

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole – considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge – efficacia nel tempo dell'interpretazione giudiziale: legge e norma.

Nota a [Tribunale di Napoli Nord, sezione terza, sentenza del 20.2.2017, n. 505](#)

di Denise Pia PERTA

Sommario:

- 1- Fatto;
- 2- Posizione del tema;
- 3- Analisi del dato giurisprudenziale;
- 4- Analisi del caso concreto;
- 5- Conclusioni.

1- Fatto.

Il Tribunale di Napoli Nord, III Sez. civ., in composizione monocratica, con la sentenza n. 505, pubblicata il 20 febbraio 2017, ha rigettato l'opposizione, ex art. 615 c.p.c., avverso l'atto di precetto notificato ad istanza del convenuto, con la sentenza n. 638/2010, pronunciata dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sezione distaccata di Aversa. Gli opposenti, aventi causa dei soccombenti nel precedente giudizio di merito, eccepivano l'inesistenza del diritto del creditore esecutante di procedere nei loro confronti, in quanto la domanda introduttiva del giudizio promosso dall'opposto nei confronti dei danti causa degli opposenti, diretta all'accertamento della violazione dei limiti legali alla proprietà, non era stata trascritta nei pubblici registri immobiliari.

In motivazione si legge che la sentenza è opponibile ai terzi aventi causa del soccombente nel precedente giudizio ai sensi dell'art. 111, comma 4, c.p.c., secondo cui *"la sentenza pronunciata contro l'alienante spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare"*. Nel caso di specie, la domanda giudiziale del precedente giudizio di merito, attinente alla violazione dei limiti legali della proprietà, non era stata trascritta, secondo il Tribunale di Napoli Nord, in buona fede, perché all'epoca vi era un contrasto giurisprudenziale, risolto dalle Sezioni Unite nel 2006 in senso favorevole alla trascrizione, successivamente alla proposizione della domanda. Con tale pronuncia le Sezioni Unite avrebbero dato corso ad un mutamento repentino di giurisprudenza in tema di onere di trascrizione della domanda diretta a denunciare la violazione dei limiti legali della proprietà *"tale da pregiudicare l'effetto (di natura processuale) dell'opponibilità del titolo ai terzi aventi causa della parte soccombente in giudizio"*.

Inoltre non era intercorso un lasso di tempo – tra la data di pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite e la trascrizione dell'atto di donazione in pendenza di giudizio – utile per consentire all'opposto di trascrivere la domanda giudiziale (in funzione "retroattiva")".

Si tratta di un adempimento che non poteva essere ragionevolmente richiesto all'opposto, ai fini della opponibilità agli aventi causa delle parti del giudizio delle statuizioni contenute nella sentenza n. 638/2010, quindi non si sarebbe potuto determinare a suo carico una conseguenza sfavorevole, non prevedibile nel momento della presentazione della domanda introduttiva del giudizio di merito (ed inutile nel momento in cui vi è stato il *revirement* della Suprema corte). Costui, con estrema probabilità, facendo affidamento sulla costante interpretazione giurisprudenziale, non si è premurato di trascrivere la propria domanda giudiziale; anzi, si è astenuto dal richiedere la suddetta trascrizione.

2- Posizione del tema.

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico convivono, quali principi generali, quello dell'irretroattività della legge, consacrato nell'art. 11 delle Preleggi, secondo il quale *"la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*

e quello, del quale il primo costituisce espressione, del *tempus regit actum*. Contribuisce a tracciare il perimetro dei due principi sopra enunciati (irretroattività della legge e *tempus regit actum*), quanto stabilito dall'art. 15 delle Preleggi e, cioè, che: "le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

Il problema delle conseguenze sulla sorte dei processi pendenti del cambiamento di interpretazioni giurisprudenziali consolidate è comunemente etichettato come il problema dell'*overruling*. È un termine che evoca esperienze di ordinamenti assai differenti e che viene adoperato, spesso, per convenienza espositiva¹. È un problema rinvenibile in tutti gli ordinamenti e non è limitato al diritto processuale.

