



GIUSEPPE MICCOLIS

## La funzione nomofilattica della Cassazione

(A MARGINE DEL “PROGETTO ESECUZIONI”)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La nomofilachia mediante le “sentenze trattato” e i “progetti”. - 3. L’esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte di cassazione. L’art. 363 c.p.c. – 4. La funzione nomofilattica tra «questione di particolare importanza», «questione di massima di particolare importanza» e «particolare rilevanza della questione di diritto». – 5. Conclusioni.

1. *Premessa.* - La nomofilachia o la funzione nomofilattica della Corte di cassazione è un tema antico, che ebbe un grande impulso da Calamandrei, ma, al contempo, di grande attualità, soprattutto dopo la riforma del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), che ha modificato l’art. 363 c.p.c. Prova ne è il dibattito scaturito in dottrina a seguito di alcune recenti pronunce della Cassazione esclusivamente in funzione nomofilattica ai sensi vuoi del 1° e 2° comma, vuoi del 3° comma dell’art. 363 c.p.c. nonché in relazione al “Progetto esecuzioni” della III Sezione<sup>1</sup>.

All’indomani dell’unità d’Italia, in un ordinamento che sino al 1923 contava ben cinque Corti delocalizzate, l’art. 122 del r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626 prevedeva che «*La corte di cassazione è istituita per mantenere l’esatta osservanza delle leggi*»; con la unificazione delle Corti, la nuova legge sull’Ordinamento giudiziario, ossia il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2786, all’art. 61 riproduceva integralmente il testo del precedente art. 122, con l’aggiunta che «*ed è unica per tutto il regno, con sede in Roma*».

Il riconoscimento giuridico della funzione nomofilattica della Cassazione arriva, sotto la spinta di Calamandrei, con l’art. 65, 1° comma, T.U. sull’Ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, tutt’ora in vigore, in virtù del quale «*la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza della legge e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale*»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss. e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 3 giugno 2019; CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, ivi, 6 aprile 2020; ID., *La suprema corte impartisce, nell’interesse della legge, le istruzioni per l’uso di inibitorie e sospensioni nell’esecuzione forzata*, in *questa Riv.*, 2019, 1235 ss., in nota a Cass., 17 ottobre 2019, n. 26285; ID., *Postilla*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 5 novembre 2019; ID., *Per le Sezioni Unite la sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo, pronunciata dal giudice dell’opposizione a precetto, è reclamabile ...perché così pensano le Sezioni Unite*, ivi, 26 luglio 2019; AULETTA, *Sulla dubbia «opportunità» e i limiti certi della pronuncia d’ufficio ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. («ovvero quali siano le conseguenze della mancata apposizione della formula esecutiva sul titolo notificato al debitore»)*, ivi, 8 luglio 2019; ID., *A più voci sui principi di diritto pronunciati d’ufficio in tema di spedizione in forma esecutiva e interesse all’opposizione*, in *questa Riv.*, 2019, 397 ss.; SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, in *Foro it.*, 2019, V, 415 ss.

<sup>2</sup> V. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 911 ss.



L'art. 65, 1° comma, indica le due anime della funzione della Corte di cassazione: quella di assicurare, per il passato, l'esatta osservanza delle leggi sì da evitare che l'ordinamento e le parti subiscano, da parte dei giudici di merito, decisioni *contra legem* e, per il futuro, una guida interpretativa unitaria offerta non solo ai giudici, ma anche a tutti gli altri operatori del diritto.

Pertanto, la Corte di cassazione, nel momento in cui, in qualità di giudice di terza istanza, decide la controversia sul presupposto di una determinata interpretazione della norma giuridica, semmai manifestandola mediante il principio di diritto, svolge la doppia funzione: quella attinente allo *ius litigatoris*, diretta a valutare, nel caso concreto, la corretta applicazione e interpretazione della norma di legge da parte del giudice di merito, ossia diretta a pronunciare l'ultima parola su chi ha torto e chi ha ragione nel caso sottoposto alla sua attenzione; quella attinente allo *ius constitutionis*, ossia alla nomofilachia<sup>3</sup>.

La nomofilachia è una funzione esercitata naturalmente e logicamente dal vertice giudiziario, ossia dal giudice destinato a pronunciarsi per ultimo, sempre che questo non eserciti, con le sue decisioni, la funzione di *lawmaker* (come avviene negli ordinamenti di *common law*, i cui giudici sono tenuti alla regola dello "*stare decisis et non quieta movere*"). Vieppiù quando l'«organo supremo della giustizia» è giudice di legittimità, che valuta soltanto la corretta applicazione della legge ed enuncia il "principio di diritto"<sup>4</sup>.

Stante l'art. 101, 2° comma, Cost., in virtù del quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge, l'"assoggettamento" di questi alla interpretazione dettata dalla nostra Corte suprema in funzione nomofilattica è, fatto salvo quanto previsto dall'art. 384, 2° comma, c.p.c. per il giudice di rinvio, una sorta di "imposizione psicologica", conseguente alla consapevolezza dei giudici medesimi che solo uniformandosi all'orientamento consolidato, soprattutto se espresso dalle sezioni unite, la loro decisione sarà confermata sino alla fine; e ciò soprattutto nel nostro ordinamento in cui tutte le sentenze sono sempre ricorribili in Cassazione in virtù dell'art. 111, 7° comma, Cost.

Se volessimo spiegare la funzione nomofilattica ai non addetti ai lavori potremmo semplificare il tutto definendo l'organo giudiziario che, nell'interpretare la norma giuridica, esercita tale funzione, *influencer*, mentre i giudici che seguono l'interpretazione nomofilattica, *followers*.

La funzione nomofilattica esercitata dalla Corte suprema mira a favorire la prevedibilità o la predittività<sup>5</sup> della

<sup>3</sup> V. SCARSELLI, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 30 marzo 2017. Sulla prevalenza dell'una o dell'altra funzione della Cassazione v. SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, cit.

<sup>4</sup> SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, op. cit. V. anche SCARSELLI, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, op. cit., che, appunto, critica la dicotomia tra le due funzioni.

<sup>5</sup> Chi studia la giustizia predittiva non esclude che in un futuro poi non così lontano, una volta acclarati i fatti e determinata la fattispecie concreta, la decisione potrà essere affidata, con un semplice "clic", ad un giudice artificiale. G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 646 ss.; DALFINO, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 385 ss.



decisione. Il che dovrebbe costituire un deterrente dall'intraprendere la via giudiziaria o dall'impugnare la sentenza di primo grado per la parte destinata a soccombere in virtù dell'interpretazione nomofilattica, sempre che questa non ritenga di avere argomenti solidi per convincere la Corte suprema a mutare l'orientamento.

