

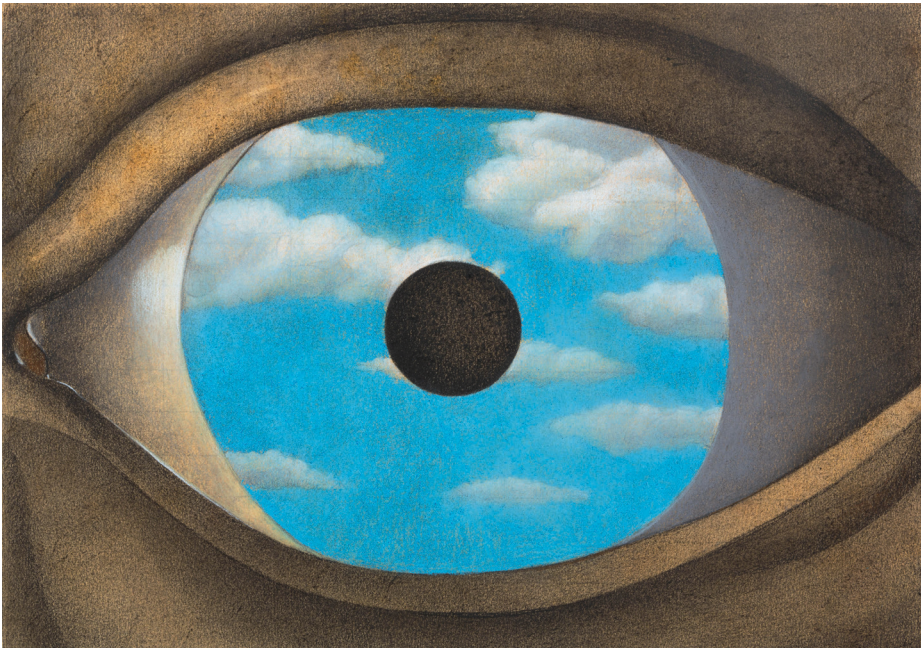
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

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



Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Giuseppe Degennaro

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Angelo Giuseppe OROFINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER, Francesco VERGINE

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO, Guido CORSO, Franco Gaetano SCOCA, Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico

Jean-Bernard AUBY, Teresa ARMENTA DEU, Giampiero BALENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Jacques CHEVALLIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCIOSI, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Luigi KALB, Elisabetta LAMARQUE, Antonia Antonella MARANDOLA, Julien MARTIN, Francesco MANGANARO, Giuseppe MELIS, Sergio MENCHINI, Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Ilaria PAGNI, Giuseppe MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCILLA, Karl Peter SOMMERMAN, John SORABBI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

Comitato di Valutazione

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEMPELLI, Carlo BONZANO, Marco CALABRÒ, Antonio CASSATELLA, Maria Cristina CAVALLARO, Angelo CONTRINO, Antonio COLAVECCHIO, Carlotta CONTI, Ulisse COREA, Elena D'ALESSANDRO, Francesco DE LEONARDIS, Clarice DELLE DONNE, Olga DESIATO, Lorenzo DEL FEDERICO, Francesco FOLIERI, Mario Pio FULIANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATIELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Gian Marco BACCARI, Alessio BONAFINE, Andrea CARBONE, Fabiola CIMBALI, Maria Francesca CORTESI, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBÌ, Giuseppina FANELLI, Maria Vittoria FERRONI, Rossella FONTI, Katia LA REGINA, Giuseppe LA ROSA, Paola LICCI, Enrico Maria MANCUSO, Annalisa MANGIARACINA, Aniello MERONE, Costanza NICOLOSI, Angela PROCACCINO, Federico RASI, Concetta RICCI, Natalia ROMBI, Filomena SANTAGADA, Martina SINISI, Giordana STRAZZA, Caterina VERRIGNI, Enrico ZAMPETTI

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAL, Vincenzo DE CAROLIS, Marco FARINA, Manfredi LATINI VACCARELLA, Biagio LIMONGI, Elisabetta MARINO, Valentina MAZZOTTA, Michela MORGESE, Antonio ROMANO, Natalia ROMBI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO, Costanza NICOLOSI

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Stampa



Via A. Gherardesca - 56121 Pisa

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*,
pastello su carta, cm 32x44, 2018

Numero 2/2025

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

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


**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

FERRUCCIO AULETTA

Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

MASSIMILIANO BALLORIANI

Magistrato presso il TAR Pescara

ANTONIO BARONE

Ordinario nell'Università degli Studi di Catania

MASSIMO BASILAVECCHIA

Ordinario nell'Università degli Studi di Teramo

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

CHIARA CACCIAVILLANI

Ordinario nell'Università degli Studi di Padova

ADRIANA CIAFARDONI

Assegnista nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

MELANIA D'ANGELOSANTE

Associato nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

LORENZO DEL FEDERICO

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

VERA FANTI

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

ENRICO FOLLIERI

Emerito nell'Università degli Studi di Foggia

CARLO EMANUELE GALLO

Emerito nell'Università degli Studi di Torino

ALESSANDRO GIOVANNINI

Ordinario nell'Università degli Studi di Siena

ANNA MARIA LISCIO

Dottoranda nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

ROBERTO MARTINO

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

OLIVIERO MAZZA

Ordinario nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

DONATELLA PALUMBO

Magistrato presso la Corte dei Conti

ROBERTO POLI

Ordinario nell'Università degli Studi di Cassino

ADOLFO SCALEFATI

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

GIOVANNA TITTA

Dottoranda nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

LORIS TOSI

Ordinario nell'Università degli Studi di Venezia

GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI

già Ordinario nell'Università degli Studi di Bari

CRISTIANA VALENTINI

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

GIOVANNI VERDE

Emerito nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

PIERA MARIA VIPIANA

Ordinario nell'Università degli Studi di Genova

ENRICO ZAMPETTI

Associato nell'Università degli Studi di Siena

sommario

L'onere della prova nel sistema giurisdizionale

Atti del Convegno 5 e 6 dicembre 2024 – Università “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara

Prima giornata

Introduzione

L'onere della prova nel sistema giurisdizionale italiano: brevi riflessioni introduttive

di ROBERTO MARTINO 401

Relazione generale

Attualità del principio dell'onere della prova

di GIOVANNI VERDE 409

Prima sessione – L'onere della prova nel processo civile

Consulenza tecnica di ufficio e onere della prova

di FERRUCCIO AULETTA 435

Onere della prova e libero convincimento del giudice

di ROBERTO POLI 449

Conclusioni

di GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI 467

Seconda sessione – L'onere della prova nel processo penale

Onere della prova e presunzione di colpevolezza

di OLIVIERO MAZZA 471

L'inafferrabile onere e la fase investigativa: alle origini del fenomeno

di CRISTIANA VALENTINI 487

Conclusioni

di ADOLFO SCALFATI 495

Seconda giornata

Introduzione

L'onere della prova nel processo amministrativo. Una breve introduzione

di VERA FANTI 501

Avvio di una discussione sull'onere della prova nella giurisdizione della Corte dei Conti

di MELANIA D'ANGELOSANTE 507

Prima sessione – L'onere della prova nel processo amministrativo e contabile

Processo amministrativo

- La distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell'intervento del giudice*
di ENRICO FOLLIERI..... 531
- La doppia funzione del giudicato amministrativo e la prova nel processo amministrativo*
di MASSIMILIANO BALLORIANI 549
- La prova indiziaria e il libero convincimento del giudice nel processo innanzi al giudice amministrativo*
di GENNARO TERRACCIANO 567
- La parità delle parti nell'istruttoria del processo amministrativo*
di PIERA MARIA VIPIANA..... 575

Processo contabile

- Le parti nel processo dinanzi alla Corte dei Conti*
di CHIARA CACCIAVILLANI 601
- Il sistema istruttorio nel processo avanti la Corte dei Conti*
di CARLO EMANUELE GALLO 609
- Regole probatorie per l'accertamento della responsabilità erariale nel raccordo tra funzioni di controllo e giurisdizionali*
di DONATELLA PALUMBO 625
- La responsabilità amministrativo-contabile "oltre ogni ragionevole dubbio"*
di ANTONIO BARONE 649

Interventi

- La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo*
di ADRIANA CIAFARDONI 661
- La processualizzazione del riparto probatorio nell'istruttoria procedimentale*
di ANNA MARIA LISCIO..... 681
- Lo strumento digitale nell'istruttoria procedimentale e processuale*
di GIOVANNA TITTA 701

Seconda sessione – L'onere della prova nel processo tributario

- Le novità in tema di onere della prova nel giudizio tributario: la centralità della prova nell'istruttoria primaria procedimentale*
di LORENZO DEL FEDERICO..... 727
- La nuova norma sull'onere della prova nel processo tributario*
di LORIS TOSI 743
- L'onere della prova nell'applicazione giurisprudenziale*
di MASSIMO BASILAVECCHIA 757

<i>La presunzione di onestà del contribuente</i> di ALESSANDRO GIOVANNINI	773
--	-----

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>La rilevanza della questione interpretativa ex art. 363-bis c.p.c. fra presidenza, collegio della Corte e giudice a quo</i> Corte di Cassazione, V Sez. Civ., sentenza 25 marzo 2025, n. 7965 Commento di ANTONIO BRIGUGLIO	793
<i>Erronea decisione d'inammissibilità e rinvio al primo giudice per nullità della sentenza</i> Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 20 novembre 2024, n. 16 Commento di ENRICO ZAMPETTI.....	807

dialoghi con la giurisprudenza

Corte di Cassazione, V Sez. Civ., sentenza 25 marzo 2025,
n. 7965

Pres. E.L. Bruschetta - Rel. G. La Rocca

In tema di rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c., il vaglio di ammissibilità dell'ordinanza di remissione, svolto prima facie dal Primo Presidente della Corte di cassazione, non preclude al collegio designato la valutazione dei medesimi presupposti, nell'ambito dei quali rientra il requisito della "necessità" della questione, da intendersi non quale pregiudiziale in senso tecnico, ma come presupposto logico, dal quale dipende in modo concreto ed effettivo la decisione della lite, ivi comprese le questioni preliminari di merito, che, ove idonee a definire immediatamente il giudizio a prescindere dalla questione sollevata dal giudice di merito, determinano l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale (1).

(1) La rilevanza della questione interpretativa ex art. 363-bis c.p.c. fra presidenza, collegio della Corte e giudice a quo (*).

1. Al debutto del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis* ho ritenuto che le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo e tutto sommato più che condivisibile istituto andassero seguite con particolare attenzione e che, in particolare, nei decreti di ammissione o non ammissione della Presidenza andassero ricercati i più significativi apporti interpretativi in ordine al neonato art. 363-bis (1). Ciò non vuol dire ovviamente che anche nelle ordinanze di rinvio

(*) Contributo anticipato su *Judicium.it*.

