

COLLANA DEL DIPARTIMENTO  
DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI MACERATA

*Direttore*

**Prof. Stefano Pollastrelli**

*Comitato scientifico*

**Prof. Ermanno Calzolaio**  
**Prof. Gianluca Contaldi**  
**Prof. Giovanni Di Cosimo**  
**Prof. Carlo Piergallini**  
**Prof. Enrico Elio Del Prato**  
**Prof.ssa Paola Frati**

*Segretaria di redazione:* **Prof.ssa Laura Vagni**



**Livia Di Cola**

**PROVVEDIMENTO ANOMALO  
E PROCESSO CIVILE**

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume stampato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza e della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università degli Studi di Macerata.

Il presente volume è stato sottoposto al referaggio da parte di due esperti anonimi, esterni al Dipartimento di Giurisprudenza, appartenenti al settore scientifico-disciplinare relativo alla materia, oggetto del lavoro monografico, o a settore scientifico-disciplinare affine, designati dal Direttore del Dipartimento secondo la procedura stabilita dal regolamento della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza (*double blind peer review*). I revisori hanno formulato un giudizio positivo sulla pubblicazione.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-5976-973-2

a *Gianluca*



### *Ringraziamenti*

Vorrei rivolgere un sentito ringraziamento al prof. Antonio Carratta, perché, senza i suoi insegnamenti, a quel brutto primo articolo non ne sarebbero seguiti altri; in seguito, per tutti i suggerimenti, le conversazioni, le correzioni che mi hanno aiutata a crescere nel mio lavoro.

Al prof. Luca Loschiavo, per il suo prezioso aiuto nell'elaborazione della parte storica.

A Pasqualina Farina, per aver creduto che potessi ultimare questo libro, quando io non ci credevo molto.

Come sempre, ringrazio la mia famiglia, per avermi sempre sostenuto, in tutte le mie scelte.

Da ultimo, ringrazio Gianluca, per essermi stato vicino e avermi supportato durante gli ultimi anni, decisamente impegnativi, come un vero compagno.



## INDICE

<i>Introduzione</i>	15
---------------------	----

### **Parte I** **L'evoluzione della disciplina delle forme processuali**

#### CAPITOLO I DAL PROCESSO ROMANO AL PROCESSO ROMANO-CANONICO

1. L'inesistenza del concetto di mezzo di impugnazione nel processo <i>per legis actiones</i> e nel processo formulare	31
2. Il processo e la sentenza nella <i>cognitio extra ordinem</i>	34
3. (... segue) I rimedi contro la sentenza viziata	40
4. L'inesistenza del problema del provvedimento invalido presso i popoli germanici	46
5. I caratteri essenziali del processo romano-canonico	49
6. La sentenza e le formalità ad essa essenziali	57
7. (... segue) Il concetto di nullità della sentenza nello <i>ius commu-</i> <i>ne</i>	62
8. (... segue) Gli <i>errores in procedendo</i> nelle opere della dottrina dello <i>ius commune</i>	70
9. La <i>querela nullitatis</i>	76
9.1. I glossatori	77
9.2. I canonisti	79
9.3. I giuristi del tardo diritto comune	86
9.4. Gli statuti comunali	91
10. Conclusioni	97

CAPITOLO II  
LE MODERNE CODIFICAZIONI

1. Il diritto comune francese	99
2. Dall' <i>ordo iudicarius</i> al <i>processus</i>	102
3. La disciplina degli <i>errores in procedendo</i> nel <i>Code Louis</i>	106
4. (... segue) <i>Demande en cassation</i>	109
5. Le riforme della giustizia civile nell'epoca della Rivoluzione francese: la semplificazione dell'ordinamento giudiziario e delle forme processuali	110
6. (... segue) La legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia	117
7. La disciplina del processo e delle sentenze nel <i>code de procédure civile français</i>	121
8. (... segue) La nullità della sentenza e degli atti processuali	126
9. La disciplina della nullità nei codici preunitari	131
10. (... segue) L'invalidità della sentenza e dei provvedimenti interlocutori	137
11. (... segue) La questione dell'impugnazione delle ordinanze del presidente del tribunale, del giudice commesso e del giudice di mandamento nel codice di procedura civile per gli Stati Sardi	145
12. Conclusioni	152

CAPITOLO III  
IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

1. I motivi del codice di procedura civile	157
2. La struttura del codice di procedura civile	161
3. I provvedimenti	168
4. La nullità in generale	178
5. L'invalidità della sentenza ed i rimedi	183
6. (... segue) L'invalidità degli altri provvedimenti ed i rimedi	194
7. I provvedimenti anomali	195
8. Conclusioni	207

CAPITOLO IV  
LA DISCIPLINA DELLE FORME PROCESSUALI NEL CODICE  
DI PROCEDURA CIVILE VIGENTE, ATTRAVERSO LE RIFORME

1. I progetti per un nuovo codice di procedura civile	211
2. Il progetto preliminare e definitivo di codice di procedura civile di Solmi	225
3. Il codice di procedura civile del 1940 ed i suoi principi ispiratori	232
4. L'entrata in vigore della Costituzione italiana e la "novella del 1950"	253
5. Le altre riforme del codice di procedura civile	272
6. La "novella del 2022": i principi generali e il processo "ordinario di cognizione"	287
7. (... segue) La "novella del 2022": i procedimenti speciali	315
8. Conclusioni	326

**Parte II**

**Provvedimenti anomali e relative impugnazioni**

CAPITOLO V  
IL PROVVEDIMENTO ANOMALO

1. Il provvedimento anomalo in senso stretto	333
2. Il provvedimento anomalo a causa di un procedimento errato	350
3. La dichiarazione della nullità ed il pregiudizio effettivo processuale	373
4. <i>Pas de nullité sans grief</i>	391
5. L'eccezione di nullità	400
6. L'impugnazione per vizi processuali	406
7. Il provvedimento anomalo per "scambio di forme"	416
8. La rilevanza del vizio dello "scambio di forme" del provvedimento	432
8.1. Il subprocedimento di adozione del provvedimento	439
8.2. La struttura dei provvedimenti. La rilevanza del requisito della motivazione	444

8.3. Il problema della sottoscrizione del provvedimento anomalo	468
9. (... segue) La sentenza adottata in luogo dell'ordinanza di liquidazione delle spese: un esempio di vizio formale innocuo?	487
10. Conclusioni	494

## CAPITOLO VI IL PROVVEDIMENTO ABNORME

1. Il provvedimento abnorme: una prima delimitazione della categoria per esclusione	497
2. Il provvedimento abnorme nel processo penale: genesi e attuale significato della figura	516
3. L'inesistenza del provvedimento	546
4. Il provvedimento abnorme per carenza assoluta di potere	571
5. Il provvedimento viziato da "abnormità strutturale"	591
6. Il provvedimento viziato da "abnormità funzionale"	627
6.1. Provvedimento abnorme e il potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell'esecuzione nell'impianto originario del codice di procedura civile	628
6.2. Provvedimento abnorme e il potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell'esecuzione dopo le riforme	643
6.3. Provvedimento abnorme e interpretazione del titolo esecutivo	668
7. La Cassazione che decide nel merito e l'abnormità funzionale	693
8. Conclusioni	701

## CAPITOLO VII L'IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI ANOMALI E DI QUELLI ABNORMI

1. Il problema dell'impugnazione dei provvedimenti anomali e abnormi	711
2. La teoria della prevalenza della sostanza sulla forma	714
3. L'applicazione del principio sostanzialista nell'ambito dei procedimenti speciali e la "concorrenza" con il ricorso straordinario in cassazione	727

4. (...segue) L'alternanza di due criteri nell'impugnazione dei provvedimenti non idonei al giudicato	749
5. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e le pronunce sulla competenza: un nuovo uso del principio sostanzialistico	758
6. Un'applicazione distorta del principio della prevalenza della sostanza sulla forma	764
7. La teoria dell'apparenza	773
8. La teoria di Mandrioli	781
9. Le incertezze della giurisprudenza di Cassazione	788
10. L'ultrattività del rito intrapreso in primo grado nella fase delle impugnazioni	800
11. L'opzione ragionata a favore del principio della prevalenza della sostanza sulla forma	813
12. L'errore di qualificazione di un provvedimento e il potere di impugnare nell'ordinamento giuridico francese	819
13. L' <i>inkorrekte Entscheidung</i> ed il <i>Meistbegünstigungsprinzip</i>	824
14. La conservazione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto nel processo penale	835
15. La conversione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto nel processo civile	850
16. La rimessione in termini in caso di errore nella scelta del mezzo di impugnazione	859
17. L'impugnazione del provvedimento abnorme	877
18. Conclusioni	888
 <i>Bibliografia</i>	 895



## INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. L'oggetto e obiettivo dell'indagine. – 2. Piano dell'indagine e metodologia.

### 1. *L'oggetto e obiettivo dell'indagine*

Con l'espressione "provvedimento anomalo" si vuole indicare un fenomeno giuridico dalle molte sfaccettature.

Per riempire di contenuti questa categoria si deve fare riferimento a due disfunzioni differenti, tracciando così una prima linea di demarcazione: il provvedimento anomalo in senso stretto e il provvedimento abnorme.

La prima categoria è riferibile a tutte le ipotesi in cui la forma di un provvedimento si trova in dissonanza con il suo contenuto, perché a causa di un errore di rito essa non coincide con quella voluta dal legislatore in quel contesto. Questa disfunzione può essere dovuta a mero scambio di forme di provvedimenti, ma, nella maggior parte dei casi, l'errore nell'elezione della forma del provvedimento è una conseguenza dell'errore nella scelta del procedimento o subprocedimento da seguire.

Riferibile a questa categoria è anche un'altra problematica: l'aver intrapreso un procedimento errato, per uno sbaglio sui suoi presupposti processuali, potrebbe non portare al detrimento di garanzie per le parti nel corso di esso, ma avere come conseguenza l'emissione di un provvedimento dalla stessa forma prevista per il procedimento corretto, con un differente regime di impugnabilità. Esempio in proposito è il caso dello scambio tra il procedimento per la liquidazione degli onorari degli avvocati, oggi disciplinato dagli artt. 3 e 14 del d.lgs. n. 150/2011, e il rito semplificato disciplinato dopo la riforma operata del d.lgs. n. 150/2022 al nuovo capo III quater, titolo I del libro II c.p.c.: in questa ipotesi a cambiare è solo il regime di impugnazione dei due provvedimenti, che hanno entrambi la forma di sentenza, solo che quella conclusiva del primo procedimento non è appellabile (art. 14, comma 4), mentre lo è la sentenza che definisce il secondo procedi-

mento. È ovvio che la vicenda processuale si complichino quando si intrecciano tra di loro controversie soggette a riti diversi.

Anche nel processo ordinario a causa di un errore procedimentale potrebbe sorgere il dubbio intorno alla natura di un provvedimento, a fronte dell'eguaglianza di forme: è il caso dell'ordinanza con il quale il giudice si limiti a dare disposizioni di carattere ordinatorio o istruttorio, a fronte della domanda di parte, sotto forma di eccezione di incompetenza; il contesto in cui è stato pronunciato il provvedimento potrebbe far sorgere il dubbio che il giudice si sia implicitamente pronunciato sull'eccezione di incompetenza, per rigettarla e, poi, disporre la prosecuzione del procedimento. È chiaro che la risposta positiva o negativa a tale interrogativo comporta un condizionamento diretto sul regime di critica del provvedimento, oltre che sulla possibilità o meno di riaffrontare la questione di competenza in un secondo momento.

La seconda categoria è più complessa da definire, perché non inverte solo a problemi di rito: tali provvedimenti, infatti, nascono da abuso di potere del giudice. In questa categoria abbiamo riportato ipotesi differenti, traendo ispirazione dalla giurisprudenza della Corte di cassazione civile, ma anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione penale e dalla dottrina processualpenalistica: infatti, è in questo settore che per primo è stata elaborata la figura del provvedimento anormale. Per meglio delimitare la categoria, è stata definita per distinzione anche con riferimento ad un'altra categoria atipica e di creazione giurisprudenziale e dottrinale: quella dell'inesistenza.

Il risultato di questa operazione sono tre sottocategorie.

La prima sottocategoria rimane ben distinta dalle altre due, perché il contrasto insanabile con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico portano a sanzionarla con l'inesistenza.

Le altre due sottocategorie veicolano un disvalore di carattere minore, espresso in modi differenti, comunque, tale da rendere il provvedimento annullabile, ma valido una volta che sia decorso inutilmente il termine per impugnare.

Il primo obiettivo del presente lavoro, dunque, è quello di definire le due categorie, sopra solo tratteggiate, le relative sottocategorie, con i dovuti distinguo e le relative implicazioni.

Il successivo obiettivo è una conseguenza del primo: in assenza di una disposizione di legge, è necessario stabilire un criterio certo che

indichi come impugnare il provvedimento viziato, senza generare arbitrari distinguo, con disparità di trattamento ingiustificate.

Va detto sin d'ora che nell'individuare il criterio di impugnazione del provvedimento anomalo in senso stretto, in origine, due sono state le teorie, in contrapposizione tra di loro, che si sono contese il campo: da un lato, "il principio della prevalenza della sostanza sulla forma", che fa leva sulla natura o sostanza del provvedimento da impugnare, appunto; dall'altro, "il principio dell'apparenza e affidabilità", che piuttosto punta sull'apparenza esteriore del provvedimento o procedimento.

In tempi più recenti, è emerso un terzo criterio che appare essere una sorta di ibrido: a guidare la parte nell'impugnazione dovrebbe essere la qualificazione data dal giudice *a quo* al provvedimento o all'azione esercitata, in alcune pronunce si ammette che l'intenzione del giudice possa essere implicitamente desunta dalle modalità di svolgimento del procedimento. In subordine, in mancanza di una qualificazione esplicita o implicita, si dovrebbe tornare a far conto sulla natura del provvedimento o procedimento.

È chiaro che in questa situazione è necessario compiere un'opzione netta, ponderando attentamente i vantaggi e gli svantaggi, ma, soprattutto, la praticabilità dell'una piuttosto che dell'altra teoria, proprio per evitare disparità di trattamento tra casi simili.

Se il quadro è dai molti contorni non definiti nell'ambito della prima categoria di provvedimenti anomali, quelli propriamente detti o in senso stretto, esso è anche più confuso nell'ambito della seconda categoria di provvedimenti anomali, i provvedimenti *abnormi*, a sua volta suddivisa in tre sottocategorie. Due sono i punti fermi che possono fin d'ora essere posti: non c'è una soluzione uniforme per tutte e tre le sottocategorie; la soluzione elaborata nell'ambito del diritto processuale penale per i provvedimenti *abnormi* non può essere presa ed *ex abrupto* applicata nel diritto processuale civile, dove l'omonima categoria assume una configurazione sua propria.

Fondamentale per l'indagine che si vuole condurre è lo studio dell'uso delle forme dei provvedimenti e del procedimento, nonché la disciplina dei rimedi previste contro la violazione di tali forme; perciò, innanzitutto, si deve aver riguardo alla disciplina della nullità: questa è la base dalla quale partire per delineare gli altri vizi, più o meno gravi, dal quale un provvedimento possa essere affetto.

## 2. Piano dell'indagine e metodologia

Una prima parte del lavoro traccia l'evoluzione storica della disciplina del procedimento, il cambiamento di filosofia che vi è dietro il processo, il differente modo di concepire la giurisdizione. La disciplina della nullità ci dà il polso di tali mutamenti.

Nel diritto romano imperiale ogni violazione di legge, nell'indistinzione tra diritto sostanziale e processuale, veniva concepita nel medesimo modo: essa comportava la nullità sinonimo di inesistenza del provvedimento. Questa tecnica era anche uno strumento di controllo politico da parte del potere centrale sui suoi funzionari, perché, in ultima analisi, l'unica fonte del diritto era e doveva essere l'imperatore, al quale tutte le decisioni andavano virtualmente riportate.

All'approccio alla nullità del periodo imperiale romano era ispirato anche il processo del medioevo, soprattutto dell'alto medioevo, con una rigida disciplina delle forme. In quell'epoca il problema del controllo della ritualità del procedimento era particolarmente sentito, davanti ad una pluralità di fonti (incluso un consistente apporto da parte dei "dottori"), che rendeva evanescente il concetto stesso di certezza del diritto; il processo, con il suo pesante "cerimoniale", era la garanzia che almeno il giudice seguisse un certo iter (considerato logico), per arrivare alla decisione (un *ordo iudiciarius*, per l'appunto).

In teoria, ogni nullità di forme avrebbe reso il provvedimento finale nullo, con la necessità di riiniziare il processo daccapo, perché saltare, invertite o mal applicare le disposizioni di rito equivaleva a eludere un passaggio logico necessario per arrivare ad una decisione giusta; solo che nella pluralità delle fonti, anche relative al rito, le formalità di sovrapponevano e confondevano; a tutto ciò va aggiunto il numero elevato di possibilità di revisione attraverso l'appello e/o gli altri strumenti, che non facevano che aumentare il rischio che il processo "girasse a vuoto". Oltre ai tempi lunghi per arrivare ad una valida decisione, chi intraprendeva un processo doveva affrontare costi ingenti: infatti, oltre all'eventuale avvocato, le parti dovevano pagare il giudice, un privato che aveva, tra le altre, l'opzione di chiudere il processo con un *non liquet*.

In questo sistema così antieconomico, a poco a poco si fece largo l'idea che la violazione di forme non dovesse dare luogo per forza ad

un giudizio nullo-inesistente: venne elaborata la distinzione tra diverse categorie di nullità (basata essenzialmente sulla distinzione delle regole dell'*ordo* in "*substantialia*" e "*non substantialia*"), la cui ricorrenza comportava conseguenze differenti.

Quando la nullità diventò un motivo di impugnazione, si incrementarono gli stratagemmi per arrivare alla sanatoria del provvedimento nullo. Progressivamente, inoltre, venne introdotta una limitazione dei gradi di giudizio, con l'idea dell'inoppugnabilità della decisione una volta che fosse inutilmente decorso il termine per impugnare (cap. I).

Un deciso passo in avanti venne compiuto con i primi tentativi di codificazione, nella Francia di Luigi XIV, per cercare di "domare" le pulsioni autonomiste delle alte Corti e di ricondurre il diritto, sia sostanziale che processuale, ad una fonte unica e scritta. In quest'ottica anche i motivi di nullità dovevano essere previsti dalla legge.

Se questo fu l'inizio del cambiamento, il vero punto di svolta avvenne con la legislazione rivoluzionaria: quell'epoca risale la teorizzazione del principio della separazione del potere giudiziario dal potere politico e primi tentativi di attuare un principio che ha avuto alterne vicende. A quell'epoca risale anche il *Tribunal de cassation*, inizialmente pensato come ausilio del potere legislativo, con il compito di vigilare che i giudici non esorbitassero dalle proprie competenze; quindi, a loro era dato annullare tutti i provvedimenti risultato di giudizi nei quali fossero state violate le forme della procedura previste a pena di nullità o la legge sostanziale, ma senza entrare del merito della causa. Ancora, a quell'epoca risale la trasformazione dei giudici in un ordine giudiziario pubblico.

Successivamente, la Francia, con il *Code Napoleon*, e poi gli Stati della penisola italiana si dotarono di codici di diritto sostanziale e processuale e di un ordinamento giudiziario (cap. II). In particolare, il codice di procedura civile per gli Stati Sardi ha costituito il modello del codice di procedura civile del Regno d'Italia (cap. III).

Il carattere pubblico dei giudicanti fu una delle componenti che diede vita ad una nuova concezione del processo: non c'era più bisogno che essi seguissero scrupolosamente il rito per assicurarsi che la loro decisione rispondesse alle regole della logica e, quindi, fosse presumibilmente giusta; la fiducia in questa nuova figura di giudice ebbe come positivo effetto lo svilimento del "formalismo inutile". In buona

sostanza, ci fu una sorta di reazione agli abusi compiuti a causa del pedante rispetto delle forme all'epoca del diritto comune.

Il processo divenne più strutturato in tutti i suoi gradi, con tempi certi per il passaggio in giudicato delle sentenze emesse nel corso e al termine di esso. Inoltre, si cominciò a distinguere vari tipi di procedimento speciali, pensati per rispondere a esigenze particolari, rispetto al generale processo a cognizione piena, in una parola "ordinario". Al contempo, si introdussero provvedimenti dalla forma più semplice rispetto alla sentenza, nel processo ordinario con una funzione ancora marginale: l'idea di fondo rimase quella per cui qualunque decisione potenzialmente influente sul merito andasse presa con sentenza (così l'ammissione dei mezzi di prova), qualunque conflitto andasse risolto con sentenza. Nei procedimenti speciali l'uso di ordinanza e decreto era più vario, seppur ancora era difficile concepire una decisione idonea a divenire definitiva, come una sentenza, ma con forma differente dalla sentenza.

La disciplina della nullità degli atti processuali venne progressivamente distinta dalla nullità sostanziale. Le nullità processuali esprimono il concetto di un atto imperfetto ma esistente ed efficace; l'atto viziato può essere posto nel nulla oppure consolidarsi come atto valido per effetto del decorso del termine per opporre il vizio. Questo sviluppo ruota intorno all'idea moderna che il processo debba essere subordinato alla tutela del diritto sostanziale; perciò, che esso abbia come scopo ultimo quello di raggiungere una decisione di merito: "gli incidenti di percorso" di carattere processuale, sono rilevanti sì, ma nella misura in cui compromettano i valori che sono dietro l'organizzazione del processo.

La distinzione, seppur timida rispetto allo stato del processo attale, tra provvedimenti, con diverse funzioni, portò alla ribalta un altro problema: l'impugnazione di un provvedimento di forma differente dalla sentenza con la quale il giudice irritualmente avesse svolto le funzioni decisorie. Si trattava di un'eventualità più difficile da verificarsi in un contesto in cui nel corso del processo ordinario con la sentenza venivano prese tutte le decisioni, anche a carattere ordinatorio, mentre con gli altri due provvedimenti si procedeva in assenza di contestazione, con più di qualche dubbio, ad esempio, su quale dovesse essere il provvedimento idoneo per ammettere mezzi di prova d'ufficio.

Certo è che all'epoca del diritto comune una simile ipotesi, se imma-

ginabile, avrebbe portato all'incondizionato annullamento del provvedimento, "perverso" per essere stato emesso senza le necessarie formalità e per mancanza di tutti gli elementi di forma. Nel mutato contesto si profilano soluzioni differenti. In questo quadro va registrato un dato rilevante: due sono i codici che inserirono al proprio interno una primordiale versione del principio che in seguito avrebbe avuto un notevole successo in giurisprudenza, ovvero il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, tali sono il *Code Napoleon* ed il codice estense. Non così nel codice per gli Stati Sardi, dove il principio si affermò a livello dottrinale e giurisprudenziale. Con esso si voleva rispondere all'esigenza di reperire un mezzo di critica per provvedimenti che di per sé apparivano inoppugnabili, non tanto a quella di sottoporre un provvedimento al mezzo di impugnazione più adeguato alla sostanza che esprime. Infatti, il problema si pose, essenzialmente, per i provvedimenti dei giudici monocratici emanati in forma di ordinanza, per i quali non era previsto uno specifico mezzo di critica. Era inconcepibile, invece, che il presidente ed il giudice delegato, quali organi del giudice collegiale, quando la causa era affidata al tribunale, potessero emettere erroneamente provvedimenti a carattere decisorio nello svolgimento di funzioni loro delegate; in ogni caso, avverso qualunque provvedimento di questi organi veniva individuato come rimedio il reclamo al collegio (cap. II).

Alcune problematiche che si erano affacciate sotto la vigenza del codice sardo si ripresentarono con il codice "liberale", ad esso ispirato, e se aggiunsero delle altre.

Il processo cosiddetto "formale", che doveva essere la regola sotto la vigenza del codice del codice liberale, era un processo lungo, affidato in buona parte alla gestione delle parti: erano queste essenzialmente a decidere quando la controversia dovesse essere portata all'attenzione del giudice, dopo uno scambio di memorie la cui durata era difficile da prevedere in anticipo. Gli "snodi" principali di questo procedimento erano ancora affidati alla decisione con sentenza, con tutte le implicazioni che tale tipo di provvedimento comporta. Se questo modo di mandare avanti il procedimento poteva essere giudicato più sicuro, sia per il maggior rigore formale dei provvedimenti di regola utilizzati, sia perché essi erano espressione dell'organo che deteneva il potere decisorio, non era privo di inconvenienti, primo fra tutti, l'ulteriore pro-

lungamento dei tempi processuali, sia per le modalità con cui la sentenza veniva pronunciata, sia per la possibilità che venisse impugnata.

Accanto al processo formale, per controversie dal carattere più semplice, era disciplinato per l'appunto il rito "sommario". Quest'ultimo procedimento era caratterizzato dalla citazione ad udienza fissa e dal fatto che nella sua originale disciplina, in teoria, si prevedeva un'unica udienza; tuttavia, a causa della norma di chiusura che rinviava alla normativa del procedimento formale per tutto quanto non previsto (le disposizioni relative al procedimento sommario erano due), esso assorbì molte delle sue complicazioni, come la decisione con sentenza nel corso del procedimento di ogni questione che sorgesse. Il risultato fu un procedimento "ibrido" che con una riforma del codice di procedura civile (legge 31 marzo 1901, n. 107, integrata dal regolamento di attuazione approvato con il regio decreto 31 agosto 1901, n. 413), divenne il processo ordinario. Accanto ad esso vi erano anche procedimenti a carattere speciale, tra i quali ve ne era uno analogo al procedimento per decreto ingiuntivo.

Quello che si può notare dallo studio di questo sistema è il tentativo di diversificazione e adattamento delle forme alla complessità del procedimento, seppure nel contesto di una concezione della giustizia ancora "elitaria".

La disciplina delle nullità tendeva a limitare la rilevabilità del vizio a favore della certezza della validità del procedimento e del provvedimento, in due modi: la regola generale della tipicità dei motivi di nullità; la regola generale del carattere relativo delle nullità, da far valere in un breve lasso di tempo, salvo poche eccezioni. Una clausola generale di sicurezza, per ogni caso non espressamente contemplato, comunque, vi era: la possibilità di annullare gli atti privi degli elementi che ne costituissero l'essenza, con il dubbio del tipo di nullità al quale si riferisse.

Di contro, va tenuto conto dell'atteggiamento di alcuna giurisprudenza e dottrina alquanto restrittivo in ordine alla rilevanza dei vizi formali, almeno di quelli denunciabili esclusivamente dalla parte, collegato essenzialmente all'idea che il difetto formale avrebbe dovuto compromettere il diritto di difesa del denunciante, per essere determinate ai fini dell'annullamento dell'atto viziato.

Anche nell'ambito del processo civile liberale si ripropone il pro-

blema dell'impugnazione di provvedimenti con la forma dissonante dalla sostanza che accolgono, con riferimento a casi in cui non è previsto un mezzo di impugnazione. Si affaccia, inoltre, una nuova problematica che prenderà corpo nella vigenza dell'attuale codice di procedura civile: i provvedimenti emessi da un giudice in un contesto in cui sia privo di potere decisorio. Un caso identificabile può essere quello dei provvedimenti temporanei emessi dal pretore o dal conciliatore nel corso dell'esecuzione, per ovviare alle difficoltà che non ammettessero dilazione, mentre la causa veniva rinviata all'autorità di sua competenza (art. 572); se tale giudice avesse deciso la causa nel merito anziché dare provvedimenti di carattere ordinatorio, il rimedio prospettato era di nuovo l'appello, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Intanto, si affrontavano anche il problema, connesso all'applicazione del principio sostanzialistico, del confronto formale tra i provvedimenti oggetto di scambio, al fine di indentificare la soglia minima necessaria per superare il vaglio formale necessario prima di arrivare al merito. Vi erano, inoltre, altre non trascurabili questioni, come l'identificazione del momento di inizio del decorso del termine per impugnare il provvedimento anomalo (cap. III).

La nascita del codice di procedura civile attuale fu preceduta da una lunga gestazione, nel corso della quale vennero elaborati diversi progetti per un nuovo processo civile da giuristi illustri (tra i più noti: Chiovenda, Mortara, Carnelutti, Redenti). Lo scopo comune a tali progetti era quello di rendere il processo ancora una volta più celere nello svolgimento, complessivamente uno strumento più economico meno "elitario", per rendere effettivo l'accesso alla giustizia anche per le classi meno abbienti.

Scartata l'idea del guardasigilli Solmi di introdurre il giudice monocratico di tribunale fin da subito, la gestione dei tempi e modi del procedimento ordinario davanti al tribunale sono stati affidati ad una nuova figura di giudice, il giudice istruttore, con competenza sue proprie, non delegate dal collegio. L'idea di fondo, però, rimaneva intatta: l'adattamento della procedura alla complessità della vicenda sostanziale che ne è oggetto.

Il suddetto obiettivo può essere perseguito in due modi differenti: o affidando al giudice il compito di gestire i tempi processuali; ovvero

attraverso la valutazione legislativa svolta a priori dell'idoneità di un rito per un certo tipo di controversia, in altre parole, stabilendo i presupposti di accesso ad un determinato procedimento. Nel codice attuale si percorrono entrambe le strade: da principio, si era pensato che perno del primo modo di procedere dovesse essere il giudice istruttore, lui dovesse essere a stabilire la marcia da imprimere al procedimento, all'interno del rito che rappresentava il modello di processo a cognizione piena per eccellenza; per quel che riguarda il secondo modo di procedere, lo ritroviamo nei procedimenti speciali codicistici ed extracodicistici.

In seguito, è stato realizzato un combinato disposto dei due modi di procedere: vengono determinati i presupposti di accesso al procedimento speciale, ma viene lasciato al giudice che conduce il procedimento il potere di valutare l'opportunità del passaggio al rito a cognizione piena a quello a cognizione sommaria e viceversa. Questa evoluta concezione del processo si è concretizzata di recente nell'introduzione, ad opera della riforma nota come "Cartabia" (d.lgs. n. 150/2022), nel secondo libro del codice di procedura civile di una doppia modalità di svolgimento del processo "ordinario": a cognizione piena, secondo modalità più "tradizionali"; a cognizione semplificata, con possibilità di passaggio dall'uno all'altro procedimento, sulla base della valutazione del giudice che conduce il procedimento.

Nel moltiplicarsi dei riti speciali, l'errore di rito non è causa di nullità del procedimento di per sé, l'attenzione va posta sui singoli atti, al dato che non venga compromesso in qualche modo il diritto di difesa delle parti.

Un altro fenomeno appartiene all'attuale sistema codicistico è la diversificazione delle forme di provvedimenti, a ciascuno dei quali possono riconoscersi più funzioni.

All'interno del processo ordinario vengono adottati con ordinanza non solo i tipici provvedimenti dal contenuto "ordinatorio", ma anche quei provvedimenti a contenuto istruttorio che fino al precedente codice di procedura civile venivano assunti con sentenza: certo, nelle ordinanze, siano esse adottate dal giudice istruttore o dal collegio, non si esprime una valutazione a carattere definitivo; infatti, esse possono essere revocate o modificate dal giudice che le ha emesse e non impediscono all'organo decisorio di tornare sulle medesime questioni.

All'interno del processo a cognizione piena dovrebbero essere ben distinti e distinguibili i ruoli di ordinanza e decreto: la prima viene emessa nel contraddittorio tra le parti; il secondo *inaudita altera parte*. In verità, nell'ambito dei procedimenti speciali codicistici e extracodificistici troviamo un uso diversificato degli stessi, non corrispondente a tali rigidi schemi.

Da considerare che, a partire della Novella del 1990 (legge n. 353/1990), anche all'interno del processo ordinario sono comparse ordinanze con carattere decisorio, o provvisoriamente decisorio (così le ordinanze meramente anticipatorie), in qualche caso con efficacia di giudicato come un procedimento sommario decisorio (art. 186 ter), in altri con efficacia di sentenza impugnabile (art. 186 quater), in altri casi ancora idonee a chiudere il giudizio, non al giudicato (così le nuove ordinanze di cui agli artt. 183 ter e quater).

Questa commistione di forme di procedimenti e di provvedimenti ha aumentato in maniera esponenziale il rischio di scambio di forme procedurali, con la possibilità di avere provvedimenti con forma non corrispondente alla sostanza.

A mutare è anche la disciplina della nullità, nell'ambito della quale si possono individuare numerosi momenti di sanatoria o recupero degli atti processuali, talvolta con il risultato di commutare un atto processuale in un atto con caratteristiche differenti (così in virtù del principio dell'equipollenza di forme un ricorso potrebbe svolgere la funzione propria di atto di citazione e viceversa).

Il cuore della disciplina della nullità è rappresentato dall'art. 156 c.p.c., che esprime tutta la filosofia che vi è dietro. La norma ha un andamento sinusoidale: si inizia con la posizione della regola generale della tipicità delle nullità; quindi, nel secondo comma, viene ripresa la clausola inclusiva già presente nel codice di procedura civile precedente, seppur con una formula differente; infine, la vera novità è nel terzo comma, dove troviamo una regola opposta a quella espressa del secondo comma dell'articolo, con una tecnica di salvaguardia legata allo scopo oggettivo dell'atto, considerato nel contesto in cui è calato.

Grazie a questa nuova tecnica di individuazione delle cause di nullità e delle tecniche di sanatoria cosparse per tutto il corso del procedimento, il superamento del vaglio formale potrebbe essere più sem-

plice in caso di impugnazione del provvedimento in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Seppure il principio sostanzialistico continua a prosperare, nel nuovo sistema codicistico si afferma un opposto principio, volto a porre rimedio alle incertezze applicative del primo principio, più antico e longevo: si tratta del principio dell'apparenza o affidabilità, che vorrebbe ancorare il modo di impugnare il provvedimento alla sua forma esteriore, perché da essa sarebbe dato alle parti arguire il potere esercitato dal giudice attraverso il proprio atto, quindi, il regime di impugnabilità e la conseguente stabilità del provvedimento (cap. IV). Entrambi i principi si evolvono.

Seguendo l'uno piuttosto che l'altro criterio, è possibile arrivare a mezzi di critica differenti. In proposito va sottolineato come la preoccupazione di dottrina e giurisprudenza attuale non sia più solo quella di individuare un mezzo di impugnazione qualsiasi per il provvedimento, piuttosto, di individuare lo strumento più adeguato, soprattutto, considerando il punto di vista del diritto di azione-impugnazione delle parti.

Dopo aver tracciato l'evoluzione delle forme di rito, la prosecuzione naturale del lavoro è l'elaborazione della prima categoria di nostro interesse: i provvedimenti anomali in senso stretto nell'attuale ordinamento. Ad essa si possono riportare i provvedimenti che non hanno la forma prescritta per un errore di rito, a prescindere da quanto esso risalente sia (cap. V).

Si passa, poi, alla seconda categoria di provvedimenti anomali, portatrice di un disvalore di carattere più profondo: si tratta di provvedimenti che rappresentano un eccesso di potere del giudice, perché fuori dai limiti della previsione legislativa, ovvero perché non attribuito al giudice o ad un certo tipo di giudice in un dato contesto, ovvero nei casi più gravi perché emesso al di fuori di un processo effettivamente esistente (cap. VI).

Definite le due categorie, l'ultima incombenza è stabilire quale sia il modo migliore di impugnare i provvedimenti affetti da tali patologie, vagliando i criteri "storici", nei loro sviluppi attuali, alla luce dei vantaggi e degli svantaggi applicativi di entrambi.

La necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, senza l'attenzione a vuoti e inutili formalismi, impone di reperire un

meccanismo da attivare nel momento in cui la parte interessata ad impugnare erri nell'eleggere il mezzo di critica avverso il provvedimento viziato.

L'evoluzione storica, ma anche la comparazione esterna con sistemi vicini, nonché interna con il diritto processuale penale, condurrà alla migliore soluzione possibile.



## PARTE I

L'evoluzione della disciplina delle forme processuali



## CAPITOLO I

### DAL PROCESSO ROMANO AL PROCESSO ROMANO-CANONICO

SOMMARIO: 1. L'inesistenza del concetto di mezzo di impugnazione nel processo *per legis actiones* e nel processo formulare. – 2. Il processo e la sentenza nella *cognitio extra ordinem*. – 3. (... segue) I rimedi contro la sentenza viziata. – 4. L'inesistenza del problema del provvedimento invalido presso i popoli germanici. – 5. I caratteri essenziali del processo romano-canonico. – 6. (... segue) La sentenza e le formalità ad essa essenziali. – 7. Il concetto di nullità della sentenza nello *ius commune*. – 8. (... segue) Gli *errores in procedendo* nelle opere della dottrina dello *ius commune*. – 9. La *querela nullitatis*. – 9.1. I glossatori. – 9.2. I canonisti. – 9.3. I giuristi del tardo diritto comune. – 9.4. Gli statuti comunali. – 10. Conclusioni.

#### 1. *L'inesistenza del concetto di mezzo di impugnazione nel processo per legis actiones e nel processo formulare*

Nel processo *per legis actiones* e nel processo formulare, dopo l'approvazione dell'azione da parte del magistrato, la risoluzione della lite era affidata ad un privato cittadino scelto dalle parti<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Comune sia al processo per *legis actiones* che al processo per *formulas* era la struttura bipartita. Inizialmente, le parti si dovevano presentare davanti al magistrato, che valutava la rispondenza della pretesa attorea alla formula di legge. Dopo l'approvazione dell'azione, il processo proseguiva davanti ad un giudice privato. Vedi: G. GUGINO, *Trattato della procedura civile romana*, Palermo, 1873, *passim*; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, *passim*; M. WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, Wien, 1924, *passim*; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München, 1925, nella traduzione italiana di R. ORESTANO, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938, *passim*; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Milano-Roma, 1936, *passim*; G.I. LUZZATTO, *La procedura civile romana*, II, *Le legis actiones*, Bologna, 1948, *passim* e III, *La genesi del processo formulare*, Bologna, 1949, *passim*; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, *passim*; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le legis actiones*, Roma, 1962, *passim*, e

L'azione nasceva come diretta conseguenza del mancato adempimento di un'*obligatio* ovvero della commissione di un fatto illecito; a sua volta, l'esercizio dell'azione produceva un effetto di carattere sostanziale, nel senso che determinava l'insorgenza di una nuova obbligazione in capo alle parti (*accipere iudicium*)<sup>2</sup>. Il vincolo delle parti al giudicato era dovuto alla *litiscontestatio*, cioè allo scambio tra le parti di dichiarazioni solenni, incompatibili tra loro, alla presenza di testimoni. La funzione della *litiscontestatio* era duplice: da un lato, determinava l'oggetto del processo e impegnava le parti alla soluzione della lite mediante sentenza; dall'altro, comportava l'estinzione dell'azione (*ne bis in eadem re ne sit actio*)<sup>3</sup>.

La decisione era nulla se una delle parti non era giuridicamente capace e in tal caso era nulla anche la *litiscontestatio*; ovvero se dopo la *datio iudicis* una di esse avesse perso la capacità o fosse morta; se la formula, che conteneva le istruzioni del magistrato al giudice per la risoluzione della controversia, non era valida per difetto di potere del

II.1, *Il processo formulare*, Milano, 1963, *passim*; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, *passim*; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1987, 35 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1989, 107 ss.; M.J. GARCIA GARRIDO, *Diritto privato romano*, a cura di M. Balzarini, Milano, 1992, 79 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 157 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, *passim*.

<sup>2</sup> Vedi: V. SCIALOJA, *op. cit.*, 66 ss.; G. PUGLIESE, voce *Azione (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1958, vol. II, 24 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, vol. XXX, 1967, 101 ss., in particolare 136 ss. e 333 ss.; ID., «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in F. Zuccotti (cur.), *Atti del convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, In memoria di Arnaldo Biscardi. *Atti del convegno (Siena, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, *Collana della Rivista di diritto romano*, 2011, 259 ss.; C.A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», *ivi*, 67 ss.

<sup>3</sup> Vedi sull'argomento: F.L. KELLER, *Ueber die Litis Contestatio und Urteil nach klassik römisches Recht*, Zürich, 1827, *passim*; ID., *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung*, Leipzig, 1852, 208 ss.; G. GUGINO, *op. cit.*, 200 ss.; E. COSTA, *op. cit.*, 39 ss.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 163 ss.; M. WLISSAK, *Die Litiskon- testation in Formularprozess*, Leipzig, 1889, 30 ss. e 83 ss.; ID., *Die klassische Prozeßformel*, cit., 6 ss. e 125 ss.; L. WENGER, *op. cit.*, 100 ss.; G.I. LUZZATTO, *op. cit.*, vol. II, 311 ss. e vol. III, 47 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., vol. I, 388 ss.; M. KASER, *op. cit.*, 296 ss.

magistrato (è il caso del magistrato incompetente); se il giudice era o diveniva incapace a giudizio iniziato; se il giudice aveva travalicato le istruzioni date dal magistrato nella formula; se era stato negato ascolto ad una delle parti; se, pur essendoci un collegio giudicante, il giudizio era stato pronunciato da un solo giudice; se la sentenza non era stata letta oralmente; se la stessa era stata pronunciata in assenza delle parti ovvero in un giorno o luogo non lecito; se era contraria ad altro giudizio tra le stesse parti e sullo stesso oggetto<sup>4</sup>.

Era difficilmente concepibile nel sistema per *legis actiones* e in quello formulare una sentenza dal contenuto viziato per violazione di legge. Nel primo genere di processo perché l'errore di diritto si risolveva in uno sbaglio nella recita della formula con cui si agiva e ciò comportava, quale conseguenza, la negazione dell'azione. Nel secondo processo perché la formula non conforme allo *ius civile* era il frutto dell'attività creativa del magistrato che poteva sempre modificare il proprio editto, a meno che non si trattasse di *formulae in ius conceptae*<sup>5</sup>. Anche in quest'ultima ipotesi, comunque, la sentenza rimaneva valida, come nel caso in cui fosse affetta da un errore di fatto del giudice, perché non c'erano veri mezzi di critica del provvedimento.

Solo nello *ius honorarium* si svilupparono degli strumenti per impedire l'efficacia del giudizio nullo<sup>6</sup>.

Dalla sentenza del giudice privato scaturiva una nuova obbligazione, per tutelare la quale si agiva con l'*actio iudicati*. Il reo che fosse stato convenuto in giudizio poteva eccepire la nullità della sentenza (*iudicatum infitiabatur*), esponendosi alla condanna al doppio in caso di rigetto<sup>7</sup>.

Altre possibilità nacquero come concessioni del magistrato davanti

<sup>4</sup> G. GUGINO, *op. cit.*, 266; P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Torino, 1920, vol. I, 20 s.; L. WENGER, *op. cit.*, 208 s.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, Pavia, 1929, 57 e 67 ss.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 180; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, 270 ss.

<sup>5</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 53 ss. tale era la formula la cui premessa, *intentio*, era espressa in termini di diritto; mentre nella *formula in factum concepta* era in termini di fatto.

<sup>6</sup> G. GUGINO, *op. cit.*, 264 ss.; E. COSTA, *op. cit.*, 80 ss.; L. WENGER, *op. cit.*, 208 ss.; B. BIONDI, *op. cit.*, 91 ss.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 254 ss.

<sup>7</sup> Gaius, 4, 9 e 171; Julius Paolus, *Sententiae receptae Paulo tributae*, 5.5<sub>a</sub>, 6<sub>a</sub>, 7 e 8.

a verdetti che davano luogo ad un'obiettiva iniquità, seppur formalmente legittimi: così, si poteva chiedere di ripristinare lo stato di cose precedente mediante la *restitutio in integrum*<sup>8</sup>; oppure il decreto con il quale veniva accordata l'*actio iudicati* poteva essere bloccato grazie all'*intercessio* di un altro magistrato di pari o superiore grado o ai tribuni della plebe<sup>9</sup>.

In ogni caso, anche davanti ad una decisione nulla, non c'era più la possibilità di ripetere l'azione consumata dalla *litiscontestatio*.

## 2. Il processo e la sentenza nella *cognitio extra ordinem*

All'epoca di Augusto con la *Lex Iulia iudiciorum privatorum* veniva riordinato il processo formulare e abolito definitivamente il processo per *legis actiones*. D'altro canto, nella pratica, si era già diffuso un terzo tipo di processo, la *cognitio extra ordinem*<sup>10</sup>.

Si trattava di interventi dell'imperatore, di persona o tramite i magistrati *cum imperio*, in cause tra privati, che celavano una nuova filosofia di amministrazione della giustizia. Caratteristica della *cognitio extra ordinem* e differenza più evidente rispetto al "processo ordinario" era la mancanza della struttura bipartita e la soluzione diretta della controversia da parte dell'imperatore o di un magistrato o al massimo di un giudice, ma non scelto dalle parti, piuttosto un impiegato della pubblica amministrazione imperiale.

Da principio l'ingerenza dell'imperatore nell'amministrazione della

<sup>8</sup> L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, 15 ss.; G.G. ARCHI, *Ait praetor "pacta conventa servabo" – Studio sulla funzione della clausola nell'Edictum Perpetuum*, in M. Hader, G. Thirlmann (cur.), *De iustitia et iure*, Berlin, 1980, 373 ss. in particolare 395.

<sup>9</sup> R. ORESTANO, *op. cit.*, 87. Sulla figura dell'*intercessio* in generale vedi L. WENGER, *op. cit.*, 209; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 257.

<sup>10</sup> Vedi L. WENGER, *op. cit.*, 252 ss.; B. BIONDI, *op. cit.*, 1929, 47 ss.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 251 ss.; R. ORESTANO, *Augusto e la "cognitio extra ordinem"*, Milano, 1938, 1 ss.; G.I. LUZZATTO, *il problema d'origine della "cognitio extra ordinem"*, Bologna, 1965, *passim*; L. RAGGI, *op. cit.*, *passim*; M.J. GARCIA GARRIDO, *op. cit.*, 139 ss.; M. KASER, *op. cit.*, 435 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., vol. I, 224 ss.

giustizia servì per tutelare attraverso lo strumento processuale delle situazioni di fatto non disciplinate nel diritto civile<sup>11</sup>. A poco a poco le *cognitiones* imperiali, direttamente esercitate, ma sempre più spesso delegate, investirono qualsiasi campo del diritto.

La *cognitio extra ordinem*, nata a Roma, si diffuse rapidamente anche nelle province dell'impero.

Di pari passo con la progressiva trasformazione del processo, durante l'impero si formava anche un apparato burocratico sempre più complesso, di cui era parte l'organizzazione giudiziaria. Quest'ultima, a carattere gerarchico, era composta dalle figure di magistrati residue della vecchia Repubblica e di nuovi funzionari di nomina imperiale, tutti facenti capo all'imperatore. Magistrati e funzionari, a loro volta, potevano demandare le cause che non riuscivano a decidere a un *judex datus* o *pedaneus*, cioè uno dei loro dipendenti.

Il processo iniziava con un atto di citazione affidato ad un funzionario, al quale ci si rivolgeva senza il rispetto di un particolare rituale<sup>12</sup>. La comparizione delle parti in giudizio era un dovere davanti ad un ordine imperiale. Le parti non erano chiamate a concludere un negozio: la *litiscontestatio* era il momento del procedimento in cui l'attore esponeva le sue pretese (*narratio*) ed il convenuto rispondeva ad esse (*per narrationem propositam et contradictionem obiectam*). Questa perdeva l'effetto di consumazione dell'azione, il suo unico scopo era quello di fissare i termini della controversia ed investire il giudice della cognizione di essa<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Si ritiene che l'origine della nuova procedura *extra ordinem* vada identificata con la tutela accordata da Augusto ai fidecommessi, disposizioni di ultima volontà espresse in forma di preghiera, con cui il disponente si rivolgeva all'onerato, erede o legatario, affinché facesse o desse qualcosa a favore dei soggetti beneficiari. La violazione del fidecommesso non dava luogo a conseguenze giuridiche perché si trattava di un obbligo solo morale. Fu Augusto che sancì per la prima volta la loro obbligatorietà giuridica e istituì per essi un apposito giudizio affidato ai consoli. Vedi R. ORESTANO, *op. cit.*, 24 ss.

<sup>12</sup> Vedi L. WENGER, *op. cit.*, 270 ss.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 261 ss.; M. KASER, *op. cit.*, 570.

<sup>13</sup> C.I., *De litis contestatione*, 3, 9.

Nel processo postclassico la *sententia* o *placitum*<sup>14</sup> era la decisione dell'organo giurisdizionale che applicava la legge imperiale al caso concreto<sup>15</sup>. Con il termine *iudicatum* o *res iudicata* si indicava sia il contenuto che gli effetti della sentenza. Quando la sentenza non era più attaccabile con gli strumenti dati dalla legge, il *iudicatum* era intangibile per la forza che gli veniva dalla legge<sup>16</sup>. Il contenuto della sentenza definitiva era il più vario: non più solo condanna a pagare una somma di denaro, ma anche *ad un facere* determinato, addirittura a termine o sotto condizione. Il giudice poteva persino discostarsi dalla richiesta attorea e condannare ad una somma superiore o inferiore a quella richiesta<sup>17</sup>.

I provvedimenti erano interlocutori, se decidevano questioni preliminari, o definitivi, se chiudevano il processo.

Anche il contenuto delle decisioni interlocutorie poteva essere molteplice: oltre alla soluzione di questioni di competenza o eccezioni, si poteva arrivare sino al *praeiudicium*. Nell'uso più comune questo termine si riferiva ad un'opinione del giudice sull'esistenza o meno di un fatto giuridico<sup>18</sup>, ma, già nell'età classica, in alcune fonti imperiali con *preiudicia* si indicavano le decisioni di stato<sup>19</sup>. Di seguito nei frammenti relativi all'appello, essa assunse il contenuto di decisione

<sup>14</sup> C.Th. 11, 30, 40: «*omnem, quae de libello scripta recitantur, dici volumus atque esse sententiam*». Sull'uso del termine sentenza nelle fonti vedi M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse: mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien, 1921, 223 ss.; B. BIONDI, *op. cit.*, 50 ss.

<sup>15</sup> Ci sono diverse prescrizioni imperiali che imponevano espressamente al giudice di decidere secondo la legge, tra le altre: C.Th. 1, 5, 2 (327) di Costantino «*...cum ea in detrimentum legum probata arbitrantur ... ne nomen quidem sententiae possint retinere*»; poi alcune costituzioni di Giustiniano C.I. 7, 45, 13 «*...cum non exemplis, sed legibus iudicandum est*», N. 15, 1 «*...omnia secundum legem et ius aget*»; N. 24, 2 «*...et respiciat ad nostras leges et iudicet secundum eas*», N. 26, 3 «*... et secundum nostra leges iudicare*». Per altri esempi vedi Biondi, *op. cit.*, 49, n. 80.

<sup>16</sup> Al di là del molto che è stato scritto in proposito, qui sarà sufficiente ricordare le parole di Ulpiano in D. 50,17,207: «*res iudicata pro veritate accipitur*».

<sup>17</sup> V. SCIALOJA, *op. cit.*, 296 ss.; L. WENGER, *op. cit.*, 302 ss.; B. BIONDI, *op. cit.*, 61 ss.

<sup>18</sup> L. WENGER, *op. cit.*, 137 s.; M. KASER, *op. cit.*, 343.

<sup>19</sup> M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, 367 s.

che importava lo svolgimento di un incidente di giudizio, come le decisioni sul possesso<sup>20</sup>.

L'efficacia della sentenza veniva subordinata ad alcuni requisiti di forma<sup>21</sup>: il provvedimento doveva essere messo per iscritto e letto nella sede in cui il magistrato esercitava la giurisdizione, davanti agli ufficiali del tribunale e alle parti (*recitare sententiam ex periculo*)<sup>22</sup>. Negli atti legislativi imperiali era prevista la nullità della sentenza che non fosse stata pronunciata in presenza delle parti<sup>23</sup>. La sentenza emessa contro l'assente giustificato, dappriocipio, fu considerata soggetta a *restitutio in integrum* oppure ad appello<sup>24</sup>; in un secondo momento, a partire dalla seconda metà del III secolo, fu ritenuta nulla<sup>25</sup>. In una costituzione di Gordiano (III secolo) sembra che la sentenza fosse valida se le parti erano state invitate a essere presenti alla lettura, ma non erano intervenute<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Così: C.Th. 11, 44, (384); C.Th. 11, 30, 50 (393); C.Th. 11, 30, 65 (415), vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano, 1967, vol. I, 47 s.

<sup>21</sup> Arcadio ed Onorio stabilirono che il giudice potesse avvalersi tanto della lingua latina che greca (C.I. 7, 45, 12 del 397).

<sup>22</sup> C.Th. 4, 17, 1; C.I. 7, 44, 2 *de sententia ex periculo recitandis*. Il *periculum* è il foglietto sul quale veniva scritta la sentenza non ancora letta alle parti.

<sup>23</sup> Così C.I. 7, 45, 6 (283) di Caro, Carino e Numerio; C.I. 7, 44, 1 di Valeriano e Gallieno, dove si trova affermato che «*nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus, non ipse recitavit*»; C.Th. 2 (371), di Valentiniano, Valente e Graziano, secondo il quale: «*Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi et mutandi*»; C.I. 7, 44, 3, 1, (374) di Valeriano, Valente e Graziano, dove è scritto: «... *ut sententiae, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur*. Vedi L. WENGER, *op. cit.*, 302 s. B. BIONDI, *op. cit.*, 66 s.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 296 s.

<sup>24</sup> D. 4, 1, 7 pr. (Macello); D. 5, 1, 73 pr.; D. 5, 1, 73, 3; D. 49, 4, 1, 15 (Ulpiano); D. 42, 1, 60 (Giuliano); D. 42, 1, 47 (Paolo); C.I. 7, 43, 1 e C.I. 7, 65, 1, a 213 (Antonino Pio); C.I. (Severo e Antonio).

<sup>25</sup> C.I. 7, 7, 43, 4, a. 244 e C.I. 7, 43, 5 (Giulio Filippo); C.I. 7, 43, 7, a 290 (Dioleziano e Massimiliano); Paulus, *Sententiae*, 5, 5 a, 5.

<sup>26</sup> C.I. 7, 43, 2 (Gordiano): «*quomodo et quando iudex sententiam proferre debeat praesentibus partibus, vel una parte absente*».

La redazione scritta e la lettura della sentenza ad alta voce rendevano la sentenza immutabile<sup>27</sup>.

La sentenza che veniva solo recitata oralmente, ma che non era stata redatta per iscritto fu dapprima considerata nulla (C.Th. 4, 17, 1 di Valentiniano, Valente e Graziano) e poi parificata ad un *praeiudicium* (C.Th. 11, 30, 40 di Graziano, Valentiniano e Teodosio): una sorta di “conversione” dell’atto nullo in un atto di cui fosse idoneo a produrre gli effetti.

Alle nullità procedurali ereditate dalla disciplina dell’*ordo iudiciorum privatorum*, si aggiunsero altre invalidità relative all’*iter*, che si era notevolmente complicato: così ad esempio, era nulla la sentenza in caso di mancata o irregolare chiamata in giudizio del convenuto<sup>28</sup>; ovvero la sentenza emessa fuori termine<sup>29</sup>.

La novità più importante fu che ai tradizionali vizi di attività vennero affiancati vizi inerenti al contenuto della decisione.

In generale, la sentenza era valida se si era giudicato secondo le prescrizioni di legge<sup>30</sup>. La sentenza *contra ius* era nulla. Da principio, *contra iuris rigorem* erano considerati solo i provvedimenti emessi *contra constitutiones*<sup>31</sup>, gli atti legislativi per eccellenza dell’imperatore, per la necessità di garantire la supremazia della legislazione centrale sui di-

<sup>27</sup> C. Th. 4, 17, 5 (386).

<sup>28</sup> D. 49, 8, 1, 3 (Macro).

<sup>29</sup> Con un editto di Diocleziano del 294 (C.I. 3,3,2; 3,11,1; 7,62, 6; 7,53,8) si stabilivano dei termini per l’emanazione della sentenza, vedi F. DE MARTINI AVONZO, *Diritto e giustizia nell’occidente tardoantico*, in *La giustizia nell’alto Medioevo (secoli V-VIII)*, Spoleto, 1995, vol. II, 104 ss. in particolare 108 s.

<sup>30</sup> Un principio generale contenuto nel *Codex* di Giustiniano era l’inesistenza di qualsiasi atto che violasse una legge proibente, C.I. 1, 14, 5: «*Quae lege fieri prohibetur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuisset tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est, sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus...*».

<sup>31</sup> Si parla di sentenza nulla all’epoca della *cognitio extra ordinem* perché contraria alle *constitutiones* in vari frammenti, tra gli altri: C.I. 7, 45, 11 (Diocleziano); D. 42, 1, 32 (Callistrato); D. 42, 1, 59 (Ulpiano); D. 49, 1, 23, 1 (Papiniano); D. 42, 1, 59, 3 (Ulpiano); D. 49, 8, 1, 2-3 (Macro). Vedi B. BIONDI, *op. cit.*, 68 ss.; G. PUGLIESE, *Note sull’ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, vol. III, 727 ss., in particolare 773 ss.

ritti locali; successivamente, con il consolidarsi di un'organizzazione piramidale e capillare, dilagò il campo di applicazione della nullità. Si passò così ad affermare che erano nulle le sentenze *contra leges et sacras consitutiones*<sup>32</sup> e, infine, che tali erano tutte quelle *contra ius*<sup>33</sup>, intendendo qualsiasi tipo di norma, anche consuetudinaria, sia che la stessa riguardasse la forma che il contenuto del provvedimento. Il *princeps* diventò il centro dell'intero ordinamento giuridico<sup>34</sup>: ciò vuol dire che egli acquisì il monopolio della produzione normativa ed il controllo dell'interpretazione giurisprudenziale<sup>35</sup>. La forza con cui gli imperatori cercarono di affermare il diritto centrale sui tentativi indipendentisti dei diritti locali, soprattutto quelli ai margini dell'impero, comportò la punizione del giudice che violava la giustizia legale<sup>36</sup>.

L'identificazione dell'imperatore come la fonte primaria del diritto, faceva sì che al mutare del regnante e della sua sensibilità giuridica, potessero cambiare i casi di nullità.

È stato sottolineato come proprio nel sistema delle *cognitiones* sia da individuare l'origine dell'errore di diritto, dato che al giudice unico veniva lasciata la scelta della norma da applicare, quando gli si stende-

<sup>32</sup> D. 42, 1, 27 e D. 49, 1, 19 (Modestino).

<sup>33</sup> C.I. 7, 64, 2 (Alessandro Severo).

<sup>34</sup> P. CALAMANDREI, *op. ult.*, 36 ss., 54 ss., 79 ss.; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., 277; G. PUGLIESE, *op. cit.*, 774 ss.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., 317 ss.

<sup>35</sup> Uno strumento di controllo e di direzione del diritto era la procedura *per rescriptum* o *per libellum principi oblatum*. Essa consentiva di rivolgere direttamente all'imperatore un'istanza, nell'ambito della quale veniva esposta la questione giuridica e lo si supplicava di deciderla. Se l'imperatore accoglieva la supplica, portava la questione nel suo *consistorium*, dove, dopo una discussione, si emetteva un *rescriptum* e si decideva di conseguenza il caso sottoposto. Il principe poteva anche delegare la decisione ad un magistrato particolare, stabilendo alcuni punti di diritto al quale attenersi. Contro la decisione dell'imperatore non vi era alcun rimedio possibile, a meno che l'imperatore stesso non decidesse di riformarla. Perché il rescritto fosse valido, tuttavia, era necessario che fosse fondato sulla verità. Erano nulli i rescritti emessi in base ad una falsa o parziale esposizione di fatti (*rescripta subreplicia* o *obrepticium*). Le decisioni così emesse erano, quindi, impugnabili. Gli stessi giudici potevano sospendere una causa in corso per chiedere un parere imperiale. Vedi: V. SCIALOJA, *op. cit.*, 253 s.; F. DE MARTINI AVONZO, *op. cit.*, 116 s.

<sup>36</sup> Paolus, *Sententiae*, 5, 25, 4: «*Iudex, qui contra sacras principum Constitutiones contrave ius publicum quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur*».

va davanti una gamma di disposizioni più o meno recenti. Infatti, le norme successive potevano non avere determinato l'espressa abrogazione di quelle precedenti, dando luogo a contrasti normativi di difficile soluzione<sup>37</sup>.

### 3. (... segue) *I rimedi contro la sentenza viziata*

Il periodo imperiale fu caratterizzato dall'introduzione di una novità importante: l'appello<sup>38</sup>. Questa impugnazione che per molti aspetti ricorda il nostro omonimo mezzo di gravame, fu un prodotto tipico della *cognitio extra ordinem*, in cui la gestione della giustizia era affidata a funzionari, posti in ordine gerarchico tra di loro e con a capo l'imperatore<sup>39</sup>.

Inizialmente l'appello era una supplica rivolta al sovrano affinché modificasse la decisione del suo sottoposto. In seguito, l'imperatore cominciò a delegare la soluzione degli appelli ai suoi funzionari di più alto grado ed a poco a poco divenne un istituto strutturato: dal giudice inferiore si poteva risalire fino all'imperatore. All'epoca di Giustiniano l'appello appariva uno strumento limitato tanto nel numero (non più di tre appelli per la stessa causa)<sup>40</sup>, che nel tipo di provvedimenti impugnabili: queste erano infatti solo le sentenze definitive.

<sup>37</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., vol. I, 54 s.

<sup>38</sup> E. COSTA, *op. cit.*, 180 ss.; P. CALAMANDREI, *op. cit.*, vol. I, 63 ss.; L. WENGER, *op. cit.*, 305 ss.; B. BIONDI, *op. cit.*, 95 ss.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 259 s.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, vol. I, 19 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1965, XII, 347 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 13 ss.; M. KASER, *op. cit.*, 503 ss.; F. DE MARTINI AVONZO, *Diritto e giustizia nell'occidente tardoantico*, cit., 104 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 241 ss.

<sup>39</sup> Vedi F. PERGAMI, *op. cit.*, 241 ss. sottolinea che l'appello nella legislazione del tardo impero era un fenomeno molto complesso: esso riguardava non solo le sentenze ma anche i provvedimenti delle autorità inferiori, che potevano anche essere cassati senza sostituzione. Del resto, ciò non può apparire strano se si tiene conto del fatto che il giudice non era nient'altro che un funzionario statale; quindi, l'appello era un rimedio "gerarchico", contro le statuizioni di tale tipo di funzionario.

<sup>40</sup> Ulpiano (D. 49, 5, 5) qualifica la *supplicatio* come un appello all'imperatore. In verità, originariamente essa si poteva identificare con qualsiasi richiesta rivolta

Fin dall'età di Costantino comparve nelle costituzioni il divieto di appellare i *preiudicia*<sup>41</sup>, l'*articulus* o l'*interlocutio*, termini con i quali si indicavano le decisioni interlocutorie<sup>42</sup>; insomma, il divieto si estendeva a tutte le fasi anteriori alla sentenza definitiva<sup>43</sup> seppure con talune eccezioni<sup>44</sup>.

A partire dagli imperatori Graziano e Valentiniano II (378) si assunse un atteggiamento più restrittivo: l'appello si ammetteva solo avverso le sentenze con cui il giudice avesse respinto una *praescriptio perentoria*<sup>45</sup>. In una successiva costituzione si distinse tra i provvedimenti trascritti su libello e quelli letti solo alle parti, le sentenze vere e proprie, e le altre pronunce, considerate *preiudicia*, e in quanto tali non appellabili<sup>46</sup>, con l'eccezione dei giudizi possessori<sup>47</sup>.

all'imperatore perché intervenisse nelle situazioni più disparate, quindi, anche per annullare e poi sostituire con un'altra pronuncia quella di un proprio funzionario. Dall'editto di Diocleziano del 294 (cit.) in poi, si iniziò a razionalizzare il sistema giudiziario. Il suddetto editto prevedeva, inoltre, la generale appellabilità di tutte le sentenze, a prescindere dal tipo di giudizio che concludevano, contro la tendenza dei giudici ad opporsi all'impugnazione. Perciò, da Costantino in poi gli imperatori limitarono l'uso delle *supplicationes*, soprattutto se volte ad aggirare la scadenza dei termini d'impugnazione. Nel tardo impero esse vennero, in sostanza, circoscritte a pochi casi, tra i quali la critica delle sentenze dei funzionari di grado più elevato, come i prefetti, perché erano inappellabili. Con una costituzione di Giustiniano dell'anno 529 (C.I. 7, 62, 37, 2) gli appelli imperiali furono ridotti alle cause di valore superiore a venti libbre d'oro. Vedi L. WENGER, *op. cit.*, 307; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 260 s.; L. RAGGI, *op. cit.*, 104 nt. 123; A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 33 ss.; F. DE MARTINI AVONZO, *op. cit.*, 109; F. PERGAMI, *op. cit.*, 248 ss.

<sup>41</sup> C.Th. 11, 30, 2; C.Th. 11, 36, 1 dell'epoca di Costantino e poi le successive: C.Th. 11, 36, 5; C.Th. 11, 30, 25; C.Th. 11, 36, 15 e 16; C.Th. 11, 36, 18, 2; C.Th. 11, 30, 40. V. A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 46 ss.

<sup>42</sup> C.Th. 11, 36, 1 e 3 di Costantino e C.Th. 11, 36, 23 e 25 di Graziano; C.Th. 11, 30, 65 (414).

<sup>43</sup> C.Th. 11, 30, 37 (378); C.Th. 4, 22, 2 (381); C.I. 4, 20, 16, 2; C.I. 7, 62, 36).

<sup>44</sup> C.Th. 11, 36, 18 (365), si specificava il divieto di *appellatio ante defintivam sententiam* «... cum vel exceptio obponitur vel dilatio instrumentorum causa aut testium postulatur atque heac impatientia vel iniquitate iudicium denegatur».

<sup>45</sup> C.Th. 11, 36, 23; C.Th. 11, 30, 37. Per *praescriptio perentoria* si intendevano le eccezioni che paralizzavano la pretesa avversaria opponendo un elemento del negozio controverso, dolo, violenza, il patto *de non petendo* in perpetuo. Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 52 ss.

<sup>46</sup> C.Th. 11, 30, 40 (383).

Il divieto di appello avverso le interlocutorie divenne perentorio nelle fonti giustinianee<sup>48</sup>. È stato messo in evidenza come questo non avesse comportato un'effettiva diminuzione degli appelli<sup>49</sup>. Infatti, era consentita la pronuncia di sentenze definitive su singoli *capitula* (C. 7, 45, 15), perciò, la distinzione corretta da fare era tra provvedimenti interlocutori, assunti non in forma di sentenza e provvedimenti, anche parziali, ma dotati di forma di sentenza. Lo scopo di questa operazione fu probabilmente quello di garantire la stabilità delle decisioni intermedie, non più contestabili con il provvedimento che chiudeva il giudizio<sup>50</sup>.

Gli effetti delle sentenze soggette ad appello, infatti, divenivano immutabili, purché formalmente valide, decorso invano il termine per impugnare o se l'appello veniva respinto<sup>51</sup>.

Dalle fonti un punto emerge con chiarezza: contro le sentenze nulle non vi era alcun bisogno di fare appello, perché la sentenza era ine-

<sup>47</sup> Vedi sull'argomento C.A. CANNATA, *Possessio, possessor, possidere nelle fonti giuridiche del basso Impero*, Milano, 1962, 91 ss.

<sup>48</sup> C.I. 7, 65, 4a; C.I. 7, 45, 16.

<sup>49</sup> Altri furono i deterrenti contro il proliferare degli appelli inutili. In primo luogo, l'accesso all'appello era condizionato da un "filtro": il *libellus appellatorius* doveva essere presentato al giudice *a quo* che era obbligato a riceverlo e a controllare che sussistessero tutti i presupposti di ricevibilità (forma e rispetto dei termini) e di ammissibilità (legittimazione della parte, appellabilità della sentenza) nonché che non fossero completamente omessi i motivi d'appello. In secondo luogo, in caso di rigetto dell'appello, oltre alla condanna alle spese, a seconda dei periodi, erano previste pene più o meno dure. Al tempo di Costantino (C.Th. 1, 5, 1, 3), ad esempio, era comminata la condanna alla detenzione di due anni e la confisca di metà del patrimonio o i lavori forzati se l'appellante fosse stato indigente. Con Giustiniano (C.I. 3, 1, 13, 6) cesarono sanzioni così sproporzionate: il giudice poteva condannare ad una pena pecuniaria che andava da un massimo ad un minimo a seconda della maggiore o minore temerarietà dell'appello, vedi E. COSTA, *op. cit.*, 181 s.; V. SCIALOJA, *op. cit.*, 307.

<sup>50</sup> Così A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 57 ss.

<sup>51</sup> Dall'età dei Severi il rispetto dei termini per l'*appellatio* fu indispensabile per avere un'istanza validamente posta. Con l'istanza d'appello (*libellus appellatorius*) si dava luogo ad un nuovo giudizio in cui era possibile ampliare il materiale di causa. A partire da Costantino, tuttavia, vi furono degli interventi imperiali volti a restringere la facoltà delle parti di introdurre nuovi elementi in appello, vedi R. ORESTANO, *op. cit.*, 154 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 86 ss.

sistente. In questo caso era come se la stessa non fosse stata pronunciata<sup>52</sup>.

Alcuni frammenti potrebbero far pensare che la sentenza nulla producesse effetti *medio tempore*, così Macro (D. 49, 8, 1 pr.): «*Illud meminerimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit*». Il testo è singolare perché si collega la rescissione (*rescinditur*) ad un giudicato inesistente (*iudex non esse iudicatum pronuntiaverit*), quasi supponendo che ci fosse un mezzo per far valere la nullità della sentenza, in mancanza del quale essa continuava a produrre effetti<sup>53</sup>. In tal senso sembra deporre pure una costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano del 374 (C.Th. 4, 17, 1)<sup>54</sup>, dove la sentenza pronunciata oralmente, ma non redatta per iscritto, viene indicata come non degna di essere considerata sentenza (*ne nomen quidem sententiae habere mereatur*) aggiungendo che non vi è necessità dell'appello per la sua rescissione (*nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis sollemnitas requiratur*). Successivamente il provvedimento orale venne considerato un *praeiudicium* e come tale inappellabile<sup>55</sup>.

In verità, la variazione delle ipotesi di nullità da una costituzione

<sup>52</sup> Le compilazioni tardo antiche raccoglievano in due appositi titoli i casi più importanti di invalidità della sentenza nel *Digestum, que sententiae sine appellatione rescindantur* (D. 49, 8) e nel *Codex iuris civilis, quando provocare necesse non est* (C.I. 7, 64), ma altri esempi si reperiscono sparsi per le due raccolte. Numerosi frammenti del Digesto e del Codice di Giustiniano che si riferiscono alla sentenza nulla, tra di essi Ulpiano (D. 42, 1, 4, 6): «*Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus sit, et sententia valeat: caeterum, si aliqua ratione sententia sit nullius momenti, dicendum est condemnationis verbum non tenere*». Ma si veda anche: D. 2, 12, 1, 1 (Ulpiano); D. 49, 1, 19 (Modestino); D. 49, 1, 23 (Papiniano); D. 49, 8, 3, 1 (Paolo); C.I. 7, 64, 1 (Alessandro Severo); C.I. 7, 48, 2 (Gordiano); C.I. 7, 64, 4 (Valeriano e Gallieno); C.I. 7, 64, 7 (Diocleziano e Massimiliano); C.Th. 4, 17, 1 (Valentiniano e Graziano). Vedi L. WENGER, *op. cit.*, 307 s.; R. ORESTANO, *op. cit.*, 137 ss.

<sup>53</sup> B. BIONDI, *op. cit.*, 99.

<sup>54</sup> «*Huic adicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, ne nomen quidem sententiae habere mereatur, nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis sollemnitas requiratur*». Vedi F. PERGAMI, *op. cit.*, 263 s.

<sup>55</sup> Tra le altre: C.Th. 11, 30, 2; C.Th. 11, 36, 1-2 (Costantino); C.Th. 11, 30, 40 (Graziano, Valentiniano e Teodosio). Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 46 ss.

imperiale all'atra e l'uso improprio dell'appello per far valere la nullità<sup>56</sup> poteva portare ad una confusione lessicale: il giureconsulto Paolo ci dà testimonianza di un appello promosso oltre i normali termini per impugnare (*ex multis annis*), quindi, di un appello usato in funzione di accertamento della nullità<sup>57</sup>.

A prescindere dalle varie distorsioni portate dalla pratica, tuttavia, rimaneva fermo un principio: il provvedimento nullo era inesistente, perciò non c'era bisogno di rimuoverlo ma solo di accertare la sua inefficacia. Vi era un'azione *ad hoc* per far dichiarare la nullità: la *revocatio in duplum*.

La maggior parte degli studiosi attribuisce all'istituto origine post-classica, perché di tale epoca sono i testi che ad essa si riferiscono. L'unico frammento di epoca classica, di Cicerone<sup>58</sup>, dove si trova l'espressione «*si iudicatum negaret, in duplum iret*», non fornirebbe elementi certi per far presumere che l'illustre oratore si riferisse all'azione diretta, anziché all'eccezione volta a far annullare il giudicato<sup>59</sup>.

