



BRUNO CAPPONI

La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi ()*

SOMMARIO: 1.- L'art. 65 ord. giud. e l'art. 122 della legge 6 dicembre 1865, n. 2626. 2.- La nomofilachia della cassazione rispetto a sé stessa. 3.- Il decreto legislativo n. 40 del 2006 e il "rilancio" della nomofilachia. 4.- Il "progetto esecuzioni" della III sezione civile. 5.- Dove nascono gli orientamenti della giurisprudenza. 6.- Gli errori del legislatore delegato del 2006. 7.- Affermare principi e non risolvere contenziosi. 8.- La Cassazione alla ricerca del suo ruolo istituzionale

1.- L'art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) non a tutti piace¹. Non soltanto per la sua storica derivazione dalla cultura autoritaria e centralista propria del fascismo, ma soprattutto per l'estrema difficoltà di separare, nell'esercizio di quella particolare funzione regolatrice detta di "nomofilachia", il giudizio di diritto da quello sul fatto²: il rischio, com'è stato detto bene, è «che la Corte suprema sia chiamata a svolgere il suo ruolo di guida nell'interpretazione della legge con modalità di formazione della decisione che spingono eccessivamente verso l'astrazione: ciò implica che l'opera esegetica della Cassazione, completata dall'elaborazione delle massime, si traduca sempre più nella produzione di comandi generali e astratti»³.

Peraltro, l'art. 65 cit. non rappresentava una novità assoluta: già l'art. 122 del vecchio ordinamento (legge 6 dicembre 1865, n. 2626) stabiliva che «*La corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi*»; l'aggiunta sulla «*unità del diritto oggettivo nazionale*», che si legge nel testo del 1941, è figlia dell'unificazione in Roma delle cinque Cassazioni regionali, avvenuta nel 1923. A ben vedere, né la legge del 1865, né il regio decreto del 1941 parlano di una nomofilachia per astrazioni, «in purezza»⁴, che faccia della Corte di cassazione una sorta di agente intermedio tra la norma e il caso (o i futuri casi). La funzione in concreto esercitata non è infatti nelle declamazioni, più o meno roboanti, delle norme ordinamentali con le loro formule necessariamente impresse e sintetiche; è invece nell'opera concreta e continua del giudice di legittimità, che da sempre tende a definire assai liberamente il suo ruolo di vertice (anche nei rapporti con le giurisdizioni speciali: ma questo è un altro discorso). A leggere bene, l'art. 65 ord. giud. e l'art. 122 della legge 6 dicembre 1865, n. 2626 non dicono neppure se le funzioni regolatrici della cassazione debbano svolgersi nell'esercizio della giurisdizione (cosa che finora si è data per scontata grazie alla disciplina del c.p.c.) ovvero

(*) Si pubblica qui la relazione che il prof. Capponi avrebbe dovuto svolgere, e che per ragioni personali non ha svolto, al convegno tenutosi a Tivoli l'8 e 9 luglio 2022 su *Attualità e prospettive della espropriazione immobiliare*, nell'ambito della sessione *Le novità della Suprema Corte sulla espropriazione forzata*

¹ V., ad es. e da ultimo, G. Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1155 ss., part. 1162.

² V., per tutti, L. Passannante, *Il postulato del "primo" Calamandrei e il destino della cassazione civile*, in www.judicium.it dal 19 novembre 2020.

³ L. Passannante, *op. loc. cit.*

⁴ V. ancora L. Passannante, *op. loc. cit.*



nell'esercizio di possibili funzioni collegate, quali si rinvergono, da ultimo, nel nuovo istituto del rinvio pregiudiziale⁵, non a caso voluto dall'interno della corte.

Non si dubita che la funzione regolatrice detta di “nomofilachia” sia anzitutto rivolta verso i giudici di merito. È il caso di rammentare che, secondo la concezione tradizionale⁶, il giudice di merito, non vincolato dal *dictum* della cassazione (il giudice, cioè, che non sia il giudice di rinvio *ex artt.* 392 ss. c.p.c.), dovrebbe avere «se non il preciso obbligo giuridico, il dovere ... di correttezza»⁷ di motivare le ragioni che lo inducono a discostarsi dal precedente della corte suprema, il cui mutamento, del resto, «non dovrebbe essere mai di arbitraria frattura col passato»⁸. Ma questi discorsi riguardano una corte che operi come giudice, sia pure di ultima istanza: vale a dire una corte che decide casi e decidendo casi può affermare principi a valere per altri casi futuri. Quel che ci domandiamo è se sia ancora questo, o soltanto questo, il possibile futuro della Cassazione.

