

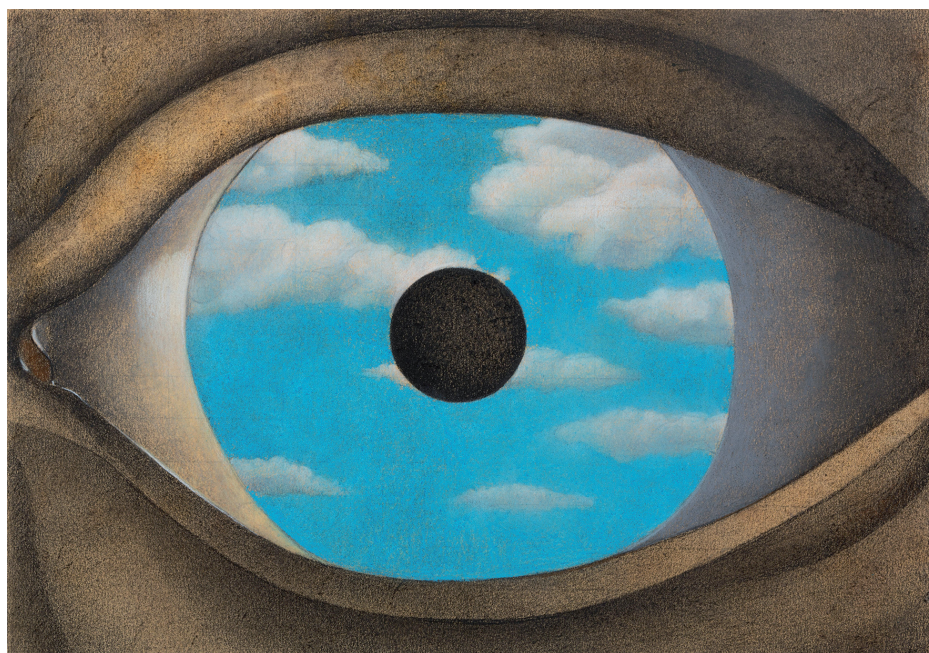
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK, A. POLICE,
M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



sommario

Saggi

	pag.
<i>Divagazioni sulla disciplina degli atti processuali (leggendo S.U. n. 36596 del 2021)</i>	
di GIOVANNI VERDE.....	637
<i>La giurisdizione</i>	
di MASSIMO BASILAVECCHIA.....	653
<i>Le prassi processuali</i>	
di ANTONIO BRIGUGLIO.....	699
<i>Considerazioni sparse su processo e procedimento (brevi note alle osservazioni di Andrea Panzarola a margine di una celebre dottrina)</i>	
di ROBERTO MARTINO.....	709
<i>Procedural data mining from «Dobbs»: ovvero, cosa può insegnare agli studiosi di diritto processuale la nuova decisione della Corte suprema degli Stati Uniti sul diritto all'aborto</i>	
di FERRUCCIO AULETTA.....	735
<i>Il ragionamento giuridico nel pensiero di un compianto Maestro</i>	
di ANDREA PANZAROLA.....	763
<i>Procedimento unitario e coordinamento tra strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e liquidazione giudiziale</i>	
di ROBERTA TISCINI.....	785
<i>Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili e rinvio al giudice civile (art. 622 c.p.p.): la domanda di risarcimento del danno tra processo penale e processo civile</i>	
di BEATRICE GAMBINERI.....	825

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>Il conto corrente di corrispondenza e la prova del credito del saldo: prova contraria alle evidenze dell'estratto conto e scritture firmate non soggette agli artt. 2702 c.c. e 214 e 215 c.p.c.</i>	
Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 19 settembre 2022, n. 27362 commento di FRANCESCO RICCI.....	877
<i>Equivoci in tema di rimessione in termini e non contestazione.</i>	
Cassazione civile, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 21403 Commento di ALESSANDRO TRIOLO.....	903

<i>La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: mors (non) omnia solvit.</i>	
Cassazione penale, Sez. IV, 17 marzo 2022, (ud. 22 febbraio 2022), n. 1751	
Commento di GIULIO ERRICO	917

Attualità

<i>Recensione a Una Musa per Temi. Diritto e processi in letteratura, di Umberto Apice, Lastaria ed., Roma, 2022</i>	
di GIOVANNI VERDE.....	931
<i>La riforma Cartabia: un nuovo processo per nuovi protagonisti</i>	
di GIORGIO SPANGHER.....	941
<i>Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione</i>	
di ANTONIO BRIGUGLIO	947

Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione (*)

di ANTONIO BRIGUGLIO

SOMMARIO: 1. Un nuovo istituto con radici antiche. — 2. La legittimazione al rinvio. — 3. Il contraddittorio ed il momento opportuno per il rinvio. — 4. L'ordinanza di rinvio e la sua motivazione in relazione alle condizioni di ammissibilità. — 5. Il procedimento innanzi alla Suprema Corte: la fase di ammissione del rinvio pregiudiziale. — 6. *Segue*: la trattazione e la decisione. — 7. L'efficacia del responso pregiudiziale. — 8. La sospensione del giudizio *a quo* (e la eventuale revoca della ordinanza di rinvio e sospensione). — 9. Rinvio pregiudiziale e contemporanea pendenza di giudizio sulla medesima questione innanzi alla Suprema Corte. — 10. Rinvio pregiudiziale al quadrato? — 11. L'entrata in vigore.

1. Un nuovo istituto con radici antiche.

La cd. giurisdizione consultiva — vale a dire la funzione ermeneutica svolta da altri rispetto al giudice che deve trarne le conseguenze applicative nel caso concreto — ha radici antiche e più o meno nobili: dai *rescripta* ed *epistulae* imperiali, alla *Imperatoria interpretatio* di Valentiniano (più legge sulla interpretazione, o sui limiti della consultazione a fini interpretativi, per vero, che giurisdizione consultiva), fino al *référé législatif* (che nel responso non era ovviamente già più giurisdizione), passando per altri svariati esempi. Se si vuole dare un comune denominatore alla gran parte di questi esempi storici, la situazione del giudice che invece di decidere consulta altri, ad altri rivolgendo il “*quid iuris*”, corrispondeva all'obiettivo politico di rafforzare il monopolio apicale della giurisdizione in mano al potere sovrano ovvero, e proprio nella forma più drastica del *référé législatif*, di evitare che il giudice si facesse “interprete”

(*) Saggio anticipato sulla Rivista *online Judicium*, e qui integrato e adeguato.

della legge, cosa — nella concezione di quel torno di tempo — del tutto arbitraria.

Molta acqua è poi passata sotto i ponti, specie a questo ultimo riguardo: la pressoché immediata e radicale inversione di tendenza — che, dopo le utopie dei rivoluzionari francesi, è corrisposta anzitutto alla rapida evoluzione del *Tribunal de cassation* francese da organo paralegislativo e puramente casatorio ad organo giurisdizionale fonte esso stesso di giurisprudenza — ha visto il giudice soggetto sì alla legge, ma signore della sua interpretazione, donde semmai l'esigenza di uniformare le sparse interpretazioni giudiziali.

L'attualità europea della giurisdizione consultiva è prepotentemente occupata dal ben noto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE (art. 267 TFUE) sulla interpretazione o validità di disposizioni ed atti “comunitari” ⁽¹⁾, a sua volta debitore di qualche ispirazione a sistemi nazionali e da ultimo imitato, con non poche significative varianti e pochissima fortuna, dal “rinvio consultivo” alla CEDU *ex* Protocollo n. 16 ⁽²⁾.

Un rinvio pregiudiziale interpretativo (il modello del rinvio di “validità” nel nostro sistema interno, con numerose e rilevanti differenze, è occupato dalla rimessione pregiudiziale alla Corte costituzionale) è ora introdotto anche nel nostro ordinamento. Sulla scia di un principio di delega (art. 1, comma nono,

⁽¹⁾ In arg. valga per brevità il richiamo alle tre monografie pubblicate in successione temporale in Italia (A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale*, Milano, 2003, E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, Torino, 2011), ove ampi riferimenti all'evolversi del dibattito sul fondamentale istituto in Italia e negli altri paesi dell'Unione.