La funzione dell'istituto era analoga all'appello avverso la sentenza nulla. Nell'opera di Paolo, infatti, i due mezzi di impugnazione si trovano posti l'uno accanto all'altro ed uniti da una congiunzione<sup>60</sup>. La

<sup>56</sup> Dalle ammonizioni sulla superfluità dell'appello per far valere la nullità, presenti tanto nel Digesto che Codice di Teodosiano e Giustiniano, si può arguire che esso nel II e III secolo d. C. era frequentemente impiegato a tal fine e che gli imperatori cercassero di arginarne l'uso improprio, vedi P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 23 ss.; B. BIONDI, *op. cit.*, 68 ss.; R. ORESTANO, *op. cit.*, 98 ss., 134 ss. e 269 ss.; L. RAGGI, *op. cit.*, 19 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, cit., 375 ss e 429 ss.; F. PERGAMI, *op. cit.*, 258 ss.

<sup>57</sup> D. 10, 2, 41 e D. 37, 14, 14 entrambi di Paolo. Il giureconsulto riferisce di un appello avente ad oggetto una divisione ereditaria, secondo l'appellante estesa illegittimamente oltre la competenza del *iudex familiae erciscundae*, cioè agli alimenti e alle opere dei liberti. Il giudice distinse le due situazioni, così l'appello venne respinto con riguardo agli alimenti, mentre accolto con riguardo ai liberti e la divisione dichiarata nulla. Vedi L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., 28 ss.

<sup>58</sup> Cicero, *pro Flacco*, 21, 49: «... *frater meus decrevit, si iudicatum negaret, in duplum iret*»

<sup>59</sup> Vedi: B. BIONDI, *op. cit.*, 92 ss.; R. ORESTANO, *op. ult. cit.*; L. RAGGI, *op. cit.*, 68.

<sup>60</sup> I. Paulus, *Sententiae*, 5, 5<sub>a</sub>, 6<sub>a</sub>: «*Ab ea sententiae, quae adversus contumaces lata est, neque in duplum revocari potest*».

differenza era che l'attore (convenuto nel precedente giudizio) si esponeva: in un caso, con la *revocatio in duplum*, alla condanna al doppio in caso di soccombenza; nell'altro, con l'appello, al rischio che l'appello fosse giudicato inutile, con la punizione conseguente prevista dalla legge<sup>61</sup>.

Si ritiene che un sicuro elemento a favore dell'origine postclassica della *revocatio in duplum* sia la previsione di un termine di prescrizione<sup>62</sup>: l'apposizione di un limite temporale all'esercizio di un'azione volta a far valere un vizio insanabile è stata considerata frutto dell'analogia con l'appello<sup>63</sup>.

Decorso il termine di prescrizione, rimaneva la possibilità di eccepire la nullità della sentenza in qualsiasi altro contesto: innanzitutto, la nullità poteva essere fatta valere quando l'avversario introduceva l'esecuzione attraverso l'*actio iudicati*<sup>64</sup>.

Ci sono testimonianze che attestano la possibilità di rinnovare la domanda respinta da una sentenza nulla in epoca imperiale: non c'era più il problema della consumazione dell'azione a seguito della *litiscontestatio*. C'è tra i vari esempi un caso di nostro interesse, perché riguarda una nullità di carattere formale. Un *iudex datus* non aveva adempiuto all'ordine di un preside di una provincia di pronunciare in un determinato giorno. Conseguentemente la sentenza era emessa sentenza fuori termine. L'appello avverso la stessa veniva dichiarato inutile e lo stesso preside delegante procedeva ad una nuova cognizione<sup>65</sup>.

Ancora Paolo fa riferimento alla *revocatio in duplum* in, *Sententiae*, 5, 5<sub>a</sub>, 7 (5): «*Confessionem suam reus in duplum revocare non potest*».

<sup>61</sup> Tra le opinioni degli autori citati nelle note precedenti va distinta quella di W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, cit., 375 ss e 429 ss. secondo il quale l'appello non necessario in caso di nullità, per cui esso veniva respinto.

<sup>62</sup> I. Paulus, *Sententiae*, 5, 5<sub>a</sub>, 8: «*Res olim iudicata post longum selementum in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum revocari. Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computatur*».

<sup>63</sup> L. RAGGI, *op. cit.*, 64 ss.

<sup>64</sup> L. WENGER, *op. cit.*, 307.

<sup>65</sup> C.I. 7, 64, 6 degli imperatori Caro, Carino e Numeriano, secondo la quale: «*Cum non eo die, quo praeses provinciae praecepit, iudex ab eodem datus pronunciaverit, sed ductis diebus alieniore tempore sententiam dedisse proponatur, ne ambages frustra interpositae provocationis ulterius negotium protrahant, praeses provinciae superstitiosa*

Per procedere ad una nuova trattazione era sempre necessaria la domanda di parte<sup>66</sup>: non vi era un istituto analogo alla rittrattazione, che si sviluppò più tardi nella dottrina canonistica.

#### 4. *L'inesistenza del problema del provvedimento invalido presso i popoli germanici*

Negli studi condotti sulle origini della querela di nullità, “romanesimo” e “germanesimo” sono stati spesso contrapposti tra di loro<sup>67</sup>.

Fu la dottrina tedesca collocabile intorno alla metà del XIX secolo, ad elaborare il principio della validità formale della sentenza (*das Prinzip der Formalkraft des Urteils*), che affonderebbe le sue radici nell'antico processo germanico. Secondo tale principio la forza della sentenza sarebbe stata intangibile, una volta che fosse passato il momento per opporsi ad essa, a prescindere dall'esistenza di eventuali vizi di diritto o di ingiustizia<sup>68</sup>.

*appellatione submota ex integro inter vos cognoscet*». Vedi anche: D. 49, 1, 19 (Modestino), *cit.*; I. Paulus, *Sententiae*, 5.5<sup>a</sup>, 8, *cit.*

<sup>66</sup> C.I. 7, 43, 4; C.I. 7, 44, 1.

<sup>67</sup> Tra gli studiosi italiani più illustri che hanno accolto i risultati dell'elaborazione dottrinale tedesca ci sono Chiovenda e Calamandrei, vedi: G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1902, 94 ss., e in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. I, 181 ss.; P. CALAMANDREI, *La teoria dell' "error in iudicando" nel diritto italiano intermedio (1914)*, in P. Calamandrei, *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, vol. I, 149 ss.; ID., *La cassazione civile*, *cit.*, vol. I, 116; ID., *La sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951, 112 ss. Vedi anche A. COSTA, *Nullità della sentenza e la "querela nullitatis" nella storia del processo italiano*, Roma, 1916, 9 e in *Riv. it. sc. giur.*, 1916, 219 ss.; F. DELLA ROCCA, *La nullità della sentenza in diritto canonico*, Roma, 1939, 15 ss. recentemente questa stessa impostazione è stata seguita da C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, 29 s.; G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, 25 ss.

<sup>68</sup> Tutta la teoria traeva fondamento dalle presunte modalità di esercizio della giustizia presso gli antichi popoli germanici, cioè in forma collettiva, con la partecipazione del popolo riunito in assemblea. Il re o il suo rappresentante sarebbe stato a capo dell'assemblea-tribunale (*Richter*), alla quale si sarebbe dovuto presentare domanda di tutela. Davanti al collegio l'attore avrebbe dovuto portare la controparte. A questo punto, sarebbe entrato in scena un quarto soggetto, un rappresentante del popolo al

Skedl<sup>69</sup> teorizzò che fosse stato l'istituto dell'appello longobardo ad introdurre il principio della validità formale della sentenza, in un contesto nel quale la violazione della legge aveva dato luogo sempre e solo a sentenze nulle. Questo incontro sarebbe stato il seme della querela di nullità (*Nichtikeitsbeschwerde*), che sarebbe maturato successivamente e più precisamente all'epoca degli statuti comunali.

Fermo oppositore di questa costruzione fu Seelmann<sup>70</sup>, che mise in evidenza come essa non trovasse alcun riscontro nelle fonti. Detto giurista sottolineò, infatti, come le decisioni dei giudici nel diritto germanico non fossero dotate della forza del giudicato. La sentenza non era volta a stabilire l'esistenza di un diritto, ma era un comando dello stesso tipo di tutti gli altri provenienti dall'autorità sovrana. In un ordinamento pragmatico, l'unico risultato che contava era la sottomissione delle parti all'ordine del giudice, sotto la minaccia di pene<sup>71</sup>.

quale spettava trovare il contenuto della sentenza (*Urteilsfinder*). Se la bozza di sentenza proposta fosse stata approvata dal popolo, essa sarebbe stata fatta propria e proclamata dal presidente del tribunale. Nel processo, tuttavia, si sarebbe potuto inserire un quinto soggetto, sia che fosse una delle parti o un membro dell'assemblea, con lo scopo di contestare il contenuto della sentenza (*Urteilsschelter*), proponendo altra soluzione. L'*Urteilsschelte* non sarebbe stata un'impugnazione di una sentenza, ma l'opposizione ad un "disegno" di sentenza, che avrebbe avuto luogo prima della proclamazione della decisione. Ad essa sarebbe seguito un procedimento tra l'*Urteilsschelter* e l'*Urteilsfinder*. Il nuovo procedimento avrebbe interrotto il precedente processo non ancora terminato, per sottoporre la questione al presidente del tribunale. Una volta emessa la sentenza avrebbe avuto la stessa forza della legge e sarebbe stata assolutamente incontestabile. Vedi: J.W. PLANCK, *Die Lehre von dem Beweisurteil*, Göttingen, 1848, 32 ss.; R. SOHM, *Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. Erster Band: Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, 1871, Weimar, 130 ss.; A. SKEDL, *Die Nichtigkeitbeschwerde in ihrer Geschichtlichen Entwicklung: eine civilprocessuale Abhandlung*, Leipzig, 1886, 8 ss.

<sup>69</sup> A. SKEDL, *op. cit.*, 1 ss.

<sup>70</sup> W. SEELMANN, *Rechtzug im älteren deutschen Recht. Ein Beitrag zur Geschichte der Berufung*, Breslau, 1911, 2 ss., 90 ss., 102-103.

<sup>71</sup> In uno scambio di lettere tra Carlo Magno ed Alcuino (801-802) si asseriva che dopo il giudicato non ci fosse più il diritto di appellare. L'affermazione, che rimane isolata, non viene accompagnata da alcun fondamento normativo. Vedi W. SEELMANN, *op. cit.*, 15 ss., 177 s., 197 ss. A. PADOA SCHIOPPA, *La giustizia nei placiti longobardi: note sul sistema delle prove*, in *Leges – Gentes – Regna, Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittel-*

Gli studi più recenti hanno concluso per l'assenza del problema della invalidità della sentenza nelle fonti e nella prassi giudiziaria di origine germanica<sup>72</sup>.

In verità, da un lato, presso i longobardi la risoluzione delle liti era ancora decisa dalla sfida tra le parti ovvero dall'ordalia<sup>73</sup>. Dall'altro, la mescolanza sociale indusse a nuovi metodi pratici di composizione delle controversie, più che un nuovo modello di giustizia<sup>74</sup>.

Nell'Alto Medioevo, tuttavia, accanto alle fonti germaniche, vi erano anche le raccolte di diritto giustiniano, elaborate nei territori soggetti all'Impero Romano d'Oriente. Tra queste vi sono le *Annotationes Codicum domini Iustiniani* meglio conosciute come *Summa Perusina* (VII-VIII)<sup>75</sup>. Il testo – che riassume in brevi frasi le costituzioni del

*alterlichen Rechtskultur*, Berlin, 2006, 333 ss., anche in G. Dolcini, C.E. Paliero (cur.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. III, 2935 ss.; e infine in A. PADOA SCHIOPPA, *Giustizia medioevale italiana, dal Regnum ai Comuni*, Spoleto, 2015, 1 ss., in particolare 335 s., rileva come nella pratica ci si ispirasse ai precedenti giudizi, utilizzati come modello per la soluzione della controversia *sub iudice*.

<sup>72</sup> M. ROSBOCH, *Decidere invano. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medioevali*, Napoli, 2010, 76.

<sup>73</sup> Vedi E. CORTESE, *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V – VIII)*, 7-13 aprile 1994, Spoleto, 1995, vol. I, 621 ss.

<sup>74</sup> Così L. LOSCHIAVO, *La risoluzione dei conflitti in età altomedioevale: un excursus storiografico*, in E. Conte, M. Miglio (cur.), *Il diritto per la storia. Gli studi storici giuridici nella ricerca medievistica*, Roma, 2010, 91, ss. ed in particolare 104 s. L'autore analizza il processo di revisione critica della ricostruzione del *Gemeinrecht* da parte della "scuola tedesca" (tra le metà del XIX e gli inizi del XX secolo). Vedi anche: P. DELOGU, *La giustizia nell'Italia meridionale longobarda*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX-X)*, Spoleto, 1997, vol. I, 257 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Giudici e giustizia nell'Italia carolingia*, in A. Padoa Schioppa, M.G. Di Renzo Villata, G.P. Massetto (cur.), *Amicitiae pignus, Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, 2003, vol. III, 1623 ss. che descrivono ipotesi di risoluzione della controversia da parte di un giudice, con il ruolo di notaio, o addirittura di testimone particolarmente qualificato. Esempari erano in tal senso, da un lato *ostensio chartae* e *finis intentionis tarrae*, nelle cui forme si riconosceva il fondamento della pretesa della controparte su di terreno o altro immobile; dall'altro *investitura salva querela*, con la quale veniva attribuito il possesso alla parte presente, nella contumacia dall'altra parte.

<sup>75</sup> *Annotationes Codicum domini Iustiniani*, in Patetta (cur.), *Bollettino dell'Istituto di Diritto romano*, vol. XII, 1990. Vedi M. ROSBOCH, *Decidere invano: aspetti delle invalidità nelle sentenze medioevali*, cit., 73 ss.

Codice di Giustiniano – contiene importanti indicazioni intorno all'efficacia della sentenza ed al suo regime di validità.

Vengono sostanzialmente ribaditi i noti principi del processo romano imperiale. La sentenza che non veniva appellata diveniva irrevocabile, passava cioè in giudicato<sup>76</sup>. A questo principio sfuggivano i provvedimenti *contra leges*, che potevano essere ritrattati<sup>77</sup>.

### 5. I caratteri essenziali del processo romano-canónico

Con l'etichetta di processo romano-canónico<sup>78</sup> si indica il processo che si sviluppò in Italia e nel resto d'Europa tra il XII secolo fino al XVIII secolo.

Nell'epoca comunale iniziò la 'riscoperta' del diritto romano, che, del resto, non era mai stato abbandonato dalla Chiesa. Con il fiorire delle università si intensificarono anche gli studi di diritto: grazie alla Scuola bolognese dei Glossatori, il cui capostipite fu Irnerio, le grandi compilazioni giuridiche romane tornarono ad essere studiate e ne fu riproposta l'applicazione.

Dall'altra parte, abbiamo il contributo del diritto canonico, raccolto nel XII secolo nella celebre opera del monaco Graziano la *Concor-*

<sup>76</sup> *Adnotationes Codicum domini Iustiniani*, cit., 243: «De sententiam rescindi non posse: Si non appellat, alterius iudicatum retractari non licet, nec suum. Peremptoriam exceptionem in finem obici possit: legitima aetate si non appellasti, iudicatus resolvi non potest».

<sup>77</sup> *Adnotationes Codicum domini Iustiniani*, cit., 241-242, in particolare, con riferimento ai vizi di attività: «Lex 13. ... Que contra leges iudicatae sunt a iudicibus vel a prefecto, retractari postest».

<sup>78</sup> G. SALVIOLI, *Note per la storia del procedimento criminale*, Memoria letta alla Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli, Napoli, 1918, *passim*; ID., *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretto da P. Del Giudice, Milano, 1969 (prima edizione del 1927), vol. III, 2, 151 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia, dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 7 ss.; W. LITIEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren arduines iudicarij*, Kraków, 1999, vol. I, 64 ss.; M. ROSBOCH, *Decidere invano: aspetti delle invalidità nelle sentenze medioevali*, cit., 77 ss.; K.W. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Berlin-Heidelberg, 2012, 1 ss.; F. D'URSO, *Sul "ritmo" del processo romano-canónico*, in *Historia et ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2014, 6, 12.

*dia discordantium canonum*, meglio nota come *Decretum Gratiani* (1140-1142), la quale riuniva i canoni conciliari e gli atti normativi dei pontefici<sup>79</sup>.

I giuristi che studiarono i due diritti, civile e canonico, come Piacentino<sup>80</sup>, Giovanni Bassiano<sup>81</sup>, Azzone<sup>82</sup>, Accursio<sup>83</sup>, Tancredi<sup>84</sup>, Guglielmo Durante<sup>85</sup>, partendo dall'*ordo iudiciorum* crearono un procedimento nuovo, che conservava i concetti fondamentali e la terminologia del processo imperiale<sup>86</sup>.

<sup>79</sup> L'Opera di Graziano (1075/80 - 1145/47, fu vescovo di Chiusi) è raccolta nel *Corpus Iuris Canonici* (1582), ed. E. Friedberg, Granz, 1959, insieme al *Liber extra*, emanato da Gregorio IX nel 1234, al *Liber Sextus* emanato da Bonifacio VIII nel 1298; alle *Clementinae* disposte da Clemente V e promulgate successivamente da papa Giovanni XXII nel 1317; alle *Extravagantes Johannis XXII*, raccolta di Decretali redatta verso il 1325; alle *Extravagantes communes*, raccolta privata realizzata da Giovanni di Chappuis.

<sup>80</sup> PLACENTINUS (1130-1192), *Summa Codicis*, ed. Maguntiae, 1536, rist. an., Torino, 1962, con prefazione di F. Calasso. Per le biografie di tutti questi personaggi si può rinviare al recente I. BIROCCHI, E. CORTESE, M.N. MILETTI (cur.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013.

<sup>81</sup> IOHANNIS BASSIANI (di anno di nascita incerto morì nel 1197), *Libellus de Ordine Iudiciorum*, in N. Tamassia, G.B. Palmieri (cur.), *Biblioteca Iuridica Medii Aevi*, Bologna, 1892, vol. II.

<sup>82</sup> AZO, *Summa super Codicem*, Papias 1506, ristampa anastatica, in A. Converso (cur.), *Corpus Glossatorum*, Torino 1966, vol. II 282; ID., *Lectura super Codicem*, Parisiis 1577, ristampa anastatica, in A. Converso (cur.), *Corpus Glossatorum*, Torino 1966, vol. III, 188.

<sup>83</sup> ACCURSIUS (1181/85 - 1259/1263), *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, ed. Apud Iuntas, Venetiis, 1952.

<sup>84</sup> TANCREDI DI BOLOGNA anche noto come Tancredi di Germania o solo TANCREDEUS (1185-1236), *Ordo iudicarius*, ed. C. Bergmann, Göttingen, 1842.

<sup>85</sup> GUILLELMUS DURANTIS (1230-1296), *Speculum iudiciale*, Lyon, 1578. L'opera, dalla datazione incerta (1271-1291), era rivolta a tutti coloro che avevano a che fare con i tribunali, quindi non solo i giudici o gli avvocati, ma anche i tabellioni ed i testimoni.

<sup>86</sup> W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. I, 49, sottolinea che il termine *processus* nel diritto romano non aveva il significato che da quel momento in poi comunemente gli viene attribuito; piuttosto in quel senso era usato il termine *ordo iudiciorum* o *ordo iudicarius*.

Grazie all'elaborazione dottrinale il procedimento raggiunse un certo grado di astrazione, seppure non mancarono i particolarismi dovuti all'applicazione che se ne fece nei tribunali.

Questo fu il processo della Chiesa e grazie al suo tramite si diffuse in tutta Europa. Da qui nacque il modello processuale che dominò l'epoca del cosiddetto *ius commune*.

Il termine spesso utilizzato dai giuristi medioevali per designare il processo è *ordo iudiciarius*. Questa espressione, che fu utilizzata per la prima volta da Isidoro vescovo di Siviglia (599/600 – 636), racchiude in sé la filosofia a fondamento del processo dello *ius commune*: la giustizia umana è imperfetta, perché il giudice è un uomo ed in quanto tale fallibile; per ridurre al minimo il rischio di errore è bene che il percorso verso la verità sia logico e con dei passaggi obbligati e verificabili<sup>87</sup>.

Le regole dell'*ordo iudiciarius* si imponevano a qualsiasi giudice, anche all'imperatore o al papa, perché erano regole extratestuali, derivanti dai principi della dialettica, a prescindere da qualsiasi legge scritta. In altri termini, le stesse erano considerate una sorta di proiezione dei principi di giustizia naturale<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Isidorus Hispaliensis, *Synonyma*, II.86, ed J. Elfassi, in *Corpus christianorum. Series latina*, 111B, Turnhout, 2009: «*In ambiguis Dei iudicio serva sententiam. Quod nosti tuo, quod nescis divino committe iudicio. Non potest condemnari humano examine quem Deus suo iudicio reservavit. Incerta non iudicamus, quousque veniat Dominus, qui latentia producit in lucem, qui inluminabit abscondita tenebrarum, qui manistabit consilia cordium (I Cor. 4.5). Quamvis enim vera sint, credenda non sunt, nisi quae certi indicis demonstrantur (al. Comprabantur), nisi quae manifesto examine convicuntur, nisi quae ordine iudiciario publicantur*». Per commento critico di questo passo e per l'esame del concetto di *ordo iudiciarius* in Isidoro di Siviglia si rinvia a L. LOSCHIAVO, *Isidoro di Siviglia e il suo contributo all'ordo iudiciarius medioevale*, in Y. Mause, O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel (a cura di), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Köln, Weimar, Wien, 2014, vol. IV, 1 ss.

<sup>88</sup> A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius medioevale» (Riflessioni su un modello puro isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 583 ss. In questo celebre saggio l'autore descrive il sistema dell'*ordo iudiciarius* come un «ordine isonomico», caratterizzato dalla posizione di assoluta parità delle parti davanti al giudice, che deve rimanere terzo ed imparziale. Questo sistema sarebbe guidato da un lato dalle condizioni della ragione pratica; dall'altro dai principi della giustizia naturale. Di qui la diffidenza di questo ordine non solo nei confronti dell'attività di ricerca dei fatti da parte del giudice (*non potest iudex in facto supplere*), ma anche del legislatore che pretenda di sovrapporre le proprie regole positive a quelle extratestuali della logica pura. Vedi anche A.M. STICKLER, *Ordi-*

Proprio perché si trattava di un *iter* logico imprescindibile, l'inversione dell'ordine degli atti o la loro omissione rendeva il procedimento "perverso" e la sentenza nulla<sup>89</sup>.

A partire dal XIII secolo il processo venne messo generalmente per iscritto in ogni suo passaggio: tali erano non solo gli atti delle parti, ma anche le deposizioni dei testi e, infine, la sentenza<sup>90</sup>. Anche quando la

*nes iudicarii*, in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *L'educazione giuridica*, vol. VI, *Modelli storici della procedura continentale*, I, *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, Napoli, 1994, 3 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 33 ss., 224 ss..

<sup>89</sup> AZO, *Lectura super Codicem*, cit., 188: «*Iuris odinem. ... Ex hoc datur intelligi quod non erat audiendus. Ille enim adiri debet, qui secundum ius aliquid postulat, non qui perverso iuris ordine petit. ... Ordo enim iuris servari debet*»; ACCURSIUS, *Glossa "Solutum iudiciorum ordinem"*, ad C. 7, 45, 4, in *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, cit.: «*Ut si non dedit in scriptis, vel si stando, vel si non cognovit de causa. Vel dic quod non condemnavit procuratorem quando debuit, sed dominum, ut supra l. 1 secundum Azo, quae exempla non placent, quia tunc non ordo est perversus, sed solennitas [sic] est ommissa. Dic ergo, quod ordo iudiciorum est ut offeratur libellus, lis con testetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur et publicantur. Sententia scribatur et a iudice proferatur, qui ordo si pervertitur non valet sententia, ut si primo pronunciet, deinde sententiam scribat, vel primo iuretur de calumnia, deinde fiat litis contestatio et sic non obstat, inf. de appell. l. 1, cum ibi sit perversus ordo causae unius ad aliam; hic autem eiusdem causae ordo pervertitur, vel etiam omittitur*»; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 5, n. 1: «*Sententia, ordine iudiciario substantiali praetermisso, vel non servato, lata ipso iure non valet. Nunc videndum restat quando sententia sit ferenda et quidem ordine iudiciario praetermisso, scilicet lite contestata, confessionibus et allegationibus auditis omnibusque causae meritis diligenter investigatis in die non feriato et ante crepusculum noctis, haec omnia probantur 30.q.5. §. his ita et c. incerta. et c. nullum et c. iudicantem [C. 30, q. 5, c. 9-10-11] ext. ut lit. non contest. per totum [X. 2,6,1-5] ff. de fer. si feriatis. [D. 2,12,6] ext. de off. del. consuluit. [X. 1,29,24] in Auth. de iud. §. sedebunt. col. 6 [Auth. 83, 3]. Alioquin sententia ordine iudiciario substantiali praetermisso, vel non servato, lata non tenet ipso iure, 2.q.6. § diffinitiva. ver item sententia contra solutum [C. 2, q. 6, c. 41] ext. de elec. dudum. [X. 1,6,22] C. de sent. ex brevi. rec. L, 2, 3 et 4 [C. 7,44,1-4]. Et hoc verum est et regulariter*»; ed in senso positivo BALDUS, *In VII-IX Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1615, c. 45, 3: «*ordo est praetermittere et posponere postponenda, servato solito more iudiciorum*». Vedi N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba*, cit., 228; M. ROSBOCH, *Decidere invano*, cit., 117, 130 s. e 324.

<sup>90</sup> Vedi A. PERTILE, *Storia della procedura*, vol. II, in P. Del Giudice (cur.), *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Bologna, 1965-1966 (prima ed. Torino, 1893), vol. IV, 1, 85 ss.; A.M. SANTANGELO, *Ne lites fiant*

legge eccezionalmente consentiva che gli atti delle parti si svolgessero in forma orale, il giudice doveva provvedere a farli trascrivere con determinate modalità<sup>91</sup>. Perciò, il notaio ed il cancelliere divennero figure indispensabili accanto ad ogni giudice<sup>92</sup>.

Con la scrittura aumentarono anche le formalità del processo, che risultò una concatenazione di atti ben precisa, da seguire dall'inizio alla fine. Di fatto ciò determinò un aumento della lunghezza, ma in cambio si ottenne una maggiore certezza. La sequela di atti doveva essere compiuta entro termini fissati; il decorso dei quali poteva essere superato solo grazie all'intervento restitutorio del giudice. La complessità del procedimento, intriso di insidie formali, portò a fare un uso frequente di questo potere (che in teoria doveva essere eccezionale), con la diretta e inevitabile conseguenza della procrastinazione della durata del processo.

Il processo era suddiviso in tre parti: *ingressus*, *progressus* e *egressus*.

Su modello del diritto giustiniano gli atti introduttivi erano scritti.

L'attore adiva il giudice mediante *libellus conventionalis* o *reclamationis* o *cedula*. La proposizione della domanda oralmente la rendeva

immortales. *Il processo romano-canónico tra aneliti di giustizia e istanze di economia dei processi: la prassi della Rota Romana*, Intervento presentato al convegno per la storia della giustizia tenutosi a Milano nel 2009, inedito, § 1, la quale sottolinea come la rinascita della procedura civile fosse essenzialmente volta a rispondere alle esigenze della nuova economia monetaria. Infatti, fino a tutto il XII secolo venivano portate davanti ai giudici quasi esclusivamente controversie relative a possedimenti terrieri, che si potevano facilmente risolvere con quel procedimento orale, semplice e rapido fondato sulle prove ordaliche, introdotto nell'età dei regni germanici ed ereditato dai tribunali feudali; all'epoca dei comuni, invece, col crescere e il predominare di un'economia fondata sul commercio, si intensificò il diritto delle obbligazioni che doveva trovare il suo logico completamento in un procedimento più complesso.

<sup>91</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., IV, 1 *De libellor. Concept.*, § 9.3, ci da notizia delle cause dei miserabili che per maggior sollecitudine e minor dispendio dovevano svolgersi verbalmente. Vedi A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 89.

<sup>92</sup> A partire dal XIII secolo l'obbligo della scrittura nei processi cominciò ad essere inserito negli statuti comunali, mentre in Italia Meridionale fu richiesto dalle leggi di Federico II. Vedi G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., 232 ss.; W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. I, 65; K.W. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 20 s.

nulla e dava luogo conseguentemente alla nullità della sentenza, salvo deroghe a questo principio, una delle quali fu, per un certo periodo, il cosiddetto procedimento sommario<sup>93</sup>.

Al convenuto era dato un termine a difesa, con la possibilità di eventuali proroghe, per la redazione di un atto di risposta, il *libellus contradictionis* o *responsionis*. Con l'etichetta di *arma reorum* o eccezione, venivano indicati tutti gli strumenti a disposizione del *reus* per respingere l'azione. Le eccezioni venivano distinte in perentorie o dilatorie a seconda che fossero presentate o meno in *limine litis*, con l'effetto nel primo caso di impedire la *litiscontestatio*. Ognuna di esse dava luogo ad un incidente di cognizione che doveva risolversi con una sentenza; con la conseguenza che, nel normale svolgimento del processo, si avevano una serie di momenti di cognizione che richiedevano un atto solenne per concludersi, con un inevitabile aggravio dei tempi processuali<sup>94</sup>.

Si proseguiva con la *litiscontestatio per narrationem actoris et contradictionem rei in iudicio*<sup>95</sup>. Per essa non era richiesto uno specifico *libellus*, dal momento che la stessa si svolgeva oralmente. Si trattava di un momento di interazione tra le parti ed il giudice, perché quest'ultimo poneva domande ed i contendenti rispondevano; in tal modo l'attore e convenuto ribadivano le loro posizioni, fissavano il *thema decidendum* ed al contempo esprimevano la volontà di procedere nella causa.

La *litiscontestatio*, in principio, era considerata necessaria a pena di nullità del procedimento e della sentenza. A sua volta, la *litiscontestatio* era nulla se mancava la presentazione del libello e la corretta citazione della controparte, con la concessione di termini per la difesa<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> W. LITEWSKI, *Mündliche Klage und Klageschrift in den ältesten ordines iudicarij*, in G. Köbler (cur.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München, 1997, 669 ss.

<sup>94</sup> M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 8 ss.

<sup>95</sup> Vedi G. SALVIOLI, *op. cit.*, 296 ss.; W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarij*, cit, vol. I, 330 ss.; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 109 ss.

<sup>96</sup> Vedi ACCURSIUS, *Glossa, ad C. 3,9, lex unica*, in *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, cit: «*Casus. Haec. Authent. Ponit ordinem eorum, quae debet precedere litis contestatio et sunt sex, quae vide per ordinem quia facta clara sunt. In fine ibi litis ergo ponit clausulam irritantem quod litis contestation facta contra hunc ordinem pro non*

In un secondo momento, tuttavia, essa perse importanza. Si volle, infatti, semplificare il procedimento: a tal fine si ritenne sufficiente dapprima la sola dichiarazione dell'attore di mantenere ferma la sua volontà; in seguito bastò la domanda di parte a fondare il dovere del giudice di procedere fino a conclusione del giudizio<sup>97</sup>.

Dopo la *litiscontestatio* si passava all'istruzione probatoria<sup>98</sup>, ma non prima che le parti avessero pronunciato *iuramentum de calumnia*<sup>99</sup>.

Anche le prove venivano ammesse con sentenza: si trattava, infatti, di un momento che aveva una decisiva incidenza nel merito<sup>100</sup>.

Prima di emettere la sentenza vi erano gli adempimenti finali da svolgere: agli avvocati delle parti era data facoltà di esporre oralmente i risultati della causa<sup>101</sup>; ed in alcuni statuti era previsto che il giudice dovesse consultarsi con un concilio di sapienti, a pena di nullità della sentenza<sup>102</sup>.

È chiaro che un giudizio così congeniato già sulla carta era lungo e farraginoso; nella pratica, poi, c'erano le furbizie degli avvocati, la possibilità di essere rimessi in termini, le eccezioni dilatorie proponibili in

*factam habebitur*». Sul punto vedi W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. I, 330; ID., *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren arduines iudiciarii*, cit., vol. II, 473; M. ROSBOCH, *Decidere invano*, cit., 131.

<sup>97</sup> Hieronymi De Monte, *Tractatus de finibus regundis, civitatum, castrorum ac praediorum, tam urbanorum quam rusticorum*, Norimberge, 1710, 127, considerava ancora la mancanza della *litiscontestatio* come causa di nullità del libello. Per approfondimenti si rinvia a G. SALVIOLI, *op. cit.*, 299 ss.

<sup>98</sup> G. SALVIOLI, *op. cit.*, 405 ss.; W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren arduines iudiciarii*, cit., vol. II, 353 ss.; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 122 ss.

<sup>99</sup> Il giudice poteva chiederne la ripetizione in qualsiasi stadio della causa, vedi A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 80.

<sup>100</sup> Un caso ben noto, anche se proprio più che altro dei processi di eresia, era la pronuncia interlocutoria con cui si deliberava di procedere a tortura, vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano, 1970, vol. II, 54 s.

<sup>101</sup> A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 107 ss., riporta testimonianze di diversi statuti in cui era previsto che le conclusioni dovessero essere redatte per iscritto e depositate entro un certo termine a pena di nullità.

<sup>102</sup> Così gli statuti di Verona del 1450 e di Milano del 1498. Vedi A. SKEDL, *Die Nichtkeitsbeschwerde*, cit., 104.

qualsiasi momento del giudizio, l'uso improprio delle *positiones*<sup>103</sup> per ampliare l'oggetto del giudizio. Ad aggravare il tutto c'era un elevato numero di mezzi di impugnazione e di nullità *ipso iure*, che potevano essere fatti valere in perpetuo o quantomeno per un lungo periodo di tempo, grazie ai quali il giudizio poteva essere iniziato, ogni volta, da capo<sup>104</sup>.

Fu per questo che, accanto alla procedura ordinaria, si introdusse una procedura semplificata, da principio pensata per essere utilizzata nelle cause di minor valore e complessità.

In origine, in questo procedimento le pretese della parte venivano esposte oralmente, senza l'assistenza degli avvocati o dei procuratori: quindi, era il giudice che provvedeva a farle mettere per iscritto; egli potevano ascoltare le lamentele in qualsiasi giorno ed anche di notte; era ridotto il numero delle citazioni; erano ridotti i termini a difesa; non era richiesta la *litiscontestatio*; non era necessario sentire le conclusioni delle parti; la sentenza veniva pronunciata anche nei giorni festivi a meno che non si trattasse di festività religiose ed era esecutiva senza bisogno del decorso del termine per appellare, anche perché nelle cause sommarie di minor valore spesso non veniva dato appello. Le formalità, insomma, erano ridotte al minimo. La cognizione stessa era sommaria: il giudice poteva decidere esaminate le scritture ed ascoltato anche un solo teste. Successivamente, però, essa si complicò e la differenza con la procedura ordinaria si ridusse all'abbreviazione dei termini<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> Si trattava di domande che una parte rivolgeva all'altra, in teoria volte a provocare la confessione. Vedi A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 101 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 309 ss.

<sup>104</sup> Sul comportamento degli avvocati ironizzava un giurista del '500, J.P. DE FERRARIIS, *Practica papiensis*, Lugduni, 1550, *De appellationis*, 192: «Non ergo gaudet cavillosi advocati et procuratores qui frequenter conantur per talem nullitatis effectum totum subvertere causae processum magnis sumptibus et laboribus obtentum et causam reducere ad pristinum statum ut habeat novum salarium; quorum multitiis per hanc viam et succursum, quia posito quod iudex ideat sententiam nullam, non tamen differre debet neque astinere reum condemnare si viderit condemnandum, et ipsum absolvere, si viderit absolvendum». Vedi G. SALVIOLI, *op. cit.*, 595.

<sup>105</sup> A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 114 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 327 ss.; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 211 ss.

I giuristi utilizzarono un altro *escamotage* per cercare di limitare l'incidenza delle nullità procedurali sulla durata complessiva del processo e sulla validità della sentenza. Essi distinsero le regole dell'*ordo* in "*substantialia*" e "*non substantialia*": solo le prime erano imprescindibili e quindi necessarie per l'esistenza del procedimento, le altre in teoria potevano essere omesse<sup>106</sup>.

#### 6. (... segue) *La sentenza e le formalità ad essa essenziali*

Il giudice poteva pronunciare diversi tipi di provvedimenti, sentenze, decreti o le inibizioni<sup>107</sup>.

I provvedimenti di forma diversa dalla sentenza servivano per regolare l'andamento del processo, disponevano le misure esecutive o misure d'urgenza. Con essi, tuttavia, non si decidevano questioni che avessero influenza in qualsiasi modo sul merito della causa. Avverso gli stessi, poi, non era dato alcun mezzo di reclamo: erano semplici passaggi dell'iter che portava alla decisione finale e, perciò, la loro eventuale imperfezione ricadeva sulla decisione finale.

Le sentenze erano definitive o interlocutorie. Con le prime il giudice chiudeva il giudizio, con una condanna o con un'assoluzione<sup>108</sup>. Le sentenze del secondo tipo venivano identificate con qualsiasi provvedimento che si ponesse tra l'inizio e la fine del giudizio, che non fosse sull'oggetto principale del giudizio, ma su una questione incidentale o

<sup>106</sup> Vedi G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 2 *De litis contestatio*, § *Substantialia*, includeva tra i *substantialia* la *litiscontestatio*; BARTOLUS (1313 – 1357), *Commentaria in Secundam Codicis partem*, Lyon, 1555, 67; BALDUS (1327 – 1400), *In VII-IX Codicis libros commentaria*, cit., 47. Sul punto: E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza giudiziale nel Diritto Canonico*, Milano, 1965, 53; A. COSTA, *La nullità della sentenza e la "quærela nullitatis"*, cit., 27 ss.

<sup>107</sup> Vedi A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 197 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 503 ss.; W. LI TEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren arduines iudiciarii*, cit., vol. II, 451 ss.; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 193 ss.

<sup>108</sup> Così, G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3, *De sententia* § 1-2: «*Sententia est iudicialis diffinitio controversiæ finem imponens, condemnationem vel absolutionem continens...*».

emergente, incluse quelle relative all'ammissibilità dei mezzi di prova<sup>109</sup>.

Divergenza di opinioni vi fu tra canonisti e civilisti intorno all'impugnabilità immediata o meno delle sentenze interlocutorie.

I canonisti ritennero che tali sentenze andassero immediatamente impugnate, proprio per evitare contestazioni successive. Dietro questa impostazione c'era la visione del processo come concatenazione necessaria di questioni da sciogliere in ordine logico: dalla soluzione della precedente dipendeva la decisione della successiva<sup>110</sup>.

I civilisti, invece, si ispirarono alla tradizione romanistica e, alla fine, tra di loro prevalse la tesi dell'impugnabilità immediata delle sentenze interlocutorie<sup>111</sup>.

Altro punto di discordia tra civilisti era se le questioni incidentali andassero decise o meno in corso di causa. Venne generalmente accolta la distinzione che si fa risalire a Giovanni Bassiano tra *questiones emergentes* e *questiones incidentes*.

Le *questiones emergentes* erano funzionali alla definizione della causa (come, in via esemplificativa, l'assunzione di un mezzo di prova, l'eccezione di incompetenza), perciò dovevano essere risolte subito. Le *questiones incidentes* coincidevano con le questioni pregiudiziali di merito (lo stato, l'età). Queste, proprio perché erano strettamente

<sup>109</sup> Vedi A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 239 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 522 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 52 ss.; W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. II, 478 ss.; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 193 ss.

<sup>110</sup> E. JACOBI, *Der Prozess im Decretum Gratiani und bei den ältesten Dekretisten*, in ZRG, *Kan. Abt.*, 3, 1913, 334; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, cit., 66; ID., *Note sull'appello nel pensiero dei Glossatori*, in *Hommage à André Guron*, 24 settembre 2010, *Supplément à la Revue d'Histoire des anciens Pays de droit écrit*, 2011, 69 ss., ed in ID., *Giustizia medioevale italiana*, cit., 255 ss., in particolare 274.

<sup>111</sup> La tesi originariamente attribuita a Bulgaro, fu fatta propria da Piacentino, Giovanni Bassiano e, infine, da Azzone ed Accursio. Così: AZO, *Summa, cit.*, ad C.I. 7, 62 *de appell.*, n. 15; ACCURSIUS, *Glossa, sententia, ad C.I.*, 7, 62, 6 pr., *de appell.*, l. eos, in *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, cit. Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., vol. II, 52 ss.; ID., *Note sull'appello nel pensiero dei Glossatori*, cit., 73.

connesse con il merito, andavano decise con l'oggetto principale del giudizio<sup>112</sup>.

Quella dei civilisti era posizione che cercava di agevolare la rapida definizione del procedimento, evitando appelli intermedi. Tuttavia, cosa si doveva fare se la sentenza interlocutoria fosse stata nulla? In teoria, nessuna preclusione c'era all'opposizione della nullità, soprattutto concepita come nullità-inesistenza. Poi, comunque, il vizio si sarebbe riversato sulla decisione definitiva, procrastinando solo il momento dell'annullamento del giudizio.

Non era concepibile che una decisione interlocutoria fosse adottata con una forma non propria, ad esempio con decreto: il provvedimento sarebbe stato espressione della perversione dell'*ordo* e, perciò, radicalmente nullo.

La posizione dei giuristi di diritto comune era che la sentenza, per superare il vaglio di validità, dovesse passare per ogni snodo fondamentale di un iter logico che non ammetteva deviazioni, inversioni di marcia o dimenticanze<sup>113</sup>.

Dal diritto romano furono tratte le solennità richieste per la sentenza: la forma scritta e la lettura pubblica alla presenza delle parti, che dovevano essere state appositamente citate, con separato atto<sup>114</sup>. La lettura richiedeva un preciso rituale: doveva esser fatta in un giorno feriale, in curia, nel pretorio, nel palazzo comunale o, comunque, *in un loco honesto et statuto*, con il Vangelo davanti e invocando Dio. Solo con la recita solenne della sentenza si aveva la pubblicazione.

<sup>112</sup> Così Azzone riprendendo il pensiero di Giovanni Bassiano, AZO, *Summa*, cit., ad C.I., 3, 8 *de ord. Iudic.*, n. 11. Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., vol. II, 63.

<sup>113</sup> Qualche secolo dopo, durante i lavori preparatori del codice di procedura civile di Napoleone, nell'esporre al Corpo legislativo i motivi dell'opera, il Consigliere di Stato e Oratore di Governo Bigot-Preameneu metteva in guardia dalle appellazioni inutili, basate su semplici sbagli "nella marcia della procedura", in A.a. V.v., *I motivi al Codice di Procedura Civile*, Milano, 1806, *Dell'appellazione*, 98 s. *Infra* cap. II, § 7.

<sup>114</sup> Se questo adempimento era stato compiuto, la sentenza, allora, era valida, secondo alcuni, se letta in presenza del solo attore, così, in *Superest videre* (XII sec.), Appendice in A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., vol. II, 231 ss, VIII, § 51.; secondo altri, anche se letta in assenza di entrambe le parti, così G. DURANTIS, *Speculum*, cit., I, 3 *De sententia*, § 8.

Fino al XIV secolo non si ha notizia che alla pubblicazione seguisse la notificazione per pubblico ufficiale, in caso di assenza delle parti alla declamazione. Successivamente dai testi di Baldo risulta che il nunzio si recasse presso il domicilio della parte per leggere il provvedimento, senza, tuttavia, rilasciargliene copia. La notifica non escludeva, comunque, la necessità della formale pubblicazione<sup>115</sup>.

Nella sentenza era richiesta la presenza di precisi elementi a pena di nullità: il nome del giudice, il suo ufficio, la sua qualifica, ovvero se si trattasse di giudice ordinario o delegato; le generalità delle parti; l'oggetto della causa, così come risultante dagli atti delle parti e dalla *litiscontestatio*; la *condemnatio* o *assolutio*; infine, la menzione della presenza o meno delle parti alla lettura della sentenza<sup>116</sup>. Pur non essendo previsti a pena di nullità, generalmente vi erano nel testo la data e il luogo di emissione della sentenza, come risulta dai formulari dell'epoca<sup>117</sup>.

Solo in epoca tarda, invece, si tentò di obbligare il giudice a fornire la motivazione della sentenza: questa mancanza poteva rendere più difficile l'impugnazione del provvedimento, soprattutto sotto il profilo dell'ingiustizia<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> BALDUS (1327-1400) *Commentaria in Digesto et in Codice*, Venetiis, 1625, ad C.I. 1, 7, 63. Per approfondimenti: G. CHIOVENDA, *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, vol. II, 282 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 518 ss.

<sup>116</sup> ROLANDINUS PASSEGGERI (1234-1300), *Summa totius artes notariae*, Venetiis, Eredi di Lucantonio Giunta, 1546, *De iudicii, secunda pars de exemplificationibus, notula*, in allegato a *Sententia a iudice ecclesiastico lata: «... nota quod in qualibet sententia sex in universo regulariter continentur. Primo nomen iudicis et officium eius, ut quia sit iudex potestatis vel ad tale officium deputatus vel delegatus vel subdelegatus, et sic de singulis officiis. Secundo nomina litigantium, ut ibi "cognitor petitionis factae a Corado contra Antonium. Tertio tenor petitionis supera qua ventilata est causa. Quarto ut fiat mentio de processu causae, ut ubi "lite namque coram me iudice contestata", etc. Quinto condemnatio vel absolutio sive alia pronuntiatio. Sexto et ultimo quod fiat mentio utrum partes praesentes sint vel una praesens et altera absens ...»*. Vedi G. SALVIOLI, *op. cit.*, 516; E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza giudiziale del diritto canonico*, cit., 52 ss.

<sup>117</sup> W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. II, 464.

<sup>118</sup> G. SALVIOLI, *op. cit.*, 512 ss.; M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune ed illuminismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 265 ss.; F. MANCUSO, *Esprimere causam in sententiam, ricerche sul principio di motivazione della*

In proposito, un efficace strumento di controllo dei giudici venne introdotto nel processo canonico con il quarto Concilio Lateranese (1215): nel *Liber Extra* (X 2,19,11) si prevede che i verbali delle singole fasi processuali fossero consegnati alle parti, proprio per agevolare il controllo sull'operato del giudice. Questa abitudine venne introdotta in breve tempo anche presso i comuni<sup>119</sup>.

I mezzi di impugnazione della sentenza furono tratti, in parte, dalla tradizione, tra i quali il più rilevante fu l'appello<sup>120</sup>; in parte, costituiscono una novità, come la *petitio* o *quaerela nullitatis*, cioè le impugnazioni specifiche del provvedimento nullo.

*sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, 1999, *passim*; W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. II, 467; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 200.

<sup>119</sup> *Liber extra*, X 2.19.11: «...*Et omnia sic conscripta partibus tribuantur ita, quod originalia penes scriptores remaneant, ut, si super processu iudicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari, quatenus hoc adhibito moderamine sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium iustitia non laedatur. Iudex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter eius negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constituerit documentis*». Vedi A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 85 s.; C. NATALINI, 'La coscienza limita la coscienza'. *Considerazioni su «ordo» e «processus» in alcune practicae del secolo XVI*, in «*Bonus iudex*», in C. Natalini, *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Trento, 2016, 143 ss, in particolare 147 ss.

<sup>120</sup> Era ormai un dato di cultura giuridica acquisito che l'appello introducesse un nuovo giudizio sul medesimo oggetto, davanti al giudice superiore. La tendenza della legislazione statutaria e della dottrina fu quella di moderarne l'ampiezza e l'utilizzo. Per quel che concerne i *nova* varia fu la disciplina statutaria, ma la dottrina più autorevole tendeva a restringere i margini di impiego, ora ammettendo nuove allegazioni solo se collegate con il *petitum* già fissato nel giudizio di primo grado (Azzone e Durante), ora escludendo la possibilità di produrre nuove prove (Bartolo e Baldo). Il numero di appellazioni era potenzialmente infinito ed in più poteva proporsi un appello per ogni capo di sentenza. Inoltre, la pendenza del termine per appellare escludeva l'eseguitività della sentenza. Di qui, l'abuso del diritto d'appello da parte degli avvocati, che lo usavano per ritardare l'esecuzione. La reazione da parte dei legislatori statuari fu la limitazione del diritto d'appello. Vedi: A. SKEDL, *op. cit.*, 52 ss.; A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 288 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 555 ss.; P. CALAMANDREI, *La cassazione*, cit., vol. I, 180 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, cit., vol. II, *passim*; ID., *Note sull'appello nel pensiero dei Glossatori*, cit., 69 ss.; W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. II, 525 ss.

7. (... segue) *Il concetto di nullità della sentenza nello ius commune*

Tracciando l'evoluzione del concetto di nullità, ci si rende conto di come esso si ampliò in maniera rilevante e, conseguentemente, del motivo per cui si impose al sistema la necessità di trovare un argine alla sua interpretazione estensiva.

Una caratteristica balza subito evidente agli occhi: gli *errores in procedendo* e *gli errores in iudicando* venivano assoggettati, almeno inizialmente, allo stesso trattamento: venivano elencati uno di fianco all'altro negli scritti dei giuristi.

Si ripartì dalla distinzione presente nel diritto romano tra sentenza valida ma ingiusta (in teoria l'unica appellabile) e sentenza nulla perché illegittima<sup>121</sup>.

Come abbiamo visto, nel tempo si trasformò il concetto di contrarietà alla legge: dal "*contra ius constitutionis*" si passò al "*contra leges et sacras constitutiones*"<sup>122</sup> e, infine, all'idea onnicomprensiva del *contra ius*, intesa come contrarietà sia alla legge scritta che consuetudinaria<sup>123</sup>.

Due sono le ulteriori nozioni di diritto romano che bisogna avere in mente per comprendere a pieno la nullità nello *ius commune*: in primo luogo, la distinzione tra un provvedimento "*contra ius constitutionis*" e provvedimento *contra ius litigatoris*"; in secondo luogo, il concetto di "*sententia contra tam manifesti iuris formam*".

Da un frammento di Macro fu tratta la nota contrapposizione tra sentenza *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris*: «*Cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur*»<sup>124</sup>. Il giurista spiegava la bipartizione facendo

<sup>121</sup> A. COSTA, *La nullità della sentenza e la "querela nullitatis"*, cit., 16 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 553 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, cit., vol. II, 21 ss.; ID., *Note sull'appello nel pensiero dei Glossatori*, 69 ss.; W. LITEW-SKI, *op. cit.*, vol. II, 468 ss.; M. ROSBOCH, *Prospettive medioevali sulle invalidità*, in *Riv. storia dir. it.*, 2001, LXXIV, 315 ss.; ID., *Decidere invano: aspetti delle invalidità nelle sentenze medioevali*, cit., *passim*; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 196 ss.

<sup>122</sup> D. 42, 1, 27 e D. 49, 1, 19, cit.

<sup>123</sup> C.I., 7, 64, 2, cit.

<sup>124</sup> D. 49, 8, 1, 2 (Macro): «*Cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis,*

riferimento ad esempi pratici: la prima ipotesi ricorreva quando il giudice avesse negato l'esistenza di una norma di legge, quindi, avesse compiuto un errore nel porre la premessa maggiore del suo sillogismo ed in tal caso la sentenza era nulla. La seconda ipotesi ricorreva quando il giudice avesse negato i presupposti di applicazione di una norma nel caso concreto, dando luogo ad una sentenza valida ma appellabile.

L'altro concetto lo si reperisce in una costituzione di Alessandro Severo<sup>125</sup>, a norma della quale la nullità della sentenza si aveva "per

*non de iure litigatoris pronuntiat. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.* Se il giudice dichiarava che né il numero dei figli, né una determinata età, né alcun privilegio in capo al richiedente potessero esonerare dall'amministrazione dei servizi pubblici o dall'ufficio della tutela, ciò contrariamente ad una norma vigente, egli si pronunciava *contra ius constitutionis*, e la sua sentenza era nulla. Se, invece, il giudice non negava che dette circostanze potessero esonerare dai servizi pubblici o dalla tutela, ma non le accertava per errore nella persona del richiedente, allora egli si pronunciava *contra ius litigatoris*, dando luogo ad una sentenza valida, contro la quale poteva essere dato appello. Vedi: F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, in *L'Antitesi 'Ius-Factum' nelle fonti Giustiniane*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1914, vol. II, 3.12, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960, vol III, 1, 389 ss.; P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 40 ss.; R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit. 280 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, cit., 78 ss. Va segnalata la dottrina secondo la quale il frammento di Macro non conteneva una regola generale, ma un caso limite: l'approccio dei giuristi romani sarebbe stato casistico. Così: M. LAURIA, 'Contra constitutiones': *primi appunti*, Napoli, 1927, ora col titolo 'Contra constitutiones', in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 79 ss.; D. TUZOV, *Contra ius sententiam dare. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica*, in L. Garofalo (cur.), *Res iudicata*, Napoli, 2015, vol. II, 251 ss.

<sup>125</sup> C.I. 7, 64, 2 pr. di Alessandro Severo (a. 226): «*Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiorum esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quod si, cum de aetate quaereretur, implemisse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa*

una contrarietà particolarmente manifesta ad una norma giuridica” (*sententia contra tam manifesti iuris formam*).

In una glossa al *Codex* (7, 64, 2, )<sup>126</sup>, attribuita originariamente ad Irnerio, si compiva una distinzione tendente a restringere il campo d’applicazione della nullità. Si contrapponeva la sentenza viziata perché *contra ius constitutionis* a quella *contra ius litigationis*, secondo la tradizione del diritto romano. Si faceva, però, anche un passo avanti. Davanti ad una pronuncia *contra ius constitutionis*, si doveva procedere ad un’ulteriore verifica. Bisognava accertare se il giudice fosse stato o meno consapevole della violazione commessa: nel primo caso, la sen-

*destitisti, rem iudicatam retractare non debes*». Veniva presa in considerazione una controversia ereditaria tra erede legittimo *ab intestato* e l’ava dell’impubere testatore defunto, istituita da quest’ultima quale erede. Si chiariva che se il giudice dichiarava che anche i minori di quattordici anni avevano la facoltà di fare il testamento e che perciò la posizione giuridica dell’ava era prevalente, allora la sentenza data in contravvenzione ad una norma giuridica così chiara, ossia alla norma secondo cui gli impuberi non hanno *testamenti factio attiva*, era nulla e contro di essa non era necessario appellare. Se, al contrario, erroneamente si affermava che il defunto aveva compiuto, al momento della redazione del testamento, il quattordicesimo anno, allora la sentenza era valida e idonea al giudicato, se non efficacemente appellata. Secondo F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, cit., 390, questo rescritto di Alessando Severo sarebbe una conferma della regola generale enunciata da Macro. Vedi, però, D. TUZOV, *Contra ius sententiam dare*, cit., 265, secondo il quale il frammento esprime un concetto diverso, quello enunciato nel testo.

<sup>126</sup> *Glossa, ad C.I. 7, 64, 2, in Die Glossen des Irnerius. Festschrift zur Feier des Achtundertjährlings Bestehens der Universität Bologna*, ed. G. Pescatore, Greiswald, 1888: «Quando provocare necesse non est 7, 64: *Cum iudex contra ius constitutionis iudicavit. Distinctio est adhibenda talis s. (scilicet) an causam legibus iuvari scivit vel nescivit. Nam si scivit appellatio necessaria non fuit, cum sententia non tenuit, nam in dicendo eam fraudem adhibuit veluti si eum quem sciebat numero trium tutelarum (numero annorum vel liberorum ...) tutela posse excusari tutorem debere petentis esse iudicavit. Sed si nescivit sententia tenet firmaque permanet, si altera pars non appellet, fuit enim iudicis iudicando eam bona fides. Que distinctio in lege ista servari debet. Aliud est si iudicavit contra ius litigatoris, veluti eum de iure suo probantem audisset ut de privilegio vel de etate vel numero liberorum et postea dixit eum non provasse. Tunc enim appellandum est sive scivit iudex sive ignoravit causam legibus iuvari*». Sul punto Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull’appello*, cit., 24 ss.; ID., *Note sull’appello nel pensiero dei Glossatori*, cit., 69 s. dove si esprimono dubbi sulla provenienza della Glossa da Irnerio, più probabilmente di origine provenzale; M. ROSBOCH, *Decidere invano*, cit., 86 ss.

tenza era nulla senza necessità di appello; nel secondo caso, invece, la sentenza rimaneva valida se la parte interessata non l'appellava, sul presupposto che il giudice avesse agito in buona fede. In caso di violazione dello *ius litigationis*, invece, era del tutto indifferente l'elemento psicologico, perché era sempre necessario un appello per togliere di mezzo la sentenza.

Successivamente si abbandonò qualsiasi velleità di indagine intorno all'elemento psicologico, anche perché di difficile accertabilità, e ci si concentrò piuttosto sul significato dell'espressione *contra ius*.

Nella più antica *Summa* del Codice di Giustiniano, la *Summa Trecensis*, si intese la contrarietà alla legge come nel diritto romano imperiale, ovvero come violazione della legge tanto scritta che non scritta. Alla sentenza *contra ius* veniva contrapposta la sentenza iniqua soggetta ad appello<sup>127</sup>.

Piacentino, nell'enunciare i casi di nullità, specificava che: «*Item inutilis est sententia, quae non fuerat pronunciata secundum idoneas leges, vel secundum longaevas non tamen pravas consuetudines*»<sup>128</sup>. Lo stesso autore, in un passo dedicato all'appello, faceva riferimento ad criterio poi ripreso da Azzone nella determinazione della nullità: «*expressim contra iuris rigorem*»<sup>129</sup>.

Quest'ultimo glossatore, senz'altro uno dei principali esponenti della Scuola Bolognese, introdusse un criterio piuttosto indeterminato e flessibile, che dava in linea di principio ingresso ad un numero indefinito di nullità: nulla era la sentenza emessa «*contra iuris rationem*», non «*contra verba legis*»<sup>130</sup>. Accanto a questa ordinata, tuttavia, si pose

<sup>127</sup> *Summa Trecensis*, ad C.I. 7, 34, *De sententia*, 4, in *Summa Codicis des Irenerius*, ed. H. Fitting Berlin, 1894: «*Salvo autem iure tam scripto quam non scripto statuere debet (iudex): contra ius enim lata sententia statim infirmata est, quemadmodum iniqua per appellationem infirmari potest*».

<sup>128</sup> PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 48.

<sup>129</sup> PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 64: «*... Est autem appellatio introducta ut iudicatum iniquitas corrigatur, et imperitia ... A sententia illa appellari debet, quae contra aequitatem litigatoris fuerit lata, secus si expressim fuerit contra iuris rigorem iudicatum, tunc enim provocare necesse non est, licet de supervacuo et solet, et possit appellari...*».

<sup>130</sup> AZO, *Lectura super Codicem*, cit., ad C. I. 7,42,1: «*Si contra ius. Non hoc dicitur, ius praeceptoriae, cum nulla est sententia contra ius lata, sed contra iuris rationem*».

l'ascissa che sarebbe dovuta servire a restringere i casi di nullità: la sentenza doveva essere «*expressim lata contra leges*»<sup>131</sup>.

Anche Accursio, allievo di Azzone, ripeteva un analogo concetto, aggiungendo un rafforzativo: nulla era la sentenza data «*expressim contra iuris rigorem, idest contra legem*»<sup>132</sup>, con una particolare attenzione al rispetto delle formalità dell'*ordo*<sup>133</sup>.

Accursio indicava come causa di nullità non solo la contrarietà allo *ius constitutionis*, ma anche alle *leges*, interpretando il sentimento dell'epoca, che faceva rientrare nella *lex* anche lo statuto comunale e, all'occorrenza, le norme consuetudinarie<sup>134</sup>.

La legislazione e l'elaborazione dottrinale canonistica portarono l'ingresso di nuovi casi di nullità, dovuti ad errori di fatto, e, generale, una nuova concezione dei vizi determinanti la nullità<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> AZO, *Summa super Codicem*, cit., ad C.I.7, 64, *Quando provocare non est necesse*, 2: «*Quando provocare non necesse est. Generaliter sententia per appellationem irritetur dictum est. Nunc videamus quod sit nulla etiam si non fuerit provocatum. ... Item nulla est sententia si expressim lata est contra leges. ... Semper certe ibi non fuit lata contra leges expressim immo tacite hoc est contra ius litigatoris*». Questo limite trova un suo precedente in D. 49, 1, 19. Vedi in tal senso anche ROGERIUS, *Summa codicis*, cit., ad D 49,1 L. *Si expressim*, 19; TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, cit., IV, 1, § 3. Vedi P. CALAMANDREI, *La teoria dell' "error in iudicando"*, cit., 186 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., 26 ss.; W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß*, cit., vol. II, 468 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 125 s.

<sup>132</sup> ACCURSIUS, *Glossa "Si expressim"*, ad D. 49,1,19, in *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, cit.: «*Casus. Sententia lata expressim contra iuris rigorem, idest contra legem, app. non valet ipso iure, et ideo non est opus appellare. Sed si quis appellet, et non prosequatur, non confirmant per hoc primam sententiam*».

<sup>133</sup> ACCURSIUS, *Glossa "Solitum iudiciorum ordinem"*, ad C. 7, 45, 4, *cit.*

<sup>134</sup> ACCURSIUS, *Glossa "Si contra ius"*, ad C.I. 7,42,1, in *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, cit.: «*Scilicet litigatoris, non legis vel constitutionis, quia tunc ipso iure non valeret sententia, ut ff. quae sent. sine app. l. I in princ. [D. 49,1,19]*». Più espressamente ALBERICO DA ROSCIATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, Venetiis, 1586, rist.an. Bologna 1979, ad C.I. 7,64,2. «*Quid si sententia contra statutum vel consuetudinem civitatis nunquid est nulla ipso iure*». Vedi G. SALVIOLI, *op. cit.*, 596 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 133 s. e 201.

<sup>135</sup> Va rilevato che nel trattatello *Superest videre* (XII sec.), Appendice in A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., 231 ss., risalente agli albori della Scuola bolognese, al titolo VIII, tra i casi di nullità già si indicava l'errore di calcolo (§ 60). Vedi sulla nullità dovuta ad errori di fatto: P. CALAMANDREI, *La teoria dell' "error in iudi-*

La vera distinzione che posero i canonisti fu tra l'errore manifesto, risultante «*ex verbis*» o «*oculo corporali*», e quello che «*oculo mentis et per subauditatos intellectus cerni possit*»<sup>136</sup>.

Nel Decreto di Graziano, al c. 41, C. II, q. 6, venivano elencati i motivi di nullità, tra i quali i più ampi erano «*contra solitum ordinem iudiciorum*» e «*contra ius scriptum*»<sup>137</sup>; al contrario, si specificava: «... *Si vero contra ius litigatoris sententia dicatur ... ad provocationis remedium oportet confungere*».

Nel c. 65, § *si ergo iniuste*, C. XI, q. 3 si trovano ripartiti i vizi della sentenza in tre categorie: *ex ordine*, *ex causa*, *ex animo iudicis*<sup>138</sup>. I primi corrispondevano agli *errores in procedendo*, i secondi agli *errores in iudicando*; gli ultimi, infine, ai provvedimenti dovuti ad un comportamento doloso del giudice, con un'espressione che sottolineava la rilevanza dell'elemento psicologico. Con riferimento a tutte e tre le ipotesi si indicava la sentenza come *iniusta*. Da questa circostanza è stato sostenuto che il termine *iniustitia* fosse sinonimo di invalidità<sup>139</sup>.

Due sono le norme fondamentali sulle nullità contenute nel *Liber*

cando», cit., 149 ss.; ID., *La Cassazione*, cit., vol. I, 152 ss.; F. DELLA ROCCA, *La nullità della sentenza in diritto canonico*, cit., *passim*; E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza giudiziale del diritto canonico*, cit., *passim*; M. ROSBOCH, *Decidere invano*, cit., 137 ss.

<sup>136</sup> S. VANTIUS, (-1570), *Tractatus de nullitatibus processuum et sententiarum*, Coloniae Agrippinae, 1575, n. 122. Vedi F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 100 ss.

<sup>137</sup> Al § 8 si specifica che nullità comporta anche la violazione dello statuto.

<sup>138</sup> c. 65, § *si ergo iniuste*, C. XI, q. 3: «*Ad hec respondendum est, quod sententia aliquando est iniusta ex animo proferendis, iusta vero ex ordine et causa; aliquando est iniusta ex animo et causa, sed non ex ordine; aliquando est iusta ex animo et ex ordine, sed non ex causa. Cum autem ex causa iniusta fuerit, aliquando nullum in eo omnino delictum est, quod sit dampnatione dignum: aliquando non est in eo illo illud super quod fertur sententia, sed ex alio nominandus est. Ex animo est iniusta, cum aliquis servata integritate iudicarij ordinis in adulterum vel in quem libet criminis non amore iustitiae, sed livore odii, vel precio, aut favore adversariorum inductus sententiam profert*». Vedi F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 42 ss.; R. BALBI, *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, 1990, *passim*; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 143 ss.

<sup>139</sup> F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 46 arriva a tale conclusione oltre che per il ragionamento nel testo riportato, basandosi su altre costituzioni (c. 45, § *non est petenda*, C. XI, q. 3; c. 64, § *non debet* e § *ex hic*, C. XI, q. 3; c. 38, § *viribus caret*, C. XI, q. 3; c. 50, § *non obest*, C. XI, q. 3) in cui si chiarisce che nessun effetto era riservato alla sentenza ingiusta o iniqua.

*Extra*<sup>140</sup>. La prima si trova nel c. 1, X, 2, 27: «*Sententia contra leges canonesve prolata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso iure. Postquam tamen ex abundantia, et appellationem tibi constat esse porrectam, mirati sumus, cur nec homines, qui tui iuris potuissent rationem reddere transmisisti*». Si trattava di un tipo di nullità piuttosto consolidato: quello per contrarietà alla legge canonica.

Nel c. 9, X, 2, 27, lo spettro delle ipotesi di nullità si ampliava: «*Item quum aliqua causa appellatione remota committitur, et sententia fertur iniqua, eam evacuari oportet, nec ei debet stari, si iniquitatem contineat manifestam*». La nullità per iniquità manifesta era un contenitore che comprendeva vizi eterogenei, legati dalla sola caratteristica di essere evidenti e, quindi, portatori di un'ingiustizia intollerabile: dunque, anche l'errore di fatto<sup>141</sup>.

In Tancredi si trovava il riferimento alla nullità dovuta all'inoservanza *iuris scriptum* e all'*expressus error*<sup>142</sup>. In seguito, Durante, tra le dieci cause di nullità elencate, indicava la *manifesta iniquitas*, quasi come una sorta di clausola generale<sup>143</sup>. Baldo distingueva l'*error expressus* dalla *manifesta iniquitas*, lasciando intendere che quest'ultima categoria fosse più ampia, seppur parzialmente sovrapponibile alla prima<sup>144</sup>.

Il dubbio che può sorgere è se tali criteri si applicassero anche agli *errores in procedendo*, ovvero se una violazione di una norma dell'*ordo* desse luogo a nullità solo se a derivarne fosse un'ingiustizia manifesta.

<sup>140</sup> F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 26 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 165 ss.

<sup>141</sup> Sulle varie tipologie di errore di fatto vedi: P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando»*, cit., 189 ss.; F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 73 ss.

<sup>142</sup> TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, cit., IV, 2, § 1. G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 22.

<sup>143</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1.

<sup>144</sup> BALDUS, *In VII-IX Codicis libros commentaria*, cit., c. 47. PANORMITANUS, *Commentaria in Decretales*, Venetiis, 1571, ad c. 1, X, 11, 27, n. 2-9, riportava all'*iniquitas manifesta* i seguenti casi: la sentenza affetta da *error iuris* o *error facti*, cioè sulla premessa maggiore e minore del sillogismo del giudice, purché espressi; la sentenza che riposa su di una causa iniqua, oltre che notoriamente falsa ed impossibile; la sentenza con la quale a causa di un *error facti* venga supposto in essere qualcosa notoriamente impossibile. Vedi A. COSTA, *La nullità*, cit., 29; F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 83 s. Sulle varie tipologie di errore di fatto vedi P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando»*, cit., 189 ss.

La risposta a tale interrogativo la troviamo in un passo dell'abate Panormitano (Nicolò dei Tedeschi, 1386 – 1445).

Egli, nel suo commento alla c. 1, X, 11, 27<sup>145</sup>, distingueva tra due tipi di errori di diritto: quelli concernenti il merito della sentenza e quelli concernenti l'estrinseco. L'autore spiegava la ragione della diversità delle due categorie di vizi<sup>146</sup>.

Di fronte ad una norma di diritto sostanziale, il giudice aveva facoltà di decidere quale delle parti avesse ragione. Perciò si potrebbe dire che non esisteva in proposito una regola certa e si doveva conseguentemente presumere che fosse giusto quello che il giudice stabiliva. Il giurista specificava che la presunzione durava dieci giorni, corrispondente al termine per la proposizione dell'appello. È logico che dall'inutile decorso del termine per impugnare ne derivasse una statuizione immutabile con il giudicato, anche se il passo non è specifico sul punto. La presunzione non poteva sussistere in caso di errore espresso di merito<sup>147</sup>. L'*error in iudicando*, inoltre, doveva essere causale ovvero doveva rappresentare il motivo che aveva indotto in errore il magistrato (*error causalis*)<sup>148</sup>.

Del tutto diverso il discorso davanti ad una norma dell'*ordo*, perché in questo caso il giudice non avrebbe avuto facoltà di scelta, dovendo solo applicare pedissequamente la regola procedurale. Perciò,

<sup>145</sup> Panormitanus, *op. cit.*, ad c. 1, X, 11, 27, n. 1: «... aut sententia est contra ius habito respectu ad merita causae; aut illud ius contra quod est lata sententia concernit extrinsecus aliam iniustitiam a meritis causae, puta ut sententia non feratur die feriata vel aliquid simile». Vedi F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 47 ss.

<sup>146</sup> PANORMITANUS, *op. ult. cit.*, n. 6: «In concernentibus merita causae datur iudici facultas discernendi at arbitrandi, cuius partis iura sint potiora; quia non potest dari certa regula et ideo in istis praesumitur esse iustum quod iudex iudicaverit. Praesumendum est saltem per lapsum dicem dierum – nisi exprimatur error iuris, quia tunc cessat praesumptio. In aliis iuribus concernentibus aliam iniustitiam meritis causae non datur facultas iudici discernendi sed ponitur necessitas ontemperandi».

<sup>147</sup> L'errore espresso sussisteva sia in caso di *sententia contra literam legis*, che nel caso di *sententia contra rationem legis*, sempre che il fraintendimento fosse esplicito nel testo del provvedimento, così: S. VANTIUS, *Tractatus de nullitatibus processum et sententiarum*, cit., n. 125.

<sup>148</sup> La teoria dell'*error causalis* è una creazione originale del diritto canonico e fu elaborata dai primi commentatori *canonisti*. Vedi P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 218 ss.; F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 114 ss.

se ne dovrebbe desumere che ogni violazione di norme processuali desse luogo ad una nullità, perché di per sé evidente<sup>149</sup>.

Si passava da un iniziale uniforme trattamento tra gli *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*, ad una distinzione che, paradossalmente, rendeva i vizi di giudizio meno rilevanti della violazione delle regole dell'*ordo*. Gli *errores in iudicando* erano causa di nullità se passavano il vaglio dell'evidenza e della causalità; gli *errores in procedendo* erano considerati rivelatori di un ragionamento fallace, illogico, perciò causa di nullità, a prescindere da qualsiasi valutazione dell'esattezza della finale decisione di merito.

Le nullità processuali si potevano ancora ampliare in virtù delle diverse consuetudini presenti nei vari tribunali e delle diverse regole presenti negli statuti comunali.

#### 8. (... segue) *Gli errores in procedendo nelle opere della dottrina dello ius commune*

Nelle opere dei più importanti glossatori, postglossatri e canononisti si può trovare un'elencazione dei casi di nullità<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> PANORMITANUS, *op. ult. cit.*, n. 6.

<sup>150</sup> Si riportano di seguito alcuni dei passi più noti e significativi.

