



ISSN 2533-0632

Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

1° dicembre 2023

ANTONIO BRIGUGLIO

Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. - quarta puntata

Seguitano - assai istruttivi - i decreti della Prima Presidenza sul rinvio pregiudiziale.

Questa volta (decreto 6-7.9.2023) il quid iuris al quadrato, e cioè concernente lo stesso istituto del rinvio pregiudiziale, riguarda la sorte dell'ordinanza del giudice a quo emanata senza aver "sentito le parti".

ISSN 2533-0632



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**

**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE****LA PRIMA PRESIDENTE**

1. – Nel corso di un giudizio civile volto a far dichiarare la nullità parziale di un contratto di mutuo ipotecario bancario, stipulato con un istituto di credito, a causa della mancata indicazione della modalità di ammortamento (nel caso di specie, “alla francese”), della mancata pattuizione espressa del regime finanziario di capitalizzazione adottato (nella vicenda in esame, “composto”) e della mancata pattuizione ed indicazione della modalità di calcolo degli interessi passivi, con una lamentata divergenza tra il tasso annuo nominale contrattualmente indicato e quello (maggiore) concretamente applicato, il Tribunale di Salerno, con ordinanza emessa il 19 luglio 2023, ha disposto il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione, ai sensi dell’art. 363-*bis* cod. proc. civ., introdotto dal d.lgs. n. 149 del 2022, per la risoluzione di una questione di diritto in tema di contratto di mutuo bancario.

La questione è quali conseguenze derivino dalla omessa indicazione, all’interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione “composto” degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del tasso annuo nominale (TAN), nonché della modalità di ammortamento “alla francese”: in particolare, se tale carenza di espressa previsione negoziale possa comportare l’indeterminatezza o l’indeterminabilità del relativo oggetto, con conseguente nullità strutturale in forza del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, secondo comma, cod. civ., nonché – stante la specialità della materia bancaria, soggetta alla disciplina del d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB) – la violazione delle norme in materia di trasparenza e, segnatamente, di quella di cui all’art. 117, comma 4, TUB, che impone, sotto pena di nullità, che i





contratti indichino il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

Si tratta, in particolare, di stabilire, con riguardo al piano di ammortamento alla francese, se il finanziamento sia viziato per la indeterminatezza delle condizioni pattuite, sotto differenti aspetti: l'omessa pattuizione del regime di capitalizzazione composta in luogo del regime di capitalizzazione semplice, che si afferma essere prescritto dall'art. 821 cod. civ., e l'applicazione al finanziamento di un tasso effettivo differente e maggiore rispetto al TAN pattuito.

2. – L'ordinanza di rinvio pregiudiziale è stata pubblicata nel sito istituzionale della Corte, a cura del Centro elettronico di documentazione, e iscritta alla Cancelleria centrale civile, prendendo il numero di registro generale 15340 del 2023.

3. – Il rinvio pregiudiziale è stato disposto dal Tribunale di Salerno senza aver sentito preliminarmente le parti sul punto.

L'ordinanza di rimessione, invero, non dà conto della previa attivazione del contraddittorio, nell'osservanza di quanto prescritto dal primo comma dell'art. 363-*bis* cod. proc. civ.; e una delle parti del giudizio *a quo* – l'istituto di credito convenuto – con una nota rivolta alla Corte, depositata il 2 agosto 2023, alla segnalazione che l'ordinanza è stata adottata senza la preventiva audizione dei contendenti ha fatto seguire la richiesta di declaratoria della nullità del provvedimento che ha disposto il rinvio.

La disciplina introdotta dalla riforma non precisa quale sia la conseguenza della mancata attivazione del contraddittorio, né rispetto

all'ordinanza di rinvio emessa senza audizione né rispetto all'*iter* successivo del rinvio presso la Corte di cassazione.

La dottrina ha espresso varie posizioni al riguardo.

Secondo una prima lettura, l'ordinanza di rinvio disposta senza aver prima sentito le parti sarebbe irrimediabilmente nulla, giacché emessa in violazione del principio del contraddittorio, con una lesione *in re ipsa* che deriverebbe dall'effetto sospensivo automatico scaturente dal deposito del provvedimento e dall'impossibilità per le parti di interloquire con il Primo Presidente. Ancorché all'apparenza il previo contraddittorio non sia sanzionato da alcuna previsione normativa, alla relativa omissione dovrebbe far seguito, in quest'ordine di idee, l'inammissibilità del mezzo, non potendo il rinvio esaurirsi in una forma di collegamento da un giudice all'altro senza effettivi poteri e diritti garantiti in capo alle parti.

