

Remo Caponi

OVERRULING IN MATERIA PROCESSUALE E GARANZIE COSTITUZIONALI (IN MARGINE A CASS. N. 19246 DEL 2010)*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Piano di lavoro. – 3. La costituzione in giudizio tempestiva non può diventare tardiva. – 4. Inapplicabilità della rimessione in termini. – 5. Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione come effetto giuridico sopravvenuto. – 6. Il precedente giudiziario come fonte del diritto. – 7. Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come *ius superveniens* irretroattivo. – 8. Art. 645, 2° comma, c.p.c.: l'infelice esordio argomentativo della Corte di cassazione. – 9. Viviamo in un sistema di diritto scritto. – 10. Orientamento ante «puntualizzazione». – 11. Dai termini di costituzione ai termini di comparizione. – 12. Principio di adeguamento dei termini di costituzione a quelli di comparizione? – 13. La «puntualizzazione».

1. PREMESSA

Uno degli stratagemmi di cui le Corti si servono spesso per rendere più persuasivo un mutamento radicale di un indirizzo consolidato di giurisprudenza è quello di ridimensionarne verbalmente la rilevanza, di argomentarne in qualche modo la continuità con l'orientamento precedente, che verrebbe semmai perfezionato, ulteriormente sviluppato, ecc., mai del tutto sconfessato.

Cass. n. 19246 del 2010 pretende di «puntualizzare» – oltretutto con un *obiter dictum* – l'interpretazione dell'art. 645, 2° comma, c.p.c., costantemente seguita a partire da Cass. 12 ot-

* In ricordo di Franco Cipriani.

tobre 1955, n. 3053, ma la portata eversiva di questa puntualizzazione è evidente.

Alla stregua del diritto vivente fino a Cass. n. 19246 del 2010, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, 2° comma, c.p.c., era un effetto conseguente al fatto che l'opponente avesse assegnato all'opposto un termine a comparire inferiore a quello legale e non già alla semplice proposizione dell'opposizione. Gli opposenti che avevano assegnato all'opposto un termine di comparizione pari o superiore a quello legale e che si erano costituiti in giudizio entro dieci giorni dalla notificazione dell'opposizione potevano confidare sulla procedibilità dell'opposizione.

Con Cass. n. 19246 del 2010, questo affidamento viene meno: le costituzioni in giudizio dell'opponente successive al quinto giorno dalla notificazione dell'opposizione, tempestive secondo il diritto vivente al tempo in cui sono avvenute, sarebbero da qualificare come tardive.

Nei giudizi ancora in corso, l'opposizione dovrebbe essere dichiarata improcedibile e il decreto ingiuntivo dovrebbe consolidarsi come immutabile.

L'esito appena descritto – una sorta di smaltimento *extra ordinem*, con pronuncia di rito e non di merito, di una cospicua fetta di cause di opposizione a decreto ingiuntivo pendenti – è palesemente inaccettabile. 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* (in questo caso ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo instaurati successivamente al 9 settembre 2010).

Alla dimostrazione di ciò sono rivolte le osservazioni che seguono (in particolare i paragrafi da 3 a 7).

2. PIANO DI LAVORO

Preferisco seguire il ragionamento della Corte di cassazione dal suo interno e non contrapporre una argomentazione alternativa, con due obiettivi distinti e indipendenti tra di loro:

a) dimostrare l'insostenibilità di tale ragionamento sulla base delle stesse premesse da cui esso muove;

b) indipendentemente dalla plausibilità del ragionamento su cui si fonda il mutamento di giurisprudenza, dimostrare che quest'ultimo – laddove concerna norme processuali – assume i tratti di uno *ius superveniens* irretroattivo.

3. LA COSTITUZIONE IN GIUDIZIO TEMPESTIVA NON PUÒ DIVENTARE TARDIVA

Affrontiamo per primo il profilo *sub b)*, che è il più urgente.

Vi è un punto fermo che dovrebbe raccogliere il consenso di tutti: la costituzione in giudizio tempestiva non può diventare tardiva perché la Corte di cassazione cambia idea successivamente.

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 indispensabile¹.

La certezza della disciplina processuale deve essere perseguita al massimo grado specialmente al giorno d'oggi: quanto più è inevitabile che le regole di condotta sul piano sostanziale diventino mutevoli, difficili e complicate da individuarsi, tanto più queste difficoltà devono essere controbilanciate, in caso di controversia, da una disciplina processuale che aspiri ad essere semplice e certa. La fisiologica incertezza del diritto sostanziale deve essere com-

¹ Cfr. F. BAUR, *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963, 97 ss.

pensata dalla certezza del diritto processuale, in funzione di garanzia dei poteri e doveri delle parti².