È dedicato all'appello il breve trattato *Superest videre* (XII sec.), Appendice in A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., 231 ss. Secondo la dottrina unanime si tratterebbe della parte finale di un'opera più ampia dedicata all'*ordo*; vi è incertezza, piuttosto, sull'autore, che originariamente era indentificato con il Piacentino da Skedl, vedi A. PADOA SCHIOPPA, *op. ult. cit.* Il trattato, che reca i titoli propri delle compilazioni romane, ne ha uno dedicato ai casi in cui non è necessario appellare. VIII, *Quando appellare non est necesse*, § 48 -62: «48. *Quando appellare non necesse est: Contingit autem a sententia iudicis non esse necesse appellare his ex causis. Si de ea re cognoscere non potuit, ut pedaneus iudex qui super status persona frusta aditur...* 50. *Item si extra territorium suum ius dicat...* 51. *Tertio si contra legitimum ordinem iudiciorum sententiam tulit. Ordo est iudiciorum ut examinato negotio utroque presente, vel altero absente legitime citato cum causa civilis agitur, interlocutoria vel deffinitiva sententia que absolutionem vel condemnationem certam continet in scriptis feratur;* 52. *eaque presentibus litigatoribus a iudice vel ab arbitro recitetur, condemnatione, si per procuratorem civilis causa fuerit suscepta, non in dominum litid cuius persona in iudicio non fuit, sed in personam procuratoris facienda ....* 55. *Quarto cum contra ius constitutionis sententia datur, quod accidit cum iudex ... de iure constitutionis pronuntiasse intelligi-*

tus. 56. *Quod si de iure suo probante admiserit sed idcirco contra eum sententiam dixit... de iure litigatoris pronuntiasset intelligitur, quo casu appellatio est necessaria. ... sententiam contra tam manifesti iuris formam nullas vires habere palam est...* 60. *Quinto cum sententia venali mercede vel error calculi in sententia esse dicitur ...* 61. *Sexto ineffaciter condemnatus, qui tempore dicte sententiae in rebus humanis non reperitur.* 62. *Septimo cum rem impossibilem vel turpem sententia continet, sine causa appellatur».*

PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I., 7, 48: «*De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum. Diximus de modis referendarum sententiarum, nunc dicamus de omnibus qualitatibus earum legum. Exponamus quae sententiae non valeant, et sic per consequentiam poterimus intelligere quae debeant valere. Deprehenditur sententia inutilis ratione personae, tam iudicantis quam litigantis. ... Ratione litigantium sententiae fiunt nullae si pupilli, adultisve sine defensoribus suis iudicium subierint, condemnatae fuerint, sed pro eis data valebit. ... Ratione rei nulla est sententia, si Pedaneus iudicaverit de libertate, si arbiter de criminali quoque, si procurator Caesaris de ingenuitate, si Episcopus de civili crimine. Ratione causae nulla est sententia de re iudicata lata. Idem si non est absolutoria, vel condemnatoria... Ratione temporis sententia est nulla si sententiam iudex dixerit diebus festis, vel tempore messium et vindemiarum; sed in hoc ultimo omnium consensu partium dicta sententia valebit, in primo minime. ... Ratione loci nulla est sententia si fuerit dicta in alio loco, quam in eo quem iudex statuerit, vel in loco minus honesto, ut in popina et lupanari. ... Ratione ordinis nulla est sententia, puta si non procuratorem civiliter litigantem, sed dominum iudex condemnaverit. ... Idem si iudex primum sententiaverit, postea causam examinaverit. Item inutilis est sententia, quae non fuerat pronunciata secundum idoneas leges, vel secundum longaevas non tamen pravas consuetudines: non enim exemplis, sed legibus iudicandum est, nisi principis iudicasset, principis enim sententiae leges sunt».*

J. BASSIANI, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, cit., § 659 -664: «659. *Itaque si lata fuerit sententia ut ferri debet valebit; lata vero contra sacras constitutiones vel contra res prius iudicatas vel contra iudiciorum ordinem, ut si non procuratorem civiliter litigantem sed dominum condemnavit, vel si peremptorio non misso, tribusve denunciationibus que sufficiunt loco peremptorio, si non constat de contumacia, non valet, ut C. de sententiis et interlocutionibus l. I et III [C. 7,45,1 et 3]; et D. que sententiae sine appellatione l. I [D. 49,8,1]; et C. quomodo et quando iudex l. ea que et l. II et III [C. 7,4,7 et 2 et 3].* 660. *Item non tenet sententia si alio die vel loco quam statuto vel minus honesto sit lata [Ita Cod. sed corrige quando provocare non est necesse], ut C. de appellationibus l. cum non eo [C. 7,64,6]; et quomodo et quando iudex l. si ut [C. 7,43,5]; et C. de sententiis et interlocutionibus l. cum sententiam [C. 7,45,6].* 661. *Sed non tenet sententia lata ex falsis attestationibus vel falsis instrumentis de quorum falsitate prius quesitum non erat; vel lata a corruptis iudicibus vel per corruptos testes; multo magis si per corruptos et falsos, ut C. si ex falso in strumento l. I et II [C. 7,58,1 et 2]; et C. de appellationibus [Ita Cod. sed corrige quando provocare non est necesse] l. venales [C. 7,64,7] et D. de re iudicata l. Divus Pius Adrianus [D. 42,1,33].* 662. *Lata vero sententia per testes solummodo falsos non retractatur ut... [adest lacuna in Cod.].* 663. *In quibus causis non tenet sententia, nec opus est appellatione.* 664. *Lata vero sententia secundum leges transit in auctoritatem rei iudicatae».*

Tra i motivi di nullità spiccavano le infrazioni dell'*ordo*. La concezione giusnaturalistica del processo rendeva imprescindibile il rispetto

Nel *Decretum Graziani*, al c. 41, C. II, q. 6, § 2-10: «*Est autem quando appellationem interponi non necesse est. 2. Diffinitiva quoque sententia, que condemnationem vel absolutionem non continet, pro nulla habetur. 3. Item sententia citra solitum ordinem iudiciorum a preside prolata auctoritatem rei iudicatae non obtinet. 4. Item si sententia lata fuerit contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, sententiae auctoritatem non obtinebit, et ideo ab ea appellari non est necesse. 5. Item si sententia contra ius scriptum feratur, veluti dum defunctus et minor XIV annis fuisse, et testamentum iure fecisse dicitur, nullas vires obtinet, nec contra eam est necessarium provocationis auxilium. 6. Si vero contra ius litigatoris sententia dicatur, veluti dum minor XIV annis, annum XIV inplevisse, ac per hoc testamentum iure fecisse pronunciat, ad provocationis remedium oportet confugere. 7. Item si plures iudices dati fuerint, et unus tantum ex his pronunciasse proponitur, non videtur appellandi necessitas esse, cum sententia iure non tenet. 8. Item cum certa ratione et fine mulctare iudices possunt, si aliter contra legis statutum modum mulctam irrogaverint, quod contra ius gestum videtur firmitatem non tenet, et sine appellatione potest rescindi. 9. Venales quoque sententias, que in mercede a corruptis iudicibus proferuntur, et citra interpositae provocationis auxilium infirmas esse decretum est. 10. Item si propter infirmitatem etatis ad honorem, ad quem nominatus es, inhabilem te esse probaveris, praetermissa appellatione iniqua nominatio removebitur».*

TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, cit., IV, 2, § 1-5, divideva le nullità in cinque gruppi: «...*Et quidem sententia nulla est aliquando ratione litigantium, quandoque ex persona iudicis, quandoque ratione iurisdictionis, interdum vitio sui ipsius, interdum vero ex causis exterioribus*».

G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, in dieci: «*Nulla autem dicitur sententia multis modis: ratione iudicis, ratione iurisdictionis, ratione litigatorum, ratione loci, ratione temporis, ratione causae, ratione quantitatis, ratione modi, ratione processus, ratione manifestae iniquitatis*».

Gli altri canonisti e civilisti utilizzarono lo schema fornito da Durante, arricchendo le singole voci con svariati casi di nullità. R. MARANTA, *Speculum Aureum et Lumen Adrocatum: Praxis Civilis*, Venetiis, 1615, 461, arrivò ad individuare ben trenta differenti casi di nullità. In particolare, le nullità relative alla sentenza erano divise in nullità dovute alla «causa efficiente», ovvero alla mancanza di indicazioni relative al giudice (generalità, qualifica) ed alle parti; alla «causa materiale», ovvero alle carenze del procedimento; alla «causa formale», ovvero alle formalità relative alla pronuncia della sentenza; alla «causa finale», consistente nelle parole «*condemno vel absolvo*».

S. VANTIUS, *Tractatus de nullitatibus processuum et sententiarum*, cit., I, n. 3-9, divise la nullità in sei categorie: *ratione defectus iurisdictionis, ratione defectus seu inhabilitatis principium litigatorum, ratione defectus mandati et potestatis comparentium, ratione defectus citationis, ratione defectus processus, ratione defectus solemnitatis ac formae ipsarum sententiarum*.

Vedi A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde*, cit., 167 ss.; A. COSTA, *La nullità della sentenza*, cit., 24 ss.; F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 52 ss.; E. GHIDOTTI, *op. cit.*, 52 ss.; W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. II, 470; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 103 ss., 143 s., 208 ss.; K.W. NÖRR, *op. cit.*, 196 s.

delle regole di risoluzione delle controversie ed allo stesso tempo incerti gli snodi dell'*ordo quaestionum*, lasciato soprattutto all'elaborazione dottrinale, oltre che alla prassi dei tribunali<sup>151</sup>.

Veniamo alle ipotesi di nullità più note.

Il primo luogo, nulla era la sentenza se il giudicante non aveva i requisiti richiesti (come l'aver pronunciato a mandato scaduto o essere il giudice corrotto, *ratione iudicis*)<sup>152</sup>.

Vizio insanabile era l'errata composizione dell'organo giudicante (*Item si plures iudices dati fuerint, et unus tantum ex his pronunciasse proponitur, non videtur appellandi necessitas esse, cum sententia iure non tenet*)<sup>153</sup>.

La sentenza era nulla per incompetenza per materia o territorio (*Si de ea re cognoscere non potuit, ut pedaneus iudex qui super status persona frustra aditur.... Item si extra territorium suum ius dicat ovvero ratione iurisdictionis*)<sup>154</sup>.

Nullità si aveva anche se le parti erano incapaci, ovvero non erano adeguatamente rappresentate; se non veniva rispettato il principio del contraddittorio, perché non erano presenti entrambe le parti ed il convenuto non era stato regolarmente citato (*ratione litigatorum*)<sup>155</sup>.

Pure nulla era la sentenza che fosse stata emessa senza il rispetto di alcuna delle altre formalità dell'*ordo*: essendo concepito il procedimento come una concatenazione necessaria di eventi giuridicamente rilevanti, bastava che uno solo degli atti del processo non fosse valido per-

<sup>151</sup> A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius medioevale» (Riflessioni su un modello puro isonomico)*, cit., 583 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba*, cit., 224 ss.; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., 33 ss.

<sup>152</sup> *Superest videre*, VIII, *Quando appellare non est necesse*, § 60, cit.; PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, cit., 48; *Decretum Graziani*, al c. 41, C. II, q. 6, § 9; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, cit.

<sup>153</sup> *Decretum Graziani*, al c. 41, C. II, q. 6, § 7.

<sup>154</sup> *Superest videre*, cit., VIII, *Quando appellare non est necesse*, § 48 -50, cit.; PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 48, cit.; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, cit.

<sup>155</sup> *Superest videre*, cit. VIII, *Quando appellare non est necesse*, § 51; PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 48, cit.; J. BASSIANI, *Libellus de Ordine Judiciorum*, cit. § 659; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, cit.

ché il vizio fosse trasmesso a tutti quelli successivi (*ratione processus*)<sup>156</sup>.

Da alcuni furono considerate nulle anche le sentenze basate su prove false<sup>157</sup>.

Vi erano, poi, le nullità dovute alla violazione delle formalità richieste per la pronuncia della sentenza, che doveva avvenire nei luoghi, tempi e modi di giustizia.

Infine, vi erano le nullità dovute alla mancanza nella sentenza degli elementi strutturali: alcuni di carattere solo formale, quale l'indicazione del nome del giudice e delle parti; altri di forma-contenuto, l'uso nel dispositivo delle parole *condemnare* o *absolvere* o di altre equipollenti (nullità *ratione loci*, *ratione temporis*, *ratione causae*, *ratione modi*)<sup>158</sup>.

Nulla ancora era la sentenza contraria ad un precedente giudicato<sup>159</sup>.

Merita, infine, menzione la circostanza che alcuni statuti comunali (quali quelli di Novara ed Alessandria nel XIII secolo) comminavano la nullità per violazione di particolari disposizioni statutarie, ad integrazione dei casi elaborati dalla dottrina<sup>160</sup>.

A queste specifiche cause si aggiungeva la manifesta iniquità (*ratione manifestae iniquitatis*), una clausola generale che lasciava l'in-

<sup>156</sup> AZO, *Lectura super Codicem*, cit. 188.; ACCURSIUS, *Glossa "Solitum iudiciorum ordinem"*, ad C. 7, 45, 4, cit.; *Superest videre*, cit., VIII, *Quando appellare non est necesse*, § 51, cit.; J. BASSIANI, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, cit., § 659; *Decretum Graziani*, al c. 41, C. II, q. 6, § 3, cit.; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, cit.; Id., *Speculum*, II, 3 *De sententia*, § 5, n. 1, cit.; PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 48, il quale dichiarava nulla la sentenza emessa prima di una regolare istruzione, contro la prassi invalsa nei tribunali di emettere sentenza sotto la condizione del successivo giuramento.

<sup>157</sup> J. BASSIANI, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, cit., § 661 - 662.

<sup>158</sup> Vedi tra gli altri: PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit. ad C.I. 7, 48; J. BASSIANI, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, cit., § 660; *Decretum Gratiani*, al c. 41, C. II, q. 6, § 2; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, cit.

<sup>159</sup> PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 48; J. BASSIANI, *Libellus de Ordine Iudiciorum*, cit., § 559; *Decretum Graziani*, al c. 41, C. II, q. 6, § 3, cit.

<sup>160</sup> Sul punto si rinvia alla disamina compiuta da M. ROSBOCH, *op. cit.*, 170 ss.

dividuaione dei vizi al giudice in ultima analisi, ma che riguardava come abbiamo visto soprattutto le nullità di carattere sostanziale<sup>161</sup>.

La pluralità e la varietà dei motivi di nullità costrinse la dottrina ad operare talune distinzioni.

Alcuni autori, per limitare le nullità processuali, suddivisero le regole dell'ordo in «*ordo iudiciarius substantialis*» e «*ordo iudiciarius non substantialis*»<sup>162</sup>. Altri, agli stessi fini, separarono le «*nullitates iuris naturalis*» dalle «*nullitates iuris positivi*»<sup>163</sup>.

Questa classificazione, che fu ripresa nel codice estense, nel codice sardo e nel codice di procedura civile del 1865, come vedremo nei prossimi capitoli, aveva alla base un'idea evoluta: solo alcune formalità sono essenziali per il raggiungimento di una corretta decisione del merito e quindi indispensabili a pena di inesistenza; le altre servono per rendere più comodo o certo il conseguimento del risultato<sup>164</sup>.

I vizi più gravi davano luogo a sentenze nulle *ipso iure*; gli altri a sentenze nulle *ope exceptionis ac per sententiam annullandae et rescindendae*<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 1, cit.; BALDUS, *In VII-IX Codicis libros commentaria*, cit., c. 47.

<sup>162</sup> *Substantialia* erano considerati: *citatio, libelli oblatio, litis contestatio, iuramentum de calumnia vel de veritate*; non *substantialia* appartenevano invece *positiones, responsiones, testium et instrumentorum productionem, publicationes, interlocutiones renuntiationes, conclusiones*; così, G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 2 *De litis contestatio*, § *Substantialia*, cit.; BARTOLUS, *Secundam Codicis partem*, cit., c. 67. Successivamente, BALDUS, *In VII-IX Codicis libros commutaria*, cit., c. 47, distingueva le nullità in quattro gruppi: *ex ratione substantialis ordinis praetermissi, ex ratione erroris expressi, ex ratione impossibilitatis (de natura, de facto, de iure ... secundum bonos mores), ubicumque est manifesta iniquitas*. Vedi E. GHIDOTTI, *La nullità della sentenza giudiziale*, cit., 53; A. COSTA, *op. cit.*, 27 ss.

<sup>163</sup> S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 5, n. 18 indicava tra le *nullitates iuris naturalis: defectus iurisdictionis, inhabilitatis comparentium, mandati, citationis, inepti libelli, terminorumsubstantialium, nullitates notoriae e nullitates ex perplexitate seu contrarietate provenientes*. Vedi P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., vol. I 199 ss.

<sup>164</sup> Vedi G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di Procedura Civile, presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guasigilli (Pisanelli)*, 26 novembre 1863, in *Codice di Procedura civile del Regno d'Italia*, con introduzione di G. MONTELEONE, *Il codice di procedura civile del 1865*, in N. Picardi, A. Giuliani (a cura di) *Testi e documenti per la storia del processo*, 2004, 23.

<sup>165</sup> S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 6, n. 46, 56-102. Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 145 s.

In altri autori si ritrova il concetto di nullità sanabile – annullabilità, come un vizio intermedio tra ingiustizia e nullità *ipso iure*. Così, mentre le sentenze ingiuste potevano passare in giudicato dopo dieci giorni, quindi decorso il termine per impugnare, quelle nulle non passavano mai in giudicato. Purtuttavia alcune sentenze, affette da vizi processuali astrattamente idonee a determinare la sussistenza di una causa di nullità (quali quelle fondate su prove false), potevano passare in giudicato, in difetto di impugnazione, una volta decorso un termine molto lungo (trent'anni)<sup>166</sup>.

### 9. *La querela nullitatis*

Il passaggio in giudicato della sentenza dipendeva dal decorso del termine per le impugnazioni indeterminate come ordinarie<sup>167</sup>.

<sup>166</sup> Vedi sul punto un passo attribuito al PANORMITANO, *Ioannis Urbach processus iudicii qui Panormitani ordo iudiciarius a multis dicitur*, a cura di Muther, Halis Saxo-num, 1878, 272-274, commentato da M. ROSBOCH, *op. cit.*, 223, in cui si afferma che le sentenze basate su prove false, pur considerate nulle, passano in giudicato, seppur dopo un termine lungo: «*Quae sententia transit in rem iudicatam et quae non. Advertendum tamen, quod sunt quaedam sententiae, quae nunquam transeunt in rem iudicatam, ut sunt sententiae, quarum observantia induceret periculum animae, quaedam sunt, quae statim transeunt, ut est sententia excommunicationis. Quae tamen proprie non est sententia. Et hoc verum, quod statim transit in rem iudicatam quoad privatam utilitatem, sed quoad publicam utilitatem tangentem periculum animarum numquam transit. Nam semper auditur conquerens de iniusta excommunicatione. Sunt etiam quidam casus, in quibus diffinitiva statim transit in rem iudicatam, quae notantur. Quaedam sententiae tenent medium, quia transeunt in rem iudicatam, non tamen statim, sed post decem dies. Et istud regulariter obtinet in sententiis, praedicta extrema sunt casualia. Et hoc quando sententia tenet, licet sit iniusta. Secus si esset nulla, quia tunc non transit. Et modos nullitatis ponit Gwillelmus. Et dicitur sententia nulla, quae lata est contra ius constitutionis expresse, iniusta dicitur, quae est lata contra ius litigatorum: nulla non transit, iniusta sic ut est dictum. Distiguitur tamen, quia sententia quandoque est nulla nec servatur, ut si contra ius constitutionis est lata expresse; quandoque est nulla tamen servatur donec de nullitate constet, ut si est lata per falsos testes, seu falsa instrumenta, quia ista est nulla in veritate, sed est aliqua in opinione, quandoque nulla est et transit in rem iudicatam post triginta annos».*

<sup>167</sup> PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 55: «*Res iudicata tunc dicitur, cum nullius iuris remedio, id est nec appellationis, nec supplicationis potest attentari...*».

Le sentenze nulle, in teoria, non erano dotate di alcuna stabilità<sup>168</sup>, né occorreva appello per far valere il loro vizio. Nella pratica, però, il gran numero di motivi di nullità esistenti ed i confini sempre più labili che si andavano creando con i motivi d'appello, sgretolarono a poco a poco questa affermazione di principio.

La sanzione della nullità assoluta aveva lo scopo di controllare le disfunzioni del sistema, dovute all'applicazione difforme della norma di diritto. Tuttavia, a fronte di regole indeterminate, di fonti indeterminate, la possibilità, almeno iniziale, di far valere qualsiasi illegittimità non poteva che portare all'assoluta incertezza intorno alla stabilità di una decisione. Inoltre, nessun limite vi era alla possibilità di far valere immediatamente la nullità delle decisioni interlocutorie, con una conseguente e inevitabile incertezza sui tempi circa la chiusura stessa del processo.

Allora, il sistema si cominciò ad evolvere e passò ad uno stadio diverso della concezione della validità della sentenza, rivelata soprattutto dalla disciplina dei rimedi contro la nullità del provvedimento. Provvederemo ora a ripercorrere i tratti salienti di questa evoluzione, che ci consentiranno di comprendere quanto la stessa fu lunga e sofferta.

### 9.1. I glossatori

All'epoca dei glossatori non c'era il rimedio della *petitio* o *querela nullitatis*<sup>169</sup>, né era contemplata l'eventualità che al giudice *a quo* fosse dato correggere la sentenza emessa<sup>170</sup>. Tuttavia, l'attenzione che la dot-

<sup>168</sup> Questo lasciano intendere le espressioni usate per alludere alla sentenza nulla o alla sua efficacia. Tra le altre: *non tinere, non valere, firmitatem non obtinere, non obtinere rigorem, nullas vires habere, non subsistere, pro nihilo esse, nec nomen sententiae mereri, inutilis sententia*. Si rinvia per altri esempi alla elencazione di W. LITEWSKI, *op. cit.*, vol. II, 468 s.

<sup>169</sup> A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde*, cit., 114, sottolinea che i mezzi di impugnazione erano l'*appellatio*, la *supplicatio* e la *restitutio in integrum*.

<sup>170</sup> PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 53: «*Iudicis alterius sententiam sive superstitis sive defuncti (excepto principe) alius iudex rescindere non poterit: nisi ei fuerit appellatio porrecta, vel nisi ad eo restitutio fuerit petita. Sed nec suam sententiam definitivam quis poterit immutare, excepto principe, praefectoque praetorio, cui equidem id licet per supplicationem et restitutionem ...*»; AZO, *Summa super Codicem*, cit., ad

trina pose all'uso dell'appello per far valere la nullità dimostra che era un fenomeno diffuso<sup>171</sup>.

Piacentino si limitava ad ammettere l'appello per far valere la nullità, pur dichiarandolo superfluo, in linea con la tradizione romana<sup>172</sup>. Alcuni giuristi, però, andarono oltre, domandandosi se attraverso questo strumento si potesse arrivare alla sanatoria della sentenza nulla. Anche se in alcuni casi diedero una risposta positiva, non arrivarono a teorizzarne l'uso in via generale.

Nel trattato *Superest videre*<sup>173</sup> si affermava la possibilità della conferma della sentenza invalida. Ciò accadeva quando il soccombente impugnava la sentenza nulla lamentando la lesione del diritto. Se l'appello veniva disertato dal soccombente del precedente giudizio, la sentenza veniva confermata.

Successivamente Azzone affrontò di nuovo il problema della sorte della sentenza nulla appellata. Se nella *Summa Codicis* (ad C.I. 7, 62, 5) l'illustre autore rimase su posizioni tradizionali, nella *Lectura super Codicem* ammise la convalida della sentenza nulla qualora il giudice d'appello avesse dichiarato ingiusta e non nulla la sentenza di primo grado. In tal caso, infatti, essendo divenuta l'ingiustizia la questione principale, si supponeva che il giudice avesse ritenuto la sentenza esaminata valida<sup>174</sup>.

C.I.7, *De sententia ex breviculo reciyandis*, 3: «... *Lata sententia non poterit ab eodem iudice postea corrigi, vel mutari ... Sed excipiunt quidam de principe, et praefecto, et senatu, quos dicunt posse corrigere suas sententias ... Sed ita intelligo quod excipiat eos in recitatione, quam faciunt per alium (ut dicunt est) non in correctione ...*».

<sup>171</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 45 ss.

<sup>172</sup> PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 64, cit.: «... *A sententia illa appellari debet, quae contra aequitatem litigatoris fuerit lata, secus si expressim fuerit contra iuris rigorem iudicatum, tunc enim provocare necesse non est, licet de supervacuo et solet, et possit appellari...*».

<sup>173</sup> *Superest videre*, cit., VIII, *Quando appellare non est necesse*, VIII, § 59: «*Contingit tamen interdum sententiam contra constitutiones latam confirmari, id est cum appellatur; tunc quia de iure suo tamen conqueri videtur appellatione deserta iudicati convenitur; sed si appellare volens prescriptione duorum vel trium dierum sit submotus, sententia minime confirmatur ne ei appellatio prosit, qui eam respuendam dixit*». Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 45 ss.

<sup>174</sup> AZO, *Lectura super Codicem*, cit., ad C.I. 7,64, 1: «*Quid si appellatum est a sententia quae ipso iure non valet? Resp. Iudex pronuntiabit sententiam iniustam, quia nihil valuti sen-*

Accursio ritornò alla visione classica, precisando in più occasioni che non era necessario appellare la sentenza nulla<sup>175</sup>.

Pur non individuando un mezzo specifico per impugnare la sentenza affetta da nullità, questi autori riconoscevano l'*exceptio nullitatis*, senza limiti di tempo<sup>176</sup>. Se ne desume, che fosse possibile agire anche in via principale, per far dichiarare la sentenza nulla, ed in tal caso che si potesse di nuovo agire per avere un nuovo provvedimento.

## 9.2. I canonisti

Fino alla metà del XIII secolo, i canonisti seguirono pedissequamente il principio romano secondo il quale la sentenza nulla era da considerare inesistente<sup>177</sup>.

*tentia, et ita denuo tractabitur causa, ut ff. de appel. si expressim [D. 49,1,19]. Sed hoc non adiecto, quia nihil, et confirmari videtur sententia, et hoc maxime si appellator dicat in appellatione: 'dico sententiam ipso iure nullam, vel si qua est appello'. Causa enim appellationis est principalis quaestio, sed incidenter quaeritur an ipsa sententia sit nulla*». Gli storici del diritto considerano questo passaggio fondamentale nell'evoluzione dei rimedi processuali contro la sentenza nulla; rimedi che portano a superare definitivamente il concetto di nullità insanabile. Vedi: A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 47 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 126 ss.

<sup>175</sup> ACCURSIUS, *Glossa Praescriptione, ad D. 49,1,19, de appellatione, l. si expressim*, in *Magna Glossa ad Coprpus Iuris Civilis*, cit.: «Casus. Sententia lata expressim contra iuris rigorem, idest contra legem, app. non valet ipso iure, et ideo non est opus appellare. Sed si quis appellet, et non prosequatur, non confirmant per hoc primam sententiam». Stesso concetto viene ribadito nella *Glossa Infimatibur, ad D. 2, 12, 1, 1 de feriis*. Si faceva eccezione per il caso di appello proposto dal *dominus* contro il *falsus procuratur*. Vedi A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, 47; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 134 ss.

<sup>176</sup> PLCENTINUS, *Summa Codicis*, cit., ad C.I. 7, 60: «...Profecto si ex falsis instrumentis fuerit iudicatum, nullam erit iudicium: et ideo exceptio dabitur»; AZO, *Summa Codicis, cit.*, ad C.I. 8, *De exceptionibus, sive praescriptionibus*, 7: «... Exceptio fori quae declinatoria est iudicii, si quidem nesciat aliquis eam sibi competere, quandocunque potest opponi etiam post sententiam, quia sententia a non suo iudice dicta, neminem tenet ... Quod dixi in exceptione fori praetermissa ab ignorante, servatur in exceptione falsi procuratoris: quia per eam dicitur iudicium retro nullum fuisse»; TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, cit., II, 5, § 1: «... Item nota, quod duae dilatoriarum exceptionum, quae ante litem contestatam proponendae sunt, sicut supra dictum est, etiam post sententiam proponi possunt, scilicet falsi procuratoris et iudicis non sui, quia tale iudicium nullum est...».

<sup>177</sup> Aderiva all'opinione tradizionale TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, cit., II, 4, § 2-3, vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 120 ss.

I successivi sviluppi dottrinali virarono verso il riconoscimento di rimedi contro la sentenza nulla. Detto mutamento era verosimilmente dovuto ad una duplice causa: da un lato, alla comparsa della *querela nullitatis* negli statuti comunali dell'epoca; dall'altro, alla base spirituale dell'ordinamento canonico, che vedeva come inconcepibile un provvedimento iniquo, perverso, al suo interno. Il sistema avrebbe dovuto reagire per espellere "un fatto giuridicamente rilevante" o per renderlo conforme a diritto<sup>178</sup>.

Innanzitutto, pur partendo dal principio dell'assoluta invalidità della sentenza nulla, si riconobbe la possibilità di correggere il provvedimento. Stando alle parole dell'Ostiense, la correzione o ritrattazione della sentenza era una facoltà riconosciuta allo stesso giudice che aveva emesso il provvedimento viziato ovvero al giudice che gli fosse succeduto in ruolo<sup>179</sup>.

Si ritiene, inoltre, fosse ammesso chiedere, o meglio sollecitare, la ritrattazione della sentenza mediante «*petitio solemn*is»<sup>180</sup>. Vi era al-

<sup>178</sup> A. SKEDL, *op. cit.*, 125 s.

<sup>179</sup> ENRICO DA SUSA detto HOSTIENSIS (1200 -1271), *Summa Aurea*, Venetiis, 1570, II, *De sententia*, 2, *Addit Diffinitiva*: «*Diffinitiva vero dicitur sententia, quia per eam principalis quaestio diffinitur ... quae ex quo prolata est sive bene sive male is qui pronuntiavit quo ad pronuntiationem ipsius, vel examinationem ipsius desiit esse iudex. Unde non potest ei per eundem iudicem aliquid addi, vel detrabi, vel emendari, vel mutari, vel revocari ... sic et hoc in delegato intelligas esse verum ... In ordinario autem distinguitur, utrum sententia sua annullanda sit, et sic idem est quod in legato, vel nulla ipso iure, et tunc ipsemet, vel successor suus sententiam suam poteri retractare ...*»; nello stesso passo con specifico riferimento alla sentenza emessa dal giudice delegato: «*Quid ergo si sententia legati irrita sit ipso iure, et quidem impetrabitur a superiore ut retractetur, sed per alium, vel per eundem qui tulit sententiam*».

<sup>180</sup> La *petitio solemn*is viene inclusa nell'elencazione dei rimedi contro le sentenze fatta dall'HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, cit., II, *De sententia*, 2: «*Quo remedio sententia retractetur. Et quidem per querelam falsi. ... Secundo, per restitutionem in integrum. Tertio per supplicationem. ... Quarto, per simplicem petitionem in casibus illis, in quibus iudex potest suam sententiam retractare. ... Quinto per petitionem solennem. ... Sexto, non tamen retractatur, quia ipso iure pronunciant in multis casibus. ... Septimo, per appellationem infra decem dies factam*». Skedl ritiene che la conferma dell'identificazione della *petitio solemn*is con la *querela nullitatis* arrivi da un passo dell'opera di INNOCENZO IV, *Super libros quinque decretalium*, Francofurti, 1570, in particolare ad c. 36, X, 1, 29, 5: «*... Item dicimus ... quando petitur sententia nulla nunciari ex certa causa puta ...*» e ad c. 2, X, 1, 32, 2: «*... non principaliter, sed incidenter, veluti super articulo*».

meno un caso di nullità, in verità non riconosciuta da tutti, quello della sentenza basata su prove false, in cui il provvedimento era impugnabile mediante *querela falsi*, in quell'epoca compresa tra i mezzi di impugnazione.

Con Durante si ha l'ulteriore elaborazione della teoria dei mezzi di critica della nullità.

Il giurista partiva dal presupposto che la sentenza correttamente emessa fosse immutabile dal giudice *a quo*. Diverso il caso della sentenza nulla, ipotesi in cui non si trattava di operare una correzione, ma era piuttosto auspicabile che il giudizio venisse ripetuto *ex novo* davanti allo stesso giudice, purché fosse un giudice ordinario<sup>181</sup>.

Per *retractare* non c'erano limiti di tempo, salvo diversa consuetudine o uso locale, come perpetua era la relativa eccezione<sup>182</sup>.

*lis quae post litis contestationem incidunt, vel super ipso processu iudicii petitur restitutio, sine ordine iudiciario procedi potest ... Item si petatur sententia pronunciari nulla ...».* Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 130; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 213.

<sup>181</sup> Questa facoltà, infatti, non era riconosciuta al giudice delegato, così, G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3, *De sententia*, § 5, n. 10: «*Hoc quoque notandum est, quod sententiam recte latam iudex non potest corrigere, vel mutare... G. Na. Et Innoc. IV dicunt, quod ordinarius potest a capite incipere, et sententiam suam emendare, et aliam ferre, si latam invenerit esse nullam. Delegatus vero non, cum sit functus officio suo...*» ed al n. 12: «*Ioan de Deo dixit, quod si sententia nulla est, vel est talis, quae non in rem iudicatam, ut est excommunicatio, et huiusmodi, iudex, vel eius successor potest eam corrigere, vel quasi de nove ferre... Ego vero dico quod sententiam perperam latam non potest iudex corrigere vel aliter iudicare, et eadem die, ex eisdem tamen actis ut ff. de re iud. cum querebatur [D. 42,1,62]. De novo tamen bene potest cognoscere, et iterum iudicare, si est ordinarius, secus in delegato, ut supra. Videtur tamen quod delegatus et potest revocare et mutare sententiam excommunicationis a se perperam latam, tum quia potius illa tendit ad naturam interlocutoriae, quam diffinitivae».* Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 130 s.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 232 s.

<sup>182</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3, *De sententia*, § 8, n. 30: «*Est etiam et aliis sententia nulla, ut Infra de appellationibus § 2 ver. 18. In Summa not. quod cum sententia dicitur ipso iure nulla, sine temporis praefinitione tractari potest, nisi loci vel fori consuetudo aliud inducat, C. ad l. Corn. de fal. Sicut [C. 9,22,17], Extra de procur. [X. I,38,4] in nostra nisi quod intellige I. usque ad XXX vel XL annos, secundum ea, quae notat infra § prox vers. in Summa et sequenti. Item de hoc postest contra eam perpetuo excipi, si ex ea agatur, arg. ff. de except. Doli [D. 44,4], vel pure § sin. nam omnes exceptiones perpetuae sunt, praeterquam exception non numeratae pecuniae et non numeratae*

Dalle parole del Durante si desume che egli ammetteva la pratica di presentare un *libellus* per chiedere di pronunciare la nullità e di concedere la *restitutio in integrum*; l'uso del termine *appellatione* lascia intendere che esso andasse presentato al giudice superiore<sup>183</sup>.

Secondo lo Skedl, negli scritti di Durante, vi sarebbe il riconoscimento espresso di un'impugnazione specifica della nullità accanto all'appello, sebbene non fosse usato il termine *querela* e questo mezzo non fosse ancora pienamente configurato: «... *duas habet quis vias ad impugnandam sententiam, scilicet unam nullitatis, per quam petet sententiam nullam pronunciari: quia quod nullum est, amplius annullari, vel rumpi non potest ... aliam iniquitas, per quam petet sententiam veluti iniqua, aliquam tamen, infirmari*»<sup>184</sup>.

Coerente con questa impostazione sarebbe la posizione assunta da Durante intorno alla questione della necessità o meno del rinnovo della *litiscontestatio* nel giudizio che si apriva a seguito della *petitio nullitatis*. In proposito, una prima tesi voleva rinnovata la *litiscontestatio* sul presupposto che si trattasse di un nuovo giudizio. La tesi avversa, opinava che bisognava meglio distinguere: in caso di provvedimento emesso da un giudice privo di potere (quale era ad esempio il giudice scomunicato), il vizio iniziale determinava la radicale inesistenza e inutilizzabilità di tutti gli atti del provvedimento, perciò, era necessaria la rinnovazione *ab initio*; al contrario, ove il giudice fosse stato inizialmente dotato dei requisiti necessari per poi esserne privato prima della pronuncia della sentenza, si sarebbero potuti utilizzare gli atti del precedente giudizio per la nuova decisione. Durante concludeva che chi chiedeva la pronuncia di nullità doveva presentare un nuovo libello e

*dotis quae dic ut supra de except. § 1 versi anomalae. Si vero sententia petitur rescindi per in integrum restitutione». Vedi A. SKEDL, op. cit., 131.*

<sup>183</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3, *De sentetia*, § 8, n. 27 -28: «*Ordinarius tamen videns sententiam a se latam esse nullam sine libello, vel sine alia retractatione potest aliam ferre... Sed nunquid libellus talis admittitur: dico sententiam nullam, et eam peto nullam pronunciare, et si qua apparet, appellatione prosequor et peto etiam cassari, vel contra eam in integrum restitui? Arg. quod sic*». Sul passo vedi l'interpretazione di M. ROSBOCH, *op. cit.*, 232, che si riferisce alla sola *restitutio in integrum*.

<sup>184</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 2, *De appellationibus*, § 1, n. 11.

di conseguenza si doveva avere una nuova *litiscontestatio* come nel caso dell'appello<sup>185</sup>.

Secondo la dottrina italiana più recente, il riconoscimento dell'*actio nullitatis* da parte del Durante è collegato alla durata perpetua dell'*exceptio nullitatis*<sup>186</sup>. Vi era, infatti, un'esigenza di certezza sulla validità della sentenza che la possibilità di sollevare la relativa eccezione senza limiti di tempo minava; perciò, per fare chiarezza in proposito, da un lato, al giudice sarebbe stata data la facoltà di ritrattare il provvedimento emesso; dall'altro, alle parti il diritto di agire per far dichiarare la nullità<sup>187</sup>.

Contro quest'ultima tesi, tuttavia, si possono muovere due obiezioni: in primo luogo la perpetuità dell'*actio nullitatis* creava egualmente incertezza; in secondo luogo, i relativi giudizi avevano un oggetto diverso: il primo l'esistenza della sentenza, il secondo la legittimità dell'esecuzione, seppur in ultima analisi questa dipendesse dall'esistenza stessa della sentenza<sup>188</sup>.

In un modo o nell'altro, comunque, con i canonisti si iniziava ad affermare il principio per cui il provvedimento nullo è un provvedi-

<sup>185</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *De sententia*, § 8, n. 26: «... *Sed si causa de novo iterum agitetur, cum dicitur sententia nulla, nunquid fiet de novo litis contestatio, et novus processus omnino ... Arg contra: quia videtur, quod ex eiusdem actis fertur sententia ... Vel distingue, et melius. Nam aut fuit lis contestata, et processus habitur coram eo, qui nequit ab initio cognoscere, vel iudicare: puta quia non erat iudex, vel erat excommunicatus: et tunc ex illis actis non potest iudicari: imo necesse est litem contestati de novo, et caetera fieri, ut in primis concord. Si autem potuit cognoscere et iudicare ab initio, sed ex post facto contingit contingit aliquid ante sententiam, propter quod iudicare nequit, hoc casu, si sententiam tulit, licet nulla sit, non est opus litem contestari de novo, sed ex illis acti poterit sententia ferri, ut in secundis concord. Mihi videtur, quod cum quis petit sententiam ex aliqua iusta causa nullam pronunciari, in hac instantia libellus offertur, et contestatio litis, et caetera fiant. Et sic Curia servat. sic etiam fit in causa appellationis».*

<sup>186</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., *De sententia*, § 8, n. 27: «Nunquid ergo ex parte condemnari admittetur talis libellus: peto [nel testo del 1576, pro] talem sententiam contra me latam nullam pronunciari? Et videtur quod non, cum sit tutus (sic) exceptione perpetua, ut praedixi. ... Arg. contra quod non solum habeat exceptionem, sed etiam actionem, ff. de pet. here. l. si. [D. 5,3,6], ff. de lib. leg. quod mihi [D. 34,3,22] et hoc servatur de facto. Ordinarius tamen videns sententiam a se latam esse nullam sine libello vel sine alia retractatione potest aliam ferre, ut supra § qualiter vers. hoc quoque».

<sup>187</sup> Così M. ROSBOCH, *op. cit.*, 238 s.

<sup>188</sup> A. SKEDL, *op. cit.*, 100 ss.

mento esistente, anche solo in via di fatto, quindi, è necessaria un'istanza *ad hoc* per eliminarlo.

Altra questione riguardava il giudice al quale si sarebbe dovuta proporre la *petitio nullitatis*. Questa andava sollevata innanzi allo stesso giudice o al giudice superiore come accadeva per l'appello?

La concezione della *petitio* come una sollecitazione alla ritrattazione della sentenza da parte del giudice che l'aveva emessa, portava ad individuare in quest'ultimo o nel suo successore l'ufficio giudiziario al quale ci si doveva rivolgere<sup>189</sup>.

La dottrina, però, era consapevole della prassi di proporre davanti al giudice superiore la *petitio* per far dichiarare la nullità ed in subordine l'appello<sup>190</sup>; in proposito diede risposte diverse. Da alcuni si ammise l'eventualità che fosse contestata davanti al giudice superiore in un unico libello la nullità e, in subordine, l'ingiustizia<sup>191</sup>; ma non l'inverso, ovvero che il giudice ordinario (primo grado) conosciuta la

<sup>189</sup> Così HOSTIENSIS, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinquelibris Decretalium*, München, 1512, ad c. 63, X, 2, 28, § *Quoniam*, negava in linea di principio un collegamento tra *petitio* e appello; si poteva chiedere (o implorare) la dichiarazione di nullità davanti al giudice competente, che evidentemente non era la curia d'appello: «... *Sed nec in primo, nec in secundo casu (scil. appell. ante sententiam et appell. a definitiva) licet proponere coram iudice appellationis, quod sit nulla ... Non tamen negamus quin alias coram competenti iudice posset dicere sententiam nullam iudicis officio implorato, se non proseguendo appellationem ... Quando ... ipse appellans appellationem suam prosequitur, ideo non admittitur ad dicendam sententiam nullam: quia appellatio innuit ipsam esse aliquam, sed iniustam. Si ergo appellationem ipsam proseguendo dicat ex parte altera sententiam esse nullam: contrarius est sibi ipsi, quia nulla et aliqua contraria sunt: ergo est tanquam sibi contrarius repellendus*».

<sup>190</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *Se Sentetiis*, § 8, n. 28: «*Sed nunquid libellus talis admittitur: dico sententiam nullam, et peto nullam pronunciari, et si qua apparet, appellationem prosequor, et peto etiam cassari, vel contra eam in integrum restitui? Arg. Quod sic ... Possum enim, quibuscumque modis possum, appellationem meam defendere, et sententiam impugnare ... Arg. Contra ... quia licet conditionaliter proponam, tamen contrarius sum mihi ipsi, dicendo sententiam, et aliquam, et ideo repellendus ... Nam etiam excipiendo duae contrariae exceptiones non admittitur ... Item dicendo nullam, tutus sum iure communi: ideo non possum recurrere ad restitutionem ...*».

<sup>191</sup> INNOCENZO IV, *Super libros quinque decretalium*, cit., *Commentum ad c. 62, X, 2, 28, 2*: «*Aliis videtur et forte melius, quod si appellaretur post sententiam, appellans non tantum excipiendo, sed etiam agendo coram iudice ad quem appellavit, potest dicere sententiam ingiusta et nullam ...*».

nullità potesse decidere l'appello<sup>192</sup>. Da altri si invitò a mantenere separati i due vizi, di competenza di due giudici diversi<sup>193</sup>.

La dottrina canonica classica non ammetteva la sanabilità della nullità *ipso iure*<sup>194</sup>. Questa categoria, tuttavia, non comprendeva tutti gli originari casi di inesistenza.

Proprio per limitare le ipotesi di assoluta invalidità, accanto ad esse la dottrina costruì la categoria delle nullità dovute a vizi meno odiosi, confermabili mediante appello. La proposizione di un appello per far valere l'ingiustizia di una sentenza affetta da quest'ultimo genere di nullità, comportava il superamento del vizio originario di invalidità; come la proposizione di un appello da parte del *verus dominus* ratificava implicitamente la sentenza emessa per via di un *falsus procurator*<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> INNOCENZO IV, *Super libros quinque decretalium*, cit., *Commentum ad c. 62, X*, 2, 28, 2: «*Sed dices quomodo prosequitur appellationem qui petit sententiam pronunciarì nullam, quia nullam mentionem facit de appellatione in petitione sua, neca liquo modo nititur viribus appellationis? Respon. imò nititur ex vi appellationis in hoc saltem, quod coram iudice appellationis hoc petit, quia nisi appellasset tantum coram ordinario, hoc petere posset, et iste est unus effectus appellationis, scilicet, causam ad superiorem transferre, et eius cognitionem ...*».

<sup>193</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *Se Sentetiis*, § 8, n. 29: «*Item causae appellationis et nullitatis non possunt coram eodem iudice tractari. Nam causa nullitatis debet tractari coram eo qui de principali cognovit et tunc de iure ordinario pronunciarìbit. ... Causa vero appellationis apud alium, scilicet apud superiorem*». Vedi G. SALVIOLI, *op. cit.*, 593.

<sup>194</sup> HOSTIENSIS, *Summa*, cit., II, *De mulcta*, n. 8: «*Sed et casus sunt in quibus statim nulla est sententia, ita, quod nec necessarium sit appellare*»; G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 *Se Sentetiis*, § 6, n. 25: «*Ubi autem appellatum est a sententia quae ipso iure non valet, iudex pronunciarìbit appellationem iniustam, inserta causa quod dic ut no. C. quando provoc. necesse non est [C. 7,64]*».

<sup>195</sup> HOSTIENSIS, *Summa*, cit., II, *De mulcta*, n. 4: «*Sententia enim lata contra ius consitutionis, errore expresso in ipsa, citra appellationem nulla est ipso iure: nec per appellationem aliqua efficitur ... Et est hoc verum quando nulla est sententia propter defectum iuris publici: ut si lata sit lite non contestata ... secus si nulla sit propter defectum iuris privati: ut quia cum falso procuratore actum est. Hic ratificatur per appellationem factum a vero domino*»; HOSTIENSIS, *Summa*, cit., II, *De mulcta*, n. 4: «*Alii autem casus multi sunt, in quibus nulla est sententia, nec necesse est appellare ... Unum tamen notabis specialiter circa hanc materiam, qui aubi sententia adeo nulla est, quod nec ratificari potest, puta contra ordinem iudicarium substantialem lata per appellationem, nec*

Quest'ultimo genere di nullità era sanabile perché derivante dalla violazione dello *ius privatum*, non dello *ius publicum*, ovvero perché dovuto alla violazione dell'*ordo iudiciarius non substantialis*, non dell'*ordo iudiciarius substantialis*.

Infine, pur chi in linea di principio negava la conferma della sentenza nulla mediante appello, lasciava intendere che essa potesse sopravvenire in via di fatto, per effetto del trascorrere del tempo, per una sorta di tacita accettazione<sup>196</sup>.

Nelle parole di Durante (*quoquo modo tenet, sed potest per exceptionem annullari*)<sup>197</sup> si intravede la nuova categoria delle sentenze non nulle ma annullabili.

### 9.3. I giuristi del tardo diritto comune

La dottrina canonistica e civilistica che va dal XIV al XVII secolo continuò a tenere distinte, in linea teorica, nullità ed ingiustizia, anche se gradualmente la disciplina dei relativi rimedi si uniformò<sup>198</sup>.

*tacite nec expresse ratificare potest. ... Sed ratificari potest, puta lata est contra ordinem iudicarium (non) substantialem, vel quia falsus procurator intervenit ... hoc si appelletur tacite ratificatur, et aliqua efficitur ...»; G. DURANTIS, Speculum, cit., II, 3 Se Sentetiis, § 8, n. 25: «Utrum autem appellans a sententia, quae nulla est, videatur eam confirmare, vel aliquid facere? Vedetur, quod sic ... Contra: quia appellatio sit ad rescindendum, non ad confirmandum ... Uber dicit, quod si sciens sententiam nullam, scienter appellat, tunc eam confirmat: alias non ... Vel verius: aut est ipso iure, et tunc non confirmatur; aut quoquo modo tenet, sed potest per exceptionem annullari: et tunc confirmatur, seu approbatur».*

<sup>196</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, cit., II, 3 Se Sentetiis, § 8, n. 23: «Sed quid si a sententia, quae nulla est, de facto appellaretur, et iudex appellationis eam confirmat, nunquid adhuc poterit dici nulla? Et videtur quod non, quasi alius sit effectus, si confirmetur expresse et alius sit temporis transcurso, vel tacite, ff. de his quino. infa furti accipe. §. 1 [D. 3,2,6,1]. Vel dic verius non confirmari, ut C. de inoff. test. eum. [C. 3,28,14] ff. fam. erci. l. quaedam [D. 10,2,41]». Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 136 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 241 s.

<sup>197</sup> G. DURANTIS, *Speculum*, II, 3 Se Sentetiis, § 8, n. 25, cit.

<sup>198</sup> S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 1, n. 9: «Idcirco differentiae posita sunt suprascripta verba (ad irritandum seu irritum nuntiandum actum de quo quaeritur). Haec enim est propria qualitas et effectus ipsius nullitatis, per quem istud ius et reneum ab aliis difert; appellatio namque non principaliter ad irritandum, sed ad iniquitatem, et imperitiam iudicis corrigendam, ac pronuntiatum suspendendum seu ... etinguendum competit».

Secondo la dottrina di quest'epoca, in due modi poteva essere fatta valere la nullità: in via principale ed in via incidentale.

In conformità alla tradizione, si conservava la *petitio nullitatis* come azione autonoma davanti al giudice di primo grado<sup>199</sup>; nel frattempo, tuttavia, si legittimava definitivamente la prassi che voleva la nullità e l'ingiustizia proposte in un unico libello davanti al giudice superiore. Per questa via la nullità divenne uno dei motivi d'appello<sup>200</sup>.

<sup>199</sup> S. SCACCIA (1564 – 1634), *Tractatus de appellationibus in duas partes divisus*, Frankfurt, 1615, *Questio XIX*, I, 3, n. 2: «Nullitas sententiae dupliciter deduci potest, principaliter scilicet, et incidenter, seu adherente appellationi. ... Et quod condemnatus possit proponere dupliciter querelam de nullitate, videlicet in modum agendi, vel in modum excipiendi, scribit Papien. et ita communiter omnes in diversis locis. Contra banc conclusionem oppono; quia imo de nullitate potest agi quinque modis. Primo per viam appellationis, quando scilicet appellatur a sententia, quia est nulla. Secundo, quando appellatur simpliciter, quo casu nullitas venit accessorie, et incidenter in appellatione. Tertio, quando nullitas intentatur aequae principaliter cum appellatione, dicendo, sententiam esse nullam, et si quae est appello. Quarto, quando nullitas intentatur de per se principaliter. Quinto, quando nullitas intentatur per viam exceptionis». Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 150 s.

<sup>200</sup> BARTOLUS, *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis 1585, ad D. 49, 1, 19, l. *Si expressim*, n. 4-7: «Consuetudo tale appellationem admittit facit textum in d.c. constitutum, extra de in integrum restitutione [X. 1,41,8], et minime mutanda sunt quae interpretationem certam semper habuerunt. Tamen pro clariori intellectu praedictorum, et ad probandum quod opinio praedicta etiam de iure procedit, hoc examinare habemus circa tria. Primo circa ipsam appellationem, quae interponitur coram iudice a quo. Secundo circa libellum, qui datur iudici ad quem. Tertio circa prosecutionem ipsius libelli et appellationis. Circa primum dico, quod de iure possum dicere: 'dico sententiam nullam, et si qua appello', quod probo. Appellatio si recte inscipitur non est proprie actus iudicialis, quia in ea causa nullus iudicis actus requiritur et potest fieri die feriato.... Dico enim, si aliqua est appello, hoc est beneficium appellandi quo rescinditur sententia, propono. ... Sive ergo appellatio proponatur ex parte rei, licet ei proponere duas conditiones contrarias conditionaliter. Sive appelletur ex parte actoris, et idem. Nam actor prohibetur plures actiones contrarias proponere, non autem plures replicationes contrarias, immo actori licet. Nam dicit lex, quod replicationes exceptiones sunt, l. II, supra de exceptionibus, eodem titulo, l. nemo [D. 44,1,8] dicit, quod nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti. Notatur quod dicit nemo, quasi dicat, nec actore, nec reus; unde quando actor appellat, est quoddam replicare contra sententiam, quae sibi obiecta est, potest ergo dicere nullam, et si qua est appellare. Secundo est videndum circa libellum appellatorium, qui datur iudici ad quem, et est hic advertendum, quia cum appellatio sit iam interposita, et sic pronunciatum sit extinctum, videtur quod causae nullitatis et appellationis non sint

In primo luogo, si poteva far valere la nullità davanti al giudice superiore come unico motivo di impugnazione. In secondo luogo, se l'attore impugnava la sentenza che gli aveva dato torto, lamentandone l'ingiustizia, al convenuto era data la facoltà di contrapporre l'eccezione di nullità, con un uso differente di tale strumento rispetto a quello classico.

Infine, nullità e ingiustizia potevano essere rivendicate parallelamente, in un unico atto, pur rimanendo concettualmente distinte. La nullità doveva essere esaminata per prima; il giudice era esentato dal pronunciarsi sull'ingiustizia se riscontrava un vizio totalmente invalidante.

Grazie a Bartolo e Baldo si fece un ulteriore passo in avanti, arrivando alla conferma della sentenza nulla mediante appello. Se veniva impugnata la sentenza per ingiustizia, il giudice aveva cognizione anche sulla nullità, pur senza domanda di parte, perché l'esistenza della sentenza era *conditio sine qua non* di ogni lamentela sulla sua ingiustizia; perciò, l'appello avrebbe comportato la sanatoria del vizio, a prescindere dalla sua sorte<sup>201</sup>.

*contariae, immo quaelibet tendit ad ostendendum sententiam nullam, et ideo talis libellus procedit, et possunt dictae causae accumulari, et sia qua est contrarietatis reperietur, quia est species exceptionis, seu defensionis, ut supra proxime dixit. Circa tertium scilicet an quo ad causae processum, praedicta duo remedia simul prosequi possint, videndum est... Nam quandoque istae duae causae habent originem ex diversis fontibus, ut puta, dico sententiam nullam quia lata contra minorem indefensum, dico eam iniustam respectu tenoris ipsius. Certa potero facere articulos, et probationes simul super unaquaque, cum in hoc nulla resultet proprietas. Quandoque istae duae causae habent originem ex eodem fonte, et hoc potest esse dupliciter. Nam quandoque eadem causa potest esse nullitatis, et iniquitatis, diversis respectibus. Exemplum, dico sententiam nullam, quia lata contra minorem indefensum. Item dico iniquam, quia promissio, ex qua sum condemnatus, fuit facta a minore, sine curatoris autoritate. ... Quarto videndum est de modo sententiandi, quando ista duo iudicia sic communiter proponunt. Et si qui dem iudex reperiret sententiam esse nullam, debet pronunciare eam esse nullam, de appellatione autem, si vult, potest nihil dicere». Così in seguito anche: BALDUS, *Comment. ad C.I.* 7, 64, 1, 18, in *In VII-IX Codicis libros commentaria*, cit.; S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 6, n. 5; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XIX*, I, 3, n. 4-5. Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 154 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 245 ss.*

<sup>201</sup> BARTOLUS, *Commentum ad D.* 49, 1, 19, n. 9, in *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, cit.: «... in causa appellationis venit causa nullitatis, etiam si non dicitur»; BALDUS, *Commentum ad C.I.* 7, 64, 1, n. 8-11, in *In VII-IX Codicis libros com-*

La dottrina successiva chiarì che questo effetto si produceva senza la necessità che il giudice si pronunciasse espressamente sulla nullità ed a prescindere dal fatto che l'appello fosse stato validamente proposto o meno<sup>202</sup>.

L'altra possibilità considerata era che sulla nullità si pronunciasse il giudice di primo grado, lo stesso che aveva emesso la sentenza nulla o un suo successore; salvo che si trattasse di un giudice delegato, perché in questa ipotesi la sentenza andava corretta o ritrattata dal giudice delegante<sup>203</sup>.

Oltre a poter adire il giudice in via principale per riformare la pronuncia nulla, si poteva chiedere una nuova sentenza sullo stesso *petitum*, lamentando incidentalmente la nullità della sentenza già pronunciata<sup>204</sup>.

Rimaneva, infine, la possibilità di far valere nullità in via di eccezione per bloccare l'esecuzione forzata, allo stesso modo che nell'ordinamento giuridico romano<sup>205</sup>.

*mutaria*, cit.: «... “*quaero, nunquid si quis dixit, appello, et coram iudice appellationis proseguendo iniquitatem, docuit de nullitate, nunquid debeat pronunciari appellationem nihil valere, quasi inepte appellaverit, nam super hoc deberet condemnari in expensis?*” Et gl. dicit, quod sic. “*Tu dic contrarium, quia hoc communi vocabulo, appello, includitur iniustitia non solum iuris, sed intentionis, et ideo iste appellans obtinet, quia debet pronunciari sententiam nullam*” ... “*quaero, nunquid appellatio det sententiae firmitatem ... et dic quod non quia contradicendo consentit*”».

<sup>202</sup> S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 6, n. 18; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XI*, n. 127.2. Vedi A. SKEDL., *op. cit.*, 159 s.

<sup>203</sup> BARTOLUS, *Commentum ad D. 49, 1, 19, n. 14*, in *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, cit.; S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 3, n. 8; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XIX, I*, 6 n. 9, 87.

<sup>204</sup> BARTOLUS, *Commentum ad D. 49, 1, 19, n. 10*, in *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, cit. «... *videamus, qualiter de nullitate cognoscemur? ... uno modo incidenter ... quando una partium iterum petit sententiam, dicens sententiam primo latam esse nullam ...*»; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XIX, I*, 6, n. 87.1: «*Si nullitas veniat incidenter, ut puta quia petam, iterum sententiam, et reformari sententiam ex eisdem actis, habita prima pro nulla ... quod si praetendens sententiam nullam, petat principaliter eam reformari ex eisdem actis, tacita prima pro nulla, iudex qui sententiam tulit, debet cognoscere, ex quo principaliter agitur de reformatione, et incidenter de nullitate ...*».

<sup>205</sup> B. ALTIMARUS (avvocato napoletano del XVII secolo), *Tractatus de nullitatibus in XIV rubricas divisus*, Naepoli, 1678, Rub. I, *Questio 3*, n. 8: «*Per viam exceptionis*

Il termine per l'accertamento della nullità, in via di azione autonoma o di eccezione, cessò di essere perpetuo, anche se la dottrina lo individuava in un lasso di tempo estremamente lungo (trenta anni)<sup>206</sup>.

Tanto il giudice ordinario<sup>207</sup> che il giudice superiore<sup>208</sup>, davanti ai

*proponitur, cum Nullitas obiicitur Sententiae post ceptam executionem, ad impediendum eius cursum, vel illa obiicitur eo tempore, quo est expositum, mandatum de parendo virtute Sententiae ad impediendam ipsam executionem»; S. Scaccia, Tractatus, cit., Questio XIX, I, 3, n. 2*

<sup>206</sup> S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 8, n. 8; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XIX, I, 7, n. 1.*

<sup>207</sup> S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 3, n. 9: «*Extende ... ut is qui eam (scil. interlocutoriam) tulit, possit non solum cognoscere de eius nullitate, sed possit etiam contrariam ferre*»; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XIX, I, 6, n. 109.3*: «*Amplia ... ut etiam ipsemet iudex ordinarius, aditus super nullitate suae sententiae possit eam non solum reformare, et revocare, sed possit contrariam ferre; quare si primo tulerit condemnatoriam, poterit postea ferre absolutoriam*».

<sup>208</sup> BARTOLUS, *Commentum ad C.I. 7, 41, 4, n. 3 -4*, in *Commentaria in Secundam Codicis partem*, cit.: «*... si volo ire ad superiorem, ut pronuncietur sententia nulla, tunc possem ... Sed si vellem, quod pronuncietur sententia nulla, et iterum iudicetur, debeo facere coram eodem iudice ... quae verba quandoque mihi placuerunt: modo cum diligenter inspexerim, non videtur mihi forte verum: et puto, quod indistincte possit adiri superior, ut pronunciet sententiam nullam, et iterum iudicet ... Ex quo habes, quod sicut causa appellationis devolvit totam causam ad iudicem superiorem, ... ita etiam causa nullitatis devolvit totam causam ad iudicem superiorem, ut possit sententiam reformare etiam ex nova causa*»; ID., *Comment. ad C.I. 7, 64, 1, n. 16-17*, in *Commentaria in Secundam Codicis partem*, cit.: «*Quaero, quod si datur libellus super nullitate, nec proba tulle qui agit, utrum iudex possit confirmare sententiam, vel debeat simpliciter conventum absolere ab illa pitione? ... Ego dico, quod potest confirmare sententiam, etiam ex nova causa ...*»; S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 6, n. 111 - 112: «*Iudex nanque superior dicitur confirmator vel reformatior ... propterea non solum super nullitate, verum etiam super iustitia vel iniustitia ipsius sententiae pronunciare potest, eo modo quo iudex prius pronunciare debeat ... quoniam talis iudex ad duo tenetur, videlicet corrigere perperam factum a primo iudice, et illud facere, quod facere debuerat idem iudex primus ... poterit igitur praefactus iudex declarare sententiam nullam, et partem in expensis condemnare, ac in eadem sententia eadem partem, quae in articulo nullitatis obtinuit in negotio principali iuxta tenorem sententiae primae, quae fuit declarata nulla, condemnare*»; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XI, n. 114*: «*An iudex appellationis possit confirmare sententiam nullam, pronuntiando super negotio et causa principali? Responde constituendo regulam, quod potest ...*»; ID., *op. cit.*, n. 122: «*Extende ... ut habeat locum etiam in iudice nullitatis, quia is etiam potest non solum pronunciare super nullitate, sed potest etiam sententiarum super causa principalis*».

quali veniva contestata la nullità, accertato il vizio, eliminava la sentenza; poi, poteva conoscere di nuovo della causa e confermare o riformare il provvedimento, condannando o assolvendo anche per un motivo diverso da quella dell'originaria sentenza.

Poteva essere concessa la *restitutio in integrum*<sup>209</sup>; tuttavia, non sempre era considerata indispensabile la rinnovazione del processo, dipendeva dall'origine dell'invalidità. Così se non era viziato l'intero procedimento, ma solo la sentenza conclusiva, il giudice poteva decidere sulla base degli atti del precedente giudizio<sup>210</sup>.

Se il giudice d'appello, invece, si limitava ad annullare la sentenza, era necessario recarsi dal giudice di primo grado per avere una nuova sentenza<sup>211</sup>.

#### 9.4. *Gli statuti comunali*

Nei più antichi statuti comunali<sup>212</sup> era disciplinato l'appello come generico mezzo di impugnazione delle sentenze inique, ma c'era non ancora un'azione o un'impugnazione specifica per le sentenze nulle. In alcuni documenti dell'epoca compare la nullità come vizio totalmente invalidante del provvedimento<sup>213</sup>.

Negli statuti del XIII secolo si distingueva tra il vizio di ingiustizia e quello di nullità e le relative impugnazioni<sup>214</sup>. Oltre alla disciplina dell'appello in alcuni di essi si trovava l'impugnazione di nullità ed ac-

<sup>209</sup> BARTOLUS, *Commentum ad D. 49, 1, 19, n. 9*, in *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, cit.; S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 6, n. 7; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XIX*, I, 4, n. 93.

<sup>210</sup> BARTOLUS, *Commentum ad C.I. 41, 4, n. 5*, in *Commentaria in Secundam Codicis partem*, cit.; S. VANTIUS, *Tractatus*, cit., 6, n. 128; S. SCACCIA, *Tractatus*, cit., *Questio XI*, n. 134. Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 165 s.

<sup>211</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione*, cit., vol. I, 173 ss.; ID., *La sopravvivenza della querela di nullità el processo civile vigente*, cit., 117.

<sup>212</sup> Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 52 ss.; A. PERTILE, *op. cit.*, vol. II, 321 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 587 ss.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 170 ss.

<sup>213</sup> A. SKEDL, *op. cit.*, 54 s.

<sup>214</sup> Così, ad esempio, negli statuti di Como o negli statuti novaresi del 1277-1286, dove veniva sanzionata con la nullità la violazione del dettato statutario, vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 56 s.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 174 s.

canto ad essa della *restitutio in integrum*<sup>215</sup>. In più, residuava la *petitio nullitatis* al giudice *a quo*<sup>216</sup>.

Negli statuti dei secoli XIV-XVI la *petitio nullitatis* veniva disciplinata come impugnazione, da alcuni indicata con il nome di *querela*<sup>217</sup>, raramente come *actio*<sup>218</sup>. Inoltre, era possibile anche l'*exceptio nullitatis*, seppure nella pratica tale mezzo fosse il meno utilizzato.

Nella legislazione statutaria appello e querela di nullità erano disciplinati come mezzi autonomi, caratterizzati da oggetti differenti<sup>219</sup>.

I due rimedi, tuttavia, presentavano vari elementi comuni. Entrambi erano proposti al giudice superiore. L'appello aveva sempre effetto devolutivo; la querela nella maggior parte dei casi<sup>220</sup>.

Una volta che il giudice superiore avesse cassato la sentenza nulla,

<sup>215</sup> Così lo statuto di Bologna del 1250 e quello di Padova del 1285 distinguevano tra appello e l'impugnazione di nullità. Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 58 ss.

<sup>216</sup> Nella maggior parte degli statuti di quell'epoca l'inutile decorso del breve termine per impugnare, non escludeva che la nullità potesse essere fatta valere autonomamente. Non così lo statuto senese del 1262, secondo il quale decorso il termine per impugnare la sentenza doveva essere eseguita, salva la possibilità di far valere la nullità in via di eccezione. Vedi M. ROSBOCH, *op. cit.*, 179 s.

<sup>217</sup> Così gli Statuti della città di Roma del Secolo XIV, Roma, 1880, III, 4: «*De officio iudicis appellationis. Ad officium Iudicis appellationum predicti spectat de appellationis nullitatis causis et iniquitatum quarumque sententiarum arbitratorum seu arbitrantium cognoscere et querelas et appellationes que presentantur coram eo, clara luce perspicere et recipere quatenus sünd recipiende ...*». Così anche negli statuti di Lucca del 1300. Vedi: A. SKEDL, *op. cit.*, 67 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 591; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 182 s.

<sup>218</sup> L'*actio nullitatis* era limitata a casi sporadici negli Statuti di Cesana della fine del XIV secolo, dove si poteva adire il primo giudice per far dichiarare la nullità del provvedimento da lui stesso emesso se il vizio risultava *ex inspectione ipsius sententiae vel ex confessione partis adverse*. Contemplavano l'*actio nullitatis* senza limiti di tempo anche gli Statuti delle città di Bergamo, Verona, Riva (XV secolo). Nello statuto di Bologna del 1454 si prevedeva si potesse agire per nullità tanto davanti al giudice di primo grado che davanti al giudice superiore. Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 82 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 594.

<sup>219</sup> Ciò si arguisce anche dalle espressioni utilizzate per indicarli nei vari statuti: «*appellare seu (vel) de nullitate dicere*»; «*appellare aut nullitatem proponere*»; «*cognoscere de appellatione seu nullitate*»; «*appellatio seu nullitatis dictio*»; «*appellatio seu nullitatis causa*», vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 93 ss.

<sup>220</sup> A. SKEDL, *op. cit.*, 67 ss.

diverse incertezze sussistevano in relazione all'individuazione del giudice competente per la rinnovazione del giudizio. Se i più antichi statuti affidavano questo momento al giudice ordinario, negli statuti più recenti il procedimento, pur diviso logicamente in due momenti, era disciplinato come unitario. Non mancarono legislazioni statutarie più recenti, quali gli statuti pisani del XVI secolo, in cui si prevedeva espressamente che gli atti venissero rimessi al primo giudice<sup>221</sup>. Avrebbe dovuto sempre fare eccezione, poi, la *nullitas quae surgit ex fundamento iudicii*, che avrebbe comportato la necessaria rinnovazione del processo, a pena della violazione del principio del giudice naturale preconstituito per legge<sup>222</sup>.

Alcuni statuti, inoltre, collegavano ad entrambe le impugnazioni l'effetto di sospensione dell'esecuzione forzata<sup>223</sup>.

Pur essendo concettualmente divisi, i due mezzi di impugnazione potevano essere compresi nello stesso libello<sup>224</sup>.

In alcuni statuti si andava oltre. Nello Statuto di Cesana vi era la presunzione che promossa l'impugnazione d'appello si fosse voluta contestare anche la nullità<sup>225</sup>; nello Statuto di Genova si prevedeva che uno solo dei due mezzi potesse essere fatto valere<sup>226</sup>. Negli Statuti di

<sup>221</sup> G. SALVIOLI, *op. cit.*, 603.

<sup>222</sup> F. DELLA ROCCA, *Le nullità della sentenza*, cit., 140.

<sup>223</sup> Lo Statuto di Verona del 1450, *Statutorum magnificae civitatis Veronae libri quinque*, Venetiis, 1747, II, 119 espressamente prevedeva: «*Sententiae, appellatione, in integrum restitutione, nullitate, vel alia iusta causa non suspense, executioni mandentur elapsis X diebus ...*». Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 90 ss.

<sup>224</sup> Così già negli Statuti pisani tra il XIII e la metà del XIV secolo, negli Statuti di Padova del 1285, nonché negli statuti di Roma e Milano del XIV-XVI secolo, vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 60 ss. e 91 ss.; G. SALVIOLI, *op. cit.*, 589 s.; M. ROSBOCH, *op. cit.*, 176 s.

<sup>225</sup> Statuto di Cesana, *Statuta Cesenae*, Venetiis, 1494, I, *de appellationibus*: «*... et tenetur appellans ab aliqua sententia definitiva interlocutoria seu gravamine in appellatione simul nullitatem cum iniquitate deducere et eam simul prosequi et facere terminari. Et iudex super utraque simul et semel pronuntiare infra eadem tempora. Et si appellans expresse nullitatem pronuntiare infra eadem tempora. Et si appellans expresse nullitatem in appellatione non induxerit nihilominus deducta intelligatur cum iniquitate nullitas antedicta et in ambabus procedatur ut supra*». Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 92.

<sup>226</sup> Statuto di Genova, *Statutorum civilium reipublicae Genuensis reformatorem libri sex*, Genuae, 1589, III, 1: «*In casibus vero, seu sententia a quibus appellari potest, qui elegerit appellare, non possit dicere, neque opponere de excessu, neque de nullitate,*

Bergamo e Verona (XV sec.) si prevedeva un unico mezzo di impugnazione per nullità ed ingiustizia<sup>227</sup>.

Entrambi i gravami erano soggetti ad un termine. La disciplina statutaria in proposito era differente di comune in comune: in alcuni casi il termine per la querela era molto più lungo di quello per l'appello; in altri sistemi, i due termini erano quasi analoghi. Di fatto, con il passare del tempo essi si uniformarono nella maggior parte degli statuti. La ragione di ciò era di carattere pratico: si voleva evitare che l'efficacia della sentenza passata in giudicato ed esecutiva, in quanto non più appellabile, fosse bloccata successivamente da un'impugnazione per nullità. Alla fine, perciò, entrambi i mezzi condizionarono il passaggio in giudicato del provvedimento<sup>228</sup>.

Varia era la normativa intorno al numero di istanze proponibili. In genere le sentenze emesse dal giudice superiore erano impugnabili almeno per una seconda volta, tanto mediante *querela nullitatis* che appello: la regola più diffusa era che si avesse giudicato dopo due o tre sentenze conformi. In alcuni statuti era previsto che comunque non si potesse andare oltre la terza istanza<sup>229</sup>. Nelle legislazioni statutarie più evolute la regola divenne quella di due appelli o querele, dopo di che erano accessibili solo gli strumenti straordinari della *supplicatio* o della *revocatio*.

La dottrina tradizionale individua in questo momento storico il passaggio dalla concezione dell'azione-impugnazione di nullità, intesa come dichiarativa, all'azione-impugnazione di nullità costitutiva, per-

*et qui voluerit de excessu, seu nullitate dicer, non possit appellare, nec rimedium appellationis habere, ita ut uno tantum ex dictis remediis uti possit, et intelligatur facta electio per depositionem appellationis, vel petitionis de excessu». Analogamente negli statuti di Lucca del 1539. Vedi: A. SKEDL, op. ul. cit.; M. ROSBOCH, op. cit., 183 s.*

<sup>227</sup> Vedi A. SKEDL, op. cit., 93 ss.

<sup>228</sup> Così espressamente negli Statuti comunali di Lucca, Genova, vedi G. SALVIOLI, op. cit., 591; M. ROSBOCH, op. ult. cit.

<sup>229</sup> Facevano eccezione gli Statuti di Treviso, che escludevano la *querela nullitatis* contro le sentenze emesse a decisione di un procedimento per nullità; nonché quelli di Roma, che escludevano qualsiasi mezzo di impugnazione avverso la sentenza di secondo grado, eccezion fatta per il caso di nullità manifesta. In quest'ultimo caso a decidere sulla nullità e sul merito doveva essere il giudice che aveva emesso la sentenza. Vedi A. SKEDL, op. cit., 77 ss. e 93 s.; G. SALVIOLI, op. cit., 582.

ché infrangeva l'efficacia di una sentenza sì viziata, ma non più radicalmente inesistente<sup>230</sup>.

Tuttavia, strideva ancora con questa idea l'*exceptio nullitatis* di matrice romana: perciò, si cercò di agire anche su questo strumento per limitarne l'opponibilità. Le legislazioni più risalenti prevedevano almeno alcuni casi di nullità che potevano essere fatti valere senza limiti di tempo<sup>231</sup>.

La disciplina dell'*exceptio nullitatis* negli statuti dei secoli XIV-XVI è varia, non unitaria e si ricava da disposizioni sparse in parti diverse del testo di legge.