Nel diritto civile, in genere, non è dubbia la portata retroattiva del *revirement* giurisprudenziale. Nel processo il problema si pone in modo diverso. Il processo è un fenomeno di durata, così che i mutamenti di regola non incidono sulle attività già svolte ("*tempus regit actum*"). Di conseguenza, bisogna stabilire se la nuova linea interpretativa della giurisprudenza sia da includere tra i cambiamenti che non incidono sugli atti compiuti in ossequio alla precedente interpretazione/applicazione della regola processuale².

Negli ordinamenti di *civil law* – non dimentichiamolo – l'esclusione della giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto è figlia del principio di separazione dei poteri, avvertito come baluardo a difesa degli ordinamenti democratici, là dove nella cultura degli ordinamenti di *common law* il problema si pone in modo affatto diverso. Ed infatti, non è un caso che la nostra Costituzione abbia previsto uno "statuto" dei giudici che mira a porre una sorta di diga tra il corpo dei giudici e gli altri poteri dello Stato.

La formula che si legge nell'art. 101 Cost., "*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*", è, quindi, il precipitato del principio di separazione dei poteri, che scandisce in modo formale la differenza tra il ruolo del legislatore – fare le leggi – e quello della magistratura – applicarle³.

¹ Etimologicamente *overruling* indica il cambiamento della regola (dove per *rule* si intende la regola imposta dall'autorità) là dove il *revirement* (con cui eravamo soliti indicare il cambiamento giurisprudenziale) indica un mero ripensamento o mutamento d'opinione.

² Cass. civ. Sez. Un., sent. 11/07/2011, n. 15144, con nota di VERDE, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1, 6.

³ G. Filangieri bene interpretava l'idea illuminista del prevalere della legge, essendo convinto che "se la libertà de' cittadini è poggiata su la gran base delle leggi, non vi vuol molto a vedere che, quanto maggiore sarà il loro vigore, altrettanto crescerà la forza della libertà stessa"; e che "l'arbitrio de' Magistrati è contraddittorio con la forza delle leggi" e che "il languire delle leggi, la forza della cabala e l'incertezza del diritto sono quelle fangose vene, donde sorge il gran torrente delle liti" (*Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, indirizzate nel 1774 a Sua eccellenza il Signor Marchese Tanucci, ristampate nel 1982 a cura dell'Istituto italiano per gli studi filosofici). Sul punto, v. anche, Guastini, *La magistratura, I, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, Roma, 1994; Rossi, *Verso una democrazia*

La giurisprudenza potrà e dovrà estrarre dal testo formale della legge la norma regolatrice, in un inevitabile processo di inveroamento del diritto, ma mai potrà scalfire il testo formale della legge, che è impermeabile rispetto all'opera della giurisprudenza. Che poi quest'ultima, ma non solo essa, concorra a formare il "diritto vivente", non muta la prospettiva. Il "diritto vivente" è un fatto storico, di cui si prende e si deve prendere atto, ma ciò non vale a posizionarlo tra le fonti formali del diritto e, quindi, non può essere assunto a criterio di giudizio vincolante.

Una giurisprudenza immutabile sarebbe una giurisprudenza senza vita. Ma il rilievo dei cambiamenti di giurisprudenza non è sempre lo stesso. Altro è se esso riguarda la legge civile sostanziale; altro se concerne il diritto penale; altro ancora se incide sulla legge del processo. Pertanto, la Sez. III civ. della Suprema Corte (ord. 22 marzo 2011, n. 6514) aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione circa "l'efficacia nel tempo anche delle regole processuali, soprattutto nelle materie – quali quella processuale – in cui il principio *tempus regit actum* svolge un ruolo di insostituibile garanzia"; e ciò in base alla premessa che il privato ha diritto "di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali"⁴.

