

Overruling e prevedibilità della decisione

di Martina Condorelli e Luca Pressacco*

Il fenomeno dell'*overruling* è stato negli ultimi anni oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana, anche sulla scorta del ruolo crescente attribuito al “diritto vivente” e degli orientamenti della giurisprudenza europea. Nel presente contributo, gli Autori ripercorrono gli itinerari, specialmente giurisprudenziali, che hanno progressivamente conferito rilievo giuridico al fenomeno dell'*overruling*. In particolare, vengono analizzati presupposti, limiti ed effetti del *revirement* giurisprudenziale nei settori amministrativo, civile e penale, per dare conto dei rimedi esperibili al fine di tutelare l'affidamento nell'interpretazione di regole di natura sostanziale o processuale.

Introduzione

Negli ordinamenti di *common law*, il termine “*overruling*” indica l'abbandono di un indirizzo precedentemente accolto da parte di una corte abilitata a enunciare dei principi di diritto in grado di vincolare gli altri giudici¹. Questi saranno tenuti ad applicare il nuovo principio di diritto alle controversie sottoposte al loro esame: attesa la natura formalmente dichiarativa del principio di diritto enunciato dall'organo della nomoflanchia, è possibile che il giudice vincolato si veda costretto a qualificare fatti avvenuti prima dell'*overruling* secondo un'interpretazione al tempo difficilmente prevedibile per il soggetto agente.

Tali evenienze sono senz'altro fisiologiche, sebbene non sempre auspicabili. Invero, i conflitti giurisprudenziali – siano essi sincronici o diacronici – non potrebbero essere considerati, di per sé, contrari alla buona amministrazione della giustizia, come riconosce la stessa Corte di Strasburgo, avvertendo che «*the failure to maintain a dynamic and evolutive approach would risk hindering reform or improvement*»². I principi di certezza del diritto³ e dell'equo processo (art. 6 Cedu) imporrebbero unicamente la predisposizione di misure idonee a evitare, per quanto possibile, il protrarsi dei conflitti giurisprudenziali⁴ e, nel caso di mutamento giurisprudenziale, l'adeguata motivazione della scelta di abbandonare un orientamento consolidato⁵.

* L'introduzione e il paragrafi 1 del presente contributo sono stati redatti da Martina Condorelli e i paragrafi 2, 3 e 4 da Luca Pressacco.

1. Per un inquadramento generale sul potere di *overruling*, cfr. – *ex multis* – N. Duxbury, *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 117 ss. e E. Calzolaio, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 67, n. 3/2013, p. 899, con particolare riferimento all'ordinamento inglese; nonché U. Mattei, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XIV, Torino, 1996, pp. 158 ss.

2. Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 58, le cui considerazioni sono state da ultimo riprese da Corte Edu, Grande Camera, 29 novembre 2016, *Parrocchia cattolica di Lupeni e altri c. Romania*, § 116.

3. «*Which is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law*»: così Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 56.

4. Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin e Perihan Sahin c. Turchia*, § 55. Cfr., per un'applicazione pratica di tale principio, Corte Edu, 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov c. Bulgaria*, § 49 ss.

Sotto questo profilo, l'ordinamento processuale italiano appare conforme alle indicazioni della Corte, prevedendo una serie di strumenti volti a evitare che insorgano contrasti giurisprudenziali. Tale fine è stato perseguito, ad esempio, mediante la previsione di meccanismi che «senza incidere direttamente sul valore del precedente mira[no] alla stabilità della giurisprudenza (...) "incentivando" l'adesione al precedente (o disincentivando il discostarsi da esso)»⁶, anche scoraggiando le parti a fondare le proprie difese su argomentazioni contrastanti con l'orientamento consolidato⁷.

Nella medesima prospettiva viene in rilievo, inoltre, l'introduzione di un vincolo orizzontale relativo

al precedente delle sezioni unite o dell'adunanza plenaria: affinché l'orientamento espresso da tali organi possa essere superato, la sezione semplice è ormai tenuta a rimettere nuovamente la questione al supremo consesso⁸ o, se ritiene l'indirizzo contrario al diritto europeo, alla Corte di giustizia dell'Unione europea⁹.

In questo modo, l'*overruling* è stato, in una certa misura, "procedimentalizzato" e "accentrato": si svolge ormai entro un contesto dialogico, in cui l'ordinanza di rimessione della sezione semplice gioca un ruolo fondamentale, garantendo che l'eventuale abbandono dell'indirizzo precedentemente accolto sia esplicito e adeguatamente motivato, e quindi – in ultima istanza – necessario¹⁰.

5. Corte Edu, 14 gennaio 2010, *Atanasovski c. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, § 38.

6. F. Patroni Griffi, *Valore del precedente e nomofilachia*, 16 ottobre 2017 (disponibile online www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/patroni-griffi-valore-del-precedente-e-nomofilachia-16-ottobre-2017). Analogamente, cfr. G. Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *Federalismi*, n. 19/2018, in particolare, pp. 9 ss. (www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?eid=491&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE_23102018184613%252Epdf).

Si pensi all'art. 118, comma 1, disp. att. cpc, che semplifica l'onere motivazionale del giudice permettendogli di fondare la propria decisione sui «precedenti conformi». La stessa cosa consente di fare l'art. 74 cpa, seppure in ipotesi limitate. Infine, sul punto, deve richiamarsi il decreto del primo presidente della Corte di cassazione del 29 aprile 2016, n. 68, che prevede, all'art. 1, che «i collegi delle sezioni penali, quando sono chiamati a decidere con sentenza su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio (...) redigano la motivazione in forma "semplificata", con richiamo dei precedenti conformi in caso di prospettazione di questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della Corte».

7. Si pensi al cd. "filtro in cassazione" ex art. 360-bis cpc, comma 1, introdotto con la legge 18 giugno 2009, n. 69, o alla possibilità di sanzionare la parte che abbia fondato la propria azione su argomentazioni che si pongano in contrasto con orientamenti consolidati della giurisprudenza, ex art. 26, comma 2, cpa o art. 96, comma 3, cpc. La versione originale dell'art. 26, comma 2, cpa prevedeva che «il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati». Modificata dal primo correttivo al codice (d.lgs 15 novembre 2011, n. 195), che ammette la sanzione della parte che abbia «agito o resistito temerariamente», la disposizione continua a essere interpretata dalla giurisprudenza amministrativa come una sanzione della contestazione di orientamenti consolidati: cfr. in questo senso, esplicitamente, Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014, 148, con nota di A. Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1436, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Giustizia amministrativa*, n. 992. Allo stesso modo, la giurisprudenza civile ravvede nell'argomentazione in contrasto con la giurisprudenza consolidata un sintomo di temerarietà della lite: Cass. civ., sez. unite, 20 aprile 2018, n. 9912, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Spese giudiziali civili*, n. 13; Cass. sez. VI civ., ord. 22 febbraio 2016, n. 3376, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Cassazione civile*, n. 235. In entrambi i casi, a essere sanzionata non è la mera critica agli orientamenti consolidati, bensì l'insussistenza di argomentazioni fondate per giustificare tale critica.

8. Per il processo penale, cfr. l'art. 618, comma 1.bis, cpp, introdotto con legge 23 giugno 2017, n. 103, su cui cfr., in particolare, R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* (l. 103/2017), Giuffrè, Milano, 2017, p. 276; per il processo civile, cfr. l'art. 374 cpc, introdotto con la legge 2 febbraio 2006, n. 40 (su cui cfr. R. Rordorf, *Stare decisis. Osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 284, e la dottrina *ivi* citata) e, per il processo amministrativo, cfr. l'art. 99, comma 3, cpa, introdotto con il d. lgs 2 luglio 2010, n. 104 (su cui cfr. E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1237; S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Cedam, Padova, 2011; G. Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012).

9. Secondo quello che A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 345 ss. (in particolare, p. 359) ha definito un «diritto alla ribellione» dei giudici nazionali, sancito da Cgue, sez. I, 20 ottobre 2011, n. 396, *Interedit*, C-396/09 (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-396/09>) e Cgue, Grande Sezione, 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13, in *Giur. it.*, 2016, 2221 con nota di A. Giusti, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*; si vedano, inoltre, le seguenti note: C. Lamberti, *La Corte di Giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo di interprete (unica) del diritto europeo in Urbanistica e appalti*, 2016, p. 1080 e E.M. Barbieri, *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 541.

10. Prima dell'introduzione del vincolo "relativo" del precedente, la giurisprudenza affermava già che il giudice che intendesse discostarsi dagli orientamenti del giudice della nomofilachia dovesse motivare specificamente la propria scelta: cfr., in questo senso, Cass., sez. III

1. I rimedi all'imprevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale nel diritto civile e amministrativo

Nei casi in cui tali misure di “contenimento” falliscano e si verifichi l'insorgere di un contrasto giurisprudenziale o addirittura il superamento, da parte dell'organo della nomofilachia, dell'orientamento precedentemente accolto, può essere emanata una pronuncia “imprevedibile”, poiché fondata su un principio di diritto diverso da quello sul quale la parte aveva fatto affidamento.