Sulle altre funzioni consultive della Corte di giustizia UE, non propriamente giurisdizionali e però tipiche di una corte internazionale (si consideri la nota *competence consultative* prevista dallo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia), v. P. BIAVATI, *Diritto processuale della Unione Europea*, Milano, 2015, 19-20.

⁽²⁾ In proposito vedi da ultimo il dibattito di commiato apertosi su *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 2021 con contributi di A. RUGGERI, C. PINELLI, E. LAMARQUE, C.V. GIABARDO, E. CANNIZZARO, P. BIAVATI, S. BARTOLE, e poi proseguito con il contributo di B. NASCIBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto* (29 gennaio 2021).

lett. g) della legge 26.11.2021, n. 206) particolarmente dettagliato e ritenuto da molti pressoché *self executing*, il legislatore delegato (art. 2, comma ventisettesimo, lett. c) del d.lgs. 10. 12. 2022, n. 149) ha introdotto il nuovo art. 363-*bis* c.p.c..

In esso si prevede che il giudice di merito possa sospendere il giudizio innanzi a sé ed interpellare la Suprema Corte per la fissazione di un principio vincolante su di una questione di diritto, rilevante per la decisione a lui affidata, purché sussistano tre concorrenti condizioni: la “novità” della questione; la “gravità” delle “difficoltà interpretative”; la potenziale emergenza della medesima questione “in numerose controversie”, condizione quest’ultima che definirò d’ora innanzi come quella della “serialità”.

Proprio quest’ultima condizione segna una comprensibile differenza funzionale rispetto al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. Quest’ultimo, quale elemento fondamentale di un sistema giurisdizionale integrato ma non “federale”, è stato escogitato con la prevalente ed assorbente funzione di riservare *in via preventiva* alla Corte di giustizia quella funzione nomofilattico-uniformatrice che la medesima Corte *non può svolgere in via successiva* ed “impugnatoria” ⁽³⁾. Nel nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione — che quella funzione nomofilattico-uniformatrice svolge invece normalmente per via “impugnatoria” — si aggiunge una importante colorazione deflattiva.

⁽³⁾ In questa prospettiva al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (e non invece al nostro nuovo rinvio pregiudiziale alla Cassazione) è con qualche sforzo funzionalmente avvicinabile il *certiorari* statunitense. Esso è strutturalmente una (ben diversa) avocazione “impugnatoria” da parte della corte superiore rispetto a sentenza inferiore già emanata, ma tiene luogo di una normale impugnazione altrimenti preclusa “*as a matter of right*”.

Su tutt’altro piano — e sempre alla ricerca di varie interrelazioni ed affinità — il tentativo italiano precedente a quest’ultimo è rappresentato dall’“accertamento pregiudiziale sull’efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi” (art. 420-*bis* c.p.c.), singolare ed assai farraginoso crasi fra *iter* impugnatorio e pronuncia pregiudiziale, finita tosto ad arruginire in un cantinato come un macchinario per la raccolta automatica di fichi d’india entusiasticamente acquistato alla fiera dell’est, salvo accorgersi che per montarlo e poi ripulirlo occorrono oltre 20 ore.

Perciò il termine di paragone in realtà più pregnante è rappresentato, sul piano comparatistico attuale, dalla “*saisine pour avis de la Cour de cassation*” prevista dall’art. 441-1 del *Code de l’organisation judiciaire* francese (come modificato dalla *Loi* nn. 91-491 del 15.5.1991) e regolata dagli artt. 1031-1 ss. del *Code de procédure civile* (4). Essa è condizionata sostanzialmente dai medesimi tre presupposti, e come per il nostro nuovo rinvio pregiudiziale alla Cassazione, ed a differenza che per il rinvio pregiudiziale “comunitario”, vi corrisponde sempre una semplice facoltà e mai un obbligo del giudice *a quo*. Prevedibile e tutto sommato auspicabile anche per il nostro rinvio pregiudiziale è che i casi annuali si conteranno mediamente, come è accaduto in Francia (5), poco più che sulle dita di due mani.

2. La legittimazione al rinvio.

La disciplina del “rinvio pregiudiziale” prevista del nuovo art. 363 *bis* c.p.c., ed inserita dunque in *sedes* dedicata alla Corte di cassazione, si rivolge tuttavia anzitutto al “giudice di merito”, per tale dovendosi intendere qualsiasi giudice innanzi al quale sia pendente un procedimento regolato dal c.p.c. e dalle leggi ad esso collegate, contenzioso, non contenzioso, camerale, esecutivo, cautelare ecc. Vista la genericità della formula scientemente adottata dal legislatore, non è dato trarre argomenti impeditivi del rinvio pregiudiziale dalla circostanza che la decisione del giudice di merito, rispetto alla quale la questione di diritto rinviata alla Cassazione è rilevante, non possa poi pervenire direttamente o indirettamente al sindacato impugnatorio della stessa Corte di cassazione o sia addirittura

(4) Cfr. per tutti C. SILVESTRI, *La saisine pour avis della Cour de Cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 495 ss., ove ulteriori riferimenti.

La successiva legge 6 agosto 2015 ha aggiunto all’art. 441-1 del *Code de l’organisation judiciaire* un secondo comma ove si prevede la “*saisine*” anche per la interpretazione dei contratti collettivi.

(5) Ove vi è stato semmai quasi un raddoppio medio di casi per l’omologa *saisine* del *Conseil d’État*.

in radice impugnabile di guisa che il nominale vincolo al responso pregiudiziale per il giudice *a quo* resti in definitiva senza sanzione o almeno senza sanzione impugnatoria.

Nonostante la cennata genericità, quella formula esclude però, per ragioni sistematiche evidenti, e lasciando semmai l'iniziativa parallela ad altri futuri legislatori, i giudici diversi da quello civile (tranne forse quello tributario) anche quando si imbattano in questioni di diritto in ordine alle quali la Suprema Corte è in grado di esercitare la propria funzione uniformatrice. Non che nel codice di rito civile manchino occasionali menzioni al giudice diverso da quello civile anche in relazione alle funzioni della Corte di cassazione, ma per l'appunto, in assenza di un esplicito riferimento, la espressione "giudice di merito" inserita in una norma del c.p.c. può alludere solo ed esclusivamente al giudice civile (o al più, appunto, a quello tributario a motivo della nota parentela voluta dal legislatore).

Per diversa ed altrettanto evidente ragione il giudice di merito rimettente non potrà essere quello civile di rinvio, almeno sulla medesima *quaestio* su cui si è formato il principio di diritto vincolante della Cassazione, la quale risulterebbe per definizione irrilevante; e se anche si volesse acrobaticamente ipotizzare un rinvio "interpretativo" del pregresso principio di diritto (come ogni tanto, *mutatis mutandis*, accade con la Corte di giustizia) alla sua ammissibilità farebbe difetto per lo meno il requisito della "serialità".

Resterebbe il problema degli arbitri rituali, i quali oltretutto emanano lodo perequato *quoad effectum* alla sentenza e sia pure in casi marginali controllabile anche per violazione di norme di diritto. Ammesso che i presupposti di un rinvio pregiudiziale arbitrale sussistano in astratto (il che è alquanto problematico specie riguardo alla "serialità"), la sua effettuazione e la sua ammissione non sarebbero *in thesi* eretiche. Sennonché esse sconteranno *de facto*, da un lato, la ritrosia degli arbitri (e delle parti o almeno di una di esse) rispetto alla rimessione alla giurisdizione statale di funzione, anche quella del giudizio di diritto, che la convenzione compromissoria ha

voluto esercitata da giudici privati; d'altro lato la verosimile scarsa disponibilità della Cassazione a farsi interpellare da giudici privati, sicché fra i due atteggiamenti di fronte all'arbitro quale *iudex a quo*, quello da ultimo "aperturista" della Consulta riguardo al rinvio pregiudiziale costituzionale e quello tuttora "chiusurista" della Corte di giustizia riguardo al rinvio pregiudiziale "comunitario", la nostra Cassazione adotterà, sebbene per altre ragioni, probabilmente il secondo. E su tutto vi è che non si darebbe, in assenza di espressa volontà adeguatrice del legislatore, sospensione *ex lege* del termine di emanazione del lodo (cfr. gli art. 820, u.c., lett. *d*) e 819-*bis* c.p.c.) a motivo del nuovo rinvio pregiudiziale.