(1) V. Le cinque puntate del mio *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2023, 483 ss. e 965 ss.

dei giudici di merito e soprattutto nelle pronunce pregiudiziali collegiali della Suprema Corte non si ritrovino spunti assai utili alla decifrazione concreta nonché all'inquadramento sistematico ed anche politico del nuovo istituto. È anzi frequente che nelle sentenze pregiudiziali (2) il Collegio — statisticamente e per forza di cose meno impegnato dell'ufficio del Primo presidente di fronte alla alternativa ammissibilità/inammissibilità del rinvio (il quale è stato già filtrato ed ammesso) e perciò riguardo a molte delle problematiche interpretative poste dal nuovo art. 363-*bis* — approfitti in questo periodo d'esordio (e smetterà verosimilmente fra qualche tempo trovando la cosa ormai superflua) per riepilogare, nella parte iniziale della motivazione e prima di affacciarsi con la questione oggetto del rinvio, i fondamenti razionali di questo rarissimo prodotto intelligente della malaugurata "Cartabia".

Così anche la pronuncia che ora si commenta. Della quale, in proposito, trovo particolarmente azzeccata la trascrizione di quanto già si legge in Cass. Sez. Un. n.34851/2023: [il nuovo rinvio pregiudiziale] «rappresenta un'opportunità offerta al giudice di merito per rivolgersi all'organo giurisdizionale che, nell'attuale sistema, garantisce l'unità e l'uniforme interpretazione del diritto (...) e costituisce espressione di un nuovo bilanciamento tra i poteri riconosciuti alla giurisdizione di merito e di legittimità, nell'ambito del quale alla compressione del potere decisorio cui il giudice di merito decide di sottostare nell'esercizio delle prerogative che la legge gli attribuisce fa riscontro una forte espansione del ruolo d'impulso allo stesso spettante come parte del sistema

(2) La Corte ha subito adottato — come era ben immaginabile vista la particolare valenza nomofilattica da assegnarsi *naturaliter* alla pronuncia pregiudiziale nonché la prevista modalità necessaria della pubblica udienza e la correlata, anche se non del tutto decisiva, lettura *a contrario* dell'art. 375, comma secondo, 4-*quater* — la forma della "sentenza". Poiché tuttavia l'art. 363-*bis* tace a riguardo, avevo originariamente proposto, a chi volesse sezionare il capello, l'idea di una forma *sui generis* e di quarto tipo, sostanzialmente alla stregua dell'*avis* francese, poiché concretantesi nella sola fissazione di un principio di diritto preceduta ovviamente da motivazione: cfr. il mio *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, in questa *Rivista*, 2022, 947 ss., spec. 963.

giustizia nel suo complesso, inteso non più solo come funzione dello Stato diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma come servizio pubblico in cui le risorse destinate alla soluzione della singola controversia contribuiscono al soddisfacimento di un più ampio compendio di esigenze individuali».

Sì tratta — credo, e se si considerano adeguatamente le locuzioni “espressione di un nuovo bilanciamento”, “decide di sottostare” e “forte espansione del ruolo di impulso” — della migliore risposta a chi ha ideologicamente criticato il nuovo istituto evocando i triti spauracchi della gerarchizzazione, della mortificazione della giurisprudenza di merito ecc... (3).

Dicevo che quando il rinvio passa il filtro il Primo presidente ha già dovuto risolvere esplicitamente o implicitamente le problematiche, interpretative in astratto ed applicative in concreto, che riguardano i sintagmi dell'art. 363-*bis* relativi alla ammissibilità ed alle relative condizioni. Il che però non vuol dire che il Collegio della Corte non possa tornarci sopra all'occorrenza, ma solo che la cosa sarà statisticamente piuttosto rara. Scontato insomma che il decreto di inammissibilità del Primo presidente è ovviamente insindacabile (4), sol che altrettanto ovviamente non preclude un nuovo rinvio da parte del giudice di merito, alla domanda se il decreto di ammissibilità del primo presidente sia vincolante per il Collegio deve risponderci astrattamente in senso negativo (5). È

(3) V. A riguardo la mia *Postilla su rinvio pregiudiziale, “gerarchia” inevitabile ed innocua, e nomofilachia*, in questa *Rivista*, 2023, 557.

(4) Un sindacato rappresenterebbe ultronea e del tutto diseconomica superfetazione, visto che qui non si tratta di dare o meno accesso ad una impugnazione e dunque di assicurare, per scrupolo garantistico giustificato, una *Nichtzulassungsbeschwerde* o analogo rimedio tipico dei sistemi che prevedono un apposito ed autonomo giudizio di ammissibilità della impugnazione alla corte superiore.