2.- L'esame della giurisprudenza di legittimità – possiamo affermarlo senza onerarci di particolari dimostrazioni – mostra che spesso il ruolo di guida della giurisprudenza, presupposto dalle varie norme di ordinamento giudiziario, non viene assolto, dalla Corte, neppure rispetto a sé stessa. Spesso anche all'interno di una stessa sezione convivono orientamenti contrastanti, che si alimentano di motivazioni che non tengono neppure conto, per confutarlo, dell'esistenza di un orientamento diverso. Si formano quindi e si consolidano orientamenti paralleli, reciprocamente indifferenti. Esistono contrasti consapevoli e inconsapevoli, così come esistono ribellioni delle sezioni semplici alle sezioni unite (nonostante il comma 3 dell'art. 374 c.p.c.) e delle sezioni unite a loro stesse. Esistono sentenze che deliberatamente ignorano la consolidata giurisprudenza della Corte, quella stessa la cui conoscenza è invece richiesta al ricorrente a pena di inammissibilità del ricorso (art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c.). Per questi fenomeni antichi – romanticamente riferiti alle varie “anime” dei collegi di legittimità – e mai estirpati la Corte, fatte salve le responsabilità individuali, è considerata non imputabile: sono troppi i ricorsi e troppi i collegi e i consiglieri per seriamente pensare a un organo di vertice che possa pronunciarsi davvero in modo autorevole perché tendenzialmente definitivo (sia pure “allo stato”).

Tuttavia, il fenomeno che i presidenti dei collegi dovrebbero seriamente combattere è quello del narcisismo dei singoli relatori-estensori: nel suo libro di memorie⁹, Gabriella Luccioli rammenta significativamente che nella sua attività di magistrato di cassazione non ha mai dimenticato che le “sue” sentenze impegnavano l'immagine dell'intera corte; più di recente, Renato Rordorf ha parlato di “narcisismo cattivo”¹⁰. Spesso sono le motivazioni, più che le decisioni, ad

⁵ Che non poteva non alimentare discussioni, generalmente di taglio critico: cfr. anche per i riferimenti M. Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 197 ss.

⁶ L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 77 ss.

⁷ L. Montesano, *La tutela*, cit., 78.

⁸ L. Montesano, *op. loc. cit.*

⁹ G. Luccioli, *Diario di una giudice. I miei cinquant'anni in magistratura*, Udine, 2016.

¹⁰ R. Rordorf, *Riflessioni sulla Relazione illustrativa del programma di gestione della Corte di Cassazione per l'anno 2021*. 1) *Commento al punto 11: “La motivazione dei provvedimenti”*, in www.giustiziainsieme.it dal 3 giugno 2021: «se un magistrato è punto dal legittimo desiderio di approfondire un tema giuridico anche al di là di quanto richiede la sentenza che è chiamato a motivare, non gli mancherà quasi mai la possibilità di farlo inviando ad una rivista giuridica il suo contributo di dottrina. Una certa dose di narcisismo, sostengono gli psicologi e i sociologi, è ineliminabile in qualsiasi manifestazione umana, ma c'è un narcisismo positivo e uno nocivo. Il primo si identifica con l'amor sui, spinge a migliorarsi nell'intento di essere stimato nel proprio ambiente sociale e lavorativo; l'altro invece sconfinava con la vanità, nasce dal desiderio di primeggiare sugli altri e rischia spesso perciò di pregiudicare il buon esito di attività destinate per loro natura a convergere verso una finalità collettiva. Anche nella motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, come in ogni altra manifestazione esterna del pensiero, si rispecchia questo dualismo. È un bene che l'estensore sia animato dal desiderio di non sfigurare nell'esercizio della sua professione, ed è anche umano che eventualmente egli ambisca a vedersi riconoscere il merito di aver contribuito positivamente allo sviluppo della giurisprudenza; ma è importante che non perda mai il senso del limite, che non si lasci trascinare dal “narcisismo cattivo” e non scambi la motivazione come una vetrina in cui mostrare al mondo la ricchezza della propria scienza giuridica: perché lo scopo dei provvedimenti giurisdizionali non è quello



alimentare i contrasti; a rendere oscuro o ambiguo l'intervento della Corte, che in tal modo ne chiama altri. Il collegio partecipa alle decisioni, ma le motivazioni sono frutto dell'opera del singolo; e il singolo troppo spesso è incontrollato. Non sembra troppo sperare, nel futuro, in una Corte in cui un delicato caso di diritto intertemporale sulla natura del titolo esecutivo, in presenza di corposa giurisprudenza sia della Cassazione che della Corte costituzionale, non venga deciso, in contrasto con quella giurisprudenza, richiamando una decisione della *Cour de cassation* di Parigi del 9 Vendemmiaio anno XI¹¹; o in cui un altro delicato caso di interpretazione del titolo esecutivo non venga deciso con argomenti "filosofici", richiamando Gottfried Wilhelm von Leibniz¹², senza tener conto del costante orientamento contrario della terza sezione. Una Corte che si dia per obiettivo quello di *épater les bourgeois* rischia di non adempiere correttamente alle sue funzioni istituzionali (non a caso, entrambe le decisioni ricordate risultano assai opinabili non soltanto per le motivazioni somministrate ma soprattutto per i principi di diritto affermati).