Secondo una diversa opinione, il difetto di contraddittorio dinanzi al giudice del merito non sarebbe motivo di inammissibilità del rinvio da dichiarare in sede di filtro presidenziale, in quanto la disposizione che regola quest'ultimo – art. 363-*bis*, quarto comma – delimita testualmente le ragioni di inammissibilità alla mancanza di una o più delle *condizioni* elencate nei numeri 1), 2) e 3) del primo comma, cioè ai soli presupposti oggettivi del rinvio; tanto più che non potrebbe escludersi che al contraddittorio mancante possa sopperirsi con le memorie nell'ambito della trattazione in udienza dinanzi alla Corte, in base al quinto comma della medesima disposizione.

Pare opportuno rimettere al Collegio la valutazione delle conseguenze della omessa attivazione del contraddittorio dinanzi al giudice *a quo*.



La complessità dei profili che vengono in rilievo orienta nel senso di non precludere, nella presente fase, l'ingresso del rinvio in ragione di un vizio occorso nel procedimento di adozione dell'ordinanza da parte del giudice di merito.

Infatti, la mancata attivazione del contraddittorio non ridonda, *prima facie*, nella insussistenza di un requisito di ammissibilità da dichiarare già in sede di filtro ad opera del Primo Presidente.

Del resto, una valutazione irrimediabilmente negativa nella fase del filtro farebbe venir meno l'eventuale possibilità del recupero *ex post* nella successiva scansione procedimentale, visto che il rinvio è, secondo il codice, destinato al rito in pubblica udienza e prevede termini per memorie.

Inoltre, una tale valutazione non considererebbe il carattere incidentale del rinvio, in relazione all'esercizio di un potere officioso del giudice attribuito nell'interesse obiettivo dell'esatta interpretazione del diritto.

D'altra parte, già in una precedente occasione, posta di fronte ad una *vexata quaestio* sotto il profilo dell'ammissibilità – l'estensione dell'intervento nomofilattico *ex art. 363-bis cod. proc. civ.* alle questioni attinenti alla individuazione della giurisdizione –, la Prima Presidenza, analogamente, ha ritenuto di non arrestarsi ad una decisione di segno negativo, rilevando come l'ammissibilità della questione, proprio per la complessità dei profili in rilievo, non potesse essere *in limine* esclusa (decreto 18 aprile 2023, sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale sollevata dalla Corte di giustizia tributaria di primo grado di Agrigento, iscritta al n. 7201 del 2023 di registro generale).

4. – Tanto premesso, ricorrono le condizioni oggettive richieste dall'art. 363-*bis* cod. proc. civ. per l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale.

5. – La previa disamina della questione sottoposta alla Corte è motivata dal giudice *a quo* come necessaria alla definizione del giudizio, giacché per decidere sulla domanda – e, prima ancora, per valutare l'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio contabile richiesta da parte attrice – il Tribunale afferma, non implausibilmente, di essere chiamato a valutare tutte le possibili conseguenze derivanti dalle denunciate omissioni (mancata indicazione espressa del regime di capitalizzazione composto degli interessi e della modalità di ammortamento alla francese) all'interno del contratto di mutuo bancario oggetto di causa. È, pertanto, soddisfatto, *prima facie*, il requisito della necessaria pregiudizialità dello scioglimento del dubbio interpretativo ai fini della decisione della controversia pendente dinanzi al Tribunale rimettente, non apparendo, la questione sottoposta, e salvi ulteriori approfondimenti da parte del Collegio, assorbita da una ragione più liquida, che consenta di decidere la controversia a prescindere dalla questione di diritto controversa.

6. – Inoltre, la questione, esclusivamente di diritto, è nuova, non essendo stata ancora risolta *ex professo* dalla Corte di cassazione.

7. – L'interrogativo presenta gravi difficoltà interpretative, essendo possibili diverse letture delle norme di riferimento.

