

Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità

Valentina Capasso

► **To cite this version:**

Valentina Capasso. Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità: nota a Cass., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135. Foro italiano, Società Editrice del Foro Italiano, In press. hal-02091156

HAL Id: hal-02091156

<https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-02091156>

Submitted on 15 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità

[VALENTINA CAPASSO]

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135; Pres. MAMMONE, Rel. LAMORGESE; P.M. **SORRENTINO/MATERA**; Conserve Italia Soc. Coop. Agricola (Avv. VALTANCOLI, MIGOTTO, DAMIANI) c. Sirec Engineering S.R.L. in liquidazione (Avv. STELLA RICHTER, COSTANTINO, CECHELLA, LEDDA). *Risolve la questione di massima di particolare importanza prospettata da Cass., sez. I, 2 agosto 2018, n. 20472.*

Cassazione civile – Overruling – Giurisprudenza di merito – Invocabilità – Esclusione (Cod. proc. civ., art. 828, 829; d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40, modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005 n. 80, art. 24 e 27).

Procedimento civile – Prospective overruling – Nuovo indirizzo ampliativo delle facoltà e dei poteri di parte – Invocabilità – Esclusione (Cod. proc. civ., art. 828, 829; d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40, art. 24, 27).

Procedimento civile – Errore sul diritto processuale – Assenza di un indirizzo di legittimità – Scusabilità dell'errore – Rimessione in termini – Esclusione (Cod. proc. civ., art. 153, 184 bis).

Si configura overruling solo quando venga smentito un consolidato orientamento di legittimità, mentre l'istituto non è evocabile rispetto ad alcune pronunce dei giudici di merito, non suscettibili di assurgere al rango di diritto vivente. (1)

Il prospective overruling è invocabile solo laddove il sopravvenuto ed imprevedibile indirizzo giurisprudenziale di legittimità risulti penalizzante rispetto a poteri e facoltà già esercitati o esercitabili dalla parte. (2)

È esclusa la scusabilità dell'errore sul diritto processuale – e dunque la rimessione in termini – quando esso sia derivato da un'interpretazione autolimitativa della disposizione ad opera del procuratore di parte, non suffragata dalla giurisprudenza di legittimità. (3)

(1-2) La pronuncia in epigrafe risolve la questione di massima di particolare importanza prospettata da Cass. 2 agosto 2018, n. 20472 (*Foro it.*, Rep. 2018, voce *Arbitrato*, n. 68; e *Giur. it.*, 2018, 2449, con nota di GODIO - STELLA, *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*), occupandosi preliminarmente dell'applicabilità, o meno, dell'*overruling* in materia di interpretazione del combinato disposto degli art. 829 c.p.c. e 24 e 27 d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40.

Le sezioni unite affermano la qualificazione di «negozio ad effetti processuali» della convenzione arbitrale, nonostante l'avviso di Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 13, *Foro it.*, 2018, I, 707; *Riv. arb.*, 2018, 517, con nota di DE NOVA, *La Corte costituzionale sull'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito*; e *Giur. it.*, 2018, 697, con nota di BRIGUGLIO, *Facile e ragionevole assenso della Consulta alle Sezioni Unite sul modo di applicare la “nuova” disposizione sulla impugnazione del lodo per violazione di legge* (sul punto v. anche FOIS, *La Consulta avalla l'orientamento delle Sezioni Unite in merito all'impugnazione del lodo per violazione di legge* (art. 829, 3° comma, c.p.c.), in *Studium Iuris*, 2018, 859 ss. e CORSINI, *L'impugnazione del lodo per violazione delle norme di diritto: è costituzionalmente legittima la disciplina transitoria, divenuta «diritto vivente»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 1511 ss.), secondo la quale il nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c. costituirebbe regola di «natura sostanziale e non meramente processuale».

Dalla qualificazione così ritenuta – che, del resto, si pone in linea con la dottrina più risalente: cfr. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905, 52; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, 3 ed., Napoli, 1925, 105; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 178; più recentemente, v., tra gli altri, BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 249 ss. – discenderebbe, in astratto, l'applicabilità del rimedio dell'*overruling*, tradizionalmente ritenuto applicabile al solo mutamento improvviso della legge processuale (v. Cass. 13 settembre 2018, n. 22345, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Riscossione delle imposte*, n. 48; 18 luglio 2016, n. 14634, *id.*, Rep. 2016, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 404; 24 marzo 2014, n. 6862, *id.*, Rep. 2014, voce *Istruzione pubblica*, n. 214; 3 settembre 2013, n. 20172, *id.*, Rep. 2014, voce *Contratti bancari*, n. 53; 11 marzo 2013, n. 5962, *id.*, Rep. 2013, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1291; 2 luglio 2010, n. 15811, *id.*, 2010, I, 3050; e *Corriere giur.*, 2010, 1473, con nota di D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di remissione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*).

