

CAPITOLO PRIMO
IL RINVIO PREGIUDIZIALE: GLI ISTITUTI AFFINI ED IL
PERCORSO CHE HA CONDOTTO ALLA FORMULAZIONE
DELLA NORMA

Introduzione

L'art. 363 *bis* c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 149/2022, recante l'attuazione della legge delega n. 206/2021, attribuisce per la prima volta al giudice di merito la facoltà di richiedere alla Corte di cassazione di risolvere anticipatamente una questione di diritto nel caso in cui essa sia necessaria per la decisione della causa, non sia stata già risolta dalla Corte di cassazione, presenti gravi difficoltà interpretative e sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi. In particolare, quest'ultimo requisito si lega alla funzione di nomofilachia preventiva, ossia consente che l'interpretazione delle norme sostanziali e processuali sottese alla questione da dipanare si riveli utile ad assicurare l'uniforme ed univoca applicazione del diritto.

Infatti, l'istituto in esame si inquadra nell'ambito della funzione nomofilattica, ossia come chiaramente indicato dall'art. 65 del Regio Decreto 12/1941 la funzione che consiste nel fornire indirizzi interpretativi "uniformi" per mantenere, nei limiti del possibile, l'unità dell'ordinamento giuridico, attraverso una sostanziale uniformazione della giurisprudenza.

L'inquadramento sistematico del rinvio pregiudiziale e la individuazione della *ratio* che ne ha ispirato l'introduzione deve, però, prendere le mosse

dalla illustrazione dei modelli processuali cui il legislatore si è evidentemente ispirato.

Significative sono innanzitutto le similitudini dell'istituto disciplinato dall'art. 363 *bis* c.p.c. con l'istituto francese della cd. *saisine pour avis*, del quale mutua in larga parte i presupposti, ma dal quale si differenzia quanto alla rilevanza ed incidenza del principio di diritto.

Il rinvio pregiudiziale, inoltre, presenta analogie con gli istituti giuslavoristici dettati dall'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001 e dall'art. 420 *bis* c.p.c., quest'ultimo introdotto successivamente dalla legge n. 40/2006, che contemplano l'ipotesi che il giudice del primo grado risolva anticipatamente una questione inerente la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi nazionali, con sentenza non definitiva, che (in deroga ai principi generali) risulta impugnabile direttamente in Cassazione.

Benché nei casi da ultimo menzionati non sia accordato al giudice del merito il potere di rivolgersi direttamente alla Suprema Corte, tanto l'art. 64 che l'art. 420 *bis* c.p.c., presentano affinità, almeno sul piano funzionale, con l'istituto introdotto dall'art. 363 *bis* c.p.c. perché mirano a consentire che la questione di diritto sia affrontata anticipatamente dalla Suprema Corte nell'ottica non solo di definire la controversia, ma di valorizzare la funzione nomofilattica del giudice di legittimità.

Una volta esaminati i modelli processuali di ispirazione, sarà l'esame dei lavori preparatori che hanno condotto la commissione Luiso a formulare le proposte poi recepite nella legge delega n. 206/2021 a consentire di comprendere le ragioni che hanno indotto il nostro legislatore ad optare per una soluzione che è caratterizzata da elementi di assoluta novità.

Sarà, inoltre, necessario interrogarsi sulla compatibilità dell'istituto pregiudiziale con il quadro costituzionale ed in particolare con l'art. 101

Cost. secondo cui il giudice nelle sue funzioni è soggetto esclusivamente alla legge. Infatti, non sorgono problemi rispetto al giudice *a quo*, vincolato dal principio di diritto espresso dalla Suprema Corte, che ha effettuato la rimessione *ex art. 363 bis c.p.c.* in virtù di una scelta consapevole e richiesto l'enunciazione del principio di diritto ma per i giudici tenuti a rispettare il principio di diritto pur non avendone richiesto l'enunciazione. Quindi, il dubbio potrebbe configurarsi innanzitutto nel caso in cui il giudice di appello dovesse essere chiamato a decidere il gravame proposto avverso la sentenza emanata dal giudice di primo grado in conformità al principio di diritto formulato dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 363 *bis* c.p.c. Come meglio si vedrà in seguito il prospettato dubbio di costituzionalità non sussiste¹.