Infatti, sotto il profilo delle modalità con cui vengono ad essere composte le singole rate del prestito in relazione al rapporto tra capitale ed interessi, il giudice rimettente ipotizza una prima interpretazione, secondo la quale da tale omessa indicazione non deriverebbero conseguenze di sorta né in punto di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, né tantomeno con



riguardo alla trasparenza bancaria. E ciò perché ogni qual volta il piano di ammortamento risulti essere stato allegato al contratto di mutuo e consegnato al cliente, questi potrebbe desumere comunque la modalità di ammortamento (e, dunque, la composizione delle singole rate in cui viene frazionata nel tempo l'obbligazione restitutoria). La mancata indicazione della modalità di ammortamento non risulterebbe, d'altra parte, pregiudizievole per il cliente in termini di "prezzo" e "condizioni" praticati, riguardando esclusivamente la composizione delle singole rate, e costituendo il piano di ammortamento e la relativa strutturazione la logica e naturale applicazione di quanto contrattualmente pattuito nelle condizioni economiche redatte per iscritto nel corpo del contratto e, dunque, conosciute e conoscibili *ex ante* dal cliente.

L'ordinanza di rinvio evidenzia ancora che a tale impostazione si potrebbe però contrapporre una diversa ricostruzione ermeneutica, secondo cui la modalità di ammortamento alla francese (con la corresponsione di rate costanti in cui la quota parte degli interessi è progressivamente decrescente e quella della sorte capitale crescente), specie in relazione all'applicazione del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, come nel caso concreto, sarebbe suscettibile di determinare un significativo incremento del costo complessivo del denaro preso a prestito dal cliente, specialmente allorquando vengano ad essere corrisposti dapprima gli interessi (capitalizzati in modo "composto") e poi il capitale; di talché anche la modalità di ammortamento alla francese costituirebbe un "prezzo", un "costo" che andrebbe esplicitato all'interno del contratto.

Anche sotto il profilo delle conseguenze derivanti dalla mancata indicazione del regime di capitalizzazione composto nel contratto di mutuo, l'ordinanza evidenzia che si fronteggiano due interpretazioni: la prima esclude ricadute in termini di validità, perché il cliente potrebbe pur sempre evincere

il regime di capitalizzazione grazie alla lettura delle condizioni contrattuali ed economiche pattuite, tanto più che la banca non sarebbe tenuta ad esplicitare la formula di matematica finanziaria sottesa al calcolo degli interessi, tale informazione essendo implicita nel piano di ammortamento; l'altra ricostruzione, all'opposto, tende a ritenere che la scelta di una determinata modalità di capitalizzazione degli interessi, diversa da quella "semplice", costituisce per il cliente evidentemente un (ulteriore) "prezzo" del denaro mutuato, incidendo sul suo costo complessivo e, come tale, deve essere indicata nei contratti bancari per iscritto in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, anche per la necessità di assicurare il rispetto della trasparenza.

8. – La questione, infine, è suscettibile di porsi in numerosi giudizi. La questione interpretativa non è sporadica né episodica e neppure originata dalla peculiarità della fattispecie concreta, ma presenta uno spiccato carattere di serialità. Lo dimostrano le molteplici pronunce dei giudici di merito sul tema. Vengono altresì in rilievo gli interventi, in sede di risoluzione stragiudiziale delle controversie, dell'arbitro bancario finanziario, anche con una decisione del collegio di coordinamento.

9. – La questione deve essere assegnata alle Sezioni Unite civili, investendo, anche per l'intreccio con il problema processuale della sorte dell'ordinanza di rinvio adottata senza aver prima sentito le parti, un ambito normativamente assegnato al vaglio, sostanzialmente esclusivo, del Collegio allargato della nomofilachia.



Il commento: il contraddittorio previo al rinvio pregiudiziale.

SOMMARIO: 1. *Per incidens*: ancora sul confine più labile tra fatto e diritto in sede di pronuncia sul rinvio pregiudiziale. - 2. “*Sentite la parti costituite*” (art. 363 bis, c. 1°): a) non è un capriccio; b) non vi sono sedi o modi processuali determinati e cogenti per l’audizione delle parti; c) trascurabile è l’omessa menzione della previa audizione delle parti nella ordinanza di rinvio. - 3. Le conseguenze della mancata previa audizione delle parti: due opposte posizioni possibili in ordine al suo rilievo, in termini di nullità-inammissibilità del rinvio, nella fase presidenziale. - 4. *Segue*: la pronuncia presidenziale (giustamente) esclude il rilievo di inammissibilità, ma al contempo rimette alle Sezioni Unite anche e proprio tale questione (oltre a quelle sostanziali poste dal giudice *a quo*), l’ultima parola spettando dunque alle Sezioni Unite. - 5. E’ auspicabile che le Sezioni Unite escludano il rilievo di inammissibilità, per violazione del “sentite le parti”, in qualunque fase del procedimento pregiudiziale: la menomazione non è irrimediabile né radicale: non se si pone mente all’*an* del rinvio. - 6. *Segue*: e neppure – purché ad una condizione – se si pone mente al *quomodo* del rinvio.