Pur nella diversità dei loro rispettivi ruoli processuali, avvocati e giudici devono poter riservare le loro energie alla tutela giurisdizionale degli interessi protetti dalle norme del diritto sostanziale ed evitare di trascorrere una notevole parte del loro tempo di lavoro ad interrogarsi sul possibile contenuto di una norma processuale, oppure sull'impatto dell'applicazione retroattiva del mutamento della regola di condotta³.

Ripeto allora il punto fermo: la costituzione tempestiva non può diventare tardiva se la Corte di cassazione cambia idea successivamente.

4. INAPPLICABILITÀ DELLA RIMESSIONE IN TERMINI

Si tratta di individuare lo strumento processuale o l'argomentazione in grado di sorreggere questa conclusione, in modo sistematicamente congruente.

Gli avvocati che si trovano in questa situazione sono molto attratti dall'idea di poter chiedere e ottenere la rimessione in termini, tanto più che la stessa Corte di cassazione, con due sagaci pronunce della metà del 2010, ha considerato il mutamento di un orientamento costante di giurisprudenza, in relazione ad una particolare forma di proposizione di ricorso per cassazione, quale presupposto di rimessione in termini, concedibile d'ufficio⁴.

Pur con tutta la simpatia che possiamo nutrire nei confronti di un istituto come quello della rimessione in termini, quasi tutti i tratti salienti di quest'ultimo non quadrano se applicati a questa fattispecie.

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 tendenzialmente limitato alla parte, non imputabile a quest'ultima; c)

² In questo senso, con riferimento al processo minorile, A. PROTO PISANI, *Per un nuovo modello di processo minorile*, in *Foro it.*, 1988, V, 124 ss.

³ Cfr. R. CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, 2006, I, 136.

⁴ Cfr. Cass. 17 giugno 2010, n. 14627 e 21 luglio 2010, n. 15811, in *Foro it.*, 2010, I, in corso di pubblicazione.

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.

Viceversa, in questa fattispecie: *a*) il limite temporale previsto per la costituzione in giudizio dell'opponente è stato a suo tempo osservato; *b*) non si è verificato un impedimento incolpevole, bensì non si verificato nessun impedimento; non c'è errore scusabile, bensì manca proprio l'errore; *c*) 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»; *d*) 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 è una vera e propria finzione. Non ho nulla contro le finzioni giuridiche, se non è possibile o opportuno ricorrere alla realtà giuridica, ma in questo caso ricorrere alla realtà giuridica è possibile ed opportuno.

5. IL MUTAMENTO DI GIURISPRUDENZA COSTANTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE COME EFFETTO GIURIDICO SOPRAVVENUTO

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 giuridica⁵. 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 ir-

⁵ Per l'applicazione di questo approccio anche alle pronunce delle Corti europee, v. R. 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, in corso di stampa.

rilevante determinare se le pronunce giudiziarie rivestano il carattere di fonti del diritto, bensì si tratta di 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. Nella fattispecie *de qua*, l'effetto già verificatosi è la costituzione tempestiva in giudizio dell'opponente, mentre l'effetto sopravvenuto è la riduzione a metà dei termini di costituzione ricollegata alla semplice proposizione dell'opposizione (Cass. n. 19246 del 2010).

6. IL PRECEDENTE GIUDIZIARIO COME FONTE DEL DIRITTO

Tuttavia, l'impostazione più lineare, che intendo seguire, discende dall'idea che il precedente giudiziario – anche quello destinato ad esplicare una efficacia meramente persuasiva – sia fonte di norme giuridiche che integrano l'ordinamento giuridico di riferimento, poiché il diritto si caratterizza per il fatto di «consistere nella creazione di un complesso di "norme" destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare 'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente "vincolanti" (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia "persuasiva" delle norme)»⁶.

Questa tesi muove dal presupposto che «l'efficacia delle fonti del diritto non è sempre identica a se stessa, ma consiste in una pressione sui destinatari delle norme affinché ne osservino il comando [...]. Conseguentemente, anche con riferimento alle fonti tradizionali, possono individuarsi ipotesi nelle quali esse producono precetti dotati di una forza vincolante più intensa ed altri dotati di una forza vincolante più blanda»⁷.

⁶ Così, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Milano, 1998, 6.

⁷ Nella sua opera sulle fonti del diritto, Alessandro Pizzorusso include infatti tra queste ultime anche il precedente giudiziario, in forza della sua efficacia persuasiva. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977, 532 ss., 533. In tema vedi anche G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 489 ss.

In particolare, 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 interpretative, le pronunce giudiziarie producono effetti in senso lato «retroattivi». Dico in senso lato ed impiego il termine tra virgolette, poiché non intendo far dipendere questa qualificazione dalla annosa e difficilmente risolvibile controversia relativa alla individuazione dell'essenza del fenomeno della retroattività⁹.

