria alla definizione della controversia concreta di cui le Sezioni Unite erano investite.

(4) È più appropriato dire «secondo la consolidatissima e mai smentita pratica degli addetti ai lavori».

(5) 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*.

mento di giurisprudenza», aggiungendo che esse sono «contrarie ai più elementari principi processuali, nonché gravemente lesive delle garanzie costituzionali del giusto processo». L'organismo di rappresentanza dell'avvocatura ha concluso ricordando che 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»⁽⁶⁾. Talché lo stesso CNF ha suggerito due possibili interventi interpretativi sul codice di procedura civile: la prima ipotesi mira ad intervenire sulla disciplina generale dei termini di costituzione (art. 165 c.p.c.), consacrandosi legislativamente un cinquantennale orientamento giurisprudenziale che legava la riduzione del termine di costituzione dell'opponente-debitore alla sua scelta di fissare all'opposto-creditore un termine di comparizione inferiore a quello ordinario. La seconda mira a intervenire sull'art. 645, 2° co., c.p.c. con la precisazione che la riduzione dei termini ivi prevista non riguarda i termini di costituzione.

Entrambe le soluzioni non sono, però, soddisfacenti, perché, se accolte, introdurrebbero la prassi, alquanto pericolosa, di modificare il codice di rito ogni qualvolta intervenga una sgradita interpretazione innovativa di carattere processuale.

Poiché la riforma legislativa proposta dal CNF è solo *de iure condendo* e si può dubitare che, se approvata, avrà effetto retroattivo, conviene limitarsi commentare la giurisprudenza volta a conservare lo *status quo ante* e salvare i giudizi di opposizione già promossi. Le prime pronunce di merito ricorrono, in particolare, a due rimedi contro l'improcedibilità: da una parte la rimessione in termini (artt. 153 o 184 *bis* c.p.c., applicabili *ratione temporis*), dall'altra il principio *tempus regit actum*.

2. Antecedenti giurisprudenziali della soluzione «rimessione in termini»

Il filone giurisprudenziale della rimessione in termini⁽⁷⁾ trae la sua ispirazione da una serie di ordinanze della Cassazione⁽⁸⁾ rese in tema di impugnazioni avverso il decreto di liquidazione dell'indennità e delle spese di custodia in caso di sequestro penale. I ricorsi alla base dei provvedimenti in esame erano stati proposti avanti le sezioni penali (e secondo le regole di questo processo) in forza di una norma poi re-interpretata. Il giudizio doveva essere, invece, presentato alle sezioni civili e con uno specifico quesito di diritto. Orbene, in questi (ed altri coevi) pronunciamenti, la Cassazione ha affermato che: «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 è rappresentato dalla richiesta di rimessione in termini, prevista dall'art. 184 *bis* c.p.c. (applicabile *ratione temporis*).

Per la prima volta si introduce nel nostro ordinamento l'istituto, poi mutuato da giurisprudenza e dottrina, dell'overruling⁽⁹⁾ e cioè 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 sono stati valutati dai difensori in base ad una consolidata prassi ritenuta pienamente legittima. In altre parole, vi è overruling quando all'arbitro è conferito il potere-dovere di giudicare l'atto processuale in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della sua proposizione.

Prima di proseguire, bisogna chiarire quale portata sia attribuita al principio di diritto pronunciato dalla Suprema Corte (specialmente se a Sezioni Unite). Poiché l'ordinamento deve tentare di deflazionare il contenzioso e al contempo preservare l'esigenza di certezza del diritto, valorizzando l'interesse pubblico alla prevedibilità delle decisioni, nel tempo si è rafforzata l'efficacia vincolante del precedente di legittimità, in particolare di quello autorevole reso a Sezioni Unite; si è «potenziato» il controllo nomofilattico, valorizzata la peculiare vocazione del giudizio di legittimità, e, così, si è perseguito il tendenziale obiettivo di assicurare un'esatta ed uniforme interpretazione della legge⁽¹⁰⁾. In tale ottica, la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è più una semplice espressione degli indirizzi di legittimità di un organo giudiziario ma contribuisce a garantire la «certezza del diritto» (v. art. 65 ord. giud.). Il suo precedente diviene, pertanto, tendenzialmente vincolante per il giudice di merito; il diritto vivente si avvicina al diritto positivo anche dal punto di vista della «introduzione» delle regole giuridiche e non solo dal punto di vista della loro interpretazione. In caso di overruling, il nuovo principio di diritto viene, dunque, assimilato al mutamento normativo di una regola di diritto positivo.

