

Avv. Attilio Floresta

Avv. Prof. Antonino Longo

*Docente Associato
nell'Università di Catania*

Dott. Massimiliano Longo

Avv. Daniela Failla

Avv. Raffaella Spagnolello

Avv. Ivana Riolo

Avv. Alessia Manola

Avv. Piero Ciarcià

Dott. Angelo Mirko Giordano

Dott.ssa Francesca Comis

Dott. Alessandro Pellicanò

Dott.ssa Alessia Giglio

Dott.ssa Miriam Gallo

Dott. Antonio Basile

D.ssa Graziella Cavallaro

Dott.ssa M.Cristina Sofia

Dott. Gianluca Di Maria

Dott.ssa Daniela Amara

Dott.ssa Melania Torre

Dott.ssa Noemi Stracquadanio

Dott.ssa Carmen Cali

Dott. Salvatore Treccarichi

Dott.ssa Serena Schillirò

Rag. Marco Musumeci

Dott.ssa M.Valentina Toscano

Dott. Daniele Di Maggio

Ing. Fulvio A. Cappadonna

Consulenti

Dott. Stefano Longo
Già Primo Dirigente INAIL

Prof.ssa Eleonora Cardillo
*Docente Aggregato
di Ragioneria Generale
nell'Università di Catania*

Dott. Mario Stancanelli
Tributarista

Amministrazione

Rezana Lika

Grazia Maria Barbagallo

Massimo Di Giovanni

Commento a sentenza S.U. Cass. Civ. n. 1946/2010,
questioni interpretative e soluzioni proposte

Avv. Prof. Antonino Longo

Dott.ssa Francesca Comis

L'applicazione, ai giudizi in corso, dei principi espressi dalla sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno mutato orientamento in ordine al termine di costituzione dell'opponente nel processo di opposizione a decreto ingiuntivo, sta comportando gravi disagi. Molteplici ordinanze istruttorie, in seno a giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, stanno, di fatti, statuendo l'improcedibilità del giudizio per tardività della costituzione dell'opponente.

Per tali ragioni appare d'uopo, in tale sede, suggerire l'adozione di una interpretazione, della sentenza *de qua*, applicabile ai giudizi in corso, che eviti ingiuste declaratorie di improcedibilità. Le conseguenze dell'applicazione immediata, ai giudizi pendenti, del mutamento di giurisprudenza appaiono, infatti, inaccettabili e 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.

Sull'orientamento seguito fino alla

Sent. S.U. Cass. Civ. n. 1946/2010

La sentenza menzionata ha stravolto, attraverso un *obiter dictum*, l'interpretazione dell'art. 645, 2° comma c.p.c. – seguita dalla giurisprudenza di legittimità fin dalla metà degli anni cinquanta (a partire da Cass. 3053/1955) – in

merito alla disciplina dei termini del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratica, inducano ad affermare come non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto siano 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 sia 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 alla metà.

Alla luce di tale recente *arrêt*, difatti, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, 2° comma c.p.c., è stata sempre considerata una conseguenza della scelta (o anche solo dell'errore) dell'opponente di assegnare all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163-*bis*. Gli opposenti che, al contrario, avessero fissato un termine di comparizione pari o superiore a quello appena richiamato, avrebbero potuto utilmente costituirsi in giudizio nel termine ordinario di dieci giorni.

A parte un unico precedente contrario, rimasto assolutamente isolato (Cass. Civ. 10 gennaio 1955, n. 8), la giurisprudenza del Supremo Collegio è stata costante nell'affermare che, qualora l'opponente si fosse avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la

sua costituzione sarebbe stato automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario (principio affermato, nel vigore dell'art. 645, come modificato dall'art. 13 del d.p.r. n. 597 del 1950 a cominciare da Cass. Civ. 12 ottobre 1955, n. 3053 e poi costantemente seguito; da ultimo si vedano Cass. n. 3355/1987, 2460/1955, 3316 e 12044/1998, 18942/2006). Più recentemente, nell'ambito di tale orientamento, è stato ulteriormente precisato come l'abbreviazione del termine di costituzione per l'opponente consegua automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, essendo irrilevante che la fissazione di tale termine sia dipesa da una scelta consapevole ovvero da errore di calcolo (Cass. Civ. n. 3752/2001, 14017/2002, 17915/2004, 11436/2009).