1. *Per incidens*: ancora sul confine più labile tra fatto e diritto in sede di pronuncia sul rinvio pregiudiziale.

Il Tribunale di Salerno rimette alla Cassazione questione pregiudiziale relativa alla eventuale nullità di contratto di mutuo bancario per indeterminatezza dell’oggetto dovuta alla omessa indicazione del regime di capitalizzazione composto degli interessi.

La Prima Presidente (nella seconda parte del decreto in commento) ritiene giustamente la *questio* rilevante, nonché nuova viste le divergenti opinioni riscontrabili in casi simili nella giurisprudenza di merito. Tali divergenze, unitamente alla intrinseca portata della questione relativa a contratti frequentissimi e standardizzati, attestano anche il requisito della sua idoneità a porsi in numerosi giudizi. Quelle stesse divergenze confermano inoltre la difficoltà del problema interpretativo.



ISSN 2533-0632

Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

Nel declinare con notevole specificità gli addendi di una tale difficoltà e perciò nell'incanalare almeno sul piano metodologico, ed ovviamente senza indicazioni solutorie, il successivo lavoro del Collegio, il decreto mostra a mio avviso una connotazione che avevo creduto di poter preconizzare (cfr. il mio *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo*, 2022, 947 ss., spec. 960): quando vi si sia di mezzo una pronuncia pregiudiziale, destinata perciò ad orientare oltre che la immediata decisione di un caso singolo anche la futura decisione di casi analoghi e seriali, la Suprema Corte deve essere disposta a immergere se non le mani almeno la punta delle dita nei fatti, in quei fatti "seriali" appunto che colorano la realtà socio-economica su cui il problema interpretativo si innesta e che giovano a risolvere con adeguata concretezza la questione senza farle dismettere la sua natura di *quaestio iuris*.

La "serialità" accentua l'importanza di ciò; la "pregiudizialità" del responso, e l'assenza perciò del letto di Procuste del sindacato impugnatorio di legittimità e dei connessi intangibili accertamenti processuali del fatto in sede di merito, agevola questo limitato sporcarsi le dita. L'equilibrio resta complesso perché, se le mani del responso pregiudiziale affondano troppo, la considerazione dei fatti di contesto, pur utili alla fissazione di un principio di diritto prospettico e non campato nell'iperurario, può scantonare nell'area dei fatti rilevanti nel giudizio di merito *a quo*, e il responso pregiudiziale porre così in imbarazzo il giudice di quel giudizio o in casi limite autorizzarne l'aggiramento del principio pregiudiziale sulla base di incompatibile ricostruzione precedente o sopravvenuta di quei fatti.

Ma su tutto ciò sarà meglio tornare una volta a contatto con una sentenza pregiudiziale che riproponga lo sfumato scenario cui ho accennato, mentre il *focus* del decreto che ora si commenta è altro.

2. "Sentite la parti costituite" (art. 363 bis, c. 1°): a) non è un capriccio; b) non vi sono sedi o modi processuali determinati e cogenti per l'audizione delle parti; c) trascurabile è l'omessa menzione della previa audizione delle parti nella ordinanza di rinvio.



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

Accade infatti che il giudice *a quo* non abbia ossequiato, innanzi al rinvio, il “sentite le parti costituite” per come previsto dal comma primo dell’art. 363 *bis*. La Prima Presidente lo constata, rilevando che “*l’ordinanza di rimessione non dà conto della previa attivazione e del contraddittorio*”, ed in aggiunta riferendo che tale omissione è stata *medio tempore* segnalata alla Suprema Corte mediante apposita nota di una delle parti costituite e non consultate.