Parlo della retroattività connaturata alla giurisdizione, come attività che si fa sempre interprete di una dimensione preesistente, secondo l'etimo della parola «giurisdizione» (*iurisdictio*)¹⁰: 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 interpretative¹¹. Se il termine retroattività appare inappropriato, si può parlare di retrospettività, ma la sostanza non cambia.

7. IL MUTAMENTO DI GIURISPRUDENZA COSTANTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA DI INTERPRETAZIONE DI NORME PROCESSUALI COME *IUS SUPERVENIENS* IRRETROATTIVO

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.

⁸ Così, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 536.

⁹ Per un ampio discorso sulla retroattività, nonché per la citazione della letteratura classica, rinviamo a R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1332 ss.

¹⁰ Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, 95, 130 ss., in riferimento alla peraltro complessa e polivalente nozione di *iurisdictio* nell'esperienza medievale.

¹¹ Così, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 536.

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.¹²

Si può ammettere che la delicata operazione che si compie nel processo possa essere compiuta sotto l'incubo di nuove regole del procedere immediatamente applicabili o – peggio – di svolte giurisprudenziali retrospettive sull'interpretazione di norme processuali? L'intrinseca ragionevolezza del principio secondo cui non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso è stata messa in ombra dalla statualizzazione della procedura, con il connesso interventismo di un legislatore, al quale non sempre si può riconoscere ormai una sufficiente attenzione verso la sacrosanta esigenza di certezza e di garanzia nel trattamento delle situazioni processuali¹³, sebbene negli ultimi anni si deve registrare, nelle norme transitorie che accompagnano le riforme processuali, una certa attenzione verso l'esigenza che queste si applichino in via generale solo ai giudizi instaurati dopo la loro entrata in vigore¹⁴.

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*, che rimette inevitabilmente in di-

¹² Per un più ampio discorso, v. R. CAPONI, *Tempus regit processum – Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449.

¹³ Per una riflessione su aspetti collegati a quelli trattati nel testo, v. R. CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, cit.

¹⁴ Cfr., per es., l'art. 58 della l. n. 69 del 2009, su cui BALENA, (CAPONI), CHIZZINI, (MENCHINI), *La nuova riforma del processo civile*, Torino, 2010, 247.

scussione 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 l'*actus* è quell'*actus trium personarum* in cui consiste l'intero processo (o quanto meno il singolo grado di giudizio): *tempus regit processum*¹⁵.

Il dispositivo finale di queste riflessioni è quello che è stato anticipato nel titolo di questa nota: il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali è uno *ius superveniens* irretroattivo.

Cass. n. 19246 del 2010 deve essere considerata *tamquam non esset* in relazione ai giudizi di opposizione al decreto ingiuntivo in corso alla data di pubblicazione della sentenza medesima (9 settembre 2010) e si applica solo ai giudizi di opposizione promossi (il cui atto introduttivo è stato notificato) dopo quella data.

8. ART. 645, 2° COMMA C.P.C.: L'INFELICE ESORDIO ARGOMENTATIVO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Passo a dimostrare che l'interpretazione data dalla Corte di cassazione all'art. 645, 2° comma c.p.c. è erronea.

La Corte di cassazione esordisce con l'osservazione che «le ragioni addotte dal ricorrente, in parte recepite e sviluppate nell'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile, non sono idonee a giustificare un mutamento del costante orientamento della corte, anche se, come sarà in seguito precisato, è opportuno procedere a una puntualizzazione».

Il costante orientamento cui si riferisce la Corte è il seguente¹⁶. La riduzione a metà dei termini di comparizione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, prevista dall'art. 645, 2° comma, c.p.c., sarebbe rimessa alla facoltà dell'opponente. Trattandosi di termini minimi, l'opponente potrebbe infatti, anziché valersi di tale disposizione, assegnare al convenuto il termine or-

¹⁵ Cfr. R. CAPONI, *Tempus regit processum - Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, cit.

¹⁶ Emblematica, Cass. 30 marzo 1998, n. 3316, in *Foro it.*, 1998, I, 2161, citata in motivazione.

dinario di comparizione o anche uno maggiore¹⁷. Solo nel caso in cui l'opponente si sia effettivamente avvalso di tale facoltà, sarebbero automaticamente ridotti alla metà anche i termini di costituzione. La riduzione a metà del termine di costituzione conseguirebbe peraltro automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine inferiore a sessanta giorni, per cui risulterebbe del tutto irrilevante che la concessione di quel termine sia dipesa da una scelta consapevole dell'opponente ovvero da un errore di calcolo del medesimo¹⁸.

«Contrariamente a quanto ritenuto da una parte della dottrina – sostiene la Corte – l'orientamento ora richiamato non è privo della necessaria base normativa. Se, infatti, è vero che nella formulazione originaria del codice del '42, l'art. 645, 2° comma prevedeva la riduzione a metà dei termini di 'costituzione', mentre nell'attuale formulazione della disposizione la riduzione a metà si riferisce solo ai termini di 'comparizione', dai lavori preparatori non emerge tuttavia che la modifica testuale sia stata introdotta per ridimensionare la funzione acceleratoria della riduzione a metà dei termini di costituzione prevista dalla disciplina previgente, ma solo che la norma era stata imposta come necessaria conseguenza dalla introduzione del sistema della citazione ad udienza fissa».