L'esauritivo esame della disciplina introdotta dall'art. 363 *bis* c.p.c. imporrà da ultimo un parallelo con alcuni istituti con aspetti simili che, tuttavia, sono estranei all'ambito di quelli funzionali alla realizzazione della nomofilachia. A ben vedere, infatti, l'istituto del rinvio pregiudiziale presenta profili di affinità con altri istituti come la questione di legittimità costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per alcune caratteristiche, tra le quali essenzialmente, come meglio si dirà in seguito, l'incidentalità rispetto allo svolgimento di un procedimento contenzioso.²

¹ Cfr. in questo capitolo, *sub* par. 5.

² Cfr. in questo capitolo par. 6.2 e 6.3

1. Gli istituti che hanno ispirato le scelte del legislatore

1.1 Il modello francese: la “*saisine pour avis*”

L’art. L.151 – 1, comma 1 del *Code de l’organisation judiciaire*, introdotto dalla legge n. 91-491/1991, ha istituito la *saisine pour avis* alla Corte di cassazione francese³, con la quale la Suprema Corte ha visto affiancare al proprio tradizionale ruolo di controllo della legittimità delle decisioni di ultimo grado una funzione consultiva circa l’interpretazione delle disposizioni legislative controverse. Infatti, la norma francese prescrive che prima di pronunciarsi su una nuova questione di diritto, che presenta una grave difficoltà e che nasce in numerose controversie, i giudici dell’ordinamento giudiziario possono, con decisione non impugnabile, chiedere il parere della Corte di cassazione.

Non è chiaro quale sia l’origine storica dell’istituto, che secondo parte della dottrina richiama lo *ius respondendi* pretorile dell’epoca romana⁴, mentre secondo altra parte della dottrina evoca il *referè au corps legislatif* che, fino alla sua abolizione nel 1837, ha fortemente influenzato la storia del *Tribunale de cassation*⁵ d’oltralpe.

³ Analogo strumento era stato introdotto dalla legge del 31 dicembre 1987 dinanzi al Consiglio di Stato.

⁴ L’imperatore a fronte di una domanda scritta, proveniente da un privato o da un pubblico funzionario, avente ad oggetto una questione di diritto, operava, quale interprete, come un giureconsulto, indicando una precisa soluzione che, in linea di principio, avrebbe dovuto avere una efficacia limitata al singolo caso ma che poi, di fatto, aveva una portata ben più ampia, estendendo la sua efficacia a tutti i casi analoghi e pervenendo nel II secolo ad essere assimilata ad una fonte del diritto.

⁵ R. Giordano, *La “Saisine pour avis” alla Corte di Cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 109 ss.; J. Normand, *La richiesta di parere alla Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 153 ss.;

In linea generale può senza dubbio affermarsi che la *saisine pour avis* è funzionale a realizzare una nomofilachia preventiva ad ausilio dei soli giudici (e non delle parti) ed in funzione della risoluzione di questioni che, per la eccezionalità e delicatezza che le caratterizzano, meritano un approfondimento immediato che possa “orientare” ma non “vincolare” la risoluzione delle controversie pendenti. Quindi è da sottolineare come la natura dell’istituto francese è meramente consultiva, a differenza della pronuncia emessa in applicazione del nuovo art. 363 *bis* c.p.c., che ha natura vincolante.

Ai sensi dell’art. L. 151 – 1 COJ la richiesta di parere, per essere ammissibile davanti alla Corte di cassazione, deve riguardare una questione di diritto “nuova” che presenta “una difficoltà seria” e che può porsi “in numerosi processi”.

Secondo l’interpretazione prevalente della dottrina⁶ e della giurisprudenza francese⁷, ai sensi e per gli effetti della norma in esame, la questione di diritto è nuova innanzitutto quando non è mai stata risolta dalla Corte di cassazione e, comunque, quando riguarda l’applicazione di leggi appena emanate ovvero quando, pur presupponendo l’applicazione di testi normativi risalenti, ha dato luogo ad interpretazioni difformi e, dunque, ad orientamenti che non riescono a stabilizzarsi.