(5) In proposito rinvio ancora al mio *Esperienze applicative*, cit., in questa *Rivista*, 2023, 492 s.. Si sono poi, con particolare accuratezza, occupati del tema, ed hanno opinato nello stesso senso, fra altri E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in questa *Rivista*, 2023, 69, F.S. DAMIANI, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Giusto Processo Civile*, 2023, 74-75, A. CAROSI, *La prima pronuncia interpretativa (delle Sezioni Unite) sul rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis* in *Riv. Dir. Proc.*, 2025, 412 in senso diverso, probabilmente, F. SANTAGADA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *AA.VV.*, a cura di R. Tiscini, *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 537 s.

del resto la stessa Prima presidenza che alle volte ha ammesso il rinvio con riserva e cioè rimettendo dichiaratamente al Collegio la soluzione definitiva della sottostante questione interpretativa — ad esempio quella relativa alla necessità rigorosamente imprescindibile ovvero in qualche modo aggirabile del contraddittorio previo alla ordinanza di rinvio ⁽⁶⁾ —, non volendo appunto sottrarre al Collegio le sue prerogative in proposito. Il che sta appunto a significare che anche dal punto di vista del Primo presidente fra queste prerogative rientra quella di andare di contrario avviso rispetto alla ritenuta ammissibilità del rinvio. Altro discorso è poi che il Collegio possa *de facto* abdicare all'esercizio di tale prerogativa per ragioni di garbo istituzionale interno o di semplice buon senso, ad esempio: se non sia stato adeguatamente filtrato il rinvio di questione non particolarmente difficile o già risolta dalla Cassazione, è piuttosto arduo che il Collegio, ormai investito e dopo la pubblica udienza, si limiti ad una mera restituzione degli atti al giudice *a quo* senza un contenuto motivazionale che, perfino di là dalla forma del provvedimento, spieghi in cosa consista la soluzione più o meno agevole o già impartita di quella questione.

Nel caso che qui si commenta tuttavia la Cassazione ribadisce in linea astratta, e facendo seguito a quanto già affermato da Cass. Sez. Un n. 15130/2024, il carattere per essa non vincolante della declaratoria di ammissibilità ad opera del Primo presidente; ed in concreto tiene pienamente fede al proprio contrario avviso, poiché la condizione di ammissibilità implicata è quella della rilevanza (“la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio”: art. 363-*bis*, comma primo, n. 1), e nessuna ragione di buon senso ⁽⁷⁾, può escludere la insanabile contraddizione in

⁽⁶⁾ Cfr. Il decreto 7 settembre 2023 in questa *Rivista*, 2023, 965 ss., ma vedi anche, su altro tema sempre in punto di ammissibilità, il precedente decreto della prima presidente 18 aprile 2023, in questa *Rivista*, 2023, 484 ss. (con mia chiosa), contenente una significativa e generale dichiarazione di intenti, giustamente richiamata anche nella pronuncia che qui si commenta.

⁽⁷⁾ Quale quella che ha indotto la cit. Cass. Sez. Un. n. 15130/2024 (vedila in *Riv. Dir. Proc.*, 2025, 404 ss., con ampio commento di A. CAROSI. *La prima pronuncia interpretativa delle Sezioni Unite sul rinvio pregiudiziale* cit.) a glissare alquanto sul veniale

termini consistente nel dire che la questione è irrilevante e contemporaneamente risolverla nel merito in sede di pronuncia sul rinvio pregiudiziale.

2. Sul piano teorico è sovrabbondante la pronuncia che si commenta quando si preoccupa di chiarire che la “necessarietà” “alla definizione anche parziale del giudizio”, letteralmente evocata dall’art. 363-*bis*, comma primo, n. 1, non deve far pensare ad un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico fra cause. La cosa è assolutamente ovvia. Così come assolutamente ovvio è che il nuovo rinvio pregiudiziale per così dire “interno” o “ordinario” dia luogo ad una ulteriore ipotesi di “sospensione impropria” che si affianca a quelle classiche innescate dal rinvio pregiudiziale costituzionale e dal rinvio pregiudiziale comunitario o unionale o europeo che dir si voglia (ma il nome originario andrebbe sicuramente conservato) ⁽⁸⁾. Del pari ovvio risulta che per “necessa-

difetto di contraddittorio precedente il rinvio e a questo replicare senz’altro nel merito, visto che - le Sezioni Unite non lo hanno detto ma la cosa mi era parsa evidente già di fronte al cennato decreto, sul punto attendista, della prima presidente (cfr. ancora il mio *Esperienze applicative* cit, in questa *Rivista*, 2023, 976) - sarebbe stato assurdo dichiarare inammissibile quel rinvio per vedersene proporre altro identico dal medesimo giudice *a quo* una volta sollecitato da questi il formale contraddittorio a riguardo.

⁽⁸⁾ Per la sempre opportuna precisazione secondo cui anche la sospensione impropria non si differenzia da quella *ex art.* 295 c.p.c. sul piano del regime e degli effetti per l’appunto “sospensivi”, nonché per altri apporti ricostruttivi alla categoria vedi la ormai classica monografia di G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 125; per la esatta circoscrizione concettuale della sospensione impropria alle sole ipotesi in cui la questione sottoposta alla decisione della diversa corte non potrebbe formare oggetto di un autonomo giudizio v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 279; mentre l’avviso del Consiglio di Giustizia Amministrativa siciliano (8 febbraio 2011, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2011, 2, 663 ss.), secondo cui la sospensione per pregiudizialità comunitaria sarebbe una sospensione propria *ex art.* 295 c.p.c. (e 79 c.p.a.) quando il giudice *a quo* sia un giudice di ultima istanza obbligato al rinvio, è frutto di evidente abbaglio concettuale, perché l’alternativa obbligo/facoltà di rinvio pregiudiziale è un invariante rispetto alla classificazione che ci occupa, in ordine alla quale resta invece rilevante che non possa darsi un processo in via principale innanzi alla Corte di Giustizia avente ad oggetto la sola questione interpretativa (viceversa si tratta di sospensione propria quella del processo nazionale allorché penda innanzi alla Corte un giudizio principale sulla validità dell’atto comunitario che risulti pregiudicante: cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova,

rietà” non possa dunque che intendersi “rilevanza” della *quaestio* nel senso in prima approssimazione comune ai tre casi di “pregiudizialità” appena evocati ⁽⁹⁾.