Nel leggere questo esordio argomentativo della Corte, ha una forte sensazione di *déjà vu* chi si è già occupato in passato, in correlazione con il problema della riduzione a metà dei termini di costituzione dell'opponente, della modifica apportata, dalla Novella del 1950, al testo dell'art. 645, 2° comma c.p.c.¹⁹.

L'argomentazione è ricorrente, ma purtroppo ricorrente è anche l'impressione che la Corte di cassazione si adagi placidamente su quello che essa ha già scritto tante volte, senza sottoporlo a vaglio critico.

Comprendo che l'enorme pressione delle cause pendenti, la situazione di emergenza in cui la Corte si trova, possa suggerire di abbassare il livello dell'attenzione critica, e di dare eventualmente

¹⁷ Così, specificamente, Cass. 20 novembre 2002, n. 16332, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Ingiunzione*, n. 39.

¹⁸ Così, specificamente, Cass. 15 marzo 2001, n. 3752, in *Foro it.*, 2002, I, 193, citata in motivazione.

¹⁹ Cfr. R. CAPONI, *Sul termine di costituzione nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo (art. 645, 647 c.p.c.)*, in *Corr. giur.*, 2006, 727 ss.

solo un'occhiata distratta alle relazioni dell'ufficio del massimario, al fine di accelerare la definizione dei ricorsi.

Tuttavia quando l'esito finale si potrebbe prefigurare devastante e manifestamente contrario al buon senso, come in questo caso, occorre arrestarsi e ricominciare a ragionare daccapo, rimeditando tutte le premesse ed ogni passaggio.

È quello che mi appresto a fare nel prosieguo, ripercorrendo un passo dopo l'altro del ragionamento sviluppato da Cass. n. 19246 del 2010.

9. VIVIAMO IN UN SISTEMA DI DIRITTO SCRITTO

Una 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.

L'art. 645, 2° comma, c.p.c. prevede: «In seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito; ma i termini di comparizione sono ridotti a metà». Considerata in sé e per sé, la disposizione è di una chiarezza cristallina. Essa ci dice due cose: *a)* la riduzione a metà riguarda i termini di comparizione in giudizio del convenuto, cioè i termini per comparire previsti dall'art. 163-*bis* c.p.c., mentre il silenzio è conservato sui termini di costituzione, cioè sui termini di cui agli artt. 165 e 166 c.p.c.; *b)* la riduzione a metà dei termini di comparizione è un effetto automatico della proposizione dell'opposizione e non dipende da una facoltà di cui si avvalga l'opponente.

Quando mi sono occupato del problema qualche anno fa, la molla dell'attenzione critica è scattata dinanzi all'orientamento giurisprudenziale allora consolidato, oggi «puntualizzato» da Cass. n. 19246 del 2010.

Al cospetto della semplice lettura dell'art. 645, 2° comma c.p.c., si trattava infatti di un orientamento ben strano. Esso rinveniva i suoi due assi portanti nella contemporanea e sbalorditiva negazione delle due cose che tale articolo prevede. Tale orientamento affermava infatti: *a)* la riduzione a metà riguarda i termini di costituzione di cui all'art. 165 c.p.c. a carico dell'opponente; *b)* tale riduzione non è un effetto automatico della proposizione dell'opposizione, bensì è frutto dell'esercizio di una pretesa facoltà

dell'opponente di assegnare all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello legale.

Di fronte a questo micidiale *uno-due* che annientava il mitico «senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» (art. 12 Preleggi) nell'art. 645, 2° comma, c.p.c., la stessa contemplazione di un esercizio inconsapevole della facoltà di abbreviare i termini di comparizione, in conseguenza di un errore di calcolo, era un gioco da ragazzi.

Non mi sono scomposto: del resto l'art. 12 delle Preleggi è ormai bistrattato. Ci saranno degli argomenti, ho pensato. In effetti gli argomenti c'erano e li ho esaminati in controluce: mancava però la filigrana.

10. ORIENTAMENTO ANTE «PUNTUALIZZAZIONE»

Di fronte alla sedicente «puntualizzazione» delle Sezioni unite, sono chiamato oggi a ripetere quell'esperimento.

Procedo a riesaminare l'orientamento, prima della sua «puntualizzazione», per cogliere e valutare se quest'ultima fa germinare la filigrana.