La "funzione nomofilattica" è esercitata anche dalla Corte costituzionale con le decisioni interpretative di rigetto, mentre con quelle interpretative di accoglimento la Corte esercita la funzione di *lawmaker*. L'"imposizione psicologica" della interpretazione offerta dalla Corte costituzionale con la decisione interpretativa di rigetto, al di là dell'autorevolezza dell'organo costituzionale composto da soli quindici giudici, passa per una strada più tortuosa, in quanto il mancato adeguamento del giudice di merito potrebbe imporre un secondo intervento della Corte costituzionale, che, continuando a sopravvivere l'interpretazione ritenuta incostituzionale, potrebbe chiudere la "partita" con una decisione di accoglimento. Anche in questo caso sussiste l'abbinamento in precedenza indicato, giacché la decisione interpretativa di rigetto, pur non avendo efficacia *erga omnes*, ha efficacia esclusivamente nella controversia che ha determinato la rimessione<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda la Corte di cassazione, sino alla riforma del 2006 le due funzioni sono rimaste strettamente collegate tra loro e sullo stesso piano, anche perché la funzione nomofilattica restava una conseguenza naturale delle decisioni della Corte suprema, senza alcun riconoscimento da parte della disciplina positiva. Le uniche tracce della funzione nomofilattica erano contenute, oltre che, come detto, nell'art. 65 del r.d. sull'Ordinamento giudiziario, nell'art. 363 c.p.c., norma pressoché inutilizzata, e nell'art. 374, 2° comma, c.p.c. nella parte in cui prevedeva (e prevede tutt'ora) l'intervento delle sezioni unite in caso di contrasto tra le sezioni semplici.

Del resto, lo stretto collegamento tra le due funzioni fa sì che lo studio del "precedente" da cui ricavare l'interpretazione nomofilattica<sup>7</sup>, non può fermarsi alla "massima" o al "principio di diritto", ma deve necessariamente entrare nella "causa" decisa dalla Corte, perché anche il semplice "contegno delle parti" può avere influenzato la decisione del giudice di merito e, conseguentemente, quella della Corte di legittimità<sup>8</sup>.

Dopo la riforma del 2006, anche a seguito del riconoscimento giuridico determinato dalla riscrittura dell'art. 363 c.p.c., con l'inserimento dell'inedito 3° comma, e dall'inserimento del nuovo 3° comma dell'art. 374 c.p.c.,

<sup>6</sup> Il giudice *a quo*, secondo alcuni, ha un vincolo meramente negativo, nel senso che è tenuto soltanto a non applicare l'interpretazione esclusa dalla Corte, mentre secondo i più ha un vincolo positivo, nel senso che è obbligato ad applicare l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale.

<sup>7</sup> Cfr., con riferimento al valore del "precedente", v., per tutti, TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim.*, 1994, 411 ss.; ID., *Precedente e giurisprudenza*, *ibidem*, 2007, 709 ss.; CONSOLO, *Il valore del precedente tra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 25 ss. e PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018. V. anche CANZIO, *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *Foro it.* 2018, V, 66 ss.

<sup>8</sup> V. SASSANI, *Legittimità, "nomofilachia" e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *www.judicium.it*, 10 aprile 2013.



la Cassazione ha iniziato a “prendere coscienza” della propria funzione nomofilattica e ha avviato un percorso diretto a rendere tale funzione autonoma rispetto al c.d. *jus litigatoris*, relegando, semmai, quest’ultimo a mero strumento della prima<sup>9</sup>. A tracciare questo percorso vi è anche la tendenza della Corte ad invadere, con le interpretazioni costituzionalmente orientate, proprio con particolare riferimento alle norme processuali<sup>10</sup>, per cui è anche giudice del fatto<sup>11</sup>, il campo di azione della Corte costituzionale<sup>12</sup>.

Nel contesto delineato si collocano, oltre, come si vedrà, all’applicazione dell’art. 363 c.p.c., le “sentenze trattato”, i “progetti”, le relazioni dell’Ufficio del Massimario (soprattutto in questo periodo di legislazione d’emergenza epidemiologica).

2. *La nomofilachia mediante le “sentenze trattato” e i “progetti”*. - Nell’ambito della funzione nomofilattica si inseriscono due iniziative della Cassazione. Le c.d. “sentenze trattato” delle sezioni unite e i “progetti”, primo fra tutti il “Progetto esecuzioni” della III Sezione civile, seguito dal “Progetto sanità” sempre della III sezione civile<sup>13</sup>.

La “sentenza trattato”, più che essere espressione della funzione nomofilattica, ne evidenzia una certa degenerazione. Essa finisce per costituire un “macigno” dottrinario che si abbatte astrattamente sul sistema. La nomofilachia dovrebbe avere la funzione proprio di contemperare i principi contenuti nei “macigni dottrinari”, con il diritto vivente in una società in continua evoluzione<sup>14</sup>. Di qui il collegamento diretto con il caso concreto, anche se proveniente da un ricorso promosso dal procuratore generale ai sensi dell’art. 363, 1° comma, c.p.c. Esattamente come opera il precedente giurisprudenziale nei sistemi di *common law*. Infatti, in questi ordinamenti, se i giudici, vincolati allo *stare decisis*, impiegassero il “macigno” della sentenza trattato, il diritto positivo rischierebbe di restare immutato per cento anni, nonostante l’evoluzione della società civile. Ecco perché il “caso”, con le sue particolarità e sfumature, deve sempre essere al centro della decisione, ancorché strategica in

<sup>9</sup> SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, cit., 43 ss.; CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, cit., 3 ss. Sulla “valenza” della funzione nomofilattica esercitata dalla Corte autonomamente, senza lo *jus litigatoris* v. AULETTA, *Sulla dubbia «opportunità» e i limiti certi della pronuncia d’ufficio ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. («ovvero quali siano le conseguenze della mancata apposizione della formula esecutiva sul titolo notificato al debitore»)*, cit., 2 s. In senso diametralmente opposto SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, cit., espressamente in risposta allo scritto di Sassani.

<sup>10</sup> G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 1443 ss. e anche in *Studi in Memoria di Crisanto Mandrioli* ove si legge che «Si è soliti distinguere la giurisprudenza sulle questioni processuali, rispetto alle quali prevale l’esigenza della certezza, da quella sulle questioni sostanziali, che implica un continuo adeguamento alla realtà sociale ed economica: mentre sul piano sostanziale è fisiologica e doverosa l’evoluzione giurisprudenziale e l’adeguamento ai valori sociali ed economici, sul piano processuale i valori prevalenti consistono della certezza e della uniformità della interpretazione»;

<sup>11</sup> V. CARRATTA, *Il giudice e l’interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim.*, 2020, 100 ss., spec §§ 11 ss.

<sup>12</sup> Cfr. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, cit., 3 ss.

<sup>13</sup> V. AA. VV., *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di R. Pardolesi, in *Il Foro Italiano*, 2020.

<sup>14</sup> CONSOLO, *Il valore del precedente tra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, cit., 25 ss.



funzione nomofilattica o con valore di norma giuridica. Certo non si può scadere nell'eccesso contrario in cui per la fretta di decidere uno dei 34.000 ricorsi annui, la sentenza, semmai delle sezioni unite, destinata, nella funzione nomofilattica, a durare nel tempo ben al di là della soluzione del caso concreto, venga liquidata "in quattro e quattro otto".

I "progetti" e, in particolare, il "Progetto esecuzioni" della III Sezione civile<sup>15</sup>, appaiono molto più consoni, da un lato, alla funzione nomofilattica e dall'altro, tutto sommato, a quella tipica del giudice dell'impugnazione: risolvere il caso concreto con una "giusta decisione"<sup>16</sup>. Il processo esecutivo ha pari dignità del processo di cognizione e il "Progetto esecuzioni" ha il pregio di riconoscergli tale dignità. Tanto è vero che l'esecuzione forzata, dormiente per tanti anni, si è all'improvviso risvegliata con una frenesia di riforme che non ha avuto eguali in altri campi, costringendo gli operatori ad inseguire costantemente le nuove norme e, conseguentemente, le nuove interpretazioni.

