

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 Church House - Westminster 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

Predictive justice and overruling

(translated by Jasna GERIC)

Underlying Professor Viola's book is a need, the human need for certainty. And certainty in law involves being reasonably sure, to a degree that is dependent both on the clarity and unambiguity of the provision in question and on the uniformity of jurisprudential interpretations, of the legal corollaries of human conduct (see Cons. St., Section VI, 3 December 2018, No. 6858: "*The recognition of the equality of citizens before the law - enshrined in Article 3 of the Constitution - is one of the fundamental principles of a democratic system and translates the primary need to ensure citizens receive equal treatment in equal situations. This objective can be achieved only if a law is characterized by a sufficient degree of certainty and laws that are unequivocal, uniformly interpretable, and not susceptible to oscillations*").

Luigi Viola's book is, in many respects, prophetic. It integrates a prophecy based on a shared observation in all sectors of the legal system: the longing for certainty. All this is valid in a *civil law* system, like the one in Italy, in which precedent is not *binding*, but has a persuasive value (see latest example, Cass. Civ., Section One, 3 May 2019, no. 11747).

Prof. Viola himself speaks about it in his book. In concrete terms, references to precedent can be found - just to cite some examples - in Article 118 of the "provisions for the implementation" of the Italian Code of Civil Procedure, in Article 348-ter (which refers to "*analogous precedents*"), in Article 360-bis of the Italian Code of Civil Procedure (in the part regarding the inadmissibility of an appeal, where the contested measure decided questions of law in accordance with the Court's jurisprudence), in Article 74 of the Italian Code of Administrative Procedure (which provides that an administrative judge can justify the so-called short sentence also with reference to an "*analogous precedent*"), in Article 99 of the Italian Code of Administrative Procedure, which obliges a section of the Council of State that has diverged from the orientations of the Plenary Assembly to submit the question to the latter, with justified ordinance (art. 99, c. 3,). As regards the dialectics between Simple Sections of the court and the Section devoted to "*nomofilachia*", the model is Article 374 Italian Code of Civil Procedure, enshrining the tangible, incarnate representation of the need for certainty and predictability in decisions.

But how can the need for certainty in law (the so-called objective thesis) be reconciled with the subjective connotations that also characterize the law and its interpretation?

A possible answer can again be found in Prof. Viola's book. Having clarified that the objective thesis is to be preferred, he specifies that mathematical models cannot always be used in the field of interpretation, such as in the case of family relationships (see, for instance, Article 316 of the Italian Civil Code) or summary orders (Article 702-ter of the Italian Code of Civil Procedure), where the court should deal "*in the way it deems most appropriate*" with the preliminary investigation documents in relation to the subject of the measure requested.

Prof. Viola himself displays a scholar's humility when he questions the algorithm that he also theorises. For example, he states that the main criterion is undoubtedly represented by Article 12 of the Preliminary Rules; but this parameter is still susceptible to modulation: examples are constitutionally oriented interpretations, or ones in accordance with EU law, or other interpretative models based on the four general paradigms of Article 12 of the Preliminary Rules, represented, in the book we are discussing in mathematical terms.

Therefore, we have certainty and predictability on the one hand, modulation carried out on the basis of concrete cases and, therefore, the right to "develop law", on the other, two needs which are mutually complementary, firmly rooted in the Italian legal system: Article 3 of the Constitution on the principle of equality/reasonableness, and Article 101, c. 2, Constitution, on the internal and external independence of the jurisdictional function.

Predictability and adaptation to the case in question, therefore, are two sides of the same coin.

Now, from physiology we must pass on to pathology. What happens if the algorithm is not observed?

The need for certainty requires - according to A. - the use of an algorithm which can be adapted to the specific case. But it also requires a complementary algorithm, which regulates the pathological cases in which the algorithm has not been observed.

This is the case of the so-called *overruling* and the remedies provided in the hypotheses for change in the rules of the game, a need which jurisprudence - both civil and administrative - has extensively addressed.

As highlighted by the Supreme Court: "*the basic option, which has also divided the Authors, is that between considering an act as procedural (therefore susceptible ex-post of being invalidated) when performed under and in compliance with previous jurisprudence, and to consider it, instead, as of now, invalid, due to divergencies from the standard of reference as subsequently reinterpreted, with the activation, in the second case, of protection mechanisms for the trust that the party has placed in a previous living law for which the change was not foreseeable*" (Italian Civil Supreme Court, Section One, 11 July 2011, no. 15144).

In these cases, more than one solution is possible: applying for relief from time limitations as a "*mechanism of protection of trust*"; what is known as *prospective overruling* (see also Cons. St., Ad. Plen, 22 December 2017, no. 13); the adoption of the interpretation prior to the *overruling*; the use of the ruling on court costs as a lever to balance conflicting interests.

At the moment it is the Italian Civil Supreme Court ruling, Joint Sections, 11 July 2011, no. 15144, which - together with "*excluded operativity [...] of foreclosure deriving from the overruling*" - draws on the institution of relief from time limitations due to an excusable error ("*As for the means of balancing the values involved, in the meaning indicated above, this must be modulated in correlation with the particularities of the procedural situations affected by the possible (unforeseeable) overruling. Thus, in the case decided in Section 2^ 14627/2010, in which an appeal, although proposed within the time limits, did not respect the forms (of the civil trial) prescribed by the new orientation, the instrument was consistently identified in the institution of relief from time limitations, thus allowing the party to procedurally repeat the appeal*"),

applicable: in cases of procedural law; when there has been an unpredictable change ("*due to the consolidated nature of a previous orientation*") in magisterial orientation; in cases of preclusion of the right of action or defence of a party that has reasonably relied on a consolidated precedent.

Therefore, the contemporaneous existence of the aforementioned conditions would activate the *mechanisms* in question. However, it is necessary to establish the terms under which the remedy can be applied in order to provide full and effective protection to the innocent party.

The problem is of no small account, and involves the need to establish when an error is actually "excusable", and when the application for relief from time limitations is "timely" (given that the Supreme Court itself requires, for the purpose of admissibility, a "timely" reaction from the party to the manifestation of a need to carry out a procedural activity that is now precluded - for example, Italian Supreme Court, Section One, 18 December 2018, No. 32725). This generally involves deciding in advance 'when' a magisterial orientation can be said to be consolidated and, above all, 'when' a change can be defined as "unpredictable" and, above all, 'when' a change can be defined as "unpredictable", evaluations which lend themselves to heterogeneous readings, potentially producing uncertainty (this time, not in the algorithm itself, but in the area of practical application).

In summary: when can an error by the party be "excusable" (see Italian Civil Supreme Court, Section A, 12 February 2019, no. 4135)? How important is the so-called duty of precaution in the presence of orientations - magisterial and doctrinal - contrary to consolidated use? When can an "application for relief from time limitations" be called "timely"? When is jurisprudential change actually "predictable"? Is it "predictable" if there is a magisterial orientation contrary to consolidated use, or a doctrinal formulation, even in a larval stage, consonant with the new orientation?

And again, *quid iuris* when the changes affect a rule of substantive law? Is it not true that trust is also formed in relation to the latter, and not only to procedural law? Why not extend the remedy in this sense? Is there, ultimately, a need for a "second degree" algorithm, in cases where a "first degree" algorithm has been concretely infringed? Questions on which the book we are presenting today makes us reflect, so that the certainty provided by an algorithm is not nullified by uncertain application.