



Saggio (intenzionalmente e convintamente senza note) sul rapporto fra rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione ex art. 363 bis c.p.c. e funzioni delle Corti sovranazionali e costituzionale¹.

Sommario

1. Premessa e dedica.- 2. Con la pronuncia pregiudiziale della Cassazione non sono esauriti i mezzi di ricorso interni ai fini della proposizione del ricorso alla CEDU. La Cassazione in sede di procedimento pregiudiziale è invece giudice di ultima istanza ai fini dell'eventuale obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE – 3. La Cassazione non può essere il portalettere del giudice di merito - 4. La Cassazione come giudice a quo ed il procedimento pregiudiziale come occasione di rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia (rifiuto del doppio rinvio pregiudiziale in sequenza). - 5. Il doppio rinvio pregiudiziale contemporaneo.

1. PREMESSA E DEDICA.

Questo scritto è affettuosamente dedicato all'amico Peppino Santoni e tenta di mettere in pratica le due cose fondamentali che credo di aver imparato da Lui e dal suo modo di essere giurista e scrittore di cose giuridiche.

La prima: di fronte a due ciliegie congiunte per il peduncolo scegline una e non stare lì in eterno a pensare quale, e soprattutto non confondere le idee al lettore con una sequela di “*ma anche*” o “*tuttavia si potrebbe altresì ragionevolmente sostenere che...*” (questo consiglio Peppino lo diede pressoché letteralmente a persona a me molto cara allora alle soglie della laurea, che se ne giovò subito, ma è consiglio utilissimo anche per molti attempati, di qualunque materia, della generazione di Peppino e mia).

La seconda: se ritieni di aver raggiunto una certa padronanza sistematica e di metodo e di aver sufficientemente studiato un argomento, prova a scrivere affinché ti comprenda anche il lettore frettoloso, senza fare (come purtroppo in più di una occasione mi è scappato di fare) letteratura col diritto (ché essa sarà sempre vernice assai modesta a petto della vera letteratura), e chiedendoti e possibilmente largendo ciò che ti chiederebbe il pratico che il diritto deve applicare sul serio, e dunque accantonando la voglia di dimostrare ad ogni costo al lettore i tuoi progressi o le tue più o meno raggiunte mete di sistema e di metodo.

Una giurisprudenza teorica – chiamata non a risolvere casi concreti e certamente a nutrirsi ma non a far sfoggio di cultura giuridica e di sistema – che si attenesse a queste direttive contribuirebbe oltretutto ad evitare derive imitative della giurisprudenza pratica, specie di vertice, per la quale, chiamata essa al delicatissimo compito di risolvere casi concreti e perciò ineluttabilmente scegliere rapidamente le ciliegie, quello sfoggio fuffesco è quanto mai inopportuno.

¹ Il presente saggio è destinato alla pubblicazione negli scritti in onore del Prof. Giuseppe Santoni



Ho cercato qui di seguito, alquanto presuntuosamente, di far tesoro di questi due indirizzi. E ho aggiunto altro e correlato canone direttivo che - ammetto - può essere comodo alibi ovvero assai proficua scelta a seconda del risultato finale (che non spetta certo all'autore giudicare): confezioniamo di grazia, anche i più giovani, scritti di idee e non di note a piè di pagina, oggi oltretutto che le note si fanno tranquillamente con la intelligenza artificiale, e con la stessa IA il lettore che lo voglia può individuare da dove vengano e come e quanto siano state contraddette o condivise le idee dell'autore. Il che non vuol dire ovviamente, specie per i più giovani, che le note non debbano esservi (anche se qui provocatoriamente non vi sono), ma che debbono essere anche esse e semmai note di idee, ed in particolare di idee critiche, coraggiose e non troppo dubitative, sul pensiero altrui, oppure di idee digressive e collaterali messe a piè di pagina al solo scopo di non appesantire il testo.

Scelte le rime, e cioè il *modus* ispirato da Peppino Santoni (o almeno del Santoni maturo, perché tutti siamo stati giovani ed anche lui fino ad una certa età sarà stato come tutti più cauto), occorre scegliere l'argomento. E qui, onorando un amico giuscommercialista, avrei tanto voluto dire ad esempio in poche paginette perché, dopo la fausta o infausta recentissima novella dell'art. 2407 c.c., va scelta senza mezzi termini per ragioni semplicemente assiologiche e pratiche, ed irrisolvibile risultando altrimenti il dilemma interpretativo, la ciliegia della responsabilità non più solidale ma parziaria del sindaco rispetto a quella dell'amministratore. Ma, sebbene il tema coinvolga in pieno anche il diritto civile ed un poco il diritto processuale, dirlo "senza note" in un *Liber amicorum* popolato di contributi di valorosi o insigni giuscommercialisti e ad uno di costoro dedicato era un po' troppo. Lo farò altrove. E intanto scelgo - perché è in fin dei conti argomento che ho studiato di più e meglio - il nuovo rinvio pregiudiziale con riguardo ad alcuni profili applicativi assai peculiari e fino ad ora poco considerati.

2. CON LA PRONUNCIA PREGIUDIZIALE DELLA CASSAZIONE NON SONO ESAURITI I MEZZI DI RICORSO INTERNI AI FINI DELLA PROPOSIZIONE DEL RICORSO ALLA CEDU. LA CASSAZIONE IN SEDE DI PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE È INVECE GIUDICE DI ULTIMA ISTANZA AI FINI DELL'EVENTUALE OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE.