Il "Progetto esecuzioni" ha il pregio, da un lato, di organizzare il lavoro dei giudici della Sezione, dall'altro di sensibilizzare e focalizzare l'attenzione della giurisprudenza, anche di merito, e della dottrina alle questioni di un settore, quello dell'esecuzione forzata, denso di problematiche la cui soluzione implica importanti e complesse questioni non soltanto giuridiche (come, ad esempio, per quella relativa alla reclamabilità del provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo pronunciato dal giudice dell'opposizione ai sensi dell'art. 615, 1° comma, c.p.c.<sup>17</sup>), ma anche tecniche e operative che hanno forse ancor più delle prime bisogno di linee guida certe, consolidate e univoche in tutti i tribunali (come, ad esempio, per quella relativa all'individuazione del soggetto sul quale devono gravare i costi della vendita forzata, ossia se sull'aggiudicatario o sulla procedura esecutiva e quindi sui creditori/debitore).

3. *L'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte di cassazione. L'art. 363 c.p.c. - L'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte suprema è insito nella decisione da questa assunta. Sennonché, la funzione nomofilattica esercitata dalla Corte suprema può essere garantita da un'impugnazione straordinaria, all'interno di un "tempio" composto da venti "sacerdoti" che indicano la via "spirituale", non già, come nel nostro caso, da un'impugnazione ordinaria costituzionalmente garantita per tutte le sentenze, nella forma e nella sostanza, all'interno di una "fabbrica" con circa 170 addetti alla "catena di montaggio" che sfornano circa 33/34.000*

<sup>15</sup> Su cui v. SPIRITO, *Il "Progetto esecuzioni" della Terza Sezione civile della Corte di cassazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 1 ss.

<sup>16</sup> SPIRITO, *Il "Progetto esecuzioni"*, cit., 2, che attribuisce al "Progetto" l'obiettivo di una «nomofilachia "viva"». V., anche, SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, cit., 415 ss.

<sup>17</sup> Risolta, appunto, da Cass. s.u. 23 luglio 2019, n 19889, su istanza promossa dal Procuratore generale presso la Cassazione ai sensi dell'art. 363, 1° comma, c.p.c. V. CAPPONI, CIRULLI, FARINA, MONTELEONE, SCIRPO, FABIANI, GUARNIERI, *A più voci sulla reclamabilità del provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo pronunciato da giudice dell'opposizione a precetto*, in *questa Riv.*, 729 ss. (la sentenza) e 746 ss. i contributi.



provvedimenti all'anno (a fine 2019 i giudizi pendenti nel settore civile/tributario erano circa 117.000).

Il più grosso ostacolo all'esercizio della funzione nomofilattica della Cassazione è allocato proprio all'interno della Costituzione con l'art. 111, oggi 7° comma, a tutti noto. A ciò si aggiunge l'interpretazione offerta in passato dalla stessa Cassazione che, nella stagione in cui la crisi della giustizia civile non “mordeva” e il numero dei ruoli in Cassazione era evidentemente ancora tollerabile, ha aperto a larghe maglie il ricorso *ex art. 111 Cost.* anche per l'impugnazione di provvedimenti non targati “sentenza”, dilatando il concetto di natura decisoria e definitiva del provvedimento<sup>18</sup>.

I contrasti giurisprudenziali, connessi all'elevato numero di giudici chiamati a decidere e alla quantità di sentenze emesse ogni anno, rendono assai arduo per la Corte di cassazione assicurare e garantire «*l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale*»; il che traspare in ogni contesto e in ogni provvedimento o esternazione del Primo Presidente o anche del Procuratore generale, finanche quando la Corte di cassazione interloquisce efficacemente con il legislatore, con la partecipazione dei suoi magistrati nelle varie commissioni di riforma o negli uffici legislativi. Gli argomenti a supporto, che, però, evitano di “toccare” l'art. 111, 7° comma, Cost., sono, da un lato, il principio pure contenuto nell'art. 111 Cost. (dopo la modifica introdotta con la l. Cost. n. 2/1999), del «giusto processo regolato dalla legge», che «ne assicura la ragionevole durata», dall'altro, il “primato” della funzione nomofilattica, rispetto a quella di rendere giustizia nel caso concreto<sup>19</sup>; funzione, quest'ultima, che, pur se “subordinata” alla prima per chi giudica, costituisce l'unico interesse della parte soccombente che cerca rimedio o giustizia innanzi al giudice di terza istanza.

Dopo l'entrata in vigore della riforma del 2006 e l'introduzione dell'art. 366 *bis* c.p.c., la Cassazione avrebbe potuto sapientemente utilizzare lo strumento del “quesito di diritto” per smascherare e liquidare in “quattro e quattro otto” i ricorsi manifestamente “incomprensibili” ovvero fondati esclusivamente su censure di merito (una sorta di “superappello”). Invece la Corte ha utilizzato lo strumento del “quesito di diritto”, come rileva Capponi, più che per decidere *meglio*, per decidere *meno*<sup>20</sup>. Infatti, la Corte, con lo strumento della inammissibilità per vizio del “quesito di diritto”, ha maldestramente colto l'occasione per reagire alla invasione dei ricorsi.

Ma non è tutto. La Corte, oltre alla pronuncia di inammissibilità per vizio del quesito di diritto, talvolta

<sup>18</sup> SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, cit., Da ultimo Cass. s.u. 26 settembre 2019, n. 24069 che, in sede fallimentare, ha legittimato l'impugnazione *ex art. 111 Cost.* del decreto del tribunale emesso sul reclamo proposto avverso il decreto del g.d. di esecutorietà del piano di riparto, riconoscendone la natura decisoria e definitiva.

<sup>19</sup> V. il Decreto 14 settembre 2016 intitolato «*La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica*» con cui il Primo Presidente, all'indomani della modifica introdotta con il d.l. n. 168/2016, che ha inserito il 2° comma all'art. 375 c.p.c. ha precisato che per tutti i giudizi in cui non vi sia una evidente valenza nomofilattica «debbono essere adottate tecniche più snelle di redazione motivazionale». V. SCARSELLI, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, cit.

<sup>20</sup> CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, cit., 6.



vi aggiungeva la pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c., pure inserito, come detto, dalla riforma del 2006.

È noto a tutti quale sia stata la reazione del legislatore con la riforma del 2009 (l. n. 69) alle esagerazioni della Cassazione. Nonostante l'abrogazione dell'art. 366 *bis* c.p.c., la Corte non ha modificato di molto, almeno nell'immediato, il suo operare, in quanto ha solo modificato il presupposto dell'inammissibilità, mentre è rimasta immutata la propensione a dichiararla: il vizio del quesito di diritto è stato sostituito con il difetto di autosufficienza, di sinteticità, di specificità, ecc.