Dal che traggio tre osservazioni preliminari più o meno scontate.

a) Male ha fatto, indubabilmente, il giudice *a quo*. Il “sentite le parti” è tutt’altro che esornativo ed invece funzionale, oltre che ad una generale corretta dialettica contraddittoria (anche) sulla *quaestio iuris*, allo stesso effetto utile del rinvio pregiudiziale, risultando il contrapposto o in ipotesi concorde punto di vista delle parti - ferma l’ampia discrezionalità giudiziale - essenziale tanto riguardo all’*an* (l’applicazione dell’art. 363 *bis* è comunque scelta oggettivamente dilatoria) quanto riguardo al *quomodo* del rinvio (e cioè alla formulazione di un quesito adeguato e pertinente).

b) Come e quando debbano essere sentite le parti il legislatore ovviamente non dice, per ciò stesso che lascia libero il giudice circa il momento in cui effettuare il rinvio; una sollecitazione nell’ormai famigerato provvedimento *ex art.171 bis* (fiore all’occhiello dei pasticci della “Cartabia”), con successiva interlocuzione scritta nelle memorie, sarebbe l’ideale per un giudice rapido e decisionista e che sia stato posto già dagli atti introduttivi in condizione di percepire l’emersione del quesito possibile oggetto di rinvio. La normalità sarà però probabilmente la segnalazione e la discussione orale alla prima udienza o in note scritte immediatamente successive ed appositamente assegnate. Ma naturalmente non può escludersi che la *quaestio* si definisca in modo compiuto nella mente del giudice solo all’esito dell’istruttoria, o che qualche presupposto di ammissibilità del rinvio - ad esempio la “serialità” o la “grave difficoltà interpretativa” evidenziata da un sopravvenuto contrasto giurisprudenziale - affiori solo nel corso o in stadio avanzato della causa, fino a potersi immaginare perfino una sollecitazione ed una discussione durante la - altrimenti tendenzialmente inutile o dannosa - udienza di “rimessione in decisione” concepita, quale autentica “cadenza ad inganno” per gli osservatori europei, dagli ultimi riformatori del c.p.c.. All’opposto può ben darsi che negli atti



introduttivi o nelle successive memorie prima l'attore e poi il convenuto o viceversa abbiano già spontaneamente affrontato il tema di un eventuale rinvio pregiudiziale ed che il giudice prenda dunque a riguardo autonoma decisione senza "provocare" di nuovo un contraddittorio che si è già svolto.

c) Che poi il giudice *a quo* nella ordinanza debba necessariamente ed espressamente dar conto di aver sentito le parti, non è a dirsi perché non lo dice il legislatore e dal suo silenzio non può rampollare un ulteriore requisito puramente formale di ammissibilità; nel caso di specie, se non fosse stato per l'apposita nota di avvertimento indirizzata da una parte, la Prima Presidente avrebbe con ogni probabilità glissato sulla mancata menzione nell'ordinanza della previa audizione delle parti, visto oltretutto come ha poi risolto, per quanto le competeva, riguardo a quella mancata audizione.

3. Le conseguenze della mancata previa audizione delle parti: due opposte posizioni possibili in ordine al suo rilievo, in termini di nullità-inammissibilità del rinvio, nella fase presidenziale.

Ciò precisato resta il problema nodale: quali sono le conseguenze della mancata attuazione o per lo meno provocazione del contraddittorio sul rinvio pregiudiziale innanzi al giudice *a quo*?

Ed il problema si scompone in due progressivi sotto-quesiti: se ciò comporti inammissibilità del rinvio rilevabile già *in limine* dal Primo Presidente; ed in caso contrario se la inammissibilità del rinvio possa essere rilevata o al contrario sanata nella successiva fase innanzi alla Cassazione e se quest'ultima possa dunque comunque pronunciare nel merito della questione rinviata.

Riguardo al primo dei sottoquesiti la motivazione in commento dà anzitutto conto di due distinte antitetiche posizioni: (i) nullità assoluta, rilevabile anzitutto dal Primo Presidente, per violazione del contraddittorio ad effetto lesivo immediato consistente nella sospensione, non altrimenti immediatamente rimediabile vista l'impossibilità delle parti di interloquire col Primo Presidente; (ii) o al contrario impossibilità per il Primo Presidente di rilevare *prima facie*



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

ragioni di inammissibilità diverse dalla carenza di una delle tre condizioni del rinvio enumerate dal comma primo dell'art. 363 *bis*, visto che ad esso il comma quarto del medesimo articolo fa rinvio quanto alla verifica commessa al Primo Presidente.