Esula dall’ambito applicativo della disposizione, quindi, il caso in cui si auspichi un *revirement* interpretativo.

⁶ R. Giordano, *op. cit.*, 109 ss.; J. Normand, *op. cit.*, 153 ss.; M. Chauvin, *La “Saisine pour avis”*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1995, 1026 ss.; C. Silvestri, *La Saisine pour avis della Court de Cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 495 ss.

⁷ Per l’illustrazione di alcuni precedenti significativi con cui la Corte di cassazione francese, cfr. M. Chauvin, *op. cit.*, 1995, 1031.

Va, inoltre, precisato che la richiesta di parere non può dispensare il giudice del merito da “ogni sforzo personale di ricerca e riflessione”⁸. La questione presenta, pertanto, seria difficoltà quando è suscettibile di interpretazioni divergenti ma tutte egualmente pertinenti, sicché il rischio di perduranti contrasti non è trascurabile.

Affinché possa sostenersi che la “questione nuova”, quindi mai risolta dalla Corte di cassazione, sia anche suscettibile di porsi in numerose controversie occorre che essa sia stata sollevata o possa essere sollevata in molteplici processi instaurati o da instaurare nelle fasi di merito.⁹

Sebbene l’art. L.151 – 1 non lo precisi, affinché la richiesta di parere possa essere ritenuta ammissibile, occorre che essa risulti “rilevante” nel processo *a quo* poiché, sebbene il parere non sia vincolante, come meglio si dirà in seguito, la nomofilachia preventiva non è libera ma subordinata alla necessità della risoluzione del caso concreto.

La *saisine pour avis* può essere promossa solo ad istanza dei giudici di merito civili di primo e secondo grado nonché dei giudici dei *referes*, propri del sistema francese. Restano, pertanto, esclusi i giudici penali.

La richiesta di parere, anche quando sussistono i presupposti evidenziati dall’art. L. 151 – 1 COJ, è, però, discrezionale sicché, anche quando le parti sollecitano il giudice, quest’ultimo può decidere di non investire della questione la Corte di cassazione.

Prima di richiedere il parere il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio sulla questione con le parti private ed il pubblico ministero. Egli deve,

⁸ J. Normand, *op. cit.*, 387 ss.

⁹ Cfr. sul punto *Rapport du group de travail de la cour de Cassacion*, del mese di settembre 2021, 71, consultabile al seguente indirizzo www.courdecassation.fr/files/Reform/RAPPORT%20pleniere%20chambre%20mixte%20avis.pdf.

inoltre, motivare il provvedimento recante la richiesta avendo cura di illustrare la questione controversa in termini di puro diritto e senza alcun riferimento ai fatti di causa, eccezion fatta per l'indicazione dei profili che consentono di considerarla rilevante per la definizione della controversia.

La Corte di cassazione francese investita dal *saisine pour avis* decide in una composizione allargata, che ricalca in parte quella prevista per la decisione in Assemblea Plenaria e adotta la decisione all'esito, non di una udienza, ma di una seduta (art. 1031 – 5 – NCPC)¹⁰.

Quando la richiesta di parere è formulata, il processo resta sospeso per un tempo non superiore a novanta giorni, nel corso dei quali è sempre ammessa la pronuncia di provvedimenti d'urgenza o di provvedimenti conservativi necessari.

Il parere, giova ribadirlo, non è mai vincolante.

Tanto si desume anche dal fatto che la sospensione processuale è temporalmente limitata e, dunque, opera per un periodo che non si protrae necessariamente sino al rilascio del parere.

La funzione della Corte di cassazione francese nella formulazione dell'*avis* è, dunque, solo consultiva, anche perché il legislatore francese aveva l'obiettivo di non evocare neppure in modo indiretto la prassi giudiziaria

¹⁰ L'utilizzazione del termine "seduta" ha indotto parte della dottrina francese a segnalare che, pur traendo origine da una richiesta proveniente da un organo giurisdizionale investito di una controversia, la *saisine pour avis* costituisce estrinsecazione di una attività non giurisdizionale della Corte di Cassazione. In tal senso, M. Chauvin, *op. cit.*, 1995, 1026; A. Zenati, *La portée du développement des avis en trois*, in L. Revet (a cura di), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, 101 ss.

dell'*Ancien Régime* con cui i giudici di ultima istanza si arrogavano il compito di imporre il significato da attribuire alle norme¹¹.