Anche la riforma del 2009 contiene una ulteriore valorizzazione della nomofilachia. Infatti, l'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., con il riferimento, ai fini della inammissibilità del ricorso, alla conformità della decisione impugnata «alla giurisprudenza della corte», introduce un ulteriore riconoscimento alla funzione nomofilattica della Cassazione<sup>21</sup>. Questa norma, pensata dal legislatore per lo “smaltimento” di un gran numero di ricorsi avverso granitiche interpretazioni della Corte<sup>22</sup>, ha avuto alterne vicende. Inizialmente, le sezioni unite hanno ritenuto che l'ipotesi disciplinata dall'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. rientrasse nella “manifesta infondatezza”<sup>23</sup>. Il che aveva determinato la sostanziale inapplicabilità dell'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., giacché a presidio dello “smaltimento” dei ricorsi manifestamente infondati vi è l'art. 375, 1° comma, n. 5 c.p.c., sempre per il tramite dell’”apposita sezione” (la VI) di cui all'art. 376, 1° comma, c.p.c. Più recentemente le sezioni unite hanno cambiato orientamento, ritenendo che l'ipotesi disciplinata dall'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. rientri, a pieno titolo, nella c.d. inammissibilità “meritale” distinta da quella formale<sup>24</sup>. Poiché ciò incide sulla “tenuta”, ai sensi dell'art. 334, 2° comma, c.p.c., della eventuale impugnazione incidentale tardiva non altrettanto censurabile, sorge il legittimo sospetto che su quest'ultima interpretazione, più consona alla finalità dello “smaltimento” totale della causa, ancorché con il sacrificio del controricorrente (e ricorrente incidentale), abbia inciso anche una valutazione di “opportunità”. Questo *revirement* ha reso operativa la norma. In tale contesto, trattandosi di inammissibilità,

<sup>21</sup> A differenza del n. 1, il n. 2 dell'art. 360 *bis* c.p.c. è norma alquanto incomprensibile, in quanto la disciplina avrebbe dovuto, al più, prevedere la inammissibilità per manifesta infondatezza della censura relativa alla nullità della sentenza o del procedimento (n. 4 dell'art. 360, 1° comma, c.p.c.). In realtà essa è frutto di un mancato adeguamento nel passaggio dalla disciplina dalla “ammissibilità” a quella della “inammissibilità”. Infatti, inizialmente, nelle prime bozze della riforma, l'art. 360 *bis* c.p.c. era stato pensato “in positivo”, ossia era stata prevista una disciplina dell’”ammissibilità”. L'art. 360 *bis* n. 3 del disegno di legge C. 1441-*bis*-B. disponeva che il ricorso è ammissibile «quando appare fondata la censura relativa a violazione dei principi regolatori del giusto processo». Successivamente il legislatore ha correttamente abbandonato l'idea di disciplinare direttamente l’”ammissibilità” del ricorso per cassazione. È evidente che la disposizione, letta al “positivo”, soprattutto in chiusura della norma, sarebbe stata pienamente comprensibile e anche razionale. Tanto è vero che la Corte, per rendere razionale la versione al negativo, nelle rarissime volte che ha applicato l'art. 360 *bis* n. 2 c.p.c., il riferimento alla «censura manifestamente infondata» è sempre relativa al n. 4 dell'art. 360 c.p.c., giacché difficilmente il ricorrente affida il motivo soltanto alla violazione «dei principi regolatori del giusto processo». V. Cass. 15 ottobre 2019, n. 26087. V. DAMIANI, *La Corte di cassazione e il culto dell'inammissibilità*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 741 ss., a cui si rimanda per ulteriori riferimenti.

<sup>22</sup> CAPPONI, *op.loc. ult. cit.*, 8.

<sup>23</sup> Cass. s.u. 6 settembre 2010, n. 19051.

<sup>24</sup> Cass. s.u. 21 marzo 2017, n. 7155.



anche in caso “smaltimento” del ricorso ai sensi dell’art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., la Corte potrebbe pronunciare il principio di diritto nell’interesse della legge ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. Ciò sembrerebbe un controsenso, giacché la Corte, da un lato dovrebbe dichiarare inammissibile il ricorso per conformità della decisione impugnata alla giurisprudenza della Corte medesima, dall’altro dovrebbe pronunciare il principio di diritto nell’interesse della legge, semmai per modificare l’interpretazione nomofilattica. Sennonché l’art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. pone quale ulteriore presupposto della inammissibilità l’insussistenza, nei motivi del ricorso, degli elementi per confermare<sup>25</sup> o mutare l’orientamento della Corte medesima. Tanto è vero che quest’ultima, dopo la pronuncia delle sezioni unite del 2017 sulla “inammissibilità meritale” dell’art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., ha ritenuto che, nel caso in cui la decisione impugnata sia conforma alla giurisprudenza della Corte, i motivi di ricorso devono essere più rigorosi del solito, nel senso che questi devono anche dare conto della giurisprudenza della Corte conforme alla sentenza impugnata e offrire, a pena di inammissibilità per difetto di specificità in violazione dell’art. 366 n. 4 c.p.c., gli elementi per mutare l’orientamento della stessa<sup>26</sup>. Questa pronuncia costituisce il collante tra l’art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. e l’applicazione dell’art. 363, terzo comma, c.p.c., per il tramite della inammissibilità anche ai sensi dell’art. 366 n. 4 c.p.c.: (i) decisione conforme alla giurisprudenza della Corte, (ii) motivi del ricorso dai quali non emergono elementi per mutare l’orientamento, (iii) questione di particolare rilevanza, (iv) esigenza riscontrata dalla Corte di mutare l’orientamento, (iv) principio di diritto pronunciato nell’interesse della legge ai sensi dell’art. 363, terzo comma, c.p.c.

Come detto, l’art. 363 c.p.c., soprattutto dopo la riforma del 2006, consente alla Corte di slegare le due funzioni rendendo autonomo l’esercizio della funzione nomofilattica dall’esercizio della funzione attinente allo *jus litigatoris*. In virtù del 3° comma la Corte, pur liquidando sul rilievo formale dell’inammissibilità<sup>27</sup> la vicenda processuale tra le parti, non rinuncia ad esercitare la funzione “primaria” qualora ravvisi l’interesse o, secondo la lettera della norma, la «particolare importanza» della «questione decisa» che, ovviamente, riguarda, non già la ammissibilità/inammissibilità del ricorso, bensì l’oggetto del contendere sottoposto dal ricorrente al giudice di legittimità.

<sup>25</sup> È singolare che il legislatore pretenda dal ricorrente gli elementi per «confermare» l’orientamento della Corte conforme alla sentenza impugnata che, quindi, gli dà torto.

<sup>26</sup> V. Cass. 2 marzo 2018, n. 5001, Commentata da DAMIANI, *La Corte di cassazione e il culto dell’inammissibilità*, cit., 741 ss.

<sup>27</sup> Si è soliti ritenere che l’art. 363, 3° comma, c.p.c. possa essere applicato anche nel caso in cui la Corte dichiari l’improcedibilità o l’estinzione per rinuncia del processo: sulle “potenzialità” dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. v. FORNACIARI, *L’enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge ex art. 363 c.p.c.* in *Riv. dir. proc.*, 2013, 32 ss. e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 4 giugno 2013, per una interpretazione estensiva dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. Di particolare rilievo è Cass. s.u. 1° ottobre 2014, n. 20661, che, cessata la materia del contendere (quindi al di fuori dell’“inammissibilità”), ha riscontrato la sussistenza dei presupposti per l’applicabilità dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. e, sulla questione di diritto oggetto della controversia, sollevato la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale, andando, così, ben oltre la pronuncia del principio di diritto in funzione esclusivamente nomofilattica.