Le ordinanze aggiungono che, allorché si assista 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. È, perciò, da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Si veda www.consiglionazionaleforense.it/on-line/Homel/AreaStampa/Comunicatistampa/articolo6562.html.

⁽⁷⁾ Cfr. in dottrina BRIGUGLIO, *op. cit.*

⁽⁸⁾ Mi riferisco alle ordinanze 17.6.2010, n. 14627, 17.6.2010, n. 15809 e 13.7.2010, n. 16471, nonché 2.7.2010, nn. 15811 e 15812 (queste ultime due in tema di gratuito patrocinio).

⁽⁹⁾ Il termine nasce nei regimi di common law e viene utilizzato 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.

⁽¹⁰⁾ In tal senso, dapprima la l. 2.2.2006, 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, 3° co., c.p.c.). La 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 (cfr. Cass., S.U., 1.6.2010,

n. 13332). Successivamente, la l. 18.6.2009, n. 69 ha ulteriormente rafforzato la «tenuta» della 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., S.U., (ord.), 6.9.2010, n. 19051].

⁽¹¹⁾ Il problema della limitazione della retroattività del mutamento giurisprudenziale è risolto nella common law, con il metodo del c.d. «prospective» (altrimenti detto «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 quelle precedentemente disciplinate, per le quali avrà sempre valore il precedente overruled. Il sistema qui richiamato riguarda solo casi speciali 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.

Il ragionamento trova supporto in un secondo istituto: il principio costituzionale del giusto processo, la cui portata non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie formalmente enumerate nell'art. 111, 2° co., Cost. (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), ma ne rappresenta una sintesi (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa), che 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⁽¹²⁾.

È, pertanto, contrario alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela 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.

La giurisprudenza richiamata introduce, infine, il concetto 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. Ed è proprio sul «diritto vivente» che opera l'overruling.

Per valutare se i tre principi enunciati in tema di spese ed indennità di custodia siano compatibili con le fattispecie di opposizione a decreto ingiuntivo sono necessarie ulteriori precisazioni.

In primo luogo, le regole del processo debbono essere state il più possibile certe *ex ante* e non v'è dubbio che quelle dettate dall'art. 645 c.p.c. lo fossero.

Deve poi essere chiaro che non esiste un divieto o un formale limite alla loro modifica in via pretoria. Neppure esiste – né va ricercata – 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.

Va, infine, considerato che la disapplicazione del principio di diritto conseguente all'overruling (con i rimedi che andremo ad individuare) nei procedimenti iscritti a ruolo prima del revirement della Cassazione, è possibile solo se: a) la sorpresa derivante dal mutamento giurisprudenziale sia stata "eccessiva"; in altre

parole, la questione emersa non fosse già stata trattata con un certo grado di diffusione e la soluzione affermata con l'overruling non fosse in qualche modo "nell'aria"; b) la nuova interpretazione porti a conseguenze obiettive irrimediabili.

Entrambe le condizioni paiono riscontrabili nel caso in esame, ove alla declaratoria di improcedibilità corrisponde sempre la formazione del giudicato sostanziale favorevole sull'altrui pretesa creditoria (peraltro, su una richiesta a suo tempo accolta *inaudita altera parte*).

3. L'istituto della rimessione in termini

Quanto ai rimedi, un primo 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 termini⁽¹³⁾. Per i giudizi introdotti successivamente al 4.7.2009 viene in rilievo l'art. 153 c.p.c.; per quelli introdotti antecedentemente si applica, invece, l'art. 184 *bis* c.p.c.⁽¹⁴⁾, il cui disposto è ancora attuale in ossequio al principio *tempus regit actum*. In tutti i casi in cui esso opera, bisognerà, comunque, superare alcune obiezioni. La prima è stata elaborata da quell'orientamento secondo cui l'art. 184 *bis* c.p.c., a causa della sua collocazione sotto la rubrica «trattazione della causa» e per il riferimento al «giudice istruttore», non sarebbe invocabile per le «situazioni esterne»⁽¹⁵⁾ allo svolgimento del giudizio.