In riferimento al tema trattato, quando si afferma che le regole non possono mutare nel corso del processo⁵, è necessaria una precisazione. Ove per regola si intende la legge – e, quindi, il suo testo formale – di sicuro questa non può essere cambiata, se non dal legislatore e, se è cambiata, ciò avviene, in genere, senza pregiudizio per gli atti già compiuti. Di qui, il principio *tempus regit actum*, che, a ben riflettere, è una conseguenza di ciò che prevede l'art. 11 delle Preleggi, le quali ultime tengono ben distinto il piano della legge da quello dell'interpretazione, regolato dal successivo art. 12. Se per regola si intende la *norma* che, nel caso concreto è stata estratta dalla giurisprudenza, questa può ben essere cambiata, ma, in tal caso, restando immutato il testo della legge, il mutamento della regola non può che essere ricondotto al testo medesimo, di cui costituisce e non può non costituire *ab origine* estrinsecazione.

In altri termini, i tentativi per giustificare l'irretroattività del mutamento di giurisprudenza urtano contro l'ostacolo della mancanza di potere del giudice di incidere sul testo della legge.

maggioritaria. Magistratura e mutamento istituzionale, in *Giudici e democrazia*, Milano, 1994, p. 9 ss.; BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, Napoli, 2008

⁴ In *Foro it.* 2011, I, p. 1039, con osservazione di Costantino, che, peraltro, giudica sotto questo profilo "ammirevole" l'ordinanza.

⁵ È la formula adoperata da CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246)*, in uno scritto che l'autore dedica alla memoria di F. Cipriani. L'autore, peraltro, aveva anticipato la sua posizione in numerosi scritti (ad es., in *Foro it.*, 2010, V, p. 311 ss.). Non diversa nelle conclusioni è la posizione di Proto Pisani, *Un nuovo principio generale nel processo*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 117 ss. Bisogna aggiungere che la formula ha incontrato l'immediato favore della giurisprudenza della Suprema Corte.

Un'interpretazione conforme alla garanzia costituzionale della predeterminazione delle regole di svolgimento del processo (art. 111 Cost.) impone di limitare (automaticamente, senza necessità di richiedere la rimessione in termini) l'impatto del mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali ai giudizi instaurati successivamente alla pubblicazione dell'*overruling*. La certezza del diritto, la predeterminazione e la prevedibilità del contenuto della regola di condotta e delle conseguenze della sua violazione può essere forse un tema abbastanza etereo per il diritto sostanziale, in un tempo presente di tumultuosi sviluppi legislativi e giurisprudenziali, di tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, ecc.

Per il diritto processuale la certezza non è invece un tema etereo, ma molto corposo e terrestre. La certezza del diritto può e deve essere perseguita nella disciplina processuale con intensità maggiore che nel campo del diritto sostanziale, proprio in considerazione del carattere strumentale del processo civile nei confronti di quest'ultimo. In altri termini, il rischio che l'errore processuale cagioni al titolare la perdita del diritto sostanziale dedotto in giudizio deve essere confinato entro il minimo indispensabile⁶.

La semplice realtà è che il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione determina un effetto giuridico sopravvenuto, come l'intervento di un nuovo fatto rilevante, l'entrata in vigore di una nuova norma giuridica⁷. Il termine «effetto giuridico» è impiegato nel suo significato tecnico, cioè nel senso di regola concreta di condotta. Di tale nuova regola di condotta deve essere valutata l'incidenza sui processi in corso. Ai fini di compiere questa operazione è necessario apprezzare la successione temporale di effetti giuridici in rapporto ad ogni singolo e concreto processo, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie produttiva dell'effetto sopravvenuto sia una fonte del diritto.

Si tratta della successione tra l'effetto già verificatosi e l'effetto sorto dall'evento sopravvenuto, che può essere costituito da un nuovo fatto o atto giuridicamente rilevante, da una nuova legge, da una pronuncia di un organo giudiziario.

Le pronunce giudiziarie costituiscono una fonte produttiva di norme interpretative, carattere «derivato dal fatto che i precedenti sono principi di diritto individuati in occasione della pronuncia di concrete decisioni, le quali sono istituzionalmente destinate a dare applicazione alle norme derivanti dalla legge o da altre fonti del diritto»⁸. In quanto fonti produttive di norme

⁶ F. BAUR, *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963, 97 ss.