Tuttavia, l'applicabilità dell'istituto, nel caso di specie, va esclusa, a giudizio della Corte, per almeno due ragioni: anzitutto, l'assenza di un precedente indirizzo consolidato di legittimità, posto che l'interpretazione sposata dalla pronuncia richiamata a tal fine dal ricorrente – Cass. 19 aprile 2012, n. 6148 (*Foro it.*, Rep. 2013, voce *Arbitrato*, n. 156; *Giust. civ.*, 2013, I, 2151; e *Riv. arb.*, 2013, 411 ss., con nota di NOTARPASQUALE, *Osservazione sulla applicazione nel tempo del nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c.*) – non ha costituito «un mutamento imprevedibile di una precedente interpretazione risposta su massime di legittimità ripetute nel tempo» (§ 4); in secondo luogo, per l'inoffensività dell'indirizzo infine prevalso.

Circa la prima affermazione, secondo la quale la sussistenza o meno dell'*overruling* va parametrata sulle pronunce di legittimità, non constano precedenti in termini. Tuttavia, già in Cass. 8 agosto 2013, n. 18918 e 8 settembre 2013, n. 21342, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Cassazione civile*, nn. 232 e 233, si ritrova l'idea che l'istituto si configuri solo quando venga a mutare un pregresso diritto vivente; e che quest'ultimo sia integrato esclusivamente da pronunce di legittimità è tradizionalmente affermato dalle Corti di vertice, italiane – v., ad esempio, Corte cost. 30 aprile 1984, n. 120, *id.*, 1984, I, 1171 ss., per la quale «un'interpretazione assai diffusa tanto nella giurisprudenza di merito quanto in dottrina» non è sufficiente a «ritenere formato un diritto vivente» per «la mancanza di precedenti nella giurisprudenza della Corte di cassazione» – e non (cfr., per la Francia, Cons. const. 6 ottobre 2010, n° 2010-39 QPC e Cons. const. 14 ottobre 2010, n° 2010-52 QPC).

L'insussistenza, nella specie, degli estremi di invocabilità dell'*overruling* era stata sostenuta da GODIO - STELLA, *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*, in *Giur. it.*, 2018, 2453-2454, in nota all'ordinanza di remissione. Peraltro, uno spunto in senso opposto si sarebbe potuto trarre da Cass. 9 maggio 2018, n. 11232, inedita (v. *sub* 3).

Quanto al secondo motivo di esclusione dell'operatività dell'*overruling*, le sezioni unite sottolineano che l'interpretazione dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. che attualmente fornisce il diritto vivente – consacrato nel 2016 da tre pronunce delle Sezioni unite (Cass. 9 maggio 2016, n. 9341, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Arbitrato*, n. 164; *Giur. it.*, 2016, 1449, con nota di DI MAJO, *Un discutibile esempio di "precomprensione"*; *Giur. arb.*, 2016, 379, con nota di CERRATO, *Quando Ponzio Pilato siede in piazza Cavour: il caso della retroattività "fittizia" del nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c. (con una "divagazione" in tema di arbitrato societario)*; 9 maggio 2016, n. 9285, *Foro it.*, Rep. 2016, voce cit., n. 154, e *Giur. arb.*, 2016, 378, con nota di CERRATO, cit.; 9 maggio 2016, n. 9284, *Foro it.*, Rep. 2016, voce cit., n. 151; e *Giur. it.*, 2016, 1451, con nota di CONSOLO - BERTOLDI, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*; *Giur. arb.*, 2016, 378 con nota di CERRATO, 6nhu6njucit.) e variamente accolto in dottrina: oltre alle note appena menzionate, v. TURATTO, *Problemi di diritto intertemporale relativi all'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 286 ss.; DI GIROLAMO, *L'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto e problemi di costituzionalità*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 507 ss.;

CORSINI, *op. cit.*, 1525 ss. –, non è risultata in una diminuzione dei poteri delle parti in arbitrato, e del ricorrente nel caso di specie.