In primo luogo, si trovano delle limitazioni, per cui solo talune nullità potevano essere fatte valere sempre, quindi, attraverso azione di nullità proposta in tempo o per via di eccezione. Tali in teoria dovevano essere le *nullità ipso iure*, categoria che comprendeva vizi processuali (*defectu manifesto et evidenti processus*) o sostanziali, ma solo se palesi (*iniquitatis manifestae*)<sup>232</sup>.

In secondo luogo, in alcuni statuti vi era il divieto di impugnare ulteriormente per nullità la sentenza conforme alla prima, anche se si

<sup>230</sup> A. SKEDL, *op. cit.*, 83. Riprendono e condividono le conclusioni dello storico tedesco G. SALVIOLI, *op. cit.*, 591 ss.; P. CALAMANDREI, *La cassazione*, cit., vol. I, 192 ss.

<sup>231</sup> Così, gli Statuti di Padova, *Statuti del comune di Padova dal XII all'anno 1285*, Padova, 1873, al capitolo 113 prevedevano che il podestà dovesse consentire l'esecuzione delle sentenze che non fossero state sospese ovvero che non fossero «*contra legem vel probatum usum vel statutum*», supponendo che questo vizio potesse essere fatto valere senza limiti di tempo; i *Constitutum usus Pisanae civitatis* (1241 – 1281), al capitolo tre prevedevano sicuramente due casi di nullità insanabile: «*sententia contra partem absentem data*» e «*contra Constitutum*». Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 103.

<sup>232</sup> Così gli Statuti di Cesena, cit., I, *De sententiis executioni mandandis*. In senso analogo gli Statuti di Ferrara del 1566, *Statuta urbis Ferrariae nuper reformata*, Ferrariae, 1567, II, 72, prevedevano che potessero essere fatte valere in via di eccezione solo le nullità notorie. Lo Statuto di Verona del 1450, *Statutorum magnificae civitatis Veronae libri quinque*, cit., il quale al capitolo 117 escludeva la possibilità di far valere la nullità tanto in via di azione che di eccezione decorso il termine per l'impugnazione di nullità, ma al capitolo 107 dichiarava *nulla ipso iure* la sentenza pronunciata senza *iurisperiti consilium*. Analogamente negli Statuti di Milano del 1498, *Leges et statuta ducatus Mediolanensis*, Mediolani, 1616, 27, veniva considerata *nulla ipso iure* la sentenza emessa senza *Sapientis consilio*. Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 104 s.

fosse trattato di ipotesi qualificabili di *notoriae nullitatis*: in tal caso «*executione indilate procedatur cuiusque nullitati etiam notoriae exceptione non attentata*»<sup>233</sup>.

Il procedimento che ne seguiva si svolgeva davanti al giudice superiore, come un'impugnazione, ma la pronuncia di nullità non aveva effetto devolutivo: il giudice conosceva della nullità solo al fine di decidere della legittimità dell'esecuzione, senza procedere ad un nuovo giudizio. Quanto all'effetto sospensivo, esso era subordinato a delle condizioni: «*praestitio sacramento calumniae a parte opponente et satisfactione de reficiendis expensis*». Fatta opposizione si aveva un breve termine per provare la fondatezza della propria eccezione. La sentenza conclusiva non era soggetta ad alcuna impugnazione se affermava la validità della precedente sentenza e, quindi, la legittimità dell'esecuzione.

Progressivamente, quindi, anche sotto questo diverso profilo, venne demolito il principio romano per cui la sentenza nulla equivaleva ad un atto inesistente. Il tutto non avvenne espressamente, ma attraverso limitazioni e distinzioni che, in conclusione, attribuirono un significato nuovo ad istituti che recavano ancora la denominazione romana.

La penetrazione del concetto di annullabilità avvenne già nella legislazione canonica precodicistica grazie all'influenza del diritto statutario ed alla commistione della querela con l'appello; anche se il diritto canonico fu più resistente al concetto di sanabilità del vizio. Infatti, nel diritto canonico precedente alla codificazione del 1917 si avevano tre strade per rivendicare la nullità: la *querela nullitatis* da proporre nel breve termine di dieci giorni; l'*actio nullitatis* soggetta agli ordinari termini di prescrizione propri delle altre azioni, ovvero trent'anni, a meno che non si riferisse a casi *in quibus vertitur periculum animae* ovvero ad altre nullità per legge assolutamente insanabili; ma rimaneva

<sup>233</sup> Così gli Statuti Ferraresi, *Statuta urbis Ferrariae nuper reformata*, cit., vol. II, 66 e analogamente gli Statuti della città di Bergamo, *Statua magnificae civitatis Bergomi*, a cura di Riccius, Bergamo, 1727, vol. II, 84, dove si specifica: «*et quod lata sententia definitiva, quantenus esset confirmata prima, superinde non possit ulterius per aliquam partium ab ipsa sententia appellari, querellari, nec nulla dici aliquovis modo; nisi de nullitate constet per aliquod statutum Comunis Bergomi*». Vedi A. SKEDL, *op. cit.*, 106 ss.

ancora l'*exceptio nullitatis* imprescrittibile in virtù del brocardo latino *ea quae agendum sunt temporalia ad excipiendum sunt perpetua*<sup>234</sup>.

## 10. Conclusioni

Nell'originario contenitore della nullità erano ricompresi senza distinzione di sorta, vizi dovuti al difetto di composizione del giudice, alla mancanza di capacità o potere del giudice, le omissioni, le inversioni o le perversioni del procedimento, nonché la mancanza nel provvedimento decisorio dei requisiti intrinseci e del subprocedimento che conduceva alla sua emanazione. Nullo era qualsiasi provvedimento che violasse la legge processuale o sostanziale che fosse, con un trattamento incolore: l'inesistenza.

Questo sistema avrebbe dovuto consentire un maggior controllo sull'operato del giudice, ma dall'altra parte il processo era fertile terreno per il proliferare delle astuzie degli avvocati, lungo ed articolato come era.

Il cosiddetto *ordo iudiciarius*, il cui scrupoloso rispetto avrebbe dovuto naturalmente condurre ad una decisione equa, in pratica non dava alcuna assicurazione di stabilità del giudizio, per l'ovvia ragione che si trattava di regole variabili a causa della molteplicità delle fonti che interagivano tra di loro.

Con il complicarsi dei rapporti di diritto sostanziale, il processo si evolse di conseguenza, per rispondere all'esigenza di certezza del giudizio. Questo fu lo stimolo che generò il concetto di sentenza invalida, ma esistente, se non annullata, irretrattabile.

Per conseguire tale risultato si agì su due fronti: in primo luogo, la divisione delle nullità in più gravi, quindi insanabili, e in meno gravi, quindi sanabili; in secondo luogo, si operò una progressiva limitazione del tempo e degli strumenti per contestare la nullità.

Mancava ancora la demarcazione netta tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*, perché non era ancora ben chiara l'idea che le forme processuali fossero solo uno strumento nelle mani delle parti per far valere i loro diritti, non un valore in sé. Questo ulteriore passo in avan-

<sup>234</sup> F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, 133 ss. e 149 ss.

ti si fece, come vedremo, successivamente, all'epoca delle grandi codificazioni.

## CAPITOLO II

### LE MODERNE CODIFICAZIONI

SOMMARIO: 1. Il diritto comune francese. – 2. Dall'*ordo iudiciarius* al *processus*. – 3. La disciplina degli *errores in procedendo* nel *Code Louis*. – 4. (... segue) *Demande en cassation*. – 5. Le riforme della giustizia civile nell'epoca della Rivoluzione francese: la semplificazione dell'ordinamento giudiziario e delle forme processuali. – 6. (... segue) La legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia. – 7. La disciplina del processo e delle sentenze nel *code de procédure civile français*. – 8. (... segue) La nullità della sentenza e degli atti processuali. – 9. La disciplina della nullità nei codici preunitari. – 10. (... segue) L'invalidità della sentenza e dei provvedimenti interlocutori. – 11. (... segue) La questione dell'impugnazione delle ordinanze del presidente del tribunale, del giudice commesso e del giudice di mandamento nel codice di procedura civile per gli Stati Sardi. – 12. Conclusioni.

#### 1. *Il diritto comune francese*

Una svolta nella disciplina del processo si ha con l'inizio dell'era delle codificazioni. Una particolare attenzione si vuole prestare all'esperienza francese, culminata nel XIX secolo con il *Code Napolen*, perché esso ha costituito il modello al quale si sono ispirati i codici preunitari e il codice di procedura civile del Regno d'Italia.

Prima dell'affermazione del principio della statualità della procedura, all'epoca del diritto comune, in Francia al pari che nel resto d'Europa si trovano una pluralità di giudici e di giurisdizioni, ognuno con il proprio rito, nato dalla combinazione di regole scritte e prassi dei tribunali, con un considerevole apporto dell'elaborazione dottrinale<sup>1</sup>.

Le spinte autonomiste dei grandi feudatari e dei signori si manife-

<sup>1</sup> Il diritto comune francese era un diritto consuetudinario di origine germanica, a differenza del diritto italiano di ispirazione romano-imperiale, vedi G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 29 ss.

stava in ogni settore, anche nella gestione della giustizia. Se in teoria essi erano fatti partecipi dell'esercizio di un potere di pertinenza regia, in pratica si comportavano come esclusivi titolari della giurisdizione nel loro territorio e la esercitavano attraverso una fitta rete di delegati<sup>2</sup>. All'atto di emettere la sentenza, poi, essi erano interpreti e insieme creatori della norma di diritto, ricavabile da diverse fonti.

I giudici delegati e i loro subdelegati si trasformarono con il tempo in *officiales ordinari*, sostanzialmente inamovibili; anzi, la loro carica veniva considerata una proprietà trasmissibile e alienabile al pari di qualsiasi altro bene.

A complicare il quadro vi erano le altre forme di giustizia che si affiancavano e sovrapponevano a quella feudale e signorile, quali l'ecclesiastica e la mercantile, espressione di altre comunità sociali organizzate.

Al vertice dell'ordinamento giudiziario vi erano le Corti supreme, le *Cours de Parlement* o *Parlements*, nella versione più evoluta in numero di quattordici e dislocate su tutto il territorio nazionale. Esse furono originariamente emanazione della curia regia, con il compito di aiutarla a controllare i giudici inferiori, ma con il tempo si resero autonome. Anzi, di frequente si contrapposero al potere sovrano in nome della difesa dei principi e delle regole della comunità nazionale.

I *Parlements* avevano facoltà di veto che esercitavano mediante il potere di *vérification* e di *enregistrement* degli editti regi. Se ritenevano che un atto del re fosse contrario ai diritti inviolabili di cui si ergevano custodi, potevano rifiutare la registrazione e sollevare delle rimostranze al sovrano. Finché non fosse avvenuto il formale *enregistrement*, l'editto regio non era applicabile nel territorio del Parlamento<sup>3</sup>. In verità, i tribunali supremi grazie al ruolo di giudici di ultima istanza, in nome dell'esigenza di unificare il diritto, pretendevano di stabilire quali procedimenti e quali norme fossero cogenti<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Si rinvia per un quadro completo sull'ordinamento giudiziario e sull'esercizio della giurisdizione nella Monarchia francese a: A.A.V.V., *I motivi al Codice di Procedura Civile*, cit., 5 ss.; G. TARELLO, *op. cit.*, 49 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., 105 ss.

<sup>3</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione*, cit., vol. I, 291 ss.

<sup>4</sup> G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, Firenze,

Alla fine i gradi di giurisdizione potevano arrivare fino a cinque o sei.

L'appello era proponibile al giudice gerarchicamente superiore. A differenza dell'appello romano, potevano essere fatti valere tanto vizi di giudizio che di legittimità. Si poteva arrivare fino alle corti superiori le cui sentenze erano inappellabili.

Si avevano, poi, due mezzi di impugnazione straordinari, la *requête civile* e la *proposition d'erreur*, che consentivano di ricorrere direttamente al sovrano. Questi due rimedi furono creati per contrastare gli atti di resistenza o i tentativi di ribellione delle Corti supreme. In alcuni casi, infatti, il sovrano interveniva per modificare l'andamento di un processo o, addirittura, per avocare la causa a sé: mentre i giudici di rango inferiore si mostravano ossequiosi degli ordini del monarca, i *Parlements* non di rado si ribellavano al volere regio e decidevano egualmente la causa, considerando l'esercizio della giurisdizione una loro prerogativa<sup>5</sup>. Perciò, annullando la loro decisione, il re riportava l'ordine e garantiva l'unitarietà della funzione giurisdizionale.

La *proposition d'erreur* era data esclusivamente contro le sentenze delle corti supreme per rimediare agli *errores in iudicando*. La *requête civile*, invece, era concessa sia contro le sentenze inappellabili fin dall'origine che contro le sentenze di ultima istanza. Essa nacque come rimedio di equità, esperibile, al pari della *restitutio in integrum*, tutte le volte in cui la sentenza risultasse ingiusta, seppur valida dal punto di vista dello stretto diritto.

In entrambi i casi, quando il sovrano accoglieva il ricorso, dava ordine al giudice *a quo* di procedere ad una nuova trattazione della causa. La differenza tra i due rimedi era che nel giudizio che seguiva: infatti, nel primo caso si decideva sulla base degli atti del primo procedimento; mentre nel secondo caso erano possibili nuove allegazioni e nuove richieste istruttorie.

1977, 447 ss.; N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, Ordonnance civile, 1667, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 1996; U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, introduzione ai *Codici napoleonici*, 1) *Codice di procedura civile*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2000, 10 ss.; I. BIRROCCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, 51 ss. e 85 ss.

<sup>5</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 294 s.

Nella pratica, la *requête civile* divenne lo strumento per far valere la nullità per violazione di legge delle sentenze non appellabili o non più appellabili<sup>6</sup>.

## 2. Dall'ordo iudiciarius al processus

L'affermazione della sovranità del monarca nella Francia dell'*Ancien Régime*, significò non solo riconoscere che non vi era nessun'altra autorità superiore, ma soprattutto essa rappresentò la reazione alle spinte autonomistiche dei feudatari e dei signori locali, nonché dei *Parlements*<sup>7</sup>.

La lotta per la costruzione della Nazione iniziò combattendo la frammentazione normativa con vari tentativi di ordinare la moltitudine delle consuetudini locali<sup>8</sup>. Il re si voleva imporre come l'unica fonte del diritto, perché conseguenza diretta del suo monopolio era la riduzione dei giudici a meri esecutori della legge<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 264 ss.; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 55 ss.

<sup>7</sup> Il giurista e filosofo francese J. BODIN (1529 – 1596), autore de *Les six livres de la République*, 1583, a cura di G. Mairet, Paris, 1993, elaborò in quell'epoca la nozione di sovranità, ispirandosi al concetto di *imperium* romano. La sovranità è un insieme di poteri, tra i quali quello di legiferare e la giurisdizione, intesa dal filosofo come nomina delle più alte magistrature e determinazione delle loro competenze. Su questa opera di Bodin vedi D. MAROCCO STUARDI, *La République di Jean Bodin. Sovranità, governo, giustizia*, Milano, 2006, *passim*.

<sup>8</sup> V. BIROCCHI, *op. cit.*, 105 ss.

<sup>9</sup> Il passaggio dall'osservanza del diritto naturale o divino al riconoscimento del solo diritto positivo si coglie nell'opera di Bodin. Il giurista riconosceva in linea di principio la sottoposizione del magistrato al re, ma salvaguardava il diritto alla rimostranza davanti a comandi illegittimi, cioè contrari alla legge divina. Tuttavia, se nonostante la protesta il principe avesse ordinato che si procedesse lo stesso, il magistrato avrebbe dovuto eseguire l'ordine. J. BODIN, *Les six livres de la République*, cit., vol. III, 3, 166: «*Puisque le Magistrat, après le souverain, est la personne principale de la République, et sur lequel se déchargent ceux qui ont la souveraineté, lui communiquant l'autorité, la force et la puissance de commander, c'est bien raison devant que passer outre, de toucher brièvement quelle obéissance il doit au Prince souverain, [ce] qui est la première partie de son devoir. Différence entre le Prince, le Magistrat et le particulier. Et la différence est à remarquer entre le Prince souverain, les Magistrats et les particuliers,*

In questo percorso, una tappa fondamentale furono le *Ordonnances* di Luigi XIV, relative a vari rami del diritto. Si trattò, perlopiù, di riorganizzare e razionalizzare prassi consolidate, su cui si volle apporre il sigillo regio, ma dietro a quest'opera c'era una differente filosofia: la consuetudine poteva essere legge se e nei limiti in cui tale fosse riconosciuta dal potere legislativo centrale.

Nel 1667 fu emanata l'*Ordonnance civile*, il cd. *Code Louis*<sup>10</sup>, con-

*d'autant que le souverain n'a rien plus grand ni égal à soi, voyant tous les sujets sous sa puissance; le particulier n'a point de sujets sur lesquels il ait puissance publique de commander; mais le Magistrat, soutenant plusieurs personnes, change souvent de [p. 281] qualité de port, de visage, de façon de faire et, pour s'acquitter de sa charge, il est besoin qu'il sache comment il faut obéir au souverain, ployer sous la puissance des Magistrats supérieurs à soi, honorer ses égaux, commander aux sujets, défendre les petits, faire tête aux grands, et justice à tous .... Or, jamais le Magistrat ne doit être prié, pour faire son devoir, ni déprié pour ne faire chose qui soit inique et déshonnête, comme disait Caton le Censeur; [ajoutons] aussi que le commandement est incompatible avec les prières. Donc, pour résoudre ce point – si les lettres du Prince n'attribuent aucune connaissance au Magistrat, ni du fait, ni du droit, [mais] seulement [si] l'exécution lui en est donnée – le Magistrat n'en peut prendre aucune connaissance, si les lettres ne sont notoirement fausses, ou nulles, ou contre les lois de nature, [p. 286] comme si le Prince commandait aux Magistrats de faire mourir les innocents, ou tuer les enfants, ainsi que Pharaon et Agrippa, ou de voler et piller les pauvres gens, comme de notre âge le Marquis Albert, entre ses nobles cruautés, faisait planter des gibets aux villes qu'il avait forcées, et commandait aux soldats de piller et voler les habitants sur peine d'être pendus, [bien] qu'il n'eût cause véritable, ni vraisemblable de prendre les armes. Or, si le sujet d'un seigneur particulier ou justicier n'est pas tenu d'obéir en termes de droit, si le Seigneur ou le Magistrat passe les bornes de son territoire, ou de la puissance qui lui est donnée, [quoique] la chose qu'il commande fût juste et honnête, comment serait tenu le Magistrat d'obéir, ou d'exécuter les mandements du Prince en choses injustes et déshonnêtes? Car en ce cas, le Prince franchit et brise les bornes sacrées de la loi de Dieu et de nature. Si on ne dit qu'il ne se trouvera point de Prince si mal appris, et n'est pas à présumer qu'il voulût commander chose contre la loi de Dieu et de nature, il est vrai: car [celui-là] perd le titre et l'honneur de Prince, qui fait contre le devoir de Prince. Nous avons montré par ci-devant que le Prince ne peut rien contre la loi de nature, et touché les distinctions qu'on peut faire ès lois humaines, et que veut dire la puissance absolue, et quel poids a la clause des lettres patentes, Tel est notre plaisir, qui peuvent éclaircir la question touchant l'obéissance du magistrat envers le Prince, [question] qui [ne] dépend aucunement de la puissance du Prince sur le magistrat, en laquelle nous ne voulons entrer, [mais] seulement remarquer le devoir du magistrat en l'exécution des mandements du souverain».*

<sup>10</sup> *Code Louis, Ordonnance civile*, 1667, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e*

siderato l'archetipo di tutte le moderne codificazioni europee, con lo scopo ambizioso di ridisegnare organicamente l'intera disciplina processuale.

Nello spirito del *Code Louis*, la normativa processuale, come quella sostanziale, aveva un'unica e comune origine: venne escluso qualsiasi riferimento a principi di diritto naturale, a regole di ragionamento, a valori extratestuali, che davano spazio all'estro creativo di giurisprudenza e dottrina. Il processo divenne solo quello regolato dal diritto positivo, come legittimo era solo l'atto conforme alla legge<sup>11</sup>.

Il disposto del codice è inequivocabile in tal senso. All'art. 1 del titolo I, si legge: «*Voulons que la présente ordonnance, et celles que nous ferons ci-après, ensemble les édits et déclarations que nous pourrons faire à l'avenir, soient gardées et observées par toutes nos cours de parlement...*»; all'art. 42, titolo XXXV: «*Abrogeons les propositions d'erreur, et défendons aux parties de les obtenir; et aux juges de les permettre à peine de nullité, et de tous dépens, dommages et intérêts*».

Il giudice nel progetto del codice doveva essere la mera «*bouche de la loi*» per usare un'espressione di Montesquieu<sup>12</sup>. Perciò, l'art. 7 del titolo I escludeva la facoltà del giudice di interpretare la legge anche se ci fosse stata difficoltà nell'eseguirla e gli si imponeva di attenersi all'intenzione del legislatore/sovrano<sup>13</sup>.

*documenti per la storia del processo*, Milano, 1996, con introduzione di N. Picardi; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba*, cit., 129 s.

<sup>11</sup> N. PICARDI, *op. cit.*, 224 ss.

<sup>12</sup> J.B. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1748, nella traduzione di B. Boffito Serra, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1967.

<sup>13</sup> Art. 7, titolo I: «*Si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours de parlement et autres nos court, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles, de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention*». Il divieto di *interpretatio* e il *référé au législateur* dell'*Ancien Régime* aveva il chiaro scopo politico di ridurre i *Parlements* all'obbedienza. Questo tentativo del re stortì come prevedibile uno scarso successo: impossibile era eliminare l'interpretazione soprattutto nei casi dubbi, perché l'alternativa sarebbe stata il diniego di giustizia. Vedi G. TARELLO, *op. cit.* 67 ss.; N. PICARDI, *Introduzione*, cit., 26 ss.; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005, 1 ss. in particolare 12, il quale mette in evidenza come il divieto di *interpretation* e *référé au législateur*

La sanzione prevista per la violazione delle disposizioni dell'*Ordonnance* e degli altri atti regi era la nullità della sentenza o del provvedimento e la responsabilità del giudice per i danni causati (art. 8, tit. 1)<sup>14</sup>. Ancora non si faceva alcuna distinzione tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*: dava tutto indistintamente luogo a nullità<sup>15</sup>; intanto, però, veniva introdotto il principio per cui le nullità erano solo quelle previste dalla legge.

Allo stesso tempo si voleva limitare la libertà d'azione delle Corti del Parlamento, imponendogli di procedere immediatamente alla pubblicazione ed alla registrazione delle ordinanze (art. 2, tit. I), stabilendo che le eventuali rimostranze successive non avessero effetto sospensivo (art. 3, tit. I) e, infine, che le ordinanze entrassero in vigore il giorno stesso della pubblicazione (art. 4, tit. I).

Di questo lavoro si deve apprezzare soprattutto il cambio di marcia che ha segnato nella regolamentazione della procedura, perché nella pratica con esso non si raggiunsero appieno gli scopi prefissati, primo fra tutti la sottomissione del potere giudiziario. Anzi, alla morte di Luigi XIV nel 1715, ripresero le rimostranze e l'opposizione parlamentare; addirittura si rafforzarono: nel XVIII secolo, in epoca prerivoluzio-

dell'*Ancien Régime* abbiano anticipato le dottrine giuridiche dominanti nell'illuminismo, «...in quanto tali istituti si potevano collegare sia alla concezione della legge quale fonte esclusiva del diritto sia al principio di separazione dei poteri che postulava un ruolo "neutro" della giurisdizione».

<sup>14</sup> Art.8, tit. I: «*Déclaration tous arrêtés et jugemens qui servent donnés contre la disposition de nos ordonnances, èdits et declarations, nuls et de nul effet et valeur; et les juges qui les auront rendus, responsables des dommages et intérêts des parties, ainsi qu'il sera par nous avisé*». V. anche la precedente *Ordonnance de Blois* del 1579 all'art. 208 stabiliva: «*declarant les jugement, sentences et arrêtes qui seront donnez contre la forme et teneur d'icelles nuls et nul effet et valeur*».

<sup>15</sup> In proposito osserva P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 302: «... quando i re francesi stabilivano la nullità delle sentenze rese in contravvenzione alle ordinanze, non intendevano distinguere tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, tra violazioni di leggi relative al processo e violazioni di leggi concernenti il merito; anzi, per meglio dire, non solo non distinguevano tra le due categorie di vizi, ma addirittura concepivano ogni violazione di ordinanze con un *error in procedendo*, come un *atto* contrario alla ordinanza, in quanto, l'ordinanza comandava di *agire* in un modo diverso da come aveva agito».

zionaria, i *Parlements*, dapprima isolati, arrivarono ad unirsi in un corpo politico nazionale contrapposto al sovrano<sup>16</sup>.

### 3. La disciplina degli errores in procedendo nel Code Louis

Con il *Code Louis* si cercò di semplificare il processo ordinario e di renderlo più spedito, stabilendo delle precise preclusioni. Contestualmente si vietò il ricorso all'*instructions à la barre*, un procedimento semplificato molto utilizzato nella prassi, dati gli ingorghi che creava la procedura ordinaria<sup>17</sup>.

Il processo disciplinato dall'*Ordonnance* iniziava con le scritture preparatorie seguite da una sola possibilità di replica. Vennero abolite, infatti, le duplici e triplici repliche previste nel processo dello *ius commune* francese, che consentivano agli avvocati di abusare della fase preliminare (artt. 2-3, tit. XIV)<sup>18</sup>.

L'art. 1 del titolo XIV stabiliva, a pena di nullità e di un'ammenda, la regola che si passasse all'udienza orale senza giuramento e senza possibilità di ulteriori modifiche o precisazioni di quanto detto con «*un simple acte signé du procureur et signifié*». Come indicato dalla rubrica del titolo XIV, questo era il momento della *contestation en cause*.

Si proseguiva, quindi, con la fase istruttoria, che venne disciplinata secondo principi parzialmente diversi rispetto a quelli dell'*ordo*: fu fissato definitivamente il primato della prova scritta, il principio dell'onere della prova, mantenuto il principio del contraddittorio, ma si virò decisamente verso un sistema inquisitorio<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> V. P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 292 s.; N. PICARDI, *Introduzione*, cit., 25 s.; ID., *Il bicentenario del codice di procedura civile napoleonico ed il monopolio statale della giurisdizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 3, 7 ss.

<sup>17</sup> Si trattava di una procedura che si svolgeva davanti al giudice delegato in cui veniva sostanzialmente eliminato il dibattimento orale, perché dagli scritti preparatori si passava direttamente alla fase decisoria. Vedi N. PICARDI, *Introduzione*, cit., 33 ss.

<sup>18</sup> Si è già parlato dell'abuso di *positiones* ed *exceptiones* nell'*ordo iudiciarius*, proponibili ben oltre il termine della *litiscontestatio*, con l'effetto di ampliare l'oggetto del giudizio e ritardare la definizione della causa.

<sup>19</sup> La conclusione di questo processo avvenne con l'*Ordonnance criminelle*, 1670, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano,

La risoluzione di qualsiasi questione incidentale, come la disposizione dei mezzi di prova, anche d'ufficio, aveva luogo con sentenza.

Secondo le intenzioni del legislatore, il procedimento per la pronuncia della sentenza doveva essere più semplice, ben lontano dal rito ricco di formalità proprio del processo del diritto comune. A tal proposito, l'art. 7 del titolo XXVI (*De la forme de procéder aux iugemens, et des prononciations*) sanciva: «*Abrogeons en nos cours, et dans toutes juridictions, les formalités des prononciations des arrêtés et jugemens, et des significations ...*».

Si davano poche indicazioni sulla forma e sul contenuto della sentenza: al termine dell'udienza pubblica il presidente firmava il testo redatto dal relatore (art. 5); la sentenza doveva recare la data del giorno in cui era stata emessa, nonché la sottoscrizione del relatore (art. 8); si specificava, infine, la necessità della liquidazione delle spese (art. 6). Nulla veniva detto sulla motivazione della sentenza.

La sentenza era appellabile tanto per motivi di merito che di legittimità.

L'art. 42 del titolo XXXV abrogò la *proposition d'erreur*, mentre al titolo XXXV disciplinò dettagliatamente la *requête civile*, per far valere i vizi di legittimità delle sentenze non più appellabili (art. 2).

Legittimate ad impugnare con la *requête civile* erano le parti costituite ed i loro eredi e successori, nonché il contumace (artt. 1 e 3): le prime nel termine di sei mesi che decorreva da momenti diversi a seconda del vizio (artt. 5 e 13); il secondo nel termine di otto giorni dalla notificazione della sentenza (art. 3).

Il relativo procedimento iniziava mediante la presentazione di una *lettre en forme de requête civile* da parte di due avvocati anziani in unione con l'avvocato relatore (artt. 1 e 13); tutti gli argomenti di parte dovevano essere esplicitati nella *lettre* (art. 31). La presentazione dell'istanza non comportava la sospensione dell'esecuzione del prov-

1996. Vedi A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, ristampa, Milano, 1971, 223 ss.; ID., *Ordine isonomico e ordine asimmetrico*, cit., 87 ss.; ID., voce *La Prova (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, vol. XXXVII, 654 ss.; N. PICARDI, *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislazione e scienza della legislazione*, Napoli, 1987, 241 ss.; ID., voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 101 ss.

vedimento (art. 18). Il procedimento si svolgeva davanti al giudice che aveva emesso il provvedimento viziato (artt. 20 ss.), a meno che non si trattasse di una sentenza di un *Parlement* in contrasto con un'altra sentenza di una Corte di pari grado, perché in questa ipotesi la causa veniva affidata al *Grand Conseil* del sovrano (art. 24).

La richiesta veniva esaminata senza entrare nel merito della causa (art. 37), perché scopo del procedimento era solo quello di "cassare" il provvedimento viziato.

I motivi di impugnazione erano espressamente elencati negli artt. 34 e 35: dolo personale; violazione della disciplina del procedimento; mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato; contrarietà ad un precedente giudicato; mancata comunicazione della causa all'avvocato in materie pubbliche (art. 34); mancata difesa a favore della Chiesa o comunità di minori (art. 35).

Dopo l'eliminazione della sentenza si poteva affrontare di nuovo il merito nel procedimento che iniziava da capo, con la possibilità di introdurre ulteriore materiale per la decisione della causa.

Tre notazioni appaiono rilevanti ai fini dell'indagine. La prima: il mancato rispetto di forme e di presupposti processuali non dava luogo ad un provvedimento inesistente, ma ad un atto esistente ed annullabile mediante impugnazione. La seconda: le nullità, che non venivano sanate nel corso del procedimento, si trasmettevano alla sentenza, che risultava conseguentemente viziata in via derivata<sup>20</sup>. La terza: era parzialmente differente il trattamento delle nullità per violazione di norme sostanziali dalle nullità per *errores in procedendo*; entrambe potevano essere fatte valere con appello, ma per le seconde vi era un ulteriore mezzo di impugnazione, analogo alla querela di nullità. Infatti, i motivi della *requête civile* erano riconducibili a vizi processuali, tranne "il dolo personale", che, comunque, di per sé non rappresentava un *error in iudicando*,

<sup>20</sup> Eccezione a questa regola generale era la nullità dell'atto citazione, che si considerava sanata con la comparsa del convenuto per raggiungimento dello scopo. Così, fu più tardi anche nel codice sardo, vedi il commento di F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, Prato, 1878, vol. I, 404 s.

## 4. (... segue) Demande en cassation

Non si trovava nel *Code Louis* la disciplina della *demande en cassation*<sup>21</sup>.

Il principio della nullità degli atti *contra legem* legittimava l'intervento sovrano per annullare qualsiasi provvedimento che fosse contrario al diritto regio. Tale compito poteva essere svolto dal consiglio del re di sua iniziativa, anche se ben presto i privati cominciarono a sollecitarne l'intervento con una *demande en cassation*.

Si trattò, ancora una volta, di uno strumento politico che sfruttava l'insoddisfazione dei sudditi per controllare l'operato dei *Parlements*, resistenti a piegarsi alla legislazione sovrana e pervenire, per tale via, allo stralcio delle loro decisioni illegittime. Traccia di questo istituto si trova nei regolamenti del consiglio regio.

Inizialmente la commistione tra aspetto politico e giurisdizionale era più evidente perché il *Grand Conseil* o *Conseil du roi* si occupava tanto di affari politici che di questioni giudiziarie nella stessa composizione; in seguito (1578), le due funzioni furono separate e attribuite a due diverse sezioni, il *Conseil d'État* ed il *Conseil des parties*. Nonostante ciò, nella Francia dell'*ancien régime* la *demande en cassation* rimaneva un ricorso ad un organo politico. In teoria, al sovrano dovevano essere riportate tutte le decisioni, pur non potendo egli agire senza l'avviso del consiglio. Infatti, egli avrebbe dovuto presiedere ciascuna delle due sezioni, anche se in pratica la direzione delle sedute era lasciata a suoi funzionari esperti di diritto<sup>22</sup>.

L'istanza delle parti richiedeva il rispetto di formalità stringenti – pena il rigetto in rito – e doveva essere proposta entro un termine ben preciso. In teoria, sia che la domanda fosse giustificata da *errores in iudicando* che *in procedendo*, il *Conseil* si limitava ad appurare che la decisione non fosse contraria alle ordinanze regie, senza sindacare la giustizia o meno del giudicato. In pratica, di frequente, questo principio veniva arbitrariamente non applicato ed all'atto di cassare si davano indicazioni anche sul merito.

<sup>21</sup> Vedi P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 313 ss. e 355 ss.

<sup>22</sup> Per approfondimenti: R. MOUSNIER, *Le Conseil Du Roi De Louis XII a La Revolution*, PUF, 1970, *passim*.

Il procedimento che seguiva quando la sentenza veniva annullata, si svolgeva davanti allo stesso giudice in caso di violazione di norme sul procedimento, mentre avveniva davanti ad un giudice diverso in caso di inosservanza o travisamento di norme di diritto sostanziale. In ogni modo, il giudizio si doveva ripetere da capo.

*5. Le riforme della giustizia civile nell'epoca della Rivoluzione francese: la semplificazione dell'ordinamento giudiziario e delle forme processuali*

Nonostante gli interventi legislativi dei monarchi, nella Francia prerivoluzionaria esisteva ancora un sistema frammentato che non garantiva affatto tutela dei diritti alla generalità dei sudditi<sup>23</sup>.

L'incertezza riguardava, innanzitutto, la disciplina sostanziale, sia per la permanenza della pluralità di fonti, sia per le differenti interpretazioni delle norme di matrice statale da parte dei differenti *Parlements*, ognuno con l'aspirazione ad essere sovrano nel proprio territorio.

Dall'altro lato, la riorganizzazione del sistema giudiziario non aveva eliminato la molteplicità di giurisdizioni e i molti gradi di giudizio. Le forme processuali, ancora troppo complesse e differenti da giudice a giudice, erano spesso causa di errori, sanzionati con la nullità, con la conseguenza di rendere difficoltosa la chiusura del processo con una decisione di merito. Ciò a tutto vantaggio degli avvocati che usavano i cavilli procedurali per aumentare i propri guadagni. Infine, i costi del processo gravavano perlopiù sui privati e lo rendevano inaccessibile alla maggior parte della popolazione.

Perciò, la questione della giustizia era sentita come prioritaria dalle classi sociali che furono protagoniste della rivoluzione francese.

<sup>23</sup> Questo stato della giustizia era denunciato dal cancelliere H.F. D'AGUESSEUE, *Mémoire sur les vues générales que peut avoir pour la réformation de la justice*, in H.F. D'Aguesseau, *Oeuvres complètes*, Paris, 1819, 1, 200 ss. Vedi: U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico*, cit., 17 ss.; N. PICARDI, *Il bicentenario del codice di procedura civile napoleonico*, cit., 11 ss.

Il 9 luglio 1789 venne ufficialmente istituita la prima Assemblea Costituente della storia francese, dopo che i rappresentanti del terzo Stato si erano già organizzati in Assemblea Nazionale.

Come risulta dalla legge dell'agosto 1790, l'Assemblea Costituente si pose come propositi: la revisione di tutte le leggi civili, con formazione di un codice di disposizioni semplici e chiare (art. 19); la riforma del processo civile, per renderlo snello, veloce e meno costoso (art. 20)<sup>24</sup>.

Dietro l'operato dell'Assemblea Costituente si possono scorgere le idee di Montesquieu. Il fulcro della sua teoria si individua nella necessità che i tre poteri fondamentali dello Stato non siano posti nelle mani della stessa persona o degli stessi organi, affinché sia garantita la libertà politica per ogni cittadino<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Legge 16-24 agosto 1790, in *Collection complète des lois promulguées sur les de l'Assemblée nationale, depuis le 3 novembre 1789*, Paris, 1791, III. Vedi le riflessioni di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 35: «La semplificazione dei sistemi giuridici richiedeva che si verificassero tre condizioni, e precisamente: a) che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; b) che il diritto riformulato con criterio economico (sotto il profilo formale) non fosse assolutamente un'aggiunta al diritto precedentemente vigente, ma fosse abrogativo di quest'ultimo, ed escludesse eterointegrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; c) che il contenuto del diritto riformulato e non eterointegrabile consentisse il massimo di semplificazione».

<sup>25</sup> J.B. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., lib. XI, cap. V e VI: «... quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà perché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. Non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo o dall'esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario: infatti, il giudice sarebbe legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di oppressore». In precedenza: J. LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government*, 1690, nella traduzione di A. GIALLUCA, *Il secondo trattato sul Governo*, Milano, 1998, cap. XII, individuava due dei tre poteri che costituiscono la base dello Stato moderno: il potere di legiferare e quello di attuare le leggi, limitandosi a constatare che spesso i due poteri erano separati tra di loro. A questi due poteri aggiungeva il potere federativo, cioè il potere di costituire alleanze. Sull'opera di Montesquieu vedi I. BIROCCHI, *op. cit.*, 397 ss. in particolare 405: «In definitiva Montesquieu, lungi dal disegnare un'architettura di governo stabilita attraverso organi separati e reciprocamente indipendenti, prospet-

Il legislatore era lo stesso popolo rivoluzionario riunito in assemblea, il quale volontariamente si sottoponeva alle proprie leggi, dopo essersi spogliato delle vesti di legislatore<sup>26</sup>. Il giudice era sì indipendente dal potere esecutivo e dal legislativo, ma doveva limitarsi ad applicare la legge, senza esercitare alcuna attività normativa.

In verità, gli atti legislativi di maggiore importanza furono volti a smantellare i privilegi del vecchio apparato giudiziario e a sottoporlo a controllo.

In primo luogo, nel decreto dell'agosto 1789 furono aboliti i diritti feudali e con essi la giurisdizione signorile<sup>27</sup>.

Con il decreto 16-24 agosto 1790<sup>28</sup> venne promulgata la prima legge rivoluzionaria sull'ordinamento giudiziario, alla quale seguirono la prima Costituzione rivoluzionaria 13-14 settembre 1791, la prima Co-

tava un sistema di distribuzione dei poteri che funzionava attraverso contrappesi; l'attività degli organi doveva svolgersi secondo il principio di non confusione, ma il disegno prevedeva che i diversi organi avessero un elemento in comune. Come indica il problema stesso – quello della libertà – da cui muoveva la costruzione di Montesquieu, questa era pensata semplicemente come strumento contro il dispotismo. Fu successivamente che la teoria della “separazione dei poteri” venne assunta come una coerente architettura formale e interpretata a sua volta come strumento istituzionale della lotta politica tra monarchia costituzionale e democrazia. Il suo uso più importante è quello proposto nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 (art. 16): “ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione”. Teoricamente il risultato complessivo avrebbe dovuto portare all'inazione, ma Montesquieu riteneva che “per il necessario movimento delle cose” i tre poteri sarebbero stati “costretti ad andare avanti di concerto”».

<sup>26</sup> Si scorge l'influenza sulla borghesia rivoluzionaria del pensiero liberale di J. LOCKE, *op. cit.*, cap. 22: «La libertà dell'uomo in società consiste nel non essere soggetto a nessun altro potere legislativo che non sia quello stabilito per comune consenso nello Stato; nel non essere soggetto al dominio di alcuna volontà o alla limitazione di alcuna legge che non sia quella che il legislatore promulgherà, conformemente al mandato affidatogli ... la libertà degli uomini sotto un governo consiste nell'aver una stabile norma in conformità alla quale vivere, comune a tutti i membri della società e fatta dal potere legislativo ivi istituito; è la libertà di seguire la mia volontà in tutti i casi in cui la norma non mi dà prescrizioni, senza essere mai soggetto all'incostante, incerta, imponderabile, arbitraria volontà di un altro uomo».

<sup>27</sup> Art. 4 del decreto 3, 6, 7, 8 e 11 agosto 1789, in *Collection complète*, cit., I.

<sup>28</sup> Legge 16-24 agosto 1790, *Collection complète*, cit., III.

stituzione repubblicana 24 giugno 1793 (Costituzione dell'anno primo), successivamente paralizzata dal decreto 10 ottobre 1793 e sostituita dalla Costituzione 4-6 dicembre 1793 (Costituzione dell'anno secondo) e, infine, dalla Costituzione 22 agosto-23 settembre 1795 (Costituzione dell'anno terzo)<sup>29</sup>.

All'art. 1, cap. V della Cost. 13-14 settembre 1791 fu stabilita l'indipendenza del potere giudiziario dal potere legislativo e dal re; all'art. 2 la gratuità dei processi; all'art. 3 la sottomissione dei giudici alla legge; all'art. 4 il principio del giudice naturale precostituito per legge.

Venne sancita l'elettività dei giudici, nonché il diritto dei cittadini all'arbitrato (art. 86 della Costituzione 4-6 dicembre 1793)<sup>30</sup>.

Con la legge 27 novembre – 1° dicembre 1790 fu creato il *Tribunal de cassation*<sup>31</sup>. Esso aveva il compito di vigilare affinché i giudici non esorbitassero dalle proprie competenze, annullando tutti i giudizi nei quali fossero violate le forme della procedura previste a pena di nullità o la legge sostanziale, ma senza entrare del merito della causa. Infatti, dopo aver cassato la sentenza viziata, le parti dovevano essere rimesse al tribunale ordinario, per la decisione del merito (art. 3).

<sup>29</sup> Tutte commentate in M.M. TULET, A. D'AUVILLERS, F. SULPICY, *Les codes française annotés*, Paris, 1843.

<sup>30</sup> L'ordinamento giudiziario, che ne risultò, prevedeva l'istituzione di giudici di pace chiamati a giudicare e conciliare senza spese; di arbitri pubblici, per conoscere pubblicamente delle questioni non sottoposte agli arbitri privati o ai giudici di pace e concluderle sulla base di difese orali o brevi memorie scritte con decisione motivata. Furono istituiti tribunali civili in ciascun dipartimento e tribunali commerciali di terra e di mare. I tribunali civili svolgevano anche le funzioni di giudici d'appello delle sentenze dei giudici di pace, degli arbitri, dei tribunali commerciali e dei tribunali civili di uno dei tre dipartimenti più vicini, secondo le disposizioni di legge. Vedi U. PETRONIO, *op. cit.*, 8 ss.

<sup>31</sup> Legge 27 novembre – 1° dicembre 1790, in *Collection complète*, cit. Sull'istituzione della Cassazione vedi P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 408 ss.; F. MAZZARELLA, *Il passato e presente della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 88 ss.; ID., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, 3° ed., Padova, 2003, 18 ss.; J.L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1986, n. 263, 99 ss.; ID., *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, *passim*; M. MECCARELLI, *Identità e funzioni delle Corti Supreme in Europa al tempo delle codificazioni*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 1147 ss.; U. PETRONIO, *op. cit.*, 30; A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, vol. I, 63 ss.

Nelle intenzioni del legislatore, il *Tribunal de cassation* non si doveva occupare del mero travisamento dei fatti, né poteva dare alcuna indicazione intorno al modo in cui andasse interpretata la legge<sup>32</sup>.

In altre parole, la funzione di questa nuova istituzione era di evitare che chi si doveva limitare ad applicare la lettera della legge, approfittando di disposizioni di oscura formulazione o di vuoti legislativi, creasse procedimenti o norme. Interprete autentico della legge era solo il legislatore, che poteva essere interpellato dai giudici in via preventiva, con il *référé législatif*, (*référé facultatif au législateur*)<sup>33</sup>, ovvero in via successiva dal *Tribunal de cassation*. Quest'ultima ipotesi si aveva quando il tribunale al quale era stata rinviata la causa a seguito di cassazione, decideva di nuovo contro la legge; dopo una seconda cassazione e prima che venisse incaricato il terzo tribunale, veniva interpellato il corpo legislativo per avere un *décret déclaratoire de la loi* (*référé obligatoire au législateur*)<sup>34</sup>. Insomma, il Tribunale di cassazione, nell'idea dei rivoluzionari, era solo "un guardiano della legge" e per ben adempiere a questo suo compito doveva essere unico su tutto il territorio nazionale<sup>35</sup>.

La novità rispetto al *Conseil des parties* fu che questo organo di controllo venne distaccato tanto dal potere legislativo, che da quello esecutivo, anche se non si può dire che da principio fosse considerato parte costitutiva dell'ordinamento giudiziario<sup>36</sup>. Piuttosto, esso fu con-

<sup>32</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 469. Per l'analisi critica del dibattito dottrinale intorno alla natura e alle funzioni del *Tribunal de cassation* si rinvia a A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, cit., vol. I, 63 ss.

<sup>33</sup> Art. 12, tit. II, l. 16-24 agosto 1790, in *Collection complète*, cit., Vedi sul punto P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 443; Y.L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Parigi, 1965, *passim*. E ora, specialmente, P. ALVAZZI DEL FRATE, *op. cit.*, 36 ss., che spiega come gli abusi commessi dalle Corti del parlamento facessero vedere al legislatore costituente una minaccia per il diritto legislativo nel *Tribunal de cassation* e come, perciò, fosse percepita la necessità di stabilire una linea di demarcazione netta tra "giurisdizione" e "normazione".

<sup>34</sup> Art. 21, l. 27 novembre – 1° dicembre 1790.

<sup>35</sup> Art. 20, cost. 13-14 settembre 1791.

<sup>36</sup> In alcuni casi il *Tribunal de cassation* svolgeva la funzione di Tribunale di primo grado ai sensi dell'art. 1, l. 27 novembre – 1° dicembre 1790: «*demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime; conflits de iurisdiction et règlement de juges; demandes de prise à porter contre un tribunal entier*».

cepito come un ausiliario del potere legislativo, ora mosso dall'istanza di parte ora da organi pubblici, sempre con funzione di denuncia delle violazioni di legge commesse dai giudici di cognizione<sup>37</sup>.

Nonostante lo scopo per cui era stato creato non fosse quello di fornire alle parti un mezzo di impugnazione, nel contesto descritto, il ricorso in cassazione svolgeva una funzione analoga alla *querela nullitatis* di stampo statutario, laddove non si prevedeva che il giudice superiore dovesse anche procedere alla sostituzione della decisione<sup>38</sup>.

Nei fatti, il *Tribunal de cassation* si sarebbe progressivamente distaccato dal compito puramente negativo di "cassare". Soprattutto dopo la costituzione del governo dell'Assemblea costituente, il *Tribunal* avrebbe combattuto l'istituto del *référé obligatoire au législateur* e cercato di appropriarsi di funzioni giurisdizionali di merito.

I casi di errori di procedura o di difetto di giurisdizione erano quelli in cui al *Tribunal* era più semplice scendere nell'esame del fatto perché esso doveva ripercorrere ogni passo del procedimento di merito che si era svolto. Era logico che, nel cassare la decisione impugnata, esso esponesse i motivi dell'annullamento e che per evitare una seconda cassazione della sentenza ed il ricorso al *référé obligatoire* i giudici del rinvio tendessero a conformarsi all'interpretazione data dall'autorevole consesso<sup>39</sup>. Questo stato di cose rese naturale lo sviluppo normativo dell'istituto, che vide la sua svolta con la legge 1° aprile 1837. All'art. 2 di tale legge si stabilì che l'autorità giudiziaria di rinvio «... se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé

<sup>37</sup> Così, all'art. 25, l. 27 novembre -1° dicembre 1790 era previsto che il *commissaire du Roi* presso il Tribunale di cassazione dovesse denunciare a quest'ultimo le sentenze contrarie alla legge delle quali veniva a conoscenza; l'art. 27 della costituzione 13-14 settembre 1791 attribuiva al ministro di giustizia per mezzo del *commissaire du Roi* il compito di provocare l'intervento della *Tribunal* tutte le volte in cui un giudice con un suo atto avesse commesso una contravvenzione della legge. Sulla *Cassation dans l'intérêt de la lois* si rinvia a Calamandrei, *op. cit.*, 479 ss.

<sup>38</sup> J.L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, cit., 99 ss.; ID., *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, cit., 51 ss. Sull'evoluzione del *Tribunal de cassation* vedi anche F. MAZZARELLA, *Il passato e presente della Cassazione*, cit., 88 ss.; ID., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., 18 ss.

<sup>39</sup> J.L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, cit., 101.

*par cette Cour», e si abolì lo strumento del *référé obligatoire au législateur*<sup>40</sup>.*

Veniamo ora alle altre riforme che riguardarono la procedura.

Lo scopo dei rivoluzionari era diminuire le formalità ed i costi dei procedimenti, secondo gli intendimenti iniziali dell'Assemblea costituente. A tal proposito, a completamento della precedente legislazione rivoluzionaria, va considerato anche il decreto 3 brumario dell'anno II (24 ottobre 1793)<sup>41</sup>.

La disciplina del processo era ispirata all'idea di fondo che la complicazione delle forme fosse nemica dell'effettiva giustizia.

Tutto il procedimento venne allora ridotto all'essenziale, la citazione, gli scritti difensivi, l'istruttoria, con una predilezione per l'oralità. I provvedimenti preparatori della decisione erano inappellabili (art. 6, d. 24 ottobre 1793).

Simbolica fu l'abolizione delle funzioni dell'avvocato (art. 12, d. 24 ottobre 1793), figura che veniva legata all'inutile dilatazione dei tempi del procedimento.

Per la sentenza fu stabilito un contenuto necessario: i nomi e la qualità delle parti; l'esposizione accurata delle questioni di fatto e di diritto oggetto del giudizio; i risultati dell'istruttoria e i motivi della decisione; il dispositivo (art. 15, d. 16-24 agosto 1790). Comparve finalmente la motivazione tra gli elementi indispensabili del provvedimento decisorio<sup>42</sup>. Ai fini

<sup>40</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 525 s.

<sup>41</sup> Decreto 3 brumario anno II (24 ottobre 1793), in *Archives parlementaires*, Paris, 1868, LXXVII.

<sup>42</sup> La dottrina ha sottolineato come non sia esatto affermare che l'obbligo di motivazione comparve per la prima volta con la legislazione francese rivoluzionaria; infatti, un tentativo di introdurre l'obbligo dei giudici di motivare la sentenza avvenne in Italia con la Prammatica Regia di Ferdinando di Borbone del 27 settembre 1774 opera del Marchese Tantucci. Il sovrano in buona sostanza voleva che nelle sentenze dei giudici fossero espressi i motivi sui quali la decisione era poggiata; il fondamento della decisione dovevano essere i principi espressi in leggi e in mancanza di queste l'interpretazione o estensione della legge; non sulla mera opinione dei dottori, proprio per evitare l'arbitrio del diritto. Un testo di rottura rispetto alle modalità di gestione della giustizia nel medioevo, nel contesto del quale si prevedeva anche l'obbligo generalizzato di pubblicizzare le sentenze, stampate, pubblicate e vendute a prezzo modico a chiunque ne facesse richiesta.

L'opposizione dei magistrati portò alla sua abrogazione con il rescritto reale

dell'esecuzione, poi, doveva essere apposta la formula esecutiva (art. 24, cost. 13-14 settembre 1791).

In appello non era dato introdurre nuovi elementi; il giudice decideva di nuovo gratuitamente sulla base di difese orali o memorie lette in giudizio (art. 10, d. 24 ottobre 1793).

#### 6. (... segue) *La legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia*

Nel triennio 1796-1799, ad imitazione dell'esperienza rivoluzionaria francese e con l'appoggio della Repubblica francese, mentre le sue truppe avanzavano in Europa ed in Italia, ci fu anche nel nostro Paese la breve esperienza delle Repubbliche giacobine o "sorelle", che cercarono di dotarsi di una propria costituzione, sul modello della Costituzione repubblicana francese dell'anno terzo<sup>43</sup>.

Veniamo ai principi più interessanti che vennero sanciti nelle costituzioni delle principali Repubbliche costituite nella Penisola.

La notazione preliminare è che tutte furono scritte in lingua italiana col dichiarato intento di rendere più comprensibile il testo di legge a chi ne usufruiva, e ridurre al minimo i problemi interpretativi<sup>44</sup>.

abrogativo del 6 novembre 1791. Difese accuratamente la posizione del sovrano un giovane giurista dell'epoca, Gaetano Filangeri. Gradualmente nelle leggi e nei codici degli altri Stati italiani fece ingresso l'obbligo di motivazione, anche per l'impulso che venne dalla breve esperienza delle Repubbliche giacobine e poi dalla dominazione napoleonica. In proposito vedi: M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, II, 265 ss.; G. MONTELEONE, *Gaetano Filangeri e la motivazione delle sentenze*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 663 ss.; C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 11 ss.

<sup>43</sup> *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia, 1766-1799*, con introduzione di C. CARCERERI DE PRATI, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.

<sup>44</sup> Così in un Editto del Comitato centrale della Repubblica cispadana, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., 81, si sancì che gli atti giudiziari dovessero essere scritti esclusivamente in lingua italiana.

Si partiva dalla affermazione di principio che la sovranità apparteneva a tutti i cittadini e se ne traeva come conseguenza che le funzioni pubbliche non fossero di proprietà di coloro che le esercitavano<sup>45</sup>.

Fu sancito il principio di legalità, anche in materia processuale. A tal proposito, all'art. 8, della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, nel *Piano di costituzione presentato al Senato di Bologna dalla Giunta costituzionale*, (1796), si legge: «Niuno può essere citato, accusato o detenuto, fuorché nei casi e giusta le forme prescritte dalla legge»<sup>46</sup>.

Il potere giudiziario fu concepito come separato tanto dal potere legislativo che dal potere esecutivo, con divieto assoluto dei giudici di svolgere qualsiasi funzione normativa<sup>47</sup>.

I tre poteri non erano in equilibrio perfetto tra di loro. In alcune disposizioni è evidente il controllo del potere legislativo ed esecutivo sul potere giudiziario.

In ogni costituzione veniva prevista l'istituzione di un Tribunale di cassazione, con caratteristiche e fini analoghi a quelli del *Tribunal de cassation*. L'alto tribunale era obbligato ad inviare ai consigli legislativi una deputazione sullo stato dei giudizi pronunciati, con nota a margine e testo della legge che aveva determinato il giudizio. Presso l'alta corte era presente un commissario del governo, con il compito di segnalare le violazioni di legge. Nelle *Leggi organiche giudiziarie della Repubblica cisalpina*, alla sezione V, art. 6 si prescriveva che anche

<sup>45</sup> Artt. 17 e 21 della *Costituzione della Repubblica cisalpina*, degli anni 1797, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, cit. Nella *Raccolta de' bandi, notificazioni, editti e c., pubblicati in Bologna dopo l'ingresso delle truppe francese*, 17 giugno 1796, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., 72, si prevede «... l'abolizione de' Feudi, e di ogni diritto, e giurisdizione a quelli annessa ...».

<sup>46</sup> *Piano di costituzione presentato al Senato di Bologna dalla Giunta costituzionale*, Bologna, 1796, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, cit.

<sup>47</sup> Vedi ad esempio il *Piano di Costituzione per la Repubblica cispadana*, Bologna, 1797, art. 223, titolo X; *Costituzione della Repubblica cisalpina*, degli anni 1797 e 1798, art. 202, titolo VIII; artt. 216-217, cap. IX, della *Costituzione della Repubblica ligure*, dicembre 1797; artt. 202 e 203, titolo VIII della *Costituzione della Repubblica romana*, 1798; tutti i documenti in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, cit.

presso ogni tribunale dipartimentale ci fosse un commissario governativo; infine, all'art. 26, comma 2 delle *Disposizioni provvisorie per l'amministrazione della giustizia nei tribunali della Repubblica cispadana*, si stabiliva che quest'organo vegliasse sulla legittimità degli impedimenti e sulla regolarità delle sostituzioni dei giudici di pace.

Fu contemplato un ridotto e razionalizzato numero di giudici (giudici di pace, tribunali distrettuali, tribunali del commercio, tribunali della famiglia) e venne prevista la possibilità di ricorrere ad arbitri. Tutti gli organi giudiziari avevano carattere elettivo.

Si ridusse il numero dei gradi di giudizio a due, più il controllo di legalità del Tribunale di Cassazione. I tribunali distrettuali svolgevano anche il ruolo di giudici d'appello per le sentenze di giudici di grado inferiore e per quelle dei tribunali distrettuali vicini.

Molto scarse sono le disposizioni relative alle modalità di svolgimento del processo. Qualcosa di più dettagliato troviamo nelle *Leggi organiche giudiziarie della Repubblica cisalpina*, sezioni III-IV-V, dove si disciplinavano citazione, atti di difesa, istruzione probatoria, le eventuali vicende anomale del processo (quali la ricusazione del giudice), il contenuto della sentenza, i termini e le modalità dell'appello. I procedimenti dovevano avere una rapida conclusione; potevano avere luogo in qualsiasi giorno, purché non festivo, ed il processo poteva anche svolgersi verbalmente; dovevano essere preceduti da un tentativo di conciliazione presso il giudice di pace, se di competenza del tribunale; erano pubblici; non erano previste arringhe delle parti, se non nelle cause da decidersi in grado di appello dalle sentenze delle Camere di commercio o dei tribunali dipartimentali, nonché degli arbitri.

All'art. 20 del detto atto legislativo si stabiliva il contenuto necessario della sentenza: «Le sentenze si pubblicheranno a tenore di quanto prescrivasi nella Costituzione, e dovrà in esse esprimersi succintamente il nome delle parti, l'oggetto della lite, li motivi di ragione, e di fatto, che hanno dato luogo al giudicato, e la dispositiva del giudicato».

Vi erano sentenze, definitive e preparatorie. Queste ultime non potevano essere appellate separatamente. Non erano disciplinati altri tipi di provvedimenti istruttori.

La nullità del giudizio era fatta valere con atto di appello, con l'indicazione precisa del titolo della nullità, causata non soltanto dalla mancanza del contenuto prescritto per sentenza, ma anche dai vizi dei

giudizi preparatori o d'istruzione<sup>48</sup>. C'era ancora l'idea di fondo dell'*ordo*: le nullità degli atti precedenti si comunicavano agli atti successivi fino a viziare il provvedimento finale.

La nullità della sentenza di primo grado veniva sanata se non era denunciata in appello ovvero se il giudice d'appello pronunciava sentenza conforme nel merito. La sentenza d'appello poteva essere annullata in cassazione nel termine di quattro decadi dal giorno dell'intimazione del giudicato (art. 24). Se l'istanza veniva accolta, il giudizio doveva riiniziare dal primo grado (art. 21).

Particolari alcune norme delle *Disposizioni provvisorie per l'amministrazione della giustizia nei tribunali della Repubblica cispadana*, in ordine ai mezzi di impugnazione. In questa legislazione l'appello e la "querela di nullità" erano ancora idealmente separati: all'art. 47 si prevedeva che la cognizione della nullità dei giudicati spettasse esclusivamente al Tribunale di cassazione, mentre il tribunale d'appello conosceva dei vizi d'ingiustizia.

Un passo avanti rispetto alle altre legislazioni rivoluzionarie sembra ci sia in quest'ultima: si comincia a prendere in considerazione l'idea dell'impugnazione separata dei provvedimenti diversi dalla sentenza. Secondo l'art. 52, il Tribunale di cassazione aveva il compito di annullare anche gli atti dei tribunali inferiori. Un esempio, era contemplato all'art. 41, a norma del quale la nullità del provvedimento che accoglieva l'istanza di riposizione, quantunque non fosse soggetto ad appello, poteva essere interposta mediante ricorso al Tribunale di cassazione.

In verità, si riproponeva il problema del controllo di ogni singolo atto di procedura, legato ad una visione del processo, quella propria del diritto comune, difficilmente conciliabile con l'idea di una giustizia più economica, snella ed accessibile a tutti.

<sup>48</sup> Art. 31, *Leggi organiche giudiziarie della Repubblica cisalpina*, sez. V: «... Qualora però s'intenda di attaccare di nullità la sentenza, dovrà contemporaneamente nello stesso atto di Appello proporsi, ed indicarsi precisamente il titolo di nullità, sia questo dipendente da un preteso gravame arrecato alla Parte appellante ne' giudizi preparatori, e di istruzione de' processi, contro cui si proponga l'appellazione, sia per qualunque altro titolo; altrimenti non indicandosi il punto d'ordine, contro cui s'interpone l'appellazione, dovrà quanto all'interesse delle Parti ritenersi pienamente approvato, e passato in giudicato l'ordine del giudizi, ed il tenore de' decreti, e sentenze emanate ne' giudizi preparatori».

### 7. *La disciplina del processo e delle sentenze nel code de procédure civile français*

Il diffondersi della legislazione francese in Italia fu dovuto al breve regno italiano di Napoleone (1815)<sup>49</sup>.

Napoleone venne incoronato Re d'Italia il 26 maggio 1805; successivamente ampliò il suo dominio, annettendo anche il Regno Veneto, la Dalmazia, la Repubblica Ligure ed infine la Toscana. Nel 1806 Giuseppe Bonaparte, fratello di Napoleone, fu nominato re di Napoli; l'anno successivo vennero conquistate anche le Marche, il Lazio e l'Umbria. Sfuggirono alla conquista francese solo la Sicilia, retta dai Borboni, e la Sardegna governata dai Savoia.

Perciò, il codice civile ed il codice di procedura civile francesi furono promulgati nelle regioni del Regno d'Italia in lingua italiana nel 1806<sup>50</sup>.

Nonostante la sua breve applicazione in Italia, l'opera di Napoleone influenzò i successivi codici di procedura civile italiani, i cosiddetti "codici della restaurazione" e, soprattutto, il codice di procedura civile del 1865. Per questa ragione è opportuno approfondire il funzionamento del processo nel codice di procedura civile francese adottato da Napoleone durante la dominazione in Italia ed ivi applicato. L'opera aspirava a creare un 'sistema' completo e organico, improntato ad una precisa politica del diritto che non fosse il mero annientamento dei particolarismi<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> *Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia (1806)*, riedizione anastatica dell'originale, a cura e con presentazione di G. Cian, con *Note storiche introduttive* di P. Cappellini, Padova, 1989.

<sup>50</sup> Vedi G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 223 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, cit., 62 ss.; F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal Codice Napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 67 ss.; U. PETRONIO, *Introduzione*, cit., 33 ss.; N. PICARDI, *Il bicentenario del codice di procedura civile napoleonico*, cit., 14 ss.; A. CHIZZINI, *Un «codice di regole» per un processo liberale?* in *Giusto proc. civ.*, 2006, 24 ss.

<sup>51</sup> Il pensiero illuminista era ormai dominante e superava il giusnaturalismo che aveva animato il diritto consuetudinario e frammentario, ma anche la contrapposizione tra giusnaturalismo e positivismo: le leggi naturali cessano di esistere quando si costituisce una società; le leggi positive non sono il frutto dell'arbitrio, ma sono rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose, nel contesto storico di riferimento. Ve-

Come si evince dai motivi espositivi al Corpo legislativo per la formazione del codice di procedura civile francese<sup>52</sup>, lo scopo della codificazione era, ancora una volta, in primo luogo la semplificazione della procedura.

Il raggiungimento di un simile obiettivo, però, non doveva andare a scapito di una disciplina esauriente del processo, la quale comprendesse anche la regolamentazione dettagliata dei riti speciali. I legislatori si ripromettevano di raggiungere alte vette: cercare di rendere di facile accesso le forme processuali, ai loro occhi complicate nella loro essenza, perché si dovevano adattare alla varietà ed articolazione del diritto sostanziale.

Perciò, dopo che con il precedente *code civil* (1805), si era preteso di sistemare l'intera materia sostanziale, si doveva pensare alla tutela dei diritti in caso di lesione. Il codice di procedura civile doveva essere onnicomprensivo, in modo da non lasciare spazio all'improvvisazione di giudici o avvocati. Esso doveva tracciare un percorso serrato fino alla conclusione del giudizio, con spazi ristretti per la contestazione della validità degli atti processuali e poi della sentenza<sup>53</sup>.

di : J.B. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, cit., lib., I, cap. I ss. In senso analogo J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, 1762, nella traduzione di R. GATTI, *Il Contratto sociale*, Milano, 1996, cap. 6.

<sup>52</sup> A.A.V.V., *I motivi al Codice di Procedura Civile*, cit., *passim*.

<sup>53</sup> È interessante seguire il pensiero del Consigliere di Stato Treilharrd, nell'esporre al Corpo legislativo i motivi relativi ai libri I e II della prima parte del codice: «... per la prosperità del popolo francese conviene che quest'opera venga protetta contro gli artificiosi attentati dell'interesse e della mala fede. E alli tribunali che l'applicazione è affidata, dove, s'è permesso di dirlo, la legge si sostiene in vigore. Ma non sarebbe ella sovente mal conosciuta se non venisse indicato all'istruzione un cammino sicuro contro gli errori e le sorprese? Questo è signori l'oggetto del codice di procedura civile» ed ancora «...in parte s'innalza un grido contro la complicazione delle formule: senza dubbio bisogna che esse siano rese più semplici; ma per semplificare queste formule guardiamoci dal distruggerle ... il codice sarà esteso, è vero, ma egli non lo sarà che per esser completo», ed infine « ... presso una nazione potente e numerosa ... c'è bisogno di giudici, di molti giudici e di giudici istruiti, probi e laboriosi, e soprattutto è necessario che venga fissata nel processo una strada sicura che non autorizzi l'arbitrio nella costruzione del processo, poiché ne verrebbe in conseguenza che l'arbitrio passerebbe nella decisione della causa», in A.A.V.V., *I motivi al Codice di Procedura Civile*, cit., 2 ss.

Si tratta di un codice di stampo autoritario: si ripartì dall'*Ordonnance* 1667, eliminando quanto apparisse ormai superfluo e accogliendo invece alcune novità della legislazione rivoluzionaria, pur se di questa si condannava l'eccessiva rarefazione delle forme<sup>54</sup>.

A completare il quadro, venne anche riformato l'ordinamento giudiziario. La legge 20 maggio 1810 riordinò la magistratura secondo il principio gerarchico, recuperando con ciò l'idea del giudice funzionario del diritto imperiale romano e superando l'esperienza rivoluzionaria del giudice elettivo<sup>55</sup>.

Due rimasero i gradi di giudizio, ai quali si aggiungeva la Cassazione che però, fino al 1837, continuò ad essere concepita come organo non propriamente giurisdizionale<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> «Sin qui non avevamo alcuna legge che abbracciasse tutta la materia, le regole erano sparse nell'ordinanza del 1667, in una moltitudine di leggi e di regolamenti posteriori, i quali non avendo pure preveduti tutti i casi hanno lasciato l'adito aperto a molte particolari usanze, in conseguenza a molti abusi; impressochè non possono esistere sopra lo stesso punto molti usi senza dar luogo ad abusi», così Treilhard, in A.a.V.v., *I motivi al Codice di Procedura Civile*, cit., 9 s.

<sup>55</sup> La magistratura venne sottoposta sotto il controllo dell'esecutivo per una duplice via: attraverso i meccanismi di reclutamento e la progressione in carriera; attraverso il sistema della responsabilità disciplinare. Vedi A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995, 79 ss.

<sup>56</sup> Il processo davanti al Tribunale iniziava con il tentativo obbligatorio di conciliazione presso il giudice di pace. All'atto di citazione seguiva una serie scadenzata di incombenze, con termini piuttosto brevi; il processo era orale e pubblico, anche se il tribunale poteva ordinare che si svolgesse a porte chiuse (art. 87) e per iscritto (art. 95) con sentenza. Anche la fase istruttoria veniva minuziosamente disciplinata e presentava marcati tratti inquisitori. Così ai sensi dell'art. 119 il tribunale poteva sempre ordinare la comparizione personale delle parti; in tema di testimonianza si prevedeva all'art. 254 che il giudice delegato potesse ordinare anche *ex officio* la prova di quei fatti che gli sembravano concludenti; all'art. 273 che il giudice potesse sia *ex officio* che su istanza delle parti fare al testimone «quelle interrogazioni che crederà convenienti a schiarimento della fatta deposizione»; ai sensi dell'art. 276 che le parti non potessero né interrompere il testimone né fargli direttamente alcuna interrogazione, ma dovessero per lo scopo rivolgersi al giudice; all'art. 302 si prevedeva la perizia d'ufficio; in caso di domanda di interrogatorio da una parte nei confronti dell'altra, la parte richiesta veniva sentita davanti al presidente o ad un giudice delegato, senza che la parte richiedente potesse assistere (titolo XV). A completare il quadro c'era l'art. 1037 delle disposizioni generali secondo il quale: «I tribunali, secondo la gravità delle circostanze, possono nelle cause portate davanti a loro, pronunciare anche d'ufficio precetti, sop-

Per ogni risoluzione del giudice era prevista la forma della sentenza, sia che quella avesse carattere istruttorio<sup>57</sup>, sia che avesse carattere decisorio<sup>58</sup>. La sentenza aveva degli elementi necessari sul modello delle leggi rivoluzionarie (art. 141): «... il nome e cognome de' giudici e del regio procuratore se è stato sentito, come anche il nome e cognome dei patrocinatori; il nome, cognome, la professione e il domicilio delle parti, le loro conclusioni e l'esposizione sommaria dei punti di fatto e di diritto, i motivi che hanno determinato il giudizio, e la dispositiva».

Le sentenze non definitive si distinguevano, ai fini dell'impugnazione, in sentenze preparatorie del giudizio e sentenze interlocutorie. Le prime erano appellabili solo unitamente alle sentenze definitive; le seconde nel termine ordinario (tre mesi), decorrenti dal giorno della loro notificazione nei giudizi in contraddittorio ovvero dalla scadenza per fare opposizione nei giudizi contumaciali (art. 451). L'art. 452 chiariva la distinzione tra sentenze preparatorie e sentenze interlocutorie: «le sentenze preparatorie sono quelle che riguardano soltanto l'istruzione della causa, e che tendono ad ammettere il processo in stato di essere definitivamente giudicato. Le sentenze interlocutorie quelle colle quali il tribunale, prima di giudicare definitivamente, ordina una prova o un'istruzione che affligge il merito».

Dal tenore letterale di quest'ultima disposizione si desume che nel genere di "sentenza interlocutoria rientravano: le sentenze con cui si decideva su di un incidente o si provvedeva sulla richiesta di un mezzo

primere delle scritture, dichiararle caluniose, ed ordinare la stampa e la pubblicazione dei loro giudicati». Dell'istruzione veniva incaricato il giudice che poi riferiva al collegio, riassumendo il fatto e le prove, senza esprimere il suo parere (art. 74). Dopo la relazione del giudice relatore, i difensori delle parti non potevano più essere sentiti oralmente, potevano solo presentare memorie scritte enunciativie dei fatti sui quali pretendessero che il rapporto fosse stato incompleto o inesatto (art. 111). Ogni determinazione era riservata al collegio, anche se aveva carattere meramente ordinatorio. Il processo poteva essere semplificato, soprattutto nella fase istruttoria, nei casi ammessi alla trattazione con rito sommario (titolo XXIV). Fu previsto e disciplinato anche il procedimento davanti al giudice di pace, nonché l'arbitrato; furono previsti diversi procedimenti speciali.

<sup>57</sup> Così, ad esempio quella prevista dall'art. 119 che disciplinava la sentenza con la quale si ordinava la comparizione delle parti.

<sup>58</sup> Agli artt. 126 ss. si disciplinava il contenuto delle sentenze di merito.

di prova, a prescindere dall'opposizione della controparte<sup>59</sup>; si adottavano ordini istruttori d'ufficio.

Il motivo per cui all'art. 451 si ritennero appellabili le sentenze interlocutorie era il pregiudizio che l'ammissione o meno di un mezzo di prova poteva recare al merito della causa<sup>60</sup>. È importante notare come in questa disposizione si ritrovi la visione del giudizio come una parabola, in cui ogni snodo influisce sulla decisione finale, propria del diritto comune. Seguendo l'esempio del diritto canonico, anche il codice di Napoleone stabiliva l'appellabilità immediata di quest'ordine di provvedimenti, sul presupposto che per poter decidere il merito della causa fosse necessaria l'inamovibilità del giudicato delle questioni pregiudiziali. Infatti, salvo casi eccezionali, la sentenza non era esecutiva che decorso il termine per appellare (art. 135). Solo che il termine per appellare non era breve come previsto negli statuti (perlopiù dieci giorni) dalla pronuncia della sentenza, ma di tre mesi dalla notifica della sentenza (art. 443).