⁷ Per l'applicazione di questo approccio anche alle pronunce delle Corti europee, v. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 settembre 2009.

⁸ PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 536.

interpretative, le pronunce giudiziarie producono effetti in senso lato «retroattivi».

Il riferimento è alla retroattività connaturata alla giurisdizione, come attività che si fa sempre interprete di una dimensione preesistente, secondo l'etimo della parola «giurisdizione» (*iurisdictio*)⁹: dire il diritto presuppone che questo sia già creato, significa renderlo manifesto, applicarlo, non crearlo. Pacifico è, d'altra parte, il carattere retrospettivo dell'efficacia del precedente giudiziario, retroattività paragonabile a quella delle altre norme interpretative¹⁰. Se il termine retroattività appare inappropriato, si può parlare di retrospettività, ma la sostanza non cambia.

Svolta questa necessaria premessa generale, il discorso deve indirizzarsi specificamente all'aspetto rilevante in questa indagine: la proiezione temporale del mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali. Il discorso cambia, e non di poco.

Fra le regole di etica processuale che trapassano le epoche giuridiche e che quest'ultime possono solo confermare, nei modi che sono di volta in volta consoni, ve n'è una che si staglia al di sopra delle altre: non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso. Le regole del contraddittorio devono essere previamente conoscibili dalle parti e non devono essere esposte all'alea di modificazioni sopravvenute. Oggi in Italia, il valore della predeterminazione delle regole processuali è espresso dall'art. 111 Cost.¹¹.

A questa stregua si può profilare una netta distinzione tra mutamenti di orientamenti costanti di giurisprudenza della Corte di cassazione che riguardano l'interpretazione di norme sostanziali e mutamenti che concernono norme processuali.

Per quanto attiene ai primi, si deve confermare il carattere in via di principio retrospettivo dell'efficacia del precedente giudiziario, salve ipotesi particolarmente qualificate di tutela dell'affidamento.

Per quanto riguarda i mutamenti di giurisprudenza costante sull'interpretazione di norme processuali, l'economia dei giudizi gioca nel senso che l'assetto predisposto in considerazione di un certo *modus procedendi* non debba tendenzialmente essere sconvolto dallo *ius superveniens*¹², che rimette inevitabilmente in discussione l'unità e la coerenza dell'intera attività processuale, cioè l'unità e la coerenza dell'attività processuale già svolta con quella futura. Si può esprimere questo nuovo principio di diritto intertemporale con una parafrasi del vecchio brocardo *tempus regit actum*, precisando che

⁹ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, 95, 130 ss., in riferimento alla peraltro complessa e polivalente nozione di *iurisdictio* nell'esperienza medievale.

¹⁰ PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 536.

¹¹ Per un più ampio discorso, v. CAPONI, *Tempus regit processum - Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 449.

¹² Il riferimento è alla giurisprudenza sopravvenuta.

l'*actus* è quell'*actus trium personarum* in cui consiste l'intero processo (o quanto meno il singolo grado di giudizio): *tempus regit processum*¹³.

Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali è considerato alla stregua di uno *ius superveniens* irretroattivo.

A questo punto la premessa in apertura: viviamo in un sistema di diritto scritto. Il punto di partenza dell'interpretazione giuridica è costituito dalla lettura e dalla comprensione del testo delle disposizioni normative, e non dagli orientamenti giurisprudenziali che su di esse si sono formati.

A quali condizioni il mutamento di un orientamento della giurisprudenza relativo a norme processuali non retroagisce?

3 – Analisi del dato giurisprudenziale.