Lo stesso principio si rinviene in Cass. 3 ottobre 2018, n. 24133, in corso di pubblicazione in *Foro it.*, con nota di PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna: pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, che non ha ritenuto possibile, per il magistrato assolto dalla sezione disciplinare del CSM (ma) per scarsa rilevanza del fatto contestato, di valersi dell'intervenuto indirizzo che ritiene ammissibile il ricorso per cassazione anche in tale ipotesi, sul presupposto dell'inoffensività di un simile *overruling*; ma già Cass. 11 marzo 2013, n. 5962, cit., aveva ritenuto requisito necessario per l'invocabilità dell'istituto che esso «comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte». In termini, anche Cass. 12 ottobre 2012, n. 17402, *id.*, Rep. 2013, voce *Avvocato*, n. 25; 27 dicembre 2011, n. 28967, *id.*, Rep. 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1277; 26 luglio 2011, n. 16365, *id.*, Rep. 2011, voce *Procedimento civile*, n. 163.

Su questi temi, v., in dottrina, PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, Torino, 2018, 273 ss.; VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018; DALFINO, *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 1023 ss.

(3) Una volta esclusa l'operatività dell'*overruling*, le sezioni unite considerano la possibilità di ritenere integrati gli estremi della rimessione in termini.

La Corte considera la propria giurisprudenza l'«unico veicolo di interpretazione del significato della legge "affidabile" per la collettività» (§11.4) e, di conseguenza, la sola possibile fonte di affidamento tale da rendere scusabile l'errore (al sopraggiungere di un *overruling*: v. già Cass., 21 dicembre 2012, n. 23836, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Cassazione civile*, n. 166). Nella specie, mancando una tale giurisprudenza che avesse potuto creare «l'apparenza di una regola» (cfr. Cass. 11 luglio 2011, n. 15144, *Foro it.*, 2011, I, 2254, con nota di CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; *Giusto proc. civ.*, 2011, 1117, con nota di AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione»*; *Riv. dir. proc.*, 2012, 1072, con nota di VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*; *Corriere giur.*, 2011, 1392, con nota di CAVALLA, CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*; *Giur. costit.*, 2012, 3153, con nota di CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*), secondo le Sezioni unite l'errore è da imputarsi esclusivamente ad una interpretazione autolimitativa del procuratore della parte, come tale inescusabile (ed anzi, confliggente con il dovere di precauzione che incombe sull'avvocato, come sul notaio: cfr. Cass. 27 novembre 2012, n. 20995, *Foro it.*, 2013, I, 1586, con note di richiami).

La mancanza di una giurisprudenza di legittimità è, viceversa, valorizzata da Cass. 9 maggio 2018, n. 11232, cit., quale possibile elemento concorrente alla scusabilità dell'errore esegetico di parte. In particolare, la prima Sezione aveva sottolineato «l'assenza, al momento della proposizione del gravame [...], di una giurisprudenza di legittimità che chiarisse la portata del d.leg. n. 142 del 2015, art. 27 e la presenza, invece, di interpretazioni discordi nella giurisprudenza di merito», rinvenendo un parallelo – sebbene non un'identità – con la «giurisprudenza che, in caso di *overruling*, riconosce l'esigenza di tutelare l'affidamento incolpevole della parte sulla regola processuale modificata», poste le «rilevanti analogie che potrebbero giustificare le stesse ragioni di tutela». Sull'ipotesi, peraltro, le sezioni unite (Cass. 8 novembre 2018, n. 28575, *id.*, in corso di pubblicazione con nota di DEL ROSSO; *Dir. & Giust.*, 2018, 7 ss., con nota di CALVETTI, *Diniego di protezione internazionale: l'appello va proposto con ricorso e non con citazione*) non hanno ritenuto di esprimersi, avendo la soluzione infine adottata smentito le premesse su cui tale ricostruzione si basava.

In dottrina, sull'imputazione alla parte della negligenza del difensore e sui limiti della scusabilità dell'errore sulla legge processuale, v., per tutti, CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 215 ss. e 292 ss. V. anche, sull'affidamento incolpevole, COSTANTINO, *Gli orientamenti della Cassazione su mutamenti di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, in *Foro it.*, 2011, V, 150; ID., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir.*

proc., 2011, 1073; ID., «Contrasto», «mutamento» di giurisprudenza e «affidamento incolpevole», in *Foro it.*, 2011, I, 1080.

[VALENTINA CAPASSO]

1. – L’*overruling* miete vittime anche quando non c’è.

Evocato in maniera inconfidente dal ricorrente – data l’assenza di un indirizzo di legittimità precedente da potersi considerare *overruled* – e malcompreso dalla Cassazione, l’istituto ha catalizzato l’attenzione della pronuncia in epigrafe, distogliendo l’attenzione dall’argomento (che avrebbe dovuto essere) centrale nella difesa e nella decisione, e dando la stura ad affermazioni «preoccupant[i]»¹, se non pericolose.

