
Giustizia predittiva e overruling¹

Articolo di **Andrea GIORDANO**
(Avvocato dello Stato²)

Alla base del testo³ del Prof. Viola c'è un bisogno, che è l'umano bisogno di certezza.

E la certezza del diritto impone la ragionevole sicurezza – variabile dipendente, ad un tempo, della chiarezza ed univocità del dettato positivo e della uniformità delle interpretazioni giurisprudenziali – sui giuridici corollari delle umane condotte (v. Cons. St., Sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858: «Il riconoscimento dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge - oggi scolpito nell'art. 3 Cost. - è uno dei principi fondamentali di un sistema democratico e traduce l'esigenza primaria di assicurare parità di trattamento ai cittadini in situazioni eguali. Tale obiettivo può raggiungersi unicamente in presenza di un diritto connotato da un sufficiente grado di certezza e richiede da un lato che le norme giuridiche siano scritte in modo inequivoco e dall'altro che le stesse siano interpretate in modo uniforme e senza oscillazioni»).

Il testo di Luigi Viola è, per molti aspetti, profetico; integra una profezia fondata su una constatazione condivisa in ogni settore dell'ordinamento: l'anelito di certezza.

Tutto ciò è valevole, dunque, in un ordinamento come quello italiano, di civil law, in cui il precedente non è binding, rivestendo piuttosto valore persuasivo (v., da ultima, Cass. civ., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11747).

Lo stesso Prof. Viola ne parla nel suo testo; in concreto, il riferimento al precedente è riscontrabile – solo per citare alcuni esempi – nell'art. 118 delle

¹ Sintesi della relazione tenuta in occasione dell'evento dal [titolo "Interpretation of the law through mathematical models"](#), tenutosi a Londra il 21.6.2019, presso Churc House - Westmister center.

London 21 June 2019, Conference Centre Westminster

² N.d.r.: quanto qui esposto rappresenta solo il punto di vista dell'Autore, non impegnando in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

³ Il riferimento è a [VIOLA, Interpretation of the law through mathematical models. Trial, a.d.r., predictive justice](#), DirittoAvanzato, Milan, 2018.

“disposizioni per l’attuazione” del c.p.c., nell’art. 348- ter c.p.c. (che richiama i “precedenti conformi”), nell’art. 360- bis c.p.c. (nella parte in cui prevede l’inammissibilità del ricorso, ove il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte), nell’art. 74 c.p.a. (che dispone che il giudice amministrativo possa motivare la c.d. sentenza breve anche con riferimento ad un “precedente conforme”), nell’art. 99 c.p.a., che consacra il vincolo della sezione del Consiglio di Stato che intenda discostarsi rispetto all’orientamento della Plenaria, di sottoporre la questione a quest’ultima, con motivata ordinanza (art. 99, c. 3, cit.); il modello – quanto a dialettica tra Sezioni semplici e Sezione vocata alla ‘nomofilachia’ – è quello dell’art. 374 c.p.c., tangibile, incarnata, rappresentazione del bisogno di certezza e prevedibilità delle decisioni.

Ma in che modo il bisogno di certezza del diritto (c.d. tesi oggettiva) può conciliarsi con i connotati soggettivi che pure caratterizzano il diritto e la sua interpretazione?

Una possibile risposta la si individua nello stesso volume del Prof. Viola: chiarita la preferibilità della tesi oggettiva, si precisa comunque che i modelli matematici non sono sempre utilizzabili nell’ambito dell’interpretazione: è il caso delle relazioni familiari (v., ad es., l’art. 316 c.c.) o del procedimento sommario di cognizione (art. 702- ter c.p.c.), ove l’organo giudicante procede “nel modo che ritiene più opportuno” agli atti di istruzione rilevanti in relazione all’oggetto del provvedimento richiesto.

Lo stesso Prof. Viola manifesta l’umiltà dello studioso allorché mette in discussione l’algoritmo che pure teorizza: ad esempio, afferma che il criterio principale è senz’altro rappresentato dall’art. 12 delle Preleggi; ma parametro siffatto è pur sempre suscettibile di modulazione: basti pensare all’interpretazione costituzionalmente orientata, a quella conforme al diritto unionale o ad altri modelli interpretativi che si affiancano a quei quattro paradigmi generali di cui all’art. 12 delle Preleggi, rappresentati, nel testo di cui si discorre, con il medio della matematica.

Pertanto, si avranno certezza e prevedibilità da una parte, modulabilità sulla base del caso concreto e, quindi, diritto di ‘sviluppo del diritto’ dall’altra.

Esigenze, queste due, del tutto complementari, saldamente radicate nell’ordinamento giuridico italiano: l’art. 3 Cost. sul principio di eguaglianza/ragionevolezza e l’art. 101, c. 2, Cost. su quello – parimenti rilevante – di indipendenza interna ed esterna della funzione giurisdizionale.

Prevedibilità ed adeguamento al caso concreto, quindi, come facce di una stessa medaglia.