Le due affermazioni del titolo non sono in contraddizione visto il diverso contesto in cui operano.

2.1. Nel contesto CEDU mi pare ovvio che una pronuncia pregiudiziale, che pure risolva la *quaestio* interpretativa in senso confliggente con la Convenzione, non concretizzi o non concretizzi ancora, a livello interno, una irrimediabile lesione del diritto individuale:

(i) non rispetto alle parti del giudizio *a quo*, che deve ancora concludersi con una decisione se del caso effettivamente lesiva ed a sua volta impugnabile prima di essere sottoposta al vaglio della CEDU onde verificare la responsabilità dello Stato-giudice nazionale; è ben vero che il principio di diritto pregiudiziale è in quel giudizio vincolante e perfino per la Cassazione successivamente adita e che le possibilità di *échappement* rispetto ad esso non potrebbero di regola passare per un suo ripensamento *in iure* pur in ossequio alla CEDU (sebbene la malaugurata crisi del "giudicato nazionale" e qui del "giudicato in punto di diritto" è sempre dietro l'angolo a dirci "non si sa mai", anche se si tratterebbe nel caso specifico di evoluzione improbabile oltre che pernicioso); è però anche vero che quelle possibilità di *échappement* vi sono comunque e per altre vie, sicché quando il principio pregiudiziale si forma non può ancora dirsi - nemmeno ed anzi proprio nella nota logica di effettività che deve caratterizzare l'applicazione della regola del "previo esaurimento" - che esso condizioni irrimediabilmente, in senso violativo della Convenzione, la decisione nazionale finale direttamente



incisiva sulle posizioni soggettive; allo stesso modo di come non può dirsi integrato il viatico del “previo esaurimento” sol perché la Cassazione ha fissato un principio di diritto in conflitto con la Convenzione e però in pronuncia di annullamento con rinvio;

(ii) non rispetto agli *omnes* - future parti in futuri giudizi più o meno seriali (nel senso della loro “numerosità” che, come è noto, va verificata potenzialmente *ex ante* ai fini della ammissibilità del rinvio) - perché *a fortiori* non è per esse ancora predicabile alcuna vulnerazione senza rimedio interno, e perché in tal caso manca perfino l’effetto *de iure* vincolante della pronuncia pregiudiziale, sicché un suo contenuto solutorio della *quaestio iuris*, perfino se proveniente dalle Sezioni Unite, potrà ben essere non solo legittimamente ed occasionalmente aggirato ma anche ribaltato *in iure* in nome della CEDU e di una interpretazione correttiva e CEDU-orientata (quest’ultima, secondo la ormai sedimentata giurisprudenza della nostra Cassazione e della Consulta, nei limiti del possibile doverosa per ogni giudice nazionale, altrimenti potendosi innescare questione di costituzionalità della disposizione nazionale irrimediabilmente contrastante con la CEDU).

Aggiungo, per entrambe le conclusioni *sub (i)* e *(ii)*, che contraddirle - manovrando diversamente il canone del previo esaurimento di per sé solo considerato - significherebbe permettere assurdamente alla Corte EDU, già sufficientemente invasiva ed invadente, una intromissione a lavori in corso assiologicamente da respingere: controlli pure la CEDU il mio bagaglio quando è chiuso ed è sul nastro trasportatore, ma non si azzardi per cortesia a dirmi, entrando nella mia cabina-armadi, in quale scomparto del medesimo bagaglio devo riporre i calzini ed in quale il dentifricio.

2.2. Nel pronunciare sul rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis* il Collegio della Cassazione funziona invece senz’altro come giudice di ultima istanza interno ai fini di un eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE; così come del resto deve dirsi per il Collegio investito di un ricorso per cassazione anche ove *a posteriori* la decisione pregiudicata dal *dictum* della CGUE si riveli un annullamento con rinvio con prosecuzione dunque della vicenda processuale, non ancora approdata al giudicato. In questa prospettiva, ben diversa da quella sopra esaminata, deve infatti isolarsi - secondo la tradizionale ricostruzione dell’obbligo di rinvio *ex art. 267 TFUE* - il particolare segmento decisivo ai sensi dell’art. 363 *bis* e rilevare da un lato la inimpugnabilità interna della relativa decisione, d’altro lato la sua stabilità vincolante ai fini della definizione del giudizio interno principale, tale che l’effetto utile dell’istituto unionale risulterebbe frustrato se la Cassazione proiettasse su questa definizione un principio di diritto formatosi autarchicamente in spregio al diritto dell’Unione e senza cioè avere, ricorrendone i noti presupposti (assenza di *acte clair* o di precedente della CGUE già intervenuto), interpellato la Corte di Giustizia sulla (*sub*-) questione eurounitaria rilevante.