2. – La vicenda puntuale che ha originato la pronuncia in commento si iscrive nell’ormai vetusto dibattito sulla mutata disciplina dell’impugnazione del lodo per *errores in iudicando*: stipulata clausola compromissoria nel 2005 – quando il silenzio relativo all’impugnabilità del lodo per errori di diritto valeva come ammissivo della stessa –, la domanda arbitrale veniva proposta nel 2007, essendo *medio tempore* intervenuto il d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40, il cui art. 24 aveva invertito il valore del contegno delle parti, con disciplina applicabile «ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del [...] decreto» stesso².

Ora, in applicazione dell’elementare canone ermeneutico di cui all’art. 12 preleggi, si sarebbe detto quasi “scontato” interpretare la novella nel senso di una sopravvenuta impossibilità, per il soccombente in arbitrato, di impugnare il lodo ai sensi dell’art. 829, 3° comma, c.p.c.; e, del resto, in tal senso si era espressa la più qualificata dottrina. Anzi, se un merito aveva avuto il legislatore, era quello di aver messo d’accordo gli interpreti, negozialisti o giurisdizionalisti che fossero: tutti critici rispetto alla previsione così come appariva naturale leggerla, ed impegnati in un’opera di ortopedia interpretativa che, pur nella varietà di sfumature, si caratterizzava per la costante di superare il dato strettamente letterale³.

Poiché, peraltro, le soluzioni dottrinali, per quanto brillanti e/o autorevolmente sostenute, non trovano oggi spazio finché non consacrate – seppur anonimamente⁴ – dal diritto vivente, sembra comprensibile che la parte soccombente in arbitrato, nel proporre impugnazione per nullità del lodo alla fine del 2008, si sia astenuta dallo spendere il motivo di cui all’attuale art. 829, 3° comma, c.p.c.

Da questo punto in avanti, però, cominciano gli errori – veri o comunque tali ritenuti dalla Corte – (dell’avvocato) della parte: dalla tardività dell’istanza di rimessione in termini⁵ alla infelice

¹ PASSANANTE, *Quando l’apparenza inganna*, cit., § 1.

² Art. 27, comma 4°, d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40.

³ SALVANESCHI, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in *Riv. arb.*, 2015, 233 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 562 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II, 2012, 569 s.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell’arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 435 s.; BOCCAGNA, *Sub art. 829*, in BRIGUGLIO - CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo II, Padova, 2009, 1018 ss.; NELA, *Contro l’applicazione dell’art. 829, 3° comma, c.p.c. alle convenzioni arbitrali concluse prima della riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 919 ss.; MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 210.

⁴ Ostando alla citazione diretta, come noto, l’art. 118, comma 3°, disp. att. c.p.c., della cui costituzionalità dubita PERLINGIERI, *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 1 ss.

⁵ Ma sembra dubbio che Cass. 19 aprile 2012, n. 6148, cit., potesse effettivamente fondare l’istanza, posto che essa seguiva, in rapporto di uno contro uno, Cass. 20 febbraio 2012, n. 2400, *Foro it.*, 2012, I, 1797, con note di richiami, da cui si desumeva l’opposto. Né essa può considerarsi anticipatrice dell’indirizzo sposato dalle sezioni unite del 2016, data la diversa *ratio*, pur a parità di risultato.

invocazione dell'*overruling*; dall'omissione della trascrizione dell'istanza nel ricorso al travisamento dell'oggetto dell'argomento difensivo – l'affidamento –, riferito (anche) alla giurisprudenza, piuttosto che (*tout court*) alla lettera della legge.

Dinanzi a tale inanellarsi di sbagli, il ricorso non avrebbe potuto che essere rigettato (se non venir dichiarato inammissibile: § 8.1)⁶; ma resta il dubbio che neppure un esercizio corretto delle attività difensive sarebbe valso a salvarlo.

3. – Certo, le perplessità – che parevano leggersi tra le righe dell'ordinanza di rimessione⁷ – rispetto alla valorizzazione della «natura sostanziale e non meramente processuale della regola posta dal novellato art. 829, terzo comma», affermata dalla Consulta⁸ sulla scorta del rilievo che «la natura processuale dell'attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi»⁹, hanno trovato conferma nella pronuncia delle sezioni unite, che – andando forse oltre le intenzioni della Corte costituzionale – hanno riletto l'inciso, rinvenendovi la base per riaffermare la natura della convenzione arbitrale quale negozio ad effetti processuali, e così ritenendo astrattamente ammissibile l'applicazione della giurisprudenza in materia di *overruling*.