3.- Normalmente si ritiene¹³ che il decreto legislativo n. 40 del 2006 abbia inteso rilanciare la funzione nomofilattica della Cassazione, con la riscrittura dell'art. 363 c.p.c. e l'inserimento del comma 3 nell'art. 374 c.p.c.

La verità è che, sebbene il capo I del decreto fosse titolato «Modificazioni al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica» (mentre il capo II era dedicato all'istituto arbitrale), l'intervento – in realtà da tempo in gestazione: cfr. la bozza Brancaccio-Sgroi del 1988¹⁴ – si è tradotto nella riscrittura di molte disposizioni del giudizio di legittimità, tra cui la generalizzazione della decisione di merito (art. 384, comma 2, c.p.c.: quanto di più distante dalla nomofilachia), che la precedente legge n. 353 del 1990 aveva limitato al caso dell'accoglimento fondato sul motivo di cui al n. 3) dell'art. 360 c.p.c.; e soprattutto nell'introduzione dell'art. 366 *bis* c.p.c., il famigerato "quesito di diritto" che sarebbe poi stato frettolosamente abrogato dalla legge n. 69 del 2009, dopo aver mietuto tante vittime incolpevoli (anche dopo il 2009, grazie a un irragionevole regime transitorio). Si è dunque trattato di un intervento *omnibus*, così com'era quello auspicato dai vertici della Corte nel 1988, all'interno del quale c'erano *anche* previsioni che avevano l'obiettivo di rilanciare la funzione nomofilattica della cassazione, frammiste con molte altre del tutto indipendenti da quella funzione. L'esperienza successiva avrebbe dimostrato che il principale interesse dei vertici della Cassazione era quello di introdurre un "filtro a quesiti", mostrando che il suo obiettivo prioritario era non quello di decidere *meglio*, bensì quello di decidere *meno*, falcidiando i ricorsi vertenti su questioni di minor interesse. O, se si preferisce, per decidere *meglio* sarebbe stato indispensabile decidere *meno*, introducendo un sistema di selezione interna dei ricorsi. Si tratta di una stagione non conclusa, perché lo strumento del quesito, che peraltro non era nato per selezionare i ricorsi, è stato sostituito da molti altri: dal 360 *bis* c.p.c., che ben poco funziona, ai vari dispositivi inibitori di origine pretoria, cui la corte fa sempre più largo ricorso; al punto che alla inammissibilità nel giudizio di cassazione vengono ora dedicati ampi studi monografici¹⁵ a dimostrazione della centralità di tale istituto nell'attuale esperienza della Cassazione. Il che, allo studioso del processo, non sembra affatto normale.

Quindi, lo "spirito" del decreto legislativo n. 40/2006 può correttamente tradursi nei seguenti termini: per poter esercitare al meglio la sua funzione nomofilattica, la corte deve liberarsi di buona parte del suo contenzioso. Di qui le prime avvisaglie della distinzione tra contenzioso "minuto", da avviare alla camera di consiglio e da poter decidere

di illustrare il pensiero individuale di chi li redige, bensì di esprimere l'orientamento dei tribunali e delle corti cui sono intestati e di concorrere al formarsi della giurisprudenza nel suo insieme».

¹¹ Così la sentenza della sezione III, 28 febbraio 2019, n. 5823. Peraltro, all'epoca la *Cour* ancora non esisteva, esistendo il *Tribunal*.

¹² Così la sentenza delle sezioni unite, 21 febbraio 2022, n. 5633.

¹³ G. Miccolis, *La funzione nomofilattica della Cassazione (a margine del "Progetto esecuzioni")*, in www.judicium.it dal 29 ottobre 2020.

¹⁴ In *Documenti Giustizia*, 1988, 7/8, 87 ss., accolta tiepidamente dal CSM (cfr. la *Risoluzione* in *Foro it.*, 1990, V, 263 ss.).

¹⁵ D. Castagno, *L'inammissibilità nel giudizio di cassazione*, Napoli, 2022.



con ordinanza, e contenzioso “nomofilattico”, da avviare all’udienza pubblica per essere deciso con sentenza¹⁶. Frammiste, altre modifiche sono testimonianza dell’onnivora capacità della Corte di attrarre competenze, combinando funzioni di legittimità e funzioni di merito: paradossalmente, più l’istituzione è in crisi di accumulo, più sembra alla ricerca di sempre nuovi compiti.