Che poi il giudice del processo interno principale possa superare il principio di diritto pur vincolante fissato dalla Cassazione *ex art. 363 bis* proprio ed anche in base alle prerogative della CGUE ed in forza dell’art. 267, e cioè rimettendo alla Corte di Giustizia la (*sub*-)questione eurounitaria che la Cassazione non abbia ravvisato o abbia risolto autarchicamente violando l’obbligo di rinvio, e perciò se del caso altresì applicando in tutto o in parte ai fini del decidere un precedente della Corte di Giustizia, ove già formatosi, in luogo del principio di diritto *ex art. 363 bis* con esso confliggente, non smentisce la conclusione sopra raggiunta. Ciò accade infatti - come la stessa CGUE ha chiarito a far data dalla sentenza *Rheinmühlen* del 12 febbraio 1974 (c. 146/73) - anche per il giudice di rinvio rispetto al principio di diritto vincolante fissato in sede di impugnazione dalla corte superiore interna.

La solo apparente contraddittorietà delle due soluzioni in punto di “previo esaurimento” e di individuazione del giudice interno “di ultima istanza” è - come si diceva e come si è appena visto - ampiamente giustificata dalla diversità di piani. Alla quale corrisponde, più in generale, una diversità di funzioni delle due Corti sovranazionali che non andrebbe mai dimenticata (in specie una volta



fortunatamente tramontato il progetto di “rinvio pregiudiziale” alla CEDU).

La CEDU sta lì per rimediare alle violazioni della Convenzione e dei diritti individuali assicurati dalla Convenzione e se violazione effettiva non vi è o essa è ancora ragionevolmente e potenzialmente rimediabile sul piano interno non ha senso che la CEDU intervenga. La pur riconoscibile funzione nomofilattica generale, rispetto al complesso normativo rappresentato dalla Convenzione, non è affatto la sua funzione primaria, ma solo un portato del suo intervento possibile solo a mezzi interni “esauriti”: e se non fosse stata introdotta nel sistema convenzionale la (allora avveniristica e suppletiva del ricorso costituzionale diretto assente da tanti sistemi interni) tutela diretta del singolo individuo, pur non dotato di soggettività internazionale ed ovviamente ben diverso dalle Parti contraenti, la Corte EDU sarebbe risultata superflua al solo scopo di interpretare uniformemente la Convenzione, né più e né meno di come accadeva ed ancora accade normalmente rispetto ad ogni altro strumento di diritto internazionale pattizio. È vero che quel particolare strumento era una convenzione sui “diritti umani” e perciò sulle (ed a pro delle) situazioni soggettive individuali, già per altro sufficientemente, e non certo diversamente rispetto alla Convenzione, protette dalle normative costituzionali interne nei Paesi contraenti a costituzione rigida o a costituzione materiale sufficientemente evoluta. Ma la sua interpretazione ed applicazione, in prospettiva pur condizionante ed evolutiva della interpretazione ed applicazione del diritto interno, avrebbe potuto tranquillamente essere rimessa ai giudici nazionali.

Per la Corte di Giustizia, quanto al rinvio pregiudiziale, le cose stanno esattamente al contrario. La sua funzione prioritaria è proprio e solo quella nomofilattico-uniformatrice, e solo di risulta ne viene la indiretta tutela delle situazioni soggettive dei singoli. Il diritto dell’Unione è nato e si è evoluto come diritto del tutto nuovo (restando in fin dei conti un civettuolo fiore all’occhiello, assai poco rilevante sul piano pratico, la coincidenza di alcuni suoi principi generali tutelanti i singoli rispetto a quelli delle costituzioni nazionali). Questo diritto nuovo, aggiunto e sovrapposto ad una variegata pluralità di complessi normativi nazionali ed affidato in forza della *primauté* e della diretta applicabilità ai giudici nazionali, aveva imprescindibile necessità della funzione uniformatrice di una Corte unica e sovranazionale ed il rinvio pregiudiziale era l’ovvio surrogato dell’(impossibile in un sistema non ancora federale) controllo impugnatorio di ultimo grado. Perciò nella logica dell’art. 267 l’alternativa facoltà/obbligo di rinvio si valuta non rispetto alla lesione finale, rimediabile o non più rimediabile, della situazione soggettiva della parte di una controversia nazionale, bensì rispetto alla singola decisione affidata al giudice nazionale ed al rischio che la falsa o eterodossa interpretazione del diritto dell’Unione che in essa si incorpori (compresa, nella “interpretazione”, la soluzione di questioni di validità di disposizioni di diritto unionale derivato) rimanga senza rimedio e la uniformità di applicazione del diritto dell’Unione ne risulti compromessa.

3. LA CASSAZIONE NON PUÒ ESSERE IL PORTALETTERE DEL GIUDICE DI MERITO.

Oggetto del rinvio *ex art. 363 bis* non può essere *direttamente e solo* la interpretazione della disposizione comunitaria o l’accertamento incidentale di sua invalidità e neppure il dubbio di costituzionalità, perché il giudice di merito ha un apposito e diretto strumento pregiudiziale: utilizzi quello.

Oggetto diretto del rinvio pregiudiziale alla Cassazione deve essere insomma la interpretazione di una norma ordinaria interna.