1.1. *L'overruling in materia processuale*

È stato sostenuto, sulla scorta di plurime argomentazioni, che l'*overruling* avesse una rilevanza differente a seconda della natura della norma diversamente interpretata. Secondo parte della dottrina

tedesca, l'affidamento nell'interpretazione giurisprudenziale assumerebbe rilevanza giuridica solo qualora abbia a oggetto una regola processuale: nell'interpretare e applicare la regola sostanziale, il giudice decide su un rapporto rispetto al quale è terzo; al contrario, nell'applicare la regola processuale, il giudice modella la propria relazione con il cittadino. Egli sarebbe, quindi, tenuto a comportarsi secondo buona fede e a non modificare unilateralmente e repentinamente la disciplina di tale rapporto¹¹. Secondo la dottrina italiana, invece, se il mutamento giurisprudenziale relativo alla norma sostanziale è generalmente ascritto all'ambito dell'*alea* – accettabile, seppur *non preferibile* – del diritto¹², il mutamento della regola processuale condurrebbe a esiti intollerabili. La certezza del diritto in ambito processuale sarebbe un valore particolarmente importante¹³, visto che la perdita del diritto di agire in giudizio comporta, inevitabilmente, la perdita di far valere la posizione sostanziale sottostante¹⁴. Infine, si è notato che il nuovo art. 111 Cost.

pen., 23 febbraio 1994, n. 1999, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Cassazione penale*, n. 6; Cass. civ., sez. lav., 13 maggio 2003, n. 7355, in *Foro it.*, 2004, I, 1237, e giurisprudenza *ivi* richiamata, cui *adde* Cass. civ., 3 dicembre 1983, n. 7248, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Legge*, n. 25. Tale onere motivazionale risulta particolarmente rafforzato nei casi in cui l'*overruling* abbia ad oggetto una norma processuale (in questo senso, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 6 novembre 2014, n. 23675, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Procedimento civile*, n. 146, secondo la quale «*l'overruling delle sezioni unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti"*»), come d'altronde auspicavano già da tempo voci autorevoli in dottrina – in questo senso, cfr. P. Calamandrei, *La Cassazione civile – vol. II*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, vol. VII, Morano, Napoli, 1976, 67, che osservava che «*il giudice, il quale sa che scopo della sua funzione non è di risolvere eleganti problemi teorici per amor della scienza, ma di portare certezza giuridica nei conflitti di interessi che insorgono nella vita pratica, comprende che, specialmente in certe vexatae quaestiones di diritto processuale [...] una giurisprudenza costante è preferibile, nell'interesse dei privati, a una giurisprudenza giusta*».

La mancata motivazione della scelta di discostarsi da un orientamento consolidato è stata configurata come un'ipotesi di responsabilità civile del giudice: cfr., in questo senso, Cass., sez. I civ., 30 luglio 1999, n. 8260, in *Foro it.*, 2000, I, 2671, con nota di C.M. Barone e Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11859, *id.*, 2001, I, 3556, con nota di richiami. In argomento, cfr. anche F. Angeloni, *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2001, pp. 30 ss.

11. P. Mouzouraki, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais: un exemple de convergence des droits administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 266 ss., che cita in particolare J. Burmeister, *Vertrauensschutz im Prozessrecht*, Juristischen Gesellschaft, Berlino, 1979, 32; H. Maurer, *Handbuch de Staatsrechts*, vol. III, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988, 274; V. Götz, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, in Ch. Starck (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1976, p. 421.

Tale distinguo è stato ripreso dall'*Assemblée plénière* della Corte di cassazione francese (Cass., ass. plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493, D. 2007, p. 835, con nota di P. Morvan, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable* e in *RTD civ.*, 2007, p. 72, con nota di P. Deumier, *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*), che ha ammesso che, in virtù del principio dell'equo processo di cui all'art. 6 Cedu, possa essere «non applicata» la nuova interpretazione della norma processuale, che priverebbe la parte del diritto «all'accesso al giudice». Nella sentenza in esame, l'*Assemblée plénière*, come le sezioni unite nel 2011, non ha fatto un *prospective overruling*, affermando una nuova regola e precisando che si applicherà solo *pro futuro*, ma ha semplicemente deciso il caso secondo l'indirizzo *overruled* da una precedente sentenza della seconda sezione civile.

12. Così M. Gaboardi, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 435 ss. (in particolare, p. 452).

13. In questi termini, A. Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 117.

14. R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311. In giurisprudenza, il medesimo principio è stato affermato da Cass. civ., sez. unite, 11 aprile 2011, n.

imporrebbe la predeterminazione delle regole processuali¹⁵, vietando di «cambiare le regole del gioco a partita già iniziata»¹⁶.

L'incertezza derivante dal carattere ondivago degli orientamenti giurisprudenziali ha trovato un primo rimedio, nel processo amministrativo, nell'uso estensivo della rimessione in termini per errore scusabile¹⁷, che da ultimo è divenuto un istituto di carattere generale anche nel processo civile (a). Dopo il 2010, tuttavia, preso atto dei limiti della rimessione in termini, la giurisprudenza ha elaborato un nuovo strumento di matrice pretoria: la "disapplicazione" o "non applicazione" del nuovo principio di diritto imprevedibile (b).

a) Rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo e civile: un rimedio "dovuto"?

Sia nel diritto processuale civile¹⁸ che nel diritto amministrativo¹⁹, le norme che prevedevano la possibilità di una rimessione in termini avevano, sino alle

rispettive riforme settoriali del 2009 e 2010, un ambito di applicazione limitato.

La giurisprudenza amministrativa ha, sin dall'inizio del secolo scorso, qualificato l'errore scusabile come un principio generale del processo amministrativo²⁰, ammettendo la concessione della rimessione in termini anche al di fuori dello stretto ambito di operatività delle norme di riferimento²¹, seppur sempre sulla base di una valutazione discrezionale, di opportunità, del giudice.

Tale impostazione, accolta dal legislatore del 2010²², è stata criticata da una parte della dottrina, che sostiene che il beneficio sia *dovuto* al ricorrere di circostanze che rendano obiettivamente non imputabile alla parte processuale il verificarsi della decadenza²³. In particolare, è stato osservato che, in un processo caratterizzato da termini decadenziali brevi, l'art. 37 cpa non rappresenterebbe «un margine di elasticità nell'applicazione delle norme processuali, quanto piuttosto una condizione per la loro appli-

8127, in *Foro it.*, 2011, I, 1386, con nota di G. Costantino.

15. R. Caponi, *Il mutamento*, op. cit.; S. Turatto, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, pp. 1151 ss. (in particolare, p. 1164). *Contra*, G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1390 ss. (in particolare, p. 1399), secondo il quale «alla giurisprudenza non è consentito porre le regole in base alle quali deve essere valutata l'attività processuale delle parti, essendo detto compito riservato in via esclusiva al legislatore [e] a quest'ultimo non è consentito ciò che è invece consentito alla giurisprudenza, chiamata a valutare in concreto quella attività sulla base delle regole somministrate dal legislatore, previa interpretazione delle stesse».

16. Secondo l'espressione utilizzata, in prima battuta, da Cass., sez. II civ., 17 giugno 2010, n. 14627, in *Foro it.*, 2010, I, 3050, con nota di V. Tripaldi.

17. Sul punto, cfr. O. Sepe, *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 675 ss. (in particolare, pp. 682 ss.).

18. Prima della sua collocazione nel libro secondo del codice di rito (art. 184-bis cpc), ad opera della legge 26 novembre 1990, n. 353, l'istituto della rimessione in termini era disciplinato da una pluralità di norme specifiche. La collocazione della novella nel secondo libro del codice di rito ha indotto parte della giurisprudenza a ritenere che il beneficio potesse applicarsi ai soli termini «interni» al grado di giudizio: così, Cass., sez. III civ., 14 marzo 2006, n. 5474, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Termini processuali civili*, n. 4; Cass. sez. III civ., 19 luglio 2005, n. 15216, in *Foro it.*, 2006, I, 1140, con nota di C.M. Barone.

Una parte della giurisprudenza civile riteneva, tuttavia, che i principi affermati dalla Corte costituzionale in materia di decadenze maturate per fatto non imputabile alla parte processuale giustificassero un'applicazione generalizzata della rimessione in termini: Cass., sez. II civ., 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1473, con nota di E. 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 rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*; precedentemente, la remissione in termini era stata concessa fuori dall'ambito di applicabilità del citato art. 184-bis: Cass. civ., sez. II, ord. 2 luglio 2010, n. 15809, in *Foro it.*, 2011, I, p. 144, con nota di richiami; ord., 2 luglio 2010, n. 15811 e ord., 17 giugno 2010, n. 1462, entrambe in *Foro it.*, 2010, I, p. 3050, con nota di V. Tripaldi; Cass. civ., sez. unite, 21 gennaio 2005, n. 1238, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2401, con nota di R. Caponi, *Un passo delle sezioni unite verso la rimessione nei termini di impugnazione*; Cass., sez. III civ., 6 febbraio 2004, n. 2292, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1769, con nota di B. Gambineri; Cass., sez. II civ., 19 agosto 2003, n. 12179; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2003, n. 11072.