4.- In questo non facile contesto la terza sezione civile, dal 2018, ha avviato un “progetto esecuzioni” che ha dato ampi frutti, sotto i profili sia quantitativo che qualitativo. Talune sentenze sono risultate convincenti, altre meno, altre ancor meno; ma non intendiamo valutare qui nel dettaglio – non ne avremmo il tempo – le singole soluzioni che la sezione ha dichiaratamente etichettato come “nomofilattiche”¹⁷. Intendiamo soltanto rilevare l’estrema difficoltà del compito che la sezione si è caricato sulle spalle: a parte il fatto che la stessa sezione terza adotta continue decisioni di *jus litigatoris* estranee al progetto, talora in conflitto con esso¹⁸, è da rilevare che la materia delle esecuzioni civili viene talvolta trattata anche dalla seconda sezione, dalla sezione lavoro (che è sempre stata una sorta di enclave nell’esperienza della Corte) e dalle sezioni unite. Non a caso, proprio muovendo dal circuito sezione lavoro – sezioni unite si è di recente verificato un grave incidente a proposito dei criteri di interpretazione del titolo esecutivo, nel quale le sezioni unite, grazie a un relatore-estensore estraneo alla terza sezione, hanno finito per affermare principi in frontale contrasto col consolidato orientamento della sezione “tabellarmente” competente in materia (e pure presente con propri esponenti in quel collegio di sezioni unite)¹⁹. Ciò dimostra che il problema della nomofilachia non si risolve all’interno di una sezione e non si risolverebbe neppure all’interno delle stesse sezioni unite, ove non si sia particolarmente accorti nella scelta del singolo relatore-estensore, che deve essere in grado di garantire razionalità e continuità di orientamenti senza quelle «arbitrarie fratture» di cui parlava Luigi Montesano.

Il caso non può non ricordare molto da vicino quel che accadde dopo la dirompente sentenza delle sezioni unite 2 luglio 2012, n. 11067²⁰ sulla c.d. eterointegrazione del titolo esecutivo: tutta la giurisprudenza successiva della Corte²¹, pur formalmente dichiarando di voler assicurare continuità col nuovo indirizzo, ha variamente tentato di correggerne gli eccessi; ma, a distanza di dieci anni, la sentenza, le cui gravi implicazioni non vennero all’epoca attentamente valutate, continua a ispirare molte decisioni di merito.

5.- Quando si ragiona di nomofilachia, si tende a dare per scontato che si tratti di «una funzione esercitata naturalmente e logicamente dal vertice giudiziario, ossia dal giudice destinato a pronunciarsi per ultimo sull’esito del giudizio»²². Questa affermazione apparentemente neutra nasconde però almeno due importanti proposizioni: a) che la cassazione si pronunci in veste di giudice, ancorché di ultima istanza, ossia che affermi il principio di diritto allorché «decide il ricorso proposto a norma dell’art. 360, comma 1, n. 3)» ovvero quando, decidendo anche su altri motivi di ricorso, «risolve una questione di diritto di particolare importanza» (art. 384, comma 1, c.p.c.); b) che la cassazione giunga a

¹⁶ N. Irti, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Contratto e Impresa*, 2017, 11 ss.

¹⁷ Possiamo però rinviare, per l’esame del caso particolarissimo costituito dalla sentenza della sez. III, n. 26285/2019, al nostro *Le opposizioni all’esecuzione e le c.d. preclusioni sospensive (a proposito di Cass., sez. III, n. 26285/2019)*, in *Il Processo*, 2021, 421 ss.; più in generale, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, ivi, 2020, 420 ss.

¹⁸ V., ad es., la sorprendente Cass., (ord.) VI/III Sez., 17 gennaio 2018, n. 1058, immediatamente corretta dalla stessa Cass., III Sez., (sent.) 30 settembre 2019, n. 24224, a proposito del termine per l’iscrizione a ruolo delle opposizioni, che la prima decisione considerava chissà perché ridotto *ex lege* a cinque giorni (ciò avrebbe consentito ampi smaltimenti di contenzioso).

¹⁹ Parliamo ancora della SS.UU. n. 5633 in data 21 febbraio 2022, che abbiamo commentato con una nota dal titolo *Le sezioni unite nel labirinto del titolo esecutivo*, in www.labirintodeldiritto.it.

²⁰ In *Corr. Giur.*, 2012, 1166 ss., con nostra nota *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*

²¹ A partire da Cass., 17 gennaio 2013, n. 1027, in *Riv. esec. forz.*, 2013, 137, con nota di R. Vaccarella, *Eterointegrazione del titolo esecutivo e ragionevole durata del processo*.

²² Così con chiarezza G. Miccolis, *op. loc. cit.*



pronunciarsi dopo che si siano pronunciati, sulla medesima questione di diritto, i giudici di merito, che potrebbero aver generato orientamenti contrastanti che appunto dovrebbero essere ridotti a unità dall'intervento della Corte.