Ben più utile è che la pronuncia che si commenta richiami la diversità di piani ed anche di tempi tra una verifica di rilevanza che compete al Primo presidente e poi e se del caso correttivamente al Collegio della Corte, per così dire, allo stato degli atti e sulla base di quanto emerge anzitutto dalla stessa ordinanza di rinvio o anche dal contributo dialettico delle parti nelle memorie e nella discussione ⁽¹⁰⁾, ed una eventuale e sopravvenuta constatazione di irrilevanza pur sempre possibile dopo il responso pregiudiziale ad opera del giudice di merito, al quale resta pur sempre “*affidata la ricostruzione della concreta vicenda processuale*” (così già Cass. Sez. Un. n. 34851/2023). È dunque nella natura delle cose che il responso pregiudiziale non possa risultare nel momento in cui emanato puramente astratto e puramente vocato alla nomofilachia *pro futuro* (per quanto, in ipotesi, esso appaia sommamente utile in proposito), donde appunto la preventiva triplice (giudice di merito, primo presidente, Corte) verifica di sua effettiva rilevanza ai fini del decidere ⁽¹¹⁾; ma che quel responso possa *a postero-*

1996, 88-92) e che (ovviamente anche in caso di rinvio obbligatorio) il contraddittorio del processo *a quo* si trasferisca e prosegua per quanto di ragione innanzi alla Corte di Giustizia: ed è appunto sintomatica in questo senso proprio la soluzione concreta, condizionale seppur eterodossa, enunciata in quella pronuncia, a termini della quale il giudice nazionale obbligato al rinvio - ma lo stesso varrebbe *mutatis mutandis* per il giudice di istanza inferiore -, quando constata che sulla questione pregiudiziale interpretativa già pende un giudizio innanzi alla Corte di Giustizia su rinvio di altro giudice, può e deve sospendere il proprio giudizio, ma in tal caso deve disporre apposito rinvio rimettendo così le parti innanzi alla Corte.

⁽⁹⁾ Sul requisito della rilevanza, in relazione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Cassazione, v. assai perspicuamente A. PANZAROLA, *Introduzione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, Pisa, 2023, 66 ss., e R. TISCINI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione*, in *Giust. Civ.*, 2023, 343 ss., spec. 361 ss.

⁽¹⁰⁾ Si richiama in proposito Cass. Sez. Un. n. 15130/2024, che lo ha affermato con riguardo al caso in cui, essendo formalmente mancato il contraddittorio previo al rinvio pregiudiziale, quel contributo dialettico innanzi alla S.C. appaia particolarmente significativo; ma naturalmente il rilievo non può limitarsi a questo solo caso.

⁽¹¹⁾ La motivazione in esame richiama in proposito opportunamente Cass. n. 11688/2024 punto 3.2., nonché una serie di conformi decreti presidenziali; riguardo ai

ri rivelarsi in concreto irrilevante e perciò inapplicabile — senza che ciò comporti vulnerazione della sua efficacia vincolante prevista dall'art. 363-*bis* — a motivo di una rivalutazione della controversia di merito ad opera del giudice che ne è investito; sicché in tal caso ed al postutto si avrà — visto che “sfar non puoi la cosa fatta” e senza che nessuno debba stracciarsi le vesti — il permanere di un principio di diritto, persuasivo e non vincolante, solamente vocato alla nomofilachia *pro futuro*.

La pronuncia che si commenta, trascrivendo un passaggio di Cass. Sez. Un. n. 34851/2023, richiama, a proposito della constatazione *a posteriori* della irrilevanza da parte del giudice di merito, le ipotesi delle modificazioni normative sopravvenute alla enunciazione del principio di diritto pregiudiziale e delle risultanze di una istruttoria più approfondita donde emerga una situazione di fatto difforme da quella tenuta presente nella formulazione del quesito. Ma in realtà non può escludersi neppure — e su ciò dovrà tornarsi sotto un peculiare punto di vista al termine di questo commento — che il giudice di merito rimediti anche il quadro puramente giuridico della controversia e risolva in modo diverso, e tale da determinare la inutilizzabilità del responso pregiudiziale già ottenuto, una o più questioni di diritto distinte ma a loro volta logicamente pregiudiziali rispetto alla originaria valutazione di rilevanza del quesito di diritto già rivolto alla Corte. Ben inteso quest'ultimo, e non invece quello delle presupposte valutazioni di fatto, è l'ambito precipuo entro al quale può di regola esercitarsi e si è esercitato nella specie il controllo preventivo di rilevanza ad

quali risulta non condivisibile solo una affermazione ultronea, secondo cui sarebbe «improprio l'utilizzo del rinvio pregiudiziale ove rivolto unicamente a conseguire un suggello interpretativo dalla Corte di cassazione diretto a preservare la decisione del rimettente da una diversa lettura ed applicazione delle norme ad opera del giudice della impugnazione»; in realtà, da un lato, un rinvio fondato solo ed esclusivamente su tale dichiarato scopo sarà verosimilmente un rinvio inammissibile per assenza della grave difficoltà o della serietà o della non ancora intervenuta risoluzione della questione; e d'altro lato, se tutte tali condizioni invece sussistono, e ferma l'altra della rilevanza, non può certo stigmatizzarsi la personale *intentio* del giudice di merito volta alla protezione della futura sua sentenza dalla impugnazione, ché anzi si tratta di *intentio* del tutto fisiologica.

opera della stessa Corte, di là dal caso in cui la irrilevanza sia manifesta e conclamata alla stregua delle stesse prospettazioni anche in fatto della ordinanza di rinvio.