La frequenza di tale comportamento adottato dalla Corte, fortemente criticato dalla dottrina, preoccupa non poco la classe forense, giacché la dichiarazione di inammissibilità del ricorso, unitamente alla pronuncia, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c., del principio di diritto nell'interesse della legge, nel caso in cui questo sia favorevole al ricorrente, potrebbero costituire il presupposto dell'azione di responsabilità promossa da quest'ultimo nei confronti del suo difensore.

La riscrittura dell'art. 363 c.p.c. ha “rinvigorito” non soltanto la funzione nomofilattica, ma anche la dialettica tra Corte di cassazione e Procura generale in tale ambito<sup>28</sup>. Tanto è vero che, anche grazie alla modifica del 1° comma e all'introduzione dell'inedito 2° comma, lo strumento dell'iniziativa del Procuratore generale<sup>29</sup>, prima del 2006 in disuso, è stato “riesumato”<sup>30</sup>. In questa ipotesi l'astrazione della funzione nomofilattica è ancora più accentuata, non essendo proprio pervenuto in Cassazione il caso sottostante, ma soltanto il provvedimento non impugnato o non impugnabile. Il fatto che le parti non abbiano sottoposto il caso all'attenzione della Corte suprema implica che questa e il Procuratore generale sulla questione “se la siano suonata e cantata” in perfetta solitudine, senza il contributo prezioso del contraddittorio tra le parti<sup>31</sup>.

Prima della riforma, l'art. 363, 1° comma, c.p.c. legittimava l'iniziativa del Procuratore generale presso la Corte di cassazione solo per i provvedimenti impugnabili in Cassazione nel caso in cui le parti non avessero proposto ricorso o vi avessero rinunciato ed era finalizzata alla cassazione della sentenza. Pertanto, l'interesse della legge, presupposto dell'iniziativa del P.g., era, sino al 2006, finalizzato, almeno secondo il tenore letterale della norma, a togliere di mezzo, ancorché senza alcuna conseguenza per le parti (2° comma, oggi 4°), la sentenza non impugnata, non già a consentire alla Corte di enunciare in funzione nomofilattica «nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi».

La riforma, sempre nell'ambito del potenziamento della funzione nomofilattica della Corte, ha ampliato l'iniziativa del P.g. anche al provvedimento che «non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti

<sup>28</sup> V., a tale proposito, la lettera datata 31 gennaio 2017 inviata al Presidente del CNF dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione con la quale questo auspica la partecipazione dell'avvocatura, per il tramite, appunto, del CNF, a questa rinnovata interlocuzione con la Corte di cassazione al fine di rendere proficua l'applicazione dell'art. 363, 1° e 2° comma, c.p.c.

<sup>29</sup> Sull'iniziativa del Procuratore generale v. ampiamente SALVANESCHI, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 65 ss.

<sup>30</sup> Dall'entrata in vigore della norma risultano proposte dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 363, 1° comma, c.p.c., sette istanze (di cui le ultime cinque negli ultimi cinque anni), l'ultima depositata in data 30 luglio 2020, a firma, per il P.g., di Anna Maria Soldi, avente ad oggetto, dopo l'abrogazione delle tariffe forensi, l'attuale sopravvivenza dell'art. 636 c.p.c. e, conseguentemente, la legittimazione dell'avvocato ad ottenere il decreto ingiuntivo sulla base della parcella e del parere di congruità rilasciato dal competente Consiglio dell'Ordine. La Corte non si è ancora pronunciata. L'ultima decisa dalla Corte è quella relativa alla reclamabilità del provvedimento sulla sospensione adottato dal giudice dell'opposizione ai sensi dell'art. 615, 1° comma, c.p.c.: Cass. s.u. 23 luglio 2019, n. 19889 (rel. De Stefano).

<sup>31</sup> V. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, cit., 13 s.



*impugnabile*»<sup>32</sup>. La funzione nomofilattica esercitata dalla Corte suprema in quest'ultima ipotesi (ossia se il provvedimento che ha occasionato l'iniziativa del P.g. non è impugnabile in Cassazione) è del tutto peculiare, in quanto si baserebbe esclusivamente sull'autorevolezza dell'Organo giudiziario, non già sull'effetto naturale di essere al vertice della "catena giudiziaria": i giudici di merito potrebbero tranquillamente disattendere il "principio di diritto" pronunciato in tale circostanza dalla Corte di cassazione nella consapevolezza che il loro provvedimento non verrebbe mai sottoposto alla attenzione di quest'ultima. Occorre, però, considerare che, in virtù di una recente sentenza delle sezioni unite, la decisione del giudice di merito "difforme" dai precedenti della Cassazione, soprattutto se pronunciati dalle sezioni unite, se "immotivata", o "gratuita" o "immediata" potrebbe avere conseguenze disciplinari a carico del giudice di merito<sup>33</sup>. Appare legittimo domandarsi se la sanzione disciplinare possa essere applicata anche nel caso in cui la sezione semplice assuma la decisione, ancorché ben motivata, in violazione dell'art. 374, 3° comma, c.p.c.<sup>34</sup>, ossia in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite.

È singolare che il giudice potrebbe tranquillamente e "immotivatamente" o "gratuitamente" emettere una sentenza *contra legem*, senza alcuna conseguenza personale, se non la riforma in fase di gravame, mentre se pronuncia una sentenza difforme dall'orientamento nomofilattico della Cassazione "immotivatamente" o "gratuitamente" rischia la sanzione disciplinare.

Ne consegue che, se questo orientamento venisse confermato e, soprattutto, pervicacemente attuato, il "precedente" della Corte suprema diventerebbe più "vincolante" della legge e più vincolante di quanto non sia il "precedente" per i giudici di *common law*, giacché nella nostra ipotesi, il giudice "pagherebbe di tasca propria" la decisione "immotivatamente" o "gratuitamente" difforme<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Costituiscono presupposti per l'attivazione del procedimento (i) l'iniziativa del P.g.; (ii) la sussistenza di un provvedimento non impugnato (o la cui impugnazione sia stata rinunciata) o non impugnabile; (iii) la reputata illegittimità del provvedimento stesso; (iv) «un interesse della legge, quale interesse pubblico o trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per l'importanza di una sua formulazione espressa». La sussistenza di tali presupposti è accertata dalla Corte, che può anche ritenere non sussistente la legittimazione del P.g. a promuovere l'istanza: Cass. s.u. 18 novembre 2016, n. 23469 (rel. De Stefano). V.

SALVANESCHI, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, cit., 74 ss.

<sup>33</sup> Cass. s.u. 3 maggio 2019, n. 11747. In virtù di questa sentenza «*Il precedente giurisprudenziale, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, pertanto, non è vincolante per il giudice*»; «*tuttavia, in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, e ciò avviene più facilmente se esplicitata a mezzo della motivazione.*

<sup>34</sup> Come, ad esempio, nel caso di Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, che, per la determinazione dell'assegno divorzile, in contrasto con le note sentenze delle sezioni unite nn. 11490 e 11492 del 1990, anticipando l'*overruling* di Cass., ss.uu. 11 luglio 2018, n. 18287, ha abbandonato il criterio del "precedente tenore di vita", senza rimettere la questione alle sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, 3° comma, c.p.c. Sulla costituzionalità dell'art. 374, 3° comma, c.p.c. v. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, cit., § 10 e § 11.