3. Il contraddittorio ed il momento opportuno per il rinvio.

Sebbene si tratti di *Richterklage* e cioè di domanda da giudice a giudice (ben inteso suggeribile anche dalla parte), il contraddittorio a riguardo è assicurato. Lo è naturalmente — come oltre si vedrà — innanzi alla Suprema Corte. Lo è *ex ante* perché la scelta del rinvio pregiudiziale deve essere effettuata — ai sensi del comma primo dell'art. 363-*bis* conforme al principio di delega — "sentite le parti costituite" nei modi che il giudice del merito riterrà congrui (di previa "provocazione" del "contraddittorio fra le parti" discorreva la delega: la precisazione aggiuntiva che le parti sono quelle "costituite" è pressoché superflua perché a nessuno sarebbe comunque venuto in mente, visto il carattere tassativo dell'art. 292 c.p.c., che il contraddittorio dovesse essere provocato anche nei riguardi del contumace) ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Da notare che il giudice francese (art. 1031-1 e 1031-2 del *Code de procédure civile*) sollecita, prima di effettuare il rinvio alla *Cour de cassation*, le osservazioni scritte delle parti e del pubblico ministero e le trasmette alla Corte.

Nulla esclude naturalmente che il nostro giudice nella ordinanza di rinvio *ex art. 363-bis* rappresenti in dettaglio le contrapposte opinioni interpretative delle parti (con ciò oltretutto conformandosi nel modo più che naturale alla pressoché superflua indicazione *ex art. 363-bis*, comma secondo, con riguardo alla condizione *ex art. 363-bis*, comma primo, lett. 2: v. *infra* §4, lett. c).

Il problema è se il contraddittorio debba essere necessariamente riattivato anche a valle del responso della S.C., la cui efficacia vincolante *ex lege* può occasionalmente lasciar spazio a sottili questioni riguardo alla concreta applicazione ai fini della conclusiva definizione del giudizio *a quo*. Non credo si debba dare drastica risposta affermativa sul piano formale (errori nella applicazione concreta del principio di diritto saranno rimediabili per via impugnatoria), né credo che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale comporti di per sé e sempre una successiva "rimessione in istruttoria". Però, se non è necessitato, il contraddittorio sul responso pregiudiziale una volta che gli atti tornino al giudice di merito non può certo essere vietato. Perciò, ad esempio, nella nuova struttura del giudizio di cognizione di primo grado ed anche d'appello, posto che necessariamente si dovrà aprire il contraddittorio sul rinvio pregiudiziale al più tardi con le conclusionali e repliche (e solo eccezionalmente alla successiva e neo-introdotta udienza), e nulla impedisce che il giudice del merito lette le une e le altre confezioni l'ordinanza di rinvio senza obbligatoriamente "andare in decisione", alle parti sarà comunque data possibilità di interloquire sul responso della Suprema Corte, nel frattempo sopraggiunto, all'udienza di "rimessione in decisione", se del caso postergata a seguito della sospensione e poi riscadenzata. E così la più inutile delle tante inutili (ed in parte dannose) novità della cognizione ordinaria avrà, almeno in questo caso, una qualche utilità.

Resta su tutto che, come per il rinvio pregiudiziale al Lussemburgo (7), il giudice *a quo* è tendenzialmente libero di scegliere il momento opportuno per interpellare la Corte, dovendosi oltretutto ipotizzare che accanto a interrogativi riguardanti norme applicabili al merito della lite, altri possano esservi, forse meno frequenti, riguardanti questioni di rito o di disciplina della prova. Ma certamente il momento di regola più opportuno, sempre nella nuova struttura del giudizio di cogni-

(7) Cfr. in proposito A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., 314 ss.

zione di primo grado, si collocherà subito dopo o contemporaneamente alla prima udienza, e con contraddittorio sulla rimessione svolto nelle memorie precedenti a seguito di provocazione del giudice contenuta nella pronuncia sulle “verifiche preliminari” di cui al nuovo art. 171-*bis* c.p.c., purché la questione di diritto affiori già con sicura rilevanza dagli atti introduttivi; ovvero, ed in caso contrario, dopo la chiusura della trattazione e dell’istruttoria ed in luogo della fissazione dei termini finali di cui ai novellati artt. 189 e 352. Per contro, sebbene non spetti alla Suprema Corte, come non spetta alla Corte di giustizia, sindacare la scelta del “momento”, un rinvio pregiudiziale talmente prematuro da essere puramente ipotetico ed incerto nella sottoposizione della questione rischierà di non essere ammesso dal Primo presidente.

4. L’ordinanza di rinvio e la sua motivazione in relazione alle condizioni di ammissibilità.

Che l’ordinanza di rinvio pregiudiziale debba essere motivata è cosa piuttosto ovvia. La Legge di delega era silente in proposito, e il Decreto attuativo altro non ha fatto che specificare tale ovvietà. Altrettanto ovviamente la motivazione si incentrerà sulla rappresentazione sintetica della sussistenza delle condizioni necessariamente concorrenti.

a) La condizione della “serialità” (n. 3 dell’art. 363-*bis*, comma primo: che la questione sia “suscettibile di porsi in numerosi giudizi”) è quella ove maggiore può essere l’apporto informativo del giudice rimettente, supportato eventualmente dall’ufficio del processo o dalle interlocuzioni con altre sezioni e tribunali. Ma, conformemente alle funzioni della giurisdizione consultiva e ad un suo certo grado di elasticità, non si può escludere che la Suprema Corte, *rectius* il Primo presidente, supportato a sua volta dall’Ufficio del Massimario o dalla Procura Generale, ravvisi indizi di possibile “serialità” non indicati dalla ordinanza ed ammetta il rinvio, ma anche ed al contrario che non trovi plausibili quelli indicati dal giudice del merito.

La condizione della “serialità” affida al Primo presidente un indubbio margine di discrezionalità. Ma al contempo, ben esprime la fondamentale *intentio* legislativa: il rinvio pregiudiziale non deve essere solo un modo per disimpegnare il singolo giudice dalle difficoltà interpretative, ma deve giovare tangibilmente *pro futuro*. Svapora insomma pur se non scompare del tutto l’*ubi consistam* che fu e che in larga misura è ancora del rinvio pregiudiziale “comunitario”: una corte sovranazionale specializzata che aiuta i giudici nazionale a muoversi nei meandri di un diritto nuovo e diverso.

Certo è che la condizione della “serialità” è quella che più si presta alla scelte di politica giudiziaria del Primo presidente e perciò all’allargamento o restrizione delle maglie; politica giudiziaria che per altro difficilmente si esprimerà in termini accuratamente motivazionali nei decreti di non ammissione, i quali saranno verosimilmente laconici e assertivi. Posto che era arduo concepire, senza implicare ulteriori dubbi, espressione normativa più specifica di quel che è, si contrapporranno agli estremi un modo rigorosamente letterale di intenderla giusto il quale ad esempio una questione interpretativa di disposizione processuale è sempre per definizione “suscettibile di porsi in numerosi giudizi”, e viceversa un modo per così dire maggiormente funzionale: la “numerosità” andrebbe intesa con riguardo ad una “serie” omogenea e cioè ad un rilevante settore di contenzioso con connotazioni sostanziali e “di merito” identiche, solo in tal caso — e perfino a protezione della stessa Suprema Corte da un aumento futuro del carico di lavoro in sede impugnatoria — giustificandosi la momentanea compressione sospensiva delle esigenze di tutela dei singoli nel giudizio *a quo*. Ed in talune ipotesi potrà ancora accadere che la condizione della “serialità” (e la relativa esigenza economica) si imponga a tal punto da abbassare l’asticella della condizione della gravità o difficoltà del dubbio interpretativo o anche quella della condizione di “novità” della questione ⁽⁸⁾. Staremo a vedere.

⁽⁸⁾ La fervida fantasia dei nostri avvocati, specie quelli delle regioni più

b) La condizione di cui al n. 1 del comma primo è in realtà duplice: “rilevanza” e “novità” della questione.