D'altra parte, è stato opportunamente ricordato che la nomofilachia nasce come strumento di sanzione contro la ribellione del giudice alla legge²³, con uno sguardo rivolto soltanto al passato.

Posto che l'interpretazione della legge è compito di qualsiasi giudice, e non compito esclusivo della Cassazione, gli orientamenti rispetto ai quali può esercitarsi la nomofilachia muovono sempre dai piani inferiori; il giudice di ultima istanza dovrebbe svolgere il compito di verifica o addirittura di scelta tra gli orientamenti espressi dai giudici di merito, mentre dovrebbe presentarsi quale ipotesi eccezionale quella in cui la Cassazione *crea* un nuovo orientamento, fornendo un'interpretazione delle norme che sia totalmente sfuggita ai tanti giudici capillarmente diffusi nel territorio. Evento statisticamente poco frequente.

Vedremo subito che un orientamento di legittimità che nasce, specie a fronte di un testo di legge nuovo, direttamente all'interno della Corte per essere poi somministrato ai giudici di merito (e, in generale, agli operatori del diritto) sembra essere l'obiettivo della Cassazione attuale: sempre sotto l'ombrello della "nomofilachia".

6.- A distanza di qualche lustro, possiamo forse dire che il legislatore delegato del 2006 qualche errore lo ha commesso: se non nella scrittura delle nuove norme, quantomeno nella mancata previsione di come esse avrebbero potuto essere accolte nella giurisprudenza della Cassazione.

Del quesito di diritto abbiamo già detto; l'innovazione doveva servire a razionalizzare l'accesso alla Corte, ma si è subito trasformata in uno spietato regolatore di contenzioso. Era tuttavia noto che la Corte da anni chiedeva di regolare l'accesso al grado di legittimità²⁴, anche proprio coi quesiti di diritto²⁵; dunque, risultava immaginabile che qualsiasi innovazione prevista «a pena di inammissibilità» sarebbe stata utilizzata, quale che fosse la sua giustificazione, per regolare il flusso sempre crescente dei ricorsi. Il meno che possa dirsi è che il legislatore delegato ha commesso una grave ingenuità, il cui prezzo è stato pagato dai tanti ricorrenti che, con richieste fondate nel merito, si sono visti precludere l'accesso alla Corte per mere ragioni formali.

Identico discorso va fatto a proposito del ricorso nell'interesse della legge. La riesumazione del comma 1 dell'art. 363 c.p.c. avrebbe dovuto darsi carico del fatto che un processo senza contraddittorio ben raramente può condurre a decisioni accettabili dalla comunità dei giuristi. Come abbiamo già avuto modo di osservare²⁶, occorre pensare a interlocutori culturali, magari espressione delle professioni legali come dell'Accademia (che sarebbero ovviamente intervenuti *pro bono*). Un dialogo ristretto tra Procura Generale e Corte, proiettato verso un futuro che appartiene a tutti perché non guarda al passato e al caso particolare, è un qualcosa di davvero troppo povero per poter dare origine a precedenti cui i giudici di merito accettino di essere vincolati. Si tratta di un esercizio autoritario di un potere che, anche per questa ragione, seriamente rischia di cadere nel vuoto: posto che nessuno (che non sia il giudice di rinvio) è per legge vincolato alle decisioni della Corte. Le quali hanno il trattamento che hanno, nel nostro sistema, non perché nascono improvvisamente come fiori nel deserto a corredo dei testi di legge, bensì perché sono il frutto di un

²³ A. Nappi, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in www.giustiziainsieme.it dal 12 marzo 2021.

²⁴ V. anche soltanto A. Brancaccio, «Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione», in *Foro it.*, 1986, V, 461 ss.; G. Mirabelli, *Discorso di commiato del primo presidente della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1985, V, 222 ss.

²⁵ Così la stessa bozza Brancaccio-Sgroi, e sempre a pena di ammissibilità.

²⁶ *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia»*, cit.



giudizio improntato al rispetto della regola fondamentale del contraddittorio, che si è affinato ed “esaurito” nel naturale passaggio dei gradi.

Ma l'errore più grave è stato commesso a proposito del nuovo istituto del comma 3 dello stesso art. 363 c.p.c.; norma che all'evidenza è stata pensata in un momento in cui non ci si poteva ragionevolmente rappresentare l'imponenza del fenomeno delle inammissibilità. A tanto va aggiunto che la Corte ha subito rotto gli argini della previsione, secondo cui il principio di diritto può essere affermato «quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile», decidendo che la norma potesse essere richiamata anche in caso di estinzione del giudizio di cassazione per rinuncia²⁷, o in presenza di un singolo motivo di ricorso inammissibile, benché all'esito di una pronuncia di complessivo rigetto del ricorso²⁸, o ancora in caso di cassazione senza rinvio allorché la sostanziale inammissibilità del ricorso principale derivi da difetto di interesse sopravvenuto²⁹.