19. Prima che fosse disciplinato, in via generale, dall'art. 37 cpa («Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto ...»), l'istituto trovava la sua collocazione sistematica agli artt. 34 e 36 del Testo unico sul Consiglio di Stato e all'art. 34 della legge Tar.

20. Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1933, III, 1, con nota di F. Cammeo.

21. Cfr. l'ampia casistica citata in S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 148 ss.

22. Cons. Stato, ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Foro it.*, 2011, III, p. 133, con nota di G. Sigismondi; in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 326, con nota di A. Travi, *La plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d'ufficio e concessione del beneficio dell'errore scusabile*.

cabilità»²⁴. Tale concezione della rimessione in termini sembrerebbe peraltro compatibile col *dictum* della Corte costituzionale, la quale ha affermato, in più occasioni, che la parte non debba subire le conseguenze negative di decadenze o preclusioni a lei non imputabili²⁵. Peraltro, la concessione di un margine di *discrezionalità* al giudice, nella decisione sulla rimessione in termini, avrebbe il risultato di rendere imprevedibili le conseguenze dell'impedimento non imputabile alla parte, il che sarebbe paradossale, visto che l'istituto ha proprio la funzione di porre rimedio all'incertezza del diritto.

Per quanto riguarda il diritto processuale civile, lo spostamento della disciplina della rimessione in termini nel libro primo del codice di rito²⁶, ha infine giustificato appieno l'estensione del suo ambito di operatività a tutte le attività processuali²⁷.

All'indomani di un repentino mutamento della giurisprudenza in tema di termini di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo²⁸, si è aperto un ampio dibattito sulla tutela dell'affidamento del cittadino nell'orientamento giurisprudenziale abbandonato. Tale dibattito è stato alimentato anche dalla «fronda» di alcuni giudici di merito, che hanno scelto

di rimediare alle conseguenze dell'applicazione del nuovo principio di diritto ai processi in corso mediante la «rimessione in termini» della parte processuale, ben al di fuori dell'ambito delineato dall'art. 184 *bis* cpc, applicabile *ratione temporis*: il beneficio è stato concesso di ufficio, in modo «virtuale»²⁹, con l'effetto di ritenere sanata l'attività processuale già compiuta senza che la parte avesse l'onere di rinnovarla secondo le nuove forme prescritte dal *revirement*³⁰.

b) La disapplicazione del principio di diritto non conoscibile all'epoca del compimento dell'attività processuale: il *prospective overruling* «all'italiana»

Una parte della giurisprudenza ha invece rilevato che, da un punto di vista logico-giuridico, la rimessione in termini non fosse lo strumento idoneo a far fronte alle conseguenze dell'*overruling*³¹, riprendendo le considerazioni di autorevole dottrina. Quest'ultima aveva evidenziato che, nei casi di mutamento repentino e imprevedibile dell'orientamento consolidato, non si configurasse un errore scusabile: in casi del genere, applicare la rimessione in termini rappresentava una «vera e propria finzione»³². Visto che un'attività processuale compiuta in conformità all'o-

23. A. Travi, *La plenaria*, op. ult. cit.; G. Sigismondi, nota di richiami, op. cit.

24. A. Travi, *La plenaria*, op. cit. In questo senso, cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, ad. plen., 10 giugno 1980, n. 23, in *Foro it.*, 1980, III, con nota di C.E. Gallo, secondo cui «in virtù dei principi costituzionali (art. 24 e 113) che garantiscono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti delle pubbliche amministrazioni, le norme che sanciscono la irricevibilità o la inammissibilità dei ricorsi sono di stretta interpretazione, e al contrario acquistano una particolare capacità espansiva le norme (...) che attribuiscono al giudice la potestà di ordinare la rinnovazione degli atti invalidi per consentire al processo di pervenire alla sua conclusione sostanziale. Perciò il giudice amministrativo, se la parte intimata non si costituisce in giudizio e la notificazione del ricorso sia invalida per errore scusabile, deve rimettere il ricorrente in termini per rinnovarla».

25. Corte cost., 2 aprile 2004, n. 107, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1321, con nota di R. Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione e l'iscrizione della causa a ruolo*; 23 gennaio 2004, n. 28, *ibid.*, I, p. 645, con nota di R. Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte costituzionale)*; 26 novembre 2002, n. 477, *ibid.*, 2003, I, 13, con nota di R. Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze dei terzi*.

26. Art. 45, comma 19, legge 18 giugno 2009, n. 69.

27. In dottrina, in questo senso, cfr. E. D'Alessandro, *L'errore*, op. cit.; A. Panzarola, *Sulla rimessione in termini art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 163; R. Caponi, *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2° co., c.p.c.)*, *Foro it.*, IV, p. 283.

28. Cass. civ., sez. unite, 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3014, con osservazioni di A.D. De Santis, nota di C.M. Barone, R. Caponi, G. Costantino, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo e ibid.*, 2011, I, p. 117, con nota di A. Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*.

29. Così Trib. Brindisi, sez. dist. Francavilla Fontana, 8 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2011, p. 1600, con nota di E. Dalmotto, *Dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile*; Trib. Varese, 8 ottobre 2010 e Trib. Torino, 11 ottobre 2010, entrambe in *Foro it.*, 2010, I, p. 2014, con nota di A. De Santis.

30. Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha risposto all'esigenza di tutela dell'affidamento della parte incorsa in una preclusione imprevedibile mediante una (vera) rimessione in termini, d'ufficio: cfr. Cass., sez. II civ., ord., 2 luglio 2010, n. 15809, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3050, con nota di Tripaldi; 2 luglio 2010, n. 15811, e 17 giugno 2010, n. 14627, *ibid.*

31. Rilevava l'inutilità, nel caso di specie, della rimessione in termini e disapplicava il nuovo principio di diritto Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 20 ottobre 2010, in *Foro it.*, Merito extra, 2010, p. 548. Andava ancora più lontano Trib. Milano-Rho, 15 ottobre 2010, *ibid.*, p. 492, in cui si affermava che «i giudizi instaurati anteriormente [al *revirement*], quale è il presente, restano regolati dall'interpretazione dell'art. 645 c.p.c. vigente al momento della proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo», assimilando in tutto e per tutto il mutamento giurisprudenziale allo *ius superveniens*.

32. R. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali*

rientamento *overruled*, diviene irrituale nella “vigenza” della nuova interpretazione, la soluzione adottata da queste sentenze è stata quella di “disapplicare” o “non applicare” il nuovo principio di diritto alle fattispecie perfezionate prima del mutamento di giurisprudenza.

In Italia, la tecnica della “non applicazione” del principio di diritto era già stata usata nel 1960 dalla Corte costituzionale, al fine di evitare la decadenza della parte che, in assenza di una disciplina chiara sul punto, avesse notificato il ricorso nel luogo sbagliato³³. Peraltro, la vera e propria consacrazione di tale tecnica è avvenuta con una sentenza dell’11 luglio 2011³⁴, in cui le sezioni unite hanno schiettamente ricollega-

to all’*overruling* la possibilità di una «scissione tra il fatto (il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l’effetto, di preclusione, che dovrebbe derivarne». Tale scissione può avvenire solo qualora lo strumento della rimessione in termini non possa operare³⁵, in presenza di tre condizioni cumulative precisate dalla giurisprudenza successiva: l’*overruling* deve riguardare una regola processuale, deve essere stato imprevedibile e deve comportare un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa³⁶. Non si tratta, quindi, di un *prospective overruling*³⁷ vero e proprio, quanto piuttosto della scelta, effettuata previa verifica in concreto della sussistenza dei tre presupposti sopra elen-

come *ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311. *Contra*, G. Verde, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra il giudice e la legge)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2012, p. 6; G. Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, *Riv. dir. proc.*, n. 6/2011, p. 1390, secondo i quali l’istituto della rimessione in termini costituisce lo strumento attraverso il quale fare fronte alla lesione dell’affidamento riposto dalla parte nell’interpretazione *overruled*.

La tecnica della disapplicazione del nuovo principio di diritto al fine di preservare il diritto della parte a un processo equo, ex art. 6 Cedu, era già stata impiegata dalla Cassazione francese nel 2006 (Cass., ass. plén., 21 décembre 2006, cit.), sulla scorta delle conclusioni cui era giunto il gruppo di lavoro presieduto da Nicolas Molfessis (N. Molfessis, *Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis à monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, Parigi 2004).