La motivazione della ordinanza dovrà dunque enunciare o rendere percepibile anzitutto il profilo di rilevanza della questione e cioè che essa sia effettivamente “necessaria alla definizione anche parziale del giudizio”. Questo profilo condizionante — esso pure scontato ad evitare consultazioni semplicemente accademiche — non era appositamente enunciato come tale nella Legge di delega ed era semmai esplicitato in termini più generici nell’esordio del principio (lett. g)) e quale etichetta funzionale del nuovo istituto: “il giudice del merito quando deve decidere una questione...”. La maggior specificità della enunciazione attuativa, quale apposita condizione di ammissibilità del rinvio, non deve ovviamente indurre a limitazioni che tradiscano la evidente funzionalità del meccanismo: perciò per “definizione anche parziale del giudizio” dovrà intendersi la decisione non solo su qualunque questione di merito, pur se

soleggiate, è sempre all’erta onde escogitare contenzioni seriali, i quali non potendo, per la sostanziale inefficienza della corrispondente legislazione, incanalarsi sui binari della *class action* all’italiana, piovono sui (o sono perfino attratti come mosche dai) nostri giudici di pace (e non solo); il che — anche a tacere di episodi poco commendevoli di raccolte di procure fasulle alle feste dei santi patroni — è favorito dal relativamente basso costo delle micro-liti in Italia (negli States accade tutt’altro donde una delle ragioni della affermazione concreta della *class action*). Una volta è stata la mancata consegna degli elenchi telefonici ed il conseguente “gravissimo” pregiudizio per chi non ha potuto consultarli, altra volta il *black out* elettrico e l’ammuffimento conseguenziale di centinaia di migliaia di ovoline di bufala nei frigoriferi ... ma la fantasia non si ferma e non si fermerà. Ed ecco il pulviscolo di numerosissime cause più o meno identiche che si riversa o resta in attesa di riversarsi a seconda degli eventi sugli uffici di merito sparsi per il territorio (si consideri ad esempio che in occasione del noto *black out* elettrico del 2003, prima che la Cassazione avesse modo, all’esito del normale *iter* impugnatorio, di dire la parola definitiva, erano già centinaia di migliaia le cause seriali pendenti, ma soprattutto erano superiori al milione le causa potenziali ed in quiescenza a seguito di prudenziali lettere interruttive della prescrizione decennale).

Saranno questi i casi in cui il giudice rinviante (trovando poi sponda nel primo Presidente) potrà opportunamente lasciarsi sollecitare anzitutto ed in modo assorbente dalla impellenza di far intervenire subito la Suprema Corte a turare, nei limiti del possibile, la falla della “emorragia seriale”; e poi ravvisare una qualche questione di diritto a ciò idonea, anche non difficilissima, e perfino non nuova in astratto bensì nuova perché coinvolta in una nuova e particolare vincenda contenzioso così diffusa.

neppure parzialmente “definitoria” in senso proprio, parzialmente definitoria (ad es. una decisione sulla legge applicabile o sull’efficacia della prova), ma anche la decisione di questione di rito.

Quanto all’altro profilo condizionante, riconducibile al n. 1, l’ordinanza potrà limitarsi semplicemente enunciare che la questione “non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione”; pretendere di più sarebbe pretendere dal giudice del merito una asseverazione negativa e spetta invece al Primo presidente (sempre con il supporto di cui sopra) constatare il contrario. Piuttosto vi è che il d.lgs. ha sostituito con “risolta” l’aggettivo “affrontata” contenuto nella Legge di delega. È un veniale e tollerabilissimo correttivo o se si vuole un chiarimento di ciò che era solo impreciso. Ma è un chiarimento non da poco sul piano concreto: il giudice del merito potrà — e questa volta dovrà motivare con maggior precisione indicando i riferimenti alla pregressa giurisprudenza della Cassazione — ben rimettere questione nominalmente “affrontata” ma tutt’altro che “risolta” perché oggetto di perdurante contrasto all’interno della Suprema Corte; e se particolarmente consapevole, ed ancor qui adeguatamente motivando, potrà attraverso il rinvio riferito a fattispecie concreta segnalare i dubbi che tuttora permangano perfino dopo una pronuncia delle Sezioni Unite, a causa della oscurità intrinseca della medesima o della oggettiva questionabilità riguardo alla riconduzione della nuova fattispecie a quel principio di diritto. L’ultima parola, prima che si avvii la funzione consultiva della Corte, spetterà del resto al Primo presidente ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ La giurisprudenza francese è a riguardo tendenzialmente più severa circoscrivendo la “novità” della questione soprattutto alla interpretazione di un testo di legge nuovo (*Avis de la Cour de cassation* 14 giugno 1993, n. 09-30.006, *Bull.*, 1993, *avis*, n. 5), nonché escludendo che la *saisine* possa servire a sollecitare un *revirement* giurisprudenziale o a risolvere un contrasto di giurisprudenza (*Avis de la Cour de cassation*, 27 aprile 2000 n. 02-00.004 *Bull.* 2000, *avis*, n. 2).

Che anche il nostro rinvio pregiudiziale non possa servire a sollecitare il mutamento di giurisprudenza della Cassazione deve tendenzialmente affermarsi. Ma la questione concernente l’attualità di un principio di diritto remoto a fronte

Vi sono — sempre riguardo alla condizione in discorso — altre due divergenze lessicali fra il testo dell'art. 1, comma nono, lett. g) della legge di delega (il quale dunque non si è rivelato affatto integralmente *self executing* come all'indomani della sua emanazione si è detto) ed il nuovo art. 363-*bis*. È scomparso in quest'ultimo il requisito della “particolare importanza” della questione. Si tratta forse di soppressione più apparente e formale che reale: si è evidentemente preso atto che almeno di regola la “particolare importanza” o coincide con la stessa “serialità” potenziale della questione, ovvero coincide con la “gravità” delle “difficoltà interpretative” e cioè con l'ulteriore condizione di cui al n. 3 dell'art. 363-*bis*, comma primo. In realtà la vera ragione della soppressione formale — tutt'altro che disinvoltamente adottabile, visto che la espressione soppressa era contenuta nella delega — risiede in ciò che la sua conservazione da un lato avrebbe rimesso al Primo presidente un potere di selezione dei rinvii fin troppo discrezionale, e soprattutto, in caso di ammissione del rinvio, ne avrebbe comportato, per coerenza rispetto al criterio *ex art. 374 c.p.c.*, la immancabile destinazione alle Sezioni Unite; mentre il legislatore, vuoi il delegante che il delegato, ha inteso, come fra breve vedremo, lasciare aperta anche l'assegnazione alla sezione semplice.

Meramente apparente è anche la scomparsa dalla condizione di cui al n. 1 del carattere “esclusivamente di diritto” della questione (così l'art. 1, comma nono, lett. g), 1.1 della legge di delega). Questo connotato è giustamente riportato letteralmente *in apicibus*, e cioè all'inizio dell'art. 363-*bis*, al momento in cui si definisce l'oggetto del rinvio. È naturale che alla Cassazione non possano essere rinviate questioni di fatto,

della evoluzione del contesto socio-economico o del contesto giurisprudenziale complessivo può con ogni probabilità essere ammessa (nel concorso delle altre condizioni) desumendosi da quella evoluzione la sua novità (apertura analoga in Francia da parte del *Conseil d'État*, e relativamente a *saisine* a questo indirizzata: v. D. GARREAU ed altri; *La saisine pour avis des juridictions suprême* in www.seban-associes.avocat.fr).

bensi solo *quaestiones iuris*, comprese quelle di qualificazione giuridica dei fatti. E la Cassazione assumerà tal quale la situazione di fatto che il giudice di merito le avrà rappresentato nella ordinanza di rinvio siccome necessaria o utile alla stessa posizione e comprensione della *quaestio*, ed in mancanza di ciò nei congrui casi il Primo presidente potrà ritenere inammissibile il rinvio per incomprendibilità o indeterminatezza della domanda. Si tratta della medesima dinamica che caratterizza il rapporto fra giudice nazionale e Corte di giustizia, ove la riserva al giudice nazionale è estesa, oltre che alla rappresentazione se necessario della situazione di fatto, anche alla rappresentazione della situazione di diritto interno ⁽¹⁰⁾. E come in quel caso — lo si è già rilevato — spetta al giudice che effettua il rinvio stabilire quale sia il momento opportuno per effettuar-

⁽¹⁰⁾ Affinché possa porsi alla Corte di giustizia la questione interpretativa di disposizione unionale nella frequentissima ed ormai invalsa formulazione ellittica (funzionale alla eventuale successiva disapplicazione di disposizione interna innanzi al giudice nazionale): “se la disposizione nazionale X, nella parte in cui prevede A, contrasti meno con la disposizione unionale Y”. Ove alla Corte di giustizia non è dato ovviamente immutare l’interpretazione (XA) della disposizione nazionale rappresentata dal giudice *a quo*, come non sarebbe dato assumere fatti materiali diversi da quelli che il giudice nazionale all’occorrenza le abbia rappresentato nel formulare la questione interpretativa.