Ma, quand'anche, nella specie, si fosse riconosciuto un improvviso mutamento giurisprudenziale di legittimità, le aspettative della parte sarebbero rimaste ugualmente frustrate: la Corte ha, infatti, confermato la propria visione a senso unico del fenomeno del *prospective overruling*, ritenendolo invocabile solo «al fine di evitare le conseguenze processuali negative [...] cui [la parte] sarebbe esposta se dovesse soggiacere al sopravvenuto e imprevedibile indirizzo interpretativo di legittimità», e non per beneficiare di un nuovo indirizzo «ampliativo di facoltà e poteri processuali che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità».

Nella (non nuova)¹⁰ affermazione, peraltro, risiede un duplice equivoco, già da altri rilevato: anzitutto, se «è incontestabile che il nuovo orientamento abbia [...] amplia[to] [...] gli spazi di tutela», «non risponde, invece, a verità che detta nuova norma non faccia nascere, retrospettivamente, una decadenza»¹¹, quest'ultima venendo infatti ricollegata, *a posteriori*, al mancato compimento di un atto, prima (ragionevolmente ritenuto) vietato.

Infatti, se è vero che pure in Francia «[l]orsqu'un arrêt de 1985 est confirmé en 1993, on commence à dire, en 1993, que la jurisprudence est constante et qu'elle l'est depuis 1985», condizione imprescindibile a tal fine è che si riscontri un'«absence de démenti [qui] se sera prolongée pendant un certain temps» (cfr. JESTAZ, *La jurisprudence constante de la Cour de cassation*, in AA.VV., *L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, Paris, 1994, 212); ciò che, evidentemente, non si era verificato nel caso di specie. Anzi, a voler seguire questo ragionamento, anche la soluzione opposta, in ipotesi raggiunta dalle sezioni unite, avrebbe potuto farsi retroagire di qualche anno.

Se si conviene con quanto sopra, il ricorrente, nel 2014, dovrebbe ritenersi esser stato (non in ritardo, ma) in anticipo, di due anni, sull'istanza di rimessione in termini... mostrando un grado di preveggenza persino superiore a quello che da ultimo viene esigendo la suprema Corte: cfr. CONSOLO, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato 'internet-addicted' e pure 'veggente'*, in *Giur. constit.*, 2012, 3166 ss.

⁶ V. *infra*, § 6.

⁷ Cass. 2 agosto 2018, n. 20472, cit., § 2.3.

⁸ Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 13, cit.

⁹ Cass. 9 maggio 2016, nn. 9284, 9285 e 9341, cit.

¹⁰ V. già Cass. 3 ottobre 2018, n. 24133, cit.

¹¹ PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna*, cit., § 3.

Uno sviluppo del genere – sebbene con segno invertito: cfr. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence, rapport remis le 30 nov. 2004 à M. le premier président Guy Canivet*, Paris, 2005, 19, note 32 e 33 – era stato ventilato anche in Francia, ove però è stato stroncato sul nascere: cfr. DEUMIER - ENCINAS DE MUNAGORRI, *Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ?*, in *RTD civ.*, 2005, 83 ss.

Di qui, in secondo luogo, la considerazione che, «proprio perché l'*overruling* [...] nel caso di specie non è (né dev'essere) *prospective* [...], si sarebbe imposto di fare del nuovo orientamento un'applicazione retroattiva (o retrospettiva), rimettendo in termini la parte decaduta»¹².

Anche quanto al rimedio della rimessione in termini, però, la Corte pare consacrare una visione restrittiva, che, salvi casi eccezionali, riconosce la scusabilità dell'errore solo quando ingenerato dall'interpretazione di legittimità.

Ora, per quanto ormai almeno l'opinione della Cassazione risulti virtualmente attingibile sempre¹³ e benché l'impegno della Procura generale sia nel senso di una più capillare selezione delle occasioni suscettibili di promuovere l'emanazione di principi di diritto¹⁴, l'intervento della Corte nel circolo ermeneutico, in determinate materie, non è (ancora) regolarmente garantito. Se a ciò si aggiungono i tempi comunque necessari all'attivazione dell'«unico veicolo di interpretazione del significato della legge “affidabile” per la collettività» (§ 11.4), ci si chiede su cos'altro, se non sulla legge, sia possibile fare affidamento, negli anni che intercorrono tra il sorgere del dubbio e la sua autorevole chiarificazione.