Pertanto, il giudice che chiede alla Corte di cassazione francese di risolvere anticipatamente la questione di diritto può definire la controversia in modo difforme dalla indicazione ricevuta dall'organo di nomofilachia. Per le stesse ragioni, inoltre, le parti conservano la facoltà di impugnare la sentenza con cui il giudice del merito ha definito la controversia adeguandosi al parere.

La dottrina francese¹² ha, pertanto, osservato che solo in linea di fatto si può sperare che l'autorità morale e scientifica riconosciuta ai membri della Corte di cassazione in speciale composizione possa convincere i giudici e, perciò, influenzare la giurisprudenza. In sostanza, nel sistema francese, ove il giudice del processo *a quo* disattenda il parere non è configurabile alcuna violazione di legge deducibile nelle fasi di impugnazioni successive, poiché il principio di diritto non vincola la decisione e la sua eventuale violazione risulta del tutto irrilevante.

In linea generale la *saisine pour avis* non ha avuto una particolare diffusione e sono numerosi i casi in cui la Corte di cassazione non ha espresso il suo parere ritenendo insussistenti i presupposti individuati dall'art. L. 151 – 1¹³.

¹¹ S. Barbieri, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito superiorem recognoscens*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, 2, 2022, 386.

¹² J. Normand, *op. cit.*, 147 ss.

¹³ Tra le diverse ipotesi, la richiesta di parere è stata ritenuta inammissibile quando proposta in relazione a situazioni secondarie o di interesse individuale (il riferimento è, ad esempio, al caso in cui si è chiesto se i cittadini turchi potessero legittimamente beneficiare delle norme sugli affitti commerciali, ovvero al caso in cui la richiesta riguardava l'individuazione dei diritti del dipendente che fosse anche giudice del lavoro) in relazione a questioni già più volte esaminate e, pertanto, non nuove o in relazione a questioni che, benché nuove, non implicavano particolari difficoltà interpretative. Cfr. sul punto M. Chauvin, *op. cit.*, 1026, secondo cui nei primi quattro mesi di vigenza della norma si sono avuti solo trenta casi di parere e che molteplici

Negli ultimi tempi, ed in particolare dal 2016, a seguito della introduzione della *loi* 2016 – 1547 del 18 novembre 2016 che ha modificato l'art. L. 441 – 2 del COJ¹⁴, si è registrata una limitata inversione di tendenza.

Va, inoltre, precisato che nella prassi la richiesta di parere non è stata dichiarata inammissibile quando analoga questione fosse stata già pendente presso la Corte di cassazione ma non ancora definita. La scelta operata in questi casi è stata, però, quella di dare la precedenza alla definizione del ricorso piuttosto che alla formulazione del parere¹⁵.

1.2. La funzione dell'accertamento pregiudiziale in materia di lavoro pubblico previsto dall'art. 64 d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 420 bis c.p.c.

Il rinvio pregiudiziale si ispira in modo significativo al diritto processuale francese ma, pur evocando l'istituto della *Saisine pour avis*, è per certi versi accostabile anche ad alcuni istituti processuali di diritto interno che, pur strutturalmente differenti, presentano alcune analogie di fondo.

sono state le declaratorie di inammissibilità della richiesta di parere; nello stesso senso J. Normand, *op. cit.*, 149 ss.

¹⁴ Precedentemente l'art. L. 441-2 del COJ prevedeva che il collegio d'opinione fosse presieduto dal primo presidente o, in caso di suo impedimento, dal presidente più anziano della camera ma presentava l'inconveniente che la maggioranza dei partecipanti alla formazione del parere fossero non specializzati nella materia oggetto di parere.

L'articolo prevede ora che i pareri siano soggetti a una formazione diversa a seconda della loro natura. Quando la questione riguarda più Camere viene assegnata ad un collegio misto.