Conviene riportare per esteso il brano rilevante di Cass. 30 marzo 1998, n. 3316, cit., che riproduce nel modo più chiaro possibile le cui argomentazioni, cui le Sezioni unite fiduciosamente si riallacciano: «L'affermazione che la riduzione dei termini di comparizione comporta come indefettibile conseguenza la riduzione del termine per costituirsi si fonda sul rilievo che nel sistema previsto dal codice di rito i termini di costituzione sono legati alle vicende di quelli relativi alla comparizione, nel senso che essi sono quelli ordinari se il termine di comparizione assegnato è quello ordinario, e sono quelli ridotti nel caso di abbreviazione dei secondi (art. 645 c.p.c.). E pertanto il richiamo contenuto nell'art. 645 c.p.c. alle norme del procedimento ordinario di cognizione va correttamente interpretato nel senso dell'applicabilità anche del principio di adeguamento dei termini di costituzione a quelli di comparizione. Né può indurre a diverse conclusioni l'osservazione della ricorrente che lo stesso art. 645 c.p.c. prevede la riduzione a metà solo dei termini di comparizione, senza affatto considerare quelli di costituzione. È noto invero che detto articolo nel testo originario del 1942 disponeva la riduzione alla metà dei termini di costituzione e che in seguito alla riforma di cui alla l. 14 luglio 1950 n. 581

ed alle disposizioni di coordinamento contenute nel d.P.R. 17 ottobre 1950 n. 587 esso fu modificato nel senso che alla espressione "termini di costituzione" venne sostituita quella di "termini di comparizione". Peraltro dai lavori preparatori e dalla relazione ministeriale si evince chiaramente che con detta modifica non si intese immutare il precedente sistema, ma solo aggiungere, in dipendenza della innovazione introdotta con la citazione ad udienza fissa, la riduzione a metà dei termini di comparizione».

In sostanza l'orientamento giurisprudenziale si fonda su due soli argomenti:

a) l'argomento che fa appello alla pretesa volontà del legislatore in concreto, del legislatore che ha dettato il testo normativo che si tratta di interpretare («dai lavori preparatori e dalla relazione ministeriale si evince chiaramente che con detta modifica non si intese immutare il precedente sistema»);

b) l'argomento sistematico, dove il sistema dovrebbe essere ispirato ad un preteso «principio di adeguamento dei termini di costituzione a quelli di comparizione».

Esamino distintamente i due argomenti, cominciando dal primo.

11. DAI TERMINI DI COSTITUZIONE AI TERMINI DI COMPARIZIONE

Nella versione originaria del codice di procedura civile del 1942, l'art. 645, 2° comma c.p.c. prevedeva: «in seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito; ma i termini di costituzione sono ridotti alla metà».

L'impiego dell'espressione 'termini di costituzione' si spiega perché nel processo ordinario, così come disciplinato dalla versione originaria del codice del 1942, non esisteva la norma sui termini per comparire²⁰, ma esisteva solo la norma sui termini di costituzione del convenuto, calcolati a partire dalla notificazione della citazione (art. 166, 1° comma c.p.c. 1942). Per accelerare il corso del processo di opposizione, la soluzione non poteva essere allora diversa da quella adottata: in particolare, il termine di costituzione del convenuto non poteva essere calcolato a ritroso a partire dalla data della prima udienza, poiché quest'ultima era fissata successi-

²⁰ Cfr. art. 163-bis c.p.c., aggiunto dall'art. 8 della l. 14 luglio 1950, n. 581.

vamente dal presidente del tribunale, all'atto della designazione del giudice istruttore (art. 173, 2° comma c.p.c. 1942).

In seguito al passaggio al sistema dell'udienza fissa ed alla conseguente introduzione della norma sui termini minimi di comparizione, attuati con la l. 14 luglio 1950, n. 581, il testo del secondo comma dell'art. 645 c.p.c. è stato modificato nel senso che alla espressione "termini di costituzione" venne sostituita quella di "termini di comparizione"²¹.

Dalla lettura dei lavori preparatori e della relazione ministeriale – secondo la Corte di cassazione, citata da Cass. n. 19246 del 2010 – «non emerge tuttavia che la modifica testuale sia stata introdotta per ridimensionare la funzione acceleratoria della riduzione a metà dei termini di costituzione prevista dalla disciplina previgente, ma solo che la norma era stata imposta come necessaria conseguenza dalla introduzione del sistema della citazione ad udienza fissa»²².

Dallo studio dei lavori preparatori le Sezioni unite traggono implicazioni opposte rispetto a quelle logicamente consequenziali.

Infatti, è vero che il legislatore del 1950 non ha inteso ridimensionare la funzione acceleratoria della riduzione a metà dei termini, ma ha ricollegato questa funzione integralmente ed esclusivamente alla riduzione a metà dei termini di comparizione, adeguandola alla innovazione introdotta con la citazione ad udienza fissa.