<sup>35</sup> A tale proposito appare più che legittimo domandarsi cosa si debba intendere per "gratuita", "immotivata", "immediata". Basti pensare a Cass. s.u. 23 luglio 2019, n. 19889, (Pres. Mammone, Relatore De Stefano), che, su iniziativa del Procuratore generale ai sensi



4. *La funzione nomofilattica tra «questione di particolare importanza», «questione di massima di particolare importanza» e «particolare rilevanza della questione di diritto».* La più alta espressione della funzione nomofilattica è esercitata dalle sezioni unite. Tanto è vero che, già da prima della riforma del 2006, queste sono chiamate ad intervenire, oltre che per le questioni di cui al 1° comma dell'art. 374 c.p.c., sui ricorsi che presentano una questione di diritto decisa dalle sezioni semplici in senso difforme ovvero «una questione di massima di particolare importanza». Del resto, la ragione forse unica, ma in ogni caso predominante, dell'intervento delle sezioni unite è proprio per consentire alla Corte suprema di esercitare appieno e al massimo livello la funzione nomofilattica.

La riforma del 2006, che, come si è visto, con la modifica dell'art. 363 c.p.c. ha dato grande risalto normativo alla funzione nomofilattica della Cassazione, ha conferito una certa stabilità all'interpretazione nomofilattica delle sezioni unite. Infatti, ai sensi dell'art. 374, 3° comma, c.p.c., «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Dopo la riforma del 2006, ai sensi dell'art. 363, 2° comma, c.p.c., coerentemente con quanto previsto dall'art. 374, 2° comma, c.p.c., le sezioni unite sono chiamate ad intervenire sull'istanza promossa dal Procuratore generale presso la Cassazione se il Primo Presidente «ritiene che la questione è di particolare importanza»<sup>36</sup>.

Di conseguenza, le sezioni unite sono chiamate ad intervenire, oltre che negli altri casi previsti dalla legge in precedenza indicati, qualora la “questione di massima”, secondo la lettera dell'art. 374, 2° comma, o la “questione”, secondo la lettera dell'art. dell'art. 363, 2° comma, c.p.c. sia di «particolare importanza». In realtà non sembra possa avere una qualche rilevanza la differenza tra “questione” e “questione di massima” vuoi perché per entrambe, se di «particolare importanza», la decisione è rimessa dal Primo Presidente alle sezioni unite, vuoi perché l'individuazione di un criterio distintivo appare impresa davvero impossibile. Forse la distinzione riguarda l'angolo visuale del Primo Presidente, il quale nelle decine di migliaia di ricorsi proposti dalle parti ogni anno ha necessariamente una percezione della “questione” solo “di massima”, mentre nelle pochissime istanze proposte dal Procuratore generale, anche in considerazione della eccezionalità dell'istituto, dell'autorevolezza istituzionale

---

dell'art. 363, 1° comma, si è pronunciata sulla questione, fortemente dibattuta in dottrina e nella giurisprudenza di merito (non potendo le materia accedere in Cassazione), relativa alla reclamabilità del provvedimento sulla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, pronunciato dal giudice dell'opposizione a precetto ai sensi dell'art. 615, 1° comma, c.p.c. Le tesi contrapposte sono entrambe non gratuite, né immotivate. È evidente che il giudice di merito che adottasse quella contraria alla tesi adottata dalle ss.uu. impiegherebbe le robuste argomentazioni a sostegno, anche richiamando precedenti giurisprudenziali, che potrebbe esplicitare nella, seppur sintetica, motivazione.

<sup>36</sup> Nelle sei decisioni post 2006 la Corte si è sempre pronunciata ai sensi dell'art. 363, 2° comma, c.p.c., a sezioni unite. V.

SALVANESCHI, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, cit., 70 ss., che ne indica cinque, giacché la sesta, Cass. s.u. 23 luglio 2019, n 19889, è successiva allo scritto.



dell'istante, la percezione della “questione” che ne ha il Primo Presidente è ben più approfondita e non soltanto “di massima”.

Ciò è confermato dal 3° comma dell'art. 363 c.p.c., che fa riferimento alla “questione decisa”, in cui il giudice (sezione semplice o sezioni unite), che “decide” per l'inammissibilità del ricorso, ha, di questa, sicuramente una percezione non soltanto “di massima”. Se così è, come appare ragionevole ritenere, occorre allora spiegare per quale ragione la sezione semplice, quando all'udienza, dopo avere approfondito la causa, decide di rimettere con ordinanza, ai sensi dell'art. 376, 3° comma, c.p.c., il fascicolo al Primo Presidente, nella motivazione, di «particolare importanza» è sempre (ed ancora) la “questione di massima”.

Ad ogni modo, «a meno di non voler inutilmente triturare i concetti e inserire un gradino intermedio»<sup>37</sup>, non appare ragionevole cercare di differenziare la «questione», dalla «questione di massima» ed anche dalla «questione decisa», giacché queste, in tutte e tre le fattispecie in cui operano, per avere rilevanza, devono necessariamente essere di «particolare importanza».

Per contro, la «questione» o la «questione di massima» o la «questione decisa» di «particolare importanza» deve necessariamente distinguersi dalla «particolare rilevanza della questione di diritto», per la quale, è prevista, ai sensi 2° comma dell'art. 375 c.p.c., introdotto dal d.l. 168/2016, convertito in l. 197/2016, per la sezione semplice, l'udienza pubblica, fuori dai casi indicati dal 1° comma della medesima disposizione<sup>38</sup>.

Quindi, ricapitolando, la disciplina positiva qualifica tre tipi di “questioni” oggetto di ricorso per cassazione (o di istanza del P.g. ai sensi dell'art. 363, primo comma, c.p.c.): (i) questione “di diritto di non particolare rilevanza” e “di massima di non particolare importanza” decisa dalla sezione semplice in camera di consiglio; (ii) questione “di diritto di particolare rilevanza”, ma, al contempo, “di massima non di particolare importanza”, decisa, fatte salve le ipotesi di cui all'art. 375, primo comma, c.p.c., dalla sezione semplice in udienza pubblica; (iii) questione “di massima di particolare importanza” decisa dalle sezioni unite, prescindendo dal fatto che sia, oppure no, anche “di diritto di particolare rilevanza”, giacché le sezioni unite decidono in camera di consiglio solo nei casi indicati dal 1° comma dell'art. 375 c.p.c., non applicandosi ad esse anche il 2° comma.

Al pari della classificazione delle “questioni” per la ripartizione tra sezioni unite e sezioni semplici e tra udienza pubblica e camera di consiglio, è possibile classificare la nomofilachia della Corte suprema: quella delle sezioni unite è certamente di serie “A”, quella delle sezioni semplici trattate in udienza pubblica è di serie “A2”, infine quella delle sezioni semplici decise in camera di consiglio, soprattutto se ai sensi dell'art. 375, 2° comma,

<sup>37</sup> Per usare un inciso impiegato dalle sezioni unite, Cass. ss.uu. 4 maggio 2017, n. 10790, per azzerare la distinzione tra «prova rilevante» e «prova indispensabile», in relazione alla disciplina dei *nova* in appello ai sensi dell'art. 345, 3° comma, c.p.c. ante riforma del 2012 (d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. l.7 agosto 2012 n. 134) nonché ai sensi degli artt. 437, 2° comma e 702 *quater* c.p.c.