Sorse una disputa in seno alla dottrina francese in ordine all'appellabilità o meno delle sentenze emesse senza opposizione o per l'ammissione d'ufficio di un mezzo di prova. Una prima opinione ammetteva l'appellabilità immediata di entrambe le sentenze, trattandole come interlocutorie *tout court*. Una seconda opinione, sul presupposto che una determinazione presa senza opposizione o d'iniziativa dal giudice non potesse pregiudicare il diritto di difesa delle parti e fosse, quindi, un provvedimento più preparatorio che interlocutorio, negava appello immediato al verificarsi di tali ipotesi. Un terzo orientamento,

<sup>59</sup> Tanto è vero che l'art. 338, comma 2, senza distinguere a seconda che vi fosse o meno l'opposizione di parte stabiliva: «Le domande incidentali sono decise con sentenza ...».

<sup>60</sup> Vedi G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1855, vol. II, 407 ss. Il commento si riferisce alla versione del 1854 del codice sardo, modificato parzialmente nel 1859, senza alterare il sistema di fondo; G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di Procedura Civile, presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli)*, 26 novembre 1863, in *Codice di Procedura civile del Regno d'Italia*, con introduzione di G. MONTELEONE, *Il codice di procedura civile del 1865*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, 2004, 23 in particolare 146 s.

infine, distingueva a seconda che si trattasse di un mezzo di prova ammesso senza opposizione oppure d'ufficio e concludeva che solo nella prima ipotesi il disposto del giudice potesse veramente ritenersi innocuo per il giudicato, perché il provvedimento del giudice recepiva sostanzialmente l'accordo delle parti<sup>61</sup>.

#### 8. (... segue) *La nullità della sentenza e degli atti processuali*

Veniamo, dunque, alla disciplina specifica della nullità nel codice di procedura francese. Ad essa si riferiscono due disposizioni, vale a dire gli artt. 173 e 1030, che troviamo inserite rispettivamente nel titolo IX, *Delle eccezioni* e nelle disposizioni generali.

Proprio l'art. 1030 contiene la regola di carattere generale: «Non potrà dichiararsi nullo alcun atto di citazione od altro atto di procedura giudiziale, se la legge non ne pronuncia formalmente la nullità». Appare ormai acquisito il principio secondo cui la nullità è violazione di norme cogenti. La sua applicazione pratica, tuttavia, non era priva di difficoltà.

Dubbio era, nel silenzio della legge, se la violazione delle forme prescritte dall'art. 141 fosse o meno causa di nullità della sentenza. La risposta positiva sembrava potersi arguire dalla lettera dell'art. 141: «L'estensione delle sentenze deve contenere...».

La successiva legge francese del 20 aprile 1810, all'art. 7 sancì la nullità della sentenza per la mancanza di motivi. A seguito di questa novità, la dottrina si divise. Secondo una prima opinione, stando al disposto letterale dell'art. 1030, si doveva considerare la sentenza nulla solo se priva di motivazione. Altra parte respingeva queste posizioni argomentando, sulla base del tenore dello stesso articolo, che la sentenza non era una citazione, né tantomeno, un atto processuale qualsiasi; piuttosto, si trattava dell'atto processuale più importante, che richiedeva tutti i requisiti di forma prescritti dalla legge. Una terza cor-

<sup>61</sup> Sul punto riferiscono: G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *op. ult. cit.*; G. PISANELLI, *op. ult. cit.* Gli autori italiani guardavano costantemente a quello che accadeva l'oltralpe, perché le discussioni svolte dalla dottrina francese erano d'aiuto nella soluzione delle analoghe problematiche italiane.

rente dottrinale ritornò, infine, alla distinzione tra formalità sostanziali o essenziali o intrinseche e formalità accidentali o non essenziali o estrinseche, un criterio generatore di incertezza nel silenzio della legge<sup>62</sup>.

L'art. 173 disponeva: «Le nullità dell'atto di citazione, o degli atti di procedura di qualunque genere, si reputano sanate se non sono opposte prima della difesa nel merito, o di tutt'altra eccezione che quella dell'incompetenza». Il contumace incolpevole manteneva la possibilità di far valere la nullità, anche dopo l'emissione della sentenza mediante opposizione contumaciale: secondo il tenore letterale dell'art. 173 egli non aveva compiuto alcun atto di difesa<sup>63</sup>. Il principio «*pas de nullité sans grief*», non era presente nel testo originario: uno dei due cordini su cui si basa la moderna disciplina delle nullità nel codice di procedura civile francese, è stato il frutto di correttivi giurisprudenziali successivi<sup>64</sup>.

Si è ben lontani dall'*exceptio nullitatis* di tradizione romana, imprescrittibile e causa di perenne nullità dei giudicati che violavano le forme processuali, nonché collegata all'esecuzione della sentenza.

La vera novità è che la nullità procedurale diventava sanabile in un breve termine: essa scindeva finalmente la sua sorte dal vizio di inosservanza di norme di diritto sostanziale che rifluiva nella generica ingiustizia della sentenza.

Rimangono fuori da questa disciplina le cause di “perversione” dell'*ordo* individuate dal diritto comune: l'inversione dell'ordine degli atti processuali; la loro totale omissione; l'errore nella scelta del rito

<sup>62</sup> Vedi sul punto I. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 1902 – 1906, vol. IV, 61 s.

<sup>63</sup> Nelle *Istituzioni del Codice di procedura civile*, opera tratta dalla introduzione allo studio della procedura civile del sig. Pigeau e ridotta conforme alle leggi ed ai regolamenti del regno dall'avvocato L.A., Milano, 1811, 107 ss., sotto la voce eccezioni ed in relazione alle formalità richieste per la presentazione della domanda, si spiegava che l'eccezione di nullità doveva essere fatta valere prima di passare alla difesa del merito. Perciò, si suggeriva che il reo citato con atto nullo non si costituisse in giudizio ma si presentasse esclusivamente per far valere la nullità, perché decorso il termine per la difesa essa non poteva più essere rivendicata.

<sup>64</sup> In proposito si rinvia a V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità nel processo civile*, Roma, 2022, 80 ss.

adatto al diritto o *status* che si vuol far valere. Non più viste come motivi di nullità di per sé, esse rimangono comunque “anomalie”.

Qualche indicazione in proposito la si può reperire nei motivi espositivi al Corpo legislativo da parte del Consigliere di Stato ed Oratore di Governo Bigot-Preameneu sull'appellazione<sup>65</sup>.

Egli avvertiva che la legge vegliava affinché non vi fossero appellazioni inconsiderate, premature ed inutili. Tali erano ritenute le impugnazioni delle sentenze che si limitavano a regolare il procedimento, basate sul motivo che il primo giudice avesse ordinato una procedura «o interamente inutile, o troppo lunga, od anche contraria alla marcia indicata dalla legge». La ragione veniva individuata nella necessità di evitare le degenerazioni che si rimproveravano all'epoca del diritto comune: «Ma se questi mezzi di appellazione ed altri simili potessero essere portati avanti al tribunale superiore, prima che fosse proferita la sentenza definitiva, vedrebbero tante appellazioni, quante sarebbero le sentenze d'istruzione, e ne risulterebbe un disordine che sarebbe impossibile d'arrestare». L'errore di rito avrebbe acquisito rilevanza solo se avesse inciso sulla decisione di merito, ma, trattandosi di una prognosi postuma, l'impugnazione della sentenza preparatoria avrebbe dovuto essere posticipata e unita alla sentenza di merito.

Allo stesso modo si doveva considerare irrilevante la scelta del rito sommario piuttosto che dell'ordinario e viceversa, a meno che non ci fosse un pregiudizio dimostrato del diritto di agire e di difendersi in giudizio, che trapelasse, però, dalla decisione del merito.

Dal tenore letterale dell'art. 141 sembra che le nullità di rito da far valere in appello e poi in cassazione fossero quelle legate alla forma/contenuto della sentenza.

Bigot-Preameneu sottolineava che non poteva pregiudicare il diritto d'appellare l'erronea qualificazione di una sentenza come di ultima istanza, quando fosse stata pronunciata dal tribunale per una causa che aveva la competenza a conoscere in primo grado; oppure l'emissione di una sentenza di primo grado, classificata però come di ultima istanza da parte di un tribunale che aveva competenza per il grado

<sup>65</sup> In AA.Vv., *I motivi al Codice di Procedura Civile*, cit., *Dell'appellazione*, 81 ss. in particolare 98 s.

d'appello. Entrambe le ipotesi erano etichettate da Bigot-Preameneu come errori di qualificazione di giurisdizione<sup>66</sup>.

Si può intravedere in queste affermazioni una primordiale e basilica applicazione del principio oggi conosciuto come "principio della prevalenza della sostanza sulla forma".

I propositi dei "codificatori" si ritrovano in due disposizioni del codice. L'art. 453, ai sensi del quale: «Sono sottoposte ad appello quelle sentenze che sebbene qualificate per inappellabili, sono però state pronunziate da giudici che non potevano proferire che in prima istanza. Le sentenze pronunziate nelle cause il cui giudizio inappellabile appartiene ai primi giudici, non sono suscettibili d'appello, qualunque si fosse ommesso di qualificarle per inappellabili»; il successivo art. 454, ai sensi del quale: «Se trattasi d'incompetenza, le sentenze sono suscettibili d'appello quantunque fossero state qualificate per inappellabili».

In sostanza, si voleva rifuggire dall'uso strumentale di errori innocui, che, in passato, grazie all'*actio, exceptio* o *querela nullitatis*, aveva portato alle disfunzioni delle quali si è ripetutamente riferito.

La nullità della sentenza poteva essere fatta valere, innanzitutto, con appello o con l'opposizione alla sentenza concessa al contumace. Si prevedevano, inoltre, due mezzi di impugnazione *ad hoc*: la ritrattazione e il ricorso per cassazione.

La ritrattazione consentiva di contestare sentenze non più appellabili – fossero queste sentenze d'appello o di primo grado – davanti al giudice che aveva emesso il provvedimento, nel termine di tre mesi dalla notificazione della sentenza, ma solo dalla parte costituita del giudizio non dal contumace. Uno dei motivi della ritrattazione, ai sensi dell'art. 480, comma 2, n. 2, era la violazione delle forme prescritte sotto pena di nullità. Era, inoltre, necessario che la nullità non fosse stata sanata dalle parti.

Nella ritrattazione si possono rilevare vari punti di contatto con l'omonimo istituto del diritto comune, dove lo stesso giudice, anche su sollecitazione della parte interessata, prima verificava la nullità del suo precedente giudizio e quindi, se riteneva, lo ripeteva da capo. Solo che in questo contesto la nullità della sentenza è ben più contenuta che nel processo del diritto comune.

<sup>66</sup> In AA.Vv., *I motivi*, cit., 98 s.

Il secondo strumento di contestazione degli *errores in procedendo* era il ricorso per cassazione, di cui si è già notata l'analogia di funzione con la *querela nullitatis*, uno strumento per controllare le decisioni inoppugnabili davanti a violazioni di legge ritenute particolarmente gravi. La differenza è che la *querela nullitatis* nel diritto comune spesso la troviamo come alternativa all'appello, per far valere vizi di carattere differente.

La dottrina francese non si interrogava, invece, sui rimedi possibili avverso provvedimenti che decidevano il merito od anche solo una questione pregiudicante il merito adottati per errore dal giudice relatore ovvero in relazione ai provvedimenti emessi in forma differente dalla sentenza. Il problema, infatti, non si poneva, perché in forma di sentenza erano decise le istanze durante tutto il corso del processo ordinario e dei procedimenti speciali contenziosi; inoltre, tutti i provvedimenti, che potessero in qualche modo influire sul merito, nelle cause davanti al tribunale erano adottate dal collegio.

Provvedimenti di natura diversa erano le ordinazioni del presidente del tribunale, a carattere d'urgenza<sup>67</sup> o deliberativo<sup>68</sup>, ovvero gli atti del giudice o del giudice delegato nel corso del processo d'istruzione o esecutivo che non ricevevano alcuna denominazione specifica<sup>69</sup>. Questi ultimi erano ritenuti meri atti, funzionali all'incedere dell'istruzione o esecuzione, i quali non pregiudicavano in alcun modo ogni successiva possibile contestazione da decidersi con separata sentenza.

Per le ordinazioni presidenziali giurisprudenza e dottrina<sup>70</sup>, *ad abundantiam*, furono inclini ad ammettere come mezzo di critica l'appello o l'opposizione al tribunale, quand'anche non fosse espres-

<sup>67</sup> Così, nei giudizi in via di sommaria esposizione (artt. 806 ss.). In casi d'urgenza, quando si trattava di deliberare intorno alle modalità di esecuzione di una sentenza o di un documento, la domanda si poteva presentare al presidente del tribunale che provvedeva con ordinazione. Si specificava che tali provvedimenti non erano di pregiudizio alla causa principale.

<sup>68</sup> All'art. 1020 si prevedeva che con ordinazione il presidente del tribunale rendesse esecutiva la sentenza arbitrale.

<sup>69</sup> Così ad esempio l'ordine di citazione dei testimoni (art. 259) o l'atto di formazione dello stato di gradazione dei crediti (art. 759) da parte del giudice delegato.

<sup>70</sup> Vedi G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, Torino, 1857, vol. III, 44 ss.

samente previsto dal codice, come nel caso dell'ordinazione di esecutorietà della sentenza arbitrale (art. 809).

### 9. La disciplina della nullità nei codici preunitari

Cessata la dominazione napoleonica e ridisegnati i confini degli Stati europei con il congresso di Vienna (1° novembre 1814 - 9 giugno 1815), gli Stati presenti nella nostra penisola si dotarono in genere di un proprio codice di procedura civile, perlopiù ispirato al modello di Napoleone<sup>71</sup>.

Le eccezioni furono il Regno Lombardo-Veneto, il cui codice (1815) fu frutto di una revisione migliorativa del regolamento Giuseppino (regolamento generale della procedura giudiziaria per le cause civili di Giuseppe II), con un processo ancora arcaico, scritto e con rigide preclusioni<sup>72</sup>; il Granducato di Toscana (1814), in cui in sostanza continuò ad avere vigenza il diritto comune, anche se in presenza di un codice che si pose l'obbiettivo di razionalizzare la normativa statutaria<sup>73</sup>; gli Stati Pontifici, il cui codice, più recente del regolamento toscano (1834), fu il frutto della recezione di regole del diritto comune e del processo canonico, con una marcata influenza francese<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, cit., 70 ss.

<sup>72</sup> Per rendersi conto dell'arcaicità del codice basti considerare che la sentenza non era pubblicata ma solo intimata alle parti, che non ne conoscevano la motivazione a meno che non ne facessero richiesta per interporre impugnazione (art. 318). N. PICARDI, *Il regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 36 ss.; M. TARUFFO, *Il processo civile nel lombardo-veneto, introduzione al Regolamento generale del processo civile per il Regno lombardo-veneto (1815)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2003.

<sup>73</sup> *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana* con introduzione di M. ASCHERI, *L'unificazione legislativa della Toscana lorenese (1814): «la giustizia è religiosamente amministrata»*; e di A. CALUSSI, *Dalla riforma dei tribunali all'approvazione del regolamento di procedura civile, ovvero il ritorno alla tradizione processuale leopoldina nella Toscana del 1814*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.

<sup>74</sup> *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio papa XVI (1834)*, con prefazione di U. Petronio e N. Picardi, ed introduzione di F. MINISTRINA, *Il processo*

Raggiunti dalle idee positiviste portate dai moti rivoluzionari e da Napoleone, i legislatori preunitari avevano l'aspirazione ad essere l'unica o principale fonte della normativa processuale<sup>75</sup>.

I lavori compresero generalmente la riorganizzazione della giurisdizione e dalla riduzione dei gradi di giudizio, tre o due, più giudizio di legittimità o di cassazione<sup>76</sup>, oltre ad alcuni istituti a carattere restitutorio.

I legislatori disciplinarono in modo meticoloso l'andamento del processo, anche con riferimento al rito sommario ed ai riti speciali, particolarmente nei lavori più recenti<sup>77</sup>.

*civile nello Stato pontificio*, in N. Picardi A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.

<sup>75</sup> Qualche riferimento più esplicito alle norme extracodicistiche come fonti di lo troviamo in alcune opere. All'art. 1124 del *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana* si prevedeva: «Qualunque materia di procedura civile omessa nel presente regolamento, che non possa determinarsi colle disposizioni analoghe stabilite nel medesimo, rimane supplita dalle antiche leggi, e consuetudini vegliate nel Gran-Ducato». L'art. all'1 del *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio papa XVI*, cit., si prescriveva: «Le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canonico e le consuetudini apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudizi civili in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento» e all'art. 2 «Continueranno pure ad essere osservati gli statuti locali, in quelle parti che contengono provvedimenti relativi alla coltura del territorio, al corso delle acque, ai pascoli, ai danni dati nei territori, e ad altri simili oggetti rurali».

Primi tentativi di razionalizzare la molteplicità delle fonti del diritto comune si possono intravedere nelle *Costituzioni sabaude (1723)*, con introduzione di G.S. PENE VIDARI, *Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2002; il *Codice estense (1771)*, con introduzione di E. TAVILLA, *Il Codice estense del 1771: il processo civile tra istanze consolidate e tensioni riformatrici*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2001. Si rinvia a M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., 18 ss. per approfondimenti sulle altre opere del settecento.

<sup>76</sup> Sul punto si rinvia agli studi di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., vol. I. 26 ss.

<sup>77</sup> Per approfondimenti soprattutto sulla distinzione tra rito ordinario e sommario vedi V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino, 2017, 37 ss.

Anche i codici di struttura più simile al modello francese presentano peculiarità interessanti, che mostrano un'evoluzione rispetto all'opera napoleonica, almeno per il profilo di nostro interesse<sup>78</sup>.

La nullità degli atti del processo era ormai divenuta sanabile. Questo risultato era già stato raggiunto nell'ultima fase di evoluzione del diritto comune ed è stato consolidato dal processo di codificazione. Con il codice napoleonico si compì la distinzione tra invalidità per vizi di procedura e la violazione della legge in generale, per cui da questo momento in poi nei codici troveremo il riferimento alla nullità come sinonimo di *error in procedendo*.

La strada della sanatoria passò attraverso la previsione di brevi termini entro cui far valere l'eccezione di nullità<sup>79</sup> e la trasformazione

<sup>78</sup> G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, cit., vol. II, 407 ss.

<sup>79</sup> Così, ad imitazione del modello francese, il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, III. *Leggi della procedura ne' i giudizj civili (1819)*, con introduzione di F. CIPRIANI, *Le leggi della procedura civile del Regno delle Due Sicilie*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, (art. 267); il *Codice di procedura civile di Maria Luigia (1820)*, con introduzione di A. CHIZZINI, *Il Codice di procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2003, (art. 217); il *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi (1852)*, con introduzione di M. VELLANI, *Lineamenti per il codice di procedura civile per gli Stati Estensi*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2003, (art. 464) prevedevano che l'eccezione di nullità dell'atto di citazione e di qualunque altro atto del processo dovesse essere proposte prima di ogni difesa, o di ogni altra eccezione, tranne quelle di incompetenza, altrimenti si intendevano rinunziate.

L'art. 253 del *Codice di procedura civile del Regno di Sardegna (1854/1859)*, con introduzione di S. CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, era più articolato dei primi tre. Con la comparizione in giudizio veniva tolta al convenuto la facoltà di eccepire le nullità della citazione relative alla *vocatio in ius*, lasciandogli solo la possibilità di opporre i vizi concernenti l'*editio actionis* (art. 253, commi 1 e 2). Al contumace era data la possibilità di fare opposizione, lamentando la nullità della citazione che precedeva la sentenza contumaciale, ma doveva farlo prima di ogni altra difesa nel merito, e di ogni altra eccezione, tranne quella di incompetenza (comma 3). Per il resto aveva una formulazione analoga a quella degli altri codici (comma 4): «Le nullità degli atti di procedura posteriori sono sanate se non vengono specificatamente proposte nello scritto immediatamente successivo a quello impugnato in cui si contengono deliberazioni in

delle cause di nullità non sanate in motivi di gravame. La *querela nullitatis* autonoma sopravvisse come mera categoria giuridica, senza tuttavia avere una pratica incidenza<sup>80</sup>.

merito». L'ultimo comma era una norma di chiusura per limitare ulteriormente le *chances* di difesa del contumace: «Le nullità menzionate nel presente articolo dovranno essere pronunciate d'ufficio quando la parte che avrebbe diritto d'opporle sia contumace».

Nel *Regolamento giudiziario per gli affari civili di papa Gregorio XVI*, cit., all'art. 778 si stabiliva: «Le nullità per difetto di forme nella ordinatoria del processo dovranno opporsi nel termine di tre giorni dalla produzione in cancelleria dei singoli atti: scorso questo termine non saranno più ammissibili»; all'art. 779: «Le nullità per difetti sostanziali potranno sempre opporsi sicché non siano rimesse o sanate»; all'art. 780: «Sono difetti sostanziali; 1) la mancanza della citazione; 2) la mancanza della giurisdizione; 3) la mancanza del mandato di procura» ed infine l'art. 788: «Le nullità concernenti la ordinatoria, e quelle per tre difetti sostanziali, saranno proposte innanzi i tribunali di secondo o di terzo grado, a cui si porta l'appello sul merito principale». In conclusione, anche le nullità per vizi sostanziali alla fine erano sanate decorso il termine per l'appello.

<sup>80</sup> In alcuni ordinamenti troviamo espressamente disciplinata la *querela nullitatis* ma con delle limitazioni temporali o di coordinamento con altri mezzi di impugnazione; in altri essa rifluisce nei mezzi di gravame.

L'art. 718 del *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana*, cit., gli appelli possibili erano due, l'ultimo davanti al Supremo Consiglio di Giustizia. Si prevedeva: «Nell'atto di appello delle sentenze può dedursi l'eccezione di qualunque nullità»; l'art. 720 regolava un uso dell'appello in funzione di *querela nullitatis*: «Per il capo della nullità l'appello sarà sempre ammissibile, ancorché si tratti di sentenza altronde inappellabile»; all'art. 722 si chiudeva: «Qualora la sentenza di prima istanza sia revocata sarà luogo all'appello tanto per la nullità, quanto per il merito; ma se la sentenza sarà confermata nel merito, non sarà luogo ad ulteriore appello sopra la sola nullità». Nel *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto*, cit., la *querela nullitatis* sopravviveva come gravame autonomo da proporsi nel termine per l'appello e anche unitamente all'appello (artt. 332-333). Se la sentenza veniva dichiarata nulla c'era la possibilità di ricorrere al giudice di revisione (giudice superiore) entro il termine di quindici giorni dal giorno dell'intimazione della sentenza di nullità (art. 338). Nel *Regolamento giudiziario per gli affari civili di papa Gregorio XVI*, cit., oltre alla possibilità di appello era dato ricorso al Tribunale Supremo di Segnatura nel termine di tre mesi dall'ultimo atto di esecuzione della sentenza emanata in ultimo grado per far valere i vizi di nullità sostanziale della sentenza (artt. 1045 e 1062). Il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, cit., aveva mutuato *in toto* il sistema francese. Il *Codice di processura civile di Maria Luigia*, cit., contemplava tre gradi di giurisdizione, il terzo dei quali davanti al Tribunale Supremo di Revisione, senza porre

Rimaneva salva la possibilità per il contumace involontario, ad esempio, a causa di un atto di citazione nullo, di ottenere la *restitutio in integrum* nel corso del giudizio o successivamente ad esso, anche con l'opposizione contumaciale alla sentenza da proporsi davanti allo stesso giudice<sup>81</sup>.

un limite ai motivi di impugnazione; all'art. 630 si specificava: «Se si ricorre in revisione per violazione delle leggi della processura, e la domanda venga ammessa, il processo deve essere ricominciato dal primo atto, in cui la violazione si dichiara avvenuta». Il *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi*, cit., contemplava tre gradi di giudizio, oltre all'appello, il ricorso al Tribunale Supremo di Revisione, ma per motivi specifici tra i quali all'art. 52, comma 3, lett. a): «quando sia stata manifestamente violata la legge; se però tale violazione, commessa prima o nell'atto della sentenza, riguardi alle forme, ha luogo la revisione allora soltanto che esse siano essenziali, o prescritte dalla legge sotto pena di nullità e che questa non sia stata sanata dalle parti». Non veniva considerato motivo d'impugnazione «l'inosservanza di forme nella compilazione della sentenza» (art. 843, comma 2). Non veniva considerata sanabile, invece, neanche con l'acquiescenza delle parti, «la nullità sostanziale ed intrinseca alla natura del giudizio» (art. 846). Per il resto, sanatoria si aveva quando le parti non avessero sollevato l'eccezione di nullità prima di qualunque altro atto di procedura (art. 464). Il capo che rigettava l'eccezione di nullità doveva essere appellato. Se l'appellazione si fondava sul solo capo di nullità e il Tribunale d'appello la rigettava, confermando la sentenza appellata, non si poteva ricorrere per il capo di ingiustizia, ma residuava la possibilità di impugnare ulteriormente per nullità davanti al Tribunale Supremo (842). La nullità poteva essere ancora sanata facendo acquiescenza alla sentenza (art. 846), ad esempio mediante domanda dell'intimazione di essa (art. 819). Se il Tribunale d'appello o Supremo avesse annullato in tutto o in parte la sentenza o il processo di prima istanza, le parti sarebbero state rimesse al primo o ad altro giudice di pari grado, perché il processo fosse rinnovato da capo con un nuovo libello, ma secondo le indicazioni del giudice d'impugnazione (artt. 847 e 851, comma 2). Veniva esclusa la ritrattazione della sentenza da parte del giudice che l'aveva emessa (art. 804); ma veniva data la possibilità del ricorso in revisione avverso le sentenze d'appello, tanto per capo di nullità che d'ingiustizia, al Tribunale d'appello che aveva proferito la sentenza, entro un termine variabile a seconda del tipo di sentenza, a partire dal giorno dell'intimazione (artt. 853 ss.). Nel *Codice di procedura civile del Regno di Sardegna (1854/1859)*, cit. infine, c'era un sistema di impugnazione molto più simile al sistema attuale; appello, ricorso alla Corte di cassazione (questo era il nome che nel frattempo il Tribunale di cassazione aveva assunto anche in Francia), revoca. All'art. 207, n. 1, del *Codice di procedura civile del Regno di Sardegna (1854/1859)*, cit., si sanciva: «sono nulle le sentenze se le forme prescritte sotto pena di nullità sono state violate od omesse nel corso del giudizio, sempreché la nullità non sia stata espressamente o col silenzio sanata».

<sup>81</sup> Il regolamento del Granducato di Toscana sanciva che la contumacia, accertata la

Per limitare i motivi di opposizione del contumace, il codice sardo aveva già previsto la possibilità di pronunciare d'ufficio la nullità, quando la parte che aveva diritto a farla valere fosse rimasta contumace<sup>82</sup>.

Le cause di nullità degli atti processuali venivano riportate innanzi tutto alla violazione del diritto scritto, ma rispetto al codice francese in alcuni di questi testi si avevano delle clausole di chiusura che la rendevano una sorta di categoria aperta. Così è nei corpi legislativi in cui si nota un forte attaccamento al diritto comune, dove in qualche modo si potevano insinuare gli antichi vizi processuali; così è anche nei più moderni codice estense e codice sardo, dove accanto alle nullità tipiche si collocavano quelle dovute alla mancanza di «forme essenziali» o

regolarità del procedimento di citazione, venisse dichiarata con sentenza e che a quest'ultima si potesse fare opposizione entro otto giorni dalla notificazione (88 ss.). L'art. 476 del codice del Regno Lombardo-Veneto prevedeva la restituzione in intero per la parte senza cui colpa fosse scaduto un termine perentorio, da chiedere entro quattordici giorni dal giorno della notifica dell'ordinazione alla quale si doveva dare esecuzione o da quando l'impedimento fosse cessato; si escludeva che il rimedio potesse essere dato per produzione dei gravami e delle loro risposte d'appello e di revisione (art. 477). Il codice di Maria Luigia disciplinava l'opposizione contumaciale entro un breve termine dalla significazione della sentenza (576 ss.). Il codice del Regno delle Due Sicilie ammetteva opposizione fino all'esecuzione della sentenza se proferita contro una parte che si fosse costituita mediante patrocinante (art. 252). Il regolamento di papa Gregorio XVI (artt. 556 ss.) prevedeva un complesso sistema di citazioni plurime disposte con sentenza; eseguiti tali incombeni le sentenze successivamente emesse si consideravano proferite in contraddittorio. L'art. 722 del codice estense consentiva al contumace di chiedere la restituzione in intero contro la sentenza contumaciale entro il termine per appellare, ma al foro della prima istanza, per essere ammesso a compiere quelle attività che gli erano state impedito da causa a lui non imputabile (art. 727); ottenuta la restituzione in intero la causa tornava al corrispondente grado di istruzione (art. 729). L'appello e la restituzione in intero erano alternative: l'uno escludeva l'altra (art. 730). Infine, il codice sardo prevedeva la possibilità dell'opposizione del contumace fino al primo atto di esecuzione della sentenza, a meno che la citazione o la notificazione della sentenza non fosse stata fatta alla persona del convenuto, perché in questo caso il termine coincideva con quello d'appello ed i due termini decorrevano simultaneamente. La proposizione dell'appello comportava la rinuncia all'opposizione (artt. 241-242).

<sup>82</sup> In tal modo si volevano evitare i dubbi legati all'ampiezza, ai tempi ed ai modi per far valere la nullità della citazione da parte del contumace che avevano accompagnato l'art. 173 del codice francese, vedi F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, cit., vol. I, 405 s.; G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di procedura civile*, cit., 96 s.

di «elementi che costituiscono l'essenza degli atti»<sup>83</sup>.

Comunque, i termini brevi per fa valere l'eccezione di nullità non consentivano, salvo pochi casi, ai vizi di singoli atti di inficiare la validità formale della sentenza.

Fuori dal coro erano il regolamento di procedura civile toscano e il Regolamento generale del processo civile per il Regno Lombardo-Veneto, che non disciplinavano e, quindi, non poneva limiti all'eccezione di nullità.

#### 10. (... segue) *L'invalidità della sentenza e dei provvedimenti interlocutori*

La sentenza poteva essere invalida per mancanza delle forme proprie ovvero per trasgressione delle modalità della sua pronuncia<sup>84</sup>.

Oltre che per omissione ed errori all'atto della sua assunzione, vediamo cosa poteva accadere se si adottava un provvedimento in luogo di un altro e quali ne fossero le conseguenze.

Nel codice napoleonico troviamo tre tipi di sentenze, le preparatorie, le interlocutorie e le sentenze definitive. Le sentenze interlocutorie erano impugnabili immediatamente perché si riteneva che potessero pregiudicare la decisione di merito.

Come detto, ci fu discussione all'interno della dottrina francese intorno all'impugnabilità immediata o meno delle sentenze che disponevano d'ufficio mezzi di prova o senza opposizione.

Nei codici preunitari troviamo due tipi di risposte al problema.

Alcuni di essi esclusero l'impugnabilità immediata delle sentenze interlocutorie<sup>85</sup> o considerarono qualsiasi tipo di sentenza immediata-

<sup>83</sup> Vedi art. 52, comma 3, lett. a), del *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi*, cit., nonché l'art. 1158, comma 2, del *Codice di procedura civile del Regno di Sardegna (1854/1859)*, cit.

<sup>84</sup> Erano prescritte precise formalità per la pronuncia della sentenza e stabiliti i suoi elementi essenziali: nel regolamento toscano agli artt. 473 ss.; nel regolamento lombardo – veneto agli artt. 314 ss.; nel codice del Regno delle Due Sicilie agli artt. 211 ss.; nel codice di Maria Luigia agli artt. 506 ss.; nel regolamento pontificio agli artt. 582 ss.; al codice estense agli artt. 787 ss.; nel codice sardo agli artt. 194 ss.

<sup>85</sup> Il *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio papa XVI*, cit., preve-

mente impugnabile<sup>86</sup>.

Alcuni codici distinsero il modo di provvedere, in via ordinatoria o istruttoria, a seconda che sorgesse o meno una controversia.

Il più risalente, in ordine temporale, tra questi ultimi fu il regolamento di procedura civile toscano che, all'art. 157, stabiliva: «Decreti preparatorj, e ordinatorj sono quelli, che si pronunziano dal Tribunale sopra la semplice istanza, concordato, o contestazione verbale dei procuratori dei litiganti per il regolamento degli atti, e per la compilazione, e attuazione semplice del processo. Così in specie tutti i decreti di assegnazioni, e variazioni di termini, di sospensione d'istanze, di inibizioni, e simili preordinati a preparare, e ordinare i processi, a abilitare i mezzi delle prove, ed a riparare agli inconvenienti, che si incontrano nella regolare procedura delle medesime». All'art. 158 si specificava quando si poteva procedere senza citare la controparte: «I decreti meri ordinatorj, prescritti necessariamente dal regolamento di procedura, e che non possono avere opposizione, potranno domandarsi, ed ottenersi senza precedente citazione, e intervento dell'altra parte, sopra semplice verbale domanda della parte istante»; a completamento l'art. 159 disponeva: «Ma tutti gli altri decreti comunque ordinatorj, che possono incontrare opposizione devono essere preceduti dalla citazione della parte a comparire all'udienza in un certo giorno».

A seguito di citazione, alla presenza delle parti, il tribunale era chiamato a pronunciare «decreto pettorale». Potevano verificarsi due ipotesi: se le parti erano tutte concordi, il giudice emetteva il provve-

deva un particolare procedimento per l'emanazione della sentenza (art. 578 ss.): prima della sentenza veniva pubblicato e comunicato alle parti un opinamento motivato del giudice, con possibilità di revoca; quindi si pronunciava la sentenza. Si distingueva esclusivamente tra sentenze interlocutorie e definitiva e si includeva nelle sentenze del primo tipo anche gli atti di semplice istruzione (art. 590). Si escludeva che le sentenze interlocutorie potessero essere di pregiudizio alla decisione della causa (594) e infine che fossero impugnabili autonomamente (art. 983); così pure il *Codice di procedura civile per gli Stati estensi*, cit., (artt. 798 e 814); analogamente il *Codice di procedura civile di Maria Luigia (1820)*, che solo per definizione distingueva tra sentenze preparatorie e interlocutorie, ma riservava loro un identico trattamento ai fini dell'impugnazione (artt. 495 e 593).

<sup>86</sup> Così il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, cit., art. 507 e per il *Codice per gli Stati Sardi*, cit., art. 535.

dimento (art. 169); se vi era opposizione o contumacia e la questione non aveva un oggetto meramente ordinatorio e preparatorio, ma proprio di un giudizio incidentale, si disponeva la rimessione dell'istanza alla procedura dei giudizi incidentali (art. 175). I giudizi incidentali (artt. 188-208), che potevano anche essere volti ad ottenere «qualche prova, riscontro, o verifica», dovevano essere istruiti e si concludevano con sentenza, in ogni caso immediatamente appellabile<sup>87</sup>. Nulla si diceva in ordine alla forma del provvedimento con il quale si dovevano ammettere prove d'ufficio, ma dal tenore dell'art. 157 sembra che essa dovesse essere quella del decreto<sup>88</sup>. Poteva accadere che il giudice commettesse l'errore di emettere decreto in presenza di contestazioni, o peggio, che non scorgesse la necessità di citare la controparte prima di emettere il provvedimento.

Seguendo la logica del diritto comune, al quale del resto il regolamento toscano continuava per molti aspetti ad appartenere, non solo la mancanza di forme, ma qualsiasi deviazione dall'iter prefissato comportava la nullità della decisione. Il decreto irregolarmente assunto si poteva considerare, insomma, una sentenza in senso sostanziale, con forma non propria. Perciò, poteva essere dichiarato nullo su istanza di parte o mediante ritrattazione del giudice, non essendoci preclusioni di sorta.

In un caso il regolamento toscano indicava espressamente l'appello contro un decreto istruttorio, quello che aveva ammesso o rigettato la prova testimoniale, trattandolo come una sentenza interlocutoria. Dalla lettera della disposizione<sup>89</sup> sembra che la forma del provvedimento emesso fosse indifferente, perché alle parti era dato lo stesso rimedio e la possibilità di denunciare i vizi che avevano pregiudicato il loro diritto di azione, con la conseguente possibilità della *restitutio in integrum*.

<sup>87</sup> Così all'art. 698: «Sono egualmente appellabili tutte le sentenze interlocutorie contraddittorie, o contumaciali proferite dai giudici di prima istanza, o dagli arbitri, o dai Tribunali di prima appellatione in revoca alle sentenze interlocutorie di prima istanza, quando inferiscono un gravame tale, che non sia riparabile colla sentenza definitiva, e quando sarebbe appellabile la sentenza definitiva».

<sup>88</sup> Art. 157: «Decreti preparatorj, e ordinatorj sono quelli ... preordinati ... a abilitare i mezzi delle prove».

<sup>89</sup> Art. 335: «Il decreto, che ammetta o rigetti la prova per mezzo di testimonj sarà sempre appellabile, quando sia appellabile la sentenza sul merito».

Nel codice estense troviamo due tipi di provvedimenti diversi: decreti e sentenze di vari tipi. Non è ben chiara la differenza tra di essi, perché il legislatore non faceva classificazioni generali.

In primo luogo si avevano i decreti di mera processura comprendenti tutti i provvedimenti del giudice, che non portavano pregiudizio irreparabile all'oggetto principale della causa.

In secondo luogo i decreti e le sentenze interlocutorie.

Dal combinato disposto dell'art. 55 inserito nel capo dedicato al Supremo Tribunale di Revisione e dall'art. 814, inserito nelle disposizioni dedicate all'appello si può desumere che con decisioni interlocutorie si intendessero quelle sui mezzi di prova<sup>90</sup>.

Dalle disposizioni sull'appello (art. 811- 812)<sup>91</sup> apprendiamo che la prova poteva essere disposta tanto con decreto che con sentenza. Il ti-

<sup>90</sup> L'art. 55 stabiliva: «Le sentenze interlocutorie non ammettono la revisione se non congiuntamente alla sentenza definitiva e nel solo caso che influiscano nel merito della medesima»; mentre l'art. 814 precisava: «Dalle sentenze e dai decreti interlocutorj con cui si ammette la prova per testimoni o periti, l'accesso sul luogo controverso, od altra verificaione da eseguirsi mediante esperti o prova, non si fa luogo a reclamo se non che proferita la sentenza di merito, e nell'atto stesso dell'appellazione contro la medesima». È evidente che se ci fosse stato un tipo di decisioni interlocutorie non riconducibili a quelle che prevedevano i mezzi di prova le due norme sarebbero state senza senso; nel contesto della disciplina delle impugnazioni si sarebbe dovuto far menzione di altre sentenze interlocutorie, impugnabili in maniera differente. Delle due l'una: o si posticipava l'intera serie delle impugnazioni per evitare di interrompere il giudizio; ovvero si preferiva risolvere subito con un giudicato per evitare che la questione fosse ripresa in seguito. Il codice estense aveva optato per la prima soluzione. La prima disposizione (art. 55) faceva riferimento alle sole sentenze perché le decisioni del giudice d'appello avevano questa forma, sia che fossero emesse per confermare o riformare un decreto che una sentenza (art. 840).

<sup>91</sup> L'art. 811 prevedeva: «Delle sentenze e dei decreti di prima istanza, che non sono espressamente dichiarati inappellabili, si può appellare tanto per il capo di nullità che d'ingiustizia, al competente Tribunale d'appello»; il successivo art. 812 chiariva: «Non ha però luogo l'appellazione: 1. Contro i decreti di mera processura; e tali si hanno le tutte ordinanze del giudice che non portano pregiudizio irreparabile all'oggetto principale della causa; 2. Contro i decreti interlocutorj pronunciati nelle cause nelle quali non si ammette appellazione, ove però non si tratti di declinatoria di Foro, od incompetenza di giudice». Quest'ultimo periodo stabiliva un'eccezione alla regola generale sancita dall'art. 460 che voleva inappellabile il decreto con cui il giudice, dichiarandosi incompetente, rimetteva le parti ad altro foro.

tolo espressamente dedicato alla disciplina della prova in genere (titolo XXIV) non diceva nulla di esplicito su quando si dovesse adottare l'uno piuttosto che l'altro provvedimento. Per logica si potrebbe dire che con il decreto si ammettesse la prova in assenza di contestazione; mentre con la sentenza in presenza di contestazione.

C'erano ovviamente le sentenze definitive.

Infine, vi erano ipotesi di decreti con sostanza di sentenza. Nel processo di cognizione c'erano almeno due casi espressamente previsti, in cui, pur in presenza di contestazioni, si decideva con decreto. In primo luogo, quando il giudice si pronunciava sulla propria incompetenza, rimettendo le parti davanti ad altro foro, con decreto, che veniva dichiarato inappellabile (460). In secondo luogo, si menzionava nel titolo dedicato alla risoluzione degli incidenti (titolo XXIII), il passaggio in giudicato del decreto con il quale si definiva l'incidente (art. 510), soggetto ad appello (art. 511). Il disposto dell'art. 441, primo comma, inserito nel titolo XIX "Della via esecutiva", conferma che la forza di giudicato era attribuita anche ad atti diversi dalle sentenze<sup>92</sup>.

Probabilmente la preferenza per la forma del decreto, anziché della sentenza, era dettata da scelta di politica legislativa: si voleva evitare l'adozione di un atto più complesso per la risoluzione di questioni semplici o interne al rito. Tuttavia, l'art. 506 non indicava l'oggetto degli incidenti, che quindi poteva essere il più vario. La norma specificava solo che le domande incidenti dovevano essere dettate da sopravvenute straordinarie emergenze. Definito l'incidente doveva seguire la sentenza di accoglimento o rigetto della domanda principale; in pratica, poteva accadere, se si vuole per errore, soprattutto quando l'accoglimento dell'incidente comportava il rigetto della domanda principale, che con decreto si definisse l'intero giudizio.

<sup>92</sup> L'art. art. 441, comma 1, dispone: «La via esecutiva ha luogo 1) Per l'esecuzione di sentenze passate in cosa giudicata, o di quegli atti ai quali, giusta il presente Codice, è attribuita la forza di cosa giudicata, quando sia decorso un quinquennio da che poteva essere chiesta l'esecuzione come all'art. 869».

Va segnalato, infine, un provvedimento molto singolare, che a ragione si può considerare un prototipo del decreto ingiuntivo<sup>93</sup>.

Questo provvedimento lo troviamo nel procedimento denominato la via esecutiva, disciplinato agli artt. 441 ss., a disposizione del creditore che avesse una sentenza o altro provvedimento passato in giudicato da più di cinque anni ovvero altri documenti, indicati come comprovanti il credito (art. 441). Su istanza del creditore, il giusdicente del domicilio reale o eletto del reo da convenirsi (art. 445) ordinava che fosse notificato alla controparte copia del libello cogli annessi documenti e assegnava alla controparte un termine di otto giorni, prorogabile a richiesta dell'attore, per presentare le relative eccezioni. Spirato il termine infruttuosamente ovvero quando il convenuto fosse comparso adducendo eccezioni manifestamente irrilevanti o senza prove ovvero avesse confessato la propria obbligazione, il giusdicente accordava decreto d'esecuzione. Se le eccezioni, invece, avessero avuto qualche fondamento, si sarebbe dovuto procedere con il giudizio di cognizione davanti al giudice competente (artt. 446 ss.). Il codice non prevedeva espressamente che il decreto d'esecuzione passasse in giudicato, ma accordava contro di esso gli stessi rimedi previsti per una sentenza: appello e restituzione in intero (art. 451).

Tornando al processo di cognizione, la disciplina esaminata rendeva facile la confusione tra decreto e sentenza. Perciò, il legislatore aveva previsto che tanto avverso i decreti che contro le sentenze di prima istanza, fosse dato lo stesso mezzo d'impugnazione, l'appello, sia per il capo di nullità, sia per il capo di ingiustizia (art. 811). Si avvertiva, inoltre, che contro le sentenze ed i decreti interlocutori non si potesse far luogo ad appello né a revisione, prima della sentenza di merito, e nell'atto di impugnazione contro la medesima (artt. 55 e 814). Al contrario, non potevano essere impugnati i decreti di mera processura (art. 812, comma 2).

Né poteva essere d'ostacolo all'appello la qualificazione errata di un provvedimento; per il caso, l'art. 817 disponeva: «Soggiacciono ad appello le sentenze e i decreti che ne sono suscettivi per legge, quand'anche dal giudice fossero qualificati inappellabili: all'opposto

<sup>93</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, vol. I, 232 ss.

non si ammette l'appello delle sentenze, che sebbene qualificati appellabili, pure non siano tali secondo legge».

Dietro questa disposizione si intravede l'embrione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

È chiaro che qualificare una sentenza come appellabile o non appellabile è cosa differente dall'adottare un decreto in luogo di una sentenza, ma qualsiasi rischio era minimizzato dalla comunanza del mezzo di impugnazione e dalla specificazione che le sentenze interlocutorie e, a maggior ragione, i decreti interlocutori non potevano mai recare pregiudizio alla sentenza definitiva, né il tribunale era obbligato ad attenersi, anche se tali provvedimenti erano stati eseguiti dalle parti (art. 798).

Nella anomalia "decreto al posto di sentenza" sono inclusi i due sottotipi di provvedimento errato solo nella forma, mancante di alcuni elementi della più complessa sentenza, e di provvedimento emesso senza il rispetto delle regole del relativo procedimento, la previa discussione tra le parti, le eventuali memorie, i passaggi seguiti dai giudici dopo il ritiro nella camera di consiglio (artt. 737 ss.).

Una risposta al primo caso era nell'art. 815: «Nemmeno è ammissibile l'appellazione pel solo capo d'inosservanza di forme nella compilazione della sentenza, o del decreto, né contro il solo capo della condanna alle spese, o contro la sola parte della sentenza che decide gli incidenti rimessi al merito»; come rafforzativo l'art. 843, comma 2 ribadiva: «Se però il capo di nullità non riguardi che l'inosservanza di forme nella compilazione della sentenza, il Tribunale benché la trovi sussistente passa a giudicare dell'ingiustizia». A completamento del quadro si può richiamare l'art. 52, comma 3, lett. a), che comminava la nullità solo per violazione di «forme essenziali», oltre ai casi tipici.

In sostanza, gli elementi strutturali, se superflui, non incidevano più sulla validità di un provvedimento decisorio.

L'essenza del provvedimento-sentenza era ciò che individuava il comando del giudice: le parti; l'oggetto del giudizio; il dispositivo (789). Tale non era considerata la motivazione (802), che si aveva premura di specificare che non acquisivano mai valore di cosa giudicata.

La decisione interlocutoria, qualunque fosse la veste assunta, poteva essere impugnata solo se aveva in qualche modo influito sulla decisione definitiva (art. 55). Conseguentemente, emettere un provvedimento con forma di decreto piuttosto che di sentenza, *inaudita altera*

*parte* o in contraddittorio, seguendo un *iter* corretto o meno, diventava rilevante nella misura in cui se ne dimostrava l'incidenza diretta sulla decisione finale, al momento della quale era posticipata la loro impugnazione (art. 814). Questa, dunque, era la soluzione anche per il secondo caso posto.

In entrambe le ipotesi, ai sensi dell'art. 847, il tribunale d'appello, annullando in tutto o in parte la sentenza o il processo di prima istanza, avrebbe rimesso le parti al primo o ad altro giudice, a seconda di come avesse riconosciuto conveniente, indicando, all'occorrenza, gli atti da rinnovare, i capi e gli articoli sui quali doveva cadere la nuova sentenza.

La filosofia adottata dal codice, dunque, era quella di conservazione degli effetti dei provvedimenti per quanto possibile, anche mediante la loro conversione in fattispecie di ordine differente. Basti pensare che in caso di annullamento della sentenza da parte del Supremo Tribunale di Revisione per violazione di legge, a seguito di rapporto del Procuratore Generale, nell'interesse delle parti il giudicato, quantunque annullato, si considerava come una tacita transazione, non ulteriormente impugnabile (art. 54).

Altra questione era se l'errore riguardava la natura stessa del giudizio, così l'art. 846 avvertiva: «Ove la nullità sia sostanziale ed intrinseca alla natura del giudizio, né sanabile coll'acquiescenza delle parti, il Tribunale deve farsene carico, quando anche non fosse stata proposta».

Per comprendere cosa il legislatore intendesse con il riferimento alla "natura del giudizio", bisogna avere in mente la concezione positivista dello stretto legame tra diritto sostanziale e processuale: il secondo subordinato al primo e articolato in tanti procedimenti speciali quante erano le esigenze che presentava l'essenza del diritto, *status* o interesse privato coinvolto<sup>94</sup>.

Perciò, nullo doveva essere il giudizio svolto con forme non proprie, anomale, non adatte alla natura della situazione sostanziale coinvolta: avrebbero importato un pregiudizio dei diritti di difesa delle parti e, quindi, del merito.

Al tribunale era imposto di farsi carico di questa nullità più grave: innanzi tutto, con il rilievo d'ufficio del vizio. Il dubbio rimane se esso dovesse riiniziare d'ufficio il nuovo procedimento. Presumibilmente in

<sup>94</sup> Il terzo libro disciplinava le «processure diverse».

applicazione degli artt. artt. 847 e 851, comma il tribunale d'appello o Supremo rimetteva le parti davanti al giudice competente, perché il processo fosse rinnovato da principio su impulso di parte.

11. (... segue) *La questione dell'impugnazione delle ordinanze del presidente del tribunale, del giudice commesso e del giudice di mandamento nel codice di procedura civile per gli Stati Sardi*

Nel codice di procedura civile per gli Stati Sardi troviamo maggior precisione nelle definizioni dei campi dei vari provvedimenti e nelle ripartizioni dei compiti tra i vari organi giudiziari. Vi era nei procedimenti di competenza del tribunale la distinzione di funzioni tra presidente o giudice da lui commesso e collegio.

L'art. 167 stabiliva: «Gl'incidenti di mera istruttoria durante il procedimento saranno risolti dal presidente, o da uno dei giudici da lui commesso, nel modo che verrà prescritto dal regolamento, nelle udienze a tale effetto determinate». Il successivo art. 168 chiariva che nei casi in cui non fosse stata fatta opposizione era il presidente o il giudice commesso a dover provvedere, come pure nei casi d'urgenza, in cui era necessario dare provvedimenti istantanei (art. 169)<sup>95</sup>. In caso di contestazione, tuttavia, l'incidente doveva essere istruito e deciso con sentenza interlocutoria<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Art. 169: «Nei casi d'urgenza, in cui possa occorrere di dare provvedimenti istantanei, il presidente od il giudice commesso, sull'istanza della parte richiedente, fisserà un'udienza straordinaria per qualunque giorno ed ora: e sentite le parti nelle loro istanze ed eccezioni, o provvederà immediatamente, o stabilirà l'udienza alla quale dovranno le parti comparire dinnanzi al Tribunale affinché, senza altro atto o formalità, si provveda sommariamente».

<sup>96</sup> Ai sensi dell'art. 200, le sentenze potevano essere: provvisionali, se ordinavano provvedimenti interinali allo scopo di prevenire o di riparare agli inconvenienti cui potevano soggiacere le parti o gli oggetti contestati o la cosa pubblicata durante il tempo necessario a decidere; interlocutorie, se ammettevano o rigettavano una prova od altro incombente che influisse sul merito della causa e su cui vi fosse stata contestazione ovvero mandavano alle parti di procedere più ampiamente secondo espresse considerazioni; definitive, se decidevano il merito di una controversia.

Questo schema si ripeteva anche nei procedimenti speciali, quale quello per la divisione delle proprietà comuni.

Le sentenze del tribunale dovevano essere redatte dal presidente o da un giudice da lui commesso e contenere: 1° il nome e cognome delle parti; 2° il loro domicilio, o la loro residenza, o dimora; 3° il nome e cognome dei procuratori; 4° il tenore delle conclusioni scritte dalla parti, esclusi i motivi; 5° l'enunciazione che il ministero pubblico fosse stato sentito, quando ciò ebbe luogo; 6° i motivi che avevano determinato la decisione; 7° il dispositivo; 8° l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui era stata pronunciata; 9° la sottoscrizione di tutti i giudici che le avevano proferite e del segretario. L'errata indicazione dei requisiti di cui ai numeri 1, 4, 6, 7, 8 e 10 e la loro erroneità parziale, che producesse incertezza assoluta, dava luogo a nullità; negli altri casi era concessa la facoltà chiedere la correzione della sentenza allo stesso giudice che l'aveva emessa. (art. 204).

Ancora nulla era la sentenza se nella votazione non fossero state seguite precise regole (art. 197 in combinato disposto con gli artt. 195 e 196<sup>97</sup>).

Infine, ai sensi dell'art. 207 la sentenza era nulla: se erano state violate norme del procedimento prescritte a pena di nullità, salvo che non fosse intervenuta sanatoria per la mancata eccezione di parte; in caso di *pluris* e *minoris petitio*; in caso di disposizioni contraddittorie; o contrarietà a sentenze irrevocabili pronunciate dallo stesso tribunale, tra le stesse parti e sullo stesso oggetto, purché con l'ultima delle sentenze non si fosse pronunciato anche sull'eccezione di cosa giudicata; se si fosse pronunciato contro la parte a riguardo della quale la comunicazione al pubblico ministero era prescritta e questa fosse stata omessa.

Non c'era una disciplina particolare delle sentenze degli altri giudici, a parte quelle della Corte di cassazione (art. 627), perciò era applicabile, in quanto compatibile la disciplina sopra vista.

<sup>97</sup> Art. 195: «La votazione si fa in segreto con l'intervento dei soli votanti»; art. 196: «Non potranno concorrere alla votazione se non quei giudici che avranno assistito a tutte le udienze in cui fu trattata la causa dopo l'ultima iscrizione a ruolo. Quando nella votazione siavi parità di voti, non si computerà quello del meno anziano»; art. 197: «il disposto dagli artt. 195 e 196 dovrà osservarsi a pena di nullità»

Nonostante il titolo V del libro IV fosse “delle sentenze e dei provvedimenti di istruttoria”, nulla di particolare veniva detto sulla forma dei provvedimenti diversi dalla sentenza.

Vi poteva essere l'eventualità di ordinanze o decreti del presidente del tribunale o del giudice commesso viziati perché emessi: in presenza di contestazioni ovvero in mancanza delle altre condizioni prescritte dalla legge; senza d'urgenza, con pregiudizio delle ragioni di merito una delle parti. Nella logica del processo comune questo provvedimento sarebbe stata una sentenza in sostanziale, nulla per vizi di forma e per mancanza di potere dell'organo che l'aveva pronunciata, da farsi valere con appello o con *querela nullitatis*.

Nella logica del legislatore sabaudo<sup>98</sup> il rimedio adeguato a tali provvedimenti non era l'appello, ma uno strumento più modesto e proporzionato al loro carattere interinale: «Alle sole sentenze conven-gono i rimedii dell'opposizione e dell'appello, e alle semplici ordinar-ze, le quali non deggiano più aver la forma voluta dall'art. 203, non è ammesso che il solo richiamo all'intero tribunale, il quale richiamo è di diritto, da quei casi fuori che sia espressamente dalla legge negato<sup>99</sup>».

È vero che ai sensi dell'art. 170 alle parti era dato un breve termine per il richiamo al collegio<sup>100</sup>, ma questi provvedimenti non vincolavano il collegio all'atto di assumere la decisione definitiva. Infatti, all' art. 201 si precisava: «Non sono considerati come sentenze i semplici provvedimenti del Tribunale per l'istruzione della causa, i quali non

<sup>98</sup> *Processo verbale della Commissione Senatoria del Parlamento Subalpino (1854)*, 64, sull'argomento vedi G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario al Codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, cit., vol. III, 40 ss.

<sup>99</sup> Tali erano i casi di ordinanze emesse nel corso dell'istruzione probatoria, ad esempio: i provvedimenti del giudice commesso nel corso dell'esame dei testimoni, delle perizie, della verifica di scritture, della querela di falso. La giustificazione viene individuata da Pisanelli nella necessità di non creare ritardi all'istruzione probatoria, vedi G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, in G. Pisanelli, A. Scialoja, P. S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1887, vol. I, 382 s.

<sup>100</sup> Art. 170: «Se una delle parti intende richiamarsi contro il provvedimento del presidente o del giudice commesso deve farlo nel giorno immediatamente successivo. Non è ammessa l'opposizione della parte non comparsa, salvo nel giorno successivo alla notificazione del provvedimento».

pregiudicano il merito». Si legava saldamente la forma del provvedimento alla sua sostanza.

Nella giurisprudenza sarda l'art. 201 fu inteso nel senso che solo i provvedimenti non pregiudicanti il merito della causa potessero essere adottati con decreto o ordinanza e si dubitava che tali fossero le decisioni sull'assunzione di una prova d'ufficio o senza contraddittorio. Si riprodussero, in sostanza, le incertezze della dottrina e giurisprudenza francese sulla distinzione tra sentenza preparatorie ed interlocutorie<sup>101</sup>.

Coloro che ritenevano che l'ammissione di un mezzo di prova d'ufficio o senza contestazione influisse comunque sul merito della causa, non poteva non considerare le ordinanze ed i decreti emessi dal tribunale in questi frangenti come sentenze in senso sostanziale.

Il problema che sorgeva, di conseguenza, era se un tale provvedimento dovesse esser considerato valido dal punto di vista formale, data la mancanza dei requisiti di cui all'art. 204. La risposta era negativa, se il provvedimento era stato emesso dal presidente o dal giudice da lui commesso in luogo di sentenza, perché mancante dei requisiti richiesti per la validità. Dubbio era anche il mezzo di impugnazione da impiegare, richiamo al collegio o appello, almeno una volta che fosse decorso il breve termine per adire l'organo collegiale<sup>102</sup>.

Bisogna considerare che il termine per impugnare le sentenze collegiali era di trenta giorni dalla loro notificazione. Articolata era la disciplina della notificazione. Le sentenze provvisoriale e definitive dovevano essere notificate alla parte personalmente (art. 225, comma 2). Le sentenze interlocutorie dovevano essere notificate al procuratore, che, però, aveva l'obbligo di farle conoscere alla parte immediatamente, sotto pena del pagamento di una multa (art. 225, comma 3 e 4). I provvedimenti d'istruttoria, invece, erano notificati al procuratore, solo se egli era assente (art. 226). In ogni caso, egli non aveva l'obbligo di comunicarli alla parte immediatamente. Infine, tanto le sentenze che gli altri provvedimenti contumaciali dovevano essere notificati alla par-

<sup>101</sup> G. PISANELLI, *Relazione ministeriale*, cit., 146 s.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., vol. V, 48 s.

<sup>102</sup> G. PISANELLI, *op. ult. cit.*; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *op. ult. cit.*

te personalmente prima di essere eseguiti (art. 228). Quindi, se si fosse ammesso appello contro un provvedimento decisorio con forma errata, ci sarebbe potuto essere il rischio che esso fosse stato impugnabile *sine die*. Questo spiega perché si preferisse il rimedio suggerito dalla forma del provvedimento, che, comunque, garantiva la possibilità per il collegio di rimettere in discussione quanto provvisoriamente deciso.

Pisanelli, con riguardo al codice sardo<sup>103</sup>, distinse dalle altre ipotesi quella delle ordinanze del giudice unico, come il giudice di mandamento, assunte nel corso del giudizio in luogo di sentenza ed era piuttosto chiaro sul da farsi. Se si fosse trattato di esercizio di una speciale attribuzione da parte del tribunale collegiale, si sarebbero dovute applicare le disposizioni relative al giudice delegato e contro di esse sarebbe dato di nuovo richiamo al collegio. Differente il caso in cui il giudice unico fosse stato l'autorità competente a giudicare della controversia: «... la forma non altera le regole stabilite per ogni altra sentenza. Poco in effetti rileva il nome che voglia darsi alla disposizione che emette il giudice di mandamento; la stessa legge chiama, nei giudizi sommari, i provvedimenti le sentenze dei detti giudici; talvolta comprende i primi nelle seconde, articoli 68 e 69, e dice ordinanze le sentenze preparatorie<sup>104</sup>. Però se a definire il provvedimento del giudice sia appellabile deve riguardarsi al contenuto soltanto, ed applicarsi alle ordinanze le regole medesime che verremo in appresso esponendo per le sentenze».

Dunque, l'illustre giurista arrivava alla conclusione che l'etichetta di sentenza non avesse alcuna rilevanza, quando il provvedimento esprimeva un contenuto chiaro e non vi era un problema di abuso di

<sup>103</sup> G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, cit., 388 s.

<sup>104</sup> Il giurista si riferisce alla versione del 1854 che, all'art. 68 prevedeva: «Le sentenze definitive proferite in presenza delle parti e le preparatorie ed interlocutorie proferite in presenza o delle parti o dei loro rappresentanti, si avranno per notificate col solo fatto della prolazione senza necessità di altra notificazione», all'art. 69: «Salvi i casi contemplati nell'articolo precedente, la notificazione dei provvedimenti sommari e delle sentenze si farà da un usciere mediante consegna di copia da lui firmata alla persona ed in difetto al di lui domicilio o residenza o dimora nel modo stabilito per le citazioni», all'art. 83: «La parte condannata in contumacia potrà formare opposizione alla sentenza fra giorni cinque dall'intimazione che le sarà fatta dall'usciera a mente dell'articolo 69».

potere da parte del giudice singolo. Inoltre, in questo tipo di giudizi era più semplice che l'ordinanza avesse gli stessi requisiti prescritti per la sentenza a pena di nullità. Né si poneva il problema del decorso del termine per appellare, come si desume dal combinato disposto della norma che prevedeva i termini per appellare e delle norme che regolavano la notificazione e pubblicazione delle sentenze e degli altri provvedimenti dei giudici di mandamento. Infatti, l'art. 118 disponeva che per le sentenze dei giudici di mandamento il termine per impugnare sarebbe decorso dalla notificazione o dalla prolazione; gli artt. 86 e 88 stabilivano disposizioni comuni per la pubblicazione delle sentenze e degli altri provvedimenti; ai sensi dell'art. 88 la notificazione delle sentenze e degli altri provvedimenti doveva avvenire, se questi non fossero stati proferiti in presenza delle parti.

Nel processo davanti al tribunale collegiale il maggior ostacolo a considerare sentenza l'ordinanza del presidente o del giudice commesso era data dalla mancanza formale delle sottoscrizioni di tutti i membri del collegio giudicante, in ultima analisi espressione formale e evidente dell'abuso del potere da parte dell'autore del provvedimento.

Il rimedio del richiamo al collegio veniva ammesso in via interpretativa nei casi in cui avverso il provvedimento del presidente del tribunale o del giudice da lui commesso o del giudice di mandamento non fosse espressamente disposto dalla legge, sia che il provvedimento avesse un contenuto positivo che negativo.

Un'ipotesi in cui era concesso il richiamo al tribunale lo si trova nel libro VI, relativo all'esecuzione dei giudicati, ed in particolare al titolo X sul giudizio di gradazione dei crediti. Veniva considerato impugnabile lo stato di gradazione dei crediti predisposto dal giudice commesso, che, ad ogni modo, doveva essere omologato in udienza dal tribunale con sentenza. La negazione di un rimedio ulteriore ancora una volta si giustificava per l'assenza di incidenza nel merito dell'atto del giudice commesso: lo stato di gradazione era depositato in cancelleria e notificato ai creditori, che avevano il tempo di prenderne visione e formulare osservazioni ed eccezioni prima dell'udienza davanti al giudice commesso stesso; il giorno dell'udienza il giudice commesso ascoltava le istanze delle parti e le verbalizza; seguiva, quindi, l'udienza davanti al collegio; di nuovo alle parti era dato di esporre le loro ragioni, dopo la relazione del giudice commesso; infine, il tribunale, de-

cideva su ogni questioni e omologava, eventualmente con modifiche, lo stato iniziale.

Una complicazione ulteriore si aveva nel caso in cui la sentenza del tribunale fosse stata appellata e riformata, perché di seguito era il giudice commesso del tribunale provinciale a dover fissare lo stato di gradazione, senza sentenza di omologazione del tribunale. Identificando in questo atto la sostanza di sentenza, sorse il dubbio se contro di esso potesse essere dato o meno appello. La soluzione fu trovata supplendo al silenzio della legge sarda mediante il richiamo all'art. 834 del regolamento per l'esecuzione di procedura civile, ai sensi del quale il giudice commesso doveva procedere alla chiusura definitiva dello stato di gradazione, sentiti e chiamati gli interessati, accertando le spese ed i danni-interessi e rimettendo le parti davanti al tribunale perché provvedesse sulle loro istanze ed eccezioni<sup>105</sup>. Se non c'erano contestazioni, quindi, il procedimento si chiudeva con l'atto del giudice commesso, sulla cui forma nulla si diceva. Presumibilmente, in caso di eventuali errori procedurali il rimedio era di nuovo il reclamo al collegio deputato a decidere in via definitiva sulle eventuali questioni.

Invece, fu negato il richiamo al collegio nel caso di sequestri ed inibizioni concesse prima o nel corso di una causa (art. 928)<sup>106</sup>. La facoltà del presidente del tribunale di concedere inibizioni prima dell'inizio della causa di merito anche *inaudita altera parte*, fu criticata in dottrina perché si ritenne che essa comportasse una sostanziale decisione del merito senza il rispetto del principio del contraddittorio e da parte di un organo privo di potere decisorio<sup>107</sup>. Di qui il dubbio se potesse essere dato appello o meno contro una "sentenza sostanziale". La giurisprudenza sarda e napoletana<sup>108</sup> e la dottrina<sup>109</sup> ritennero che di trattasse di un potere speciale, giustificato da particolari esigenze

<sup>105</sup> G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, cit., 384 s.

<sup>106</sup> G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario al Codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, cit., vol. III, 40 ss.

<sup>107</sup> P.S. MANCINI, *Nozioni storiche preliminari intorno al sistema del processo civile*, in G. Pisanelli, A. Scialoja, P.S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., vol. I, 7 ss. in particolare 36.

<sup>108</sup> Corte suprema di Napoli, 15 aprile 1847, in *Gazzetta ufficiale de' Tribunali di Napoli*, III, 281.

<sup>109</sup> G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, cit., 387.

d'urgenza, che sarebbero state vanificate da incidenti di giudizio che coinvolgessero il collegio. L'unico rimedio ammissibile era, conseguentemente, la prosecuzione del giudizio di cognizione: il provvedimento sarebbe stato revocato dalla sentenza del collegio che decideva la causa.

Il problema, dunque, più che il pregiudizio del merito, poteva essere il danno arrecato a chi subiva la restrizione, che poteva essere bilanciato dalla concessione di un rimedio adeguato, appunto il reclamo al collegio, che arrivò molto più tardi, anche dell'entrata in vigore del nostro codice di procedura civile.

## 12. Conclusioni

L'esigenza di comprimere l'autonomia normativa dei giudici e, soprattutto, delle Corti supreme ha generato i primi tentativi di includere tutto il diritto vivente entro codici o regolamenti di matrice regia.

Si voleva fare del diritto un "affare di Stato", il che importava il controllo di ogni fonte di produzione, incluso il processo, sede dell'attività creativa dei giudici. Il concetto di base era semplice: legittimo era il procedimento che veniva regolato dalla legge, perché solo il legislatore sovrano era in grado di stabilire l'iter necessario per arrivare ad una decisione corretta. La logica del processo doveva pertanto essere solo quella del legislatore, senza bisogno di ricorrere a valori meta-testuali.

Seppur in un contesto mutato, l'uso della nullità nei primi tentativi di codificazione francese era ancora quello proprio del diritto comune: una sanzione per la violazione dello *ius*, che si voleva identificare in quel momento esclusivamente con la *lex*; al contempo, uno strumento politico di controllo dei giudici, che sfruttava l'insoddisfazione delle parti per denunciare le disfunzioni del sistema, con un metodo che con linguaggio moderno chiameremo "*bottom up*".

Vi era anche un rovescio della medaglia: la nullità per vizi di forma era una via per abusare del processo, per renderlo lungo, costoso e, a conti fatti, inutile. Di qui i tentativi dei legislatori rivoluzionari di snellire le forme, di renderle accessibili e comprensibili a tutti, di privilegiare la tutela dei diritti a scapito del formalismo fine a sé stesso.

La soluzione trovata nel codice di Napoleone segnò un netto punto di svolta.

Si arriva finalmente all'importante conclusione che la semplificazione del procedimento non è un valore in sé. Certo, si possono evitare orpelli inutili, nocivi, causa di ritardi nella decisione di merito; ma non si può appiattare ogni forma. È essenziale considerare che la disciplina del processo deve essere articolata e differenziata per rispondere alle esigenze del diritto sostanziale. Il rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale non è di parità, ma di subordinazione: la violazione del primo non può essere equivalente alla violazione del secondo. Su questo presupposto la disciplina degli *errores in procedendo* veniva differenziata dalla violazione di legge *tout court*.

Nel codice francese e nei codici preunitari la nullità degli atti era perlopiù tipica, con qualche clausola generale, che implicava la distinzione tra vizi di forma rilevanti e irrilevanti, essenziali e non essenziali.

Queste previsioni "aperte" avrebbero potuto comportare il ritorno alle disfunzioni procedurali che avevano caratterizzato il diritto comune. Il rischio, tuttavia, non si poneva, perché la nullità dei singoli atti del procedimento diventava sanabile entro un breve lasso di tempo, con la conseguente riduzione della nullità derivata della sentenza a pochi casi limite. È in particolare sotto questo profilo che emerge con maggiore evidenza il cambio di marcia tra il codice del Regno Lombardo-Veneto o il regolamento Toscano, da un lato, e gli altri codici preunitari, dall'altro. Nei primi, infatti, che sono in più stretto rapporto di derivazione del diritto comune, non è dato reperire limite all'eccezione di nullità. In altri codici, invece, sui quali certamente dell'influenza del codice francese è stata più incisiva e che verrebbe quasi da definire "di avanguardia", è avvertibile una maggiore sensibilità dei legislatori per gli aspetti che qui interessano.

Questi ultimi codici, ritenendo la complessità della sentenza spropositata rispetto alla funzione di mero ordine, affiancarono ad essa provvedimenti più semplici, quali i decreti o le ordinanze. Prevedendo l'adozione di provvedimenti strutturalmente basici, non solo per scopi ordinatori, ma anche quando non ci fosse stato bisogno di decidere su contestazioni ovvero nei casi d'urgenza, si voleva rendere il procedimento più snello, senza pregiudicare la decisione del merito della causa.

Così, iniziava a porsi il problema della pronuncia su questioni in-

cidentalmente con un provvedimento errato, per forma o per procedimento di adozione. Nel processo romano-canonico esso sarebbe stato nullo, perché la salvaguardia dell'“*ordo iudiciarius*” era reputato un valore in sé.

Con le nuove codificazioni la mentalità è ormai cambiata. Emerge l'intento di distinguere tra forme utili ed inutili, per evitare che meri cavilli impediscano di raggiungere il vero scopo del processo, la decisione finale. Il parametro della selezione diventava l'incidenza o meno sul merito.

Il principio di massima conservazione dell'attività procedurale svolta sembra che animi i legislatori o almeno alcuni – i più accorti al mutare dei tempi – dei legislatori preunitari: così nel codice Estense la pronuncia di decreto in luogo di sentenza non era rilevante perché entrambi i provvedimenti erano sottoposti allo stesso mezzo di impugnazione, l'appello; la forma diventava importante solo quando dietro le omissioni o deviazioni dall'iter tracciato c'erano carenze di difesa, con ripercussioni sulla sentenza definitiva.

Nel codice Sardo troviamo un'altra problematica. La divisione di poteri all'interno dell'organo collegiale tra presidente o giudice commesso e collegio nella fase istruttoria, poteva portare all'adozione di ordinanze pur in presenza di contestazioni espresse o potenziali, quindi, di un provvedimento sostanzialmente decisorio da parte di un organo privo di potere, fuori dai casi di urgenza. L'abuso di potere decisorio, però, non recava pregiudizio al merito, perché il legislatore aveva avuto cura di specificare che i semplici provvedimenti istruttori non erano considerati come sentenze e non pregiudicavano, in alcun modo, il merito. Tutto era riconducibile al collegio, al quale, del resto, si potevano reclamare le ordinanze monocratiche. Nei procedimenti davanti al tribunale collegiale la forma del provvedimento non recava con sé alcuna ambiguità.

Seppur non detto espressamente, lo spirito della dottrina era quello di svilire l'importanza della forma quando il provvedimento emesso con apparenza sbagliata non recasse con sé problemi di conflitto di attribuzioni o abuso di potere: perciò, si considerarono appellabili come sentenze i decreti e le ordinanze, con sostanza di sentenza emesse dal giudice monocratico. Anche perché non c'era alcuna altra alternativa praticabile.

L'approccio del legislatore estense e di quello sardo potrebbe sembrare agli antipodi, in verità la filosofia era la stessa: evitare che sottigliezze formali allungassero inutilmente il corso del processo, salvo che non importassero pregiudizio all'azione e difesa di parte.

In questi sistemi, si affacciano le prime applicazioni "basiche" del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, limitato, più che altro, ai casi di scambio di forme di provvedimenti, non ancora di procedimenti.