Il problema viene risolto conformando l'istituto della rimessione in termini ai principi del giusto processo. In particolare, 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⁽¹⁶⁾, secondo cui la lettura restrittiva non tiene conto né delle innovazioni apportate all'articolo 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, concluso⁽¹⁷⁾ che «la regola della improrogabilità dei termini perentori posta dall'art. 153, comma I, c.p.c., non può costituire ostacolo al ripristino del contraddittorio quante volte la parte si vedrebbe dichiarare decaduta dall'impugnazione, pur avendo ritualmente e tempestivamente esercitato il relativo potere, per un fatto incolpevole che si collochi del tutto al di fuori della sua sfera di controllo e che avrebbe, altrimenti, un effetto lesivo del suo diritto di difesa»⁽¹⁸⁾.

Secondo la Corte – sempre con riferimento alle ordinanze – nep-

⁽¹²⁾ Cfr. C. cost., 4.12.2009, n. 317 (punto 8 del Considerato in diritto), in *Guida dir.*, 2010, 2, 82, con nota di BRICCHETTI, *La Consulta rende possibile un secondo giudizio se uno si è già svolto per iniziativa del difensore*.

⁽¹³⁾ 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 (cfr. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 170; CAPUTO, *La nuova normativa sul processo civile*, Padova, 2000, 138).

⁽¹⁴⁾ L'art. 184 *bis* c.p.c. è stato introdotto con l'art. 19, l. 26.11.1990, n. 353, successivamente modificato dall'art. 6, d.l. 18.11.1995, n. 432, convertito dalla l. 20.12.1995, n. 534.

⁽¹⁵⁾ A seguito della "trasmigrazione" dell'art. 184 *bis* c.p.c. nel I Libro, le sentenze che all'epoca si erano occupate dell'argomento in senso restrittivo devono considerarsi superate: il che vale, in particolare, per Cass., 23.2.2010, n. 4356, in *Foro it.*, 2010, I, 1436; Cass., 7.2.2008, n. 2946, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 183; Cass., 14.3.2006, n. 5474, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Termini processuali civili*, 4; Cass., 11.7.2000, n. 9178, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 1529; Cass., 8.5.2000, n. 5778, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Termini processuali civili*, 18.

⁽¹⁶⁾ Cass., S.U., 14.1.2008, n. 627, in *Foro it.*, 2008, I, 2591; e in *Giust. civ.*, 2009, I, 2013 (s.m.), con nota di LOPARDI, *A proposito del deposito dell'avviso*

di ricevimento nel giudizio di legittimità; Cass., S.U., 4.2.2008, n. 2520, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 8, 87; in *Fisco*, 2008, 1207; e in *Riv. giur. tributaria*, 2008, 394, con nota di GLENDI, *Nuovi orientamenti delle SS.UU. sull'avviso di ricevimento nella notifica per posta ai sensi dell'art. 140 c.p.c.*

⁽¹⁷⁾ La collocazione del contenuto dell'abrogato art. 184 *bis* c.p.c. tra le disposizioni generali del I Libro c.p.c. 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 (C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Torino, 2009, 242). Si può, altresì, ritenere applicabile anche nel processo esecutivo, nei processi speciali di cui al IV Libro c.p.c. 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 (C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, 877, spec. 878).

⁽¹⁸⁾ In direzione del riconoscimento di un'applicazione generalizzata della rimessione in termini si veda anche C. cost., 26.11.2002, n. 477, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3028; in *Fisco*, 2002, 7233; in *Dir. e giustizia*, 2002, 44, 23, con nota di GIACALONE, *Nuove regole per le notificazioni a mezzo del servizio postale*; in *Arch. civ.*, 2003, 861, con nota di DELL'AGLI, *Ancora una pronun-*

pure sarebbe necessaria un'aposta istanza di parte indirizzata al giudice. Essa sarebbe richiesta solo quando l'interessato è onerato di allegare, con l'istanza medesima, i fatti che hanno determinato la decadenza e di offrire la prova della loro non imputabilità. La domanda di rimessione in termini, in altre parole, si giustifica con la necessità che la parte profili i fatti che integrano il presupposto della causa non imputabile⁽¹⁹⁾, dimostrando che la decadenza è dipesa da un impedimento non evitabile.

Nel caso di specie vi sarebbero, però, alcune particolarità rispetto alla 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 un materiale impedimento che deve essere allegato e dimostrato ad opera della parte interessata, ma alla scelta difensiva dipendente da indicazioni sul rito da seguire provenienti dalla consolidata giurisprudenza, solo *ex post* rivelatesi non più attendibili.