<sup>38</sup> V. G. SCARSELLI, *La “particolare rilevanza delle questioni” tra camera di consiglio e udienza pubblica*, cit.



c.p.c., è di serie “B”<sup>39</sup>.

Al di là dell’acrobazia interpretativa per differenziare la questione “di diritto di particolare rilevanza”<sup>40</sup> dalla questione “di massima di particolare importanza”, che contribuisce ad accentuare il potere discrezionale ed insindacabile della Corte suprema, la disciplina positiva pone un punto fermo: se il ricorso presenta una «*questione di massima di particolare importanza*», il Primo Presidente rimette la decisione alle sezioni unite, anche se sulla questione di diritto non vi sia contrasto tra le sezioni semplici.

Ciò trova conferma nella riforma del 2006, che, come detto, ha introdotto un nuovo 2° comma all’art. 363 c.p.c., in virtù del quale, il Primo Presidente, a seguito dell’iniziativa del Procuratore generale, in linea, appunto, con la disposizione dell’art. 374, 2° comma, c.p.c., se ritiene la “questione”<sup>41</sup>, che, lo si ribadisce, non può essere diversa dalla “questione di massima” dell’art. 374, 2° comma, c.p.c., di «*particolare importanza*», dispone che la Corte si pronunci a sezioni unite.

Se la sussistenza della «*questione di massima di particolare importanza*» “sfugge” al Primo Presidente che rimette, ai sensi dell’art. 376, primo comma, c.p.c. (o ai sensi dell’art. 363, 2° comma, c.p.c.), il ricorso alla sezione semplice, questa, d’ufficio (o su istanza del p.m.), all’udienza<sup>42</sup>, ai sensi dell’art. 376, 3° comma, c.p.c., può disporre la restituzione del ricorso al Primo Presidente affinché affidi la decisione alle sezioni unite.

Senonché, la «*particolare importanza*» della questione la si trova anche nel 3° comma dell’art. 363 c.p.c. In questo caso la «*particolare importanza*» della «questione decisa» costituisce il presupposto della pronuncia d’ufficio del principio di diritto nell’interesse della legge; la norma, però, non ribadisce espressamente che, in questa ipotesi, in cui la questione decisa è necessariamente di «*particolare importanza*», il principio di diritto in funzione nomofilattica debba essere pronunciato dalle sezioni unite.

In considerazione di ciò, la Corte non limita affatto la pronuncia del principio di diritto ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c. alle sezioni unite; addirittura nemmeno la esclude nel caso di decisione assunta dalla sezione semplice in camera di consiglio<sup>43</sup>. Si legge nella motivazione della sentenza della II Sez. n. 11185/2011: «*Ferma*

<sup>39</sup> Appare legittimo domandarsi se abbia rilevanza, ai fini dell’applicazione dell’art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., la giurisprudenza della Corte espressa dalla sezione semplice in camera di consiglio conforme alla decisione impugnata, ovvero se possa ritenersi decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, ai fini dell’applicazione dell’art. 374, 2° comma, c.p.c., una questione decisa da una sezione in camera di consiglio in un senso e da un’altra sezione in un altro senso ad udienza pubblica.

<sup>40</sup> Uno spazio per la questione giuridica di «particolare rilevanza», da non rimettere alle sezioni unite per la «particolare importanza», potrebbe essere ritagliato nel caso in cui il contrasto di decisioni sia sorto all’interno della medesima sezione, semmai tra due decisioni in camera di consiglio, che dovrebbe essere risolto internamente alla sezione in pubblica udienza.

<sup>41</sup> V. SALVANESCHI, *L’iniziativa nomofilattica del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nell’interesse della legge*, cit., 68 s.

<sup>42</sup> O la parte con istanza depositata entro dieci giorni prima dell’udienza (art. 376, 2° comma, c.p.c.).

<sup>43</sup> Cass. 20 maggio 2011, n. 11185, in *Foro it.*, 2011, I, 2036, con nota di richiami di C.M. BARONE. In dottrina conforme BRIGUGLIO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Briguglio-Capponi, III, tomo I, *Ricorso per cassazione*, Padova, 2009, 118; cfr. anche REALI in *La riforma del giudizio di cassazione* a cura di F. Cipriani, Padova, 2009, 181 s. V. in senso contrario AULETTA, *Sulla dubbio «opportunità» e i limiti certi della pronuncia d’ufficio ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c.* («ovvero quali siano le



la possibilità di rimettere la causa al primo presidente perché ne investa le sezioni unite in presenza di questione di diritto già decisa in modo contrastato dalle sezioni semplici o che presenti questione di massima di particolare importanza, al collegio giudicante è consentito tuttavia di affrontare la questione giuridica per enunciare un principio di diritto che sia comunque particolarmente importante». Il che trova conferma nel successo che ha avuto la norma in esame presso le sezioni semplici<sup>44</sup>. La Corte, per giustificare la sua interpretazione, non si addentra in una impossibile acrobazia interpretativa, ma esprime semplicemente i due concetti del tutto contraddittori tra di loro. Nella sostanza il ragionamento della Corte è il seguente: «ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c., ferma restando la possibilità di rimettere la decisione, ai sensi dell'art. 376, 3° comma, c.p.c. al Primo Presidente nel caso in cui la questione di massima sia di «particolare importanza», se la «questione giuridica» è di «particolare importanza» la sezione semplice, in caso di ricorso inammissibile, enuncia il principio di diritto nell'interesse della legge. In tale ragionamento la Corte si prende una piccola «licenza terminologica», forse per mascherare l'imbarazzo di una evidente contraddittorietà del medesimo: per la rimessione al Primo Presidente la «particolare importanza» è della «questione di massima», come appunto prevede l'art. 374, 2° comma, c.p.c., mentre, quale presupposto per l'applicazione da parte della sezione semplice dell'art. 363, 3° comma, c.p.c., la «particolare importanza» è attribuita al principio di diritto enunciato.

Senonché, anche a volere dare credito a tale ulteriore ripartizione di fattispecie (ossia a volere, forse per assurdo, individuare una ipotesi in cui di «particolare importanza» sia solo il «principio di diritto» che la sezione semplice è chiamata ad enunciare ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c., ma non anche la «questione di massima» o la «questione decisa», sì da potersi affrancare dal restituire il ricorso al Primo Presidente per investire le sezioni unite), in virtù della lettera dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. a dover essere di «particolare importanza» non è il «principio di diritto», bensì la «questione decisa».

Appare ragionevole ritenere che la Corte, o meglio la sezione semplice della Corte, nonostante la lettera della legge la «inchiodi», non intenda affatto rinunciare alla sua insindacabile discrezionalità nel decidere chi deve decidere<sup>45</sup>.