### CAPITOLO III

#### IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

SOMMARIO: 1. I motivi del codice di procedura civile. – 2. La struttura del codice di procedura civile. – 3. I provvedimenti. – 4. La nullità in generale. – 5. L'invalidità della sentenza ed i rimedi. – 6. (... segue) L'invalidità degli altri provvedimenti ed i rimedi. – 7. I provvedimenti anomali. – 8. Conclusioni.

##### 1. *I motivi del codice di procedura civile*

Con la nascita del Regno d'Italia fu sentita come più urgente l'esigenza di unificare la disciplina dei vari settori giuridici, frammentata nelle legislazioni dei Regni preunitari. Quattro codici diversi regolavano il procedimento civile: il codice del Regno delle Due Sicilie, il regolamento del Granducato di Toscana del 1814, il codice Sardo (che venne esteso, nel 1861, alle Marche ed all'Umbria) ed il codice del Regno Lombardo-Veneto, a propria volta modificato nel 1862.

Il codice di procedura civile dell'Italia Unita fu di impronta francese, anche a causa alla formazione giuridica dell'ideatore del progetto di codice, il guardasigilli Giuseppe Pisanelli. Egli, infatti, proveniva dal Regno delle Due Sicilie, come Pasquale Stanislao Mancini e Antonio Scialoja, dove il codice napoleonico era stato introdotto all'inizio dell'800 e, alla fine della dominazione straniera, tradotto in un codice di procedura civile autoctono; inoltre, fu uno dei tre più importanti commentatori del codice di procedura civile sardo, anch'esso di chiara ispirazione francese<sup>1</sup>. Rispetto al codice di Napoleone, tuttavia, il no-

<sup>1</sup> G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di procedura civile*, cit.; ID., *Relazione sul Codice di Procedura Civile fatta alla Camera elettiva dal Deputato G. Pisanelli oratore della Commissione*, 8 febbraio 1865 e G. VACCA, *Relazione a sua Maestà del Ministro del Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti sul Codice di procedura civile*, 25 giugno 1865, entrambe in G. Pisanelli, *Disposizioni generali*, in G. Pisanelli, A. Scialoja, P.S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, cit., vol. I, 60 ss.; GAETANO FOSCHINI, GIUSEP-

stro aveva la pretesa di essere un codice più moderno e liberale<sup>2</sup>, in quanto lasciava ampi margini di azione alle parti.

Il codice fu elaborato ed approvato in un lasso di tempo relativamente breve<sup>3</sup>, vincendo l'opposizione di coloro che erano contrari all'unificazione legislativa, nonché dei detrattori<sup>4</sup>. In sintesi, il codice

PE FOSCHINI, *I motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle Disposizioni transitorie di esso*, Torino, Firenze, 1870, 11 ss.; P.S. MANCINI, *Nozioni storiche preliminari intorno al sistema generale del processo civile*, cit., 7 ss.; D. GALDI, *Intorno alla formazione de' nuovi Codici e specialmente di quello di procedura civile*, in G. Pisanelli, A. Scialoja, P.S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi cit.*, vol. I, 40 ss.; S. SATTÀ, voce *Codice di procedura civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, vol. VII, 279 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia in Italia*, cit., 107 ss.; ID., voce *Procedura civile (codice di)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1996, 658 ss.; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno di Italia (1866 - 1936)*, Milano, 1991, 19; G. MONTELEONE, *Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865 (Due codici a confronto)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000, 529 ss.; ID., *Il codice di procedura civile del 1865*, cit., 10 ss.; M.N. MILETTI, *G. Pisanelli (1812-1879)*, in S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari (cur.), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna 2011, 679 ss.

<sup>2</sup> Una delle principali voci critiche del primo codice unitario fu Chiovena che lo considerava disciplina di un processo scritto, lento e complicato, il contrario dei principi da lui professati: oralità, immediatezza e concentrazione. Vedi G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*; ID. *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali* entrambi in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894 -1937)*, riedizione, Milano, 1993, vol. I, 379 ss. critico anche S. SATTÀ, voce *Codice di procedura civile*, cit., 280. Un opposto giudizio su quest'opera si trova in due autori contemporanei: M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., 142 ss.; ID., voce *Procedura civile (codice di)*, cit., 658 ss. e G. MONTELEONE *Il codice di procedura civile del 1865*, cit., 19 ss. Da ultimo vedi le considerazioni critiche di A. CHIZZINI, *Pensiero ed azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2014, 81 ss.

<sup>3</sup> Dopo la presentazione al Parlamento nelle sedute del 16 luglio e del 26 novembre 1863 dei progetti per i nuovi codici, ad opera del Ministro Guardasigilli Pisanelli, il codice civile ed il codice di procedura civile del Regno d'Italia furono promulgati a Firenze, allora capitale del Regno, il 25 giugno 1865 ed entrarono in vigore il 1° gennaio 1866.

<sup>4</sup> Per dare idea dei dubbi e delle accese discussioni sul progetto di codice presentato alle Camere, si riporta uno stralcio del discorso tenuto dal deputato Mari, nella seduta dell'11 febbraio 1865: «Il progetto del Codice di procedura civile si presenta sfornito di qualunque grazia. Eppure vi propongono d'accettarlo! E perché? È facile! Approvare ciecamente il progetto, e rimetterlo al Governo perché ne faccia quello che

di procedura civile unitario non ebbe vita facile: alla sua nascita seguirono diversi tentativi di riforma, anche se solo pochi di essi furono effettivamente realizzati<sup>5</sup>.

Contemporaneamente venne ultimata la disciplina dell'ordinamento giudiziario, con il regio decreto 5 dicembre 1865, dal quale risultò un'organizzazione gerarchica della magistratura, con stringenti strumenti di controllo sui giudici da parte del governo<sup>6</sup>.

Se si guarda ai motivi ispiratori del nuovo codice, si scorge un atteggiamento ben definito riguardo alla disciplina del procedimento.

Innanzitutto si scartò il vecchio principio che la molteplicità delle forme fosse necessaria per rimediare al cavillo e alla mala fede, ritenendolo smentito dalla prassi.

Nella disciplina del processo venivano individuati due aspetti, uno logico ed uno politico: il primo imponeva di cercare le regole logiche necessarie a condurre il giudice ad una soluzione retta; il secondo di modulare i poteri del giudice in modo tale da evitare ogni abuso<sup>7</sup>.

meglio crederà, perché vi aggiunga o vi rechi quelle modificazioni che crederà più opportune. Così dobbiamo ancora in questa parte abdicare ai nostri poteri; così dobbiamo cedere tutte le nostre facoltà, delegarne l'esercizio al Ministro! Spero che nol farete ...», in *Critica fatta nel Parlamento al progetto del nuovo codice di procedura civile*, parte di G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MACINI, *Commento del Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., vol. I, 42 ss. e in particolare 48 s.

<sup>5</sup> Per approfondimenti sui tentativi e sulle riforme effettive si rinvia a: M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, cit., 156 ss.; G. TARZIA, B. CAVALLONE, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, Milano, 1989, in due tomi; con particolare riferimento alla riforma del rito sommario, A. PANZAROLA, *Il rito per le cause commerciali fra codice di procedura civile del 1865, codice di commercio del 1882 e riforma del 1901. Riflessioni intorno ad una procedura e su un giudice «speciali», tra tradizione e rinnovamento*, in L. Lanfranchi, A. Carratta (cur.), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 171 ss.; V. ANSANELLI, *Contributo alla storia della trattazione*, cit., 126 ss.

<sup>6</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, 138.

<sup>7</sup> G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di Procedura Civile*, cit., 72. Vedi anche P.S. MANCINI, *Nozioni storiche preliminari intorno al sistema generale del processo civile*, cit., 10: «... È evidente com'ella (la procedura civile) s'informi di un principio logico, di un principio giuridico, di un principio politico, ed anche di un principio economico. Il primo, cioè il principio logico del processo è rappresentato da questa formula: *Scelta dei mezzi più sicuri e spediti per ricercare e scoprire la verità, e per evitare l'errore*. Il principio giuridico intende a procacciare a' liti

La filosofia del legislatore era di non introdurre alcuna forma, né accordare alcun termine, senza un legittimo motivo, cioè senza una necessità o una utilità evidente per le due parti litiganti o per una di esse, subordinando sempre, in caso di opposti interessi, il minore al maggior vantaggio, la brevità alla sicurezza, oppure la sicurezza alla brevità, secondo le circostanze e la natura dei diritti reclamati<sup>8</sup>.

Altro principio di pari importanza, adottato dai redattori, del codice è stato quello di evitare regole assolute e rigidamente strutturate, perché difficili da piegare alla varietà infinita dei casi. I codificatori si erano infatti prefissati l'obiettivo di ricercare l'equilibrio tra rigore della legge ed arbitrio del giudice, ponderando severamente l'utilità e il pericolo di ogni regola: perciò, se l'utilità prevaleva, ammettendo la regola, la si doveva limitare con le eccezioni di cui era suscettibile, affinché la sua applicazione non offrisse alcun inconveniente nella pratica. Al contrario, si doveva preferire il silenzio della legge e ci si doveva affidare all'equità e alla prudenza dei magistrati, ogni volta che sembrasse impossibile o troppo difficile temperare la regola con restrizioni idonee a comprendere tutti i casi di eccezione. Né l'arbitrio del giudice era preoccupante, perché circoscritto in precisi spazi e soggetto a controllo grazie alla pubblicità dei giudizi<sup>9</sup>.

Le grandi protagoniste del processo, in conclusione, dovevano essere le parti ed i loro diritti<sup>10</sup>. Si trattava, per dirla con le parole di

ganti l'*Eguaglianza nella contesa, e la giustizia nella decisione*. Il principio politico si propone d'introdurre nel processo *la massima garanzia sociale dei diritti col minimo sacrificio individuale di libertà*. Da ultimo il principio economico richiede che *le liti non siano materia di gravose imposte, né per la loro lunghezza e la spesa, si rendano accessibili soltanto ad alcuni cittadini privilegiati per ricchezza*».

<sup>8</sup> Concorde il senatore Castelli, tornata 29 maggio 1865, in *Critica fatta nel Parlamento al progetto del nuovo codice di procedura civile*, cit., 55: «...la semplicità in materia di leggi non vuolsi ricercare nell'ordine delle idee: bisogna che la semplicità risulti in fatto. Se i fatti sono di natura da ammettere questa semplicità, allora sta bene, si cerca una teoria, si fa una specie di studio teorico di ridurre la legge ad un ordine meno complicato; ma quando si tratta di norme, di metodi di procedura che debbono servire ad una diversa natura di interessi, lo studio di semplicità deve subordinarsi alle vedute di utilità».

<sup>9</sup> G. FOSCHINI, G. FOSCHINI, *I motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., 14 s.

<sup>10</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 17. Vedi an-

Chiovenda, di «una concezione tutta privata del processo, che veniva considerato come un semplice strumento a servizio del diritto soggettivo, come un istituto meramente pedissequo al diritto sostanziale, come un rapporto esso stesso di diritto sostanziale».

## 2. La struttura del codice di procedura civile

La filosofia dei codificatori si ritrova nella loro opera<sup>11</sup>.

Il codice era suddiviso in tre parti: tutto ruotava intorno al processo ordinario, disciplinato dal primo libro; al quale seguiva l'esecuzione della sentenza, nel libro secondo; e infine la disciplina dei procedimenti speciali, di volontaria giurisdizione o conteziosi<sup>12</sup>.

La Relazione ministeriale sul primo libro al progetto Pisanelli spiegava che il procedimento giudiziario poteva assumere forme diverse, tanto per la natura delle questioni trattate che per la costituzione dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere. Ogni procedimento era il risultato della ponderazione di due esigenze spesso opposte: sicurezza

che S. SATTÀ, voce *Codice di procedura civile*, cit., 280: «la stessa moltiplicazione delle sentenze attraverso il rito degli incidenti, la formazione progressiva del giudicato sono manifestazioni di un'exasperata tutela dei diritti soggettivi, che da merito si estende al processo. Purtroppo in questo che è un indiscutibile pregio, si annida il germe della dissoluzione, perché non è difficile intendere come una siffatta disciplina possa risolversi, se vengono a mancare i presupposti individuali e sociali dai quali essa procede, in un lavoro a vuoto, in uno sterile formalismo a tutto danno di coloro che sono costretti a ricorrere alla giustizia». Infine, M. TARUFFO, *op. cit.*, 149, conclude: «La concezione della giustizia civile che pervade la legislazione unitaria, e che sarà a lungo dominante, si può dunque riassumere in questo binomio: totale libertà delle parti private davanti al giudice; forte controllo politico sul giudice da parte del governo».

<sup>11</sup> Molti furono i commentatori del codice di procedura civile, tra di essi: F.S. GARGIULO, *Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, 2ª ed, Napoli, 1876 - 1879.; F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, cit.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commento del Codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, cit.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit.; L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 3ª ed; Milano, 1905-1910, 4ª ed., Milano, 1922 - 1923.

<sup>12</sup> G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di procedura civile*, cit., 4.

dei litiganti da un lato, semplicità e celerità nello svolgimento dell'azione dall'altro. Che il procedimento fosse spostato più verso un polo piuttosto che l'altro dipendeva dalla natura del suo oggetto: «quanto più le forme del giudizio sono semplici, tanto più celere ne sarà la definizione, ma è pure da evitare che la semplicità e la celerità divengano un pericolo per il diritto delle parti»<sup>13</sup>.

Di regola, doveva prevalere la sicurezza dei litiganti sulle altre esigenze, perciò il giudizio ordinario, con tempi e scansioni per difese e memorie tali da evitare la sorpresa di ricevere delle sentenze ingiuste. Al contrario, la procedura ordinaria risultava superflua per le cause che per la loro semplicità fossero facilmente risolvibili. Di qui le eccezioni alla regola: i procedimenti sommari di vario tipo.

Quattro alla fine erano i riti principali, ai sensi dell'art. 155: «Il procedimento è formale o sommario. Il procedimento formale si osserva davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le corti d'appello. Il procedimento sommario davanti i conciliatori e i pretori. Il procedimento sommario si osserva altresì davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le corti d'appello, nei casi stabiliti dalla legge. Nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire ad udienza fissa»<sup>14</sup>.

Nel procedimento formale la fase iniziale veniva lasciata alla gestione delle parti, senza alcun intervento del giudice e con una durata che era teoricamente incerta: essa era caratterizzata da scambio di difese, di cui non si indicava il numero ma solo termini (artt. 162 ss.), che si protraeva fino a quando, decorso il termine per tutti i contendenti per comparire e rispondere, l'interessato non facesse iscrivere la causa

<sup>13</sup> G. PISANELLI, *op. cit.*, 78.

<sup>14</sup> Il rito davanti al tribunale di commercio era duplice: il formale (libro I, capo III), analogo al rito davanti al tribunale ordinario, ma con termini abbreviati (398), e con un ruolo più attivo del giudice, che poteva ordinare la comparizione delle parti d'ufficio (art. 401) e devolvere la soluzione di singole questioni ad arbitri conciliatori (art. 402); il sommario, di cui si disciplinava un'unica udienza (capo IV), per approfondimenti vedi A. PANZAROLA, *Il rito per le cause commerciali fra codice di procedura civile del 1865*, cit., 171 ss.

Il rito davanti al pretore (capo V) era misto orale e scritto e si snodava in una serie di udienze; infine, il procedimento davanti al conciliatore (capo VI) era orale e privo di formalità.

sul ruolo di spedizione. Solo se una parte non rispondeva, si poteva procedere prima all'iscrizione della causa (art. 173). L'iscrizione a ruolo doveva essere notificata alla controparte che poteva ancora far notificare all'altra parte una nuova comparsa e riaprire dell'istruzione scritta (art. 174). Se rimaneva fissa l'iscrizione a ruolo si compiva la *litiscontestatio*: le parti dovevano riassumere in una comparsa il fatto, le conclusioni ed i motivi delle stesse, senza poter produrre nuovi documenti o fare istanze o eccezioni (art. 176).

Nell'intenzione del legislatore, lasciare le parti libere di replicare a loro piacimento nella fase dell'istruzione scritta avrebbe consentito di sgravare dell'intero carico dell'istruzione il procedimento orale e avrebbe evitato sorprese<sup>15</sup>.

Dopo la fissazione dell'udienza si svolgeva il dibattimento orale davanti al collegio<sup>16</sup> ed il procedimento si concludeva, in teoria, piuttosto rapidamente, a meno che non bisognasse assumere prove ovvero non sorgessero incidenti contenziosi (ad esempio: sull'ammissione di un mezzo di prova, sull'incompetenza ovvero sulla nullità di un atto, sull'intervento del terzo ecc.), per i quali era previsto un procedimento incidentale, con disciplina analoga al codice sardo.

Anche in questo contesto gli incidenti erano proposti al presidente del collegio che provvedeva con ordinanza se le parti erano d'accordo, altrimenti le rimetteva a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente e, eventualmente, del merito con sentenza (art. 181). Allo stesso modo che nel codice sardo, il presidente deliberava nei casi d'urgenza (art. 182).

Un'altra figura presente nel codice del 1865 era il giudice delegato: se le prove non si dovevano eseguire in udienza, uno dei giudici poteva essere delegato alla loro assunzione (artt. 208 ss.).

Il procedimento si svolgeva in forma sommaria davanti al tribunale nei casi indicati dall'art. 389, ritenuti d'urgenza o più semplici, alcuni determinati dal legislatore altri lasciati all'apprezzamento discrezionale del presidente, che poteva autorizzare la citazione a udienza fissa. Quest'ultima era una clausola generale giustificata dall'impossibilità di

<sup>15</sup> G. PISANELLI, *op. cit.*, 84 s.

<sup>16</sup> Come il codice francese, anche il nostro aveva la figura del giudice relatore (art. 349).

prevedere in astratto tutti i casi in cui la controversia si presentasse con le dette caratteristiche<sup>17</sup>, bilanciata dal potere del tribunale di ordinare che fosse proseguito con rito formale qualsiasi procedimento iniziato con rito sommario (art. 391, co. 1).

La giurisprudenza si orientò nel senso che la trattazione sommaria andasse chiesta al presidente prima della citazione introduttiva e che egli dovesse provvedere con decreto steso in calce all'atto di citazione, mentre a causa iniziata, il mutamento di rito andasse disposto dal collegio. Il decreto era revocabile dal collegio che non riscontrasse le ragioni dell'urgenza<sup>18</sup>.

In pratica, i caratteri del rito formale, giudicato prolisso, farraginoso, anacronistico<sup>19</sup> portarono alla fuga verso il rito sommario, che dal canto suo non era privo di difetti e lacune<sup>20</sup>.

Tutta la disciplina del procedimento sommario ruotava intorno a due disposizioni: l'art. 390, che disciplinava schematicamente un'unica udienza, senza precludere la possibilità di ulteriori udienze; l'art. 392 che rinviava alle disposizioni del rito formale per le parti non espressamente regolate.

L'art. 390, al terzo comma, si limitava a stabilire che il fatto di causa fosse esposto dal difensore dell'attore, rinviando all'art. 349, presumibilmente secondo comma. Quest'ultima disposizione prevedeva che i difensori delle altre parti potessero rettificare la narrazione dell'attore; infine, che se l'autorità giudiziaria non credesse sufficientemente stabilito il fatto, al presidente fosse dato nominare un relatore e rimandare la causa ad altra udienza. All'ultimo comma dell'art. 390 si disponeva che chiusa la discussione, le parti fossero tenute a consegnare tutti gli atti della causa al cancelliere, inclusa la comparsa conclusionale.

<sup>17</sup> G. PISANELLI, *op. cit.*, 80.

<sup>18</sup> F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, cit., vol. III, 9 s.

<sup>19</sup> così G. MANFREDINI, *Il procedimento civile e le riforme*, Padova, 1885, 50 e 166. Vedi anche F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, cit., vol. I, 402: «Nel procedimento formale tutto è lentezza; nel sommario, invece tutto è celerità. Un procedimento normale perciò sarebbe quello che sapesse trovare il giusto mezzo tra i due estremi, conciliando le guarentigie del procedimento formale colla speditezza del rito sommario».

<sup>20</sup> Vedi E. ROSSI, voce *Procedimento (forme del)*, in *Digesto italiano*, Torino, 1908-1913, vol. XIX, 334 ss. ed in particolare 401 ss.

La mancanza di preclusioni lasciava supporre la possibilità di modificare le proprie domande fino alle comparse conclusionali<sup>21</sup>, con l'unico divieto di una nuova azione basata su un ordine di idee e fatti completamente differenti<sup>22</sup>. Solo dopo la discussione non era dato alle parti aggiungere nuove domande o modificare le prime<sup>23</sup>.

Nella giurisprudenza e dottrina immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice, si era concordi sul punto che nel procedimento sommario gli incidenti di giudizio non dovessero essere proposti secondo le regole del rito formale, ma che piuttosto dovessero essere risolti insieme al merito dal collegio. Allo stesso tempo, però, si escludeva che fosse dato al tribunale respingere una domanda incidentale solo perché era stata erroneamente presentata davanti al presidente<sup>24</sup>. Anzi, si ritenne che potesse essere utile presentarsi al presidente, anziché al tribunale, quando vi fosse l'accordo delle parti<sup>25</sup>.

Le oggettive carenze nella disciplina del procedimento sommario erano il motivo per cui si ricorreva spesso all'attuazione di regole proprie del rito formale<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Anche le prove potevano essere chieste nelle comparse conclusionali, vedi F. RICCI, *Commento*, cit., vol. I, 403 s.

<sup>22</sup> Così, App. Bologna, 31 agosto 1874, in *Annali*, VIII, 2, 498.

<sup>23</sup> Così, App. Napoli, 15 febbraio 1868, in *Annali*, III, 2, 132.

<sup>24</sup> App. Palermo, 6 aprile 1866: «Nel processo sommario non vi è procedimento separato per gli incidenti; ma questi debbono discutersi contestualmente col merito e risolversi nel giudizio su questo»; tuttavia, App. Firenze, 22 aprile 1875 specificava: «Nel silenzio delle parti, non ha facoltà il tribunale di respingere una domanda incidentale, solamente perché lo incidente fu proposto al presidente, mentre trattandosi di un procedimento sommario si sarebbe dovuto proporre al tribunale», entrambe in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Codice di procedura civile*, cit., vol. V, 113.

<sup>25</sup> così App. Parma, 12 novembre 1872, in *Annali*, VI, 2, 575.

<sup>26</sup> Vedi E. ROSSI, *Procedimento (forme del)*, cit., 406.

In un intervento critico del progetto presentato dal ministro De Ferraris (ministro di grazia e giustizia e dei culti) al Senato nella tornata del 10 marzo 1891, Ludovico Mortara segnalò i principali difetti del rito sommario e le esigenze al quale voleva rispondere la sua riforma: la possibilità di accedere al rito sommario per chiunque; la disciplina della fase preparatoria che fosse in grado di eliminare sorprese; un ruolo più attivo del giudice nella scansione dei tempi del processo; una più compiuta regolamentazione della fase di istruzione probatoria, così L. MORTARA. *La riforma del processo sommario*, in *Mon. trib.*, 1891, n. 19, 361 ss. Per approfondimenti sull'iter della riforma vedi: M. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., 167 ss.; G. MONTELEONE, *Il codice di*

Chiovena denunciò le differenti prassi in atto nei vari tribunali: così, ad esempio, per quanto riguarda l'ammissione dei mezzi di prova, mentre presso alcuni si riteneva che dovesse avvenire con ordinanza del presidente quando ci fosse accordo tra le parti; presso altri si riteneva che la trattazione dovesse essere interamente collegiale, quindi che le prove dovessero essere ammesse con sentenza interlocutoria anche in caso di accordo delle parti. Quest'ultima favoriva il frazionamento ed il potenziale allungamento del processo<sup>27</sup>.

La riforma del rito sommario nel processo davanti ai tribunali ordinario fu preceduta da un'altra importante riforma, riguardante il rito societario. Con la legge 2 aprile 1882, n. 681 venne introdotto il codice di commercio, che all'art. 876, comma 2 disponeva la trattazione con rito sommario delle cause commerciali, salva la possibilità del tribunale di ordinare la prosecuzione con rito formale, se lo avesse richiesto la natura o le particolari condizioni della causa.

Così, quando vennero aboliti i tribunali commerciali e devoluti gli affari di loro competenza ai tribunali civili (legge 25 gennaio 1888, n. 5174, art. 1), divenne naturale cercare di uniformare di nuovo i regimi di trattazione (quello per le cause civili e quello per le cause commerciali) comuni fino alla legge n. 681/1882.

Poco meno di dieci anni dopo le due discipline vennero unificate con due atti legislativi: la legge 31 marzo 1901, n. 107, integrata dal regolamento di attuazione approvato con il regio decreto 31 agosto 1901, n. 413, opera di Mortara.

La riforma compì una vera e propria rivoluzione copernicana, traducendo in disposizioni quello che nei fatti esisteva già: il rito "sommario", modificato diventò la regola, il rito formale rimase, ma divenne l'eccezione<sup>28</sup>.

*procedura civile del 1865*, cit., 18 s.; A. PANZAROLA, *Il rito per le cause commerciali fra codice di procedura civile del 1865, codice di commercio del 1882 e riforma del 1901*, cit., 244 ss.; V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile*, cit., 126 ss.

<sup>27</sup> G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, I, 48 ss., ed oggi anche in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 395 ss.

<sup>28</sup> Ai sensi dell'art. 2 l. 107/1901: «Sono trattate col procedimento sommario tutte le cause, ad eccezione di quelle per le quali il procedimento formale sia ordinato dal

Vediamo l'incidenza sul "vecchio" procedimento sommario della riforma<sup>29</sup>.

Il procedimento era suddiviso in due parti, una davanti al presidente, l'altra davanti al collegio.

La citazione si faceva sempre ad udienza fissa. La comparizione doveva avvenire per l'ora e per l'udienza stabilite davanti al solo presidente.

La parte che intendesse far discutere la causa in tale udienza, doveva depositare tutti i suoi documenti in cancelleria almeno quattro giorni prima di quello fissato per tale udienza. La controparte poteva esaminare i documenti ed estrarne copia. Al tribunale era data facoltà di rinviare la discussione ad altra udienza, per gravi motivi che doveva enunciare nel provvedimento. In tal caso, si aveva uno scambio di comparse ed il presidente provvedeva alle attività preparatorie: nominare il giudice relatore, se c'era domanda di parte, e stabilire fino a che termine le parti avessero avuto diritto di depositare comparse aggiunte o nuovi documenti in cancelleria.

Se non sorgevano incidenti di giudizio ovvero non bisognava assumere prove *constituende*, si passava immediatamente alla discussione orale davanti al collegio. In quest'ambito erano ancora possibili nuove deduzioni, eccezioni e prove: mancavano preclusioni per tutto il corso del procedimento. Ogni volta che veniva introdotta una novità era necessario il rinvio ad un'altra udienza per consentire il deposito di memorie e documenti, nel rispetto del principio del contraddittorio<sup>30</sup>.

Se vi erano incidenti o la necessità di assumere prove *constituende*, si proseguiva come per il rito formale. L'unica novità era data dalla facoltà concessa al giudice delegato all'assunzione delle prove, di ammettere nuovi mezzi istruttori davanti a lui, sempre che vi fosse l'accordo delle parti; altrimenti l'assunzione avveniva davanti al collegio.

presidente sull'accordo delle parti, ovvero dal tribunale o dalla corte sulla istanza di una di esse, od anche d'ufficio».

<sup>29</sup> Vedi E. CUZZERI, *Il procedimento sommario. Note alla legge 31 marzo 1901 e al r.d. 31 agosto 1901*, Verona, 1902; G. APICELLA, *Il procedimento civile sommario; commento alla legge 31 marzo 1901, n. 107 ed al regolamento 31 agosto 1901, n. 413*, Milano, 1908.

<sup>30</sup> G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile*, cit., 402 denunciava che nella prassi il contenimento dei rinvii non aveva nessun valore.

Ne risultò, a tutti gli effetti, un procedimento a cognizione piena, piuttosto pesante nello svolgimento.

Lo stesso schema si ripeteva, con le varianti dovute alla particolarità della materia, nei procedimenti speciali: era sempre il collegio a dover assumere con sentenza qualsiasi decisione che potesse incidere sul merito.

Ogni sentenza, senza distinzioni, era soggetta ai normali mezzi di impugnazione: l'appello, il ricorso in cassazione, oltre alla possibilità dell'opposizione contumaciale e delle impugnazioni straordinarie. In conclusione, era un modello di processo eccessivo nei tempi e nei costi, difficilmente proiettabile nel sistema attuale, caratterizzato da una scarsa disponibilità di risorse umane ed economiche.

Contrariamente all'auspicio del legislatore, alla complessità di svolgimento del procedimento non corrispondeva neanche il valore della sicurezza, che avrebbe dovuto fargli da contrappeso: troppe le lacune lasciate dalla disciplina positiva. Nelle zone d'ombra trovò terreno fertile quell'attività creativa delle Corti di cassazione, che i sovranfrancesi avrebbero voluto stroncare definitivamente, ma che in questo nuovo scenario ricevette l'avallo della migliore dottrina<sup>31</sup>.

### 3. I provvedimenti

Nella Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di procedura civile, il Guardasigilli sembra assumere un approccio formalistico: «(il progetto) considera come sentenza qualunque pronunziamento definitivo, interlocutorio o provvisorio dell'autorità chiamata a giudicare della causa, e ritiene quale semplice provvedimento quello che emana soltanto dal presidente o da un giudice delegato. Ogni sentenza, qualunque sia il suo carattere, può essere impugnata coi mezzi stabiliti dalla legge, come contro qualunque provvedimento del presidente o del giudice delegato è aperta la via del ri-

<sup>31</sup> Vedi L. MORTARA, *Commentario*, 4<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, 1 ss. Sul ruolo delle Corti supreme nell'Italia Unita, vedi M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, *passim*.

chiamo al collegio. Spetta alla parte di apprezzare preliminarmente e definitivamente al magistrato, se una sentenza interlocutoria dovrà o potrà influire sulla decisione della causa, se la medesima costituisca *un pregiudizio* sul merito. Ma stabilire la necessità di un tale esame preventivo, al solo scopo di conoscere se la sentenza si possa impugnare coi mezzi concessi dalla legge, e voler moltiplicare questioni accessorie, rendere più irto di difficoltà il procedimento giudiziario, che per natura stessa delle cose già ne abbonda soverchiamente; a ciò si aggiunga il male che deriva da una giurisprudenza incerta ed oscillante»<sup>32</sup>.

Venne abbandonata qualsiasi preliminare classificazione tra le sentenze in relazione alla loro sostanza, proprio per evitare le incertezze che le etichette di preparatorie, interlocutorie e definitive avevano creato nel codice di procedura francese e sardo, con riferimento ai mezzi di prova ammessi d'ufficio o senza contestazione<sup>33</sup>. La conseguenza fu che qualsiasi controversia che insorgesse nel corso del giudizio, anche solo in rito, dava luogo alla pronuncia di una sentenza; perciò, sotto questa categoria vennero compresi provvedimenti molto eterogenei tra di loro<sup>34</sup>.

Vi erano, inoltre, le sentenze provvisionali, che disponevano su domande di misure cautelari o provvisorie.

<sup>32</sup> G. PISANELLI, *Relazione*, cit., 147 s.

<sup>33</sup> La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice era costante nel ritenere che la sentenza interlocutoria su un mezzo di prova, pur passata in giudicato, non potesse mai pregiudicare la questione di merito: perciò, ammessa una prova, il giudice non era vincolato al suo esito, soprattutto se dopo erano state fatte nuove deduzioni e esperiti nuovi mezzi di prova. vedi, tra le altre, Cass. Milano, 8 marzo 1861, in *Racc.*, XIII, 1, 229; Id. Torino, 15 luglio 1871, in *Annali*, V, I, 390; Id. Firenze, 16 febbraio 1874, *ibidem*, XXVI, I, 456, App. Torino, 25 giugno 1862, in *Racc.*, XIV, 2, 359; App. Napoli, 3 agosto 1869, *ibidem*, XXI, 2, 563;

<sup>34</sup> Così per fare qualche esempio: Cass. Firenze, 15 gennaio 1874, in *Annali*, VIII, 1, 71, dichiarava appellabile la sentenza con cui il giudice, non credendo di poter pronunciare un giudizio definitivo sulla controversia in base alle risultanze degli atti, sospesa ogni decisione nel merito, invitasse le parti a procedere più ampiamente sulle svolte considerazioni; App. Catanzaro, 16 marzo 1874, *ivi*, VIII, 2, 557, parimenti considerò appellabile la sentenza che nel contraddittorio delle parti disponesse doversi trattare la causa con un rito anziché con un altro, partendo dal presupposto che una simile decisione essendo stata emanata in un giudizio contenzioso su un punto controverso tra le parti, sarebbe stata una vera e propria sentenza.

Ogni sentenza era soggetta a mezzi di impugnazione analoghi a quelli previsti nell'odierno codice di procedura civile.

Dalle parole di Pisanelli sembrerebbe che l'autorità da cui promanava il provvedimento determinasse la sua natura e il relativo mezzo di impugnazione: perciò, sentenze avrebbero dovuto essere solo quelle emesse dal collegio, provvedimenti quelli emessi dal presidente o dal giudice delegato. Il problema poteva esserci per i provvedimenti del pretore, sempre espressione della potestà del medesimo organo. In questo caso, necessariamente ci si doveva affidare anche alla forma del provvedimento che, in teoria, rimandava alla differente natura della funzione esercitata.

Oltre alle sentenze, vi erano i decreti e le ordinanze. L'unico autore<sup>35</sup> che scrisse sotto la vigenza del passato codice una monografia sulla sentenza civile, distingueva quest'ultimo provvedimento dagli altri due per essere il primo un atto intellettuale, destinato ad eliminare l'incertezza circa la tutela che l'ordinamento deve ad un concreto interesse; al contrario, gli altri due sarebbero atti prettamente esecutivi, amministrativi del processo, atti volitivi del giudice.

All'interno del codice la distinzione tra gli altri due tipi di provvedimenti era contenuta nell'art. 50: «I provvedimenti dell'autorità giudiziaria fatti sopra ricorso di una parte senza citazione dell'altra, hanno nome di decreti, sono scritti al fine del ricorso, e consegnati per l'originale alle parti, dopo trascrizione nei registri. I provvedimenti che si fanno in corso di causa dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori o dai conciliatori, sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o di ufficio, hanno nome di ordinanze, e sono trascritti nei registri».

I decreti erano la forma più semplice di provvedimento e si riteneva potessero essere concessi anche senza contraddittorio, perché non contenevano in sé nessun elemento giudicante. Potevano essere emessi dal magistrato singolo, presidente del collegio o pretore: esempio classico era il decreto con il quale veniva stabilita l'abbreviazione dei termini *ante causa*, steso in calce a una copia dell'atto di citazione<sup>36</sup>. Pote-

<sup>35</sup> A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 86 ss.

<sup>36</sup> G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., vol. I, 380.

vano anche essere del collegio, così, il provvedimento con cui si autorizzava una citazione per pubblici proclami.

Infine, i provvedimenti emessi al termine dei giudizi di volontaria giurisdizione, del pretore o del collegio, avevano la forma di decreto.

I decreti del giudice monocratico o collegiale, anche quando vi fossero contrapposti interessi, non erano decisori su diritti. Generalmente questi provvedimenti si consideravano revocabili dall'autorità dalla quale provenivano, purché non avessero carattere meramente ordinatorio, ricorribili all'autorità gerarchicamente superiore, come era espressamente riconosciuto in materia di volontaria giurisdizione (artt. 781 e 782)<sup>37</sup>.

Per completezza va detto che in leggi extracodicistiche introdotte nei primi decenni del ventesimo secolo erano previste ipotesi specifiche di procedimento di ingiunzione; con la legge 9 luglio 1922, n. 1035, r.d. 24 luglio 1922, n. 1036, venne introdotto il procedimento per ingiunzione generale, con struttura analoga al nostro procedimento per decreto ingiuntivo. Il r.d. 24 luglio 1922, n. 1036 venne sostituito dal r.d. 7 agosto 1936, n. 1531 che migliorò la disciplina del procedimento, ampliandone anche l'applicazione<sup>38</sup>.

Nel procedimento davanti al tribunale le ordinanze potevano essere emesse sia dal presidente o dal giudice delegato, che dal collegio, e avevano funzioni differenti.

Sotto la vigenza del codice del 1865 l'elaborazione teorica sulle ordinanze diventa più raffinata.

Ad opinione di D'Onofrio le ordinanze del presidente sarebbero state distinte dai decreti, perché nel primo caso, a differenza del secondo, il giudice monocratico avrebbe esercitato un potere non proprio, svolgendo il ruolo di supplente del collegio nel disporre su punti della controversia strettamente finalizzati alla decisione finale. Si trattava, in sostanza, di un'espedito per snellire l'istruzione quando non ci fosse una controversia o quando ci fosse una particolare urgenza<sup>39</sup>. In

<sup>37</sup> L. MORTARA, *Commentario*, cit., 3<sup>a</sup> ed., vol. II, 774 s.

<sup>38</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 236 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di A.A. Romano, Milano, 2012, 1 ss.

<sup>39</sup> P. D'ONOFRIO, voce *Gravami (diritto processuale civile)*, in *Nuovo Digesto ita-*

nessun modo, tuttavia, questi provvedimenti avrebbero potuto pregiudicare la decisione della causa, perché sarebbero stati sempre reclamabili al collegio, salva diversa disposizione di legge.

Mortara<sup>40</sup> individuava tre tipi di ordinanze, facendo dipendere la loro reclamabilità dalla loro natura, nonostante la lettera dell'art. 183<sup>41</sup> non facesse distinzioni di sorta.

Ai sensi dell'art. 181 gli incidenti<sup>42</sup> dovevano essere proposti al presidente. Quest'ultimo ascoltava le parti in contraddittorio tra di loro e provvedeva con ordinanza se le parti erano d'accordo. Il provvedimento si sarebbe limitato a constatare l'esistenza e la regolarità di un "vincolo contrattuale" e, perciò, non sarebbe stato soggetto a reclamo.

Vi erano, poi, le ordinanze di carattere meramente "ordinatorio", come quelle che rimettevano la causa al collegio in caso di dissenso o quelle che rinviavano la causa ad altra udienza. Questa specie di ordinanze poteva essere emessa anche dal collegio, come ad esempio nello stabilire la prosecuzione con il rito formale ovvero la sospensione della pubblica udienza. Anche il carattere di queste ultime, l'assenza dell'esercizio di un potere decisorio nel merito, ne escludeva il reclamo al collegio.

La terza categoria era quella delle ordinanze con le quali il presidente del collegio esercitava una sorta di "potere decisorio provvisorio": i provvedimenti che spettavano al collegio, ma che egli assumeva in presenza di un caso d'urgenza. Contro di essi vi sarebbe stato sem-

*liano*, Torino, 1938, vol. IV, 488, in particolare 489 s.

<sup>40</sup> L. MORTARA, *Commentario*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 777 ss.

<sup>41</sup> L'art. 183 stabiliva: «Il reclamo dall'ordinanza del presidente si propone...».

<sup>42</sup> Gli incidenti venivano distinti in preliminari e accessori. Nei primi si facevano rientrare una serie di questioni eterogenee accomunate dal solo fatto di dover essere risolte prima del merito: l'assunzione di mezzi di prova, la nullità, le eccezioni varie, anche l'incompetenza, che, seppur regolata formalmente dal paragrafo successivo, aveva la stessa disciplina degli incidenti. Insomma, tali erano le controversie che *incidunt in rem de qua agatur*. Nei secondi rientravano, invece, tutte le domande consecutive al merito della causa, tipo gli interessi ed i frutti, che dovevano essere decise insieme alla domanda principale. Vedi: F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, cit., vol. I, 651; F. RICCI, *Commento al codice di procedura*, cit., vol. I, 330 ss.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., vol. IV, 160 e 223 ss. in particolare 226; L. MATTIROLO, *Trattato*, cit., vol. III, 580 ss.; L. MORTARA, *Commentario*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 467 ss.

pre reclamo al collegio, perché il giudice monocratico avrebbe esercitato, vista la situazione eccezionale, un potere ad egli non attribuito in via ordinaria<sup>43</sup>.

Incertezza vi era sulla forma con i quali dovessero essere disposti i mezzi di prova d'ufficio, perché l'art. 182 contemplava le due ipotesi alternative: che vi fosse accordo o dissenso tra le parti. La dottrina era propensa a ritenere che si dovesse provvedere con sentenza perché si non trattava di dare esecuzione ad un "negozio processuale", ma di assumere una decisione che poteva influire sul merito, riservata solo eccezionalmente al presidente<sup>44</sup>. Seguendo questo ragionamento, si sarebbe dovuta adottare con sentenza qualsiasi determinazione che potesse potenzialmente dare adito ad un incidente, ogniqualvolta fosse impossibile riscontrare l'accordo tra le parti per la contumacia di una di esse. In questo modo sarebbe stata assicurata una maggiore protezione al contumace: la contumacia avrebbe obbligato il giudice ad assumere la cognizione dell'ammissibilità del mezzo di prova anche nell'interesse del contumace e a statuire su di esso con provvedimento motivato, cioè con sentenza, in virtù della fiducia che il contumace aveva nel giudice e nella giustizia in generale<sup>45</sup>.

La distinzione tra sentenze e ordinanze si ripeteva teoricamente anche davanti al pretore e al conciliatore, dove, tuttavia, non era dato alcun reclamo ad un organo gerarchicamente superiore e dove, data l'unicità del giudicante, era più semplice confondere i casi in cui si dovessero adottare i due tipi di provvedimenti.

Categoria a sé facevano i provvedimenti classificati come cautelari, cioè i sequestri e le inibizioni nonché le ordinanze ed i decreti sulle denunce di nuova opera o di danno temuto, contro i quali non si ammetteva reclamo. Il ragionamento di fondo era che si dovesse operare un bilanciamento di interessi: davanti all'esercizio di funzioni eccezio-

<sup>43</sup> Così, Cass. Torino, 24 marzo 1887, in *Giur.*, 1887, 303.

<sup>44</sup> Vedi L. MATTIROLO, *Trattato*, cit., vol. IV, 17 s.

<sup>45</sup> Così, Cass. Firenze, 17 giugno 1872, in F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, cit., vol. III, 132, secondo la quale il provvedimento che ammetteva l'interrogatorio in caso di contumacia doveva avere la forma della sentenza, perché si prescriveva un mezzo di prova che non era stato concordato tra le parti.

nali si poteva anche correre il rischio di un errore, perché questo, comunque, avrebbe trovato ristoro nel giudizio di merito<sup>46</sup>.

Vediamo ora il procedimento di adozione e la forma delle sentenze e ordinanze; niente di particolare, infatti, veniva detto sulla forma del decreto.

La disciplina delle sentenze e ordinanze era presente nei capi relativi ai vari procedimenti: artt. 356 ss. per le sentenze e ordinanze dei tribunali e delle corti d'appello; art. 435 ss. per le sentenze ed ordinanze dei pretori; art. 460 per le sentenze dei conciliatori; l'art. 540 per le sentenze della Corte di cassazione. Tali disposizioni andavano integrate con le norme sul Regolamento generale giudiziario.

L'assunzione delle sentenze del tribunale e della corte d'appello<sup>47</sup> richiedeva un procedimento specifico<sup>48</sup> e aveva un contenuto articolato ai sensi dell'art. 360: «La sentenza deve contenere: 1° il nome e cognome delle parti; 2° l'indicazione del loro domicilio, o della loro residenza, o dimora; 3° il nome e cognome dei procuratori; 4° il tenore delle conclusioni della parti, esclusi il fatto e i motivi; 5° l'enunciazione

<sup>46</sup> G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, cit., 387; P.S. MANCINI, *Nozioni storiche preliminari intorno al sistema del processo civile*, cit., 7 ss. in particolare 36; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. VIII, 499 ss.

<sup>47</sup> Vedi: F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, cit., vol. II, 649 ss.; F. RICCI, *Commento*, cit., vol. II, 266 ss.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., V, 43 ss.

<sup>48</sup> Riportiamo di seguito gli articoli che riguardano il procedimento di promulgazione della sentenza, per far intendere bene di quale complessità constasse. Art. 356, comma 1: «I giudici devono deliberare dopo la discussione della causa»; art. 357: «Non possono concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa. Il numero dei votanti deve essere quello stabilito dalla legge sull'ordimento giudiziario»; art. 358: «la deliberazione si fa in segreto con l'intervento dei soli votanti. Il presidente raccoglie i voti. Il primo a votare è il meno anziano in ordine nomina, e così continuando sino a chi preside. Quando la relazione della causa sia fatta da uno dei giudici, il primo a votare è il relatore»; art. 359: «Le sentenze si formano a maggioranza assoluta di voti. Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata, e così di seguito finché le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente. Chiusa la votazione, il presidente designa tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza».

che il ministero pubblico sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo; 6° i motivi in fatto e in diritto; 7° il dispositivo; 8° l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata; 9° la sottoscrizione di tutti i giudici che la hanno pronunziata, e del cancelliere».

Seguiva la pubblicazione, che, ai sensi dell'art. 360, consisteva nella lettura, in un'udienza successiva a quella dell'ultima sottoscrizione, di alcune parti della sentenza: le generalità delle parti e dei loro procuratori; il dispositivo; il giorno, mese, anno e luogo in cui fu pronunziato il provvedimento. La pubblicazione non era prescritta a pena di nullità, ma ai sensi dell'art. 56, comma 2, essa sarebbe stata nulla ogni volta in cui le sue carenze procedurali non avessero consentito di rendere noto all'esterno il provvedimento. Il verbale della pubblicazione era un atto del cancelliere da lui, quindi, sottoscritto.

La norma non specificando nulla intorno al momento in cui veniva ad esistenza la sentenza, che secondo alcuni coincideva con la deliberazione; secondo altri con la sottoscrizione, perché fino a quel momento i giudici, in teoria, avrebbero sempre potuto cambiare il loro disposto; secondo una terza opinione con la pubblicazione, perché da questo momento in poi la sentenza diveniva accessibile alle parti ed al pubblico; in quest'ultimo caso il dubbio era che l'opera del cancelliere fosse parte integrante del processo di formazione del provvedimento<sup>49</sup>.

Le sentenze della Corte di cassazione<sup>50</sup> avevano un contenuto analogo alle sentenze del tribunale e della corte d'appello.

La struttura delle sentenze del pretore<sup>51</sup> e del conciliatore<sup>52</sup> era più

<sup>49</sup> Sulle tre opinioni riferisce L. MORTARA, *Commentario*, 4<sup>a</sup> ed., cit., vol. IV, 97. Nel senso che la sentenza venisse a esistenza nel momento della pubblicazione G. CHIOVENDA, *Sulla notificazione e pubblicazione delle sentenze civili (1901)*, in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, vol. II, 282 ss.

<sup>50</sup> Art. 540: «La sentenza deve contenere: 1° l'indicazione del nome e cognome delle parti, della residenza o del domicilio delle parti e degli avvocati da cui sono rappresentate; 2° l'oggetto della domanda; 3° la menzione che il ministero pubblico ha concluso per la cassazione, o per il rigetto; 4° i motivi, i quali ne caso di cassazione, devono indicare l'articolo di legge violato o falsamente applicato; 5° il dispositivo; 6° l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata; 7° la sottoscrizione di tutti i giudici che la hanno pronunziata e del cancelliere».

<sup>51</sup> Art. 436, comma 1: «La sentenza deve contenere l'indicazione del nome e cogno-

semplice. In particolare, per esse non era richiesta la data e il luogo della pronuncia né sottoscrizione del giudice e del cancelliere.

Si poteva dubitare della necessità di data, luogo e della sottoscrizione del cancelliere, non di quella del giudice, l'elemento intrinseco che riconduceva l'atto al suo autore. Alla mancanza dei primi due requisiti si poteva supplire integrando il provvedimento con il verbale di pubblicazione, sottoscritto dal cancelliere, che aveva come data quella dell'udienza in cui avveniva. Non a caso, ad opinione di Mattiolo, la sentenza del pretore non si poteva considerare giuridicamente esistente prima che fosse stata pubblicata<sup>53</sup>.

Gli artt. 436 e 460 richiedevano al posto del "tenore delle conclusioni" l'indicazione de "le eccezioni": la differenza si spiega se si considera che davanti ai giudici monocratici non erano previste comparse conclusionali, quindi, ci si doveva riferire alle questioni sollevate dalle parti nel corso del procedimento.

Per le sentenze del conciliatore, infine, non era previsto l'obbligo di motivazione, cioè di spiegare con metodo scientifico le ragioni della decisione, ma solo di indicare le circostanze che avevano influito nella sua determinazione. Questa differenza veniva attribuita al rango inferiore delle decisioni di un magistrato popolare, che non erano neanche appellabili<sup>54</sup>.

Le ordinanze del presidente del collegio o del giudice delegato ai sensi dell'art. 362 dovevano contenere: il nome e cognome delle parti; l'indicazione del loro domicilio, o della loro residenza, o dimora; il nome e cognome dei procuratori; il dispositivo; l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui fosse stata pronunciata, la sottoscrizione del giudice e del cancelliere. Non dovevano essere indicati i motivi della decisione.

Per le ordinanze del pretore l'art. 438, comma 1, nient'altro diceva se non che erano scritte di seguito al verbale d'udienza. Si può conclu-

me, del domicilio, o della residenza delle parti, le eccezioni, i motivi, il dispositivo».

<sup>52</sup> Art. 460: «La sentenza definitiva del conciliatore deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, le circostanze influenti ed il dispositivo».

<sup>53</sup> L. MATTIROLI, *Trattato*, cit., vol. IV, 113 s.

<sup>54</sup> L. MATTIROLI, *op. cit.*, 114; L. MORTARA, *Commentario*, 4<sup>a</sup> ed., cit., vol. V, 111 s.

dere che esse risultassero dalla combinazione tra la disciplina delle ordinanze del collegio, applicabile in virtù dell'art. 447<sup>55</sup>, e della sentenza del pretore. In altre parole, in un'ordinanza pretorile vi dovevano essere gli stessi elementi formali un'ordinanza collegiale, tolti quegli elementi che non vi erano nella sentenza pretorile: illogico sarebbe stato richiedere per un provvedimento di minor importanza una forma più elaborata. Così essa doveva recare: il nome e cognome delle parti; l'indicazione del loro domicilio o della loro residenza o dimora; il nome e cognome dei procuratori; il dispositivo; ma non la data o luogo, né la sottoscrizione del cancelliere, perlomeno, la loro mancanza non dava luogo a nullità. Doveva, invece, esserci a pena di nullità la sottoscrizione del giudice, un elemento essenziale, perché per qualsiasi atto pubblico è necessario risalire al suo autore; se non altro, per verificare che egli non abbia provveduto in maniera abusiva.

Le stesse disposizioni si applicavano nel procedimento davanti al conciliatore in virtù del disposto dell'art. 464.

Qualche diversità si aveva in ordine alla notificazione delle sentenze e ordinanze.

Nel procedimento davanti al tribunale, infatti, la notificazione della sentenza doveva essere fatta alla parte nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato; in mancanza di queste indicazioni era eseguita al procuratore. Al contrario, l'ordinanza era notificata ai procuratori, se questi non erano stati presenti alla pronuncia in udienza (367, commi 1 e 2).

Nel procedimento davanti al pretore e davanti al conciliatore vi era più uniformità nella disciplina degli incombenti successivi all'adozione dei due tipi di provvedimenti: sia la sentenza, che l'ordinanza si intendevano pubblicate con la lettura in udienza. Se le parti erano personalmente presenti alla lettura della sentenza, si aveva per notificata; in caso contrario, la doveva essere notificata loro come la sentenza del tribunale. Nell'assenza della parte alla lettura, l'ordinanza doveva essere notificata solo quando disponeva interrogatorio o giuramento.

Questa distinzione riveste una certa importanza e va tenuta a mente ai nostri fini, se si considera che i termini per impugnare la sentenza

<sup>55</sup> Quest'ultima disposizione rinvia alle norme del procedimento davanti al tribunale collegiale per tutto ciò che non fosse disciplinato dal capo specifico.

decorrevano dalla sua notificazione (art. 467), mentre i termini per proporre reclamo al collegio contro l'ordinanza dalla sua pronuncia (183, comma 1): la notificazione di quest'ultimo provvedimento, quando fosse richiesta dalla legge, era importante esclusivamente per la sua esecuzione.

#### 4. *La nullità in generale*

La disciplina della nullità degli atti processuali nel codice del 1865 è ricalcata per gli aspetti fondamentali su quella del codice di procedura civile per gli Stati Sardi, con qualche differenza in riferimento all'eccezione di nullità.

L'art. 56, comma 1, legava la nullità dell'atto di citazione e degli altri atti di procedura alla loro positiva previsione. Il secondo comma, tuttavia, aggiungeva che potevano annullarsi anche gli atti mancanti degli elementi che ne costituivano l'essenza.

L'impostazione del principale autore del codice emerge nella sua relazione ministeriale: non convinto da nessuna delle teorie positivistiche sulla nullità, cercava un ausilio nel diritto naturale<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Vedi le interessanti le riflessioni di G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul primo libro del progetto di Codice di procedura civile*, cit., 22 s.: «Riguardo alla nullità degli atti sorge una questione di sistema. Tutte le formalità stabilite dalla legge per gli atti di procedura devono essere garantite colla minaccia della nullità dell'atto in caso che non fossero scupolosamente adempiute? La dottrina degli scrittori e le legislazioni positive sono ben lontane dall'essere concordi nel rispondere a siffatto quesito. Secondo certuni si potrebbero considerare validi quei soli atti di procedura, nei quali la legge siasi esattamente osservata; l'inosservanza di qualsiasi precetto legislativo dovrebbe avere per conseguenza la nullità dell'atto, onde tutte le formalità sarebbero egualmente importanti a rigore. È il sistema più semplice. Ma esso non può evitare l'accusa di rigore ingiusto perché soverchio, d'imperfetta applicazione dei principii razionali del diritto, perché sacrifica assolutamente il fine ai mezzi, il merito ad una forma puramente secondaria, la buona fede al cavillo, il diritto al pretesto; l'accusa che i filosofi non si stancarono mai di prodigare contro l'antiquato adagio – *la forme emporte le fond*. Un'altra teoria della nullità rappresenta l'eccesso affatto contrario. Al principio della giuridica *inefficacia o inesistenza* degli atti, nei quali non siasi adempiute le forme prescritte, viene surrogato il principio di *suspizione*; che è quanto dire, l'inosservanza della legge e l'omissione delle richieste formalità, facendo supporre la malafede, mette-

Le garanzie offerte dall'ordinamento giuridico non richiedevano la repressione indiscriminata di ogni violazione di forme, bisognava discernere tra forme essenziali e accidentali o intrinseche e estrinseche, *substantialia* o *non substantialia*<sup>57</sup>.

Le forme intrinseche darebbero essenza all'atto ed esisterebbero prima di qualunque disciplina positiva: esse dovrebbero contemporaneamente essere presenti affinché un atto possa dirsi valido. Le forme accidentali, invece, non sarebbero necessarie perché l'atto venga in essere, ma per rendere più sicuro o facile il raggiungimento del suo scopo.

Una clausola aperta che sanzionasse le violazioni dei *substantialia* sarebbe dovuta servire ad abbracciare tutti i casi in cui non fosse riuscita ad arrivare la disciplina legislativa. Di contro, le forme accidentali causerebbero nullità solo nei casi in cui fosse espressamente previsto

rebbero la parte, interessata a sostenere gli atti impugnati, nell'obbligo di fornire una prova idonea a distruggere la suspicione legittima. Al rigorismo verrebbe pertanto sostituita la rilassatezza, al precetto della legge un arbitrio senza limiti: il sistema della legalità scomparirebbe affatto, lo che non si può ammettere in veruna parte della legislazione, e tanto meno in materia di forme. Altri si limitino ad ammettere soltanto un sistema legale delle nullità, quando cioè la nullità sia espressamente pronunziata dalla legge; essa costituirebbe allora una presunzione *iuris et de iure*, contro la quale non sarà ammissibile alcuna prova, salvo i casi in cui la legge stessa la riserbasse. Questa teorica presenta una soluzione pratica anziché razionale del problema. Giova inoltre por mente essere difficile la sua attuazione, poiché il legislatore, provvedendo intorno a ciascun atto, non può arrestarsi ad ogni passo per dichiarare quali siano le forme, la cui inosservanza porti seco la nullità dell'atto; epperò vuolsi anche in tale materia lasciare dominante il principio generale di diritto, secondo il quale ogni atto è nullo se manca delle forme essenziali a costituirlo».

<sup>57</sup> G. PISANELLI, *op. cit.*, 23 ss.; D. GALDI, *Nozioni generali sulle nullità*, in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. I, 395 ss., nell'esposizione della teoria della nullità partiva dalla definizione di formalità intrinseca del filosofo, giurista ed economista, G.D. ROMAGNOSI, in *Giornale di giurisprudenza universale*, V, 81 ss.: «le formalità intrinseche nascono dalla natura stessa della cosa, ossia dagli attributi essenziali di quell'ente morale che chiamo atto, il quale sostanzialmente non è che un dato fatto dell'uomo morale, il quale fatto si considera composto da certe circostanze anteriori a qualunque altra considerazione». Sulla disciplina delle nullità vedi anche: N. GIUDICEANDREA, voce *Nullità degli atti di procedura*, *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1939, vol. VIII, 1166 ss.

dalla legge, salvo la prova contraria della superfluità del requisito richiesto dalla legge in concreto<sup>58</sup>.

Un'ideologia di tal genere avrebbe potuto comportare il rinascere degli abusi dell'epoca del diritto comune, ma ormai era mutato il contesto. Agli inizi del novecento Mortara avvertiva: «quanto peggio e più insufficientemente sono garantiti i diritti subbiettivi tanto più complicati, estesi e insidiosi sono i sistemi delle nullità nel processo civile»<sup>59</sup>.

Atto nullo era sinonimo di atto esistente, seppur viziato, che si poteva annullare solo in un breve lasso di tempo<sup>60</sup>.

La nullità della citazione veniva sanata con la comparsa, senza distinzioni tra vizi relativi alla *vocatio in ius* e vizi relativi all'*editio actio-*

<sup>58</sup> G. PISANELLI, *op. cit.*, 24 s. fa un esempio concreto: «così, nell'atto di citazione è l'essenza dell'atto che il convenuto conosca senza equivoco la persona dell'attore, ma ordinariamente può bastare che venga soltanto indicata per nome e cognome, ove le parti risiedano in un Comune rurale in cui tutti gli abitanti si conoscono, l'indicazione non sarebbe però sufficiente senza la menzione della *condizione*, del *domicilio* o della *residenza*, nelle popolose città, e nei casi non infrequenti dell'esistenza in un luogo di più persone aventi un medesimo nome e cognome. Dicasi lo stesso delle indicazioni personali del convenuto, affinché egli abbia la positiva certezza di quel che adesso si volle evocare in giudizio, e di alcuni altri requisiti della citazione. Queste formalità costantemente *utili*, perché non di rado e, supposte certe condizioni, potrebbero trasformarsi in relativamente *necessarie*, devono essere imposte all'osservanza della parte, comminando altrimenti la nullità dell'atto. Anche qui la legittimità delle sanzioni riposa pertanto, non sull'arbitrio legislativo, ma sul titolo della loro necessità di mezzo per attuare in tutte le possibili contingenze l'efficace attuazione dei diritti. Se non che, tale necessità non essendo assoluta e dimostrabile *a priori*, ma soltanto relativa e presunta, perché in molti casi possono mutare le condizioni di fatto abili a renderla effettiva e reale, ne viene contro che la presunzione stabilita dalla legge vuolsi ammettere prova contraria».

<sup>59</sup> L. MORTARA, *Commentario*, 3° ed, cit., vol. II, 806. Queste riflessioni ricordano un noto passo del trattato di G.W.F. HEGEL, *Der Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1820, § 217: «... *Ubringes liegt es im Gange der Bildung, vor der sinnlichen und unmittelbaren Form eines Inhalts, mit langer und harter Arbeit zur Form seines Gedankens und damit einem ihm gemäßen, einfachen Ausdruck zu gelangen, daß im Zustande einer nur erst beginnenden Rechtsbildung die Solennitäten und Formalitäten vor großer Umständlichkeit (sind), und mehr als Sache selbst ...*».

<sup>60</sup> D. GALDI, *Nozioni generali sulle nullità*, cit., 398: «Il titolo di nullità non è che un'eccezione e non opera che in via soltanto di eccezione, qualunque sia la forma con cui siffatto titolo si presenti. Non è che un mezzo di difesa, e quindi è di sua natura negativo», non si faceva alcun riferimento ad un'autonoma *actio nullitatis*.

*nis* (art. 190<sup>61</sup>): infatti, le preclusioni erano talmente labili da escludere un pregiudizio al convenuto per indeterminatezza dell'oggetto della domanda<sup>62</sup>. La nullità degli altri atti poteva essere fatta valere solo nella comparsa successiva all'atto che si voleva impugnare (art. 191).

Con l'art. 56, ultimo comma, si poneva la base della distinzione moderna tra nullità relative e nullità assolute<sup>63</sup>. L'articolo in questione disponeva infatti: «non può pronunciarsi la nullità o la decadenza se non vi sia istanza di una delle parti, salvo che la legge dichiara che debbano essere pronunciate d'ufficio». La norma aveva, in verità, una portata limitata, perché solo due erano i casi di nullità rilevabili d'ufficio.

Innanzitutto, la disposizione andava posta in relazione all'art. 192, comma 2, che a chiusura del paragrafo dedicato all'eccezione di nullità stabiliva: «quando la parte che avrebbe diritto di opporre la nullità sia contumace, la nullità deve essere pronunciata d'ufficio». La *ratio* della norma era evitare che il convenuto contumace potesse servirsi dell'opposizione contumaciale per annullare la sentenza, a causa di vizi procedurali non sanabili per la sua assenza<sup>64</sup>. Si trattava, quindi, di

<sup>61</sup> A differenza del codice sardo (art. 253, comma 2), il codice del 1865 non consentiva al convenuto costituito di far valere le nullità e irregolarità che potessero avere influenza sulla decisione nel merito della causa; l'art. 190, comma 1 del codice del 1865, si limitava a salvaguardare i diritti quesiti anteriormente alla comparizione.

<sup>62</sup> Spiegava G. PISANELLI, *op. cit.*, 96: «Il convenuto potrà chiedere gli schiarimenti necessari a precisare l'oggetto della domanda protestando di non essere tenuto a difendersi nel merito finché l'oggetto stesso non sia meglio indicato. Mentre viene per tale modo raggiunto lo scopo della citazione, si evitano le spese e i ritardi inevitabili quando fosse necessaria una nuova citazione».

<sup>63</sup> D. GALDI, *op. cit.*, 98 s. distingueva tra le nullità relative, che potevano essere fatte valere solo dalle parti a presidio dei cui interessi erano poste, e le nullità assolute a tutela di un interesse pubblico, che potevano essere fatte valere da chiunque. La classificazione veniva fatta, tuttavia, con riferimento alle nullità del diritto sostanziale non processuale: come esempio di nullità relativa veniva indicata quella causata dalla violazione delle forme in materia testamentaria. Nella mente dei giuristi dell'epoca c'era ancora l'indistinzione tipica del diritto comune tra nullità sostanziali e processuali e si usavano le etichette nullità assolute e relative come sinonimo di annullabilità e nullità. Così vedi anche F.S. GARGIULO, *op. cit.*, vol. I, 178.

<sup>64</sup> L'art. 190, ultimo comma prevedeva: «Il contumace può nel giudizio d'appello

“eccezioni in senso stretto e proprio”, trasformate dal comportamento del convenuto in “eccezioni in senso lato”.

L'altro caso di nullità rilevabile d'ufficio era quello della domanda nuova in appello, per evitare che si violasse il principio del doppio grado di giudizio.

Le due ipotesi venivano indicate come poste a presidio dell'interesse alla retta amministrazione della giustizia<sup>65</sup>.

Va menzionata l'opinione di Chiovenda<sup>66</sup>, che annoverava tra le nullità rilevabili d'ufficio anche le ipotesi di mancanza di un presupposto processuale, quale la competenza o la capacità di una delle parti. La mancanza di un determinato requisito, infatti, farebbe supporre che il procedimento non sia in grado di arrivare ad una sentenza giusta.

Davanti ad un'eccezione di parte, giurisprudenza e dottrina erano concordi che si dovesse guardare alle conseguenze prodotte dalla violazione, più che alla nullità in sé<sup>67</sup>. Questo atteggiamento portava ad escludere l'annullamento dell'atto, se esso avesse raggiunto il fine perseguito, senza che fosse in alcun modo diminuita la difesa della parte che aveva opposto la nullità: si sarebbe dovuto trattare, in altre parole, di una sorta di *extrema ratio*<sup>68</sup>.

impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro». Ciò valeva anche per la nullità di eventuali atti successivi in virtù dell'art. 191, che imponeva di far valere la nullità nell'atto successivo a quello nullo a pena di sanatoria, atto che per il contumace era quello di impugnazione. Vedi in proposito G. PISANELLI, *op. cit.*, 96 s.

<sup>65</sup> L. MORTATARA, *Commentario*, 3 ed., cit., vol. II, 815.

<sup>66</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, vol. II, 274 s.

<sup>67</sup> Così, ad esempio, Cass. Torino, 12 gennaio 1871: «Le nullità sono di stretto diritto, e non si deve ammettere che il legislatore abbia voluto pronunciare una nullità senza ragione sufficiente»; invece Cass., Napoli, 11 giugno 1873, stabiliva che: «Le nullità di forme, quando la parte non possa risentirne alcun danno reale, e lo scopo della legge trovasi nel suo fine ultimo conseguito, non possano essere ammesse», entrambe riportate in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. I, 396 s.

<sup>68</sup> In un progetto di legge contenente nuove disposizioni intorno all'ordine ed alla forma dei giudizi, presentato alla Camera dei deputati dal Ministro di grazie e giustizia il 16 marzo 1908, all'art. 56, comma 1 si prevedeva: «La nullità di un atto deve essere

Altre due disposizioni testimoniano che la filosofia del codice fosse quella della massima salvaguardia dell'attività profusa: l'art. 57, secondo cui solo la parte a favore del quale era stabilita poteva far valere la nullità, a meno non vi avesse dato causa o non vi avesse espressamente rinunciato; l'art. 58, il quale escludeva che la nullità di un atto si comunicasse agli atti precedenti e successivi indipendenti e consentiva la rinnovazione dell'atto invalido fino a quando non fossero scaduti i termini per compierlo.

Certo, nell'impianto del codice mancava una clausola generale quale è l'attuale art. 156, comma 3 c.p.c.

##### *5. L'invalidità della sentenza ed i rimedi*

Le cause di nullità della sentenza del tribunale venivano indicate espressamente: la partecipazione alla votazione di coloro che non avessero assistito alla discussione o la mancanza del numero dei votanti stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 357); l'omissione delle conclusioni delle parti, dei motivi in fatto e in diritto, del dispositivo, dell'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui era stata pronunciata; della sottoscrizione di tutti i giudici che l'avevano pronunciata, e del cancelliere; non aver sentito il pubblico ministero nei casi previsti dalla legge (art. 361). Nel primo comma dell'art. 361 si

dichiarata quando la violazione della legge ha prodotto alla parte che la eccepita un pregiudizio che non può altrimenti essere riparato che con la dichiarazione di nullità», riportato in L. MORTARA, *Commentario*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 824 s. In proposito vedi anche L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 9<sup>a</sup> ed., Torino, 1929, vol. I, 88, secondo il quale: «il potere dato al giudice per siffatto annullamento, si spiega in questo senso: che egli indaga non solo se il difetto censurato nell'atto esista e corrisponda alla mancanza di una delle forme che, a seconda del caso particolare, devosi ritenere sostanziali, ma accerta pure l'effetto reale che l'atto abbia ottenuto; impressoché, qualora il suo fine fosse stato raggiunto, vale a dire se il difetto non avesse impedito la difesa della parte avversaria, svanirebbe ogni ragione di giustizia e di opportunità per l'annullamento». L. MATTIROLO, *Trattato*, cit., vol. II, 179 ss., dal canto suo, limitava la sanabilità della nullità per raggiungimento dello scopo ai vizi dell'atto per mancanza di forme accidentali, non essenziali.

specificava che i motivi si reputavano omessi quando ci si limitava a riferirsi a quelli di un'altra sentenza.

Le omissioni che non erano causa di nullità potevano essere emendate mediante procedimento di correzione ai sensi degli artt. 473 ss.

Nel silenzio della legge, un dubbio che si pose era se le disposizioni relative alla nullità delle sentenze dei tribunali si applicassero o meno alle sentenze dei giudici monocratici. Si era propensi a ritenere che la conclusione positiva fosse imposta dai principi generali del sistema e che gli elementi stabiliti dall'art. 436, primo comma, per le sentenze dei pretori (l'indicazione del nome e cognome delle parti, del domicilio o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, i motivi o delle circostanze influenti, il dispositivo) e dall'art. 460, per le sentenze dei conciliatori (l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, le circostanze influenti ed il dispositivo), costituissero l'essenza del provvedimento, unitamente alla sottoscrizione del giudice, necessaria per risalire all'autore dell'atto<sup>69</sup>.

L'applicazione delle disposizioni sulla nullità anche alle sentenze rese dai giudici monocratici, poi, era supportata da argomenti di carattere sistematico. Il secondo comma dell'art. 436 stabiliva, infatti, che quando il pretore si pronunciava in veste di giudice commerciale, egli dovesse farne menzione nell'intitolazione ed aggiungeva che la mancanza di questo riferimento non era causa di annullamento: ciò faceva supporre che l'omissione degli elementi di cui al primo comma dello stesso articolo portasse ad un'altra conseguenza. L'art. 447 consentiva l'integrazione delle disposizioni del procedimento davanti al pretore con quelle del rito davanti al tribunale, all'interno delle quali era inclusa la disciplina della nullità, in quanto applicabile<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, cit., vol. III 126 ss.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. V, 144 ss.; L. MORTARA, *Commentario*, ed. 4<sup>a</sup>, cit., vol. IV, 109 ss.

<sup>70</sup> L. MORTARA, *op. cit.*, 110 s. notava come non fosse rilevante stabilire se le sentenze del pretore di primo grado fossero o meno soggette alla disciplina della nullità, perché comunque esse erano soggette ad appello: la nullità sarebbe stata rilevante come motivo di gravame quando l'errore fosse stato determinante nella difesa di parte e avrebbe condotto al rinnovo della pronuncia di merito. Era rilevante, piuttosto, accogliere la soluzione positiva per sottoporre le sentenze emesse dal pretore come giudice

L'art. 464, relativo al rito davanti al conciliatore, ricorreva in via suppletiva alle disposizioni del procedimento davanti al pretore; dubbio era se esso importasse "un rinvio di secondo livello" alle disposizioni del procedimento davanti al tribunale. La questione, tuttavia, aveva poca importanza perché le sentenze del conciliatore non erano sottoposte né ad appello né a ricorso in cassazione, salvo che per incompetenza; perciò, generalmente erano incontestabili, nulle o ingiuste che potessero apparire.

Ai sensi dell'art. 58, il vizio della sentenza poteva derivare dalla nullità degli atti precedenti, quando non fosse stata sanata. Questa disposizione aveva una certa rilevanza per il contumace, perché gli dava la possibilità di ricorrere all'opposizione contumaciale<sup>71</sup>, sempre che il giudice non avesse pronunciato d'ufficio sulla nullità. Questa possibilità di impugnazione non era preclusa avverso le sentenze del conciliatore.

Le diverse Corti di cassazione intesero in vario modo le disposizioni sulle cause di nullità. Nelle pronunce prese in considerazione e di seguito riportate, si può notare la tendenza più o meno marcata alla salvaguardia del provvedimento, a volte edulcorando la lettera della legge, e l'esclusione di cause di nullità che non fossero tipiche.

Una questione molto discussa fu quella relativa a quali giudici dovessero partecipare alla votazione. L'art. 357, comma 2, all'uopo nulla diceva. Detta disposizione doveva pertanto essere integrata con le norme del Regolamento generale giudiziario.

Nella pratica accadeva spesso che prendessero parte all'udienza di discussione un numero di giudici maggiori di quelli che dovevano votare. L'art. 264 del Regolamento generale stabiliva che qualora in un collegio vi fossero più giudici di quelli richiesti per giudicare, si dovessero astenere i meno anziani; se uno di questi era il relatore, egli votava al posto dell'ultimo che avrebbe dovuto votare.

d'appello (art. 459), a ricorso per cassazione per violazione dell'art. 361 (art. 517, n. 2).

<sup>71</sup> Prevista agli articoli 474 ss., l'opposizione contumaciale si proponeva davanti al giudice che aveva emesso la sentenza nel termine per appellare o fino al primo atto di esecuzione, se la notificazione non era avvenuta in persona propria. La nullità derivata della sentenza poteva consentire al contumace di ottenere la *restitutio in integrum*. Per approfondimenti vedi L. MORTARA, *op. cit.*, 311 ss.