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

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

Secondo lo *jus receptum*, formatosi in calce all'art. 645 c.p.c., dunque, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, c.p.c., **consegue automaticamente** al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163-bis c.p.c.. **In altri termini: i termini di costituzione si dimezzano solo ove dovessero essere ridotti i termini a comparire.**

Il diritto vivente così richiamato è stato più volte nel tempo sospettato di illegittimità costituzionale, ma la Consulta ha escluso la violazione dell'art. 111 Cost. riconoscendo, al contempo, però, nella disciplina ex art. 645 comma II, c.p.c., una "compromissione della euritmia del sistema", la cui "modifica non

può che essere rimessa all'opera del legislatore” (Corte costituzionale, ordinanza 8 febbraio 2008, n. 18).

Stando al diritto vivente così richiamato le opposizioni ove l'opponente si sia costituito oltre il quinto giorno (ma entro i dieci) avendo, però, concesso all'opposto il termine ordinario per comparire senza alcuna riduzione o dimezzamento, dovrebbe essere dichiarata **procedibile**.

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

Secondo il Supremo Collegio, dunque, il dimezzamento dei termini di costituzione dell'attore non dipende dal fatto dell'assegnazione all'opposto di un termine a comparire ridotto rispetto al *quantum* ordinario, bensì dalla circostanza *tout court* della opposizione. Seguendo la direttrice ermeneutica

tracciata, *prima facie*, dalle Sezioni Unite, tutte le opposizioni pendenti dovrebbero essere dichiarate improcedibili.

Un'interpretazione conforme ai principi generali di diritto impone che, per i procedimenti civili instaurati prima del 9 settembre 2010 (data di deposito della sentenza delle Sezioni Unite), il principio di diritto enunciato da Cass. civ. 19246/2010 non risulti applicabile, dovendosi tenere fermo il diritto vivente come cristallizzato nella pronuncia del Giudice delle leggi con sentenza n. 230/2009.

Sull'overruling

Appare di primaria importanza sottolineare come l'ordinamento civile italiano, perseguendo il fine di deflazionare il contenzioso e, al contempo, preservando l'esigenza di certezza del diritto e valorizzando l'interesse pubblico alla prevedibilità delle decisioni, abbia 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 un'esatta ed uniforme interpretazione della legge. In tal senso, dapprima, la l. 2 febbraio 2006, n. 40, modificando l'art. 374 c.p.c., ha previsto come il precedente delle Sezioni Unite non possa essere disatteso *tout court* dalla Sezione Semplice la quale, ove intendesse discostarsi dal pronunciamento

nomofilattico, dovrebbe investire della *quaestio juris* in riedizione le stesse Sezioni Unite (art. 374, comma III, c.p.c.). Lo stesso saggio di legificazione ha, anche, allargato le maglie procedurali del “*principio di diritto nell’interesse della Legge*” (art. 363 c.p.c.) sottolineando “*una evoluzione legislativa orientata al potenziamento della pura funzione di corretta osservanza della legge ed uniforme applicazione del diritto*” (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 1 giugno 2010, n. 13332). Successivamente, la l. 18 giugno 2009, n. 69 ha ulteriormente rafforzato la “*tenuta*” dalla regola giuridica a formazione nomofilattica introducendo uno scrutinio semplificato in caso di allineamento del *decisum* del giudice di merito al precedente conforme di legittimità (art. 360-*bis* c.p.c., su cui cfr. Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 6 settembre 2010, n. 19051). Dalle premesse che precedono si trae una conclusione: la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è più semplice espressione degli indirizzi di legittimità di un organo giudiziario, ma Giudice che contribuisce a garantire la “**certezza del diritto**” nell’ordinamento (v. art. 65 ord. giud.) così divenendo il suo precedente tendenzialmente vincolante per il giudice di merito e *avvicinandosi il diritto vivente al diritto positivo* anche dal punto di vista della “introduzione” delle regole giuridiche e non solo dal punto di vista della loro interpretazione. In tal modo si espresse già a suo tempo anche la dottrina, allorché segnalò come, formalmente, l'autorità del principio dello *stare decisis* in Italia si potesse ritrovare in due principi affermati dalla Cassazione: quello della **motivazione**

semplificata in caso di richiamo al precedente di legittimità che si conferma e quello **dell'obbligo di motivazione rafforzata** nell'ipotesi di diverso orientamento rispetto al precedente. Entro tale cornice la Suprema Corte diventa **“uno dei luoghi essenziali in cui la <<legge>> si definisce e si manifesta”**. Ciò, però, vuol anche dire che, in alcuni casi, il *revirement* giurisprudenziale possa avere le stesse fattezze e lo stesso impatto dello *jus superveniens*, in specie nel caso in cui le Sezioni Unite enuncino un principio di diritto che affiora nella giurisprudenza e tra gli operatori del diritto come regola del tutto nuova, se raffrontata al costume pretorile seguito costantemente sino alla sua emersione. Il fenomeno sin qui descritto è ben noto nei regimi di *common law* e viene identificato nell'istituto del cd. *overruling*: **un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e, dunque, una somministrazione al decidente del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione della domanda.**