In una tal situazione, nella quale l'affidamento creato dalla giurisprudenza costituisce chiara ed evidente 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 come regola pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti tipici, di natura materiale ed oggettiva⁽²⁰⁾, ma come espressione di un principio generale di superiore giustizia che vede nel rimedio restitutorio il mezzo per non far sopportare alla parte incolpevole le gravi conseguenze di un errore nella proposizione dell'impugnazione indotto dalla stessa giurisprudenza di Cassazione⁽²¹⁾.

4. Rassegna della giurisprudenza favorevole alla rimessione in termini

Dopo questa lunga premessa, necessaria per comprendere le "fonti di ispirazione" della recente giurisprudenza di merito, passiamo quindi, ad analizzare le pronunce che hanno neutralizzato la retroattività del *dictum* delle Sezioni Unite⁽²²⁾. In primo luogo, l'ordinanza del Tribunale di Torino, 11.10.2010, secondo cui «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 giu-

dizio) 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»⁽²³⁾, di modo 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 necessita di un'istanza di parte, né dell'assegnazione di un ulteriore termine per provvedervi, trattandosi di attività già compiuta».

Se si presta attenzione alla massima, il Tribunale richiama tutti gli insegnamenti, le *rationes decidendi* e le soluzioni delle ordinanze esaminate nei paragrafi precedenti: a) il principio costituzionale del giusto processo; b) l'irrelevanza preclusiva dell'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; c) il rimedio della rimessione in termini, alla cui applicazione non osta il difetto di un'istanza di parte; d) la mancata assegnazione di un ulteriore termine per provvedervi, trattandosi di attività già compiuta.

Non difforme Tribunale di Velletri, 18.10.2010, secondo cui «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».

cia della Corte costituzionale in tema di notifiche a mezzo posta: autentico corollario di tutela del diritto di difesa e differenti effetti di notifica per il notificante e per l'accipiens»; in Giur. it., 2003, 627, con nota di SIMONETTI, Il perfezionamento delle notificazioni a mezzo posta tra Costituzione e "diritto vivente": ovvero la Cassazione suona (sempre) due volte alla porta della Consulta; e ivi, 1549, con nota di DALMOTTO, La Corte manipola la norma sul perfezionamento della notifica postale: vecchie alternative e nuovi problemi; in Corriere trib., 2003, 154, con nota di BRUZZONE, Il momento di perfezionamento delle notifiche a mezzo posta; in Foro it., 2003, I, 14, con nota di CAPONI, La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi; e in Foro amm. C. St., 2003, 863, con nota di COGLIANI, Notificazioni: tempestività e garanzie del contraddittorio. Per la Consulta 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., S.U., 28.7.2005, n. 15783, in Dir. e giustizia, 2005, 36, 14, con nota di SAN GIORGIO, Arriva un onere in più per l'appellante; in Giur. it., 2006, 87; e in Foro it., 2006, I, 131, con nota di RUGGIERI, Eventi interruttivi del processo e notificazione di atti di impugnazione alle parti legittimate: l'attesa svolta delle sezioni unite; e CAPONI, In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile) 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.

⁽¹⁹⁾ Il presupposto di base perché la parte possa essere rimessa in ter-

mini 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 c.p.c., che disciplina 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 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.

⁽²⁰⁾ In applicazione di tale principio cfr. Trib. Mondovì, 19.2.2010, che, in considerazione dell'esigenza di evitare un'inutile duplicazione di azioni legali oltre che nel rispetto del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, ha rimesso in termini il creditore incorso senza colpa nella sanzione dell'inefficacia del decreto ingiuntivo prevista dall'art. 644 c.p.c. per omessa notifica del provvedimento nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia.

⁽²¹⁾ Del resto, significativa in questa direzione è l'esperienza dell'errore scusabile nel processo amministrativo (art. 36, r.d. 26.6.1924, n. 1054; art. 34, l. 6.12.1971, n. 1034), nella quale la giurisprudenza del Consiglio di Stato (C. St., ad. plen., 19.4.1996, n. 2; C. St., sez. VI, 20.1.2000, n. 257; C. St., sez. IV, 29.7.2003, n. 4352; C. St., sez. V, 28.5.2004, n. 3451) esclude che l'assenza della domanda della parte interessata sia di ostacolo alla concessione del rimedio.

⁽²²⁾ Il testo integrale e le massime di tutte le sentenze che saranno richiamate sono disponibili al seguente indirizzo: www.ilcaso.it/procedura-civile/pc645.php.

⁽²³⁾ In forza dell'art. 153 c.p.c. nel testo in vigore dal 4.7.2009.