Su questa disposizione ci furono svariate interpretazioni. La più rigorosa si atteneva alla lettera: in caso di impedimento del giudice più anziano si doveva tornare a discutere la causa, perché se avesse votato il meno anziano la sentenza sarebbe stata nulla<sup>72</sup>. In maggior numero furono le sentenze che giustificavano con gli espedienti più disparati la partecipazione alla votazione del meno anziano, non relatore, in luogo del più anziano, in alcuni casi, forzando marcatamente la lettera del testo di legge<sup>73</sup>.

La dottrina si mostrò più rigida, concludendo che la *ratio* della disposizione andava individuata nella necessità di designare anticipatamente i nomi dei giudici, per dare alle parti l'effettiva facoltà di ricusarli; perciò, se uno dei giudici indicati non avesse potuto votare, si doveva tornare senz'altro alla discussione della causa<sup>74</sup>.

Altra questione molto dibattuta fu quando si potesse considerare nulla la sentenza per difetto di motivazione o per omissione del dispositivo.

In relazione alla motivazione l'art. 265, capoverso, del Regolamento generale prevedeva che: «Nella compilazione dei motivi delle sen-

<sup>72</sup> Cass. Torino, 29 marzo 1904, in *Giur. it.*, I, 1, 1222; Id., 21 gennaio 1905, *ivi*, I, 1, 582.

<sup>73</sup> Cass. Roma, 11 dicembre 1876, in *Racc.*, XXIX, I, 79 stabilì che non fosse causa di nullità la partecipazione alla votazione di un giudice meno anziano, purché fosse presente alla discussione, perché si doveva supporre che l'intervento del meno anziano avesse avuto luogo per un legittimo impedimento, così, anche Cass. Napoli, 20 marzo 1893; poi Cass. Roma, 11 marzo 1901, in *Legge*, 1901, I, 685 sancì che fosse sempre legittimo l'intervento del meno anziano alla votazione, anche se non fosse stato relatore della causa, purché fosse stato destinato dal presidente dopo l'ultima udienza all'esame del processo scritto per riferire in camera di consiglio e l'impedimento del più anziano fosse espresso nella sentenza; Cass. Firenze, 19 novembre 1900, in *Giur. it.*, I, 1, 636, richiedeva che l'impedimento del più anziano fosse tale da non poter essere aggirato con l'anticipazione o il differimento di poco della riunione del collegio; Id., 11 marzo 1901, in *Giur. it.*, 1901, I, 1, 636, precisò che nessuna presunzione in materia era stata stabilita dalla legge, perciò l'impedimento del più anziano doveva essere messo per iscritto.

<sup>74</sup> L. MATTIROLO, *Trattato*, cit., vol. IV, 43 ss.; MORTARA, *Commentario*, 4<sup>a</sup> ed. cit., vol. IV, 81 ss., aggiungeva che chi sapeva di doversi astenere, non era portato a stare attento alla discussione come colui che doveva votare; perciò, in caso di impedimento di coloro che avevano il dovere di deliberare, si doveva ripetere la discussione, non disponendo nulla sul punto l'art. 264.

tenze devono separarsi le questioni di fatto da quelle di diritto; si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza è fondata; e si fa un cenno conciso dei principii generali di diritto, che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti adottati in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali».

Si nota subito la distanza che il legislatore frapponeva rispetto all'elaborazione dottrinale, con un distacco che si voleva netto rispetto ad un'epoca nella quale l'opinione dei dottori era uno dei fattori che concorrevano a creare il diritto.

La giurisprudenza fu unanime nel ritenere che non si trattasse di un precetto imperativo e imprescindibile, ma di una di una mera indicazione metodologica<sup>75</sup>.

Innanzitutto, non c'era alcun obbligo di fare riferimento a precise disposizioni di legge<sup>76</sup>: anzi, in alcune pronunce si sminuisce l'importanza dell'erronea formulazione di motivi di diritto, se il dispositivo era conforme alla legge<sup>77</sup>. In sentenze particolarmente ardite la Cassazione di Napoli, seguita a tratti da altre cassazioni, arrivò a sostenere che la Corte suprema potesse supplire alla motivazione completamente erronea o addirittura mancante, ovvero che una motivazione erronea non fosse nulla, perché esistente fisicamente<sup>78</sup>. La stessa Corte considerò valido anche il riferimento alla motivazione espressa in un'altra sentenza, purché quest'ultima fosse passata in giudicato<sup>79</sup>. Insomma, a

<sup>75</sup> Cass. Firenze, 15 luglio 1872, in *Annali*, V, 1, 64; Id. Napoli, 14 gennaio 1891, in *La Legge*, 1891, 2, 734; Id. Roma, 14 novembre 1891, *ivi*, 1892, 1, 361; Id. Palermo, 2 giugno 1892, *ivi*, 1892, 2, 801; Id. Torino, 30 dicembre 1901, in *Giur.*, 1902, 349;

<sup>76</sup> Cass. Firenze, 29 gennaio 1872, in *La Legge*, 1872, 1, 1060; Id. Torino, 16 febbraio 1894, in *Giur.*, 1894, 181.

<sup>77</sup> Cass. Napoli, 5 novembre 1887, in *Giur.*, 1888, 154; Id. Torino, 28 novembre 1888, *ivi*, 1888, 756; Id. Firenze, 30 dicembre 1889, in *La Legge*, 1890, 2, 116; Id. Palermo, 5 maggio 1901, *ivi*, 1901, 1, 587.

<sup>78</sup> Cass. Napoli, 5 giugno 1869, in *Annali*, IV, 1, 239; Id., 17 e 30 giugno 1870, *ivi*, IV, 1, 242 e 278; Id., 9 marzo 1889, in *Giur.*, 1889, 546. Così anche Cass. Firenze, 26 aprile 1880, in *La legge*, 1880, 1, 518; Id. Torino, 10 marzo 1882, in *Giur.*, 1882, 379; Id. Roma, 22 gennaio 1903, *ivi*, 1903, 424; In senso contrario: Cass. Napoli, 22 gennaio 1874, in *Racc.*, XXVI, 1, 559; Cass. Torino, 5 dicembre 1883, in *Giur.*, 1884, 34; Id. Roma, 4 marzo 1884, in *Temi Veneta*, IV, 383.

<sup>79</sup> Cass. Napoli, 8 novembre 1883, in *Analisi della giurisprudenza della procedura*

volte si impiegò ogni genere di argomento per evitare di annullare la sentenza anche per vizi che non erano meramente formali.

Generalmente, si ritenne omessa la motivazione totalmente equivoca, incerta, confusa, ambigua, in nessun modo idonea a sorreggere il dispositivo<sup>80</sup>, come pure contenente una contraddizione espressa sui principi direttivi o sul fondamento dell'azione<sup>81</sup>.

Piuttosto unanime fu la conclusione che la motivazione e il dispositivo andassero considerati congiuntamente, in modo che alla loro indeterminatezza fosse posto rimedio interpretando l'una alla luce dell'altro<sup>82</sup>. Entrambi andavano messi a confronto con le conclusioni delle parti, per valutare se ad esse avessero adeguatamente risposto<sup>83</sup>. Ad ogni modo la parte motiva non poteva avere prevalenza sulla parte

*civile per F.S. Gargiulo*, Napoli, 1885, n. 502

<sup>80</sup> Cass. Firenze, 19 aprile 1869, in *La Legge*, 1869, 1, 190; Id. Torino, 10 ottobre 1877, in *Giur.*, 1877, 339; Id. Napoli, 15 dicembre 1880, in *La Legge*, 1881, 1, 130.

<sup>81</sup> Cass. Napoli, 10 marzo 1883; Id. Torino, 21 febbraio, 8 marzo e 17 maggio 1883, in *Analisi della giurisprudenza della procedura civile per F.S. Gargiulo*, cit., n. 503.

<sup>82</sup> Cass. Napoli, 5 febbraio 1872, in *Annali*, VI, 1, 7; Id. Torino, 24 agosto 1874, *ivi*, VIII, 1, 472; App. Bologna, 28 agosto 1875, *ivi*, XXVIII, 2, 208; Id. Genova, 22 maggio 1878, *ivi*, XXVIII, 2, 855. Su quando fosse ritenuto adempiuto l'obbligo di motivazione vedi tra le molte: Cass. Firenze, 25 gennaio 1872, in *Annali*, VI, 1, 77; Id., 20 novembre 1873, in *Legge*, 1874, 1, 123; Id. Palermo, 17 marzo 1875, in *Racc.*, XXVII, 1, 344; Id. Napoli, 7 dicembre 1876, *ivi*, XXIX, 1, 369; Id. Roma, 1 marzo 1882; Id. Torino, 9 maggio 1882; Id., 19 giugno 1882; Id. Torino, 9 maggio 1882; Id., 5 aprile, 28 maggio e 7 luglio 1883; Id., 24 ottobre, 23 novembre e 7 dicembre 1883; Id. Firenze, 18 gennaio 1883; Id. Napoli, 6 luglio 1883, tutte in *Analisi della giurisprudenza della procedura civile per F.S. Gargiulo*, cit., n. 501, 504 – 508.

<sup>83</sup> Pacifico era che non potesse ritenersi nulla la motivazione per mancata risposta a tutti i motivi dedotti dalle parti, purché la sentenza contenesse il principio direttivo del pronunciamento, così: Cass. Palermo, 8 aprile 1871, in *Annali*, VI, 1, 152; Id. Firenze, 30 dicembre 1872, *ivi*, VI, 1, 234; Id. Napoli, 4 dicembre 1873, in *Legge*, I, 802; Id. Torino, 8 luglio 1875, *ivi*, IX, 1, 526. Né era nullo per omessa pronuncia il dispositivo che non provvedeva su una delle conclusioni delle parti, quando dalle ragioni espresse emergeva il motivo del suo rigetto, così: Cass. Torino, 7 giugno 1867, in *Giur.*, 1867, 436; Id. Firenze, 22 giugno 1874, in *Annali*, VIII, 1, 382; Id. Napoli, 18 novembre 1872, in *La Legge*, 1873, I, 598; Id., Palermo, 17 maggio 1874, *ivi*, 1874, 1, 587; Id. Roma, 1<sup>a</sup> marzo 1876, in *Giur.*, 1876, 357. Allo stesso modo non c'era omessa pronuncia se il dispositivo prendeva in considerazione solo le questioni principali, senza soffermarsi sulle questioni subordinate, perché considerate assorbite, così Cass. Torino, 29 dicembre 1883, in *Giur.*, 1884, 225.

dispositiva, perché in quest'ultima è racchiuso il comando del magistrato<sup>84</sup>.

D'altro lato, va rilevata la pratica giudiziaria che aveva portato ad un'interpretazione particolarmente ampia dell'art. 361, secondo comma, nel punto in cui combinato disposto con l'art. 360, n. 6 prevedeva la nullità della sentenza per omissione dei motivi in fatto e in diritto: si era arrivati a far rientrare nell'omissione di motivi anche la motivazione illogica ed attraverso di essa a consentire in cassazione il sindacato di errori commessi dal giudice nella considerazione del fatto<sup>85</sup>.

Insomma, la giurisprudenza di Cassazione era favorevole alla salvaguardia del provvedimento difettoso nella motivazione, quando essa non denunciava errori di giudizio; di contro, usava il vizio di motivazione per censurare erronee ricostruzioni del fatto da parte del giudice di merito. Fu proprio attraverso il vizio logico della motivazione che essa cominciò ad elaborare una serie di regole metodologiche sulla formazione del giudizio di fatto<sup>86</sup>.

In ordine agli altri requisiti (l'indicazione delle conclusioni delle parti, del giorno, mese, anno e luogo, delle conclusioni del pubblico ministero se necessarie), per evitare la nullità, la giurisprudenza si mostrò pronta a supplire alle carenze della sentenza tramite deduzione degli stessi requisiti da altri elementi della sentenza o di altri atti processuali<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Secondo Cass. Napoli, 29 luglio 1876, in *La Legge*, 1877, 1, 233; Id. Palermo, 8 febbraio 1887, in *Circolo giuridico*, 1887, 2, 188; Id. Roma, 25 aprile 1888, in *La Legge*, 1888, 2, 292; Id. Torino, 29 settembre 1898, in *Giur.*, 1898, 1407, la motivazione in aperto e inequivocabile contrasto con il dispositivo avrebbe reso nulla la sentenza, perché non idonea a spiegare il vero senso e la portata del comando del giudice.

<sup>85</sup> F. CARNELUTTI, *Il Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938, vol. II, 652 s.

<sup>86</sup> Critico nei confronti di questa giurisprudenza P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., vol. II, 371 ss., il quale sottolineava come «il vizio di omessa motivazione non consisteva dunque, in origine, nel non aver ragionato o nell'aver scorrettamente ragionato, ma nel non aver espresso nel tenore della sentenza le fasi di questo ragionamento, buono o cattivo che fosse».

<sup>87</sup> In particolare, Cass. Firenze, 31 gennaio 1867, in *Annali*, II, 2, 393; Id. Napoli, 15 aprile 1871, *ivi*, V, 1, 167 hanno escluso la nullità per la mancanza nella sentenza della enunciativa che il pubblico ministero fosse stato sentito, purché fosse stato fatto separato verbale delle sue conclusioni. Cass. Napoli, 21 agosto 1875, in *Gazz. proc.*, X,

Le Corti si dimostrarono più fiscali sul requisito della sottoscrizione dei giudici, che doveva essere apposta subito dopo la stesura della sentenza da parte di tutti i membri del collegio<sup>88</sup>.

399, ha ritenuto che la sentenza la quale non riportasse le conclusioni delle parti non fosse nulla, ma dovesse essere emendata a norma dell'art. 473. App. Milano, 23 marzo 1872, in *Annali*, VI, 2, 156 ha considerato la data della sentenza mancante coincidente con quella della pubblicazione, per essere questo il momento in cui inizia la sua giuridica esistenza, perciò sarebbe stata irrilevante la sua presenza nel corpo del documento-sentenza; in senso difforme, partendo dal presupposto che promulgazione della sentenza e pubblicazione fossero due atti distinti vedi Cass. Firenze, 20 aprile 1874, secondo la quale la detta integrazione si poteva ammettere solo il giorno della pronuncia coincideva con quello della pubblicazione; Cass. Napoli, 16 settembre 1874, entrambe in *Annali*, VIII, 1, 202 e 481; Id. Torino, 5 marzo 1892, in *Giur.*, 1892, 330, secondo la quale se il testo della sentenza non offriva gli strumenti per desumere la data non sarebbe stato lecito andare a ricercarla *aliunde*. Infine, secondo Cass. Napoli, 3 giugno 1872, in *Annali*, VI, 2, 554, Id. Roma, 16 aprile 1876, in *Racc.*, XXIX, 1, 276 il luogo della sentenza poteva essere desunto dalla sua intestazione, indicante la sede del magistrato pronunciate; ma Cass. Firenze, 13 febbraio 1874, in *Annali*, VIII, 1, 396 specificava che era necessaria l'indicazione del luogo se il giudice tenesse udienza in una sede diversa, come quando, a seguito di un'ordinanza ministeriale, nella stagione estiva un tribunale per ragioni di igiene avesse svolto le sue funzioni in un luogo diverso dalla sua sede abituale. Per approfondimenti vedi F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, cit., vol. II, 670 ss.; F. RICCI, *Commento*, cit., vol. II, 295 ss.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. V, 53 ss.; L. MATTIROLO, *Trattato*, cit., vol. IV, 79 ss.

<sup>88</sup> Risolvendo un conflitto insorto all'interno della giurisprudenza, il ministro Borgatti (31 agosto 1866), in una lettera diretta al presidente della Corte d'appello di Catanzaro, precisò che in caso di morte di uno dei giudici che avevano partecipato alla votazione prima della firma della sentenza, la causa doveva essere portata di nuovo alla pubblica udienza per poter essere discussa da capo e poi decisa. La sentenza non munita di firma era solo un progetto di sentenza, perché, in teoria, fino al momento della prolazione, ai giudici era data la facoltà di mutarla, anche quando il dispositivo fosse già stato steso dal presidente: «Le discussioni seguite fra i membri del collegio, le votazioni e le altre operazioni non constatate con verbali, non possono essere considerate come avvenute, se non quando siano state osservate tutte le formalità, e fu appunto per ciò che il legislatore pronunziava la nullità delle sentenze che mancavano di data, o della firma di alcuno dei giudici», in F.S. GARGIULO, *op. cit.*, vol. II, 688 s., si rinvia alle altre considerazioni svolte dall'autore a pagina 680 ss. Vedi anche F. RICCI, *op. cit.*, vol. II, 274 s.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *op. cit.*, vol. V, 150 ss. L. MORTARA, *Commentario*, 4<sup>a</sup> ed., cit., vol. IV, 99, nota 1, affermava di essere stato testimone, come membro del collegio della Cassazione di Roma, di episodi in cui, essen-

Le tesi sulle modalità di soddisfazione del requisito della firma del cancelliere non erano uniformi. La Cassazione di Napoli ritenne la firma del cancelliere apposta alla sentenza in qualunque modo, anche se risultante dal successivo verbale di pubblicazione<sup>89</sup>. Da altre Corti si sottolineò come la funzione di questo elemento fosse quella di controllare la regolarità della compilazione della sentenza e come la pubblicazione fosse un atto esclusivo del cancelliere, ben distinto dalla promulgazione<sup>90</sup>.

La sentenza poteva ancora essere nulla per l'eventualità in cui ci fossero delle nullità non sanate degli atti dai quali dipendeva. Dato il breve termine previsto (trenta giorni per le sentenze del pretore, sessanta per quelle del tribunale) per proporre l'eccezione di nullità, questa era una possibilità che veniva riservata al contumace, per limitare la quale si istituì la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni a lui riservate.

All'interno del processo di primo grado, inoltre, erano frequenti errori che non riguardavano i singoli atti ma la scelta del rito.

La giurisprudenza si era posta il problema delle eventuali conseguenze alle quali desse luogo lo scambio tra rito formale e rito sommario e si era divisa sul punto: una parte minoritaria riteneva che la forma di procedimento assegnata dalla legge a un dato giudizio fosse nell'interesse dell'ordine pubblico, così che le parti non potessero scambiarsela senza commettere nullità; la parte maggioritaria, al contrario, era ferma nel ritenere che l'impiego di un rito non corretto non determinasse alcuna nullità, perché il contendente non consenziente aveva il diritto di chiedere al collegio che la causa venisse seguita con il rito corretto. Questo secondo filone giurisprudenziale affermava che la nullità non era comminata dalla legge, né poteva sostenersi che essa fosse derivata dalla mancanza di elementi essenziali del giudizio, per-

do morti dei giudici, la sentenza veniva sottoscritta solo dai giudici superstiti, senza che potesse essere fatta valere da alcuno la nullità di una sentenza di giudice di ultima istanza.

<sup>89</sup> Cass. Napoli, 8 febbraio 1870, in *Annali*, IV, 1, 44, ma contra la successiva Cass. Napoli, 27 gennaio 1891, in *Giur.*, 1891, 475.

<sup>90</sup> Cass. Firenze, 18 maggio 1868, in *Bettini*, XX, 1, 488; Id. Torino, 12 luglio 1901, in *Giur.*, 1901, 1259. In questo senso anche L. MATTIROLO, *op. cit.*, vol. IV, 89.

ché tale non era considerata la forma del procedimento complessivamente considerato<sup>91</sup>.

Né comportava nullità la proposizione di una domanda incidentale direttamente al collegio anziché al presidente. Lo scopo della ripartizione era stato individuato nella necessità di evitare di addossare al collegio la gestione delle istanze istruttorie quando ci fosse l'accordo delle parti. Per questo originariamente la giurisprudenza era propensa a sanzionare con la nullità l'errore<sup>92</sup>. Di seguito, avvertì maggiormente l'esigenza della salvaguardia del procedimento, infestato da irregolarità funzionalmente irrilevanti. Perciò, se si adiva direttamente il collegio e ci si trovava davanti ad una controparte conciliante, la sanzione non era la nullità, ma l'eventuale condanna alle spese; in caso di contestazione, invece, il collegio poteva senz'altro procedere alla decisione della causa, a prescindere dalle irregolarità procedurali<sup>93</sup>.

Certo si arrivò a dichiarare nullo il provvedimento emesso con le forme della volontaria giurisdizione al posto che seguire il rito ordinario<sup>94</sup>.

La nullità della sentenza poteva esser fatta valere attraverso i mezzi di impugnazione: appello; ricorso per cassazione, in particolare ai numeri 1 e 2 dell'art. 517 era prevista la possibilità di impugnare la sen-

<sup>91</sup> Nel primo senso, App. Milano, 3 e 28 agosto 1866, in *Annali*, I, 2 e 140; nel secondo senso, App. Brescia, 1 e 22 novembre 1866, *ivi*, I, 2, 135 e 226; Id. Messina, 11 dicembre 1866, *ivi*, I, 2, 311; Id. Lucca, 27 febbraio 1867, *ivi*, II, 2, 249; Id. Firenze, 5 marzo 1869, *ivi*, III, 2, 63; Id. Napoli, 18 gennaio e 20 marzo 1871; Id. Bologna, 14 settembre 1872, in *Racc.*, XXVI, 2, 687. La dottrina, dal canto suo, aveva denunciato la mancanza di un rimedio adeguato avverso il decreto con il quale il presidente in calce all'atto di citazione ammetteva al beneficio del rito sommario, vedi G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. IV, 159.

<sup>92</sup> App. Lucca, 27 novembre 1868, in *Annali*, I, 2, 446.

<sup>93</sup> Cass. Napoli, 5 settembre 1879; App. Venezia, 7 settembre 1880, in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., IV, 232.

<sup>94</sup> Cass., 14 luglio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 900 ss., con nota di L. CAPALTI, *La procedura per la trascrivibilità della nullità canonica nei matrimoni preconcordatari*, con la quale la Cassazione cassava l'ordinanza della corte d'appello emessa ai sensi dell'art. 22 l. n. 847/1929, perché nell'accertamento della nullità del matrimonio preconcordatario pronunciata dal giudice ecclesiastico per una causa ammessa anche dal codice civile avrebbe dovuto essere seguito il rito ordinario e non quello di volontaria giurisdizione.

tenza per nullità del procedimento o per nullità di forma del provvedimento stesso<sup>95</sup>; per il contumace mediante opposizione alla sentenza contumaciale in alternativa all'appello.

La sentenza annullata in appello, che necessitasse di ulteriori atti di istruzione, poteva anche essere rimessa al giudice di primo grado (art. 492, comma 2). La cassazione del provvedimento, invece, importava la rimessione della causa al giudice che l'aveva pronunciata ovvero ad un giudice di pari grado (544, comma 2).

La sentenza viziata era comunque un atto esistente e efficace<sup>96</sup>; ciò è confermato da una duplicità di ragioni.

Era pacifico che la nullità della sentenza non operasse di per sé e non potesse essere rilevata d'ufficio: doveva essere opposta dagli interessati con uno dei mezzi riconosciuti dalla legge, nei termini utili e davanti all'autorità giudiziaria competente<sup>97</sup>. Decorso il termine per impugnare la sentenza, anche se "infetta", passava in giudicato<sup>98</sup>.

Vi erano, inoltre, sentenze che erano intoccabili anche se nulle, perché non c'erano strumenti per impugnarle e far valere la nullità: così, le sentenze della Corte di cassazione, nonché le sentenze del conciliatore, appellabili esclusivamente per incompetenza (art. 459)<sup>99</sup>.

La dottrina<sup>100</sup> individuò alcuni casi di inesistenza: primo fra tutti, per logica, la mancanza del dispositivo, perché rendeva la sentenza obiettivamente inesequibile. Alcuni autori fecero più ampiamente riferimento alla mancanza di uno degli elementi essenziali al concetto di sentenza, tali da renderla del tutto inidonea a produrre effetti. Esempi

<sup>95</sup> L'art. 517, nn. 1 e 2 disponeva: «La sentenza pronunciata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso in cassazione: 1) se le forme prescritte sotto pene di nullità siano state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente; 2) se si annulla ai sensi dell'art. 361». Dati i limitati casi di nullità rilevabile anche d'ufficio, è da supporre che la parte dovesse sollevare l'eccezione di nullità per poi impugnare la sentenza in ordine all'eccezione respinta.

<sup>96</sup> Con efficacia esecutiva anche prima del giudicato, se fosse ordinata la provvisoria esecuzione prima del passaggio in giudicato (art. 363).

<sup>97</sup> Cass. Firenze, 27 maggio 1870, in *Giur.*, 1870, 449.

<sup>98</sup> Cass. Firenze, 21 marzo 1870, in *La Legge*, 1870, 1, 471; Id. Napoli, 19 dicembre 1876, *ivi*, 1877, 1, 386; Id. Torino, 30 maggio 1882, in *Giur.*, 1882, 608.

<sup>99</sup> F.S. GARGIULO, *Il codice*, cit., vol. II, 682 s.

<sup>100</sup> Così L. MORTARA, *Commentario*, 4<sup>a</sup> ed., cit., vol. IV, 101.

di quest'ultimo tipo di vizio erano: la sentenza emessa da chi non fosse giudice o nei confronti di chi non fosse mai stato parte in quel processo o, infine, che non contenesse nessuna disposizione idonea a produrre effetti giuridici<sup>101</sup>. In questi casi alla parte era dato ricorrere al giudice di primo grado per iniziare una nuova causa.

Un dubbio poteva sussistere sulla possibilità di usare lo strumento della correzione della sentenza da parte dello stesso giudice che l'aveva emessa, per riparare alle nullità, almeno, delle sentenze non soggette o non più soggette a mezzo di impugnazione.

L'art. 473, comma 1, dichiarava non necessario alcuno dei mezzi di impugnazione indicati nell'art. 465 per far emendare nelle sentenze le omissioni e gli errori che non avessero importato la nullità ai sensi dell'art. 361. Il che poteva far ritenere legittimo il ricorso a questo strumento quando ci fosse stata altra strada da percorrere. La dottrina<sup>102</sup> era portata ad escludere questa soluzione perché identificava tale strumento come volto a far valere errori non essenziali, ininfluenti sul comando del giudice, che ormai aveva consumato il suo potere decisorio.

#### 6. (... segue) *L'invalidità degli altri provvedimenti ed i rimedi*

Per le ordinanze e per gli altri provvedimenti non era prevista la sanzione della nullità in caso di omissioni o errori di indicazione dei requisiti previsti dalla legge.

<sup>101</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione*, cit., vol. II, 172 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., vol. II, 272 s.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1936, 633 ss.

<sup>102</sup> L. MATTIROLO, *Trattato*, cit., vol. IV, 96, individuava tre distinti casi di correzione: quello delle indicazioni erronee o mancanti, purché non essenziali; quello in cui una delle conclusioni delle parti fosse stata materialmente omessa, purché risultasse dal dispositivo che il giudice avesse provveduto su di essa; quello di errori di calcolo da emendare nel dispositivo. L. MORTARA, *op. cit.*, vol. IV, 102 spiegava: «La correzione della sentenza rappresenta il provvedimento che il magistrato dal quale fu pronunciata è autorizzato a dare nel fine ben circoscritto di riparare ad inesattezze od omissioni involontarie che impediscono alla medesima di ritrarre ed esprimere fedelmente quell'opera di raziocinio e di volizione che i suoi autori intesero compiere, senza che tale opera, per quanto è suo intrinseco ne venga a ricevere verun mutamento, essendo ormai consumata la fase processuale in cui ciò poteva utilmente effettuarsi».

L'art. 362, comma 2, prescriveva in queste ipotesi il ricorso allo stesso giudice per la correzione del provvedimento.

Discorso diverso sarebbe stato per il caso in cui lo sbaglio commesso dal giudice avesse potuto influire sul diritto di difesa e, in ultima analisi, sulla decisione di merito del giudice.

Come abbiamo già visto, bisogna distinguere a seconda che si trattasse di provvedimenti emessi dal presidente o dal giudice monocratico. Nel primo caso c'era il reclamo al collegio<sup>103</sup>; nel secondo non c'era un organo superiore al quale ricorrere, perché quando il pretore emetteva atti che influivano sul merito, esercitava un suo esclusivo potere decisorio.

Nessun rimedio, infine, era dato contro i provvedimenti cautelari, i cui effetti potevano essere riparati nel giudizio di merito<sup>104</sup>.

### 7. I provvedimenti anomali

Sotto la vigenza del codice del 1865, si ripresentò il problema dell'impugnazione dei provvedimenti dal contenuto decisorio emessi in una forma sbagliata e, a volte, anche a seguito di un procedimento non corretto<sup>105</sup>.

La questione si riferiva, innanzitutto, alle ordinanze adottate dal pretore nel corso del procedimento; poi, furono individuati casi di provvedimenti anomali anche nell'ambito dei procedimenti cautelari e dell'esecuzione forzata. Più rare le ipotesi di provvedimenti anomali davanti al collegio.

<sup>103</sup> G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *op. cit.*, vol. I, 380 ss.; L. MORTARA, *Commentario*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 774 ss.

<sup>104</sup> G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. I, 387.

<sup>105</sup> Cominciava anche ad emergere la questione della sottoposizione di provvedimenti di natura decisoria per volontà del legislatore, aventi forma differente dalla sentenza alle impugnazioni proprie delle sentenze: ad esempio Mortara considerava proponibile appello avverso l'ordinanza con la quale il collegio decideva sull'opposizione all'ordinanza del presidente che liquidava il pagamento delle spese dovuto agli avvocati dai loro assistiti ai sensi degli artt. 379 ss. c.p.c. e 260 del Regolamento generale giudiziario, L. MORTARA, voce *Appello civile*, in *Dig. it.*, 1890, III, 2, 380 ss., in particolare 388 s.

Nella logica del diritto comune si sarebbe trattato di un provvedimento formalmente “infetto” ovvero il frutto di un procedimento “perverso” e contro di esso sarebbe stata data *querela nullitatis*.

Invece, già sotto la vigenza dei codici preunitari, in particolare del codice estense e del codice sardo, lo svilimento dell'importanza del rigoroso rispetto delle forme e una diversa disciplina della nullità degli atti processuali e della sentenza, portarono a due conseguenze. Innanzitutto, ad attribuire rilevanza al contenuto e ad individuare in base ad esso il mezzo di impugnazione del provvedimento. In secondo luogo, si sviluppò la netta tendenza giurisprudenziale tesa ad evitare, per quanto possibile, l'annullamento del provvedimento per vizi meramente formali. Questa linea evolutiva si confermò e rafforzò nel vigore codice del 1865, che introdusse anche la rilevabilità d'ufficio della nullità in caso di contumacia, proprio per evitare che il contumace si servisse di essa per ripetere il procedimento, pur in assenza di specifici motivi di merito.

Contro l'ordinanza del pretore, che avesse deciso una controversia tra le parti, oppure avesse adottato un mezzo di prova d'ufficio o su istanza di una parte in contumacia dell'altra, sulla carta non c'era né appello, escluso dalla forma, né autonoma querela di nullità, non contemplata dal sistema. Né si poteva pensare ad un'eccezione di nullità contro un provvedimento emesso in corso di causa, perché non era la forma il problema e se pure lo fosse stato, si poteva solo chiedere al giudice che lo aveva emesso la correzione degli elementi intrinseci richiesti dal modello “ordinanza”.

La mancanza di un mezzo di critica *ad hoc*, portò la giurisprudenza a rimarcare la soluzione già trovata nella vigenza del codice sardo, per cui si stabilì che dovesse venire considerata sentenza ogni pronuncia resa nel corso di un giudizio, definitiva o incidentale, che emanasse dall'autorità giudiziaria su un punto controverso. La denominazione di ordinanza non ne variava “l'intima natura”<sup>106</sup>. La maggior parte della

<sup>106</sup> Così: Cass. Torino, 9 giugno 1882, in *Analisi della giurisprudenza della procedura civile per F.S. Gargiulo*, cit., n. 498. In particolare, sulle ordinanze del pretore emesse a seguito di contestazione: Cass. Roma, 8 luglio 1876, in *Annali*, VIII, 1, 71; Id. Firenze, 15 gennaio 1874, *ivi*, VIII, 1, 77; Id. Napoli, 24 agosto e 8 novembre 1880, in *La legge*, 1881, 1, 273-274; Id. Torino, 30 dicembre 1891, in *Giur. it.*, 1892, 107. Sulle ordinanze emesse in

dottrina avallò questa scelta<sup>107</sup>.

Vediamo alcuni tra gli esempi più significativi.

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice nella giurisprudenza napoletana sorse il dubbio se taluni mezzi istruttori particolarmente incisivi sull'andamento del processo, quali interrogatorio e giuramento, dovessero essere disposti sempre con ordinanza dal pretore. La situazione di incertezza fu generata dal tenore dell'art. 438, comma 2. Ai sensi di tale disposizione all'ordinanza che disponeva questi mezzi di prova veniva riservato un trattamento differente dalle altre ordinanze, analogo a quello proprio delle sentenze: doveva essere notificata personalmente alla parte chiamata a prestare giuramento o a rendere interrogatorio. Ci si chiedeva, conseguentemente, quale fosse il mezzo corretto per impugnare il provvedimento, quando esso fosse stato adottato con sostanza di sentenza.

Il Procuratore generale della Corte d'appello di Napoli inviò una circolare ai procuratori del distretto nell'anno giudiziario 1868 con l'intento di risolvere il problema<sup>108</sup>. Egli specificava che nel procedimento davanti al pretore si ripeteva la stessa distinzione, tra provvedimenti ordinatori e decisori, che si trovava nei giudizi del tribunale. Quindi, l'interrogatorio o il giuramento venivano disposti con ordinanza se c'era l'accordo tra le parti; negli altri casi con sentenza. Il

una causa contumaciale: Cass. Napoli, 18 marzo 1878, in *La Legge*, 1879, 1, 237. Sulle ordinanze che disponevano d'ufficio i mezzi di prova: Cass. Firenze, 17 luglio 1874, in *La Legge*, 1874, 1, 553; Id 23 gennaio 1888, *ivi*, 1888, 1, 366; Id. Torino, 2 giugno 1888, in *Giur.*, 1888, 381. Così anche dopo l'istituzione della Cassazione unica Cass. del Regno, 22 giugno 1933, n. 2325 secondo la quale: «Ha carattere di vera e propria sentenza, e quindi suscettibile di gravame, il provvedimento del pretore che, in accoglimento dell'azione di spoglio, reintegra, sia pure parzialmente, lo spogliato nel possesso, anche se si riserva di pronunciare, allo scadere del termine perentorio fissato, sulle altre domande di recupero delle spese e di risarcimento del danno; la deficienze di forma e di sostanza che possono riscontrarsi in detto provvedimento sono motivi di gravame e non tolgono il carattere di sentenza al provvedimento stesso».

<sup>107</sup> F.S. GARGIULO, *Codice di procedura civile*, cit., vol. III, 243; F. RICCI, *Commentario*, cit., vol. II, 382 s.; G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. I, 387 s.; L. MORTARA, voce *Appello civile*, in *Digesto italiano*, 1890, vol. III, 2, 380 ss.; ID., *Commentario* 4 ed., cit., IV, 326; L. MATTOROLO, *Trattato*, cit., vol. IV, 12 s.; in senso contrario P. D'ONOFRIO, voce *Gravami*, cit., 490.

<sup>108</sup> In F.S. GARGIULO, *op. ult. cit.*, 130 s.

provvedimento andava, comunque, notificato alla parte interessata per metterla in condizione di eseguirlo entro un certo termine.

La circolare era chiara anche sul da farsi in caso di errore di forma: «Le sentenze del pretore, come tutte le sentenze del tribunale di prima istanza, sono appellabili, e tutte appellabili senza differenza di genere. Ma l'appellabilità è delle sole sentenze e non già delle ordinanze. Però nell'applicazione di questa regola testuale di legge, bisogna guardare alla sostanza delle cose e non ai nomi. Se un pretore ha, con pronuncia da lui chiamata ordinanza, definito ciò che doveva essere oggetto di sentenza, l'appello è ammissibile, come appello da sentenza impropriamente qualificata ordinanza. E tra i motivi di gravame sarà eziandio la violazione delle norme relative alla prolazione delle sentenze».

Nell'ipotesi appena esaminata, l'applicazione del "principio della prevalenza" poteva comportare limitati inconvenienti, perché più semplice era la conversione di un provvedimento nell'altro: il medesimo giudice era titolare sia del potere ordinatorio, sia di quello decisorio. Mentre non erano previste speciali formalità per l'adozione della sentenza, le ordinanze del pretore avevano perlopiù gli stessi elementi propri delle sentenze, se si eccettua la motivazione, requisito sulla cui soddisfazione la giurisprudenza oscillava tra interpretazioni più e meno rigorose. Infine, la pubblicazione delle sentenze e delle ordinanze avveniva in udienza e se le parti erano presenti la notificazione si dava per avvenuta.

Più problematica si presentò la salvaguardia del provvedimento in casi in cui esso veniva assunto in luogo di una sentenza collegiale, con l'intervento di tutti i giudici, ma con la firma del solo presidente<sup>109</sup> oppure letto dal presidente ed inserito nel giornale d'udienza, dove si dichiarava di non doversi far conto del documento in questione, pur risolvendosi una controversia tra le parti<sup>110</sup>.

Commentando queste decisioni Ricci<sup>111</sup> sottolineò come la forma adottata arbitrariamente dai giudici non potesse consentire di privare le parti della garanzia dell'appello; quella stessa forma, tuttavia, porta-

<sup>109</sup> App. Brescia, 10 agosto 1869, in *Annali*, III, 2, 670.

<sup>110</sup> App. Lucca, 18 luglio 1868, in *Annali*, II, 2, 571.

<sup>111</sup> F. RICCI, *Commento*, cit., vol. II, 382 s.

va inevitabilmente alla dichiarazione di nullità del provvedimento perché mancante degli elementi intrinseci della sentenza collegiale.

Un altro esempio di applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma lo troviamo nell'ambito dei procedimenti speciali.

Ai sensi dell'art. 938 la denuncia di nuova opera o di danno temuto si proponeva al pretore. La domanda aveva la forma dell'atto di citazione o del ricorso, seguito da citazione; tuttavia, il pretore poteva provvedere *inaudita altera parte*, secondo il suo prudente apprezzamento, perché la norma non specificava nulla intorno alle condizioni di esercizio di questo potere.

All'ordinanza o al decreto veniva attribuita natura cautelare ed erano, perciò, considerati come non impugnabili, ma solo revocabili dal giudice del merito. Anche in questo caso la giurisprudenza ritenne appellabile il provvedimento emesso dal pretore con sostanza di sentenza, purché egli fosse stato competente a conoscere del merito. Altrimenti si doveva aspettare di andare davanti al giudice del merito per chiedere riparazione dell'eventuale pregiudizio subito<sup>112</sup>.

Non mancarono pronunce che distinsero tra i due tipi di provvedimenti<sup>113</sup>: se il procedimento era stato iniziato con atto di citazione, l'ordinanza del pretore avrebbe avuto carattere di sentenza e sarebbe stata appellabile; se esso veniva iniziato con il deposito di un ricorso, e se ci fosse stata una particolare urgenza, il decreto avrebbe avuto carattere cautelare e non sarebbe stato appellabile.

La dottrina sottolineò l'arbitrarietà della classificazione<sup>114</sup>. Si rilevava, nella fattispecie, l'assenza di un rimedio specifico, quale è oggi il

<sup>112</sup> Cass. del Regno, Sez. I, 23 gennaio 1936, n. 277, *cit.*

<sup>113</sup> Cass. Roma, 26 luglio 1887, in *Foro it.*, I, 977; Id. Napoli, 10 luglio 1891, *ivi*, 1891, I, 1030

<sup>114</sup> In G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario*, cit., vol. VIII, 245, si costatava: «... la distinzione fatta dalla giurisprudenza ora enunciata, sarebbe evidentemente ingiusta; impressoché l'art. 938 del c.p.c. stabilisce come regola generale che la denuncia di nuova opera o di danno temuto è fatta "con citazione a comparire davanti a un pretore competente ..." e poi aggiunge: "Può anche farsi con ricorso presentato al pretore, il quale prima di procedere può ordinare la citazione dell'altra parte". Or, se egli, bene o male, stima che non sia necessaria questa citazione e provvegga *inaudita altera parte* non per questo il suo provvedimento non può non essere erroneo o ingiusto ...».

nostro reclamo cautelare, al quale si cercava di supplire in via creativa, con risultati che se valutati alla luce del principio di eguaglianza apparivano alquanto dubbi<sup>115</sup>.

Analoghe questioni si ponevano anche nel caso dei sequestri e delle inibizioni<sup>116</sup>.

Non mancarono casi di anomalie neanche nel settore dell'esecuzione forzata.

Un esempio era dato dai provvedimenti temporanei previsti dall'art. 572<sup>117</sup>, che venivano adottati nel corso del procedimento esecutivo dal pretore del mandamento o dal conciliatore del luogo dell'esecuzione.

Una parte della dottrina<sup>118</sup> gli attribuiva carattere cautelare, perché

<sup>115</sup> In alcune pronunce è evidente l'uso dell'appello allo scopo di trovare un rimedio avverso l'ingiustizia del provvedimento cautelare, così Cass. 14 giugno 1874, in *Annali*, IV, 1, 270: «Non ha bisogno di conferma o revoca e non è neppure soggetto ad appello il decreto del presidente che *inaudita altera parte* abbia provveduto su vera denuncia di nuova opera. Ma se mancavano i caratteri di quest'azione, il provvedimento emesso *inaudita altera parte*, quantunque sotto le apparenze di decreto per denuncia, è appellabile ed è nullo». Così anche Cass. Napoli, 10 dicembre 1887, in *La Legge*, 1888, 1, 668, affermava: «La regola dell'inopponibilità ed inappellabilità del provvedimento che il pretore emette in materia di nunciazione di nuova opera, non soffre eccezione nel caso di esorbitanza o eccesso di potere», ma poi la stessa corte con sentenza emessa pochi giorni dopo, Cass. Napoli, 22 dicembre 1887, in *Racc.*, 1888, 357, aggiunge: «Se in materia di denuncia di nuova opera il pretore, oltre dei provvedimenti provvisori ed interinali, emette vere e proprie condanne, competono i gravami stabiliti per le sentenze nell'unico fine di far revocare le condanne». Non c'era una vera e propria linea direttrice nell'ammettere o meno l'appello.

<sup>116</sup> G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, cit., 387. Sull'ordinanza di inibizione vedi P.S. MANCINI, *Nozioni storiche preliminari intorno al sistema del processo civile*, cit., 36, il quale fu critico sulla mancanza di un rimedio avverso un provvedimento che a suo parere non faceva che anticipare la decisione del merito.

<sup>117</sup> L'art. 572 disponeva: «Quando nell'atto di esecuzione sorgano difficoltà che non ammettono dilazione, il pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione, ancorché la causa non sia di sua competenza, dà i provvedimenti temporanei occorrenti a rimettere le parti davanti all'autorità giudiziaria competente.

Questi provvedimenti possono anche darsi dal conciliatore del comune in cui ha luogo l'esecuzione se ivi non risiede il pretore».

<sup>118</sup> A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Torino, 1926, vol. II, 247; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale. Processo di esecuzione*, Padova, 1929, vol. I, n. 175.

sarebbero stati destinati a risolvere in via d'urgenza una lite, lasciando la decisione finale all'autorità competente. Altri autori<sup>119</sup>, invece, li qualificavano come provvedimenti esecutivi-ordinatori, destinati a rimuovere solo gli ostacoli che si presentavano nel corso dell'esecuzione: sia le difficoltà materiali, sia le difficoltà giuridiche, cioè gli eventuali dubbi insorti sulla conformità dell'atto da compiere alle prescrizioni normative ovvero i problemi sollevati dall'ufficiale giudiziario, ad esempio, perché si rifiutava di compiere un atto.

Quest'ultima era la posizione della Corte di cassazione del Regno<sup>120</sup>, che perciò considerava le ordinanze pronunciate nel corso di un processo esecutivo, per loro stessa natura, non appellabili.

Se sorgevano vere e proprie controversie nel corso dell'esecuzione, si sarebbe dovuto tornare ad applicare la regola generale sulla competenza e andare, quindi, dal giudice del merito. L'art. 570 attribuiva la causa al tribunale o al pretore nella cui giurisdizione di svolgeva l'esecuzione, osservate le regole della competenza per valore.

Se il pretore o il conciliatore avessero deciso impropriamente una controversia con ordinanza, tuttavia, si doveva tornare ad applicare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ed il provvedimento conclusivo risultava appellabile. In questo caso, le pronunce di entrambi i giudici monocratici erano considerate sottoposte alla competenza del tribunale, come giudice d'appello<sup>121</sup>. Il giudice d'appello si sarebbe dovuto comportare in maniera differente a seconda che il giudice di prime cure fosse stato adito solo per avere i provvedimenti temporanei e urgenti di cui all'art. 572, ed avesse deciso al di fuori di tale ambito, ovvero vi fosse stata richiesta, seppur tacita delle parti, di risolvere la controversia insorta. Nel primo caso il giudice d'appello si sarebbe dovuto limitare e ad annullare la sentenza, senza procedere all'esame del merito; nel secondo caso, se il giudice monocratico fosse

<sup>119</sup> E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931, 188; N. JAEGER, *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, II, 59 ss., il quale riteneva che questi provvedimenti fossero definiti da tre predicati: esecutivo, ordinario e cautelare.

<sup>120</sup> Cass. Del Regno, 18 febbraio 1932, in *Riv. dir. proc.*, 1933, II, 59 ss., con nota di P.G. JAEGER, *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*.

<sup>121</sup> Anche perché il pretore ai sensi dell'art. 83 era giudice d'appello per le sentenze del conciliatore, solo per questioni relative alla competenza.

stato incompetente la sentenza doveva essere revocata; se il giudice monocratico fosse stato competente, la pronuncia al massimo avrebbe potuto essere riformata nel merito.

Nella giurisprudenza di merito si negava che il tribunale potesse entrare *in medias res*, pur se ipoteticamente competente in primo grado e pur in presenza di una domanda di parte, perché si trattava di due cause differenti, con un corso differente<sup>122</sup>.

Il problema di questi provvedimenti anomali non era solo la possibile assenza dei requisiti della sentenza, tra i quali il più probabile era la motivazione, se si doveva trattare di sentenza pretorile; a volte essi venivano emessi a seguito di un procedimento del tutto sommario, indeterminato nelle forme, come, appunto, quello previsto per emettere i provvedimenti temporanei esecutivi. Le garanzie processuali delle parti, allora, erano ridotte al minimo, senza che la giurisprudenza considerasse il cambio di marcia come causa di nullità in sé. Piuttosto, il giudice d'appello, con una valutazione *ex post*, avendo cioè sotto gli occhi il risultato del procedimento, decideva se l'errore avesse o meno influito sulla decisione.

La fluidità delle forme non consentiva un effettivo controllo sulla legittimità del procedimento, né, tantomeno, la possibilità di eccepire la nullità dei singoli atti, con un'evidente disparità di trattamento tra chi avesse avuto un incidente deciso in via ordinaria e chi lo avesse avuto risolto con un'ordinanza pretorile, pur eccezionalmente munita di motivazione, o del conciliatore, in teoria neanche competente a conoscere degli incidenti di esecuzione.

Né la disciplina dell'appello prometteva di riparare a queste evidenti carenze garantistiche.

Ai sensi dell'art. 492 se nel riformare una sentenza definitiva l'autorità giudiziaria d'appello avesse ordinato ulteriori atti di istruzione, poteva ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici. Nella scelta tra le due ipotesi non era data alcuna regola certa, l'opzione veniva lasciato al prudente apprezzamento del giudice, senza direttiva alcuna. In tal modo poteva accadere che chi già avesse avuto una causa sommaria in primo grado, si vedesse negato il doppio grado di giudizio, perché il giudice d'appello aveva ritenuto opportuno trattenerne la causa presso

<sup>122</sup> Trib. Napoli, 29 dicembre 1930.

di sé. Il che risultava contrario, oltre al più generale diritto di difesa, alla garanzia del doppio grado di giudizio, considerato alla stregua di un principio d'ordine pubblico, a difesa del quale era disposta una rara ipotesi di rilevabilità d'ufficio<sup>123</sup>.

Nel caso dei provvedimenti impropriamente decisori emessi *ex art.* 572, un altro fattore entrava in gioco: i provvedimenti dal contenuto decisorio erano emessi nell'esercizio di funzioni esecutive-ordinatorie, esorbitando dai limiti della funzione svolta, il che era ancor più evidente quando il giudice che adottava i provvedimenti temporanei era incompetente per il merito. Si comincia a profilare il problema del provvedimento più che anomalo, abnorme dovuto ad un eccesso di potere.

Vi era un altro problema che comportava il riconoscimento dell'appello contro ordinanze e decreti: il provvedimento rischiava di essere appellabile *sine die*, se si tiene presente che l'unico termine per appellare decorreva dalla notificazione della sentenza (art. 467)<sup>124</sup>.

Intorno alle formalità estrinseche, vi era una distinzione tra sentenze e ordinanze. Le prime dovevano essere notificate alla parte, nel domicilio eletto o dichiarato, in mancanza di elezione di domicilio, al procuratore ovvero se la sentenza era del pretore o conciliatore, la notificazione coincideva con la pubblicazione se le parti erano presenti in udienza.

Le ordinanze non necessariamente erano notificate. Le ordinanze del collegio venivano notificate ai procuratori (art. 367, comma 2). Le ordinanze del pretore, invece, non erano notificate affatto; esse venivano solo pubblicate e la pubblicazione teneva luogo di notificazione, a meno che non si trattasse di ordinanze che disponevano l'interrogatorio o il giuramento (art. 438). Incidentalmente poteva capitare che le sentenze e le ordinanze del pretore fossero pubblicate e notificate con le stesse modalità: l'art. 438, comma 1 prevedeva che le ordinanze fossero pubblicate come le sentenze; l'art. 437, comma 2, stabiliva che se tutte le parti erano presenti alla pubblicazione, la sentenza si aveva per notificata; il terzo comma aggiungeva che negli altri casi la sentenza doveva essere notificata alla parte nella residenza dichiarata o

<sup>123</sup> L. MORTARA, *Commentario*, 3 ed., cit., vol. II, 815.

<sup>124</sup> Ai sensi dell'art. 485 il termine era di 30 giorni per le sentenze del pretore e di sessanta giorni per le sentenze del tribunale.

nel domicilio eletto. Quest'ultimo incombente non era previsto per le ordinanze. Ben si comprende, allora, come la "sentenza sostanziale" potesse rimanere appellabile per sempre, se ne veniva omessa la notifica e le parti non erano presenti alla sua lettura.

Sempre con riguardo al termine, si poneva il problema del decorso di un termine differente a seconda che la causa fosse qualificata come civile o commerciale: infatti, ai sensi dell'art. 485, comma 1 c.p.c., il termine era di trenta giorni per appellare una sentenza emessa in una causa civile dal pretore e dal tribunale in materia commerciale e di sessanta giorni per impugnare le sentenze del tribunale in materia civile. È stato messo in evidenza<sup>125</sup> come per risolvere il problema la giurisprudenza abbia fatto una prima applicazione del principio dell'apparenza, dando rilievo a tal proposito alla definizione non equivoca data dal giudice di primo grado<sup>126</sup>. Comunque, questo problema si po-

<sup>125</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere" nell'impugnazione dei provvedimenti del giudice civile, Napoli, 2023, 9 ss.

<sup>126</sup> Cass. Roma, 10 maggio 1915, in *Giur. it.*, 1915, I, I, 1, 549, secondo la quale: «... Come è fatto palese dalla lettera della legge (art. 485, comma 1), non è l'indole sicuramente reale della materia controversa, quale potrà ritenersi nei gradi superiori del giudizio, ma quella dei giudici di primo grado determinata in materia civile o commerciale, su cui si fonda rispettivamente la diversa misura dei termini per appellare ... E la lettera concorda con lo spirito della legge, giacché se si dovesse, nei casi discutibili, attendere all'indole certa, intrinseca reale della materia trattata, che è, poi è quella che attribuisce il giudice di grado superiore con la sua ultima parola, si andrebbe incontro all'assurdo di dover decidere la questione di merito per risolvere la questione di inammissibilità del gravame (che è per natura preliminare a segno che, se non eliminata, non può aprirsi l'adito al merito) e di legittimare delle sorprese, come per es., quella di doversi dichiarare inammissibile un appello proposto al termine di sessanta giorni contro una sentenza, che i giudici di primo grado hanno detto espressamente di aver pronunciato in materia civile (per cui il soccombente era tranquillo circa il termine più lungo), quando il giudice d'appello avviserà, invece, che si tratti di materia commerciale, per cui il termine d'appello è più breve». Da rimarcare anche la successiva Cass. Roma, 20 gennaio 1917, *pres. Mortara*, in *Giur. it.*, 1917, I, 1 311 che sottolineava: «Piuttosto che il carattere intrinseco della lite, alcune volte, di assai difficile definizione, conviene attenersi a ciò che appare: a ciò che viene estrinsecato come intenzione delle parti e a ciò che risulta come svolgimento della funzione giurisdizionale. Tutto questo si concreta nella sentenza, la quale risulta quindi pronunciata in materia civile o commerciale secondo i diversi casi; ed è a siffatto verificarsi di circostanze, che, per certo, dopo l'abolizione di tribunali di commercio, si deve riferire la norma del

neva per i provvedimenti che fossero formalmente sentenze, perché solo il tribunale poteva emettere un provvedimento decisivo in entrambe le materie e abbiamo constatato come si negasse generalmente carattere decisivo ai provvedimenti del giudice collegiale o, meglio di suoi organi, di forma differente dalla sentenza.

Un ultimo rilievo riguarda i problemi che potevano insorgere in caso di esecuzione di un'ordinanza con contenuto di sentenza. Va tenuto a mente che le ordinanze erano esecutive di per sé, mentre le sentenze erano eseguibili solo se fosse stata ordinata la provvisoria esecuzione, su istanza di parte e nei soli casi espressamente previsti dall'art. 363. In tutti gli altri casi, ai sensi dell'art. 482 l'esecuzione dalla sentenza era sospesa durante il termine per appellare. Ciò premesso, era dubbio come ci si dovesse comportare davanti ad un'ordinanza che provvedesse, a modo di sentenza, su una materia per cui non era prevista la concessione della provvisoria esecutorietà. Se essa fosse stata eseguita e fosse stata poi annullata per difetto di forma, sarebbe stato possibile chiedere un risarcimento per il solo fatto di aver subito un'esecuzione in un ambito in cui gli effetti esecutivi della sentenza non potevano essere anticipati?

Queste difficoltà aveva probabilmente avvertito D'Onofrio<sup>127</sup>, contrario all'appello dei provvedimenti diversi dalla sentenza. Senza dare particolari spiegazioni, lo studioso prediligeva una soluzione *tranchante*: il provvedimento sarebbe stato, invece, impugnabile con le forme proprie della categoria alla quale apparteneva, con eventuale e conseguente annullamento o revoca per eccesso di potere o difetto di forma. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma non si applicava neanche quando un provvedimento meramente ordinatorio avesse avuto l'involucro della sentenza. Quest'ultima sarebbe stata appellabile anche se si limitava a constatare la regolarità dell'accordo delle parti.

D'Onofrio non ha dato un fondamento a queste sue affermazioni, limitandosi ad enunciare delle petizioni di principio. Egli mostrava, in verità, con questa sua posizione di non aver cetrato il problema: le

codice di procedura civile, che fissa i termini d'appello, per l sentenze dei tribunali in materia commerciale o civile».

<sup>127</sup> P. D'ONOFRIO, voce *Gravami*, cit., 490.

forme non consentivano di accedere all'unico mezzo di critica a disposizione, senza altra possibilità realisticamente praticabile.

Il dato interessante da notare è che si incominciava a profilare quel conflitto che esploderà in dottrina nella vigenza del nuovo codice di procedura civile: il principio della prevalenza della sostanza sulla forma contro il principio di apparenza<sup>128</sup>.

Da rilevare che lo stesso D'Onofrio, vent'anni dopo, quando era ormai entrato in vigore il nuovo codice di procedura civile, mostrava di avere un'opinione decisamente più garantista: «che la sostanza debba prevalere sulla forma o la forma sulla sostanza, secondo che meglio siano garantiti i diritti delle parti che sarebbero danneggiati dal provvedimento»<sup>129</sup>.

Probabilmente l'autore aveva nelle mente la dottrina e la giurisprudenza che si stavano sviluppando in Germania a partire dagli anni '20 - '30. Queste, per evitare qualsiasi tipo di pregiudizio al soccombente, avevano adottato il criterio del massimo favore per la parte impugnante (*der Grundsatz der Meistbegünstigung*)<sup>130</sup>. Sulla base di questo principio si considerava ammissibile nei casi di errori sulla forma o sul tipo di provvedimento adottato sia il gravame corrispondente alla decisione di fatto emessa, come quello corrispondente alla decisione che avrebbe dovuto essere emessa, con il duplice criterio di riferimento ai presupposti formalmente esistenti e alla materia nei fatti regolata dal provvedimento.

In Italia, tuttavia, era prematuro parlare di scelta tra due mezzi di impugnazione; il problema era, semmai, l'opposto, la mancanza di un mezzo di impugnazione per il provvedimento anomalo, dalla forma

<sup>128</sup> Vedi A. JANNUZZI, *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1951, 256 ss.; ID., *Sul concetto di «sentenza» nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Jus*, 1953, 274 ss.; N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, Milano, 1952, vol. I, *Il sistema delle impugnazioni civili*, 42 e 137 ss.; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 13 ss. e 164 ss.

<sup>129</sup> P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, vol. I, 542 ss.

<sup>130</sup> R. PILZ, *Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozess*, Bonn, 1928, 14 ss. e 78 ss.; E. THIELE, *Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozess, Inagural Dissertation*, Göttingen, 1931, 132; H. GÖPPINGER, *Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache*, Stuttgart, 1958, 257.

non corrispondente alla sostanza, all'epoca particolarmente avvertito per le decisioni dei giudici monocratici con forma impropria.

### *8. Conclusioni*

Il processo regolato dal codice del 1865 era complesso e potenzialmente lungo, con preclusioni indefinite e irto di ostacoli, che potevano far apparire quasi un miraggio la decisione finale; soprattutto, perché non era chiaro né preventivabile il momento del suo accadimento.

Un elemento di ulteriore complicazione era dato dall'uso della sentenza nel corso del procedimento, per stabilire su tutto ciò che non fosse stato concordato tra le parti.

Piuttosto articolato era l'iter di adozione delle sentenze del tribunale ed elaborata la forma prescritta sotto pena di nullità. La sentenza era soggetta ad appello; all'appellabilità immediata veniva legata l'impossibilità di dare esecuzione al provvedimento prima del suo passaggio in giudicato, salva la concessione della provvisoria esecutorietà. L'opposizione dell'appello portava il procedimento ad avvolgersi su di sé, per poi ridiscendere al primo grado fino al prossimo incidente.

Lo strumento dell'ordinanza nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto ridurre questi inconvenienti, ma era limitato a ipotesi marginali, rispetto al ventaglio di casi che poteva abbracciare il contenuto della sentenza. Inoltre, contro un'ordinanza, che in qualsiasi modo avesse inciso sul merito, era dato reclamo al collegio, con le sue implicazioni: quando esso veniva elevato, si instaurava un giudizio davanti al collegio che decideva con sentenza immediatamente appellabile. Insomma, si rischiava solo di aggiungere "un grado in più" al procedimento di risoluzione dell'incidente.

Questa disciplina così complessa, caratterizzata da numerosi vuoti di tutela, fu l'humus del lavoro creativo della giurisprudenza, soprattutto quella dei giudici di vertice, le supreme Corti. Del resto, il legislatore aveva apertamente dichiarato di temere di più le regole inutili, superflue, e perciò spesso nocive, che gli spazi vuoti, necessariamente lasciati alla prudente ponderazione del giudice.

Per quel che ci interessa, la loro opera si espresse in interpretazioni

elastiche dei casi di nullità, in particolare, dei requisiti di validità della sentenza, e nel ribadire e ampliare l'applicazione del nuovo principio che si andava delineando: "il principio della prevalenza della sostanza sulla forma".

Di esso si fece una generale applicazione, estesa ad ogni settore del codice, anche perché ovunque si ripeteva lo stesso schema: le ordinanze ed i decreti potevano essere solo provvisori, ordinatori o al massimo risolvere mere difficoltà momentanee; qualsiasi disputa andava risolta con sentenza.

Ben si comprende, allora, perché l'appello divenne la medicina per curare ogni male: ogniqualvolta vi fosse un provvedimento non altrimenti contestabile, lo si impugnava con appello; al giudice spettava valutare sulla base del suo contenuto, quindi *ex post*, se si fosse trattato o meno di una sentenza.

Tutto ciò non faceva che aggiungere complicazione a ciò che per natura era complesso, premendo su quei punti del procedimento, le ordinanze, che in teoria sarebbero dovute servire ad alleggerire il lavoro dei giudici.

Nelle intenzioni di dottrina e giurisprudenza, il riferimento al contenuto era un modo per evitare che i giudici usassero la forma come espediente per sottrarre un provvedimento decisorio al mezzo di impugnazione suo proprio. Questa scelta, tuttavia, comportava altri inconvenienti e, soprattutto, disparità di trattamento tra provvedimenti analoghi, ma soggetti alla giurisdizione di differenti Cassazioni.

Entrava in gioco la disciplina della nullità e, in particolar modo, il differente modo di intendere un concetto elastico come quello di "elementi che costituiscono l'essenza dell'atto". L'esempio più evidente di ciò si ha con l'ordinanza del pretore, priva di motivazione, che sarebbe stata emendabile con integrazione secondo alcune pronunce particolarmente ardite, totalmente nulla secondo altre. Questa rappresentava ovviamente l'ipotesi estrema, ma poteva esserci il caso di motivi solo abbozzati, ritenuti validi perché fisicamente esistenti o all'opposto, inidonei a sorreggere il dispositivo.

Difficile sarebbe stato, invece, superare il vaglio di legittimità davanti ad un provvedimento impropriamente adottato dal collegio, perché la sentenza collegiale era troppo elaborata per essere espressa da una forma basilica quale era l'ordinanza o, peggio, il decreto, come re-

golati dal codice del 1865. Si trattò, però, di casi più rari, perché meno frequentemente il collegio provvedeva in questo modo.

Non venivano considerati appellabili i provvedimenti del giudice monocratico, quali il presidente del tribunale o il giudice commesso, emessi all'interno del procedimento collegiale, perché tali organi erano considerati privi di potere decisorio ed i loro provvedimenti inidonei ad incidere in maniera definitiva nel merito, condizionando la decisione del collegio: contro di essi ci sarebbe stato il reclamo al collegio.

Altre a ciò, i giudici d'appello, a loro discrezione, avrebbero potuto decidere di rimettere o meno gli atti al giudice di primo grado per sostituire il provvedimento annullato o riformato. Questo non poteva che causare ulteriore disparità di trattamento.

Gli inconvenienti creati dall'uso dell'appello in un ordinamento nel quale sussisteva una situazione di assoluta incertezza, non solo in ordine alla validità o meno di un provvedimento, ma, in ultima analisi, sulla possibilità stessa di raggiungere una decisione sulla domanda proposta, per lo meno in tempi ragionevoli, richiamano alla mente le disfunzioni create dalla rigorosa disciplina della nullità nel diritto comune. Con una pecca in più: nel processo romano – canonico era nulla qualsiasi deviazione dalle regole dell'*ordo*; nel moderno processo liberale poteva accedere che si ritenesse valida sentenza un provvedimento adottato al termine di un procedimento sommario, informale, non strutturalmente concepito per acquisire efficacia di giudicato. L'unico effettivo punto di riferimento per decidere se un provvedimento anomalo fosse nullo o meno era la forma del provvedimento, senza riguardo all'inter che aveva portato alla sua adozione. Anche in caso di scambio di procedimenti ci si muoveva all'interno della cornice della nullità tracciata dal legislatore: questo sbaglio non era causa di nullità perché non era previsto espressamente dal codice, a prescindere dalle carenze garantistiche che comportava.

Se il principio della prevalenza della sostanza sulla forma doveva essere il rimedio all'uso distorto al cavillo formale, la cura si era rivelata peggiore del presunto male, "il formalismo esasperato", soprattutto, perché applicato in maniera totalmente discrezionale.

In conclusione, se sulla carta il processo liberale appariva costoso, nella sua pratica applicazione era diventato un lusso riservato a chi aveva tempo e denaro da spendere.



## CAPITOLO IV

### LA DISCIPLINA DELLE FORME PROCESSUALI NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE VIGENTE, ATTRAVERSO LE RIFORME

SOMMARIO: 1. I progetti per un nuovo codice di procedura civile. – 2. Il progetto preliminare e definitivo di codice di procedura civile di Solmi. – 3. Il codice di procedura civile del 1940 ed i suoi principi ispiratori. – 4. L'entrata in vigore della Costituzione italiana e la “novella del 1950”. – 5. Le altre riforme del codice di procedura civile. – 6. La “novella del 2022”: i principi generali e il processo “ordinario di cognizione”. – 7. (... segue) La “novella del 2022”: i procedimenti speciali. – 8. Conclusioni.

#### 1. *I progetti per un nuovo codice di procedura civile*

Il lavoro necessario per arrivare al nuovo codice di procedura civile fu lungo, preceduto da diversi progetti di riforma di giuristi illustri<sup>1</sup>.

Il primo a proporre un deciso cambio di marcia rispetto al codice precedente fu Chiovenda<sup>2</sup>, sempre molto critico nei confronti del processo liberale anche dopo la riforma del 1901. Ispirandosi ai codici te-

<sup>1</sup> Tra i più noti ricordiamo: Progetto Chiovenda, in G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, Napoli, 1920 e in G. CHIOVENDA, *Saggi di Diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, 1 ss.; Progetto Mortara, in L. MORTARA, *Per il nuovo codice di procedura civile*, Torino, 1923; Progetto Carnelutti in F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile*, Milano, 1926; Progetto Redenti, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori per la riforma del Codice di procedura civile. Schema di progetto del primo libro*, Roma, 1936; Progetto preliminare Solmi, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile: progetto preliminare e relazione*, Roma, 1937; Progetto definitivo Solmi, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma 1939.

<sup>2</sup> G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali*, cit., 395 ss. e più ampiamente si rinvia al capitolo precedente.

desco ed austriaco<sup>3</sup>, il noto giurista presentò un progetto di codice di procedura civile basato sui principi di oralità, immediatezza e concentrazione<sup>4</sup>; disegnò, così, la struttura di processo in cui la figura del giudice era centrale, pur restando questo uno strumento dispositivo, ma non a disposizione delle parti nel suo svolgimento grazie ad uno studiato sistema di preclusioni<sup>5</sup>. Il giudice, presente nel processo fin dall'inizio, avrebbe indicato alle parti le carenze ed i difetti dei loro atti processuali, rimettendole in termini qualora fossero incorse in decadenze senza colpa, e avrebbe fissato le udienze successive, curandosi di portare avanti il procedimento fino alla decisione finale.

In nome dell'oralità, le scritture di parte avrebbero dovuto essere solo preparatorie per la successiva discussione (art. 1). In nome dell'immediatezza, davanti al presidente o al giudice delegato avrebbero dovuto svolgersi solo le attività preparatorie mentre davanti all'organo giudicante le attività di cognizione, inclusa quella relativa agli incidenti e all'assunzione delle prove (art. 2); cionondimeno si prevedeva che davanti al giudice commesso o delegato alla prova potessero essere risolte in via provvisoria le questioni sorte nel corso del procedimento di istruzione probatoria (art. 43, 45 e 141). In nome della concentrazione, la trattazione della causa avrebbe dovuto avvenire

<sup>3</sup> Vedi, in particolare, l'opera di Franz Kein (*Die schuldhaftige Parteihandlung*, Wien, 1885), sul quale si rinvia a P. CALAMANDREI, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, 80 ss. e da ultimo a A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 579 ss.

<sup>4</sup> Nel 1920 viene presentata dalla Commissione per il dopo guerra la riforma del procedimento civile, ideato da Chiovenda. Vedi: G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, cit., 27 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1940, 47 ss.

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 55 del Progetto Chiovenda le parti avrebbero potuto far valere nuove ragioni ed eccezioni, nonché produrre nuove prove fino a quando non fosse stata chiusa la trattazione della causa. Il deterrente sarebbe stato dato dal fatto che se l'autorità giudiziaria si fosse convinta che le novità avrebbero potute essere fatte valere prima, avrebbe addossato in tutto o in parte le spese di lite alla parte, anche se vittoriosa. Rimarchevole è anche la sanzione che Chiovenda aveva previsto per la mancata presentazione nel termine stabilito della scrittura di risposta: tale comportamento sarebbe stato equivalso alla mancata comparizione in udienza, con gli effetti della contumacia.

in un unico periodo, che si dipanasse in un'udienza o in poche udienze, a meno che le prove e gli atti giudiziari per loro natura non dovessero avvenire fuori d'udienza (art. 1, comma 2).

Il giurista propose vari espedienti per favorire la rapida definizione della controversia.

In anticipo sui tempi, egli avanzava l'idea di lasciare alle parti la scelta di procedere davanti ad un giudice singolo in tribunale, nella persona del presidente o di un giudice delegato (art. 153-155).

Oltre a questa novità, vi sono nel progetto altri accorgimenti formali di rilievo.

Così la possibilità di pronunciare la sentenza in forma semplificata in casi di cognizione più elementari, perché emessa in presenza di una rinuncia, riconoscimento o di contumacia.

In generale, l'autore usò delle accortezze che fecero comprendere come nel suo pensiero anche la forma della sentenza *tout court* dovesse essere snellita: infatti, all'art. 69, numeri 5 e 6 si ripeteva l'aggettivo "succinta" per indicare sia la modalità di determinazione dell'oggetto della causa, sia dell'esposizione dei motivi della decisione in fatto e in diritto.

Più rapida avrebbe dovuto essere anche la pubblicazione della sentenza, perché avveniva già con la pubblicazione della minuta, purché il testo integrale fosse consegnato al più tardi entro i quindici giorni successivi.

Il giurista propose anche una gestione parzialmente nuova degli incidenti di cognizione: questi, inclusi quelli sulle prove, si sarebbero dovuti decidere sempre con sentenza interlocutoria, ma contro di essa non sarebbe stato possibile appello immediato. Per meglio dire, l'art. 85, intitolato "Divieto d'impugnare le interlocutorie", vietava di impugnare separatamente le sentenze non definitive o considerate dalla legge come non definitive: esse potevano contestate solo con la sentenza definitiva, purché fosse richiesto dalla parte o fosse necessario per pronunciare sulla sentenza definitiva<sup>6</sup>. Le sentenze considerate nel

<sup>6</sup> Il principio della inappellabilità immediata delle interlocutorie, di cui Chiovenda fu convinto sostenitore, venne attuato dal legislatore prima dell'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 in alcuni procedimenti speciali: l'ordinamento giudiziario della Libia, r.d. 20 marzo 1913; i procedimenti davanti ai tribunali delle acque

progetto come non definitive erano quelle sulle eccezioni impedienti, quelle relative alle nullità e alla chiamata in causa del terzo (art. 25-28). In presenza di una di queste eccezioni al giudice venivano lasciate una gamma di possibilità: provvedere subito o ordinarne la trattazione cumulativa con il merito; poi, se avesse provveduto subito e respinto l'eccezione, poteva disporre con la stessa sentenza che si procedesse oltre nella causa, altrimenti il dibattimento avveniva nella stessa udienza<sup>7</sup>.

Il collegio avrebbe, invece, pronunciato ordinanza motivata su ogni contestazione sorta all'udienza relativamente agli atti processuali e al corso del procedimento, sulla liquidazione delle spese fatta dal cancelliere e sul reclamo contro la medesima ordinanza sulle spese, sull'ammissione delle prove predisposte dal presidente del tribunale con la quale si ordinasse atti da eseguirsi fuori udienza, nonché quando si respingesse la domanda di sentenza contumacia. Queste ordinanze collegiali avrebbero potuto essere sempre revocate o riformate dal collegio stesso che le avesse emesse, salvo diversa disposizione di legge.

Avrebbe dovuto pronunciare ordinanza anche il presidente del tribunale o il giudice delegato, nell'esercizio delle sue attribuzioni. Dato che questi non svolgevano un'attività propria, i loro provvedimenti sarebbero stati revocabili o modificabili dal collegio, nonché reclamabili allo stesso; anche le ordinanze del giudice singolo di tribunale sarebbero state reclamabili al collegio.

Sull'uso dei provvedimenti vi era una certa confusione nel progetto di Chiovenda.

In primo luogo, non si superava il dubbio su tutta la gamma dei provvedimenti inclusi tra le sentenze definitive, in particolare, se tra di esse dovessero essere comprese le sentenze su domande cumulate tra

pubbliche, l. 9 ottobre 1919, n. 2161; il procedimento davanti ai giudici del lavoro, l. 26 febbraio 1927, n. 1766.

<sup>7</sup> G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, cit., 58 ss.

di loro, separate per essere decise in momenti diversi del procedimento, e le sentenze definitive parziali, come la condanna generica<sup>8</sup>.