Lo sfondamento dei limiti che il legislatore delegato del 2006 aveva imposto alla possibilità di affermare principi di diritto nell'interesse della legge in caso di ricorso inammissibile³⁰, dimostra il desiderio della Corte di impegnarsi in affermazioni *generali e astratte*, in cui la nomofilachia è rivolta esclusivamente verso il futuro. In questa operazione, che ha molto di nomopoietico, la Corte non disdegna di lanciarsi verso affermazioni consequenziali, distaccandosi anche dal limite del contraddittorio processuale. Un esempio assai significativo di siffatta singolare produzione di precedenti è dato dalla Cass., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26285, che, dopo aver dichiarato il ricorso inammissibile per tardività, enuncia ben *otto* principi di diritto, che molto da vicino somigliano a una integrazione creativa delle norme del codice di procedura: *due* con riferimento al caso che avrebbe dovuto decidere, ben altri *sei* in conseguenza di una «riflessione ulteriore», che porta la sezione a disegnare un completo “sistema” dei rapporti tra il potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto e quello del giudice dell'esecuzione³¹. Problema che il codice di procedura non regola in alcun modo.

Ove si rifletta al fatto che la principale disfunzione che affligge, e non da ora, la Corte di cassazione è l'elevato numero dei ricorsi cui corrisponde l'elevato numero di decisioni, non può non destare sorpresa che il legislatore abbia predisposto, e la Corte abbia utilizzato ben oltre i limiti obiettivamente imposti, uno strumento che serve non a regolare contenziosi, ma unicamente ad affermare principi astratti valevoli per il futuro. Sempre che i giudici di merito vogliano adeguarvisi, cosa di cui nel caso della Cass. n. 26285/2019 sembra lecito dubitare (per un complesso di

²⁷ Cass., SS.UU., ord., 6 settembre 2010, n. 19051.

²⁸ Cass., 5 luglio 2017, n. 16601.

²⁹ Cass., SS.UU., 21 settembre 2021, n. 25478. Da notare che anche i commentatori, i quali avevano creduto di poter ampliare il rigoroso presupposto del comma 3 dell'art. 363 c.p.c., si erano arrestati ai casi (estinzione, improcedibilità etc.) in cui la Corte non avrebbe potuto definire il giudizio con una decisione di merito.

³⁰ Vi è da dire che non mancano decisioni della Corte che ben inquadrano il comma 3 dell'art. 363 c.p.c., quale potere del tutto eccezionale: cfr. Cass., Sez. I, 11 marzo 2019, n. 6977, secondo la quale «tale potere, espressione della funzione di nomofilachia, comporta, per vero, che — in relazione a questioni la cui particolare importanza sia desumibile non solo dal punto di vista normativo, ma anche da elementi di fatto — la Corte di cassazione possa eccezionalmente pronunciare una regola di giudizio che, sebbene non influente nella concreta vicenda processuale, serva tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili, proprio per la valenza generale che l'affermazione di diritto riveste ... Il presupposto essenziale — prima ancora di quello dell'impossibilità giuridica o di fatto per la Corte di pronunciarsi altrimenti sulla questione di particolare importanza, indicato dal comma 1 della norma con riferimento al ricorso proposto dal Procuratore Generale, o di quello dell'avvenuta declaratoria di inammissibilità del ricorso, postulata dal comma 3, con riferimento alla pronuncia di diritto che la Corte può effettuare «anche d'ufficio» — è costituito, dunque, dalla sussistenza di un «interesse della legge, quale interesse pubblico e trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per l'importanza di una sua formulazione espressa» (Cass., Sez. Un., 18 novembre 2016, n. 23469)».

³¹ È la decisione che abbiamo annotato criticamente in *La Suprema Corte impartisce, nell'interesse della legge, le istruzioni per l'uso di inibitorie e sospensioni nel processo di esecuzione forzata*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, 1205 ss.



ragioni che abbiamo esposto annotando il provvedimento, che del resto non ci sembra abbia raccolto il plauso di altri commentatori).

7.- La tendenza che prende piede all'interno della Corte, testimoniata dagli scritti teorici di molti suoi esponenti, è quella di fare della Cassazione non più o non soltanto un giudice bensì un organo di «coordinazione tra funzione legislativa e funzione giudiziaria», interessato alla *formulazione* del diritto, grazie all'affermazione di principi (nell'interesse della legge), e assai meno alla sua *applicazione* in quei casi pratici che, per li rami degli uffici di merito, faticosamente ascendono verso il Palazzaccio. È in ciò la ricerca di una funzione «in purezza», avverso la quale inutilmente si batte la dottrina specialistica³², che vede tutti i limiti e soprattutto i rischi di una operazione destinata a snaturare ruolo e funzione della Corte.