Nella logica del nostro rinvio pregiudiziale la ripartizione di funzioni riguarda ovviamente solo la riserva al giudice *a quo* della enunciazione dei fatti utile alla formulazione della *quaestio iuris*, ed alla Cassazione della risposta in diritto. Ma poiché entrambi sono giudici nazionali, con pari consuetudine e dimestichezza rispetto alle dinamiche concrete dei contenziosi nazionali, e sebbene la Cassazione non sia giudice del fatto, e sebbene ancora il “rinvio degli atti” di cui dice letteralmente l’art. 363-*bis* comma primo, sia espressione puramente virtuale, come la “restituzione degli atti” di cui al successivo comma quinto, e non comporti a mio avviso necessariamente trasmissione di fascicolo (per carità semplifichiamo le cose!), non può escludersi che l’ordinanza di rinvio, oltre a rappresentare fatti utili alla comprensione della *quaestio iuris* e della sua rilevanza, sia corredata di un qualche allegato rappresentativo di quei fatti. E non si può — credo — categoricamente escludere che la Cassazione (o già il Primo presidente) constatino in casi estremi, alla luce degli allegati o della intrinseca contraddittorietà dell’ordinanza, la insussistenza o diversità dei fatti in essa rappresentati e ne deducano la irrilevanza della *quaestio iuris*, ovvero che la Suprema Corte, e sempre in casi eccezionali, adegui la risposta in diritto e, affinché essa sia davvero funzionale, esplicitamente o implicitamente corregga la rappresentazione dei fatti rilevanti per la sua soluzione alla luce di quanto le è stato dato di percepire.

lo, perfino prima di aver raggiunto un definitivo convincimento sull'accertamento dei fatti; tanto più vista la frequente penetrazione fra le due ideali premesse del sillogismo giudiziale e la necessità sovente che la previa definizione della *quaestio iuris* orienti l'indagine compiuta sui fatti (da soggiungere nuovamente, però, che difficilmente la Suprema Corte sarà disposta ad accettare rinvii pregiudiziali puramente astratti ed ipotetici). Conseguenza di ciò — ed in definitiva della circostanza che il nostro processo di merito non avanza a compartimenti stagni e fino alla sentenza definitiva il giudicante è sempre libero, salva la *Selbstbindung* connessa alle pronunce non definitive e parziali, di cambiare idea — è che in linea di principio, e nuovamente come *mutatis mutandis* può accadere in caso di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, il responso pregiudiziale della Suprema Corte potrebbe rivelarsi, una volta che il processo di merito sia ripreso, vincolante solo in astratto ed in realtà divenuto privo di rilevanza a seguito del mutato convincimento sul quadro fattuale.

Su diverso piano non può escludersi la possibilità che il Primo presidente e la Suprema Corte, sollecitati dal giudice del merito, si dimostrino in qualche occasione, e visto che non si sta attivando la funzione impugnatoria della Cassazione, disponibili a considerare con maggiore elasticità i limiti di ciò che è una questione di diritto: proprio perché, insomma, nel rinvio pregiudiziale entra in campo, dal punto di vista della Corte, il perseguimento dello *ius constitutionis* in modo quasi-puro e nella particolare prospettiva “seriale” (e non la trita, fallace ma incombente, contrapposizione fra questo e lo *ius litigatoris*) sarà anche possibile, in qualche particolare occasione, che allo *ius constitutionis* la Corte riconduca, senza troppe ritrosie e dubbi su ciò che è fatto e ciò che è diritto, ad esempio la consacrazione di una concreta e potenzialmente “seriale” inferenza presuntiva, oppure la compiuta ricostruzione di situazioni fattuali complesse con agganci pregnanti alla contingente realtà concreta e dunque un poco al di là della normale specificazione interpretativa delle previsioni normative generali e astratte dei fatti.

c) Quanto alla condizione di cui al n. 2 dell'art. 363-*bis*, comma primo — “la questione presenta gravi difficoltà interpretative” — il legislatore delegato ne arricchisce il contenuto, rispetto al *wording* della Legge delegante, manovrando nel comma seguente proprio sull'obbligo motivazionale e precisando che esso deve in proposito estendersi alla “specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili”. Posto che la “gravità” della difficoltà interpretative è predicato eminentemente relativo e idoneo semmai a respingere in *limine* rinvii pregiudiziali puramente capricciosi che ben raramente — speriamo — si verificheranno, la richiesta di specificazione delle alternative interpretative è più che altro una superfetazione, intesa semmai appunto a richiamare i giudici di merito a rinviare non a cuor leggero bensì dopo riflessione accurata. Ma non è ovviamente il mancato esplicito rispetto di quell'obbligo motivazionale che potrà impedire al Primo presidente di ammettere il rinvio quando l'alternativa interpretativa è implicitamente percepibile (ad esempio attraverso il richiamo di un contrasto di giurisprudenza o attraverso l'obbligato aut-aut fra due soluzioni ermeneutiche in relazione al profilo di rilevanza segnalato dal giudice *a quo*); né potrà impedire alla Suprema Corte di rispondere al rinvio imboccando nei congrui casi una terza via ermeneutica. Come nel caso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, anche in questa ipotesi di *Richterklage*, e cioè di domanda da giudice a giudice, la corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato si attegga insomma in modo del tutto peculiare ⁽¹¹⁾.

5. Il procedimento innanzi alla Suprema Corte: la fase di ammissione del rinvio pregiudiziale.

La cancelleria del giudice *a quo* trasmetterà l'ordinanza a quella della Suprema Corte e contestualmente la comunicherà alle parti (art. 363-*bis*, comma secondo) ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. sul punto A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit. 52 ss.

⁽¹²⁾ Su significato a mio avviso solo virtuale e simbolico da attribuire nelle

La mancanza anche di una sola delle condizioni predette — constatabile dalla motivazione o dalla mancanza di motivazione della ordinanza ovvero, e nei termini sopra segnalati, anche *aliunde* — indurrà il Primo presidente, entro 90 gg. dalla trasmissione della ordinanza di rinvio, a dichiarare con decreto la “inammissibilità della questione” (*rectius*: del rinvio pregiudiziale).

Altrimenti ed entro lo stesso termine la questione sarà assegnata alla sezione semplice o alle Sezioni unite (art. 363-*bis*, comma terzo). Si è prudenzialmente consentita, fin dalla Legge di delega, questa alternativa, senz'altro utile nel caso di un profluvio di rinvii ammissibili. Se tale profluvio non sopravverrà — come è ben immaginabile e come non vi è stato in Francia — l'intervento delle Sezioni unite sarà nella larga maggioranza dei casi senz'altro auspicabile. *De iure* si tratta comunque di scelta rimessa alla discrezionalità vincolata del Primo presidente, orientata invariabilmente dai medesimi criteri di cui all'art. 375 c.p.c. in quanto compatibili.