Per la Suprema Corte l'istituto dell'*overruling*¹⁴ è intrinsecamente connaturato alla precedente presenza ed al pregresso consolidamento di un orientamento interpretativo, ma – per di più – in materia esclusivamente processuale e mai sostanziale¹⁵, qualificabile come univoco, eppure mutato imprevedibilmente. Infatti, soltanto in materia strettamente processuale il mutamento repentino della giurisprudenza esporrebbe l'incolpevole parte, che aveva fatto affidamento sulla corrente interpretazione della regola processuale fino ad allora applicata, al rischio imprevedibile di una definizione in rito sulla sua pretesa.

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza del 16 giugno del 2014, n. 13676, ha affermato che "... affinché si possa parlare di *prospective overruling*, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte"¹⁶.

La sentenza della Cassazione, a Sez. Unite, dell'11 luglio 2011, n. 15144, pone una distinzione fra un'interpretazione *evolutiva* - nel cui caso la soluzione al mutamento di giurisprudenza delle regole processuali è nella rimessione in termini¹⁷ - ed un'interpretazione *correttiva*, la cui soluzione è nell'esigenza di

¹³ CAPONI, *Tempus regit processum - Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006.

¹⁴ Sul quale, per tutte, v. la fondamentale Cass. Sez. Un. 11 luglio 2011, n. 15144, oppure: Cass. 27 dicembre 2011, n. 28967; Cass. 4 maggio 2012, n. 6801; Cass. 17 maggio 2012, n. 7755; Cass. 11 marzo 2013, n. 5962.

¹⁵ Cass., ord. 3 settembre 2013, n. 20172.

¹⁶ Cass. nn. 28967 del 2011, 6801 e 13087 del 2012, 596 2 e 20172 del 2013.

¹⁷ Cass. 17 giugno 2010, n. 14627 e 21 luglio 2010, n. 15811, in *Foro it.*, 2010, I. La rimessione in termini presuppone: a) l'inosservanza di un limite temporale assegnato al compimento di un atto processuale; b) il verificarsi di un impedimento di fatto puntuale e

rispettare il principio del contraddittorio, che sarebbe violato qualora non si desse rilievo al ragionevole affidamento della parte in cui ha posto in essere l'atto.

Ma risolvere il caso secondo "giustizia" e fare ricorso alla disposizione della Costituzione è consentito in un sistema che non esclude la giurisprudenza tra le fonti del diritto. Nel nostro sistema il processo, invece, è regolato "per legge" ed il principio ha rilevanza costituzionale¹⁸.

4 – Analisi del caso concreto.

Nel caso in esame, il Tribunale di Napoli Nord, III Sez. civ., in composizione monocratica, ha dato applicazione all'art. 111, comma 4, c.p.c., sebbene la mancata trascrizione della domanda giudiziale diretta all'accertamento della violazione dei limiti legali alla proprietà, ai sensi dell'art. 2653 c.c., in quanto all'epoca della proposizione della stessa vi era un orientamento della giurisprudenza in senso negativo alla trascrizione. Nel corso del giudizio era sopravvenuto un *revirement* della Suprema Corte¹⁹, dal cui momento sarebbe sorto, secondo quanto si legge in motivazione, l'obbligo di trascrizione. Obbligo sorto, secondo il Tribunale, solo successivamente, non solo al momento di proposizione della domanda giudiziale, ma anche successivamente al contratto di donazione dell'immobile – stipulato in data 27 maggio 2006 - e alla sua trascrizione, avvenuta il 5 giugno 2006. Si legge che "*non si può ritenere necessaria la trascrizione della domanda giudiziale, ai fini della opponibilità della sentenza agli oppositori, aventi causa dei convenuti nel precedente giudizio, non essendo intercorso un lasso temporale utile per consentire all'opposto di trascrivere la domanda giudiziale in funzione retroattiva*". In tal modo, si fa "dipendere" la portata della norma non dal dato positivo esistente *ab origine*, bensì dalla pronuncia giudiziaria, mascherando l'idea, in premessa contrastata, che la "nuova" interpretazione "irretroattiva" crei diritto.