L'*overruling* pone il serio problema dell'efficacia nel tempo dell'abrogazione del precedente che è del tutto affine, per effetti, all'abrogazione della norma, soprattutto per il destinatario finale del servizio di Giustizia: in ambo i casi, sopravviene una regola di diritto neofita, **in un contesto in cui, sino al nuovo**

pronunciamento, ne vigeva una diversa o addirittura contraria nell'imperativo che ne costituisce il contenuto.¹

Il problema della limitazione della retroattività del mutamento giurisprudenziale è risolto nel Common Law con il metodo del cd. *prospective overruling*: il giudice stabilisce che la soluzione adottata dal nuovo precedente varrà solo per il caso deciso e per le future fattispecie, ma non per le fattispecie precedentemente disciplinate per le quali avrà sempre valore il precedente *overruled*. Il sistema qui richiamato riguarda solo casi speciali e particolari come, ad esempio, quelli in cui il mutamento giurisprudenziale 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. Alla luce di tale principio, **tutti i procedimenti civili** dovrebbero essere definiti con sentenza di improcedibilità dell'opposizione, perché introdotti nel vigore di una norma che abilitava i difensori a costituirsi, per l'opponente, entro i dieci giorni e non anche nei cinque, nell'ipotesi di assegnazione all'opposto dell'integralità del suo *quantum* ordinario per comparire.

¹ Prima della nota pronuncia resa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nessun Giudice del Tribunale Civile di Catania ha mai dichiarato improcedibile un'opposizione a decreto ingiuntivo per iscrizione a ruolo effettuata successivamente al termine di 5 giorni, ove il termine concesso all'opposto fosse stato quello ordinario di 20 giorni.

Di qui le preoccupazioni già espresse dalla classe forense italiana nel comunicato del Consiglio Nazionale Forense del 14 ottobre 2010. Diventa, infatti, fisiologico interrogarsi circa la regola della retroattività nell'ambito della teoria della natura puramente dichiarativa dell'interpretazione giudiziale.

Orbene, dai rilievi che precedono appaiano condivisibili le osservazioni della dottrina circa la retroattività che *“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”* limitando, pertanto, l'efficacia del mutamento giurisprudenziale “creativo” **ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione:** il punto di partenza della CEDU è dato dal valore semantico del termine *“legge”* il quale riguarda anche la norma di diritto vivente (*“englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle”*) con conseguente estensione del principio di irretroattività all'ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti in *malam partem*. Tralaltro, anche la Corte di Giustizia dell'UE ha recepito il principio di irretroattività della giurisprudenza creativa stabilendo come debba essere impedita l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma nel caso in cui si tratti di interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non fosse ragionevolmente prevedibile al momento dell'ingrazione.

Appare evidente come il problema investa la problematica generale della principio di **Legalità** che salvaguarda lo stesso accesso del cittadino alla Giustizia. Numerosi giudizi pendenti verrebbero caducati in rito per improcedibilità sopravvenuta. Una simile conclusione 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 del merito **per motivi estranei in modo assoluto alla condotta, volontà o colpa dei litiganti e dei difensori.** Di qui la necessità, agli occhi di chi scrive, di proporre la revoca di eventuali illegittime ordinanze, giusta applicazione di una interpretazione conforme al dettato costituzionale.

I principi sin qui richiamati risultano, peraltro, pienamente recepiti dalla stessa Suprema Corte con una giurisprudenza che questa difesa intende evidenziare: si tratta della pronuncia resa da **Cass. civ., sez. II, ordinanza 2 luglio 2010, n. 15811.**

Nella decisione, la Corte afferma come l'*overruling* si risolva in una somministrazione all'arbitro del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non fosse richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione. Secondo il Supremo Collegio, "*allorché si assista, come nella specie, ad un mutamento, ad opera della Corte di*

*Cassazione, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo, la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall'overruling, **ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa**".*