Se il giudice di merito non ha dubbi (o la relativa questione interpretativa non è né nuova né particolarmente difficile non integrandosi dunque i requisiti di ammissibilità di cui al comma 1° dell’art. 363 *bis*) sul fatto che la disposizione ordinaria X si interpreti in relazione al caso concreto da decidere – superata ogni possibilità di interpretazione costituzionalmente o eurolunitariamente orientata (o



CEDU-orientata) - nel senso A, ma dubita soltanto della compatibilità di XA con la Costituzione (compreso il profilo dell'eventuale irrimediabile contrasto con la CEDU) o con il diritto dell'Unione non può investire la Corte Suprema solo affinché sia questa a rinviare a sua volta alla Consulta o a Lussemburgo. E vero che un rinvio della Cassazione sarebbe più autorevole e più "sicuro" quanto a solidità della presupposta interpretazione della disposizione controllanda, ma*est modus in rebus*: la Cassazione - per quanto si voglia estendere la collaborazione dialogica fra giudice di merito e giudice di legittimità che ha ispirato il nuovo istituto introdotto (una volta tanto saggiamente) dall'ultima (per quasi tutto il resto sciagurata) riforma del rito civile - non è lì a fare da semplice tramite.

Men che meno ovviamente nei casi, relativamente rari, in cui la individuazione della *regula iuris* applicabile ai fatti accertati nel processo non passi per la soluzione di doppia questione interpretativa *a)* come si interpreti X e *b)* se X interpretato A sia o no conforme a disposizione di diritto unionale, o meglio - secondo la più pura e cristallina, ma più ellittica e perciò ormai non poche volte abbandonata, posizione di questa seconda *quaestio* - *c)* se la disposizione di diritto unionale Y si interpreti in modo che una norma di diritto interno XA risulti con essa confliggente), bensì comporti la soluzione dell'unica *quaestio* interpretativa della disposizione unionale destinata ad applicarsi immediatamente ai fatti accertati, o per verificare se essa davvero si applichi ai fatti accertati, ai fini della decisione. In questo secondo caso il giudice di merito non può davvero nutrire alcun dubbio sul da farsi: utilizzare, se vuole, subito e soltanto la facoltà di rinvio pregiudiziale alla CGUE (non essendovi spazio teorico, come vedremo invece *sub* 5 con riguardo all'altro caso, neppure per il "doppio rinvio pregiudiziale" contemporaneo). Il che comporta un vantaggio e uno svantaggio nella prospettiva del giudice e del processo di merito: il vantaggio è che il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE non sconta, a differenza del nostro rinvio pregiudiziale alla Cassazione, alcun particolare requisito o filtro di ammissibilità sostanziale, salvo quello della rilevanza la cui verifica è oltretutto in larghissima misura affidata allo stesso giudice *a quo* e solo in casi madornali (odierne edizioni di Foglia-Novello o forse ormai qualcosa in più) sindacabile della CGUE; lo svantaggio è che - per singolare paradosso dopo anni ed anni di prediche piuttosto stucchevoli sui tempi della nostra giustizia provenienti dalla cd "Europa" - la Corte di Lussemburgo è assai più inefficiente e ci mette molto più tempo a rispondere rispetto a quanto attualmente non faccia, ben inteso limitatamente al rinvio pregiudiziale, la nostra Corte di cassazione.

Nondimeno resto convinto che se un nostro giudice di merito dovesse investire *ex* art. 363 *bis* la Cassazione ponendo una questione in *puri* termini di costituzionalità o di validità del diritto eurounitario derivato o di sua interpretazione, poco importa se destinata alla applicazione immediata ovvero per il tramite della disapplicazione di norma interna confliggente, ai fatti accertati o da accertarsi, il primo presidente dovrebbe rimandare al mittente. Se anche sussistessero i requisiti, oltre che ovviamente della rilevanza, della novità della questione e della "numerosità" dei casi futuri potenzialmente ad essa riconducibili, difetterebbe sicuramente il requisito della "grave difficoltà": per la semplice ragione della presenza di un apposito e diverso rinvio pregiudiziale utilizzabile alla bisogna dal medesimo giudice di merito.

4. LA CASSAZIONE COME GIUDICE A QUO ED IL PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE COME OCCASIONE DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE COSTITUZIONALE O ALLA CORTE DI GIUSTIZIA (RIFIUTO DEL DOPPIO RINVIO PREGIUDIZIALE IN SEQUENZA).

Tuttavia se la Cassazione, risolvendo il dubbio interpretativo correttamente postole dal giudice di merito fra XA ed XB, e cioè su quale sia fra le due (o più) la corretta interpretazione della disposizione ordinaria interna X, si rende conto che la soluzione XB può essere in rotta di collisione



con la Costituzione o con il diritto dell'Unione (sempre ammesso che quest'ultimo si interpreti in un certo modo sul che sussista ancora un ragionevole dubbio e non si versi dunque nella ipotesi dell'*acte clair* o dell'atto già decifrato da un precedente della Corte di Giustizia), allora non può certo limitarsi a segnalare il problema al giudice di merito restituendogli gli atti con pronuncia limitata alla scelta di XB, con la conseguenza di possibile ed anzi probabile e farraginoso doppio rinvio pregiudiziale in sequenza, deve essa stessa rinviare alla Consulta o a Lussemburgo, rendendo solo all'esito un responso pregiudiziale completo al giudice di merito.

E ciò perché la soluzione della questione eurounitaria e quella della questione di costituzionalità appartengono, la prima *stricto sensu* la seconda in senso più lato, alla attività ermeneutica, di individuazione-interpretazione, relativa alla disposizione ordinaria interna oggetto del rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis*.