Occorre esaminare le ragioni per cui, nel caso in esame, non ci sono i presupposti per dare applicazione al c.d. *prospective overruling*, istituto che "deroga" alle ordinarie regole sulla successione delle leggi nel tempo e al

tendenzialmente limitato alla parte, non imputabile a quest'ultima; c) l'apprezzabilità dell'impedimento, in quanto tale, con una valutazione già coeva al verificarsi di quest'ultimo; d) l'accertamento in concreto dell'impedimento, sulla base degli elementi forniti dall'istanza della parte, che lasci al giudice significativi margini di valutazione circa la sussistenza o meno del fatto che ha impedito il tempestivo compimento dell'atto. Tuttavia, nel caso di specie, l'impedimento viene supposto come esistente unicamente con una valutazione *ex post*, dettata dal sopravvenire di un evento (mutamento dell'orientamento costante di giurisprudenza sull'interpretazione di una norma processuale), che viene artificiosamente qualificato come «venir meno dell'impedimento» e l'accertamento in concreto dell'impedimento è superfluo, come è superflua l'istanza della parte, né sussiste un significativo margine di apprezzamento da parte del giudice. In altri termini, applicare la rimessione in termini in questa fattispecie appare una vera e propria finzione.

¹⁸ Cass. civ. Sez. Un., sent. 11/07/2011, n. 15144, con nota di G. Verde, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1, 6.

¹⁹ Cass. civ. Sez. Un., sent. 12/06/2006, n. 13523, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 4, 1009.

principio *tempus regit actum*, in virtù della tutela dell'affidamento incolpevole circa l'interpretazione consolidata di norme processuali.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 13523, pubblicata il 12 giugno 2006, ha posto fine ad un conflitto giurisprudenziale, sancendo che per poter opporre a terzi successori a titolo particolare la sentenza relativa alla violazione dei limiti legali della proprietà, occorre aver preventivamente trascritto la domanda giudiziale: vi era *"l'erroneo convincimento, apoditticamente motivato con riferimento ad una sola parte della giurisprudenza in materia non sottoposta a vaglio critico in relazione alla giurisprudenza contraria, pur segnalata, che la detta domanda non fosse suscettibile di trascrizione. [...] Come già rilevato nell'ordinanza di rimessione, l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale, dal quale si escludeva la trascrizione ex art. 2653, n. 1 c.c. delle domande dirette a far valere il rispetto dei limiti legali della proprietà, trova una delle sue prime compiute espressioni nella sentenza di questa Corte 1029/60, alle cui tesi si sono, in seguito, acriticamente adeguate, con varianti di scarso rilievo, nonostante le opinioni contrarie formulate al riguardo alla maggioranza della dottrina, altre pronunzie (e pluribus, Cassazione 392/63, 2141/63, 2260/63, 1185/65, 290/69, 2592/80)"*.

La Suprema Corte, la quale esamina i numeri 1 e 5 dell'art. 2653 c.c., afferma che la materia della trascrizione delle domande giudiziali – che già come disciplinata con il R. D. n. 262/42 era intesa, per comune opinione di giurisprudenza e dottrina, quale forma di pubblicità nell'interesse dei terzi – non può ad oggi non essere interpretata anche alla luce degli "inderogabili doveri di solidarietà" per i quali, riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione, tra i principi regolatori fondamentali delle relazioni sociali, si pone a carico di ciascuna delle parti di qualsivoglia rapporto un dovere di autoresponsabilità indipendente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da espresse previsioni normative, imponendole d'agire in guisa da preservare gli interessi dell'altra ed, a maggior ragione, d'astenersi dall'ostacolarne senza giustificato motivo l'esercizio dei diritti. Per il che, l'esigenza di contemperare gli opposti interessi dell'attore e dell'avente causa del convenuto non può, comunque, prescindere dalla pari esigenza d'interpretare l'esaminata normativa nel senso di ritenere doverosa e, quindi, non solo consentita ma necessaria, la trascrizione della domanda intesa a far valere, con pretesa d'inibitoria e riduzione in pristino, una violazione dei limiti legali della proprietà, ciò al fine di preservare il terzo avente causa dal contenuto dal rischio d'acquistare inconsapevolmente un diritto suscettibile di menomazione nell'ipotesi d'accoglimento della domanda stessa.