Così, se, portando alle sue conseguenze il ragionamento della Corte, può ritenersi che nel caso in commento non vi fosse ancora la «norma» (§ 12.3.1) – che presuppone un testo interpretato, e (non da chiunque, ma solo) dalla Cassazione –, la diligenza dell'avvocato avrebbe dovuto essere misurata esclusivamente sulla lettera della disposizione, da sola sufficiente – indipendentemente da qualunque opinione dottrinale o giurisprudenziale – a fondare il *self-restraint* alla proposizione dell'impugnazione per nullità per violazione delle regole di diritto.

E invece, mentre il rimedio è concesso – anche d'ufficio¹⁵ – quando la fonte dell'errore risiede nella «consolidata giurisprudenza del tempo del promosso ricorso, solo *ex post* rivelaesi non più attendibil[e]», nel caso che occupa si conclude che «la scelta rinunciataria [...] non fu dovuta ad alcun orientamento della giurisprudenza di legittimità, [...] ma a una autonoma e personale valutazione basata sull'interpretazione limitativa di alcune disposizioni del d. leg. n. 40 del 2006» (§ 12.3.1). Con il risultato che, nonostante il sistema, nel predisporre strumenti di «*overdeterrence*»¹⁶, scoraggi in ogni modo la proposizione di mezzi sostenuti da teorie che non siano ultra-consolidate, all'avvocato viene imposto l'obbligo di difendere ad oltranza il proprio cliente, «indicando strade interpretative nuove [e] portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti» (§ 12.3.1).

La scelta è, dunque, tra l'esser biasimati per aver prospettato soluzioni lontane da quelle correnti, o per non averlo fatto.

4. – A ben guardare, però, l'origine di tutti i mali sembra risiedere nella tripletta delle sezioni unite¹⁷, che, anziché rimettere alla Consulta la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 27, 4° comma, d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40, e 829, 3° comma, c.p.c., hanno preferito internalizzarne la soluzione¹⁸.

¹² PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna*, cit., § 3.

¹³ V. il novellato disposto dell'art. 363, comma 1°, c.p.c., e l'interpretazione largheggiante che la Corte ne ha dato: cfr. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro it.*, 2010, 3339 ss.

¹⁴ Cfr. CICCOLO, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 483 ss.

¹⁵ Cass. 21 dicembre 2012, n. 23836, cit.

¹⁶ AULETTA, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. costit.*, 2016, 1557.

¹⁷ Cass. 9 maggio 2016, nn. 9284, 9285 e 9341, cit.

¹⁸ Finendo per ritenere che la legge di cui discorre l'art. 829, comma 3°, c.p.c., sia, per le convenzioni arbitrali stipulate prima del 2006, il vecchio art. 829, 2° comma, c.p.c.

E non è certo la prima volta: un parallelo parrebbe rinvenirsi nel ricorso straordinario per cassazione, consacrato nella nota sentenza 30 luglio 1953 n. 2593, con cui le sezioni unite hanno «travol[to] il testo dell'art. 111, settimo comma, Cost., nonostante la sua apparente chiarezza»¹⁹.

Ora, prescindendo dai dibattiti politici e dottrinali che nel tempo²⁰ hanno interessato la questione del sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi e dal merito dell'interpretazione fornita dalle sezioni unite²¹, ciò che sembra contestabile è il metodo: alla luce del recente ripensamento in senso mitigatore della regola secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...], ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»²², può, infatti, dubitarsi dell'opportunità della scelta di procedere ad un'interpretazione (che, per quanto spacciata per letterale, parrebbe doversi ritenere) costituzionalmente orientata, piuttosto che ad una rimessione alla Consulta.

Così, se sembra davvero arduo stabilire su quale versante – tra creatività e creazionismo²³ – si situi la pronuncia, e dunque se sia stato tenuto presente il monito di chi ricorda che «la legge può essere interpretata conformemente a Costituzione solo a condizione di non oltrepassare i (pur incerti) limiti dell'interpretazione e di non trasformare il nostro in un sindacato di costituzionalità diffuso», pena, altrimenti, la compromissione «[del]le attribuzioni della stessa Corte costituzionale»²⁴, non tanto (e, comunque, non solo) di rispetto dei ruoli si tratta, ma di pratiche conseguenze, stanti i ben diversi effetti di una declaratoria di illegittimità costituzionale e di una mera – per quanto autorevole – interpretazione ad opera del Giudice della nomofilachia.