Se si tiene ferma la conclusione raggiunta al precedente paragrafo - e cioè che oggetto del rinvio pregiudiziale *ex art. 363 bis* non può essere puramente ed immediatamente una questione di costituzionalità o eurounitaria - la conclusione ora raggiunta si giustifica comunque, ma comporta una sorta di sobria extrapetizione della risposta della Corte rispetto alla domanda del giudice di merito. È però una extrapetizione tollerabilissima in nome del buon senso, dell'effetto utile del nuovo istituto e della circostanza che siamo pur sempre di fronte ad una *Richterklage* e non ad una domanda di parte. Così come *mutatis mutandis* sarebbe ben tollerabile quella della Cassazione che replicasse alla interrogazione pregiudiziale del giudice di merito dicendogli: "guarda che la disposizione X, su cui nutri giustificatamente gravi dubbi ermeneutici, non è quella applicabile alla fattispecie che mi rappresenti, alla quale si applica invece, da ciò che emerge dalla tua stessa ordinanza, la disposizione Y".

Va da sé, ma è utile precisarlo a scanso di equivoci, che quando la Cassazione funziona da giudice *a quo* in sede di procedimento *ex art. 363 bis* rispetto alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia, le parti del processo di merito principale hanno *naturaliter* accesso all'una o all'altra delle due diverse Corti, secondo le regole del rispettivo procedimento, non in quanto parti del giudizio principale, bensì già e soltanto perché abilitate dall'*art. 363 bis*, c. 4°, ad interloquire nel giudizio propriamente *a quo* e cioè innanzi alla Corte di cassazione, anche se al momento in cui quest'ultima effettua il "suo" rinvio pregiudiziale tale interlocuzione verosimilmente non vi sarà ancora stata.

5. IL DOPPIO RINVIO PREGIUDIZIALE CONTEMPORANEO.

Il doppio rinvio *contemporaneo*, alla Corte di Giustizia ed alla Corte costituzionale, ha visto occasionali epifanie pratiche indubbiamente ispirate da una elementare istanza di economia processuale.

Occorre qui chiedersi, anche alla luce di quanto osservato fino ad ora, se abbia senso, da parte del giudice del merito, e quando e con quali conseguenze un doppio rinvio pregiudiziale contemporaneo, da un lato, e con apposita ordinanza alla Corte di Cassazione, d'altro lato e con diversa apposita ordinanza alla Consulta ovvero alla Corte del Lussemburgo.

È ovvio che il problema neppure si pone come tale, nel senso che per le medesime intuitive ragioni di economia la risposta non può che essere affermativa, quando la pregiudizialità logica e la rilevanza delle due distinte questioni emergano contemporaneamente nel corso del giudizio di merito ma si rapportino a decisioni diverse affidate al medesimo giudice o a diversi capi di pronuncia (es.: devo applicare la disposizione X per decidere sull'oggetto 1 e considero particolarmente difficile e nuova nonché idonea a porsi in numerosi giudizi la scelta ermeneutica fra XA ed XB; d'altro canto devo anche applicare la disposizione Y per decidere sul diverso oggetto 2 e non è infondato il dubbio che essa sia, nell'unica interpretazione che ritengo plausibile YA, incostituzionale o contraria al diritto



dell'Unione).

Il tema è più complesso quando le due diverse questioni e le due diverse pregiudizialità logico-ermeneutiche riguardino (i) la medesima disposizione ovvero, (ii) pur riguardando disposizioni diverse, siano comunque fra loro concatenate perché riferite al medesimo oggetto di decisione.

Gli esempi più semplici sono quelli del primo tipo. Soffermiamoci per brevità su alcuni possibili fra questi, ben potendosi del resto adeguare le risposte che si daranno anche a quelli del secondo tipo. E mettiamoci, sempre per brevità nei panni del giudice *a quo*, la cui sostanziale discrezionalità variamente declinabile in relazione a tutti e tre i rinvii pregiudiziali rende ovviamente le risposte che daremo - "scegliendo la ciliegia" (v. la *Premessa*) - soggette al beneficio di inventario.

5.1. *Primo esempio.*

Sono incerto fra la interpretazione XA e la interpretazione XB, e sussistono in proposito in apparenza tutti i presupposti (grave difficoltà, novità, "numerosità") previsti dall'art. 363 *bis*; tuttavia sospetto ragionevolmente che XA sia incostituzionale o contraria al diritto dell'Unione.

In questo caso sembra tendenzialmente da escludere il doppio rinvio contemporaneo. Posto che quello alla Corte di Giustizia è puramente facoltativo per il giudice del merito, quest'ultimo farebbe bene ad astenersene e rinviare solo alla Cassazione rappresentando fra gli elementi ermeneutici da tenere in considerazione la possibile contrarietà di XA al diritto dell'Unione. Di seguito queste le eventualità:

(i) o il primo presidente gli restituirà gli atti dicendogli che la scelta fra XA ed XB non è affatto difficile bensì agevole nel senso XB proprio ed anche perché conforme al diritto dell'Unione; e responso analogo potrebbe giungergli dal Collegio della Corte non in termini di inammissibilità bensì in termini di pronuncia "di merito" sul rinvio; in entrambi i casi, in modo autorevolmente persuasivo nel primo, in modo formalmente vincolante nel secondo, il giudice di merito avrà ottenuto sufficienti lumi idonei ad evitargli un rinvio pregiudiziale alla CGUE nel primo caso *de facto* inutile, nel secondo *de iure* irrilevante.