(i) La prima posizione, se si pone mente al profilo del *quomodo* e cioè alla configurazione del quesito ed all'inerente possibile contributo delle parti, sembra intuitivamente eccessiva, e lo è per le ragioni che più tardi dirò.

Se invece si pone mente al profilo dell'*an* del rinvio, e cioè al suo effetto dilatorio ed al conseguente pregiudizio per le parti, la cosa può essere più delicata. Ma tutto sommato la nullità assoluta rilevabile dal Primo Presidente mi parrebbe esclusa per tre interconnesse ragioni. La sospensione del giudizio *a quo* è esercizio in buona misura di potere discrezionale del giudice ed è comunque insindacabile per via impugnatoria. Per quel tanto che la discrezionalità è vincolata, e cioè quanto alla sussistenza dei presupposti del rinvio enunciati al primo comma dell'art. 363 *bis*, e che potrebbero e dovrebbero appunto essere oggetto di contraddittorio innanzi al giudice *a quo*, essi sono comunque immediatamente vagliati dal Primo Presidente; il quale rapidamente è in grado di tutelare insieme le parti dal provvisorio *vulnus* della dilazione e la Corte rispetto ad un lavoro inappropriato. La assenza di interlocuzione delle parti innanzi al Primo Presidente (oltretutto di fatto smentita proprio nella vicenda di cui ci occupiamo) è dunque un elemento neutro ai nostri fini, perché se il Primo Presidente non ravvisa quei presupposti il *vulnus* dilatorio è tosto rimediato e diviene davvero relativamente insignificante apetto delle normali cadenze di un processo civile italiano, e se invece li ravvisa lo fa senza tenere minimamente conto del contraddittorio svoltosi a riguardo innanzi al giudice *a quo* ed il suo via libera, in considerazione del ruolo apicale e della affidabilità che gli competono, supera qualunque ipotetico diverso avviso che il giudice *a quo* avrebbe potuto in ipotesi maturare all'esito di un sommario contraddittorio che non si è svolto.

(ii) La seconda opposta tesi è però solo apparentemente ossequiosa del dato letterale, perché quando il comma quarto dell'art. 363 *bis* riserva al Presidente di verificare, ai fini della ammissibilità *prima facie* del rinvio, le condizioni di cui al



primo comma esso potrebbe ben riferirsi anche a quelle comunque evincibili dal primo comma anche al di fuori della triplice enumerazione, e cioè ad esempio alla provenienza del rinvio da un “giudice di merito” ed alla previa audizione delle parti.

4. Segue: la pronuncia presidenziale (giustamente) esclude il rilievo di inammissibilità, ma al contempo rimette alle Sezioni Unite anche e proprio tale questione (oltre a quelle sostanziali poste dal giudice *a quo*), l’ultima parola spettando dunque alle Sezioni Unite.

La pronuncia in commento tuttavia finisce per aderire alla seconda prospettiva nel senso cioè che “*la mancata attivazione del contraddittorio non ridonda, prima facie, nella insussistenza di un requisito di ammissibilità da dichiarare già in sede di filtro ad opera del Primo Presidente?*”.

Ma ciò è a dirsi in assoluto o solo in questa prima occasione? Nel secondo senso - oltre che il sintagma un tantino ambiguo “*prima facie*” - parrebbe deporre la circostanza che la motivazione in commento non si contenta di dire quanto appena cennato, ma aggiunge argomento per così dire di politica giudiziaria consono in realtà solo rispetto a questo primo affiorare del problema: “*D’altra parte, già in una precedente occasione, posta di fronte ad una vexata quaestio sotto il profilo dell’ammissibilità – l’estensione dell’intervento nomofilattico ex art. 363-bis cod. proc. civ. alle questioni attinenti alla individuazione della giurisdizione -, la Prima Presidenza, analogamente, ha ritenuto di non arrestarsi ad una decisione di segno negativo, rilevando come l’ammissibilità della questione, proprio per la complessità dei profili in rilievo, non potesse essere in limine esclusa (decreto 18 aprile 2023, sull’ordinanza di rinvio pregiudiziale sollevata dalla Corte di giustizia tributaria di primo grado di Agrigento, iscritta al n. 7201 del 2023 di registro generale)*” [su tale decreto e sul tema del quesito pregiudiziale interpretativo riguardante il medesimo rinvio pregiudiziale, v. il mio commento *Chi decide riguardo ai quesiti pregiudiziali sul rinvio pregiudiziale?* – *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale ex art. 363 bis c.p.c. Prima puntata in www.judicium.it*].