33. Corte cost., 17 febbraio 1960, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 125, con nota critica di V. Andrioli, *Intorno all’applicabilità della legge 25 marzo 1958, n. 260 ai giudizi avanti la Corte costituzionale* e in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 666, con nota critica di F. Carnelutti, *La Corte costituzionale sopra lo Stato?*, citata da A. Morelli, *I limiti del bilanciamento: nuove regole processuali e affidamento delle parti*, in *Federalismi*, n. 17/2012 (disponibile online www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=20798)&content_author=Alessandro+Morelli). La “disapplicazione” non aveva fatto seguito a un *overruling*, nel caso di specie, ma piuttosto a un *case of first impression*, cioè alla prima decisione su una data questione di diritto.

La Corte ha nuovamente disapplicato il principio di diritto (stavolta, però, contrastante con la “prassi” precedente) non conoscibile dalla parte processuale, in Corte Cost., 6 giugno 2012, n. 142, punto 2.2, voce *Regioni*, 2012, p. 1106, con nota di E. Rossi, *Ratifica consiliare della delibera giuntale di ricorrere contro le leggi statali in Trentino-Alto Adige: quando il rigore sembra eccessivo e ingiustificato*. Sul tema, cfr. A. Ruggeri, *Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, ovvero sia l’errore processuale scusabile della parte, in quando indotto dallo stesso...giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012)*, in *Giur. cost.*, 16 giugno 2012 (disponibile online www.giur-cost.org/studi/Ruggeri17.pdf).

34. Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254, con nota di G. Costantino e di G. Mazullo; *ibid.*, 3344, con nota di R. Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6, con nota di G. Verde, *Mutamento, op. cit.*; *Giur. cost.*, 2012, 3153, con nota di C. Consolo, *Le sezioni unite tornano sull’overruling, di nuovo propiziando la figura dell’avvocato «Internet-addicted» e pure «veggente»*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1078, con nota di C. Vanz, «*Overruling*», *preclusioni e certezza delle regole processuali*; in *Guida al diritto*, 2011, n. 32, p. 38, con nota di E. Sacchetti, *Le buone intenzioni del Collegio di legittimità mettono a rischio i cardini dell’ordinamento*; in *Mass. giur. lav.*, 2011, 857, con nota di G. Ianniruberto, *Mutamenti di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*; in *Foro it.*, 2011, I, p. 3343, con nota di R. Caponi, *Retroattività, op. cit.*; in *Corr. giur.*, 2011, 1392, con nota di F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzioni dichiarativa della giurisprudenza*.

35. Precisavano le sezioni unite nella sentenza, citata da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, che «il mezzo per realizzare, nei sensi sopra indicati, il bilanciamento dei valori in gioco, va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall’eventuale (non prevedibile) *overruling*». Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, in *Foro it.*, 2011, I, 1080, con nota di G. Costantino, ha precisato che lo strumento della rimessione in termini deve essere preferito al *prospective overruling*, ritenuto proprio di «ordinamenti in cui la giurisprudenza è considerata, anche formalmente, quale fonte del diritto oggettivo».

36. Cass., sez. VI civ., 27 luglio 2016, n. 15530, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Regione*, n. 464; sez. VI, 9 ottobre 2015, n. 174, *ibid.*, Rep. 2015, voce *Cassazione civile*, n. 224; sez. un. 16 giugno 2014, n. 13676, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Riscossione delle imposte*, n. 126; 11 marzo 2013, n. 5962, *ibid.*, Rep. 2013, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1291; ord. 3 settembre 2013, n. 20172, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Contratti bancari*, n. 53; 4 maggio 2012, n. 6801, *ibid.*, Rep. 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 979; 25 luglio 2012, n. 13087, *ibid.*, voce *Fabbricazione (imposte di)*, n. 21; 20 luglio 2012, n. 12704, *ibid.*, voce *Cassazione civile*, n. 185; 27 dicembre 2011, n. 28967, *ibid.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1364.

37. Cioè l’enunciazione di un principio di diritto nuovo, con la precisazione che si applicherà solo *pro futuro*: cfr., sul punto, U. Mattei, voce *Precedente giudiziario e stare decisis, op. cit.*, pp. 163 ss. Per una disamina della diverse forme di *prospective overruling* elaborate dalla giurisprudenza statunitense, cfr. B. Bartlett, *Prospective overruling and property law*, in *Case western law review*, 1967, pp. 1205

cati, di tenere indenne la parte dalle conseguenze che implicherebbe, sul piano processuale, l'applicazione del nuovo principio di diritto³⁸.

La giurisprudenza civile è tendenzialmente molto rigida nel verificare la sussistenza di un affidamento meritevole di essere tutelato attraverso la disapplicazione del nuovo principio di diritto o la rimessione in termini per errore scusabile. Ad esempio, non è ritenuto meritevole di tutela l'affidamento della parte se, al momento del compimento dell'attività, sussisteva un contrasto giurisprudenziale sulla portata della regola processuale³⁹, poiché in presenza di due o più indirizzi

interpretativi relativi a una regola processuale la parte sarebbe tenuta a compiere l'attività processuale conformandosi all'orientamento più rigoroso, in virtù di un principio generale «di precauzione»⁴⁰. Viene altresì esclusa la meritevolezza dell'affidamento della parte che avesse confidato in un unico precedente (contrario)⁴¹. Invece, nei casi di *overruling* in senso stretto, è negata l'imprevedibilità della nuova interpretazione qualora sussistesse un dibattito dottrinale (seppur «larvato»⁴²) sul punto⁴³; ovvero se, al momento del compimento dell'attività, il *revirement* fosse già stato pubblicato sul sito *web* della Corte di cassazione⁴⁴.

ss. (in particolare, p. 1208).

38. Anche la giurisprudenza applicativa dei principi enunciati da Cass. civ., sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, cit., si muove, in generale, in questa prospettiva: cfr. Cass. civ., sez. lav., ord. 29 marzo 2018, n. 7833, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Appello civile*, n. 20; Cass., sez. lav., 19 gennaio 2016, n. 819, *ibid.*, Rep. 2016, voce *Lavoro*, n. 1201; Cass., sez. I civ., 28 ottobre 2015, n. 22008, in *Giur. it.*, 2016, 663, con nota di E. Dalmotto, *Impugnazione della declaratoria di competenza*; Cass., sez. lav., 7 luglio 2015, n. 14039, non pubblicata; Cass., sez. unite, 21 maggio 2015, n. 10453, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Acque pubbliche*, n. 84; Cass., sez. III civ., 17 dicembre 2014, n. 26541, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Impugnazioni civili*, n. 57; Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 12521, *ibid.*, Rep. 2014, voce *Lavoro e previdenza*, n. 135; Cass. civ., sez. unite, 21 novembre 2011, n. 24413, *ibid.*, Rep. 2011, voce *Acque pubbliche*, n. 108. Costituiscono veri e propri *prospective overruling*, invece, Cass. civ., sez. lav., ord. 19 giugno 2014, n. 13972, in *Foro it.*, 2014, I, 2476, con nota di C.M. Barone e, da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 8 novembre 2018, n. 28575, cit. Non si trattava di un vero e proprio *overruling*, bensì una nuova interpretazione della norma preesistente imposta dal mutamento del quadro normativo, ritenuta applicabile a partire dalla modifica legislativa, quella operata da Cass., sez. unite, 20 giugno 2012, n. 10143, *ibid.*, 2013, I, 1287, con nota di richiami e nota di G.G. Poli, *L'indicazione della Pec (posta elettronica certificata) salva il difensore fuori circondario dalla domiciliazione «ex lege» in cancelleria: le sezioni unite tra vecchie regole e nuove tecnologie*, in cui la Cassazione imita la tecnica della declaratoria di incostituzionalità sopravvenuta, rilevando che «sul piano del sindacato di legittimità (...) è possibile non di meno ipotizzare che l'interpretazione di una disposizione muti nel tempo in ragione del diverso contesto normativo in cui si innesta e che quindi ci sia parimenti una modulazione diacronica del suo significato precettivo senza che ciò smentisca la natura meramente dichiarativa dell'interpretazione della legge fatta dalla giurisprudenza». Da ultimo, deve segnalarsi Cass. civ., sez. trib., 26 ottobre 2011, n. 22282, in *Riv. giur. trib.*, 2012, p. 502, con nota di G. Cipolla, *Diritto e processo nelle azioni di indebito comunitario: quando la Corte di cassazione inventa l'overruling per rimettere in terminis i contribuenti*, che ha sancito che il termine per la richiesta del rimborso di un'imposta dichiarata contraria al diritto europeo dalla Corte di giustizia decorresse dalla pubblicazione di tale sentenza, in cui la suprema Corte ha ravvisato un *overruling* (relativo a una norma sostanziale).

39. Cass., sez. II civ., 3 novembre 2016, n. 22309, non pubblicata; Cass., sez. lav., 21 marzo 2013, n. 7140, in *Foro it.*, 2013, I, p. 2184, con nota di D. Girardi; Cass., sez. II civ., 21 gennaio 2013, n. 1370, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 475, con nota di M. Russo, *Sui rapporti tra diritti autodeterminati e divieto di res nova in appello*; Cass., sez. unite, 12 ottobre 2012, n. 17402, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3163, con nota di C. Consolo, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «Internet-addicted» e pure «veggente»*; Cass., sez. unite, 28 gennaio 2011, n. 2067, in *Foro it.*, 2011, I, p. 286, con nota di G. Costantino; Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, cit.

40. Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687, cit., e 15 dicembre 2011, n. 27086, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Termini processuali civili*, n. 10; addirittura, in Cass., sez. III civ., 5 agosto 2013, 18612, in *Giur. it.*, 2014, p. 841, con nota di R. Favale, *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di «seguire la via più sicura»*, è stato affermato che può incorrere nella responsabilità professionale il difensore che, in presenza di un contrasto giurisprudenziale, non abbia scelto di conformarsi all'orientamento più restrittivo. In dottrina, hanno sostenuto la medesima tesi G. Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1170; G. Verde, *Mutamento, op. cit.* (in particolare, p. 16). Rimane invece senza risposta l'interrogativo posto da F. Santangeli, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *Judicium*, 23 dicembre 2011, in particolare, p. 41 (disponibile online www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/234/Santangeli.pdf), che rileva che esistono dei casi in cui il principio di precauzione non soccorre perché le interpretazioni diverse imporrebbero di compiere l'attività processuale in modo radicalmente diverso.

41. Cass., sez. III civ., 18 gennaio 2012, n. 686, in *Foro it.*, 2012, I, p. 1074, con nota di A. Proto Pisani. *Contra*, da ultimo, Cass. civ., sez. unite, 8 novembre 2018, n. 28575, non ancora pubblicata, che ritornando sull'orientamento espresso da Cass., sez. VI civ., 13 luglio 2017, n. 17420, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2970, con nota di richiami, affermava l'invocabilità dell'*overruling* anche con riferimento agli appelli proposti prima della succitata Cass. sez. VI civ., 13 luglio 2017, n. 17420, riconoscendo il sussistere di un legittimo affidamento sulla «perpetuazione della regola antecedente» alla modifica legislativa apportata dal d.lgs 18 agosto 2015, n. 142.

42. Secondo un'espressione utilizzata in Cass., sez. unite, 12 ottobre 2012, n. 17402, cit.

43. Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 2012, n. 9421, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 477, con nota di G. Guarnieri, *Rito del lavoro: mancata notifica in appello e overruling*.

44. Cass., sez. II civ., 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, 2011, I, p. 1080, con nota di G. Costantino; Trib. Brindisi, sez. dist. Francavilla

1.2. Rilevanza dell'interpretazione imprevedibile di disposizioni sostanziali

Come abbiamo visto, sia la giurisprudenza civile sia quella amministrativa⁴⁵ escludono che la disapplicazione del nuovo principio di diritto possa essere disposta dal giudice nelle ipotesi in cui l'*overruling* riguardi una norma di carattere sostanziale.

Tale affermazione merita di essere parzialmente ridimensionata, almeno per quanto attiene ad alcuni settori particolari dell'ordinamento, come – ad esempio – quello degli appalti pubblici, in cui il valore della prevedibilità delle regole risulta particolarmente importante. La Corte di giustizia dell'Unione europea, attenta a una piena realizzazione del principio della concorrenza nel mercato interno, ha infatti sempre affermato che i concorrenti devono essere messi in grado di conoscere le regole della procedura di evidenza pubblica, specialmente se la loro violazione può condurre all'esclusione del concorrente dalla gara. Così, in un'ottica sostanzialistica, la Corte ha escluso che possa essere richiesta l'osservanza di re-

gole fissate in via giurisprudenziale o di prassi, vista altresì la maggiore difficoltà, per gli operatori economici stranieri, di venirne a conoscenza⁴⁶. Anche sulla scia di tale monito⁴⁷, la giurisprudenza amministrativa ha fatto mostra, negli ultimi anni, di una rinnovata attenzione alla prevedibilità e alla conoscibilità della disciplina degli appalti pubblici⁴⁸, tanto che, al fine di preservare la certezza del diritto, l'adunanza plenaria è giunta a manipolare la portata temporale delle interpretazioni rese, senza tuttavia affermare l'esistenza di un potere generale di modulazione⁴⁹.

La maggiore attenzione del giudice amministrativo alla prevedibilità delle proprie decisioni è, forse, anche legata al carattere più dichiaratamente creativo della giurisprudenza⁵⁰, e al riconoscimento più schietto dei rischi comportati dai *revirement* imprevedibili⁵¹. Tale prospettiva è, da ultimo, emersa in maniera esplicita in una recente sentenza dell'adunanza plenaria in cui si è affermato – in generale – il potere del giudice di modulare gli effetti delle sentenze interpretative rese (anche) su norme sostanziali, al fine di tutelare beni costituzionalmente protetti⁵².

Fontana, 8 gennaio 2011, *Giur. it.*, 2011, p. 1600, con nota di E. Dalmotto, *Dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile*. In Cass. civ., sez. unite, 21 novembre 2011, n. 24413, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Acque pubbliche*, n. 108, è stata riconosciuta la legittimità dell'affidamento della parte che aveva compiuto l'attività tre giorni dopo il deposito del *revirement*.

45. La giurisprudenza amministrativa ha ripreso pedissequamente le tre condizioni fissate dalla Cassazione: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3977 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1, in *Foro it.*, 2018, III, p. 193, con nota di R. Pardolesi e 11 novembre 2015, n. 9, *ibid.*, 2016, III, p. 65, con nota di E. Travi e M. Condorelli; CGA per la Regione siciliana, 29 aprile 2013, n. 421 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it).

46. Cgue, 2 giugno 2016, *Pippo Pizzo*, C-27/15, in *Foro it.*, 2017, IV, p. 206, con nota di M. Condorelli. La posizione della Corte di giustizia è stata da ultimo ribadita in Cgue, ord. 13 luglio 2017, *Saferoad Grawil sp. z o.o.*, C- 35/17, punto 22 ss. (con particolare riferimento all'incertezza del diritto ingenerata dai contrasti giurisprudenziali).

47. Cfr., esplicitamente, Cons. Stato, ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19, in *Foro it.*, 2017, III, p. 309, con nota di N. Gambino, in cui l'adunanza plenaria è tornata sull'orientamento particolarmente rigoroso espresso in Cons. Stato, ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3, in *Foro it.*, 2016, III, p. 114, con nota di A. Travi.

48. Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it), in cui è stata ritenuta inesigibile dal concorrente l'osservanza dei requisiti per la stesura di un valido contratto di avvalimento, posti dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo prevalso solo dopo il compimento delle operazioni di gara, sulla scorta del rilievo che «l'onere di diligenza esigibile in capo al concorrente non può ordinariamente eccedere quanto generalmente conosciuto e imposto in un determinato periodo storico»; segue argomentazioni simili CGA per la Regione siciliana, sez. giur., 24 marzo 2015, n. 305, in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 679, con nota di A. Ruffini, *La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali*.

49. Cfr., in particolare, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10 e Cons. Stato ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it), con nota di L. Bertonazzi, *Le sentenze della plenaria nn. 10 e 21 del 2012: alcune perplessità a prima lettura*.

50. A tal proposito, può rilevarsi che non è un caso se la scusabilità dell'errore dovuta all'incertezza del diritto è assunta molto presto al rango di principio generale del processo, come rilevava già, negli anni Cinquanta, O. Sepe, *L'errore scusabile*, op. cit., p. 675, che riconduceva il principio alla «*frammentarietà e l'oscurità delle leggi amministrative (...) e l'incertezza che ne deriva*» e [alle] «*stesse oscillazioni della giurisprudenza derivanti appunto dalle scabrosità di interpretazione della legislazione*».

51. Sulla valutazione delle ricadute economiche e sociali della sentenza da parte del giudice amministrativo, cfr. A. Scognamiglio, *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, in F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 261.

52. Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Urbanistica e appalti*, 2018, p. 373, con nota di E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*; in *Foro it.*, 2018, III, p. 163, con nota di M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015 e in Dir. proc. amm.*, 2018, p.

L'estensione dell'ambito di operatività del *prospective overruling* è stata ben accolta da una parte della dottrina amministrativistica⁵³, che ha rilevato l'arbitrarietà della limitazione del rimedio ai soli *re-irement* relativi a norme processuali. Tale posizione è stata sostenuta anche da studiosi del diritto civile⁵⁴, costituzionale⁵⁵ e penale⁵⁶, sulla scorta di diverse argomentazioni.