Per continuare a realizzare questa la funzione acceleratoria della riduzione a metà dei termini nel contesto del nuovo sistema, non aveva più senso incidere sui termini di costituzione, che non hanno più alcuna importanza al fine di determinare un'accelerazione dello svolgimento del processo, bensì era necessario, ed anche sufficiente, incidere sui soli termini di comparizione: cosa che in effetti il legislatore puntualmente ha fatto.

La *ratio* che presiede oggi alla riduzione a metà dei termini di *comparizione*, prevista dal testo attuale dell'art. 645, 2° comma

²¹ Ad opera dell'art. 13 delle disposizioni di coordinamento contenute nel d.p.r. 17 ottobre 1950 n. 587.

²² La relazione ministeriale al decreto n. 857 (n. 13) si limita ad osservare: «con l'art. 13 del decreto s'introduce una lieve modificazione nel secondo comma dell'art. 645 del codice, come necessaria conseguenza della citazione a udienza fissa». Come si è già osservato in dottrina (v. L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Termini di costituzione, cancellazione dal ruolo, riassunzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, p. 85, specie p. 126), questo passo non contiene «nessun chiarimento circa la portata della modificazione ed i riflessi di essa sul termine di costituzione».

c.p.c., corrisponde integralmente alla *ratio* della riduzione a metà dei termini di *costituzione, olim* prevista: accelerare il corso del processo di opposizione al decreto ingiuntivo, al fine di eliminare o confermare attraverso un giudizio a cognizione piena un provvedimento sommario, concesso *inaudita altera parte*²³.

In conclusione, dall'esame del contesto storico e sistematico in cui si colloca la modificazione del testo dell'art. 645, 2° comma c.p.c. si ricava un primo fondamentale e persuasivo argomento in favore della conclusione opposta a quella cui si mantengono fedeli le Sezioni unite in Cass. n. 19246 del 2010. La conclusione è che l'art. 645, 2° comma c.p.c. va letto esattamente per quello che dice: sono ridotti a metà i termini di comparizione, non già i termini di costituzione²⁴.

12. PRINCIPIO DI ADEGUAMENTO DEI TERMINI DI COSTITUZIONE A QUELLI DI COMPARIZIONE?

Si passa a questo punto ad analizzare il secondo argomento, posto a fondamento del criticato orientamento giurisprudenziale: «Non esiste, peraltro – proseguono le Sezioni unite in Cass. n. 19246 del 2010 – nessuna ragione oggettiva che giustifichi l'opposta opinione che reputa che il silenzio del legislatore in ordine alla disciplina dei termini di costituzione, a fronte della espressa previsione contenuta nella disciplina previgente, sia significativo della volontà di cambiare la regola, espressamente affermata dall'art. 165, 1° comma c.p.c., che stabilisce un legame tra termini di comparizione e termini di costituzione, al fine di rendere coerente il sistema nei procedimenti che esigono pronta trattazione.

²³ Si tratta di un'esigenza di accelerazione che si presenta *in re ipsa*: nel concedere in certe ipotesi ad un soggetto che si vanta creditore la possibilità di ottenere un provvedimento sommario, *inaudita altera parte*, il legislatore specula – in funzione di economia processuale – sull'idea che il debitore non abbia argomenti per contestare la pretesa. Se la speculazione legislativa non trova riscontro nel caso concreto, poiché il destinatario passivo del provvedimento propone opposizione, subentra la necessità di fare rapidamente certezza a cognizione piena sulla situazione sostanziale tra le parti e di non affidare più quest'ultima alla definizione sommaria ad opera del decreto ingiuntivo.

²⁴ Del resto questa conclusione – come non mancano di ricordare le Sezioni unite – era stata fatta propria dalla stessa Corte di cassazione negli anni '50. Cfr. Cass. 10 gennaio 1955, n. 8, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 85: «l'art. 645 cod. proc. civ., nel testo modificato dalla legge del 1950, dispone per l'opposizione a decreto ingiuntivo la riduzione a metà dei soli termini per la comparizione stabiliti dall'art. 163-bis, non anche dei termini per la costituzione delle parti; i quali rimangono perciò, anche per detto procedimento, quelli ordinari assegnati rispettivamente all'attore e al convenuto dagli artt. 165 e 166 c.p.c.».

In effetti l'art. 165 c.p.c. sulla costituzione dell'attore e l'art. 166 c.p.c. sulla costituzione del convenuto fanno dipendere la riduzione a metà dei termini di costituzione da un'abbreviazione dei termini di comparizione: «L'attore, entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto, ovvero entro cinque giorni nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'art. 163-*bis*, deve costituirsi in giudizio» (art. 165 c.p.c.); «Il convenuto deve costituirsi [...] almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'art. 163-*bis*» (art. 166 c.p.c.).