---

conseguenze della mancata apposizione della formula esecutiva sul titolo notificato al debitore»), in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 8 luglio 2019, in nota critica a Cass. 12 febbraio 2019, n. 3967. Questa sentenza è pubblicata in *questa Riv.*, 2019, 385 ss., con a seguire note di commento RUSCIANO, AULETTA, FARINA, CAPPONI, *A più voci sui principi di diritto pronunciati d'ufficio in tema di spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione*. Per contro Cass. 31 dicembre 2009, n. 28327 ritiene che «l'esercizio del potere officioso della Corte di Cassazione di pronunciare, ai sensi dell'art. 363, terzo comma, c.p.c., il principio di diritto quando il ricorso è inammissibile non si concilia con il rito camerale di cui agli artt. 375 e 380 bis c.p.c., atteso che tale rito costituisce uno strumento acceleratorio del giudizio per l'esercizio di ben definite tipologie decisionali, tra le quali non rientra l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge».

<sup>44</sup> Da ultimo, nel senso che la decisione ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. possa essere assunta anche dalla sezione semplice, v. Cass. 13 marzo 2020, n. 7149; con espresso riferimento all'apertura anche alla decisione in camera di consiglio, dopo il d.l. 168/2016, convertito in l. 197/2016 che ha introdotto il 2° comma dell'art. 375 c.p.c., v. Cass. 22 giugno 2017, n. 15482.

<sup>45</sup> V. *supra*, nota 34, per una ipotesi di violazione dell'art. 374, 3° comma, c.p.c.



Del resto, giacché la decisione assunta ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c. è per il futuro, non già per la parti di quel processo liquidato con l'inammissibilità, non è forse opportuno che essa venga confezionata dal "sarto migliore", che garantisce un "prodotto" duraturo, in forza della stabilità prevista dall'art. 374, 3° comma, c.p.c.? Non costituisce forse una lamentela diffusa, soprattutto nella Cassazione, il fatto che non si possa fare nomofilachia quando occorre decidere un gran numero di ricorsi per i quali sono necessari un gran numero di giudici? Ed allora, per quale ragione, allorché è la Corte a sollecitare la sola funzione nomofilattica, poi faccia esercitare questa dalla "fabbrica" composta da circa 170 giudici e non dal "tempio" composto da circa 30 giudici, che peraltro, come detto, garantirebbe una nomofilachia più stabile?

Non a caso dopo il 2006 le sei istanze sino ad oggi proposte dal Procuratore generale e definite ai sensi dell'art. 373, 1° e 2° comma, sono state tutte decise dalle sezioni unite.

5. *Conclusioni.* L'intento del legislatore con la riforma del 2006 e con gli interventi successivi (2009 e 2016) è quello, da un lato, di offrire alla Corte strumenti per la rapida definizione dei ricorsi, specie se "immeritevoli", dall'altro di consentire a questa il potenziamento della funzione nomofilattica, non rinunciandovi anche nelle decisioni inerenti i ricorsi "smaltiti" in quanto "immeritevoli".

La diatriba che ne è scaturita con parte della dottrina e con l'avvocatura è, come sempre, diretta conseguenza non già della nuova disciplina, bensì, ancora una volta, dell'uso e, talvolta, dell'abuso che ne fa la Corte. Esattamente come accaduto per le questioni note come "procura spillata" e "vizio del quesito di diritto", che hanno indotto il legislatore, in queste ipotesi, a porre rimedio alle "esagerazioni" della Corte, modificando l'art. 83 c.p.c. e abrogando l'art. 366 *bis* c.p.c. introdotto appena tre anni prima. Questo comportamento della Corte non contribuisce a creare un clima di collaborazione tra gli *stakeholders* per il migliore funzionamento della giustizia, soprattutto in Cassazione, come auspicato da tutti a gran voce. Basti considerare le tensioni non sopite dopo l'abrogazione l'art. 366 *bis* c.p.c., immediatamente sostituito nelle sentenze di inammissibilità della Suprema Corte dall'art. 366 c.p.c. tra principio di autosufficienza e "chiarezza" e "sinteticità" del ricorso.

In realtà la collaborazione tra Corte di cassazione e Consiglio Nazionale Forense ha dato i suoi frutti. Dopo l'introduzione dei protocolli d'intesa (soprattutto quello del 17.12.2015) conciliare il principio di autosufficienza con quello della sinteticità e specificità non è più una "*mission impossible*", come lo era, invece, nell'immediatezza della abrogazione dell'art. 366 *bis* c.p.c. (giacché prima la "*mission impossible*" era redigere un quesito di diritto ammissibile).

Nelle questioni qui analizzate non siamo a "livello di guardia". Basti considerare il numero dei ricorsi decisi ogni anno, per affermare che qualche "sbavatura" della Corte nel dichiarare inammissibile il ricorso e, ciononostante, pronunciare il principio di diritto in favore del ricorrente, potremmo anche considerarlo un tributo



da pagare ad un organo che decide 33/34.000 sentenze ogni anno.

Forse sono più preoccupanti gli “errori” commessi nell’esercizio della funzione di giudice di terza (e ultima) istanza, semmai nemmeno emendabili con gli strumenti previsti dagli artt. 391 *bis* e *ter* c.p.c., determinati, anche, dall’eccessivo carico di lavoro. In questo, il legislatore, con la riforma del 2016, ha fatto un passo indietro, giacché da un lato ha elevato a “regola” la decisione in camera di consiglio e ad “eccezione” l’udienza pubblica nella quale la discussione potrebbe offrire un contributo al collegio per accorgersi della eventuale “svista” o errore del relatore, dall’altro, modificando l’art. 380 *bis* c.p.c. ha eliminato la relazione preventiva del relatore notificata agli avvocati, i quali, con le successive memorie, ben potrebbero “disinnescare” la “svista” o l’errore evidente del relatore.

### *Abstract*

Traendo spunto dal “Progetto esecuzioni” della III Sezione, che si prefigge l’obiettivo di assicurare l’interpretazione uniforme del diritto offrendo linee guida certe, consolidate e univoche nella specifica materia dell’esecuzione forzata, l’autore focalizza l’attenzione sulla funzione nomofilattica della Suprema corte. Le modifiche normative susseguitesi negli ultimi anni, specialmente la riscrittura dell’art. 363 c.p.c., valorizzano la funzione nomofilattica, ma pongono questioni interpretative di particolare rilievo. L’autore rileva le criticità del dettato normativo e l’uso, a volte distorto, che il giudice di legittimità fa delle disposizioni analizzate ed auspica una maggiore ed efficace collaborazione tra gli *stakeholders* per il migliore funzionamento della giustizia.

The "Project enforcement procedures " of Section III of the Supreme Court aims to ensure an uniform interpretation of the law and to offer unquestionable and consolidated guidelines on the subject of enforcement. The author draws inspiration from this project and focuses his attention on the Court's regulatory competence. The legislative change that happened over the last few years, particularly relating to the rewriting of the art. 363 of the Code of civil procedure, reinforces the function of “nomofilachia” imposing numerous interpretative questions. The author underlines the criticalities of the regulatory provisions and seldom the distorted use the judge of legitimacy makes of the analysed rules. Therefore, the author strongly advises for a more efficient and effective collaboration among the stakeholders for a better functioning of justice.

Parole chiave: Corte di cassazione - nomofilachia – “Progetto esecuzioni” - ricorso nell'interesse della legge

*Keywords: Court of cassation – nomofilachia - Project enforcement procedures - application in the interest of the law*



# *Judicium*

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA

  
**Pacini  
Giuridica**