Il Collegio riferisce come in questa direzione si orienti il principio costituzionale del "**giusto processo**", la cui portata non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nell'art. 111 Cost., comma 2, (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), rappresentando "*una sintesi qualitativa di esse **(nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa)**, la quale risente dell'”effetto espansivo” dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. Corte cost., sentenza n. 317/2009, punto 8 del Considerato in diritto). Il Collegio conclude, altresì, ritenendo "**contrario alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela** – la quale è componente del principio del giusto processo – che rimanga priva della possibilità di vedere celebrato un giudizio che conduca ad una decisione sul merito delle questioni di diritto veicolate dall'impugnazione, la parte che quella tutela abbia perseguito con un'iniziativa processuale conforme alla legge del tempo – nel reale*

significato da questa assunto nella dinamica operativa per effetto dell'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza di legittimità -, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale. La Suprema Corte risolve attingendo allo strumento della rimessione in termini onde consentire al ricorrente la proposizione dell'impugnazione secondo le nuove regole giurisprudenziali (poiché inammissibile secondo le vecchie). Possono, dunque, trarsi le seguenti conclusioni: in caso di radicale mutamento giurisprudenziale che abbia ad oggetto le regole del processo e introduca, di fatto, una regola da ritenersi nuova alla luce del costume giurisprudenziale costantemente seguito sino al pronunciamento neofita (*overruling*) **la parte che abbia posto in essere un'iniziativa processuale conforme al precedente indirizzo, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, conserverebbe il diritto ad una decisione nel merito.** Posta tale premessa in principio occorre verificare quale sia lo strumento giuridico seguito, cui attingere, per renderlo vitale. In casi analoghi è stato fatto ricorso all'art. 153 c.p.c. Però, in genere, l'applicazione dell'istituto *de quo* impone un sub-procedimento che si conclude con la facoltà concessa all'istante di ripetere l'attività processuale inibita dalla decadenza andatasi a formare.

Per i procedimenti in fase istruttoria, la rimessione si risolverebbe in una lesione del **principio di ragionevole durata** anche con rischio di perdita delle attività processuali già svolte ed espletate e, dunque, con un effetto di sfavore per la

parte sostanziale incolpevole, in spregio a quanto poc'anzi affermato. Una interpretazione costituzionalmente orientata, intrisa dei principi della giurisprudenza comunitaria e internazionale richiamata, impone di ritenere che la parte opponente – piuttosto che essere rimessa in termini, con regressione del giudizio e conseguente grave danno alla giurisdizione – debba essere considerata come parte che abbia **agito correttamente**, su mero accertamento del giudice di merito che verifichi l'*overruling* e l'affidamento incolpevole della stessa. Tale approdo è espressione ed applicazione del principio "*tempus regit actum*" che, come regola che orienta lo *jus superveniens*, in materia processuale, così deve guidare e disciplinare l'*overruling*. In altri termini, **in caso di decisioni alle quali non possa 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.** Tale soluzione è stata espressa dalla classe forense italiana nel comunicato del Consiglio Nazionale Forense del 14 ottobre 2010. A conferma delle soluzioni prospettate, può evidenziarsi come, in seno al verbale della *Commissione per lo studio e la riforma del codice di procedura civile*, vengano evidenziati proprio gli stessi percorsi interpretativi surriferiti, volti ad evitare la conseguenza dell'improcedibilità dell'opposizione in base all'applicazione ai processi in corso del principio sancito da Cass. Sez. Unite n. 19246/2010, ossia l'applicazione

dell'art. 153 c.p.c., in tema di rimessione in termini (orientamento seguito attualmente dai Tribunali di Torino, Livorno e Bari) e l'applicazione del principio "*tempus regit actum*" come sopra analizzato (in tal senso i Tribunali di Varese e di Genova).²

Alla luce delle superiori argomentazioni e dei principi di diritto enunciati, si suggerisce, in ipotesi di ordinanze che dichiarino l'improcedibilità dell'opposizione per tardività della costituzione dell'opponente, la proposizione di un'istanza di revoca dell'ordinanza, con la richiesta di rimessione della causa sul ruolo istruttorio ed, in subordine, nell'ipotesi di ritenuta applicabilità del mutato orientamento giurisprudenziale, la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153 c.p.c., per l'iscrizione a ruolo del giudizio di opposizione, stante l'errore scusabile derivante dall'osservanza del pregresso orientamento giurisprudenziale vigente al tempo dell'intervenuta iscrizione a ruolo.

Catania, 11 novembre 2010

² A supporto delle superiori argomentazioni si evidenzia, altresì, l'editoriale pubblicato su "Guida al Diritto" del 6 novembre 2010, rubricato "***Ingiustificato l'allarme sui decreti ingiuntivi: termini dimezzati solo per le nuove opposizioni***" a cura di Mario Rosario Morelli, Direttore del Massimario della Corte suprema di Cassazione.