È stato sostenuto, in particolare, che il giudice debba tenere conto dei costi di transazione legati all'imprevedibilità della nuova interpretazione, nel decidere se far decorrere gli effetti dell'*overruling* solo *pro futuro*⁵⁷. Un'impostazione siffatta, per quanto seducente, non pare condivisibile. Innanzitutto, dal punto di vista pratico, un'indagine sulle conseguenze economiche della sentenza imprevedibile sembra porsi al di là dell'ambito delle possibilità del giudice. Per conoscere le effettive conseguenze della retroazione del nuovo principio di diritto, il giudice dovrebbe avere contezza di tutte le situazioni potenzialmente coinvolte: ebbene, tale operazione pare situarsi al di fuori dal campo delle possibilità offerte dall'istruttoria processuale. In secondo luogo, in assenza di parametri predeterminati⁵⁸, l'adozione del

metodo *consequenzialista* proposto rischia di dar luogo a pronunce fondate sulla mera convenienza economica di un'applicazione retroattiva del nuovo principio di diritto; nel nostro ordinamento, la valutazione dell'impatto della modifica dell'ordinamento sugli interessi pubblici e privati coinvolti pare essere, piuttosto, appannaggio del legislatore o dell'amministrazione.

Una chiave per uscire dall'*impasse* potrebbe essere quella di riconoscere, in continuità con quanto già fatto dalla Corte di cassazione, il diritto della parte a non vedersi applicato il nuovo principio di diritto imprevedibile ogni qualvolta questa potesse vantare un diritto fondamentale alla sicurezza giuridica.

In quest'ottica, potrebbe giustificarsi la disapplicazione di un nuovo principio di diritto che privi ingiustificatamente la parte di un risultato favorevole, prevedibile in virtù della giurisprudenza consolidata, sulla base dell'art. 1, primo Protocollo aggiuntivo della Cedu, al quale la Corte di Strasburgo riconduce la protezione delle aspettative fondate su una giurisprudenza consolidata («*enforceable claims*»)⁵⁹ e, successivamente, ingiustificatamente sottratte⁶⁰. Potrebbe, del pari, invocarsi l'art. 7 Cedu per giustificare la di-

1134, con nota di A. Cassatella, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*. Nella sentenza in esame, l'adunanza plenaria ha, di fatto, ripreso le motivazioni adottate da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1513, con nota di R. Romboli, *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia «ex nunc» della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione*; *ibid.*, I, 1923, con nota di G. Tesauro, *Incostituizionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*, che ha modulato gli effetti della pronuncia di incostituzionalità al fine di tutelare altri valori di rango costituzionale. In Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858 (riferimenti in www.giustizia-amministrativa.it), l'operazione realizzata dalla plenaria è stata qualificata come un'estensione dell'ambito di operatività del *prospective overruling* ai mutamenti di giurisprudenza riguardanti le norme sul procedimento.

53. E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria*, *op. cit.*; F. Saitta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective overruling*, 25 giugno 2018 (disponibile online www.giustizia-amministrativa.it/studi-e-contributi/-/asset_publisher/M2jdZL26fejg/content/saitta-prevedibilita-delle-decisioni-del-giudice-amministrativo-e-prospective-overruling-25-giugno-2018).

54. Così, per esempio, M. Gaboardi, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 435 (in particolare, pp. 452 ss.); R. Rolli, *Overruling nel diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 577 (spec. pp. 591 ss.), che auspicava l'estensione del *prospective overruling* alle interpretazioni di norme «ambivalenti, al crocevia tra norme processuali e sostanziali».

55. A. Lanzafame, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in *Judicium*, 9 marzo 2015 (www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/617/Lanzafame.pdf), che richiamava la giurisprudenza Cedu in tema di irretroattività della sanzione penale.

56. E. Vincenti, *Note minime sull'overruling come (possibile?) paradigma di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4126 ss.

57. Sembrerebbe opinare in questo senso F. Saitta, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective overruling*, *op. cit.*

58. Quale criterio dovrebbe adottare il giudice? Un criterio "quantitativo", che tenga conto del numero di situazioni giuridiche coinvolte dal possibile *overruling*? Un criterio "qualitativo", fondato sull'importanza economica degli interessi coinvolti?

59. In Corte Edu, 28 settembre 2004, *Kopecky c. Slovacchia*, § 52, la Corte ha precisato che «*the Court takes the view that where the proprietary interest is in the nature of a claim, it may be regarded as an "asset" only where it has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it*».

60. Cfr., in questo senso, Corte Edu, Grande Camera, 6 ottobre 2005, *Maurice c. Francia*, § 66, in cui è stata riconosciuta la violazione dell'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo in relazione alla legge interpretativa (cd. *loi "anti-Perruche"*) con cui il legislatore francese ha inteso mettere fine alla giurisprudenza della *Cour de cassation* che riconosceva il diritto al risarcimento del danno da nascita indesiderata.

sapplicazione della nuova interpretazione, imprevedibile e *in malam partem*, di una norma da ritenersi sanzionatoria secondo la definizione sostanzialistica tipica del giudice europeo⁶¹.

2. Principio di legalità e prevedibilità del diritto penale giurisprudenziale

Tale ultima notazione offre lo spunto per l'analisi dell'ordinamento penale, nell'ambito del quale il principio di stretta legalità e i suoi tradizionali corollari svolgono, come noto, una funzione di particolare rilievo⁶². Peraltro, nonostante tali fondamentali garanzie, occorre schiettamente riconoscere che nemmeno il sistema penale può dirsi immune da *oscilla-*

zioni, contrasti e mutamenti giurisprudenziali, con pesanti ricadute in termini di prevedibilità delle decisioni giudiziali da parte dei singoli individui⁶³.

Il ruolo conformativo della giurisprudenza è stato, del resto, pragmaticamente riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, la quale ha ripetutamente affermato che – da questo punto di vista – il diritto penale non si distingue in modo significativo dagli altri settori dell'ordinamento⁶⁴. Nella medesima prospettiva, si comprende maggiormente – senza, peraltro, necessariamente condividerlo – anche l'operato del Giudice delle leggi, il quale ha respinto diverse questioni di legittimità costituzionale fondate sull'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice, richiamando l'opera di concretizzazione e precisazione del precetto svolta dal cd. “diritto vivente”⁶⁵.

Si tenga conto che, nel caso in esame, il giudice europeo ha ravvisato anche una violazione dell'art. 6 Cedu, dovuta all'ingerenza del legislatore nei processi in corso. Ovviamente, nel caso in cui l'aspettativa legittima venisse “sottratta” da un *overruling* imprevedibile e non adeguatamente giustificato, tale profilo verrebbe meno.

61. Si tenga conto del fatto che la Corte europea equipara l'interpretazione giurisprudenziale alla norma positiva – vds. Corte Edu, 26 aprile 1979 (con data 25 aprile 1979), *Sunday Times c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 1979, IV, 193 e 25 novembre 1996, *Wingrove c. Regno Unito* (riferimenti in www.echr.coe.int) – e, nell'individuare le norme penali, si avvale dei cd. *Engel criteria* (cfr. Corte Edu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Foro it.*, 1977, IV, p. 1, con nota di richiami, e 23 novembre 1976, caso *Engel*, *ibid.*, 97), secondo i quali una norma può considerarsi penale, ai fini dell'applicazione delle garanzie di non retroattività e di prevedibilità della norma penale (sul requisito della *foreseeability*, cfr. Corte Edu, sent. 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 36). Sulla riconducibilità delle norme che prevedono delle sanzioni latamente penali all'ambito di applicazione dell'art. 7 Cedu, cfr. A. Travi, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 642 ss. e *Id.*, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323.

62. Sulle peculiari esigenze di uguaglianza e certezza del diritto che innervano la materia penale, in confronto agli altri settori dell'ordinamento, insiste – ad esempio – A. Cadoppi, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 17 ss. Non senza premettere alcune notazioni storiche sulla distinzione tra diritto penale e diritto civile, L'Autore rileva che gli artt. 25 Cost. e 7 Cedu riguardano – non a caso – esclusivamente la materia criminale (*ivi*, p. 25).

63. Cfr., al riguardo, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero – S. Moccia – G. De Francesco – G. Insolera – M. Pelissero – R. Rampioni – L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 213 ss., il quale afferma recisamente che «il principio di legalità in materia penale nel suo complesso – così come tradizionalmente inteso nell'ordinamento italiano – si presenta congenitamente incapace di fornire una qualche garanzia contro le incoerenze della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme incriminatrici, laddove tale interpretazione si mantenga *al di qua* del limite del divieto di analogia» (*ivi*, 220). Sulle “speranze tradite” dai corollari della legalità penale, si veda anche la disincantata panoramica di A. Manna, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in A. Cadoppi (a cura di) *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, pp. 253 ss.

64. Il *leading case* in materia è Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, § 36: «*However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen*». Tali principi sono stati, successivamente, confermati dalla giurisprudenza europea (vds., ad esempio, Corte Edu, Grande Camera, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, § 50) e considerati applicabili anche in materia processuale penale (cfr., sul punto, Corte Edu, sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, § 59).