5. – Viene, infatti, in rilievo la diversa efficacia delle pronunce, anzitutto sotto il profilo della loro forza esterna e *pro futuro*: vincolante *erga omnes*, la prima; solo persuasiva, la seconda. Sicché, stante la sopravvivenza di un testo che oggettivamente consente tuttora una più immediata interpretazione letterale (benché di dubbia legittimità) – per l'assenza di un reale vincolo (dei giudici inferiori e) delle singole sezioni alla pronuncia delle sezioni unite²⁵ –, e stante, quindi, la prefigurabilità di una decisione di merito che, quand'anche, infine, cassata, ben potrebbe governare per anni i rapporti tra le parti, con esiti potenzialmente irreparabili, sarebbe stato (non solo più ortodosso, ma) preferibile «introdu[re] [...] nel circolo *nomopoietico* la Corte costituzionale e i giudici di merito»²⁶. Già questi ultimi, peraltro, ben avrebbero potuto sollevare la questione di legittimità costituzionale sul testo prima dell'interpretazione fornita dalle sezioni unite, piuttosto che scegliere di coinvolgere la Consulta solo dopo, e con argomentazioni del cui accoglimento era facile dubitare²⁷; anzi, non è da escludere che nell'opzione della Cassazione abbia giocato (anche) la considerazione dell'urgenza di correggere una situazione di ingiustizia che durava ormai da troppo.

¹⁹ TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 66.

²⁰ Sulla genesi del relativo dettato costituzionale, v. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario: ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Padova, 1982.

²¹ Per le diverse opinioni manifestate in dottrina, v. CONSOLO - BERTOLDI, *op. cit.*, 1455 ss.; TURATTO, *op. cit.*, 286 ss.; DI GIROLAMO, *op. cit.*; CORSINI, *op. cit.*, 1525 ss.

²² Su cui v. AMOROSO, *Interpretazione adeguatrice e condizione di ammissibilità della questione incidentale di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2017, I, 2560 ss.

²³ DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385 ss.

²⁴ LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 418.

²⁵ AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 3 ss.; ID., *Note intorno alla prima applicazione del c.d. «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, in *Giust. civ.*, 2008, 769; ID., *... il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del «sistema» dell'ABF?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 797.

²⁶ AULETTA, *Irretroattività dell'overruling*, cit., 1125 s.

²⁷ Cfr. BERTOLDI - CONSOLO - PORCELLI, *Sussulti alla sindacabilità del lodo per errori di diritto ammessa dalle sezioni unite (per arbitrati fondati su convenzioni anteriori al 2 marzo 2006)*, in *Giur. it.*, 2017, 1182 ss.

Sia come sia, l'occasione di un coinvolgimento della Corte costituzionale, è ormai persa, almeno finché si ritenga – come fa la stessa Consulta²⁸ – che quanto affermato dalle sezioni unite costituisca l'attuale diritto vivente. Infatti, salva l'inverosimile ipotesi di una ribellione sistematica da parte delle giurisdizioni inferiori, la duplice scappatoia – nota, ma ribadita dalla Corte costituzionale²⁹ – formalmente offerta a queste ultime si rivela solo apparentemente percorribile: da un lato, le pronunce occasionalmente dissidenti verrebbero verosimilmente riformate; dall'altro, la denuncia del diritto vivente risulterebbe inutile, la norma giurisprudenziale risultando comunque (i.e., indipendentemente dal percorso argomentativo che ha condotto alla sua elaborazione) conforme a Costituzione³⁰.

Quanto, poi, all'efficacia temporale delle due diverse pronunce, è ovvio rilievo quello per cui la declaratoria di incostituzionalità – in quanto determinativa del venir meno della disposizione, nel testo originario, tendenzialmente *ex tunc*³¹ – avrebbe verosimilmente beneficiato a chiunque si fosse reso colpevole di aver prestato affidamento al legislatore, laddove l'epifanica interpretazione della Cassazione – soggiacendo alla tradizionale finzione che vuole l'opera del giudice comune quale meramente dichiarativa – ha determinato il solito paradosso: sul presupposto che la vera interpretazione del testo introdotto nel 2006 sia sempre stata quella disvelata nel 2016 (§ 11.6), l'essersi adeguati alla *communis opinio* precedente è letta come un errore³², cui si sottrae solo chi è stato sufficientemente veggente (o incosciente?) da tentare comunque la sorte.

Del resto, che la scelta della via dell'interpretazione costituzionalmente orientata non garantisca la piena fungibilità dei risultati altrimenti conseguibili tramite la pronuncia del Giudice delle leggi è ancora una volta esemplarmente dimostrato dalla vicenda del ricorso straordinario per cassazione, che ha dato origine all'assurdo per cui, al riconoscimento della necessità di un'eguale tutela nonostante la lettera della legge, seguiva l'attribuzione di un rimedio «nella sostanza inutilizzabile»³³; sicché non essendo «mai stata data la possibilità di intervenire»³⁴ alla Consulta (che, viceversa, avrebbe potuto ripristinare, seppur caso per caso, una garanzia piena), si è resa necessaria l'azione del legislatore³⁵.