(ii) Ovvero la Cassazione sceglierà senz'altro la opzione XA, ma ne farà il presupposto per un proprio rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e restituirà gli atti al giudice di merito inglobando nel suo responso il *dictum* della Corte di giustizia e perciò dando il viatico per l'applicazione al merito di XA ovvero per la sua disapplicazione (la quale darà luogo, a seconda del contesto e dei fatti, a conseguenze decisorie tutt'altro che necessariamente coincidenti con l'applicazione di XB).

(iii) Ovvero ancora la Cassazione non riterrà di intraprendere questa strada, che si è considerata possibile ed anzi nominalmente (e con le dovute eccezioni) doverosa ai par. 2 e 3, e restituirà gli atti al giudice di merito dopo aver cristallizzato in modo apparentemente vincolante XA; ma al giudice di merito resterà sempre la possibilità non già di dubitare di XA, ma solo della sua conformità al diritto dell'Unione e se ritiene avrà la sola strada del successivo rinvio pregiudiziale alla CGUE per *échapper* legittimamente rispetto al principio ermeneutico fissato dalla Cassazione.

La somma di (i) e (ii) mi sembra statisticamente più probabile rispetto a (iii).

Ergo: un originario doppio contemporaneo rinvio, almeno da un punto di vista prognostico, oltre che solo facoltativo, non sarebbe il più delle volte giustificato in termini di economia processuale.

Quanto sopra, ed anche i successivi svolgimenti di cui al secondo esempio, par. 5.2., nonché al successivo par. 5.3, può reiterarsi, con opportuni adeguamenti, quando alla questione di interpretazione del diritto eurounitario derivato si intrecci o si sostituisca, nell'iter logico che conduce alla decisione nel giudizio principale, questione di sua validità.

E il discorso complessivo quanto alla tendenziale sconvenienza del doppio rinvio contemporaneo vale *a fortiori* quando al rinvio pregiudiziale eurounitario si sostituisca il rinvio di



questione di costituzionalità. Non foss'altro perchè lo stimolo alla scelta di XB in nome della interpretazione costituzionalmente orientata (ovvero anche CEDU-orientata per obbligo costituzionale) sarà ancor più forte e, se anche non intrapresa dal giudice del merito con esclusione di qualsiasi rinvio, vi sarà per lui ragione di pronosticare come ancor più probabile la inutilità di un rinvio alla Corte costituzionale all'esito del rinvio alla Cassazione: insomma il giudice di merito che non se la senta di scegliere egli stesso l'opzione ermeneutica costituzionalmente orientata dovrebbe comunque, pur rinviando *ex art. 363 bis*, ritenere più "probabile che non" che la Cassazione (o il primo presidente) quella scelta intraprenda togliendolo dall'imbarazzo.

5.2. Secondo esempio, sempre dal punto di vista del giudice di merito.

Sono convinto che le uniche scelte ermeneutiche possibili riguardo ad X siano XA ed XB. L'opzione si presenta con tutte le caratteristiche idonee al rinvio pregiudiziale alla Cassazione. Ma sono altresì convinto che qualsiasi scelta farà la Cassazione, e non essendovi alcuna possibilità di XC (come opzione costituzionalmente o eurounitariamente orientata), X potrebbe risultare incostituzionale o contraria al diritto dell'Unione.

A questo punto il doppio contemporaneo rinvio, alla Cassazione ed alla altra corte sovraordinata a seconda dei casi competente, sarà di regola una scelta economicistica e ragionevole per il giudice di merito, il quale otterrà mercé un'unica sospensione entrambe le risposte pregiudiziali rilevanti ai fini del decidere; le quali - diversamente che nel primo esempio ed almeno nella sua prospettiva prognostica - risultano l'una non dipendente dall'altra; ed inoltre eviterà ciò che è comunque una complicazione, vale a dire il possibile innesto di un ulteriore rinvio, alla Consulta o alla CGUE, nel corso del procedimento pregiudiziale innanzi alla Cassazione (v. par. 2 e 3 e *supra* par. 5.1. (ii)).

Naturalmente va scontata nel concreto la chiara differenza di grado tra la facoltatività pura del rinvio alla Corte di giustizia per il giudice non di ultima istanza, al quale è consentita pur sempre la soluzione autarchica della questione vuoi in senso disapplicativo vuoi in senso applicativo della disposizione interna, e la facoltatività vincolata del medesimo giudice limitata al riscontro della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, di là dalla quale non è possibile alcuna soluzione autarchica della questione di costituzionalità che non passi appunto, a monte, per la sua ritenuta manifesta infondatezza, e men che meno la disapplicazione autarchica della disposizione ordinaria.

Che poi in caso di doppio contemporaneo rinvio i tempi delle risposte siano ben diversi fra loro, grazie soprattutto alla attuale efficienza "svizzera" della nostra Suprema Corte, è altra storia. Ma che quest'ultima decida prima semplifica le cose, perché l'"altro" rinvio permane rilevante. Se accadesse il contrario, la sopravvenuta irrilevanza del rinvio *ex art. 363 bis* potrebbe tranquillamente indurre - come ho scritto in termini generali altrove - una revoca della relativa ordinanza di sospensione e rimessione da parte del giudice del merito con conseguente estinzione del procedimento pregiudiziale innanzi alla Suprema Corte (salva la fissazione di principio di diritto nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.*). Ma la cosa è - ripeto - e speriamo permanga del tutto irrealistica.