Questa decisione è degna di nota perché, nella motivazione, vi è un'esplicita verifica dei presupposti che hanno ispirato la soluzione delle ordinanze della Suprema Corte: a) il consolidato orientamento giurisprudenziale ultradecennale, che ha generato il legittimo affidamento dell'opponente sulla ritualità della costituzione entro i 10 giorni; b) il mutamento di orientamento interpretativo del giudice di legittimità (overruling); c) la conseguente natura scusabile dell'errore della parte su norme processuali che possono determinare l'improcedibilità del giudizio; d) l'evidenza oggettiva dell'errore scusabile e la conseguente superfluità dell'apposita istanza dell'opponente.

Di identico contenuto Tribunale di Pavia, 15.10.2010, provvedimento sul quale conviene spendere qualche parola perché solo apparentemente è rivoluzionario ed introduce la diversa soluzione dell'automatica rimessione in termini.

Secondo il giudice: «per effetto della recente riforma del codice di procedura civile, l'istituto della rimessione in termini... ha assunto portata generale... e può consentire la rimessione in termini dell'attore in opposizione a decreto ingiuntivo che non si sia costituito nel termine che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione... hanno ritenuto debba essere dimezzato».

Il continuo ed espresso richiamo alle ordinanze della Suprema Corte è messo in crisi dalla convinzione che il nostro sistema giuridico non preveda la vincolatività del precedente giurisprudenziale e che, pertanto, le sentenze, ancorché delle Sezioni Unite, non possano che avere efficacia dichiarativa, limitandosi ad interpretare la norma giuridica esistente e non costituendo mai fonte del diritto. Questa contraddizione rende estremamente difficile comprendere perché il giudice ricorra alla rimessione in termini e come si possa conservare l'impianto argomentativo che legittima il ricorso al suddetto rimedio.

Nondimeno, il Tribunale non condivide «il recentissimo e pur apprezzabile» orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di c.d. overruling, la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della Suprema Corte, successivamente travolta dal mutamento interpretativo, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa tanto da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa⁽²⁴⁾. Del pari neppure ritiene condivisibile l'orientamento dottrinale secondo cui occorrerebbe distinguere tra norme sostanziali e processuali, limitando solo alle prime l'effetto retroattivo dell'innovazione giurisprudenziale.

Il Tribunale di Pavia applica tout court la rimessione in termini perché:

- 1) l'abrogazione dell'art. 184 *bis* c.p.c. e lo spostamento del suo contenuto nell'art. 153 c.p.c. indica la volontà del legislatore di fare in modo che l'istituto 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) la rimessione in termini presuppone: a) l'inosservanza di un

⁽²⁴⁾ Con notevole confusione tra i due rimedi, il giudice ritiene che, per non incorrere in violazione delle norme costituzionali, internazionali e comunitarie che garantiscono il diritto ad un giusto processo, si debba escludere la retroattività del principio di nuovo conio.

⁽²⁵⁾ *Contra* CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali*, in *www.judicium.it*, 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, ma non si è verificato alcun 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 artificiosamente qualificato come «venir meno dell'impedimento»; d) l'accertamento in concreto dell'impedimento è superfluo, come lo è l'i-

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 dello stesso; 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.

Nel caso di specie, tutti questi elementi sarebbero presenti: a) l'opponente non ha rispettato il termine perentorio per costituirsi, così come interpretato dalle Sezioni Unite; 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; c) il mutamento giurisprudenziale è stato riconosciuto, dalla stessa Suprema Corte, elemento sufficiente per concedere la rimessione in termini⁽²⁵⁾.

È evidente che la pronuncia non si discosta minimamente dalle altre sentenze di questo primo filone interpretativo, poiché fa ampio ricorso ai soliti istituti: diritto vivente, overruling, precedente vincolante, errore incolpevole e rimessione in termini nell'accezione generalizzante. Il Tribunale, conclude ritenendo tempestiva l'iscrizione a ruolo della causa, senza richiedere alcuna ulteriore attività da parte dell'attore opponente.

In questo contesto si colloca anche il Tribunale di Milano, con l'ordinanza 13.10.2010⁽²⁶⁾, la cui particolarità è di ovviare all'errore oggettivamente scusabile semplicemente proseguendo il processo, perché ciò non determina una lesione dei diritti di difesa dell'opposto. Non dissimile 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 attività non siano state poste in essere. Se l'atto in questione è stato compiuto, nonostante la scadenza del termine di legge, è sufficiente valutare l'attività come tempestiva.