Infine, quando si tratta di una questione di principio è competente per la formazione del parere l'assemblea plenaria.

In buona sostanza si è pervenuti ad una più precisa canalizzazione delle questioni con valorizzazione delle competenze delle singole camere investite delle problematiche con lo scopo di aumentare la coerenza complessiva del sistema.

¹⁵ J. Normand, *op. cit.* 153 ss.; M. Chauvin, *op. cit.*, 1026 ss.

Più precisamente, deve ritenersi che, introducendo nel codice di rito l'art. 363 *bis* c.p.c., il legislatore ha inteso rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione portando a compimento una scelta già in precedenza perseguita, seppure nel limitato ambito della contrattazione collettiva, attraverso l'introduzione, dapprima dell'art. 64 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e, successivamente, dell'art. 420 *bis* c.p.c.

La conclusione secondo cui gli istituti regolati dall'art. 64 d.lgs. n. 165/2001 nonché dall'art. 420 *bis* c.p.c. sono mirati a valorizzare il ruolo che l'art. 65 ord. giud. affida alla Corte di cassazione (cui spetta assicurare l'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge) è ormai unanime: la dottrina¹⁶ e la giurisprudenza¹⁷, interpretando le citate disposizioni, hanno ripetutamente affermato che, in virtù della loro introduzione, si è provato a ridimensionare, nell'ambito giuslavoristico, quelle zone di incertezza interpretativa che, anche a causa della mancata attuazione sul piano istituzionale dell'art. 39 Cost., hanno prodotto contrasti interpretativi nella risoluzione di controversie di lavoro analoghe caratterizzate dalla necessità di applicare i contratti collettivi nazionali di settore.

Sebbene con un perimetro di operatività molto limitato (entrambe le norme riguardano soltanto l'interpretazione dei contratti collettivi e non norme sostanziali e procedurali) l'art. 64 d.lgs. n. 165 e l'art. 420 *bis* c.p.c. hanno in sostanza affidato alla giurisprudenza di legittimità il compito di "guidare" l'interpretazione dei contratti collettivi nazionali attraverso la

¹⁶ In tal senso, in dottrina, R. Corona, *La scelta politica della nomofilachia*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, in G. Ianniruberto – U. Morcavallo (a cura di), Milano, 2007, 3 ss.; G. Vidiri, *La nuova nomofilachia: diritti più certi e processi più rapidi?* in Ianniruberto – Morcavallo (a cura di), Milano, 2007, 17 ss.

¹⁷ Cass. 23 dicembre 2020, n. 29455; Cass. 28 aprile 2014, n. 9343; Cass. 25 giugno 2014, n. 14356.

formulazione di precedenti muniti di efficacia rafforzata per tutelare interessi di rango primario.

Come da tempo si sostiene, invero, la certezza del diritto e della sua interpretazione favorisce la ragionevole durata del processo, garantisce l'effettività della giurisdizione e incide indirettamente anche sul complessivo assetto delle relazioni industriali.

Alla luce delle considerazioni generali sin qui svolte appare, dunque, opportuno delineare le specificità di entrambi gli istituti, onde poter enucleare gli aspetti che hanno ispirato il legislatore del 2022.

1.3. L'accertamento pregiudiziale in materia di lavoro pubblico previsto dall'art. 64 d.lgs. n. 165/2001

L'art. 64 del decreto legislativo n. 165/2001 (già articolo 68 *bis* d.lgs. n. 29/1993) attribuisce al giudice di merito del primo grado investito di una controversia in materia di lavoro pubblico la facoltà di decidere la sola *“questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo sottoscritto dall'ARAN”*, se rilevante per la definizione nel merito della causa¹⁸, in virtù di sentenza (non definitiva) *“impugnabile soltanto con ricorso immediato in cassazione”* da proporsi nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito.

Nel caso in cui la sentenza emanata per risolvere la questione preliminare ad oggetto vincolato (validità o interpretazione delle clausole del contratto collettivo nazionale) sia impugnata, il processo *a quo* resta sospeso *ex lege*

¹⁸ Cass. 22 marzo 2005, n. 6113; Cass. 28 aprile 2014, n. 9343.