Se poi in relazione alla casistica del primo esempio o ad altri possibili casi si verifichi che, dopo un doppio contemporaneo rinvio, la risposta della Cassazione determini la irrilevanza per il giudice del merito della questione posta all'altra Corte, si avrà la medesima pacifica possibilità di estinzione, su richiesta del giudice *a quo*, del procedimento pregiudiziale a Lussemburgo, ben più problematicamente invece di quello innanzi alla Corte costituzionale, vista la nota tendenziale autonomia di quest'ultimo rispetto alle vicende successive del processo principale (v. fra le molte Corte cost. n. 227/2010 punto 3 dei motivi della decisione) e soprattutto considerato l'atteggiamento



rigorista assunto (con tanto di segnalazione "disciplinare" al P.G. presso la Cassazione) da Corte cost. n. 127/2021 in una ipotesi di pentimento e sostanziale successiva revoca della sospensione e rimessione da parte del giudice a quo.

5.3. Infine, trovandoci comunque a discorrere di doppio rinvio pregiudiziale, togliamo per un momento dalla scena quello alla Corte di Cassazione, ed occupiamoci di quello alle altre due Corti.

Pur nella rarità dei casi oggettivamente possibili, il doppio contemporaneo rinvio pregiudiziale eurounitario e costituzionale sembra facilitato da ragioni logiche da parte del giudice che sospetti contemporaneamente della contrarietà di una disposizione ordinaria interna sia a Costituzione che al diritto dell'Unione. In tal caso il giudice *a quo* dovrebbe avere già ben chiaro il significato da attribuire alla disposizione, o - come si disse a suo tempo con espressione semplice ed a tutt'oggi calzante - quale sia la norma (XA) corrispondente alla disposizione (X). Il suo dubbio riguarda la validità di XA, e ad un tempo sia la validità in senso proprio e costituzionale sia la validità in senso improprio (e se del caso conducente alla sola incidentale disapplicazione ai fini del decidere) rispetto al parametro eurounitario.

Il doppio rinvio, dunque, non ha ad oggetto questioni eterogenee - una *stricto sensu* di interpretazione ed una, pur sempre rientrante nella attività ermeneutica ed individuatrice rilevante ai fini del decidere ma di validità o se si vuole di conformità rispetto a parametro gerarchicamente sovraordinato - bensì omogenee. E tuttavia il doppio rinvio è destinato a due Corti sovraordinate a competenze non sovrapponibili le quali controlleranno XA rispetto a parametri a loro volta diversi e tendenzialmente non sovrapponibili (salve marginali e sofisticate interferenze sulle quali per brevità si può qui tacere). Il che appunto rende il doppio contemporaneo rinvio alla Consulta ed alla CGUE sul piano logico astratto più plausibile e produttivo, di conserva oltretutto con il nuovo corso aperto dalla nota Corte cost. n. 269/2007 riguardo alla generale ammissibilità dell'incidente di costituzionalità, anche e soprattutto in considerazione dei suoi possibili effetti caducatori *erga omnes* piuttosto che semplicemente incidentali, allorché la disposizione in questione sia sospetta di contrarietà anche rispetto al diritto dell'Unione.

Che il doppio contemporaneo rinvio sia in concreto ragionevole sul piano della economia processuale dipende in fin dei conti, ed ancor qui, dalla sensibilità prognostica e dalla discrezionalità del giudice di merito: da quanto egli sia o meno convinto che l'una o l'altra delle due questioni di "validità" raggiunga e superi la soglia della piena fondatezza o per lo meno risulti notevolmente più fondata dell'altra. In caso negativo il doppio rinvio è conforme all'economia processuale, in caso affermativo può e deve invece ragionevolmente procedersi solo ad un primo rinvio, ragionevolmente affrontando il rischio di un improbabile secondo rinvio in sequenza.

5.4. Vi è un caso tuttavia in cui due i due parametri di validità si intersecano e nel quale dunque la logica, favorita da ultimo dallo stato attuale delle cose al Palazzo della Consulta, pare senz'altro escludere il doppio rinvio da parte del giudice di merito vuoi in contemporanea vuoi in sequenza.

Si tratta di un residuo caso post *Simmenthal-Granital* - caso a mio sommo avviso isolato e da circoscriversi attentamente - in cui la disapplicazione della disposizione interna contraria al diritto dell'Unione passa ancora per la sua declaratoria di incostituzionalità. Ed è quello particolarissimo nel quale in un giudizio e rispetto ad un rapporto "orizzontale" fra privati si tratti di applicare disposizione interna in ipotesi confliggente con una direttiva e questa non possa essere direttamente applicata, anche se "chiara precisa ed incondizionata", in virtù dei noti limiti previsti dal Trattato e sempre ribaditi dalla stessa Corte di Giustizia. Sicché la sua disapplicazione ai fini del decidere, proprio in virtù del carattere "orizzontale" del giudizio e del rapporto principale e di quei limiti alla diretta efficacia delle direttive, è consentita solo se la ipotesi di contrasto sia fondata e se perciò la Consulta la dichiari



costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 11 e (ancillarmente) 117 Cost., ed in base all'orientamento della Corte cost. dovuto soprattutto agli input di Giuseppe Tesauro in veste di giudice (v. in particolare Corte cost. n. 311/2009 in motivazione e sia pure allora riguardo alla diversa ipotesi di irrimediabile contrasto fra disposizione ordinaria e CEDU; v. poi Corte cost. n. 227/2020 relativa alla situazione, per ciò che qui interessa esattamente coincidente, del contrasto rispetto ad una “decisione-quadro”; da questo insegnamento finisce col deviare impropriamente Corte cost. n.133/2016 ammettendo la rimessione - per poi dichiarare infondata nel merito la questione - sebbene in quel caso, e come prontamente rilevato da Roberto Mastroianni, il contrasto potesse essere affermato, di là dalla direttiva, rispetto a principio generale UE più volte confermato come tale dalla CGUE e perciò la sua soluzione affidata tranquillamente, conformemente a *Granital*, al giudice ordinario; corretta invece la recente decisione di Corte cost. n. 43/2025 in materia di addizionali accise, ove sicuramente e come espressamente ribadito in precedenza dalla Corte di Giustizia la disposizione interna non poteva essere automaticamente disapplicata per via della sicura efficacia solo “orizzontale” della direttiva).

Ecco che - messa da parte ogni possibilità di (re)interpretazione “orientata” di qualsivoglia genere - se il giudice di merito ha davvero seri e per lui irrisolvibili dubbi sulla conformità di XA alla direttiva (e cioè se non se la sente di utilizzare le sue prerogative facoltative e risolvere autarchicamente la *quaestio* nel senso della immediata disapplicazione o non disapplicazione) farà bene ad investire senz'altro e solo la Corte costituzionale. E ciò perché se quest'ultima condivide le perplessità e però non ha a proprio volta cuore di condannare XA *erga omnes* e per sempre al cestino senza l'avallo della Corte di Giustizia riguardo al presupposto medesimo della incostituzionalità, e cioè l'effettivo contrasto con la direttiva, dovrebbe essere senz'altro pronta come altre Corti consorelle, e a differenza che in un passato ben poco giustificabile, ad effettuare essa stessa un proprio rinvio pregiudiziale a Lussemburgo (v., per la nota inversione di rotta sia pure in contesto diverso, Corte cost. sentenza n. 102/ 2008 e connessa ord. n. 103/2008), che in sé non ha nulla di eterodosso e sarebbe anzi nei congrui casi obbligatorio. Una risposta alternativa ad opera della Consulta potrebbe fisiologicamente passare solo per una pronuncia di rigetto interpretativa (XB) o al più per una restituzione degli atti con invito al giudice *a quo* ad esplorare la plausibilità di interpretazioni diverse da XA; ma non per una restituzione motivata sul mancato esercizio da parte del giudice *a quo* della sua facoltà di rinviare a Lussemburgo con invito ad esercitarla. E ciò perché la soluzione della peculiare questione eurounitaria in discorso appartiene in realtà non al versante della ricostruzione della disposizione ordinaria controllanda, bensì e seppure per via interposta alla ricostruzione del parametro di costituzionalità e perciò di schietta pertinenza della Consulta.

Continuo a pensare che, viceversa, così non sia in ogni altro caso in cui la soluzione della questione eurounitaria (ovviamente sempre che ancora dubbia e cioè non già risolta da un precedente della Corte di giustizia applicabile anche dalla Consulta) appartenga al piano della individuazione-ricostruzione dell'oggetto della disposizione ordinaria sottoposta a controllo, come accade quando essa è sospettata sia di contrarietà a Costituzione sia di contrarietà al diritto dell'Unione in assenza di interferenze fra i due parametri. Non ci piove che alla Consulta debba essere fisiologicamente data la possibilità di espungere definitivamente ed *erga omnes* dal sistema la disposizione perché contraria a Costituzione e che perciò il relativo rinvio da parte del giudice ordinario sia, come oggi la Corte ritiene, senz'altro ammissibile. Ma sul rapporto obbligatorio o facoltativo fra giudice ordinario e Corte di giustizia (e sebbene dall'eventuale attivazione immediata di questo solo rapporto e dalla risposta della Corte di giustizia potrebbe derivare l'obbligo di disapplicazione incidentale della disposizione ordinaria e perciò la irrilevanza della questione di costituzionalità ad essa relativa: v. Corte cost. n. 216/2014) la



ISSN 2533-0632

Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**

Consulta non dovrebbe interferire con un proprio rinvio pregiudiziale a Lussemburgo comunque motivato ed in corso di procedimento incidentale innanzi a sé. Al rinvio a Lussemburgo provveda il giudice ordinario (di seguito del resto a quanto espressamente già affermato dalla Consulta nella cennata sentenza n. 216/2014), possibilmente in contemporanea con il rinvio alla Corte costituzionale. Ed in fin dei conti la maggiore ragionevolezza e praticabilità in tal caso del doppio contemporaneo rinvio dovrebbe risultare sufficiente, sul piano statistico, ad assicurare un esteso controllo (non però necessario ad ogni costo) della Consulta con possibili effetti caducatori *erga omnes*.

* * * *

Qui giunti chiudo, perché - sempre a proposito delle ciliegie della *Premessa* - anche gli argomenti di questa complessa tematica tirano l'uno l'altro ed è meglio dare un taglio, con riserva ben inteso di riprendere il discorso.