3. Proprio a questo riguardo è altresì significativo, e merita qui una apposita parentesi di riflessione prima di tornare a quanto deciso dalla pronuncia in esame, che la Corte richiami l’*“ampio ventaglio delle definizioni del concetto di rilevanza offerte dal giudice delle leggi”* ed insomma il carattere in qualche modo più permissivo e più elastico del controllo esercitato dalla Consulta sulla rilevanza della questione di costituzionalità, rispetto ad una connotazione che si vuole evidentemente più concreta e potenzialmente più severa e più invasiva, rispetto al previo vaglio del giudice di merito, della verifica di rilevanza del quesito interpretativo *ex art. 363-bis* riservata alla Cassazione.

La verifica di rilevanza indubbiamente, e se non altro sul piano empirico, varia a seconda dei tre contesti del rinvio pregiudiziale: comunitario, costituzionale, interno.

Volendo semplificare le cose all’estremo: nel primo caso la verifica di rilevanza è affidata al 90% al giudice nazionale e solo in via residualissima — sebbene oggi fors’anche in casi meno eclatanti del classico *Foglia-Novello* — essa si presta ad essere *overruled* da una Corte unionale che poco sa e dovrebbe sapere delle dinamiche del processo interno e soprattutto della portata effettiva e concreta del diritto nazionale che sovente entra ellettivamente a far parte, nella prospettazione riservata appunto al giudice nazionale, del parametro di rilevanza ⁽¹²⁾. Nel secondo caso la Corte costituzionale, ben più vicina, quanto a grado di possibile consapevolezza culturale, alle dinamiche del processo *a quo*, se-

(12) Secondo la prospettazione, a rigore impropria ma da tempo consueta, che in linguaggio di tutti i giorni si esprime: “dimmi Corte di Giustizia se la disposizione di diritto nazionale X, che io ti dico doversi interpretare in senso A, sia o no confliggente con la disposizione unionale Y (della quale a te spetta di chiarire il significato)”. Ovviamente la prospettazione più corretta dovrebbe essere, e talvolta correttamente ricorre: “dimmi Corte di Giustizia se la disposizione unionale Y si interpreta in modo che una disposizione nazionale XA risulta con essa confliggente”.

guita ad utilizzare — come appunto la pronuncia qui commentata ricorda — espressioni mutevoli che virano da un rilevanza astratta e perfino potenziale ad una rilevanza concreta «non bastando la generica possibilità che la norma stessa venga applicata nel corso del giudizio, ove si verificano le condizioni necessarie per la sua applicazione (Corte cost. n. 10/1979)»; ma quel che è più importante: se tali condizioni il giudice *a quo* rappresenta adeguatamente in fatto ed in diritto come già verificate, è ben difficile che la Consulta si ponga al suo posto, come se fosse quel giudice ordinario che non è, e riveda un compitino che non sia manifestamente negligente. Nel terzo caso la Cassazione, quale destinataria del rinvio pregiudiziale, è essa stessa un giudice civile e per di più di ultima istanza, del tutto omologo al giudice rimettente e più che immedesimabile nelle dinamiche del processo *a quo*; ed ecco che il requisito della rilevanza, pur ritenuto dal giudice remittente, può ben essere ri-controllato a 360 gradi — esclusa per ovvie ragioni ogni rivisitazione degli accertamenti in fatto già compiuti e già prospettati nella ordinanza di rimessione — dai destinatari del rinvio e cioè in prima battuta dal Primo presidente ed in seconda e soprattutto dal Collegio della Corte, come il caso di cui ci occupiamo dimostra.

Da ribadire una considerazione di ordine generale legata al comune carattere “pregiudiziale” dei tre rinvii. Cosa accade quando un responso pregiudiziale, per originaria e non ravvisata oppure per sopravvenuta carenza di rilevanza, risulta poi legittimamente non utilizzato ai fini del decidere nel giudizio *a quo*? Rispondere che quel che accade è solo un “tradimento” virtuale della connotazione “pregiudiziale” della *Richterklage* o se si vuole della consultazione di uno o l’altro dei tre organi apicali è del tutto anodino, ed equivale a constatare che il mondo del diritto è, come ogni mondo fatto dagli uomini, imperfetto e che cioè vi sono in esso isolate patologie *a posteriori* più che tollerabili come fisiologiche. Più serio è riflettere sulla diversa portata concreta di questa “patologia nella fisiologia”. E non può negarsi che la portata più appariscente sia quella di una pronuncia interpretativa o di validità della Corte di Giustizia o so-

prattutto quella di una declaratoria di incostituzionalità. Entrambe, pur rese fuori dall'alveo della concreta pregiudizialità entro il quale invece dovrebbero fisiologicamente essere rese, producono effetti generali relevantissimi *pro futuro*: la prima para-normativi *erga omnes* sebbene in teoria reversibili vuoi quanto alla interpretazione vuoi quanto alla affermata validità e perfino invalidità di disposizione comunitaria, la seconda di autentica ed irreversibile *negative Gesetzgebung*. Mentre una pronuncia di rigetto interpretativa della Consulta o un principio di diritto fissato dalla Cassazione *ex art. 363-bis c.p.c.* confluiscono nel più modesto paniere dei precedenti giurisprudenziali persuasivi ma non vincolanti, salvo il maggior grado di persuasività istituzionale o anzi di mascherata ma "giuridica" vincolatività ove il principio di diritto promani dalle Sezioni Unite.