L'ordinanza del Tribunale di Marsala, 20.10.2010, è, invece, interessante perché affianca al principio costituzionale del giusto processo quelli 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». Si pone, pertanto il problema dell'identificazione all'interno del nostro ordinamento di uno strumento tipico, atto a soddisfare tali esigenze di giustizia sostanziale. Il Tribunale esclude l'applicazione combinata dei principi dell'irretroattività del diritto vivente⁽²⁷⁾ e del *tempus regit actum*. Infatti, il primo, tipico degli ordinamenti di common law, postula il carattere costitutivo e vincolante delle pronunzie delle Corti Superiori (c.d. principio dello *stare decisis* «verticale»), che, secondo

stanza 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.

⁽²⁶⁾ Secondo il Tribunale, nel nostro ordinamento giuridico 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. Tale principio alla luce degli artt. 24 e 111 Cost., 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. Ciò è possibile quantomeno nei casi in cui l'applicazione della stessa, secondo la modificata interpretazione, viene a compromettere in radice la tutela della parte.

⁽²⁷⁾ Nell'accezione di prospective overruling.

l'ordinanza, non opera nel nostro ordinamento, ove ogni giudice è libero di interpretare in maniera assolutamente discrezionale la disposizione di legge, anche discostandosi (pur motivatamente) dalle posizioni della Suprema Corte.

Del pari, la violazione dei termini di costituzione da parte dell'opponente non può essere "validata" in forza del principio *tempus regit actum*, il quale opera solo quando la norma di carattere processuale viene mutata dal diritto positivo codificato e non anche da quello vivente.

Lo strumento necessario per far salve le ragioni di giustizia sostanziale è sempre l'art. 153 c.p.c., il quale consente di "rimettere in gioco" la parte che abbia incolpevolmente violato un termine perentorio. In particolare, l'incolpevole errore viene identificato con 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. Il Tribunale, che in questo modo non accantona l'istituto dell'overruling nell'accezione propria delle ordinanze della cassazione, ritiene, infine, che non sia necessario far regredire il processo, già istruito, alla situazione in cui si è verificata la decadenza e cioè alla sua fase iniziale. Sarà necessaria una riapertura parziale, solo se essa è richiesta per far salvo il c.d. «principio di parità delle armi processuali»⁽²⁸⁾. 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. Pertanto, non è necessaria alcuna regressione e la rimessione in termini può esaurirsi in una riquilibratura di tale atto come tempestivo⁽²⁹⁾.

5. Il secondo filone: *tempus regit actum*

La prima pronuncia di merito che ricorre a questo strumento è la sentenza del Tribunale di Varese, 8.10.2010, la quale (ispirandosi anch'essa apertamente alle ordinanze della Cassazione), tra l'altro, si interroga sulla (im)procedibilità dell'opposizione in mancanza di una sollecitazione di parte in tal senso. Dopo aver ritenuto la questione giuridica rilevabile d'ufficio, afferma che 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 violare le 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. La sentenza ritiene che «la retroattività sorprende gli interessati e quindi attenua o esclude la prevedibilità» del comando legislativo. È, pertanto, necessario

trovare una soluzione in una sorta di prospective overruling di produzione comunitaria ed, in particolare, nella «precisa risposta della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo» che, impone la «conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione»⁽³⁰⁾ limitando l'efficacia del mutamento giurisprudenziale "creativo" ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione⁽³¹⁾. Infatti, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo 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*.

Anche la Corte di giustizia della CE ha recepito il principio di irretroattività della giurisprudenza creativa⁽³²⁾, stabilendo che deve essere impedita l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione giurisprudenziale di una norma, nel caso in cui il suo risultato non era ragionevolmente prevedibile quando l'infrazione è stata commessa⁽³³⁾.

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., con manifesta violazione dei diritti soggettivi coinvolti, che non troverebbero sbocco in una pronuncia nel merito per motivi estranei in modo assoluto alla condotta, volontà o colpa dei litiganti e dei difensori.