Dalla fisiologia occorre, tuttavia, transitare alla patologia.

Cosa accade se l’algoritmo non viene rispettato?

L’esigenza di certezza impone – stando all’impostazione dell’A. – l’utilizzo di un algoritmo, base adeguabile al caso concreto.

Ma impone altresì un algoritmo complementare, che regoli le patologiche fattispecie in cui l’algoritmo non sia stato osservato.

È il caso del c.d. overruling e dei rimedi previsti nell’ipotesi di mutamento in corso delle regole del gioco; un’esigenza di cui la giurisprudenza – sia civile sia amministrativa – si è ampiamente occupata.

Come ha evidenziato la Suprema Corte, rievocando la dottrina: «opzione di fondo, che ha visto divisi anche gli Autori, resta quella tra il ritenere rituale (insuscettibile, quindi, di invalidazione ex post) l’atto compiuto nel vigore e in

conformità alla precedente giurisprudenza, ed il considerarlo, invece, ora per allora, invalido, per difformità alla norma di riferimento come successivamente reinterpretata, con l'attivazione, in questo secondo caso, di meccanismi di tutela dell'affidamento che la parte abbia riposto in un pregresso diritto vivente di cui non fosse prevedibile il mutamento» (così, Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144).

Le soluzioni possibili, in tali ipotesi, sono più d'una: l'operatività dell'istituto della rimessione in termini quale "meccanismo di tutela dell'affidamento"; il c.d. prospective overruling (su cui v. anche Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13); l'adozione della lettura esegetica precedente all'overruling; l'utilizzo della statuizione sulle spese processuali quale 'leva' di bilanciamento tra confliggenti interessi.

Di momento è la, richiamata, sentenza Cass. civ., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, che valorizza – tra l'altro, insieme alla "esclusa operatività [...] della preclusione derivante dall'overruling" – l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile («Quanto, poi, al mezzo per realizzare, nei sensi sopra indicati, il bilanciamento dei valori in gioco, questo va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'eventuale (non prevedibile) overruling. Così, nel caso deciso da Sez. 2^a 14627/2010, in cui il ricorso, pur proposto in termini, non rispettava le forme (del rito civile) prescritte dal nuovo indirizzo, lo strumento è stato coerentemente individuato nell'istituto della rimessione in termini, così consentendosi alla parte di riproporre ritualmente l'impugnazione»), applicabile allorché: si sia al cospetto di una norma processuale; si sia verificato un mutamento imprevedibile ("per il carattere consolidatosi nel tempo, del pregresso indirizzo") di un orientamento pretorio; ricorra un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte che sulla stabilità del precedente abbia ragionevolmente fatto affidamento.

Pertanto, la contestuale esistenza delle anzidette condizioni farebbe attivare la machinery in questione; occorre, tuttavia, stabilire entro quali termini è dato esperire il rimedio, onde tributare, alla parte incolpevole, una tutela piena ed effettiva.

La problematica è di non poco momento, ed investe l'esigenza di stabilire quando sia effettivamente "scusabile" l'errore e quando sia "tempestiva" l'istanza di rimessione in termini (posto che la stessa Cassazione impone, ai fini dell'ammissibilità del rimedio, un onere di "tempestiva" reazione della parte al palesarsi della necessità di svolgere un'attività processuale ormai preclusa – ad es., Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2018, n. 32725); implica, più in generale, la doverosa predeterminazione sul 'quando' un indirizzo pretorio possa dirsi consolidato e, soprattutto, sul 'quando' un mutamento possa definirsi "imprevedibile", valutazioni – quelle in discorso – che si prestano a disomogenee letture, potenzialmente foriere di incertezza (questa volta, non nell'algoritmo in sé, ma nell'orto della sua pratica applicazione).

In sintesi: quando può dirsi 'scusabile' l'errore della parte (v., in proposito, Cass. civ., Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135)? Quanto rileva il c.d. dovere di precauzione in presenza di indirizzi – pretori e dottrinali – contrari a quello maggioritario? Quando può dirsi 'tempestiva' l'istanza di rimessione in termini? Quando è effettivamente 'prevedibile' un mutamento giurisprudenziale? È 'prevedibile' se consta un orientamento pretorio contrario a quello maggioritario o una, pur larvata, impostazione dottrinale consonante con il nuovo indirizzo?

E ancora, quid iuris ove a mutare sia stata una regola di diritto sostanziale? Non è forse vero che l'affidamento si forma anche in relazione a quest'ultimo, e non solo al diritto processuale? Perché non estendere, dunque, in questo senso, il rimedio?

Che, in definitiva, non si imponga l'imperativo di un algoritmo di 'secondo grado', ove quello di 'primo grado' sia stato, in concreto, violato?

Domande cui il volume che presentiamo ci impone di riflettere. Onde evitare che la certezza che l'algoritmo porta con sé non sia vanificata dalla sua incerta applicazione.

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