Le affermazioni delle Sezioni unite circa il legame tra termini di comparizione e termini di costituzione guadagnano significato solo se riferite al contenuto normativo degli artt. 165 e 166 c.p.c. Affinché la conclusione che ne ricava la Corte sia plausibile occorre però che siano fondate tutte e tre le seguenti premesse: *a)* che il predetto contenuto degli artt. 165 e 166 c.p.c. esprima un principio generale dell'ordinamento processuale tale da fondare il ricorso all'analogia ex art. 12, 2° comma delle Preleggi; *b)* che l'art. 645, 2° comma c.p.c., nella parte in cui conserva il silenzio sulla sorte dei termini di costituzione, sia affetto da una lacuna; *c)* che questa lacuna possa essere colmata applicando per analogia il principio di adeguamento dei termini di costituzione a quelli di comparizione, ricorrendone l'*eadem ratio*.

A ben vedere, nessuna di queste tre premesse è fondata. Per negare la premessa *sub b)* e far cadere pertanto tutta l'argomentazione della Corte di cassazione è sufficiente richiamare a questo punto la conclusione raggiunta in precedenza: il silenzio dell'art. 645, 2° comma c.p.c. sulla sorte dei termini di costituzione non è un silenzio lacunoso, ma significativo: in particolare la consapevole sostituzione dell'espressione «termini di costituzione» con l'espressione «termini di comparizione», operata con la riforma del 1950, è diretta a confermare, adeguandola alla innovazione introdotta con la citazione ad udienza fissa, la funzione acceleratoria della riduzione a metà dei termini.

Ma il discorso deve essere opportunamente allargato a negare anche la fondatezza della prima e della terza premessa. Conviene muovere dall'osservazione già svolta indietro, secondo la quale la riduzione alla metà dei termini di comparizione ex art. 645, 2° comma c.p.c. risponde all'esigenza generale ed astratta di accelerare il corso del processo di opposizione al decreto ingiuntivo, al fine

di eliminare o confermare attraverso un giudizio a cognizione piena un provvedimento sommario, concesso *inaudita altera parte*.

Viceversa, per cogliere il significato della riduzione alla metà dei termini di costituzione prevista dagli artt. 165 e 166 c.p.c. occorre considerare che essa si collega esclusivamente – come risulta dal tenore letterale e logico di queste disposizioni – al provvedimento di abbreviazione dei termini di comparizione che il presidente può rilasciare ai sensi dell'art. 163-*bis*, 2° comma c.p.c. («nelle cause che richiedono pronta spedizione il presidente può, su istanza dell'attore e con decreto motivato in calce dell'atto originale e delle copie della citazione, abbreviare fino alla metà i termini indicati dal primo comma»). Ci troviamo dinanzi ad «un provvedimento giudiziale che incide sul potere dell'attore di fissare il termine di comparizione, determinando in concreto il tempo che il convenuto ha a disposizione per predisporre le difese in relazione alle specifiche ragioni di urgenza dell'attore»²⁵.

La diversità di struttura e di funzione tra la riduzione del termine di comparizione di cui all'art. 645, 2° comma c.p.c. e l'abbreviazione del termine di comparizione di cui all'art. 163-*bis*, 2° comma c.p.c. non potrebbe essere più evidente: «la prima genericamente ed astrattamente riconnessa alla peculiarità della fattispecie processuale di opposizione all'ingiunzione, in cui, com'è noto, entrambe le parti hanno già avuto modo di presentare i propri argomenti difensivi e non vi è più ragione di differire l'istruzione della causa, la seconda dipendente da concrete e specifiche ragioni di urgenza emergenti dalle peculiarità del caso e da valutarsi di volta in volta dal giudice»²⁶.

In questo contesto è agevole spiegare come mai il legislatore abbia collegato la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'attore esclusivamente al provvedimento di abbreviazione dei termini ex art. 163-*bis*, 2° comma c.p.c., e non alla riduzione dei termini di comparizione ex art. 645, 2° comma c.p.c. La riduzione alla metà dei termini di costituzione a carico dell'attore controbilancia la compressione del tempo a disposizione del convenuto per

²⁵ Così, C. E. BALBI, *Improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo, diritto alla difesa e inadeguatezza del termine di costituzione del debitore opponente*, in *Giur. it.*, 1998, 2087, 2088.

²⁶ Così, tra le altre, Cass. 28 aprile 1995, n. 4719, in *Foro it.*, 1995, I, 2465, che su questa base concede che il potere di abbreviazione dei termini di comparizione ex art. 163-*bis*, 2° comma, c.p.c. possa esercitarsi anche con riferimento al termine già ridotto alla metà per l'opposizione a decreto ingiuntivo.

predisporre la propria difesa, consentendo che quest'ultimo possa prendere visione dei documenti prodotti dall'attore anticipatamente (rispetto al corso del processo in cui non sia stato rilasciato il provvedimento di abbreviazione dei termini di comparizione). L'onere dell'attore di costituirsi in giudizio anticipatamente costituisce pertanto un effetto eccezionale, ricollegato all'eccezionalità del provvedimento presidenziale di abbreviazione dei termini di comparizione.