Quanto al rimedio, esso non viene attinto dal bacino della rimessione in termini, perché l'applicazione di questo istituto imporrebbe un sub-procedimento che si conclude con la facoltà concessa all'istante di ripetere l'attività processuale inibita dalla decadenza così formatasi. Il Tribunale pare, infatti, non conoscere o non condividere la nuova lettura costituzionale degli artt. 184 *bis* e 153 c.p.c. quando afferma che, nei procedimenti come quello in esame già in istruttoria o in fase di trattazione, la rimessione si risolverebbe in una lesione del principio di ragionevole durata⁽³⁴⁾, anche con il rischio di perdita delle attività processuali sino ad ora svolte ed espletate. Dunque, si produrrebbe un effetto di sfavore per la parte sostanziale incolpevole in spregio a quanto poc'anzi affermato⁽³⁵⁾. Un'interpretazione costituzionalmente orientata impone, invece, di ritenere che la parte abbia agito correttamente, su mero accertamento del giudice di merito che verifica l'overruling e l'affidamento incolpevole del litigante. Tale approdo è espressione del principio *tempus regit actum* che, come regola e orienta lo *ius superveniens* in materia processuale, così deve disciplinare l'overruling. In altri termini, in caso di decisioni alle quali non può riconoscersi effetto meramente di-

⁽²⁸⁾ 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 c.p.c. (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 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, *op. cit.*, 139) e attribuisce alla controparte analogo potere di reazione in punto di eccezioni, prova contraria, ecc.

⁽²⁹⁾ Conf. Trib. Padova, 14.10.2010.

⁽³⁰⁾ Cfr. Sunday Times c. Regno Unito, sentenza del 29.4.1979, §§ 48-49.

⁽³¹⁾ Per verificare i principi della CEDU in tema di overruling: Cocchiarella c. Italia, sentenza del 29.3.2006, § 44; Di Sante c. Italia, decisione del 24.6.2004; Midsuf c. Francia, decisione della Grande Chambre dell'11.9.2002.

⁽³²⁾ Cfr., da ultimo, C. Giust. CE, 8.2.2007, causa C-3/06, P. Groupe Danone c. Commissione, in *Cass. pen.*, 2007, 2200, con nota di BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*.

⁽³³⁾ È vero che tali pronunciamenti riguardano in specifico il settore penale, ma la questione investe la problematica generale del principio di legalità, che salvaguarda lo stesso accesso del cittadino alla giustizia.

⁽³⁴⁾ Per una critica a tale interpretazione vedi il Tribunale di Velletri, che richiama la motivazione della predetta ordinanza n. 14627/2010 della Suprema Corte: nel caso del c.d. overruling, l'art 184 *bis* c.p.c., «viene preso in considerazione... quale espressione di un principio generale di superiore giustizia».

⁽³⁵⁾ Per una critica a tale aspetto v. 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 controparte e difendendosi nel merito con riferimento ai documenti prodotti dall'opponente, la lesione non pare verificatasi.

chiarativo, 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, 20.10.2010, esclude la rimessione in termini, fornendo la stessa lettura. Secondo il giudice, 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. Piuttosto che rimettere in termini l'opponente, con regressione del giudizio e conseguente grave danno alla giurisdizione, bisogna considerare che la parte ha agito correttamente. 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⁽³⁶⁾. Questa sentenza si avvicina moltissimo alla posizione dottrinale secondo la quale, per rispettare la garanzia costituzionale della predeterminazione delle regole di svolgimento del processo (art. 111 Cost.), bisogna limitare automaticamente – senza necessità di richiedere la rimessione in termini – l'impatto del mutamento di giurisprudenza costante della corte di cassazione in materia d'interpretazione delle norme processuali ai giudizi instaurati successivamente alla pubblicazione dell'overruling (in questo caso successivamente al 9.9.2010)⁽³⁷⁾.

Tale dottrina fa ampio ricorso al 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 possibili 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, pertanto, tardiva se la Corte di Cassazione successivamente cambia idea. A tal stregua essa si esprime in senso contrario alla rimessione in termini, perché ne mancherebbero i presupposti («applicare la rimessione in termini in questa fattispecie è una vera e propria finzione»)⁽³⁸⁾ e perché, pur dichiarando di non avere «nulla contro le finzioni giuridiche, se non è possibile o opportuno ricorrere alla realtà giuridica» afferma che «in questo caso ricorrere alla realtà giuridica è possibile ed opportuno»⁽³⁹⁾. Qualifica, infine, il «precedente rivoluzionario della Cassazione» quale fonte di una nuova norma giuridica, come tale non retroattiva. In altre parole anche nel nostro ordinamento l'overruling sarebbe prospecting e – si consenta il termine – self executing.