65. Cfr. a titolo puramente esemplificativo, per quanto concerne il delitto di *stalking* (art. 612-bis cp), Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2729 ss., con nota di F. Giunta; sul cosiddetto “disastro innominato” (art. 434 cp), Corte cost., sent. 1° agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 3528 ss., con nota di F. Giunta. In particolare, quest'ultima pronuncia appare emblematica, poiché – da un lato – si è ritenuto che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»; precisando – dall'altro lato – che «ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa» (*ivi*, pp. 3537 – 3538). La dottrina non ha mancato di rilevare l'intima contraddittorietà di tale argomentazione: cfr., da ultimo, V. Manes, “Common Law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 961, spec. nota n. 36.

La giurisprudenza europea e quella costituzionale non hanno, comunque, trascurato le insidie che possono derivare, in termini di garanzie individuali, dalla transizione verso un diritto penale di matrice prevalentemente giurisprudenziale. La Corte costituzionale, in una storica pronuncia, ha affermato il principio secondo cui l'ignoranza inevitabile della legge penale esclude la colpevolezza del soggetto agente, precisando ulteriormente che tale evenienza consegue, ad esempio, alla «mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad esempio, assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»⁶⁶. La Corte di Strasburgo, dal canto suo, ricomprende il formante di origine giurisprudenziale entro la nozione autonoma di «diritto» di cui all'art. 7 Cedu, imponendo che siano sempre garantite *accessibilità* e *prevedibilità* del comando legale, quale che sia l'origine di quest'ultimo⁶⁷.

Così, la violazione dell'art. 7 Cedu può derivare, in primo luogo, dall'esistenza di conflitti giurisprudenziali gravi e perduranti in ordine alla configurabilità

del reato⁶⁸; circostanza che sembra essersi verificata – da ultimo – nell'ormai celebre *affaire Contrada*⁶⁹. Secondariamente, per quanto di specifico interesse in questa sede, la Corte di Strasburgo riconosce la violazione del principio di legalità nei casi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile o, meglio, di sua applicazione retroattiva *contra reum*⁷⁰. Peraltro, con la importante pronuncia resa nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*, la Grande Camera della Corte Edu ha stabilito che un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* può condurre a una violazione del principio di legalità della pena, anche qualora operi sulla disciplina dei benefici penitenziari, traducendosi, in ultima istanza, in un prolungamento significativo della detenzione residua del condannato⁷¹.

Infine, giova segnalare che i principi della giurisprudenza europea sull'*overruling* foriero di effetti sfavorevoli per l'imputato sembrano agevolmente estensibili – *mutatis mutandis* – anche alla disciplina processuale. Sul punto, peraltro, si rinviene una pronuncia isolata in cui la Corte Edu ha affermato che l'*overruling* sulla norma processuale integra una violazione del dettato convenzionale soltanto se imprevedibile⁷².

66. Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss., con nota di D. Pulitanò, da cui è tratta la citazione che precede nel testo (*ivi*, p. 728). Con tale pronuncia, come noto, è stata riconosciuta la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 cp, in relazione ai parametri di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

67. Cfr., al riguardo, V. Manes, sub *Art. 7*, in S. Bartoli, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, pp. 258 ss.

68. Si tratta di ipotesi speculative, nel diritto penale sostanziale, a quella cui si è accennato *supra* § 1, nota n. 4, con riferimento all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo.

69. Corte Edu, sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), §§ 66-76, su cui si veda la ricostruzione dogmatica proposta da M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 346 ss. In tale pronuncia, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che la possibilità di configurare il reato di "concorso esterno in associazione mafiosa" è stata oggetto di approcci giurisprudenziali radicalmente divergenti almeno fino al 1994, anno in cui sono intervenute le sezioni unite della Cassazione per dirimere la questione. Così, da un lato, il ricorrente non era in condizione, nel periodo in cui si sono svolti i fatti contestati, di prevedere chiaramente le conseguenze giuridiche delle proprie azioni; dall'altro lato, le sentenze di condanna emesse nei confronti di Contrada hanno applicato retroattivamente una fattispecie incriminatrice (di origine prevalentemente giurisprudenziale, sebbene fondata sul combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis cpp), delineatasi compiutamente soltanto in epoca successiva ai fatti contestati. Come noto, la sentenza in esame è stata oggetto di critiche variegata da parte di magistrati e studiosi; critiche che, a onore del vero, si sono spesso appuntate più sulla ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali interni effettuata dalla Corte di Strasburgo, che sui principi di diritto da quest'ultima affermati. In questo senso, cfr., ad esempio, A. Balsamo, *Efficacia nel tempo della svolta giurisprudenziale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, pp. 293 ss.

70. Cfr., ad esempio, Corte Edu, sez. V, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*; Corte Edu, sez. III, 24 maggio 2007, *Dragotoni e Militaru – Pidhorni c. Romania*; Corte Edu C, sez. II, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*. Cfr., sul punto, F. Mazzacuva, sub *Art. 7*, in G. Ubertis e F. Viganò (a cura di) *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 239, il quale osserva correttamente che – nell'ottica propugnata dalla Corte di Strasburgo – occorre «impostare la verifica della prevedibilità dell'applicazione della legge penale, non solo alla luce del testo della disposizione normativa (la cui precisione assoluta non sarebbe esigibile, né talvolta auspicabile), ma anche tenendo conto della sua interpretazione ad opera dei giudici nazionali» (*ivi*, 237).

71. Cfr., sul punto, Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, su cui cfr. E. Profitti, *Principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 684 ss.

72. Cfr. Corte Edu, sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, in cui è stata negata la violazione dell'art. 8 Cedu, ritenendo che la possibilità di effettuare operazioni di sorveglianza satellitare fosse uno sviluppo giurisprudenziale ragionevolmente prevedibile in base alla disciplina sulle sorveglianze sonore e visive.

3. La rilevanza del mutamento giurisprudenziale nel diritto penale

Come si è accennato *supra*, solo con la legge 23 giugno 2017, n. 103 il sistema penale si è allineato agli altri settori dell'ordinamento introducendo una disposizione normativa – l'art. 618, comma 1-bis, cpp – che individua un procedimento autonomo, suscettibile di condurre all'*overruling*, inteso quale modalità specifica di esplicazione della funzione nomofilattica propria della Corte di cassazione⁷³. Peraltro, ciò non significa che il fenomeno del mutamento giurisprudenziale fosse, fino a quel momento, del tutto privo di rilievo giuridico nell'ambito dell'ordinamento penale. Invero, poiché il mutamento giurisprudenziale costituisce «*un elemento connaturato all'ermeneutica giuridica*»⁷⁴, non sono mancate le occasioni di approfondimento della questione da parte della giurisprudenza, sebbene in relazione a problematiche specifiche e non nel contesto di una ricostruzione in chiave unitaria dell'*overruling* quale istituto di portata generale⁷⁵.

In tale prospettiva si inseriscono, ad esempio, gli orientamenti che riconoscono al mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* – suggellato da una pronuncia delle sezioni unite della Cassazione – il rilievo giuridico necessario per rimuovere le preclusioni maturate in precedenza, consentendo alle parti di presentare nuove istanze in sede cautelare o esecutiva⁷⁶.

Per converso, vi sono settori in cui il mutamento giurisprudenziale, anche se sancito dal più alto consenso della Cassazione, stenta a imporsi quale *ius novum*, in particolare ove vi siano disposizioni legislative che giustificano orientamenti di carattere restrittivo rispetto all'influenza del diritto vivente⁷⁷. Allo stadio attuale, anche alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con l'importante sentenza n. 230 del 2012, sembra pertanto doversi escludere qualsiasi ipotesi di incidenza del mutamento giurisprudenziale favorevole al reo sulla sentenza di condanna che sia divenuta irrevocabile e abbia acquisito gli effetti della cosa giudicata (sino al caso estremo dell'esclusione, da parte del nuovo orientamento, del fatto accertato

73. Peraltro, sembra opportuno ricordare che – già prima della cosiddetta “riforma Orlando” – l'art. 172, comma 2, disp. att. cpp (d.lgs 28 luglio 1989, n. 271) statuiva che «in nessun caso può essere restituito il ricorso che, dopo una decisione delle sezioni unite, è stato rimesso da una sezione della Corte di cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale». Sul nuovo art. 618, comma 1-bis, cpp cfr. – *ex multis* – R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 275 ss.; G. Fidelbo, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in Bargis e H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 115 ss.; nonché M. Gialuz e J. Della Torre, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la “riforma Orlando”*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5/2018, pp. 970 ss.

74. Così E. Profiti, *La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in tema di benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 687.