6. *Segue: la trattazione e la decisione.*

Sulle modalità decisorie della *quaestio* la legge di delega imponeva opportunamente — ed il legislatore delegato ha ottemperato (vedi l'art. 363-*bis*, comma quarto) — la pubblica udienza, con facoltà di memorie delle parti e discussione orale. Il legislatore delegante (v. l'art. 1, comma nono, lett. g), n. 4) commetteva alla stessa Corte la fissazione del termine per la memoria. Il delegato ha semplificato — tutto sommato dunque rientrando tale innocua rettifica nei limiti del mandato alla luce del generale criterio di semplificazione e razionalizzazione *ex* art. 1, comma primo della legge di delega — ed ha rinviato al termine fisso di cui all'art. 378; termine che l'art. 3, comma ventisettesimo, lett. d) dello stesso d.lgs. porta ora da cinque a dieci giorni prima dell'udienza. Al termine di venti giorni

espressioni “rinvio degli atti” e “restituzione degli atti”, di cui rispettivamente ai commi primo e quinto all'art. 363-*bis*, v. *supra* la nota 10.

prima dell'udienza, di cui al nuovo comma primo dello stesso art. 378, ci si dovrà evidentemente riferire per la "requisitoria scritta" del pubblico ministero. La quale però, nel caso di rinvio pregiudiziale, parrebbe obbligatoria e non facoltativa: vuole così il buon senso, vista oltretutto la prevedibile rarità dei casi, e pur nel dubbio aperto dal nuovo art. 363-*bis*, comma quarto, che si limita alla espressione "con la requisitoria scritta del pubblico ministero".

Nulla si dice della forma della decisione. Si dice solo che la Corte "pronuncia" e nel pronunciare fissa ovviamente un "principio di diritto" solutorio della questione sottopostale. Posto che la faccenda è al postutto di schietta lana caprina, non vedrei difficoltà alcuna ad immaginare che, del tutto nuovo essendo per il nostro sistema il meccanismo del rinvio pregiudiziale, la forma della pronuncia sia una forma apposita (proprio come l'"*avis*" della Cassazione francese) e di quarto tipo rispetto al trio sentenza-ordinanza-decreto, consistente nella sola fissazione del principio di diritto, preceduta ovviamente dagli argomenti motivazionali comprensivi della sintetica esposizione dell'accaduto processuale e cioè della sottoposizione della questione e del contesto processuale da cui essa proviene.

7. L'efficacia del responso pregiudiziale.

Quanto agli effetti del principio di diritto così fissato, il comma sesto del nuovo art. 363-*bis* riproduce i dettami tradizionali degli art. 384 e 393 c.p.c. Il principio di diritto è così vincolante "nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione" e dunque per il giudice *a quo* e per quelli dei successivi gradi di impugnazione, Cassazione compresa⁽¹³⁾. E come accade in caso di cassazione con rinvio il vincolo sarà aggirabile solo a seguito di *ius superveniens*, ovvero attraverso

⁽¹³⁾ Nessuna efficacia vincolante *de iure* è prevista in Francia quanto al responso della Cassazione alla "*saisine pour avis*", e ciò di conserva con la tradizione francese e con il retaggio genetico di un originario *Tribunal de cassation* che cassava e mandava senza azzardarsi neppure a fissare un principio di diritto interpretativo.

il rinvio incidentale sempre possibile alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia. La differenza fondamentale è che in sede di rinvio pregiudiziale la Corte fissa il principio di diritto in relazione ad un quadro fattuale concreto rappresentato nella ordinanza di rimessione ma non ancora definitivamente accertato, donde la già cennata possibilità che la modifica di quel quadro, nel prosieguo del giudizio principale, comporti indiretta erosione o svilimento del principio di diritto.

In tutto identica pare invece la portata della efficacia vincolante del principio di diritto, vuoi a seguito di rinvio pregiudiziale (v. sempre il comma sesto dell'art. 363-*bis*) vuoi a seguito di cassazione con rinvio, ove il giudizio si estingua: nel nuovo processo reinstaurato fra le stesse parti con la riproposizione della “medesima domanda” potrà infatti ben accadere, indifferentemente nell'una o nell'altra delle due ipotesi in discorso, che il quadro degli accertamenti fattuali muti.

Erga omnes il responso al rinvio pregiudiziale varrà, come ogni altro principio di diritto fissato dalla Cassazione, per la sua maggiore o minore efficacia persuasiva di precedente ⁽¹⁴⁾. Nel caso in cui il responso provenga dalla Sezioni Unite esso rivestirà anche, per la sezione semplice della S.C. investita della medesima *quaestio*, la particolare efficacia “semi-vincolante”, e però *de iure*, prevista dall'art. 374, comma terzo. Il fatto che

⁽¹⁴⁾ Le preoccupazioni di M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.* 2022, 197 ss. 201 ss. riguardo ad un fantomatico vincolo preclusivo rilevante in ogni successivo giudizio, non hanno all'evidenza alcun fondamento (in tal senso giustamente B. CAPPONI, *La nomofiliachia* tra equivoci ed autoritarismi, in *judicium.it*, 6 luglio 2022, nota 33).

Più in generale l'atteggiamento critico di M. FABIANI e di altri riguardo al nuovo istituto mi parte alquanto affrettato (assai più equilibrata la posizione, ad esempio, di G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *judicium.it*, 10 dicembre 2021, alcuni spunti critici del quale, riferiti alla Legge di delega, sono poi superati dal testo dell'art. 363-*bis*). Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione è una delle pochissime cose non dannose e perfino utili di una complessiva riforma impostaci come medicina dall'alto (e poi tradotta in gocchine omeopatiche con qualche stilla di veleno). Che poi sia solo modestamente utile (né più e né meno di quanto è stata in Francia la *saisine pour avis*) è ovvio, ed era ben chiaro anche ai suoi ideatori.

l'art. 374, ai precedenti due commi non sia stato modificato con la menzione, fra i casi di decisione a Sezioni Unite, di quello riconducibile al nuovo art. 363-*bis*, non è buona ragione per escludere la portata generale del terzo comma e la sua vocazione espansiva ricomprendente anche il “nuovo” principio di diritto in risposta a rinvio pregiudiziale.

Quanto alla efficacia normalmente “persuasiva” *erga omnes* del principio di diritto fissato in risposta ad un rinvio pregiudiziale, essa potrà essere potenziata o meglio “caratterizzata” in una possibile ipotesi cui si è già fatto cenno: quando la Suprema Corte, particolarmente immedesimata nella percepibile “serialità” della questione, la risolva diffondendosi in motivazione nel delineare con significativa specificità la ipotetica situazione fattuale, seriale appunto, cui la soluzione in diritto è destinata ad applicarsi, così in qualche modo riducendo *pro futuro* le possibilità del *distinguishing* (e dunque del riscontro che il suo precedente non è in realtà in termini), ovvero indirizzando già *a priori* un tale *distinguishing*. Il quale *distinguishing*, invece, in caso di normale precedente della Cassazione si opera di solito, con maggiori spazi di manovra, confrontando il quadro fattuale concreto cui il pregresso principio di diritto si riferiva con il quadro fattuale concreto del nuovo giudizio, e non già confrontando quest'ultimo con un quadro fattuale pur sempre ipotetico e astratto assunto nel precedente determinatamente in vista di possibili casi analoghi, come invece accadrebbe nel caso particolare di responso pregiudiziale che sto immaginando; (si pensi ad esempio ad un responso pregiudiziale a questione di diritto che riguardi la responsabilità medica per omessa o ritardata diagnosi di altra patologia a causa delle restrizioni da Covid, e ad una Corte che voglia, a scanso di equivoci, destinare la soluzione offerta, magari particolarmente compromissoria, ad una “serie” ben determinata di controversie, e dunque precisi dettagliatamente quali “altre patologie”, quali “restrizioni” ed eventuali altri elementi fattuali di contesto).

Il responso pregiudiziale godrà — senza necessità di appo-

sita previsione — della pubblicità di una qualsivoglia altra pronuncia della Suprema Corte e spetterà al competente Ufficio massimarne il contenuto con la ovvia precisazione che si tratta di un responso pregiudiziale. Sul piano del fatto l'eco mediatica, specialistica e comune, sarà verosimilmente, soprattutto nelle prime applicazioni, maggiore.

Importante è segnalare che il d.lgs. (art. 4, comma sesto, lett. b)) introduce un nuovo art. 137-ter disp. att. c.p.c. ove è opportunamente prevista la pubblicazione “nel sito istituzionale della Corte, a cura del centro elettronico di documentazione”, dei provvedimenti che dispongono il rinvio pregiudiziale e dei decreti del primo presidente “ad esso relativi” e cioè sia di quelli di assegnazione sia di quelli di inammissibilità. Per il resto è auspicabile che i singoli uffici giudiziari ed i corrispondenti uffici del processo si organizzino nel modo più opportuno per la diffusione delle informazioni relative all'applicazione del nuovo istituto.