La più recente manifestazione di questa tendenza è nell'istituto della rimessione o rinvio pregiudiziale, previsto dalla legge delega n. 206/2021. Ponendosi di fronte alla norma e non al caso, la Corte dovrebbe suggerire ai giudici di merito la corretta interpretazione di una questione di diritto nuova, che sia tale da poter interessare contenziosi ripetuti, o seriali.

Il cambio di passo con l'esperienza che conosciamo è evidente: mentre, sinora, i primi applicatori e interpreti del diritto nuovo erano i giudici di merito, che potevano sviluppare orientamenti sottoposti poi, nel normale passaggio dei gradi, al controllo di legittimità (nomofilachia che potremmo definire *retrospettiva*, perché rivolta al passato sia pure con possibile proiezione futura quale “precedente”); ora si vuole che il primo interprete del diritto, in astratto, sia la Cassazione, al cui *dictum* dovrebbero adeguarsi – ma si tratta sempre di quel generico dovere di correttezza, di cui parlava Luigi Montesano³³ – i giudici di merito. È un nuovo concetto di nomofilachia (potremmo definirla *anticipatoria*), che guarda al futuro avendo per oggetto la norma e non il caso.

Siamo ancora dinanzi a una schietta funzione giurisdizionale? Il dubbio³⁴ non è affatto peregrino, come non lo sarebbe in ogni altro caso in cui la Corte, pronunciando un principio di diritto, non *giudica*, ossia non risolve un caso.

La relazione alla legge delega richiama l'esperienza della Cassazione francese della *saisine pour avis*³⁵, ma qui emergono le differenze nello stile delle curie: la consultazione del sito della *Cour de cassation*³⁶ mostra che l'istituto viene utilizzato, tra settore penale e settore civile, in non più di una decina di casi all'anno. Gli *avis* sono tutti consultabili per esteso sul sito della Corte: si tratta di pareri esposti in poche scarse proposizioni, che spesso peraltro dichiarano la richiesta *irrecevabile* per difetto delle rigorose condizioni di legge (*les questions posées ne conditionnent pas la solution du litige*), e in ogni caso si limitano a trattare chirurgicamente la questione di diritto sollevata dopo cenni più che sintetici sull'oggetto del giudizio in cui la questione “pregiudiziale” è sorta. A stampa, gli *avis* non prendono mai più di tre cartelle. Ci chiediamo

³² B. Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss.; L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012; A. Panzarola, *Il processo civile tra regole e principi*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, 257 ss.

³³ Non condividiamo la preoccupazione espressa da M. Fabiani, *op. cit.*, spec. 201 ss., su un supposto vincolo preclusivo, rilevante in ogni successivo giudizio, connesso al “parere” pregiudiziale della Corte.

³⁴ G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in www.giustiziansieme.it dal 5 luglio 2021.

³⁵ C. Silvestri, *La saisine pour avis della Cour de Cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 495 ss.

³⁶ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/avis/15/presentation_saisine_avis_8018/saisine_avis_quelques_mots..._36051.html



quale uso la nostra Corte potrebbe fare di un simile strumento, che non potrebbe non esaltare il narcisismo edonistico di qualche dotto estensore.

8.- Ove dovessimo indicare – oggi – quali siano le funzioni e i compiti della Suprema Corte, ci vedremmo costretti ad articolare un elenco di attività, a volte in problematico rapporto tra loro.

C'è l'opera di *smaltimento* del contenzioso – la fabbrica³⁷ delle decisioni – realizzata principalmente dalla sezione sesta e dalle udienze camerali, in cui la Corte lavora da giudice di terzo grado, sebbene si assista talvolta anche in questi contesti a motivazioni che sembrano aspirare al ruolo di precedenti.

C'è l'opera di *respingimento* del contenzioso, in cui la Corte lavora da regolatore del flusso dei ricorsi; prevale qui una funzione sanzionatoria (anche il pagamento del doppio del contributo unificato, pena che la classe forense ha accettato supinamente senza neppure interrogarsi sul suo fondamento) che traspare anche nelle motivazioni: spesso i relatori-estensori non nascondono il loro senso di fastidio nei confronti di un contenzioso minuto o mal impostato, e giungono a denunciare gli errori nella difesa sottolineando ciò che il ricorrente ha fatto, e non avrebbe dovuto fare, o ciò che non ha fatto, e che avrebbe invece dovuto fare. È impossibile non vedere in questi stralci di motivazione, a volte assai aspri quanto inessenziali ai fini del decidere, una denuncia dell'opera del difensore, che resta esposto nei confronti del cliente. Ma anche la frustrazione di chi, dall'impegno in Cassazione, si sarebbe aspettato qualcosa di meno sfiancante, oltre che di più selezionato e qualificato.