ISSN 2533-0632

Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

E allora da pensare che se il Collegio della Cassazione, e specialmente delle Sezioni Unite, sancisse a chiare lettere che la mancata previa attivazione del contraddittorio è ragione di inammissibilità del rinvio pregiudiziale, così come se affermasse oggettivamente inammissibile un rinvio su questione di diritto inerente la giurisdizione, o soggettivamente proveniente da un arbitro o dal giudice tributario siccome estranei al novero dei “giudici di merito” di cui dice il primo comma dell’art. 363 *bis*, tali ragioni di inammissibilità potrebbero poi e nelle successive occasioni ben essere verificate dal Primo Presidente nella funzionale scrematura che gli compete.

Insomma la motivazione in esame sembra sovrapporre - a scopo rafforzativo della decisione di affidare al Collegio la questione di rito e cioè la *quaestio iuris* interpretativa sullo stesso nuovo istituto processuale - due affermazioni molto diverse fra loro: la soluzione di quella particolare questione di rito non pertiene al Primo Presidente; la soluzione di una questione di rito così delicata, nei primi mesi di vita dell’istituto, val meglio, per ragioni di opportunità, non sottrarla all’esame della Corte ed anzi delle sue Sezioni Unite.

E la conclusione dispositiva è appunto che il rinvio pregiudiziale è ammesso dalla Prima Presidente e rimesso alle Sezioni Unite soprattutto in considerazione “*dell’intreccio con il problema processuale della sorte della ordinanza di rinvio adottata senza aver prima sentito le parti?*”.

5. E’ auspicabile che le Sezioni Unite escludano il rilievo di inammissibilità, per violazione del “sentite le parti”, in qualunque fase del procedimento pregiudiziale: la menomazione non è irrimediabile né radicale: non se si pone mente all’*an* del rinvio.

More solito varrà la pena di attendere ossequiosamente le Sezioni Unite e vedere come esse decideranno. Ma se non una prognosi, un auspicio è possibile (ed esso trova qualche aggancio in alcune espressioni incidentali della motivazione della Prima Presidente, che pure ha opportunamente deciso di non decidere e far decidere al *plenum*).



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

Premetto che in termini generali credo che quanto più un requisito di forma-contenuto imposto dalla legge processuale perfino di rango costituzionale, appare rivestito di sacralità (e ciò accade indubbiamente per il previo ossequio al contraddittorio anche quando esso si esprima mediante la formuletta minimalista del “sentite le parti”), tanto più la sua concreta estrinsecazione operativa va gestita anzitutto con buon senso, fino alle (pur se non oltre le) soglie del relativismo. Ho anche io plaudito alla impostazione nominalmente rigorista delle Sezioni Unite n. 36596 del 25 novembre 2021 circa il carattere autonomamente invalidante della violazione del contraddittorio, trovando anzi fin troppo timide e monche le conseguenze che da essa le Sezioni Unite hanno tratto in ordine al successivo percorso impugnatorio (cfr. *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 27 ss.). Ma anche quella impostazione rigorista va intesa con buon senso e perciò limitata alle vulnerazioni del contraddittorio radicali ed intrinsecamente non rimediabili all’interno del “grado” (come fu in quel caso l’aver reso la sentenza senza attendere la tornata finale degli scritti difensivi accordata alle parti). E sempre alla luce del buon senso, fra l’altro, quell’orientamento delle Sezioni Unite “pre Cartabia” permane valido potendosi ben coordinare con l’apparentemente lassista nuovo testo dell’art. 101 c. 2°, c.p.c. “post Cartabia”.

Ciò premesso, non credo che il non aver consultato le parti (in qualsivoglia libera forma) previamente al rinvio pregiudiziale costituisca una radicale violazione del contraddittorio tale da giustificare il rilievo della nullità-inammissibilità del rinvio ad opera del Collegio della Cassazione cui la Prima Presidente lo abbia inoltrato.