8. La sospensione del giudizio *a quo* (e la eventuale revoca della ordinanza di rinvio e sospensione).

A far data dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale e fino al decreto del Primo presidente che dichiara inammissibile il rinvio o alla pronuncia della Suprema Corte che risponde al medesimo il procedimento principale è sospeso: così espressamente ed immancabilmente la Legge di delega, all'art. 1, comma nono, lett. g), n. 5) ed il nuovo art. 363-bis, comma secondo, alla stregua del noto schema della cd. “sospensione impropria” comune alle ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Consulta o alla Corte di giustizia ed ad altre. Nessuna possibilità, dunque, di impugnazione della ordinanza di sospensione⁽¹⁵⁾, neppure mediante regolamento di competenza riserva-

⁽¹⁵⁾ Analogamente in Francia la *Chambre commerciale de la Cour de cassation*, 25 ottobre 2017, n. 16-22249, ha detto assolutamente inimpugnabile la decisione del giudice di merito di “*saisir ou de ne pas saisir la Cour de cassation d'une demande d'avis*” (così del resto chiaramente l'art. 1031-1 del *Code de procédure civile*, nonché l'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire*).

to dall'art. 42 c.p.c. ai soli provvedimenti di “sospensione propria” di cui all'art. 295 (la proposizione del regolamento sarebbe del resto pressoché demenziale perché il controllo sulla eventuale arbitrarietà del rinvio e della conseguente sospensione è comunque demandato al Primo presidente ed in tempi assai più rapidi). La sospensione non impedisce gli “atti urgenti e le attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale”: il comma secondo del nuovo art. 363-*bis*, nel silenzio tutt'altro che preclusivo della Legge di delega, ha opportunamente recepito il principio invalso per ogni caso di sospensione processuale e tratto dall'art. 48, comma secondo, e lo ha ampliato, del pari opportunamente, agli atti di istruzione “non dipendenti”.

Il che non esclude — come già rammentato — che proprio la prosecuzione dell'istruttoria possa dar luogo a situazione in cui muta il quadro degli accertamenti fattuali “presupposti” al rinvio, di guisa che esso appaia *a posteriori* al giudice rimettente come non più rilevante.

Può in tal caso — o anche nel semplice caso di *ius poenitendi* da parte del giudice del procedimento principale — l'ordinanza di rinvio essere revocata e con effetti sul procedimento in Cassazione? Direi proprio di sì: sul piano formale perché si tratta di ordinanza revocabile secondo il parametro generale *ex art.* 177 c.p.c., e sul piano sostanziale perché, alla luce dell'art. 101 Cost. e senza che possa qui giocare la risalente e sacrosanta esclusione della incostituzionalità del vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto (è altra storia) ⁽¹⁶⁾, non sembra dato alla Corte di cassazione o meglio alla semplice pendenza del procedimento *ex art.* 363-*bis* di impedire la signoria — ben inteso all'interno del grado che gli compete —

⁽¹⁶⁾ Su tale pregresso orientamento, relativo alla sicura costituzionalità del vincolo endoprocessuale *ex art.* 384 c.p.c., può tranquillamente fondarsi la piena costituzionalità anche del nuovo istituto e del vincolo endoprocessuale al responso pregiudiziale. *Ça suffit!*, perchè altrimenti mi verrebbero subito in mente Don Chisciotte e la Costituzione come libro di cavalleria della nota ed istruttiva *boutade* sattiaiana.

del giudice di merito sul giudizio di diritto. Perciò, revocata l'ordinanza di rinvio e pervenuta l'ordinanza di revoca alla Cancelleria della Suprema Corte, quest'ultima dichiarerà estinto il procedimento, a meno che non risolva di pronunciare comunque “nell'interesse della legge”, ma allora senza efficacia vincolante per il giudice *a quo*. Riterrei ammissibile — sebbene la idiosincrasia per le “direttive” *a priori* delle corti supreme dei paesi socialisti *d'antan* sia sempre dietro l'angolo — questa sobria applicazione estensiva dell'art. 363; in questo caso, o anche in quello in cui il Primo presidente o la Corte constatino *ex actis* e *prima facie* la totale irrilevanza della questione rispetto al singolo giudizio principale, ma altresì la sua evidentissima rilevanza “seriale” (17).

Esaurita la ragione sospensiva, il processo principale riprende con la “restituzione degli atti” dalla Suprema Corte al giudice di merito (così, ancora nel silenzio “aperto” della delega, il nuovo 363-*bis*, comma quinto) e perciò a seguito di iniziativa prosecutoria officiosa di quest'ultimo che fisserà l'udienza o incumbente necessario. La soluzione, che esclude la riassunzione ad istanza di parte, è estremamente opportuna rispetto ad una fattispecie sospensiva fortemente connotata da discrezionalità giudiziale e che comporta la rimessione alla Cassazione di questione di diritto che il giudice di merito dovrebbe altrimenti decidere senza indugi, rientrando ciò fra i suoi doveri fondamentali nei riguardi dei *justiciables*.

9. Rinvio pregiudiziale e contemporanea pendenza di giudizio sulla medesima questione innanzi alla Suprema Corte.

La Cassazione francese ha ritenuto inammissibile la “*saisine pour avis*” quando avente ad oggetto questione identica a

(17) Non oltre questi limiti — a mio sommo avviso — e nonostante l'attitudine non poco espansiva che la Suprema Corte ha mostrato nell'applicazione concreta dell'art. 363 (su cui v. da ultimo B. CAPPONI, *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, cit..)

quella di cui la medesima Cassazione sia già investita con un ordinario *pourvoi* ⁽¹⁸⁾.

Non credo lo si possa dire nei nostri lidi: nel concorso delle altre condizioni, non vedo come si possa non ravvisare la condizione della “novità” sol perché la Suprema Corte sta per sceverare la medesima questione interpretativa replicando ad un normale ricorso, ma *non lo ha ancora fatto*. Se il giudice del merito, dopo aver sentito le parti, ha ritenuto di vincolarsi da subito al principio interpretativo della Cassazione, così potenziando la tenuta in diritto della sua decisione, non gli si può precludere l’esercizio di tale facoltà sol perché *pro futuro* ed *erga omnes* (ma solo in via persuasiva e non vincolante per quel giudice) la funzionalità del rinvio pregiudiziale sarebbe comunque, più o meno a breve, assolta altrove. Che poi con ciò si schiuda la possibilità di un rinvio pregiudiziale strategicamente sollecitato dalla parte o dalle parti ed assentito dal giudice proprio allo scopo di evitare che la Cassazione si pronunci su questione nuova senza leggere ed ascoltare la voce dei difensori di quelle parti, non ha nulla di insano; anzi tutt’altro.

A mio avviso perciò, nella situazione data, il Primo presidente dovrà ammettere il rinvio e adoperare strumenti di coordinamento interno con il pendente giudizio ordinario (assegnazione alla medesima sezione ed al medesimo collegio, fissazione alla medesima udienza anche senza formale riunione).

10. Rinvio pregiudiziale al quadrato?

Un giudice del merito che rimettesse alla Suprema Corte questione di diritto, pur nuova e potenzialmente “seriale”, concernente la sussistenza o meno di un profilo di illegittimità costituzionale, ai fini della conseguente investitura della Consulta, oltre a fare qualcosa di davvero estroso, andrebbe incontro alla declaratoria presidenziale di inammissibilità. E ciò perché una questione siffatta non potrebbe mai presentare

⁽¹⁸⁾ *Cour de cassation*, Avis 22 ottobre 2012, n. 12-00.012, *Bull.*, avis, n. 9.

“gravi difficoltà interpretative”. Esse sarebbero escluse — vuoi quanto alla interpretazione e della norma ordinaria, vuoi quanto alla interpretazione (foss’anche “nuova” in relazione alla fattispecie concreta) della norma costituzionale parametro — dallo stesso carattere sommario della valutazione di semplice “non manifesta infondatezza” (non dunque soluzione *funditus* di entrambe le questioni interpretative) presupposta alla decisione di investire o meno la Consulta.