C'è la funzione giurisdizionale *sostitutiva*, di decisione nel merito dei ricorsi: che tuttavia, stando ai repertori, sembra piuttosto recessiva. È la funzione più lontana dalle attuali ambizioni del giudice di legittimità, sebbene vada ricordato che la decisione di merito sostitutiva nasce come proposta interna della Corte: ve n'è traccia nella bozza Brancaccio-Sgroi, qui giustificata con l'esigenza di limitare la durata dei giudizi civili (si era allora sotto l'incudine della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'Uomo), sia pure limitatamente al caso del motivo fondato sul n. 3) dell'art. 360 c.p.c., e che poi il decreto legislativo n. 40/2006 ha generalizzato. Tale forma di decisione si porta dietro un corredo di impugnazioni *ad hoc*, che non possono non aggravare i ruoli già esausti del Palazzaccio.

C'è la funzione *nomofilattica*, che è forse allo stato la più difficile da inquadrare. Premesso che il suo limite è la non vincolatività per i giudici di merito, non è chiaro se essa debba essere propria delle sole sezioni unite, o possa essere esercitata dalle sezioni semplici per le materie di competenza tabellare. Ove dovessimo operare una classificazione interna alla Corte³⁸, dovremmo dire che al vertice vanno collocate le sezioni unite, al livello intermedio la sezione semplice quando pronuncia sentenza all'esito di pubblica udienza, al livello più basso la stessa sezione semplice quando pronuncia ordinanza all'esito della camera di consiglio. Eppure, allo stato, un precedente "nomofilattico" potrebbe essere espresso da qualsiasi formazione, anche perché, nonostante le raccomandazioni di vari primi presidenti sulla tecnica di redazione dei provvedimenti della Corte, la stesura delle ordinanze non è sempre sintetica (ancora una volta si pone il tema del controllo del singolo estensore). Il "progetto esecuzioni" della sezione terza dimostra non soltanto che la sezione semplice è in grado di sostenere un intero programma di decisioni nomofilattiche, ma che all'interno della medesima sezione è possibile distinguere le decisioni nomofilattiche da quelle che tale caratteristica non hanno. Ma l'incidente della sentenza delle sezioni unite n. 5633/2022, di cui abbiamo già riferito, dimostra che un orientamento consolidato della sezione semplice – nella specie, proprio la terza – non

³⁷ B. Sassani, *op. loc. cit.*

³⁸ Anche ragionando sulla lettera delle varie norme implicate, tra questione "di diritto di particolare rilevanza", questione "di massima di particolare importanza", questione "di particolare importanza": v. per questo esercizio linguistico G. Miccolis, *op. loc. cit.*



impedisce alle sezioni unite di ribaltarlo, senza neppure spiegare, pur all'interno di una motivazione non sintetica, le ragioni del *revirement*.

La nomofilachia di tipo tradizionale, che vuole come primi interpreti delle norme positive i giudici di merito le cui decisioni sono appunto soggette ad annullamento per mano della Corte, è di tipo retrospettivo e presuppone che la Cassazione eserciti una piena funzione giurisdizionale: la Corte decide il ricorso e, definendo il grado di legittimità, afferma il principio di diritto cui deve uniformarsi il giudice di rinvio (nel caso del n. 5 non si afferma un vero e proprio *principio di diritto* ma il vincolo è «comunque a quanto statuito dalla Corte»: art. 384, comma 2, c.p.c.) ovvero afferma o conferma il principio che giustifica il rigetto del ricorso. Accanto a questo tipo tradizionale di nomofilachia sta prendendo sempre più corpo una versione che abbiamo definito anticipatoria, e che si rivolge non verso il passato bensì verso il futuro: qui la Corte non decide ricorsi e non affronta casi, o perché non vi sono ricorsi da decidere (è il caso della richiesta avanzata dal P.G. nell'interesse della legge) o perché il ricorso proposto presenta un vizio di inammissibilità che ne esclude la decidibilità (è il caso della pronuncia nell'interesse della legge di cui al comma 3 dell'art. 363 c.p.c.) o perché la Corte viene interrogata in via pregiudiziale, in presenza di una norma nuova suscettibile di applicazione in un rilevante numero di casi (si tratta dei contenziosi seriali). In tutte queste applicazioni alternative a quella tradizionale, ci sembra evidente che il ruolo della Corte diventi più autoritario e isolato, quanto più è distaccato dal contraddittorio che ha luogo nel processo. Ed è preoccupante che tale funzione alternativa, in cui una Corte Tesmoteta si pronuncia per prima al di fuori di qualsiasi contraddittorio senza regolare un caso ma guardando soltanto al futuro, sia quella attualmente preferita e perseguita da molti esponenti della Cassazione, che sembrano non interrogarsi sui mutamenti di ruolo che saranno inevitabili per una Corte mai come oggi alla disordinata ricerca di una sua precisa identità.