Giunte le parti alla discussione davanti al Collegio, il pregiudizio relativo alla dilazione dell’*iter* processuale di merito e cioè all’*an* del rinvio (ed in ipotesi a suo tempo rimediabile attraverso un previo contraddittorio che avesse convinto il giudice *a quo* a non rinviare) all’evidenza è già evaporato. La Corte è pronta a decidere nel merito della questione rinviata e dunque a far riprendere il giudizio *a quo*, al contempo dettando un principio di diritto utile a questo ed ai futuri giudici. Conseguire, mediante una pronuncia di mero rito che bocci il rinvio per violazione del contraddittorio, solo il primo e non anche il secondo risultato mi parrebbe prossimo al puerile.



ISSN 2533-0632

Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA

Pacini
Giuridica

E neppure - sempre in nome del buon senso - vi è da augurarsi che fra breve le Sezioni Unite, onde evitare l'imbarazzo, rispondano: "per questa prima volta *transeat*, ma da ora in poi sia il Primo Presidente a rimettere gli atti al giudice *a quo* se sia avvede che la parti non sono state sentite previamente al rinvio". Al che il Primo Presidente dovrebbe di fatto aggiungere ad una dilazione già verificatasi di una novantina di giorni o poco meno (v. art. 360 *bis*, c. 3°) una altra consecutiva e presumibilmente ben più lunga dilazione dovuta alla circostanza che, dopo la restituzione degli atti, il giudice *a quo* convocherà le parti e nove volte su dieci confermerà comunque la sua originaria intenzione di rivolgersi alla Cassazione tornando ad effettuare il rinvio, questa volta ammissibile. Tanto vale allora non perdere tempo. O se si vuole tanto vale adeguare con buon senso la sacralità del rispetto iniziale del contraddittorio in un particolarissimo procedimento incidentale "da giudice a giudice" finalizzato ad un apporto nomofilattico che è anche nell'"interesse della legge".

Ed è proprio ciò, credo, che la motivazione in commento esprime ed auspica - pur rimettendo formalmente al *plenum*, come si è visto, anche questione interpretativa dell'art. 363 *bis* la cui soluzione potrebbe consistere nella condanna *pro futuro* e già in fase di filtro presidenziale di tutti i rinvii pregiudiziali non preceduti dalla consultazione delle parti - quando adombra che una tale condanna "*non considererebbe il carattere incidentale del rinvio, in relazione all'esercizio di un potere officioso del giudice attribuito nell'interesse obiettivo della esatta interpretazione del diritto*".

6. **Segue: e neppure – purché ad una condizione – se si pone mente al *quomodo* del rinvio.**

Subito prima - sulla medesima lunghezza d'onda - la motivazione della Prima Presidente annota sempre incidentalmente: "*del resto, una valutazione irrimediabilmente negativa nella fase del filtro farebbe venire meno l'eventuale possibilità del recupero ex post nella successiva scansione procedimentale, visto che il rinvio è, secondo il codice, destinato al rito in pubblica udienza e prevede termini per memorie*".



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

Il che - e cioè la massima esplicazione del contraddittorio possibile in Cassazione, una volta che il quesito pregiudiziale sia stato inoltrato al Collegio - conferma la sicura e consecutiva rimediabilità della previa menomazione del contraddittorio, e perciò il suo carattere tutt'altro che radicale, anche ove si ponga mente non all'*an* bensì al *quomodo* del rinvio, e porta a negare che quella menomazione possa condurre alla declaratoria di inammissibilità del rinvio non solo in fase presidenziale ma anche e soprattutto una volta che il quesito sia giunto al Collegio. In tal sede la iniziale menomazione del contraddittorio sarà insomma pienamente recuperabile, mercé la interlocuzione scritta ed orale delle parti prima che la Corte decida.

Ad una condizione però. Riguardo al *quomodo* del quesito pregiudiziale non si tratta solo di recuperare il contributo (contraddittorio) delle parti al contenuto ed all'atteggiarsi del responso interpretativo della Corte; il che è assolutamente ovvio. Si tratta piuttosto di recuperare *ex post* il contributo (contraddittorio) delle parti alla corretta e adeguata formulazione (ad opera del giudice *a quo*) di un quesito interpretativo davvero funzionale alla decisione della controversia concreta.

Perciò si può sorvolare sull'originaria pretermissione del "sentite le parti" solo a condizione che la Corte sia poi disposta, all'esito del loro contraddittorio innanzi a se, a riformulare e adeguare il quesito. Di modo insomma che questa volta il rimedio alla originaria menomazione del contraddittorio profitti della ben maggiore elasticità del principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato in un procedimento incidentale "da giudice a giudice".