A più forte ragione la medesima reazione meriterebbe un giudice del merito che sottoponesse alla Suprema Corte una questione di pura interpretazione del diritto UE (sia pure funzionale a successiva disapplicazione di disposizione interna). La risposta del Primo presidente sarebbe, o dovrebbe essere: “hai uno strumento del pari facoltativo e canonico, ed è il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, per superare il dubbio interpretativo, *ergo* la questione non presenta per te, per definizione, gravi difficoltà”.

Posto ciò, non si può invece escludere che la Cassazione, investita di un rinvio pregiudiziale interpretativo di disposizione ordinaria nazionale, si ponga *ex officio* connessa questione pregiudiziale costituzionale o “comunitaria”. E non si può escludere dunque un conseguente rinvio sul rinvio alla altra Corte competente ⁽¹⁹⁾.

Sul piano della economia processuale la cosa è più che plausibile perché altrimenti la Cassazione dovrebbe rispondere segnalando al giudice *a quo* il binario di un nuovo rinvio e di una nuova sospensione, il che sarebbe palesemente diseconomico. Né può ragionevolmente negarsi, per ciò che interessa rispettivamente alla Corte costituzionale ed alla Corte di Giustizia, che la Cassazione eserciti in sede di rinvio pregiudiziale

⁽¹⁹⁾ Naturalmente, ove si tratti ad esempio di verificare, ai fini del responso da rendere al giudice del merito, se la nuova o fortemente questionabile disposizione X, qualora interpretata nel modo A, regga o meno al vaglio di conformità con il diritto UE, la Cassazione non avrà certo bisogno o obbligo di interpellare la Corte di Giustizia ove possa far ricorso ad un precedente di quest’ultima o alla “*theorie de l’acte clair*”.

funzione prettamente giurisdizionale, riferita a controversia concreta e con effetti (la fissazione di principio di diritto vincolante) equivalenti a quelli conseguenti alla sua funzione impugnatoria.

11. L'entrata in vigore.

Resta da dire della entrata in vigore e della utilizzabilità *ratione temporis* del nuovo meccanismo. E qui soccorre [soccorreva, come fra breve si vedrà] disposizione transitoria (l'art. 35, comma ottavo, del d.lgs., che tuttavia, di per sé considerata, detiene forse la palma del dettato più equivoco tra quelle degli ultimi decenni: “Le disposizioni di cui all'art. 363-*bis* del codice di procedura civile si applicano ai procedimenti di merito pendenti alla data del 30 giugno 2023”).

Niente paura. Basta ipotizzare, nella nebbia, i possibili significati che abbiano un qualche aggancio letterale con la disposizione transitoria e scartare quelli palesemente irrazionali rispetto al contenuto ed alla funzione del nuovo istituto. Si scarta subito, perché manifestamente incongrua, l'interpretazione per così dire ultra-letterale, secondo cui il rinvio pregiudiziale sarebbe effettuabile solo nel corso di un giudizio di merito già pendente alla data del 30 giugno 2023: se così fosse il nuovo istituto sarebbe destinato a morire giovane come Violetta al terzo atto della Traviata.

Da scartare anche la diversa, e pur semplificatoria, interpretazione secondo cui il rinvio pregiudiziale potrebbe essere effettuato solo nel corso di giudizi di merito divenuti pendenti successivamente alla data del 30 giugno 2023: non si intenderebbe allora perché il legislatore abbia sentito la necessità di dettare il comma ottavo e non si sia accontentata della piana e semplice, nonché consueta, espressione del comma primo del medesimo art. 35, valevole come regola generale secondo cui le nuove disposizioni processuali introdotte dal decreto, “salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 30 giugno e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data”.

Non resta che la terza via, che è quella di leggere il comma ottavo proprio come integrativo-derogatorio del comma primo (il risultato finale si sarebbe potuto ottenere ovviamente in modo molto più semplice): ai sensi del comma primo, dunque, le nuove norme sul rinvio pregiudiziale — come, salve deroghe, ogni altra del d.lgs. — saranno sicuramente applicabili a partire dal 30 giugno 2023 nel corso di giudizi che diverranno pendenti dopo quella data; il comma ottavo tuttavia — rappresentando deroga non a siffatta portata del comma primo bensì al suo complementare disposto secondo il quale “ai procedimenti pendenti alla data del 30 giugno 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti” — fa sì che il rinvio pregiudiziale possa essere effettuato, sulla base delle nuove norme e purché sempre e solo a partire dal 30 giugno del 2023, anche nel corso di un giudizio di merito instaurato prima di quella data ed ancora pendente.

Inteso in tal modo il combinato disposto fra i due commi è anche conforme all'impostazione di massima della regolazione transitoria voluta dall'art. 35, rispetto questa volta ad un singolare istituto che coinvolge sia il giudice di merito sia la Corte di cassazione. Da un lato infatti la novellazione della disciplina dei procedimenti innanzi alla Suprema Corte è vocata ad una più immediata operatività (fin dal 1 gennaio 2023: v. i commi sesto e settimo dell'art. 35) ed è dunque comprensibile che la stessa Suprema Corte possa essere coinvolta, sia pure non per via impugnatoria, da regole nuove anche in relazione ad un giudizio di merito “vecchio” e cioè governato in generale da quel che sarà il suo “vecchio rito”. D'altro lato però l'iniziativa del rinvio pregiudiziale è assunta anzitutto dal giudice del merito e con effetti immediati sul giudizio di merito ed è dunque comprensibile che essa, sulla base delle nuove norme, possa essere assunta solo dopo il fatidico 30 giugno e cioè solo dopo che tutte le altre nuove norme sul giudizio di merito diverranno operative.

Il tutto a meno di sorprese dell'ultima ora circa l'entrata in vigore della Novella nel suo complesso, essendo già alle viste una anticipazione al 28 febbraio 2023 della data del 30 giugno.

E per l'appunto al momento in cui ho corretto le bozze di questo saggio la Legge 29 dicembre 2022, n. 197 (oltre a prevedere l'improvvida e sorprendente anticipazione generale, e salve deroghe, al 28 febbraio 2023) ha corretto a propria volta il comma ottavo, divenuto comma settimo, dell'art. 35 del dlgs. n. 149/2022, e con un tratto di penna ha reso in parte "storico" ed ormai in parte superato (e forse – sia consentita la civetteria – utile proprio a quest'ultimo legislatore) il paragrafo finale del saggio.

“Le disposizioni dell'articolo 363 bis del codice di procedura civile” — si dice ora — “si applicano anche ai procedimenti di merito pendenti alla data del 1° gennaio 2023”.

Il pasticcio tuttavia non è del tutto risolto, perché il nuovo comma settimo va comunque e pur sempre coordinato con il comma primo dell'art. 35, e per farla breve, siccome le date sono diverse (28 febbraio 2023 nel comma primo e 1° gennaio 2023 nel comma settimo), vi è il rischio che quell'”anche risulti comunque pleonastico o irrazionalmente riduttivo.

Il modo più semplice per coordinare i due disposti, anche alla luce di quanto in precedenza osservato, mi sembra però e in definitiva quello di dire che, a partire dal 1° gennaio 2023 il rinvio pregiudiziale può essere effettuato da qualunque giudice di merito vuoi che esso applichi il “vecchio rito” (giudizio divenuto pendente prima del 28 febbraio) vuoi che applichi il “nuovo rito” (giudizio divenuto pendente dopo il 28 febbraio).

ABSTRACT: La recente ultima riforma della giustizia civile ha introdotto nel sistema del codice di rito (art. 363-bis c.p.c.) il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale di questione di diritto alla Corte di Cassazione. Se ne analizzano le caratteristiche e le dinamiche sia dal punto di vista del giudice di merito che da quello della Suprema Corte.

ABSTRACT: *The latest civil justice reform has introduced in the civil procedure code system (art. 363-bis Codice di procedura civile) the new legal institute of the request for a preliminary ruling on a matter of law by the Supreme Court. Its characteristics and dynamics are here analysed both from the point of view of the trial court and from the point of view of the Supreme Court.*