Viceversa l'esigenza di controbilanciare, attraverso la riduzione dei termini di costituzione dell'attore opponente, la compressione dei tempi a disposizione del convenuto opposto per apprestare la propria difesa non esiste praticamente nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo. Il convenuto si trova infatti in una posizione difensiva soltanto dal punto di vista formale, poiché egli è il titolare attivo del rapporto sostanziale controverso ed ha già fatto valere le proprie ragioni, chiedendo ed ottenendo il decreto ingiuntivo. Con la notificazione dell'atto di opposizione si conclude in questo ambiente processuale quella fase che nel processo ordinario si chiude con la costituzione in giudizio del convenuto. Consentire all'opponente di costituirsi entro dieci giorni dalla notificazione dell'opposizione non comporta pertanto una rilevante limitazione delle possibilità di reazione del creditore opposto (tenuto anche conto del frequentissimo spostamento dell'udienza dell'art. 168-bis, 5° comma c.p.c.).

In questo contesto, imporre all'opponente di costituirsi entro cinque giorni dalla notificazione dell'atto di opposizione comporta di costringere questi ad accelerare la propria attività, aumentando il rischio di una decadenza, con la grave conseguenza del passaggio in giudicato di un accertamento sommario reso *inaudita altera parte*, senza che questo aggravamento della posizione dell'opponente sia controbilanciato da un rafforzamento della tutela del creditore opposto e della realizzazione delle sue esigenze difensive²⁷.

Si possono formulare pertanto le seguenti conclusioni. È da escludere che sussista un principio di adeguamento dei termini di costituzione a quelli di comparizione. La riduzione alla metà dei termini di costituzione prevista dagli artt. 165 e 166 c.p.c. si collega esclusivamente al provvedimento di abbreviazione dei termini

²⁷ Cfr. C. E. BALBI, *Improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo, diritto alla difesa e inadeguatezza del termine di costituzione del debitore opponente*, cit.

di comparizione *ex art. 163-bis*, 2 comma c.p.c., che ha struttura e funzione radicalmente diverse dalla riduzione dei termini di comparizione *ex art. 645*, 2° comma c.p.c. Pertanto non esistono gli estremi per un'estensione analogica della riduzione alla metà dei termini di costituzione *ex artt. 165 e 166* c.p.c. al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo²⁸.

Viene meno così anche il secondo argomento su cui pretende di fondarsi l'orientamento giurisprudenziale criticato, cosicché esso dovrebbe essere abbandonato, a vantaggio di una soluzione secondo la quale l'art. 645, 2° comma c.p.c. – si ripete – va letto esattamente per quello che dice: esso prevede la riduzione a metà dei soli termini di comparizione ed esclude pertanto – per il complesso di motivi che si sono esposti finora – la riduzione a metà dei termini di costituzione.

13. LA «PUNTUALIZZAZIONE»

Invece le Sezioni unite procedono alla famigerata «puntualizzazione» secondo la quale la riduzione a metà dei termini è un effetto automatico della semplice proposizione dell'opposizione e non dipende dall'esercizio di un pretesa facoltà dell'opponente.

La precisazione coglie indubbiamente nel segno del tenore letterale e logico dell'art. 645, 2° comma c.p.c., poiché risponde all'esigenza generale ed astratta di accelerare il corso del processo di opposizione al decreto ingiuntivo, al fine di eliminare o confermare attraverso un giudizio a cognizione piena un provvedimento sommario, concesso *inaudita altera parte*.

Questa esigenza, che si presenta con la semplice proposizione dell'opposizione, rende ragione della formula legislativa dell'art. 645, 2° comma c.p.c. che prevede chiaramente la riduzione a metà dei termini come effetto automatico, *ipso iure*, sottratto sia alla disponibilità delle parti, che del giudice: «i termini [...] sono ridotti alla metà». Per cui non si comprendeva davvero come la Corte di cassazione, di fronte a questo chiaro dettato legislativo, potesse

²⁸ Ovviamente, tale riduzione potrà trovare applicazione ove l'opponente ottenga *ex art. 163-bis*, 2° comma c.p.c. l'abbreviazione del termine minimo di comparizione già ridotto *ex art. 645*, 2° comma c.p.c.

sostenere che la riduzione a metà dei termini fosse una scelta facoltativa dell'opponente, nel significato che si è già descritto²⁹.

Vi è un solo particolare da ripetere: la riduzione a metà è riferita solo ai termini di comparizione. Non a caso.

²⁹ Sul punto v. le osservazioni critiche di E. GARBAGNATI, *I procedimenti per ingiunzione e per convalida di sfratto*, quinta ed., Milano, 1979, 166.