Ciò che, tuttavia, non avverrà in questo caso, date la ben diversa ampiezza degli interessi coinvolti e la circostanza che si tratta, qui, di una fattispecie «ad esaurimento»³⁶.

²⁸ Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 13, cit., § 2.1.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ E solo il diritto vivente di cui sia dubbia la legittimità può fare oggetto di sindacato della Consulta: cfr. Corte cost. 24 luglio 2009, n. 239, *Foro it.*, 2010, I, 345, con note di richiami.

³¹ Per una discutibile eccezione, v. Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10, *Foro it.*, 2015, I, 1502, con nota di ROMBOLI; *ibid.*, 1922, con nota di TESAURO, *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*.

³² Che ciò non sia da escludere, è dimostrato sin dai tempi di Galileo; ma pare finanche superfluo sottolineare che, tra l'affermazione che la terra ruoti intorno al sole e che la parola «legge» nel testo dell'art. 829, comma 3°, c.p.c. «inglob[i] l'antic[o]» comma 2° della stessa disposizione (cfr. CONSOLO - BERTOLDI, *op. cit.*, 1452), il tasso di opinabilità è notevolmente diverso.

³³ TISCINI, *op. cit.*, 403: come noto, infatti, nel corrispondere il mezzo straordinario, la Corte di cassazione aveva già ridotto il sindacato sulla motivazione al «minimo costituzionale» (*ibid.*, 293 ss.) prima che la modifica dell'art. 360, comma 1°, n. 5, le desse la stura per farlo in via generalizzata (v., per tutti, PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 179 ss.), e profilato, *in nuce*, una sorta di principio di offensività (che ad oggi pare consacrato nell'art. 360 bis, n. 2, c.p.c.: cfr. AULETTA, *Recensione a Teresa Arruda Alvim Wambier, Nulidades do processo e da sentença*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1540), quale parametro di ammissibilità del ricorso per vizi processuali.

³⁴ TISCINI, *op. cit.*, XIX.

³⁵ V. l'ultimo comma dell'art. 360 c.p.c., aggiunto dall'art. 2 d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40.

³⁶ Cfr. BRIGUGLIO, *op. cit.*, 697.

6. – Tale ultima considerazione, in uno con la consapevolezza che la vicenda che ha originato la pronuncia in commento era senza speranze, parrebbe suggerire l’inutilità delle riflessioni condotte sin qui, tanto sotto il profilo dello *ius litigatoris* che dello *ius constitutionis*.

Eppure, piace pensare che quella stessa sensibilità che si è ipotizzata concorrere a spiegare la scelta autoreferenziale delle sezioni unite del 2016, sia stata alla base anche della mancata declaratoria di inammissibilità del ricorso di cui si discute (da parte della sesta sezione, prima, e della prima sezione, poi), almeno nella parte relativa alla rimessione in termini, viceversa all’apparenza dovuta, stante la mancata riproduzione dell’istanza nel ricorso: certo, sarebbe facile imputare tale circostanza all’inefficacia dei filtri alle impugnazioni; nel caso di specie, tuttavia, sembra che l’investitura delle sezioni unite sia stata piuttosto il frutto di una maturata consapevolezza degli inconvenienti derivanti dalla scelta di tre anni fa, cui si sperava che la stessa composizione potesse porre rimedio.

Se così fosse, ferma restando la sorte segnata per il ricorrente in ragione (anzitutto) della malconfezione del ricorso, le sezioni unite paiono aver frustrato quelle speranze e perso l’occasione di affermare un principio più generale e potenzialmente deflattivo, che avrebbe consentito agli operatori di continuare – pure in fattispecie diverse da quella in commento – a prestar fede alla lettera della legge (anche ingiusta), con la sicurezza di potersi giovare, eventualmente, di una sopravvenuta correzione in via interpretativa dell’ingiustizia. Invece, benché formalmente enunciato con il più elegante e filocomunitario appellativo di «di precauzione» (§ 12.3.2), il principio che si trae dalla pronuncia in commento suona piuttosto come una incitazione al gioco d’azzardo: nel dubbio (*rectius*: anche quando alcun dubbio pare sussistere), è bene prescindere dal testo di legge. Una decina d’anni dopo, si potrebbe scoprire di aver vinto la scommessa.

VALENTINA CAPASSO