L'effetto d'utile opponibilità della sentenza che accolga la domanda anche nei confronti dell'avente causa del convenuto, si verifica solo ove la trascrizione della domanda medesima sia stata non solo a sua volta trascritta, ma anche trascritta antecedentemente alla trascrizione del contrapposto titolo del terzo acquirente: non ci troviamo su un piano meramente processuale, ma si "torna

nel mondo delle cose concrete". La trascrizione assolve, quindi, ad una pluralità di funzioni eterogenee.

L'analisi del caso in esame consente di affermare che mancano i presupposti richiesti dalla giurisprudenza di legittimità, circa la portata irretroattiva del nuovo indirizzo giudiziario. In primo luogo, il *revirement* della Suprema Corte si è verificato sull'interpretazione di una norma non strettamente processuale. *In secundis*, non si trattava di un orientamento consolidato ed il cui mutamento era imprevedibile, in quanto, dalla lettura della sentenza della Corte di Cassazione del 2006, si evince che il contrasto giurisprudenziale sul tema era da tempo noto. Da ultimo, è necessario considerare meritevole di tutela non solo la posizione giuridica dell'attore, che erroneamente, basandosi sul precedente orientamento interpretativo, non aveva trascritto la domanda giudiziale, bensì anche quella del terzo avente causa del convenuto, al fine di salvaguardarlo dall'inconsapevole acquisto di un bene, suscettibile di menomazione, in caso di accoglimento della domanda attorea.

5 – Conclusioni.

Per concludere l'analisi del difficile rapporto fra giudice e legge e del ruolo della giurisprudenza – tra interpretazione e formazione della legge – è utile ripartire dalla formula che si legge nell'art. 101 Cost., già in premessa, per cui "*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*"²⁰.

È solo dal testo formale della legge che si estrae la norma regolatrice; quest'ultima ben può essere cambiata, ma se resta immutato il testo formale della legge, il mutamento della regola andrà ricondotto al testo medesimo, di cui costituisce *ab origine* estrinsecazione. Ciò posto, data la mancanza di potere del giudice di incidere sul testo della legge, il mutamento di giurisprudenza non può essere "irretroattivo". Solo quando il fenomeno si verifica sulle norme processuali, gli effetti giuridici temporali della legge e della giurisprudenza sono equiordinati.

A conforto di queste conclusioni, basta ricordare la giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla differenza tra legge interpretativa e legge innovativa: soltanto le disposizioni interpretative sono per loro natura retroattive, mentre le seconde, di regola, dispongono per il futuro e, quindi, non possono incidere, nei limiti del ragionevole, su posizioni giuridiche quesite. È da chiedersi, tenendo a mente questa giurisprudenza, se si possa attribuire al giudice un potere diverso da quello riconosciuto al legislatore quando emana leggi interpretative. La risposta non può che essere negativa.

È preoccupante la tendenza della giurisprudenza a riconoscersi il potere di "fare diritto", che è cosa ben diversa dal concorrere a formare il "diritto vivente". L'interpretazione non "crea" diritto.

²⁰ BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 3 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

È necessario, da ultimo, considerare sempre la diversa impalcatura strutturale e il differente ruolo della magistratura nei sistemi di *civil* e *common law*: i giudici italiani non devono limitarsi a valutare il precedente e la sua razionalità e/o equità, ma anche la "conformità" del precedente alla regola di giudizio fissata dalla legge (una valutazione, quindi, che ha come criterio di riferimento un dato esterno e sovraordinato)²¹. I giudici non devono porsi il problema dell'affidamento sulla "regola" precedente, ma fare ricorso ad altri criteri, attraverso i quali "neutralizzare" gli effetti dell'applicazione non di una "regola", ma della legge, malamente interpretata e applicata nel passato.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

²¹ Briguglio, "Creatività" della giurisprudenza, mutamenti giurisprudenziali e giudizio di rinvio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 1375 ss.