I superiori rilievi sono tuttavia puramente descrittivi, perché non è dal maggior peso specifico *pro futuro* dell'occasionale de-raggiamento del *dictum* pregiudiziale rispetto al binario naturale della "incidentalità" che può derivare di fatto o di diritto la maggiore incisività del controllo di rilevanza da parte della Corte apicale *ad quem*. Sicché questa incisività è massima proprio nel caso della Corte di cassazione nella misura in cui (e per la ragione che) nell'esercitare quel controllo — posto che nessuna delle tre Corti è attrezzata per risolvere *quaestiones facti* presupposte alla rilevanza della *quaestio iuris* rinviata — la Cassazione è per lo meno compiutamente e istituzionalmente abilitata a risolvere le altre presupposte *quaestiones iuris*, che le competerebbe, almeno potenzialmente, di risolvere comunque anche *ex post* e quale giudice ordinario della impugnazione di legittimità.

4. Questa conclusione, per ciò che ora e direttamente interessa, trova riscontro nella pronuncia annotata, con la quale il Collegio, nonostante il via libera del decreto presidenziale, dichiara inammissibile il rinvio e dunque nega la soluzione pregiudiziale della questione interpretativa di merito, per il resto rispondente a tutti i requisiti di ammissibilità, rilevandone la irrilevanza in re-

lazione al caso concreto atteso il difetto di legittimazione passiva del convenuto, e cioè delibando la soluzione di una, sicuramente pregiudiziale, questione di rito in senso ostativo al passaggio al merito e dunque alla necessità per il giudice *a quo* di ottenere lumi su ogni questione al merito compresa quella oggetto del rinvio pregiudiziale ⁽¹³⁾.

Poteva farlo rispetto alle prerogative del Primo presidente? Abbiamo già detto di sì in termini generali; né sussistevano nella specie ragioni impediendo neppure in termini di buon senso. Vi è anzi da dire che una siffatta valutazione di inammissibilità per irilevanza, passante per la soluzione di altra pregiudiziale *quaestio iuris* non oggetto di rinvio pregiudiziale ma destinata a porsi nel giudizio *a quo*, è forse meglio che provenga dal Collegio piuttosto che dal Primo presidente.

Dopo di che deve essere a mio avviso chiara una cosa, anzi più di una.

La declaratoria di inammissibilità in quei termini, vuoi se proveniente dalla Presidenza vuoi *a fortiori* se proveniente dal Collegio, non dovrebbe essere — perché non è dato scherzare con istituti in astratto confliggenti con l'economia del singolo processo — fra quelle aggirabili o rimediabili dal medesimo giudice *a quo* con un reiterato rinvio pregiudiziale (come sarebbe il caso invece di declaratorie di inammissibilità del rinvio per difetto di previo contraddittorio o per difetto di “serialità”, le quali sono — la prima agevolmente, anche se bisognerebbe eliminare l'occasione *ab imo* come è stato già fatto ⁽¹⁴⁾, la seconda in rari e sorprendenti casi — rimediabili a seguito di sopravvenienze).

Ma neppure può dirsi che una pronuncia quale quella che qui si annota, allorché essa ritorna al giudice del merito, vincoli *de iure* quest'ultimo riguardo alla soluzione della questione preliminare o pregiudiziale, o di ogni altra questione, che sia stata attinta al solo

⁽¹³⁾ Sotto altri e paralleli profili concernenti l'ipotesi di (altro) quesito di diritto presupposto alla rilevanza di quello rimesso alla Corte, e sempre nella dialettica giudice *a quo*, Primo presidente e Corte, v. già A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative*, cit. 2023, 513 ss.

⁽¹⁴⁾ V. sopra al par. 2.

scopo della verifica di rilevanza del rinvio. E ciò perché la consacrazione normativa del vincolo è ovviamente limitata dall'art. 363-*bis* al solo responso pregiudiziale, e perché non è dato alterare, fuori da tale consacrazione normativa, l'iter normale dell'*Instanzenzug*. Il giudice *a quo*, salvo che non reiteri *sua sponte* quella soluzione perché particolarmente persuasiva, potrà ben andare di contrario avviso esponendosi al sindacato impugnatorio, al culmine del quale anche la S.C. — diversamente da quanto accadrebbe rispetto al responso pregiudiziale propriamente detto — potrà mutare d'opinione. Parafrasando un titolo piuttosto noto di Giuseppe Tarzia a proposito dell'ausilio giudiziario all'arbitrato, dovrà dirsi “assistenza” (condita di indispensabile ma limitata vincolatività) “e non interferenza” (esorbitante *quoad effectum*) della Cassazione nel corso ancora aperto e vivo del giudizio di merito.

In conclusione: la Cassazione, a differenza della Consulta e della Corte di Giustizia, ha tutti i ferri del mestiere per una piena verifica di rilevanza della questione pregiudiziale, ma può adoperarli (e pur sempre senza alterare il quadro fattuale rappresentato dal giudice *a quo*) solo per le necessarie riparazioni al procedimento pregiudiziale, e cioè per dichiarare se del caso la inammissibilità del rinvio o anche “aggiustare” il quesito in modo che risulti davvero rilevante; non invece per manovrare *ex ante* in modo vincolante — l'orientamento *de facto* è altra cosa — la macchina del giudizio di merito.