75. Cfr., al riguardo, E. Vincenti, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126.

76. Cfr., sul punto, Cass., sez. I pen., 12 febbraio 2016, n. 12955, *Buscaglia*, in *Ced Cass.*, rv. 267287; Cass., sez. III pen., 1° aprile 2014, n. 27702, *Auricchio*, in *Ced Cass.*, rv. 260232. Occorre precisare che le pronunce citate costituiscono tutte applicazione dei principi statuiti da Cass. pen., sez. unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, *Beschi*, in *Ced Cass.*, rv. 246651, ove si è affermato che «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo “elemento di diritto”, idoneo a superare la preclusione, di cui al secondo comma dell'art. 666 cod. proc. pen., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”, con la conseguenza che una tale operazione ermeneutica si rende necessaria e doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva». Occorre precisare, comunque, che non sempre la Corte di legittimità si premura di verificare se le ricadute del mutamento giurisprudenziale in questione operino *in malam partem* per l'imputato o il condannato (cfr., ad esempio, Cass., sez. V pen., 2 ottobre 2017, n. 4679, *Centanni*, in *Ced Cass.*, rv. 272436), mentre si rinvencono persino orientamenti di segno contrario rispetto a quello espresso dalle sezioni unite (vds., ad esempio, Cass., sez. I pen., 9 ottobre 2014, n. 47598, *Italfondiaro Spa.*, in *Ced Cass.*, rv. 261442, in tema di misure di prevenzione).

77. Sul rapporto fra mutamento giurisprudenziale e revoca della sentenza di condanna ex art. 673, comma 1, cpp, vds. le importanti precisazioni svolte da Cass. pen., sez. unite, 29 ottobre 2015, n. 26259, *Mraidi*, in *Ced Cass.*, rv. 266872; nonché, Cass., sez. I pen., 15 novembre 2016, n. 11076, *Bibo*, in *Ced Cass.*, rv. 269759 (sul punto, come noto, era già intervenuta in precedenza Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 3440 ss., con note di O. Mazza e V. Manes). Sull'obbligo di uniformarsi al principio di diritto stabilito dalla Cassazione ex art. 627, comma 3, cpp, anche in presenza di un mutamento giurisprudenziale sopravvenuto, cfr. Cass., sez. II pen., 28 marzo 2017, n. 25722, *Antinoro*, in *Ced Cass.*, rv. 270699; Cass., sez. I pen., 10 aprile 2012, n. 4049, *Licata*, in *Ced Cass.*, rv. 254217; Cass., sez. III pen., 20 dicembre 1995, n. 4611, *Capogrossi*, in *Ced Cass.*, rv. 204568; Cass., sez. I pen., sent. 10 novembre 1995, n. 5690, *Libri*, in *Ced Cass.*, rv. 203066.

dalla sfera di operatività della norma incriminatrice)⁷⁸. Ciò rende, peraltro, difficoltoso per le parti avvalersi del mutamento giurisprudenziale sopravvenuto anche nelle ipotesi in cui il provvedimento non sia ancora divenuto irrevocabile e, tuttavia, l'*overruling* interessa un punto della sentenza non investito dai motivi posti a fondamento dell'impugnazione o non rilevabile d'ufficio⁷⁹.

Al di fuori di questi itinerari, nei quali il mutamento giurisprudenziale potrebbe essere invocato per far valere interpretazioni convenzionalmente orientate di talune norme del c.p.p., rimane ancora ampiamente inesplorata la strada indicata dalla Corte di Strasburgo: come si è visto nel paragrafo precedente, quest'ultima ha confermato in diversi casi la violazione dell'art. 7 Cedu, perché i «*provvedimenti di condanna erano stati pronunciati sulla base di soluzioni ermeneutiche ritenute "imprevedibili" alla luce degli stessi precedenti giurisprudenziali*»⁸⁰.

D'altronde, parte della dottrina penalistica auspica, in casi del genere, un limitato impiego della tecnica del *prospective overruling* in funzione garantistica⁸¹. Considerato il livello della frammentazione e della conflittualità della nostra giurisprudenza, si potrebbe ritenere che questa prospettiva sia meritevole di attenzione. Invero, qualche segnale in tal senso si può già percepire, come testimonia un recente caso in materia di accesso abusivo a sistema informatico portato all'attenzione della Corte di legittimità; la quale, tuttavia, ha escluso che l'interpretazione più lata della norma incriminatrice fosse imprevedibile per l'imputato, considerata proprio l'esistenza di conflitti giurisprudenziali sul punto⁸². Una via alternativa, forse più agilmente percorribile a diritto invariato, potrebbe essere rappresentata da un'applicazione

più generosa della disciplina dell'*error iuris* – per il momento ritenuto applicabile nei soli casi di conflitto sincronico⁸³ – anche all'ipotesi dell'*overruling* imprevedibile⁸⁴.

Infine, occorre precisare che – fino a questo momento – al diritto processuale penale è stato riservato un ruolo assai marginale nel dibattito sull'*overruling*. Non manca, in realtà, qualche esiguo precedente in materia, ove per esempio si è affermato che l'elemento di prova, raccolto nel "vigore" di un orientamento giurisprudenziale (meno rigoroso) non più condiviso, non può essere utilizzato ai fini della decisione sul merito dell'imputazione in base al tradizionale principio del *tempus regit actum*, che – invece – deve considerarsi recessivo rispetto a un mutamento interpretativo *in bonam partem*⁸⁵.

4. Osservazioni conclusive

Il presente contributo ha inteso delineare un quadro essenziale dei problemi suscitati dal fenomeno dell'*overruling*, in rapporto alla prevedibilità delle pronunce giurisdizionali e, più in generale, al principio di certezza del diritto. Si tratta di una problematica complessa, che si inserisce in processi "culturali" più ampi, come – ad esempio – l'evoluzione del sistema delle fonti e il progressivo sviluppo del valore giuridico del precedente nell'ordinamento italiano.

Lo sforzo perenne di conciliare l'innovazione con la stabilità e la certezza non si esplica soltanto attraverso la regolazione – per via giurisprudenziale o legislativa – dei presupposti, dei limiti e delle conseguenze (*rectius*: effetti) dell'*overruling*. Il mutamen-

78. In questo senso, ad esempio, si è affermato che non sussiste contrasto teorico fra giudicati, idoneo a giustificare la revisione della sentenza di condanna, qualora l'assoluzione del coimputato sia pronunciata (anche) in conseguenza di un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*: cfr. Cass., sez. V pen., 31 marzo 2010, n. 19586, *Bonina*, in *Ced Cass.*, rv. 247513.

79. Cass., sez. II pen., 26 novembre 2015, n. 3000, *Leone*, in *Ced Cass.*, rv. 265780.

80. In questo senso, si veda, ancora, F. Mazzacuva, *sub Art. 7, op. cit.*

81. Cfr., in tal senso, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio nella dimensione in action della legalità*, Giapichelli, Torino, 2014, 316 ss.; A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2202 ss.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vicenti (a cura di), *Diritto e Clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, pp. 239 ss.

82. Si tratta di Cass. sez. V pen., 24 aprile 2018, n. 37857, *Fabbrizzi*, in *Ced Cass.*, rv. 273876. In precedenza, vds. anche Cass., sez. II pen., 18 febbraio 2016, n. 21596, *Tronchetti Provera*, in *Ced Cass.*, rv. 267164.

83. Cfr., per esempio, Cass., sez. VI pen., 25 gennaio 2011, n. 6991, *Sirignano*, *Ced Cass.*, rv. 249451.

84. Risulta, d'altronde, che tale operazione ermeneutica sia stata già compiuta, almeno, in un'occasione: Cass., sez. III pen., 6 ottobre 1993, n. 435, *Garofoli*, *Ced Cass.*, rv. 197037.

85. Cass., sez. VI pen., 26 maggio 2008, n. 29684, *Sorce*, *Ced Cass.*, rv. 240455. Residua, peraltro, il dubbio che il principio affermato in tale pronuncia non sia del tutto corretto dal punto di vista sistematico, considerato che la prova – dopo essere stata ritualmente assunta in giudizio – viene utilizzata proprio al momento della decisione che definisce la controversia.

to giurisprudenziale, invero, si inserisce in un quadro composito, su cui incidono – per esempio – lo stile di redazione delle sentenze, la disciplina della responsabilità civile e professionale dei magistrati.

In tutti i settori dell'ordinamento, il fenomeno del mutamento giurisprudenziale è emerso dapprima in relazione ad alcune problematiche specifiche, reclamando – successivamente – un inquadramento dogmatico generale per evitare che, paradossalmente, esso si trasformasse in un fattore di ulteriore incertezza per il sistema giuridico. Questo tentativo appare certamente in fase più avanzata nei settori del diritto civile e amministrativo, ove, peraltro, risulta (per ora) principalmente limitato alla sola disciplina

processuale. Occorrerebbe, tuttavia, un supplemento di approfondimento, perché dietro l'etichetta del mutamento giurisprudenziale si nascondono in realtà fenomeni estremamente diversificati: si pensi solo, a titolo esemplificativo, al problema della progressiva enucleazione di sotto-fattispecie riconducibili al medesimo precetto penale.

Risulta, dunque, indispensabile sforzarsi di comprendere al meglio la dinamica del diritto per rispondere adeguatamente alle peculiari esigenze di legalità e certezza che si pongono in ogni porzione dell'ordinamento, nella consapevolezza che l'arbitrio statutale può manifestarsi anche attraverso le decisioni degli organi giudiziari.