6. Argomentazioni a sostegno della non retroattività

Migliaia di avvocati, nei prossimi mesi, dovranno fronteggiarsi sul tema, talvolta sostenendo che l'opposizione da loro proposta è stata tempestiva, in altre occasioni asserendo che la causa iscritta al ruolo dal collega è improcedibile, perché tale attività è stata compiuta oltre i cinque giorni prescritti dalla Cassazione. Sembra dunque opportuno concludere presentando quelle che si

mostrano come le migliori argomentazioni a sostegno dell'una e dell'altra posizione tra loro contrastanti.

Cominciamo da quelle a supporto della non retroattività:

- 1) il precedente della Cassazione non è vincolante; si tratta solo di un'interpretazione. Nel nostro ordinamento ogni giudice è libero di decidere con assoluta libertà, anche discostandosi (pur motivatamente) dalle posizioni della Suprema Corte;
- 2) se il giudice di merito è, comunque, convinto che il precedente delle Sezioni Unite sia per lui vincolante o altamente persuasivo, applicare il “precedente” che muta le regole processuali a giudizio già iniziato è una gravissima violazione del giusto processo, della giurisprudenza comunitaria, costituzionale e della CEDU. Il nuovo principio di diritto vale solo per il futuro.

7. Argomentazioni a difesa della retroattività del *dictum* della Cassazione

- 1) Le Sezioni Unite creano sempre “precedenti” vincolanti; non esiste una norma di diritto positivo secondo cui le “interpretazioni” della Cassazione siano “non retroattive” in materia processuale;
- 2) applicare la “non retroattività” del principio di diritto significa sicuramente sacrificare, o meglio trattare in maniera differenziata (*in malam partem*) la posizione di quel soggetto nei confronti del quale, per la prima volta, viene pronunciato l'overruling;
- 3) leggendo attentamente la sentenza 9.9.2010, n. 19246, è la stessa Suprema Corte a smentire che, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, esista un «diritto vivente» secondo cui la citazione vada iscritta a ruolo nei 10 giorni se il termine di comparizione non è dimezzato. Viene, inoltre, da chiedersi se quello che si qualifica «diritto vivente» non sia altro che una reiterata e consolidatissima convinzione o pratica degli operatori di diritto. Le Sezioni Unite smentiscono anche che ricorra l'overruling. Quasi irridendo i pretesi debitori che si sono costituiti fino ad oggi entro 10 giorni, il Supremo Collegio afferma, infatti, che l'effetto legale del dimezzamento dei termini di costituzione che ricorre in ogni caso di opposizione «discende dalla scelta del debitore che non può non conoscere quali sono le conseguenze processuali che la legge ricollega alla sua iniziativa»;
- 4) tutte le pronunce “antidoto” alla sentenza delle Sezioni Unite sono fondate su istituti di elaborazione interpretativa e non su norme codicistiche. Tanto vale per il «diritto vivente», il «giusto processo», la cui portata viene gestita in maniera elastica a seconda delle circostanze. Alcune decisioni, ad esempio, estendono il disposto degli artt. 184 *bis* e 153 c.p.c. sino a creare un «principio generale di rimessione in termini»; altre pronunce ne limitano l'applicazione, consentendo la mera ripetizione di atti (viziati da errore incolpevole esterno);
- 5) l'istituto del *tempus regit actum* opera solo in caso di diritto codificato e non per le interpretazioni giurisprudenziali. Pertanto, il nuovo principio derivante da una pronuncia overruled non è assimilabile allo *ius superveniens*⁽⁴⁰⁾, anche in ragione della totale diversità di funzioni assegnate dalla nostra Carta costituzionale al Parlamento ed alla Magistratura. ■

⁽³⁶⁾ In altre parole, la rimessione in termini non potrebbe operare al di fuori della fase istruttoria e non si potrebbe estendere oltre i suoi confini.

⁽³⁷⁾ CAPONI, *op. ult. cit.*

⁽³⁸⁾ CAPONI, *op. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ CAPONI, *op. ult. cit.*

⁽⁴⁰⁾ Come sostenuto dalla Suprema Corte per ciò che concerne il giudizio di rinvio (Cass., 25.10.1982, n. 5567, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1232; e *ivi*, 2066, con nota di ANGELICI, *Fine dell'atto di gradimento?*; in *Dir. fall.*, 1983, II, 83; in *Giur. comm.*, 1983, II, 153, con nota di CASTELLANO, *Declino delle clausole di gradimento*; in *Giur. it.*, 1983, I, 1,

23; in *Foro it.*, 1983, I, 1663; e in *Riv. notariato*, 1983, 179). Nella specie, ritenuta 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 ha ritenuto inammissibile tale deduzione e la Corte di cassazione ha confermato tale pronuncia.