5. Appartengono a questo medesimo adeguato approccio di *finium regundorum* altri due assunti.

Uno è speculare: la valutazione di rilevanza, esplicitamente o implicitamente compiuta dalla Cassazione in sede di procedimento pregiudiziale, non vincola *de iure* il giudice *a quo* sì da impedirgli un ripensamento, nel senso della irrilevanza della *quaestio* già rinviata e risolta, non solo ed ovviamente a motivo di sopravvenienze istruttorie o normative ma anche a motivo di una nuova e diversa ricostruzione del quadro giuridico complessivo della controversia, questioni pregiudiziali e preliminari comprese. Anche questo as-

sunto (che è poi quello stesso che deve *a fortiori* confermarsi anche quando torna indietro al giudice *a quo* una pronuncia perfino di accoglimento della Consulta) si basa, normativamente, sulla assenza di indicazioni contrarie desumibili dall'art. 363-*bis* che limita l'effetto vincolante al principio di diritto fissato dalla Cassazione e non lo estende certo ai presupposti logici della sua fissazione (non stiamo discorrendo di un giudicato, ed il cd. "giudicato in punto di diritto" copre precisamente e solo quel punto di diritto); e d'altro lato si basa sulla assenza di una qualsivoglia *Selbstbindung* ricostruibile in termini sistematici, visto che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale non è una sentenza non definitiva e per essa vale comunque — di là dalla sua revocabilità, visto che non è "dichiarata espressamente" non impugnabile "dalla legge" ⁽¹⁵⁾ — il principio apicale ed assorbente di cui all'articolo. 177, comma primo, c.p.c. (una cosa infatti è la eventuale revocabilità e modificabilità delle disposizioni della ordinanza, altra cosa è che in ogni caso la sua motivazione non può mai pregiudicare la decisione della causa).

Il secondo assunto contraddice — ma lo ritengo inevitabile — un passaggio (incidentale e rimasto a quel che ne so isolato) del decreto della Prima presidente 23 settembre 2023, R.G. n. 15340/2023, riportato anche dalla pronuncia ora commentata: quello secondo cui la valutazione della rilevanza della questione ad opera della Corte non sarebbe esente dalla verifica di «una ragione più liquida, che consenta di decidere la controversia a prescindere dalla questione di diritto controversa». Posto che fra autentica, e non sempre affermabile con sicurezza, pregiudizialità logica di una questione rispetto ad altra ed invece la sua scelta in ragione della maggiore liquidità sono non raramente riscontrabili, nella esperienza giudiziaria concreta, confusioni e zone grigie, una linea di confine concettuale vi è ed è chiara. E questa linea è anche uno dei limiti che la Cassazione incontra nella verifica di irrilevanza del rinvio pregiudiziale contrapposta a quella di sua rilevanza già compiuta dal giudice di merito. Perché la scelta del se e di quale "ragione più

(15) Cfr. A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 966-967.

liquida” avvalersi o non avvalersi per la definizione del giudizio è scelta discrezionale del giudice di merito. E che essa sia in circoscritti casi sindacabile in sede impugnatoria non può significare che lo sia sempre ed *ex ante* nell’isolato e preventivo ambito del procedimento pregiudiziale a giudizio di merito ancora vivo e aperto. La Cassazione è la Cassazione, ma non esageriamo. Lo scritto, commentando una recente pronuncia della Cassazione, si occupa dei rapporti fra Primo presidente, Collegio della Corte e giudice a quo quanto alla verifica di rilevanza della questione interpretativa pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* E ciò con particolare riguardo alla ipotesi di irrilevanza dovuta alla soluzione da parte della Cassazione di altra questione pregiudiziale di rito (ed alla non vincolatività formale di tale soluzione ai fini del giudizio *a quo*); nonché alla (ritenuta dall’A.) impossibilità che la Cassazione dica invece irrilevante il quesito pregiudiziale interpretativo a motivo della decidibilità della controversia in base a questione “più liquida”.

ANTONIO BRIGUGLIO

ABSTRACT: Lo scritto, commentando una recente pronuncia della Cassazione, si occupa dei rapporti fra Primo presidente, Collegio della Corte e giudice a quo quanto alla verifica di rilevanza della questione interpretativa pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* E ciò con particolare riguardo alla ipotesi di irrilevanza dovuta alla soluzione da parte della Cassazione di altra questione pregiudiziale di rito (ed alla non vincolatività formale di tale soluzione ai fini del giudizio *a quo*); nonché alla (ritenuta dall’A.) impossibilità che la Cassazione dica invece irrilevante il quesito pregiudiziale interpretativo a motivo della decidibilità della controversia in base a questione “più liquida”.

ABSTRACT: *This paper, through a commentary on a recent ruling of the Supreme Court of Cassation, examines the relationship between the First President, the Court’s Panel, and the a quo judge concerning the assessment of the relevance of a prejudicial interpretive question pursuant to Article 363-bis of the Italian Code of Civil Procedure. This analysis focuses specifically on the hypothesis of irrelevance arising from the Court’s prior resolution of another procedural prejudicial question (and the non-binding nature of such a resolution for the proceedings before the a quo judge). Furthermore, it addresses the Author’s contention that it is impermissible for the Court of Cassation to deem a prejudicial interpretive question irrelevant on the grounds that the dispute can be decided based on an issue that is “più liquida” (i.e., more straightforward to resolve).*