In secondo luogo, non vi era chiarezza nell'uso di sentenza e ordinanza. Ad esempio, ai sensi dell'art. 75, comma primo la liquidazione delle spese avrebbe dovuto essere disposta con la sentenza, a meno che non mancassero gli elementi necessari (i giustificativi delle spese) all'atto della decisione del merito; in tal caso, alla liquidazione delle spese avrebbe provveduto di seguito il cancelliere, con possibilità di reclamo al collegio. Quest'ultimo avrebbe provveduto con ordinanza sull'istanza di reclamo. Ancora: con sentenza anziché con ordinanza veniva disposta la prosecuzione del giudizio in caso di rigetto delle eccezioni di cui agli artt. 25-27.

Qualche notazione in ordine al procedimento davanti al pretore e al conciliatore. Circa alla forma del procedimento all'art. 160 si stabiliva che il pretore o il conciliatore nella preparazione del dibattimento orale non fossero tenuti ad osservare forme rigorose, ma potessero determinare liberamente di volta in volta il metodo del procedimento. Si conservava un elemento di semplificazione formale relativo alla sentenza di questi giudici era proprio del codice precedente: la pubblicazione della sentenza avvenuta alla presenza delle parti si aveva per notificata.

Il progetto conteneva anche una proposta per risolvere la questione dell'impugnazione delle ordinanze del pretore, per le quali era prassi utilizzare l'unico strumento a disposizione ovvero l'appello; oltre alla facoltà di revoca o modifica da parte del giudice che le avesse emesse, vi sarebbe stata a determinate condizioni la possibilità di reclamare il provvedimento del pretore o del conciliatore, rispettivamente davanti al presidente del tribunale ovvero davanti al pretore<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Sul punto vedi: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1945, vol. II, 207.

<sup>9</sup> Secondo l'art. 175, comma 1 contro le ordinanze emanate fuori del dibattimento orale dal pretore o dal conciliatore sarebbe stato dato reclamo al presidente del tribunale e rispettivamente al pretore; secondo l'art. 172, contro le ordinanze emanate nel corso del dibattimento orale sarebbe stato ammesso reclamo solo nel caso in cui si fosse trattato di provvedimenti conservativi o provvisori; se la prosecuzione del procedimento fosse stata rinviata oltre dieci giorni, il reclamo sarebbe stato ammesso contro qualunque ordinanza.

Piuttosto scarna era, invece, la disciplina della nullità degli atti processuali.

Il meccanismo di citazione della controparte era affidato all'autorità giudiziaria. La nullità della domanda giudiziale e della citazione avrebbe potuto essere eccepita solo dalla parte, non rilevata d'ufficio (art. 25); in apparente contraddizione con questa prescrizione, l'art. 8 stabiliva che se la domanda giudiziale avesse presentato irregolarità o manchevolezze, se in particolare l'indicazione dei fatti e delle prove non fosse stata sufficientemente chiara o precisa, l'autorità giudiziaria avrebbe invitato l'attore a completarla o a correggerla assegnandogli un termine a tal fine. Chiovenda proponeva, insomma, l'abbandono della regola della sanatoria dell'atto di citazione attraverso la comparizione della parte, che, a suo parere, aveva consentito di ammettere citazioni insufficientemente motivate; il problema, però, era che non veniva prospettata una sanzione in caso di mancata ottemperanza a quello che non era un ordine, ma un invito del giudice<sup>10</sup>.

La nullità degli atti posteriori alla citazione doveva essere dedotta nel primo atto di difesa successivo, altrimenti si intendeva sanata, a meno che non si trattasse di nullità rilevabile d'ufficio o la parte avesse giustificato la mancata deduzione con un legittimo impedimento. Si eliminava qualunque clausola generale che potesse dare ingresso a nullità non previste dalla legge. Su istanza di parte si sarebbe potuta fissare un'apposita udienza per la trattazione separata della questione di nullità e la decisione sarebbe avvenuta con sentenza da considerarsi definitiva, anche ove fosse disposta la prosecuzione del procedimento.

Pochi anni dopo (1923), Mortara pubblicò un volume contenente un progetto di processo di cognizione ed esecuzione<sup>11</sup>, seguito a due disegni di legge presentati rispettivamente nel 1908 e nel 1909 da Orlando e Mortara. Il giurista prendeva le mosse da premesse teoriche opposte ai principi al quale il progetto di Chiovenda si ispirava<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 53, § 65: «Sebbene l'attore non possa essere costretto a migliorare la domanda e abbia facoltà di ripensarla tale quale, è presumibile che, posto sull'avviso dall'invito del magistrato, egli intenderà nel maggior numero dei casi la convenienza d'ottemperarvi...».

<sup>11</sup> L. MORTARA, *Per il nuovo codice di procedura civile*, cit., 6 ss.

<sup>12</sup> In verità, l'autore fu molto critico nei confronti del progetto di G. Chiovenda e del sistema del processo austriaco dal quale esso traeva ispirazione, per approfondi-

L'idea di fondo era quella di conservare l'impronta del procedimento sommario, apportando, però, quei miglioramenti necessari a porre rimedio a difetti messi in luce da dottrina e giurisprudenza dopo la sua entrata in vigore. Ad opinione del giurista, il peggiore inconveniente del processo allora vigente era l'eccessivo formalismo, contro il quale egli suggeriva due rimedi: l'elasticità sufficiente ad adattarsi alle diverse circostanze nelle quali il procedimento avrebbe dovuto trovare applicazione; la sostituzione delle interpretazioni meccaniche delle norme processuali con interpretazioni razionali.

Nella sua proposta egli dava più poteri al giudice, ad esempio, attribuendogli la facoltà di disporre l'interrogatorio delle parti, con l'eventuale conferma giurata delle loro dichiarazioni (art. 108); delineava un ordine degli atti di istruzione e delle deduzioni che le parti potevano svolgere nelle loro comparse (art. 48 ss.), senza un effettivo sistema di preclusioni. Si conservava il sistema vigente per la risoluzione degli incidenti, decisi con ordinanza o con sentenza (art. 59 ss.), a seconda dell'esistenza di contestazioni o meno; tuttavia, per evitare un'eccessiva frammentazione della controversia, si prevedeva che la decisione delle questioni incidentali fosse impugnabile con la sentenza finale, previa apposita riserva (art. 62).

Alcune modifiche riguardavano la disciplina della nullità: in particolare, si proponeva l'introduzione del principio in virtù del quale la nullità di un atto non dovesse essere dichiarata quando la violazione della legge non avesse prodotto alla parte che la opponesse un pregiudizio non riparabile se non con la dichiarazione di nullità<sup>13</sup>. Un limite ulteriore alla dichiarazione delle nullità non rilevabile d'ufficio. La disciplina delle nullità rilevabili d'ufficio, invece, avrebbe dovuto rimanere invariata.

Il progetto di Mortara, più che altro per motivi politici, non venne preso in particolare considerazione<sup>14</sup>.

menti si rinvia a: M. TARUFFO, *Ludovico Mortara e il progetto di riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 241 ss.

<sup>13</sup> In particolare, sulle disposizioni di riforma della disciplina delle nullità contenute nei due disegni del 1908 e 1909 vedi V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità nel processo civile*, cit., 132 ss.

<sup>14</sup> M. TARUFFO, *Ludovico Mortara e il progetto di riforma del Codice di procedura civile*, cit., 250, osserva: «Proprio la scarsa originalità del progetto di Mortara avrebbe

All'inizio del 1924<sup>15</sup> fu istituita la commissione reale per la riforma dei codici, divisa in quattro sottocommissioni, ognuna per un codice da riformare. La sottocommissione C fu incaricata della riforma del codice di procedura civile; essa fu presieduta da Mortara e come vicepresidente venne chiamato Chiovenda. La redazione del progetto venne affidata a Carnelutti, con due revisioni: la prima per opera di un comitato composto da Calamandrei, Cammeo, Carnelutti, Janfolla, Mangara, Ricci e la seconda ad opera della stessa Sottocommissione C<sup>16</sup>.

Dal nome del redattore il progetto è noto come Progetto Carnelutti<sup>17</sup>.

Il progetto, pur con diversa impostazione rispetto al codice attuale<sup>18</sup>, contiene alcune idee interessanti, che segnano un passaggio dell'evoluzione del diritto processuale civile.

potuto essere – e probabilmente, nelle intenzioni dello stesso Mortara, avrebbe dovuto essere – un fattore determinante di successo. Si potrebbe, infatti, ipotizzare che proprio perché esso teneva in gran conto la normativa e la prassi esistente, avrebbe probabilmente incontrato l'approvazione della magistratura e della professione forense. Tuttavia, com'è noto, le cose andarono diversamente: le vicende spicciole della politica di tutti i giorni e delle rivalità personali finirono col prevalere sulle grandi linee della storia e – soprattutto – sul bisogno di riforme processuali che pure era forte ed evidente. Il progetto Mortara non venne neppure preso in considerazione, e così si verificò la fine rapida e silenziosa – forse in larga misura immeritata – di un tentativo comunque interessante di migliorare lo stato della giustizia civile in Italia».

<sup>15</sup> La legge 30 dicembre 1923, n. 3814 delegò al governo la facoltà della riforma dei codici. Per un quadro storico dell'epoca delle riforme: F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 75 ss.; ID., *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., *passim*.

<sup>16</sup> F. CIPRIANI, *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 265 ss.

<sup>17</sup> F. CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile*, cit. Per approfondimenti in proposito: P. CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965-1985, in open source RomaTrE-Press, 2019, 187 ss.; ID., *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *ivi*, 200 ss.

<sup>18</sup> Il progetto di codice di Carnelutti si incentrava tutto sul concetto di lite di cui si dava la definizione all'art. 87: «Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente un suo interesse in conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non vi soddisfa». Particolarmente critico nei confronti dell'impostazione utilizzata dall'autore fu Calamandrei. Per approfondimenti in proposito: P. CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, cit., vol. I, 187 ss.; ID., *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, *ivi*, 200 ss.

Il capo I del titolo primo del Libro secondo del progetto è interamente dedicato alla forma degli atti. Il principio generale era la libertà delle forme: se una forma data non fosse stata prescritta dalla legge, ogni atto del processo avrebbe potuto essere compiuto liberamente nel modo consigliato dall'esperienza per il raggiungimento del suo scopo; inoltre, nonostante il mancato rispetto della forma prescritta, l'atto avrebbe dovuto essere ritenuto valido, se la stessa non fosse a pena di nullità e/o esso avesse comunque raggiunto lo scopo (art. 149); infine, anche in questo contesto si distingueva tra nullità relative e nullità assolute (art. 150 – 151).

Sotto il medesimo capo il giurista poneva una disposizione che sembra una chiara presa di posizione a favore del principio dell'apparenza e affidabilità: alle dichiarazioni delle parti e del giudice non avrebbe potuto essere attribuito altro significato che quello fatto palese dalle parole usate secondo la loro connessione e dalla intenzione di chi le avesse usate, nei limiti in cui si fosse conciliato con le parole stesse; si rinviava, inoltre, alle regole di interpretazione contenute nel codice civile (art. 153). Si rafforzava questa posizione in un apposito capo (III, titolo I, libro II) intitolato "Della volontà e della causa degli atti" al cui unico articolo (art. 175) si prevedeva: «Salvo che la legge disponga diversamente, la divergenza fra la volontà reale e la volontà dichiarata in un atto del processo come la mancanza o la falsità della causa non ne cagionano la nullità». Dietro queste parole si celava ancora una commistione tra nullità di diritto sostanziale e nullità di diritto processuale.

Avverso le sentenze nulle era previsto uno specifico mezzo di impugnazione, la revisione (art. 365 ss.), congegnato sul modello del ricorso in cassazione: si proponeva al giudice superiore, che, se avesse accolto l'impugnazione, avrebbe nominato un giudice di pari grado a quello della sentenza annullata, per decidere nuovamente la lite.

In questo progetto la forma della sentenza sarebbe stata ridotta al minimo: per la motivazione si richiedeva solo la concisa indicazione delle questioni risolte per decidere la lite e delle ragioni determinanti la soluzione, con la possibilità di ometterle del tutto ove si trattasse di questioni la cui soluzione non potesse dar luogo a ragionevole dubbio (art. 156, comma 3).

Le ordinanze e decreti avevano forme-contenuto ancor più stringa-

ti: il provvedimento scritto in calce ad un ricorso o in nell'ambito di un processo verbale non avrebbe dovuto ripetere alcuna indicazione contenuta nel testo che seguiva (art. 155 e 157).

Anche Carnelutti propose un processo basato sul principio di preclusione, analogamente al progetto di Chiovenda<sup>19</sup>.

La struttura del procedimento davanti al tribunale rimaneva quella classica fino a quel momento conosciuta, con la ripartizione di funzioni tra presidente, giudice delegato e collegio. Ciò che si deve rimarcare, piuttosto, è il diverso uso dei provvedimenti proposto: ogniqualvolta il giudice avesse dovuto provvedere intorno al processo, senza decidere in tutto o in parte la lite, avrebbe pronunciato ordinanza<sup>20</sup>; avrebbe pronunciato sentenza, nel disaccordo delle parti, per motivo di incompetenza o in ogni altro caso in cui avesse dichiarato di non poter decidere la lite (art. 259). Avrebbe, inoltre, pronunciato sentenza interlocutoria quando avesse deciso solo alcune questioni della lite, disponendo al contempo che il processo proseguisse per la risoluzione delle altre (art. 290 e 292). Tutte le sentenze, senza distinzione, sarebbero state impugnabili entro brevi termini (art. 343) decorrenti dalla loro notificazione (art. 344).

Tanto le ordinanze collegiali che quelle del giudice delegato o richiesto sarebbero state revocabili o modificabili (art. 260).

La forma dell'ordinanza era prevista per i provvedimenti cautelari e solo in questo caso il provvedimento, sia che fosse del collegio che del pretore o del conciliatore, sarebbe stato reclamabile al giudice superiore (art. 264, art. 334).

Assumeva la forma del decreto, invece, la condanna emessa al termine di un procedimento che si può considerare il prototipo del procedimento per decreto ingiuntivo (art. 309 ss.).

Il progetto Carnelutti non ebbe seguito.

Nel 1932 il nuovo guardasigilli, Pietro de Francisci, incaricò Enri-

<sup>19</sup> All'art. 219, comma 3 si prevedeva: «Le parti non debbono riservare a una comparsa posteriore ragioni, che fossero in grado di enunziare nella precedente. Qualora il giudice si convinca che la proposizione di una questione sia stata ritardata per malizia o per grave negligenza, dovrà considerarla come non proposta agli effetti dell'articolo 239».

<sup>20</sup> Il collegio avrebbe dovuto pronunciare ordinanza su tutte le questioni istruttorie, incluse quelle relative all'assunzione delle prove (art. 223-224).

co Redenti di procedere alla redazione del nuovo codice di procedura civile<sup>21</sup>.

Riferendo al parlamento dei lavori preparatori al nuovo codice di procedura civile, de Francisci affermò di seguire in prima persona il progetto, servendosi di pochi collaboratori. Lo scopo che si voleva raggiungere era quello di «... un processo rapido e snello, che aderisca alla realtà, che abbandoni inutili riti e forme vuote di contenuto, che respinga quel sistema di nullità che non tutelano alcun buon diritto, che non favorisca artifici dilatori, inganni ed imboscate, che imponga alle parti e ai patroni un maggior senso di responsabilità, che consenta una maggiore iniziativa al giudice, che permetta una eliminazione sollecita di tutte quelle controversie, le quali non rappresentano fondate ed apprezzabili contestazioni per opposte pretese giuridiche: una procedura infine che imponga tale organizzazione e completezza al giudizio di prima istanza da far diventare l'appello (contrariamente a quanto avviene) un mezzo giudiziario eccezionale e che, con opportune sanzioni, escluda le domande temerarie, le eccezioni e le difese dilatorie, la mala fede e la frode»<sup>22</sup>. Nelle parole del guardasigilli il nuovo codice si sarebbe dovuto ispirare, insomma, «... alla concezione pubblicistica della funzione giurisdizionale e alla idea che l'attività processuale non deve essere un libero giuoco dell'egoismo dei litiganti, ma cooperazione di tutti i soggetti all'affermazione e all'attuazione del diritto obbiettivo»<sup>23</sup>.

Il progetto fu fedele alle idee espresse in più occasioni dal ministro de Francisci e professate dallo stesso Redenti<sup>24</sup>.

Negli atti preliminari scritti avrebbero dovuto essere contenute tutte le difese delle parti con preclusioni stringenti<sup>25</sup>, anche se il vero per-

<sup>21</sup> F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti*, cit., 85 ss.

<sup>22</sup> P. DE FRANCISCI, *Intervento alla Camera nella tornata del 3 marzo 1933*, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, XXVIII legislatura*, 7975.

<sup>23</sup> P. DE FRANCISCI, *Intervento al Senato nella tornata del 5 gennaio 1934*, in *Atti parlamentari, Senato del Regno, XXVIII legislatura*, 6953.

<sup>24</sup> E. REDENTI, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, IV, 181 ss.

<sup>25</sup> Art. 300: «Non possono essere proposte nella istruzione preparatoria nuove conclusioni, né esser prodotti documenti non offerti tempestivamente in comunica-

no della fase preparatoria avrebbe dovuto essere il presidente, al quale era affidato il compito di «... con l'opportuno uso dei suoi poteri, assicurare la piena lealtà del contraddittorio, ed eliminare ogni spediente dilatorio (art. 301)». Il presidente avrebbe dovuto adottare i provvedimenti istruttori con ordinanza, nonché i provvedimenti di carattere cautelare, sul presupposto dell'accordo delle parti; avrebbe potuto disporre l'assunzione delle prove pur nel disaccordo delle parti, quando fossero giustificate da ragioni d'urgenza. In quest'ultimo caso l'ordinanza sarebbe stata reclamabile al collegio (art. 313, comma 4).

Davanti al collegio si sarebbe dovuta svolgere tutta la trattazione della causa: davanti ad esso non sarebbe stato dato adottare nuove conclusioni né modificare i termini o dare un diverso fondamento a quelle già prese, né tantomeno produrre nuovi documenti; sarebbe stato consentito solo rinunciare a conclusioni già prese o limitarle (art. 337, ultimo comma); si sarebbero potute dedurre nuove prove, ma solo in quanto rese necessarie dalle risultanze delle prove esperite (art. 344, comma 2).

Anche in questo progetto di codice si prevedeva che potesse essere delegato un giudice all'assunzione delle prove. In questo caso alle parti era dato reclamo contro i suoi provvedimenti al collegio, che ne avrebbe esaminato il contenuto congiuntamente al merito (art. 390).

Redenti cercò di razionalizzare l'uso e l'impugnazione dei provvedimenti, innanzitutto, dando una definizione di sentenza definitiva e di provvedimento interlocutorio, senza distinguere a seconda della forma di sentenza o ordinanza, con alcune incongruenze.

Sentenze definitive erano quelle che decidevano sul merito ovvero che dichiaravano non potersi provvedere per difetto di giurisdizione o

zione, se le altre parti non vi consentano o se l'interesse a proporle, o rispettivamente a produrli, non sorga per una parte dalle deduzioni altrui, successive alle proprie.

Quando una parte, a seguito di nuove conclusioni o produzioni altrui, rilevi che queste la pongono nella necessità di controdedurre ulteriormente o di fare a sua volta nuove produzioni, il presidente, riconoscendo tale necessità, può concederle un termine perentorio, rinviando la prosecuzione dell'istruttoria ad altro giorno.

Fuori dal caso di cui al comma precedente, nessuna delle parti può chiedere termine né rinvio della prosecuzione dell'istruttoria, allegando la insufficienza delle proprie produzioni o deduzioni»; successivamente rimaneva sola la possibilità di rinunciare a conclusioni precedentemente prese (art. 302).

di competenza ovvero per altri motivi di improponibilità o improcedibilità della domanda (art. 68, comma 2). Tuttavia, non è chiaro perché in quest'ultimo caso l'art. 70 prescrivesse che il procedimento fosse chiuso con ordinanza, anziché con la stessa sentenza pronunciata sui presupposti processuali.

Per fugare ogni dubbio venivano classificate sentenze definitive anche quelle su una sola domanda, con stralcio delle cause non definite e prosecuzione del relativo procedimento (art. 73); nonché quelle di condanna di una parte al pagamento di una somma o di una quantità da liquidarsi oppure di accertamento di un diritto con l'eventuale prosecuzione del giudizio per la condanna a restituzioni, prestazioni o risarcimenti da determinarsi (art. 73).

Invece, erano provvedimenti interlocutori, a prescindere dalla forma, tutti quelli che risolvevano questioni di procedibilità, di procedura o di istruttoria, ordinando o riservando la prosecuzione o la riassunzione degli atti per ogni decisione ulteriore. Si specificava pure che tali provvedimenti, anche se presi in forma di sentenza, cessavano di avere ogni effetto con la chiusura o l'estinzione del procedimento in cui venivano pronunciati (art. 72).

Per quel che concerne l'efficacia e l'impugnazione di tali provvedimenti, nel progetto venivano presi una serie di accorgimenti che avrebbero dovuto evitare quelle diramazioni del procedimento che affliggevano il processo sommario. Così, si specificava che le ordinanze non sarebbero state impugnabili, «se non nei casi e nei modi espressamente preveduti dalle norme proprie della procedura applicabile» (art. 124, comma 5). In secondo luogo, si stabiliva, senza espressi riferimenti a sentenze o ordinanze, che le decisioni interlocutorie sarebbero state appellabili solo con la sentenza definitiva e previa riserva di impugnazione (art. 359): in tal modo si sarebbe superato anche il problema dello scambio formale dei provvedimenti.

Il giurista voleva rendere meno complesse le forme processuali e il sistema delle nullità che tanti problemi creava.

Avrebbe dovuto valere il principio della libertà delle forme, per cui nel silenzio della legge l'atto avrebbe potuto essere compiuto nella forma che fosse stata ritenuta più idonea al suo scopo (artt. 108 e 120, comma 2). Sulle orme dei predecessori, Chiovenda e Carnelutti, anche nel progetto Redenti si semplificava in alcuni passaggi la forma della

sentenza, in particolare, per la motivazione si richiedeva che le ragioni della decisione venissero esposte in forma sintetica (art. 125, comma 2, n. 5).

Nella disciplina della nullità si faceva ancora riferimento a categorie proprie del diritto civile, errore, violenza e dolo, anche se per escludere che esse potessero determinare l'annullamento o la revoca dell'atto al pari di un negozio giuridico (art. 138)<sup>26</sup>.

Si proponevano termini e modi per far valere la nullità degli atti analoghi alla disciplina vigente: il vizio avrebbe potuto essere denunciato dalla parte che vi aveva interesse (art. 139), salvo che vi avesse dato causa o rinunciato anche tacitamente, nel breve termine del primo atto di difesa successivo a quello dell'atto nullo; l'eccezionale era la rilevabilità d'ufficio nei casi previsti dalla legge. La relatività della nullità era fissata anche nella disposizione che prevedeva la salvezza degli atti precedenti e successivi che ne fossero indipendenti (art. 141, comma 1). Pronunciata la nullità, al giudice sarebbe spettato emettere i provvedimenti necessari per la regolare prosecuzione del procedimento.

All'inizio del 1935 il guardasigilli de Francisci venne sostituito con Arrigo Solmi. L'anno successivo venne pubblicato lo "Schema di progetto del primo libro" opera di Redenti, a cura del Ministero di Grazia e Giustizia<sup>27</sup>, con una prefazione del Guardasigilli stesso, quale lodava il lavoro del Professore e lo pregava di proseguire l'opera iniziata. Alla fine, però, il progetto venne di fatto accantonato.

Questi quattro progetti, pur nella loro diversità, evidenziano alcune esigenze di riforma per arrivare ad un processo più efficiente: un sistema di preclusioni, la cui violazione sia rilevabile d'ufficio; maggior fiducia nella gestione del procedimento da parte del giudice e un con-

<sup>26</sup> L'attaccamento alla terminologia propria del diritto civile si nota anche nell'incipit dell'art. 141, comma 1 dove si pone la nullità in alternativa all'annullabilità. Molti giuristi dell'epoca continuavano a far riferimento per definire l'invalidità degli atti processuali civili alle categorie proprie del diritto civile; così, ad esempio E. PIGA, Voce *Nullità degli atti di procedura*, in *Nuovo Digesto italiano*, Torino, 1938, vol. VIII, 1166, distingueva tra atti processuali nulli e annullabili, pur riconoscendo che le due categorie per molti aspetti si distinguevano dalle omonime categorie del diritto civile.

<sup>27</sup> MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori per la riforma del Codice di procedura civile. Schema di progetto del primo libro*, cit.

seguito minor attaccamento alla forma in sé considerata; ridimensionamento del sistema delle nullità, limitate a quelle previste dalla legge e lasciate di regola all'iniziativa delle parti; tentativo di definizione delle sentenze definitive e non definitive; razionalizzazione dell'uso delle decisioni interlocutorie.

In due di essi (Carnelutti e Redenti) vi erano anche un timido tentativo di prendere posizione contro il principio sostanzialistico, presumibilmente per le incertezze che aveva creato sotto la vigenza del codice del 1865.

## 2. Il progetto preliminare e il progetto definitivo di codice di procedura civile di Solmi

I lavori per il nuovo codice di procedura civile proseguirono sotto la direzione dello stesso Solmi, per impulso del quale furono pubblicati il progetto preliminare ed il progetto definitivo al nuovo codice di procedura civile.

Nella prefazione alla relazione illustrativa del progetto preliminare<sup>28</sup> si legge che scopo della pubblicazione del progetto preliminare stesso era di provocare su di esso il giudizio degli studiosi e dei pratici, nella cui collaborazione si confidava per portare a termine la riforma<sup>29</sup>.

Nella relazione illustrativa il guardasigilli Solmi contrapponeva il sistema vigente, in cui le forme avevano un'enorme importanza, per lo svolgersi il processo tra le parti, con un intervento del giudice limitato al momento della pronuncia della sentenza, al processo che si proponeva, rapido e snello, con il fine della ricerca della verità sostanziale.

<sup>28</sup> Progetto preliminare Solmi in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile: progetto preliminare e relazione*, cit. Sul lavoro di preparazione del codice di procedura civile vedi A. SOLMI, *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1937.

<sup>29</sup> Tra i molti che fecero osservazioni sul progetto vi furono: P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, cit., vol. I, 295 ss.; F. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile. Relazione e note*, Milano, 1937, *passim*; A. CONIGLIO, *Osservazioni al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1938, *passim*; U. ROCCO, *Rilievi sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Napoli, 1938, *passim*.

Argomentava il guardasigilli che nel processo allora vigente il giudizio, soffocato dagli espedienti e dalle formule, quando proprio non paralizzato dalle eccezioni, che lo frantumavano in una serie di giudizi, era divenuto “il calvario del diritto”; in questo nuovo contesto le forme sarebbero andate incontro ad un necessario ridimensionamento, ricondotte nei limiti della funzione di assicurare l’ordinato svolgimento del processo<sup>30</sup>.

La prima novità di rilievo fu l’idea di affidare il giudizio davanti al tribunale ad un giudice unico, perché solo un giudice edotto della causa, presente sempre nel suo svolgimento, avrebbe potuto evitare l’ingombro delle forme, il pericolo delle insidie, nonché manovre ostruzionistiche. Nell’opinione del legislatore, preferire l’organo collegiale avrebbe creato disagi e inutili complicazioni<sup>31</sup>, anche se esso fosse intervenuto solo a risolvere contrasti o a decidere definitivamente la lite.

La seconda novità rimarchevole fu l’ambizione all’abolizione delle sentenze interlocutorie: l’art. 170 era titolato “divieto di sentenze interlocutorie; sentenze definitive parziali”. Venivano conservate solo le sentenze parziali, ovvero le sentenze che non pronunciassero su tutti i capi della domanda, per le quali era prevista la possibilità di riservare l’appello insieme a quello della sentenza definitiva (art. 335).

Ogni questione sorta nel corso del procedimento, invece, avrebbe dovuto essere risolta nella forma semplice e rapida dell’ordinanza: il giudice non avrebbe dovuto disperdere le sue energie nella redazione delle sentenze interlocutorie, le quali, come ulteriore svantaggio, avevano l’effetto di sfaldare il giudizio<sup>32</sup>. Inoltre, l’impugnazione dell’or-

<sup>30</sup> MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile: progetto preliminare e relazione*, cit., 331 s.

<sup>31</sup> Nella relazione si avvertiva: «La giustizia, ammonì il Duce, per essere efficiente deve essere comoda e rapida; chi chiede giustizia non deve essere soffocato da troppo complicate procedure e la giustizia deve essere resa nel più breve tempo possibile» in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile: progetto preliminare e relazione*, cit., 340, § 8.

<sup>32</sup> Art. 167, comma 1: «Il giudice pronuncia ordinanza quando respinge eccezioni pregiudiziali senza decidere in merito sulla domanda, ovvero quando ammetta mezzi istruttori o dia provvedimenti per effetto dei quali il giudizio debba continuare davanti a lui».

dinanza sarebbe stata consentita solo insieme all'impugnazione della sentenza definitiva, previo reclamo allo stesso giudice e richiamo dell'intenzione di reclamare nelle conclusioni (art. 168)<sup>33</sup>, e salva la possibilità del giudice di modificare le ordinanze istruttorie con una successiva ordinanza (art. 167, comma 3). Di regola, quindi, i giudizi incidentali avrebbero dovuto essere esclusi, eccezion fatta per le ragioni di competenza. Questa scelta era basata su un calcolo ben preciso: difficilmente l'ordinanza emessa dal giudice che ha condotto il procedimento non avrebbe potuto essere la decisione giusta e rispondente all'esigenze reali della causa; in ogni caso, qualora con le ordinanze si risolvessero questioni che influissero sulla decisione di merito, il giudice non ne sarebbe stato vincolato al momento dell'adozione della sentenza definitiva (art. 167, comma 2).

Si proponeva, insomma, un'estrema semplificazione: un solo giudice in primo grado che avrebbe pronunciato una sola sentenza<sup>34</sup>, ad eccezione per il caso in cui si potesse pronunciare definitivamente su alcuni capi (le sentenze definitive parziali) prima che gli altri fossero del tutto istruiti, proseguendo il processo per quelli non definiti.

<sup>33</sup> Art. 168: «Salvo i casi nei quali sia diversamente disposto, contro le ordinanze non è consentita impugnativa autonoma. Tuttavia qualora la parte interessata ... dichiarare ... di proporre reclamo contro di essa, il reclamo dovrà essere esaminato dal giudice congiuntamente al merito, sempre che la parte nelle sue conclusioni finali ne faccia espresso richiamo. In tal caso il gravame che venga proposto contro la sentenza, può avere per oggetto anche le disposizioni date con l'ordinanza in quanto esse abbiano avuto influenza sulla decisione di merito».

<sup>34</sup> Secondo l'art. 169: «Salvi i casi in cui la legge disponga diversamente, il giudice pronuncia sentenza quando decide in merito sulla domanda o accoglie alcuna delle eccezioni pregiudiziali, ovvero per qualsiasi altro motivo dichiara di non potere pronunciare sul merito»; il successivo art. 170 specifica ulteriormente il contenuto della sentenza di merito: «Il giudice pronunciando sul merito deve risolvere tutte le questioni e decidere definitivamente su tutti i capi della domanda in modo che il giudizio di primo grado rimanga completamente esaurito. Tuttavia, qualora la causa sia matura per la decisione definitiva di merito solo su alcuni capi della domanda, il giudice ove riconosca che la sollecita definizione di essi presenta interesse rilevante per alcuna delle parti, ha facoltà di disporre per i capi anzidetti lo stralcio della causa, pronunciando sentenza definitiva di merito su di essi e dando contemporaneamente, con separata ordinanza, i provvedimenti necessari per la prosecuzione del giudizio in ordine agli altri capi della domanda che rimangono da decidere. La disposizione si applica anche nel caso venga chiesta condanna generica salvo liquidazione».

La proposta del giudice unico non incontrò il favore della dottrina<sup>35</sup>.

Calamandrei<sup>36</sup> criticò anche il sistema dell'impugnazione delle ordinanze, inutilmente complicato, e l'uso promiscuo di provvedimenti di forma diversa. Per quanto riguarda il primo aspetto il giurista sottolineò come il progetto prevedesse un termine breve (tre giorni) per proporre reclamo al giudice che aveva emesso il provvedimento, mentre la facoltà dello stesso di revocare il proprio provvedimento sarebbe rimasta per tutto il corso del procedimento; inoltre, in tal modo si sarebbe fatta dipendere l'impugnazione dell'ordinanza da quella della sentenza definitiva.

Per quanto riguarda il secondo aspetto egli avvertiva di altre complicazioni alla quale poteva dare luogo la distinzione tra sentenza e ordinanza prospettata: il rischio di errori di forma nei casi limite ed in questa eventualità le incertezze intorno all'impugnazione dei provvedimenti emessi con contenuto erroneo. Questo inconveniente poteva accadere con le sentenze definitive parziali da emettere insieme all'ordinanza per la prosecuzione del giudizio, due provvedimenti sottoposti a diversi modi di gravame (art. 170); perciò, se si fosse emessa una sentenza di rigetto nella forma dell'ordinanza per non perdere il diritto di impugnare con appello, sarebbe stato necessario reclamarla e poi ribadire la propria intenzione all'atto delle conclusioni.

Infine, egli concludeva che l'attuazione della distinzione tra sentenze e ordinanze necessitava di un'attenta revisione della proposta, perché essa conteneva alcuni casi in cui sarebbe stato più opportuno

<sup>35</sup> Così: P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 323 ss.; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 37 ss.; critico sul principio di officialità che informava l'intero progetto U. ROCCO, *op. cit.* A. CONIGLIO, *op. cit.*, 23 ss., invece, a favore della scelta operata dal guardasigilli poneva due osservazioni: in primo luogo, le parti ripongono la loro fiducia soltanto nel relatore, che, del resto, ha una posizione preminente nella decisione; in secondo luogo, osservava come fosse artificiosa la distinzione tra cause di maggiore e minor valore per decidere se sottoporle o meno al giudizio di un organo collegiale, dato che per i litiganti più poveri una causa di modico valore può essere comparativamente più stimata di una causa di valore elevato per i contendenti più facoltosi; quello che contava era piuttosto la complessità delle questioni sottoposte al giudice, spesso le stesse affrontati da tribunale e da pretore.

<sup>36</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 323 ss.

parlare di sentenze anziché di ordinanze. Ad esempio, era contorta la disciplina delle spese: la liquidazione doveva essere fatta nella stessa pronuncia di condanna (art. 71, comma 1); contro la liquidazione delle spese sarebbe stata data opposizione davanti allo stesso giudice che avrebbe deciso con ordinanza non impugnabile (art. 78). Il giurista notava come mancasse la precisazione del provvedimento con il quale in origine si decideva sulle spese; supponendo che si trattasse di una sentenza perché al contempo veniva pronunciata condanna, non gli sembrava concepibile che essa potesse essere modificata da un'ordinanza.

La disciplina della forma degli atti e della nullità era presente a livello embrionale del progetto e riprendeva perlopiù i principi elaborati negli altri progetti, con qualche novità.

Innanzitutto, si ribadiva il concetto che, seppur come principio gli atti andassero eseguiti con l'osservanza delle forme all'uopo previste, in assenza di prescrizioni di legge, l'atto avrebbe potuto essere compiuto in qualunque forma idonea al raggiungimento dello scopo (art. comma 1-2).

Sulla scia dei precedenti progetti il forma-contenuto della sentenza era semplificato, in particolare, nella motivazione, per la quale sarebbe stata sufficiente «la concisa esposizione del fatto e delle questioni proposte, nonché dei principi di diritto applicati» (art. 47, comma 1, lett. d)<sup>37</sup>.

Vi era l'ammonizione all'osservanza delle forme, anche se non prescritte a pena di nullità, perché vi sarebbe stata vigilanza e provvedimenti disciplinari in caso di inosservanza (art. 38).

La disciplina della nullità si muoveva, parimenti, sul filo della continuità con i progetti precedenti, con alcuni elementi di rottura.

Preliminarmente mancava qualunque riferimento a categorie di diritto civile, cioè alla volontà ed ai suoi vizi o alla causa dell'atto.

Altra novità la troviamo nella distinzione tra nullità assolute e nullità relative. Il tenore dell'art. 66 faceva intendere che tutte le nullità prescritte dalla legge sarebbero state rilevabili d'ufficio; alle parti sarebbe data la facoltà di far valere la nullità per inosservanza di forme o

<sup>37</sup> A. CONIGLIO, *op. cit.*, 25 s., lamentava la mancata previsione della vigorosa affermazione della necessità di motivare la sentenza, nonché che la mancanza dei suoi requisiti non fosse prevista a pena di nullità.

termini, che non avrebbe potuto, però, essere pronunciata se l'atto avesse raggiunto lo scopo; la nullità avrebbe potuto essere fatta valere entro l'atto successivo e purché la parte non vi avesse anche implicitamente rinunciato o non vi avesse dato causa (art. 67).

Si tendeva poi a circoscrivere ulteriormente il raggio d'azione della nullità: oltre alla salvezza degli atti antecedenti e successivi indipendenti, era prevista la conservazione delle parti dell'atto nullo che fossero indipendenti da quella viziata e la possibilità di commutare l'atto nullo in altro del quale fosse idoneo a produrre lo scopo (art. 69). Dichiarata la nullità, al giudice spettava il compito di disporre la rinnovazione dell'atto nullo (art. 70).

Venne criticata la mancanza di una disciplina specifica della nullità della sentenza, al contrario del codice allora vigente<sup>38</sup>.

Nel progetto definitivo elaborato dalla commissione presieduta sempre da Solmi, egli dichiarò di aver tenuto conto delle osservazioni e delle proposte fatte sul progetto preliminare<sup>39</sup>.

La premessa del progetto era ancora la volontà di abolire il formalismo *vacuo* e *includente*, di evitare deviazioni e quisquiglie procedurali. Tale sembrerebbe esser stato considerato il giudice collegiale, proprio perché il collegio avrebbe studiato la causa sulle carte processuali o sulla narrazione più o meno fedele e completa eseguita dal relatore, mentre nel sistema preferibile la causa avrebbe dovuto essere portata a maturazione attraverso dibattiti tra giudice unico e due o più avvocati; questo metodo avrebbe consentito di chiarire i dubbi, eliminare equivoci e mettere a fuoco le questioni centrali della controversia.

Nonostante tale pensiero trapelasse dalle parole del Guardasigilli, viste le critiche ricevute, egli ammise come in una materia così delicata, quale l'amministrazione della giustizia, fosse necessario graduare il passaggio da un sistema all'altro; perciò, nei procedimenti di competenza del tribunale proponeva la coesistenza di collegio e giudice uni-

<sup>38</sup> A. CONIGLIO, *op. cit.*

<sup>39</sup> in *Codice di procedura civile, Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, cit., 3 ss.

co, lasciando al presidente la scelta tra i due organi, a seconda della complessità della causa<sup>40</sup>.

Veniamo alle altre modifiche in materia di forme processuali.

Venne ribadito il principio della libertà delle forme, ma non più accompagnato da moniti vigilanza e sanzioni disciplinari per il mancato rispetto delle forme disciplinate (art. 49).

Si cercò di rispondere anche alle critiche relative alla disciplina dei provvedimenti: venne introdotta la distinzione tra ordinanza e decreto e espressamente disciplinata la nullità della sentenza, che così poteva essere oggetto di ricorso in cassazione (art. 377)<sup>41</sup>.

Veniva, poi, chiarito quando si sarebbe dovuto emettere sentenza e quando ordinanza. Il giudice avrebbe pronunciato ordinanza quando avesse respinto eccezioni pregiudiziali ovvero quando avesse ammesso mezzi istruttori o dato provvedimenti per effetto dei quali il giudizio fosse dovuto continuare davanti a lui (art. 177, comma 1). Si precisava, inoltre, che qualora ai fini della pronuncia dell'ordinanza il giudice avesse esaminato questioni che potessero influire sulla decisione di merito, la risoluzione adottata non avrebbe vincolato il giudizio di merito (art. 178). Venne riaffermata la revocabilità delle ordinanze ed un analogo meccanismo di reclamo (artt. 179 – 308).

In caso di causa collegiale, le ordinanze sarebbero state generalmente emesse dal giudice delegato (art. 307); dal collegio solo nei casi in cui si trattasse di deferire giuramento decisorio, in caso di contrasto tra le parti, o di deferimento d'ufficio, nonché su questioni relative all'intervento di terzi (art. 309, comma 3 e 4).

Immutati rimanevano i casi in cui si pronunciava sentenza definitiva e parziale (artt. 180-181) ed il sistema di impugnazione (art. 350).

<sup>40</sup> in *Codice di procedura civile, Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, cit., 7. Intorno al dibattito parlamentare sulla figura del giudice unico si rinvia a V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1941, vol. I, 396 ss.

<sup>41</sup> Secondo l'art. 59 la sentenza era nulla se mancava del dispositivo o della sottoscrizione del giudice ovvero vi era mancanza o contraddittorietà della motivazione. La sentenza era inoltre nulla se alla deliberazione avessero partecipato giudici diversi da quelli che avrebbero dovuto parteciparvi.

### 3. Il codice di procedura civile del 1940: i suoi principi ispiratori

Nel luglio del 1939 Solmi si dimise e gli successe Dino Grandi, che alla guida di un comitato ristretto (composto da Redenti, Carnelutti, Calamandrei e Conforti, nominati da Grandi secondo l'anzianità accademica), rimise mano al progetto<sup>42</sup>.

Il ruolo di Calamandrei fu preminente nella stesura finale del codice e della Relazione al Re<sup>43</sup>. Proprio in quest'ultimo documento si rendeva nota l'impostazione del nuovo codice di procedura civile in ordine alle forme processuali, all'organizzazione del procedimento e alla funzione dei vari tipi di provvedimenti, anche in relazione alla ripartizione di poteri tra gli organi del processo.

Il guardasigilli presentava un processo semplice, comprensibile e moderno, nell'ambito del quale la forma veniva posta a presidio della lealtà e della disciplina processuale; quello che si rigettava era piuttosto l'ossequio alla forma in sé considerata, i vuoti arcaismi.

Così venivano stabiliti forme e contenuto dei provvedimenti del giudice e degli atti di parte, ma al contempo era lasciato uno spazio di libertà: all'art. 121 è stabilito che gli atti del processo per i quali la legge non richieda forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo<sup>44</sup>.

In attuazione di questa impostazione all'art. 156, ultimo comma viene stabilita una regola nuova rispetto al codice del 1865, elaborando un'idea emersa nel progetto Solmi: nonostante la nullità sia stabilita dalla legge, questa non può essere dichiarata se l'atto ha raggiunto lo scopo al quale è destinato<sup>45</sup>. Di contro, però, pur non essendo la nullità

<sup>42</sup> F. CIPRIANI, *Sulla paternità del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2007, V, 136 ss.

<sup>43</sup> *Relazione alla maestà del Re Imperatore*, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 28 ottobre 1940, n. 253.

<sup>44</sup> S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova, 1950, 131, definì il principio della libertà delle forme un principio fondamentale del processo civile. In verità nel codice attuale sono rari i casi in cui la forma di un atto non è disciplinata dalla legge, in questo senso vedi le riflessioni di R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 19 ss.

<sup>45</sup> Enfatizzano questa novità: V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 2ª ed., vol. I, 321; P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. I, 289. Sulla disciplina della nullità vedi anche altri commenti degli autori dell'epoca: F. CARNELUTTI, *Istitu-*

tà prevista dalla legge, l'atto deve essere dichiarato nullo se manca dei requisiti formali indispensabili al raggiungimento dello scopo. Si intese per tale il fine obiettivo dell'atto, senza alcun riferimento ai motivi che hanno mosso l'autore dell'atto<sup>46</sup>, né alla causa dell'atto<sup>47</sup>.

*zioni del nuovo processo civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1941, 294 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, vol. I, 226 ss.

<sup>46</sup> C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, vol. I, 403 ss., in particolare 425.

<sup>47</sup> Vero è che dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura civile, alcuna dottrina continua a definire l'atto processuale con riferimento alle categorie proprie del negozio giuridico, anche solo per tracciare le differenze tra i due fenomeni giuridici. Così, ad esempio, F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 285 s., identifica la causa dell'atto processuale con l'interesse ad agire; R. ORIANI, voce *Atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, vol. IV, 8 ss. parla della causa degli atti processuali, intendendo per tale lo scopo dell'atto come funzione obiettiva e legale. La definizione è indubbiamente calzante, quello che non lo sembra è l'uso del termine "causa", che nel linguaggio giuridico rimanda a tutt'altro istituto, appunto quello del negozio giuridico. E. BETTI, *La teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, 170 ss., intende la "causa" del negozio giuridico come l'interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile al quale il negozio deve rispondere. A. DI MAJO, voce *La causa del negozio giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1998, vol. IV, 1 ss. ha definito la causa la ragione economico-materiale dei movimenti di beni che contribuiscono a realizzare la distribuzione della ricchezza in qualsiasi assetto sociale: si tratterebbe di un modo complessivo di guardare agli atti di privata autonomia (contratti e negozi) e al loro rapporto con gli interessi individuali delle parti e con l'ordinamento; insomma, il problema della causa non sarebbe tanto quello di un elemento, pur peculiare, del contratto (o del negozio giuridico), ma quello del complessivo ruolo del contratto (o del negozio giuridico) nel sistema; perciò, l'autore enuncia la tesi secondo cui il requisito causale sarebbe l'espressione della connessione tra quella forma di mediazione giuridica che si esprime nel consenso (come tale vincolante) e la circolazione di beni. Sull'argomento si rinvia anche a: R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, 580 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.

Da quanto detto è chiaro che l'elemento della causa riguarda un istituto che ha poco in comune con l'atto processuale o con il processo; perciò, sarebbe bene utilizzare un termine diverso, come del resto ha fatto il legislatore nell'art. 156 c.p.c. Non si tratta di una piccolezza: basti pensare alla distinzione di R. ORIANI, *op. cit.*, 9, tra atti a forma libera e atti a forma vincolata, con una problematica che farebbe da eco alla vecchia distinzione tra contratti atipici e contratti tipici. Secondo l'autore, negli atti a forma libera, la cui figura sarebbe integrata da ogni condotta idonea ad esprimere un significato ed a causare un evento, lo scopo costituirebbe un elemento dell'atto; negli

La norma base è comunque quella per cui la nullità per inosservanza di forme può essere pronunciata solo nei casi previsti dalla legge (art. 156, comma 1).

L'impostazione della disciplina della nullità fa sì che nessuna rilevanza abbiano gli eventuali vizi della volontà, tanto con riferimento agli atti di parte che a quelli del giudice. Se si esclude la normale rilevanza dei vizi della volontà propri del negozio giuridico, si è discusso, invece, intorno alla nullità degli atti di parte per mancanza di volontarietà. La posizione più corretta sembra essere quella che esclude la rilevanza della mancata volontà negli atti di parte perché essi si inseriscono all'interno di un procedimento, per cui se l'autore dell'atto lo avesse compiuto involontariamente non avrebbe dato seguito ai successivi<sup>48</sup>. Per quanto riguarda i provvedimenti del giudice si è concluso per l'estraneità del problema di motivazione della volontà agli atti di

atti a forma vincolata, direttamente descritti dalla legge, l'atto conforme al modello legale sarebbe valido senza dover di volta in volta controllare la presenza della causa. In questi ultimi lo scopo o causa avrebbe rilievo al momento della regolamentazione ed *ex post* per verificare che se l'atto nullo abbia in concreto e nonostante tutto raggiunto lo scopo. In verità, in entrambe le ipotesi descritte lo scopo viene in rilievo al momento della valutazione della validità o meno dell'atto nel caso concreto.

Sembra che questa configurazione dell'atto processuale sia stata abbandonata dalla dottrina moderna, si rinvia in proposito a: F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 37 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 23 ss.; F. MARELLI, *Gli atti processuali*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, vol. I, 1060 ss.

<sup>48</sup> V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, vol. IX, 467 ss. in particolare 474, il quale mette in evidenza come questa regola non valga per gli atti di acquisizione probatoria, per l'autonomia dell'atto rispetto al ciclo effettuale del procedimento. Conseguentemente in ordine agli stessi si configurerebbe la possibilità di impugnativa per mancanza di volontà e per vizi della volontà. Vedi anche F. AULETTA, *Nullità*, cit., 72 s. In senso contrario, F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 284, secondo il quale la scarsità di norme della legge processuale intorno al requisito della volontà, non avrebbe il significato di irrilevanza della volontà negli atti processuali, ma darebbe luogo all'applicazione analogica delle norme che riguardano la volontà degli atti materiali. Egli, però, riconosce che una differenza tra le due fattispecie c'è: il procedimento farebbe in modo che la questione sulla validità di un atto si trasferisca sull'atto successivo fino al provvedimento conclusivo. Quest'ultimo o verrebbe impugnato o il vizio sarebbe sanato con il giudicato.

questo tipo, perché riferibili allo Stato, come manifestazione del potere giurisdizionale<sup>49</sup>.

La nullità ai sensi del primo comma dell'art. 157 è di regola pronunciabile su istanza di parte, salvo che la legge stabilisca diversamente. La dottrina delimita l'applicazione di tale disposizione alle sole nullità espressamente previste dalla legge<sup>50</sup>

Due casi di nullità definita insanabile e rilevabile d'ufficio sono previsti dall'art. 158 c.p.c.: la nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del pubblico ministero. Altre ipotesi di nullità assoluta sono legate alla violazione del principio del contraddittorio o di altri principi di ordine pubblico ovvero a difformità di particolare gravità dal modello legale dell'atto<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Vedi V. DENTI, *op. cit.*, 483, il quale fa la sola eccezione della mancanza assoluta della volontà, come per gli atti amministrativi: in tali casi gli atti giudiziari non sarebbero neppure riconducibili al suo autore. In senso differente altra dottrina: così, Carnelutti che, coerentemente con il suo pensiero di fondo, dava rilevanza alla volontà sottesa al provvedimento. Vedi F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc.* 1924, I, 33 ss. e in F. Carnelutti, *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1925, vol. IV, 339 ss., in particolare 355, dove l'autore afferma che finché il giudice vuole accertare il diritto, il suo errore non si configurerebbe mai come usurpazione; questa comincerebbe nel momento in cui il giudice iniziasse a perseguire un fine diverso: insomma, l'eccesso di potere si avrebbe per via non del contenuto, ma per la direzione del giudizio: «... l'eccesso di potere consiste nella direzione del potere giudiziario al conseguimento di un fine non giudiziario, cioè non all'accertamento ma alla costituzione del diritto obiettivo o all'esercizio del diritto subiettivo». In verità, le motivazioni o deviazioni dalla corretta formazione della volontà del giudice al momento dell'adozione del provvedimento rilevano nella misura in cui il provvedimento sia oggettivamente illegittimo e per tale ragione possa essere impugnato davanti al giudice superiore. G. DE STEFANO, *La revocazione*, Milano, 1957, 213, ha ricondotto i vizi della volontà nella formazione della motivazione del giudice ai casi di cui ai numeri 4 e 6 dell'art. 395, ipotizzando che tali anomalie possano essere fatte valere con la revocazione: è ovvio che l'errore di fatto o il dolo del giudice possano essere descritti anche come vizi di volontà o di motivazione, ma essi sono rilevanti solo nella misura in cui riescano a rientrare in queste ipotesi normative.

<sup>50</sup> F. AULETTA, *Nullità*, cit., 127; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 192.

<sup>51</sup> R. POLI, *op. cit.*, 199 ss., sulla base di una valutazione *ex ante* e in astratto individua le nullità rilevabili d'ufficio nei: casi di violazione del principio del contraddittorio, per l'insanabilità soggettiva del vizio, intesa come impossibilità della parte di decidere in astratto se accettare o meno la deviazione dal modello legale e, per tale via, sanare il vizio; dal punto di vista oggettivo, nei casi in cui il vizio precluda l'esistenza del

In altri casi la nullità viene trattata ora come assoluta, ora come relativa, così ad esempio la nullità dell'atto di citazione per vizi inerenti alla *vocatio in ius*: così, se la parte si è costituita viene trattata come nullità relativa la mancanza dell'avvertimento alla controparte o il mancato rispetto del termine a difesa, che solo se eccepita comporta la concessione di un nuovo termine.

Discorso a parte va fatto per la mancanza di requisiti non formali, quali le condizioni dell'azione, la cui carenza è rilevabile d'ufficio e rispetto alle quali non vi è accordo in dottrina intorno all'applicazione o meno delle disposizioni generali sulle nullità degli artt. 156 – 162 c.p.c.<sup>52</sup>. Di fatto, nell'ambito della disciplina della nullità troviamo due vizi non formali (art. 158) che vengono inclusi nella disciplina generale della nullità senza aggiungere altro: questo potrebbe essere un indizio a favore della conclusione per cui, laddove il legislatore ha voluto, non

potere o ne renda indeterminato l'oggetto oppure alteri la funzionalità tipica del processo fino a comprometterne il risultato finale.

<sup>52</sup> Escludono l'applicazione della disciplina delle nullità formali alle nullità non formali: V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 470 ss.; F. AULETTA, *Nullità*, cit., 142 ss., quest'ultimo pur riconoscendo all'art. 156, comma 3 i caratteri di disciplina generale della nullità degli atti di procedura, tendenzialmente applicabile senza riguardo al profilo formale o meno del vizio, nei limiti della compatibilità con singole disposizioni specificamente dettate per casi determinati (149). Diversamente, con varie sfumature: C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss., il quale parte dell'idea che all'interno del procedimento il vizio dell'atto precedente si trasmetta all'atto successivo e che l'atto precedente sia presupposto di validità dell'atto successivo, per concludere che il vizio anche non formale del primo atto si comunichi formalmente al secondo atto; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXI, 10, che non esclude in linea di principio l'applicazione della disciplina delle nullità formali alle nullità non formali, ritenendo che si debba esaminare caso per caso; analogamente più di recente V. BERTOLDI, *La nullità degli atti processuali*, in G. Ruffini (cur.), *Diritto processuale civile*, Bologna, 2023, vol. I, 253 ss., in particolare 289 s., la quale sottolinea, da un lato, come la disciplina degli artt. 156-162 abbia attitudine ad un'applicazione generale, dall'altro, come la pluralità di fonti relative ai requisiti formali ed extraformali suggerisca di verificare, tanto per le une che per le altre, volta per volta, il loro trattamento processuale, sia alla luce delle disposizioni generali sia alla luce di quelle relative al singolo requisito o allo specifico atto; vedi, inoltre, V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., 196 ss.

ha diversificato la disciplina dei due vizi sulla base della classificazione, piuttosto, sulla base della loro gravità.

Le nullità relative sono sanabili in un breve termine, quello entro il quale la parte nel cui interesse sono stabilite le può eccepire ovvero la prima istanza o difesa successiva al compimento dell'atto viziato (art. 157 c.p.c.); inoltre, esse non possono essere fatte valere dalla parte che vi abbia rinunciato anche tacitamente o dalla parte che vi abbia dato causa.

Le nullità assolute sono sanabili nel più ampio termine del passaggio in giudicato, salvo che non si tratti di un caso di inesistenza (art. 161); infatti, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado esse possono essere fatte valere attraverso i mezzi di impugnazione, in virtù della regola della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame, a meno che non si tratti di nullità assolute "forti", ancora rilevabili d'ufficio nelle successive fasi di gravame<sup>53</sup>.

Due regole importanti sono fissate in materia di nullità.

La prima riguarda le conseguenze della nullità di un atto rispetto agli altri atti del procedimento o di parti di un atto rispetto alle altre sue componenti.

Così, si stabilisce la salvaguardia degli atti precedenti e successivi indipendenti dall'atto nullo nonché delle parti dell'atto nullo che ne siano indipendenti (art. 159, commi 1 e 2). Il rovescio della medaglia è la trasmissione della nullità assoluta non sanata di un atto nei confronti di atti precedenti e successivi non indipendenti, nonché la nullità delle parti dell'atto dipendenti da quelle nulle.

La stessa disposizione prevede un altro canale di salvaguardia dell'atto: ai sensi dell'art. 159, ultimo comma, se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo. Questa disposizione consente all'atto formalmente imperfetto di produrre comunque effetti, magari minori rispetto a quelli avuti di mira. Inoltre, questa disposizione viene utilizzata in combinato disposto con l'art. 156 c.p.c. per evitare di incappare in una dichiarazione di nullità quando venga compiuto un atto al posto di un altro, così, ad esempio, quando si introduca un giudizio con ricorso anziché con atto di citazione e viceversa, purché la fattispecie concretamente posta

<sup>53</sup> Vedi cap. V, § 2.

in essere abbia i requisiti minimi di forma necessari al raggiungimento dello scopo al quale era volta la fattispecie prevista dalla legge<sup>54</sup>.

L'altra regola riguarda l'obbligo di disporre la rinnovazione degli atti dichiarati nulli da parte del giudice, ove sia possibile (art. 162, comma 1 c.p.c.): la rinnovazione dell'atto potrebbe avere l'effetto di sanare l'atto nullo precedente, consentendogli di produrre effetti *ex tunc*, così la rinnovazione dell'atto di citazione nullo nella parte relativa alla *vociatio in ius*.

I vari aspetti del regime delle nullità di nostro interesse verranno approfonditi nei successivi capitoli, tuttavia, già a prima vista, la disciplina complessiva della nullità sembra mostrare la prevalente volontà del legislatore di salvaguardare gli atti e i provvedimenti, finché possibile.

È stata sancita la regola generale all'art. 131, comma 1 della determinazione da parte del legislatore dei casi in cui la legge prescrive la pronuncia da parte del giudice di sentenza, di ordinanza o decreto: un contenitore vuoto da specificare con riferimento alle singole disposizioni generali.

Per quel che concerne la forma della sentenza, si inseriva nel codice una semplificazione, già ideata nei progetti precedenti ad esso: in particolare, la motivazione corrispondeva alla «coincisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione» (art. 132, comma 1, n. 4), concetto che venne ribadito anche nelle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile<sup>55</sup>. Restava la richiesta della firma di tutti i componenti del collegio in caso di sentenza collegiale. In quest'ultimo requisito formale vi è un'importante differenza con gli altri due provvedimenti, ordinanza e decreto, per i quali se collegiali è richiesta la sottoscrizione del solo presidente (artt. 132, 134 e 135).

Nell'originario testo del 1940 le differenze formali tra sentenza e

<sup>54</sup> R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 525 ss.

<sup>55</sup> In particolar modo, l'art. 118, disp. att. c.p.c., dopo aver precisato al primo comma che «La motivazione della sentenza di cui all'art. 132, n. 4 del presente codice consiste nell'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione» specifica al secondo comma che «Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ...». L'aggettivo «succinta» a motivazione nel primo comma viene aggiunto successivamente, con la l. n. 69/2009.

gli altri due tipi di provvedimenti erano piuttosto marcate. Sentenza e decreto erano agli antipodi: si pensi che nel testo dell'art. 135 non è richiesta l'obbligatoria motivazione del decreto, anche se tale disposizione ha subito un correttivo per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 111, Cost., comma 6 (ex 1), che impone la motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali, quantomeno se frutto dell'esercizio di una facoltà discrezionale. La struttura della sentenza, inoltre, è ben più articolata di quella dell'ordinanza, per la cui forma l'art. 134, comma 1 si limita a stabilire che sia succintamente motivata e che sia datata e sottoscritta dal solo presidente, se collegiale.

Un'altra novità riguarda la pubblicazione della sentenza, che nel precedente regime era un atto del cancelliere e aveva ingenerato il dubbio, risolto positivamente da gran parte della dottrina, che la pubblicazione fosse un elemento costitutivo dell'iter di formazione della sentenza: in tal modo un soggetto estraneo alla magistratura partecipava alla venuta in essere dell'atto decisorio per eccellenza. Nel nuovo codice, invece, la pubblicazione è un atto del giudice che ha pronunciato la sentenza, tanto che essa avviene con il deposito in cancelleria del provvedimento (art. 133, comma 1 c.p.c.); ai sensi del secondo comma della medesima norma, al cancelliere spetterebbe unicamente un'attività di certificazione: il cancelliere dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma<sup>56</sup>.

A differenza che nel passato codice (così l'art. 361) non vi è una norma che stabilisce quando la sentenza sia nulla; l'art. 132 dovrebbe fornire lo schema di riferimento per far valere la nullità del provvedimento, perché la normativa non aggiunge altro, se non la previsione di un caso di inesistenza o nullità assolutamente insanabile della sentenza (art. 161, comma 2). In più, ci dovrebbero essere i casi di nullità derivata, dovuta a vizi non sanati prodottisi nel corso del procedimento.

Nell'ambito delle disposizioni sulla nullità viene stabilita la modali-

<sup>56</sup> Giurisprudenza e dottrina sono concordi sul punto che essenziale ai fini della pubblicazione è unicamente l'attività del magistrato. In giurisprudenza vedi: Cass., 7 giugno 2001, n. 7712, *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1148; Id., 22 marzo 2004, n. 9863, *ivi*, 2004, 5; Id., 22 marzo 2007, n. 6991, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1597. In dottrina vedi: F. CARNELUTTI, *A proposito della divulgazione della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 306 ss.; A. CERINO CANOVA, *Solo la pubblicazione fa la sentenza*, in A. Cerino Canova, *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 230 ss.

tà per far valere la nullità della sentenza, attraverso i mezzi di impugnazione e quindi con le regole loro proprie; la “vecchia” querela di nullità viene assorbita nel sistema delle impugnazioni<sup>57</sup>, con le dovute eccezioni come vedremo nel proseguo della trattazione.

Nessun riferimento vi è alle cause ed ai modi per far valere la nullità degli altri provvedimenti del giudice, con la necessaria conclusione che si debbano applicare le regole generali sulla nullità<sup>58</sup>.

Il dubbio che fin da subito si poneva era se valesse la regola dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame almeno per i provvedimenti con contenuto decisorio, con forma diversa dalla sentenza<sup>59</sup>, e per i provvedimenti cautelari, nell'ambito dei quali il sequestro era soggetto al procedimento di convalida, fino all'entrata in vigore del rito cautelare uniforme (art. 680 ss.)<sup>60</sup>.

Il legislatore collegava “la politica delle forme” ai poteri del giudice. Si contrapponevano due sistemi in ordine all'organizzazione degli atti processuali: quello in cui il procedimento è stabilito in maniera invariabile dalla legge; di contro, quello in cui è dato al giudice il potere di decidere di volta in volta il percorso da seguire. Il nuovo codice venne impostato sul principio di legalità, con un procedimento predefinito, con un sistema di preclusioni stringenti legate alla prima udienza di trattazione (art. 183), ma allo stesso tempo flessibile, perché si voleva il processo non come un unico blocco, ma come una fattispecie composta da pezzi smontabili e combinabili a seconda della complessità della causa<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> P. CALAMANDREI, *Della sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 112 ss.

<sup>58</sup> Critico in proposito E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 234 ss., che considerava la disciplina generale della nullità carente sotto vari profili, tra i quali l'incompletezza della disciplina della nullità dei provvedimenti del giudice.

<sup>59</sup> Sul punto: V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 10 ss.; C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967; C. TARZIA, *Profili della sentenza impugnabile*, cit., 138 ss.

<sup>60</sup> Sul procedimento di convalida si rinvia a P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. II, 318 ss.

<sup>61</sup> *Relazione*, cit., 4013.

Piuttosto che abbracciare il sistema del giudice unico, considerato più rapido ma meno garantista, si puntò verso un sistema definito “misto”: le causa di maggior valore si affidavano ad un organo collegiale, cercando, tuttavia, di coniugare con esso i vantaggi del giudice monocratico.

Il giudice istruttore è la novità rispetto al giudice delegato del codice precedente perché egli svolge funzioni proprie: non è una figura presente nei soli casi in cui è necessario procedere all’assunzione delle prove, piuttosto prende in carico il processo fin dall’origine per evitare di lasciarlo in balia delle parti, predisponendo la causa per la decisione. A tal fine, per evitare i continui passaggi tra i due organi del processo, il giudice istruttore è stato dotato del potere di risolvere qualunque questione di carattere processuale in via provvisoria, mediante ordinanza<sup>62</sup>.

Il punto dolente della costruzione possono essere quei passaggi del processo in cui vengono discusse questioni di merito<sup>63</sup>: se il sistema della rimessione al collegio aveva provocato continui ritardi, non di meno poteva essere il suo opposto, con un giudice istruttore che tralasciasse l’approfondimento di questioni controverse, per risolverle alla fine davanti al collegio. Il sistema prescelto venne reputato dal legislatore il giusto mezzo: il giudice istruttore nell’esercizio del suo potere di conduzione del processo avrebbe deciso il grado di approfondimento dell’istruzione secondo la sua sensibilità; la sua provvisoria decisione, tuttavia, non avrebbe pregiudicato nulla, perché essa avrebbe assunto la forma di un’ordinanza. Questo provvedimento, proprio per la funzione che svolgerebbe all’interno del processo di cognizione, non potrebbe mai determinare la decisione della causa (art. 177, comma 1); perciò, senza bisogno di mezzi di impugnazione, le parti avrebbero potuto sottoporre al collegio le questioni risolte con ordinanza (art. 178). Se pur il giudice istruttore avesse errato sulle questioni di merito, di-

<sup>62</sup> *Relazione*, cit., 4017. Sul punto: V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, 403 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1947, vol. II, 1 ss.

<sup>63</sup> Questo passaggio veniva sottolineato nella relazione del Guardasigilli al progetto definitivo (in *Codice di procedura civile, Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, cit., 52, § 122) nonché nella discussione parlamentare che ne seguì, della quale gli stralci più significativi sono riportati da V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 406 ss.

sponendo l'inutile assunzione di un mezzo di prova, questo inconveniente nelle intenzioni del legislatore, avrebbe provocato "solo" uno spreco di attività processuale.

Inoltre, la provvisorietà del provvedimento non avrebbe impedito al giudice istruttore stesso di ritornare sopra un punto non definito, revocando o modificando l'ordinanza adottata (art. 177, comma 2). Insomma, il provvedimento che nel processo liberale esprimeva il potere eccezionale del giudice delegato di risolvere questioni urgenti, nel nuovo codice sarebbe stato espressione del normale potere del giudice istruttore di affrontare tutti i punti dell'attività propria e delle parti che si presentassero nel corso del procedimento, fino alla rimessione in decisione<sup>64</sup>.

Il collegio giudicante, del resto, non veniva affatto limitato nel dominio della causa, perché a sua disposizione il codice del '40 mette un ventaglio di provvedimenti: la sentenza definitiva; la sentenza parziale; infine, le ordinanze, adottate dal collegio per disporre la prosecuzione dell'istruzione davanti a sé o al giudice istruttore, quando la causa non fosse ancora matura per la decisione. Va aggiunto che la presenza di preclusioni stringenti, legate agli atti introduttivi e alla prima udienza di trattazione, avrebbe impedito di prolungare più che tanto i passaggi tra i due organi del processo.

Il testo dell'art. 279 nella sua originaria formulazione era piuttosto chiaro: quando la sentenza decide parzialmente il merito o una questione di competenza o altra pregiudiziale, senza chiudere il giudizio, è una sentenza parziale; quando chiude il giudizio, risolvendo tutte le questioni sottoposte al giudice, è una sentenza definitiva<sup>65</sup>. L'art. 279

<sup>64</sup> *Relazione*, cit., 4018: «... La funzione di questa ordinanza merita di essere messa in particolare evidenza, perché essa costituisce una delle chiavi del nuovo procedimento, questo potere eccezionale di risolvere con ordinanza le questioni urgenti che il vecchio Codice dava al presidente nel rito incidentale (art. 182), è diventato nel nuovo Codice un potere normale del giudice istruttore, il quale senza bisogno di rilevare particolari motivi d'urgenza, ha il dovere e il potere di risolvere senza indugio tutte le questioni attinenti alle attività proprie e delle parti che si presentano sulla sua strada, per poter rapidamente percorrerla fino in fondo e arrivare senza sosta al momento in cui, chiusa l'istruzione, la decisione definitiva, sarà rimessa al collegio».

<sup>65</sup> L'originario art. 279 c.p.c. prevedeva: «Il collegio, quando sospende la decisione della causa perché ritiene necessaria un'ulteriore istruzione, dà con ordinanza le

definiva espressamente sentenze parziali le pronunce di cui all'art. 277 e 278, ovvero la sentenza su una domanda in caso di cumulo di domande e la condanna generica, eliminando il dubbio sulla natura di questi ultimi provvedimenti.

Qualora il collegio avesse pronunciato sulla giurisdizione o sulla competenza, non chiudendo il giudizio, ovvero sentenza parziale di merito, avrebbe disposto con ordinanza per l'ulteriore istruzione delle questioni non decise davanti al giudice istruttore: l'intenzione del legislatore era di sostituire con le ordinanze le sentenze interlocutorie<sup>66</sup>.

Non chiaro dal testo dell'art. 279 era la forma che il provvedimento dovesse assumere qualora il collegio si trovasse a risolvere una questione preliminare di merito a seguito di rimessione da parte del giudice istruttore e non si accogliesse l'eccezione. A creare confusione sul confine esistente tra sentenze parziali e ordinanze vi fu anche una circolare ministeriale<sup>67</sup>, che pure avrebbe dovuto fornire chiarimenti: «... se decide nel senso opposto (cioè nel senso che rende necessaria la prosecuzione del giudizio e quindi la continuazione dell'istruzione), in quale senso dovrà essere pronunciata tale decisione? Bisogna guardarsi dal credere che questa decisione debba in ogni caso essere pronunciata con sentenza parziale: al contrario, nella massima parte dei casi, dovrà essere presa in forma di semplice ordinanza... Insomma per le questioni attinenti al merito in senso stretto, cioè a tutti gli aspetti di diritto e di fatto del rapporto sostanziale controverso, la rimessione al collegio può portare alla pronuncia di una sentenza separata (definitiva) solo quando il calcolo di probabilità che ha indotto il giudice istruttore a tale rimessione, si riveli esatto; ma se tale calcolo si rivela sbagliato,

disposizioni opportune. Quando decide il merito o una questione di competenza o altra pregiudiziale definendo il giudizio, il collegio pronuncia sentenza definitiva. Quando decide parzialmente il merito, anche a norma dei due articoli precedenti o una questione di competenza o altra pregiudiziale senza definire il giudizio, il collegio pronuncia la decisione con sentenza parziale, e con separata ordinanza dà i provvedimenti opportuni per l'ulteriore istruzione sulle questioni non decise. L'ordinanza è depositata in cancelleria insieme con la sentenza».

<sup>66</sup> *Relazione*, cit., 4020-21. Sul punto: V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 206 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 81 ss.

<sup>67</sup> Circolare ministeriale, 24 aprile 1942, n. 2690, in *Leggi*, 1942, 467, in particolare 472.

nel senso che il collegio valuti diversamente dal giudice istruttore la necessità di un'ulteriore istruttoria, la decisione della questione rimessagli deve essere data dal collegio in forma di ordinanza, con quello stesso carattere deliberativo e provvisorio che hanno le ordinanze del giudice istruttore, quando provvisoriamente risolve, ai fini di continuare la istruzione, le questioni di merito che si opporrebbero alla prosecuzione della medesima».

Contrariamente alle indicazioni ministeriali, Andrioli e Satta<sup>68</sup> conclusero che le questioni preliminari di merito, anche quelle relative all'ammissibilità o meno di un mezzo di prova, quando questo apparisse l'unico strumento per definire il giudizio, avrebbero dovuto essere decise con sentenza, mentre la prosecuzione dell'istruzione avrebbe dovuto essere disposta con ordinanza. Insomma, l'antica sentenza interlocutoria, di natura mista, avrebbe dovuto essere scissa in due provvedimenti.

In tal senso si pronunciò anche una sentenza della Corte di cassazione dell'epoca, secondo la quale il giudice d'appello qualora avesse deciso in senso favorevole sulla contestata ammissibilità dell'impugnazione e avesse ritenuto, esaminando il merito della causa, di dover disporre atti istruttori, avrebbe dovuto provvedere con sentenza parziale; ove, al contrario, avesse provveduto con ordinanza, non avrebbe potuto in un secondo tempo, nonostante l'errore della denominazione e della forma del provvedimento, revocare la decisione nella parte concernente l'ammissibilità del gravame, dovendosi aver riguardo al contenuto del provvedimento non alla forma<sup>69</sup>.

Ogni caso, se il provvedimento avesse avuto forma di sentenza parziale sarebbe stato impugnabile con la sentenza definitiva (art. 339, comma 2); mentre, per quel che concerne le ordinanze, pur non essendoci uno specifico mezzo di impugnazione, il riferimento dell'art. 280, ultimo comma all'art. 177 avrebbe dovuto eliminare le incertezze sulla possibilità del collegio di revocare e modificare il suo disposto e

<sup>68</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 2<sup>a</sup> ed., vol. II, 213; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 210 s.

<sup>69</sup> Cass., 5 marzo 1947, n. 317, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 32 ss., con nota di C. VOCINO, *Sulla natura del provvedimento del giudice*.

di riaffrontare in sede di decisione le stesse questioni, anche quando in prima battuta avesse travalicato i limiti della mera istruzione<sup>70</sup>.

La giurisprudenza di Cassazione, tuttavia, davanti a provvedimenti decisori in modo anomalo, continuò ad applicare il principio già emerso nel vigore dei codici precedenti: il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, secondo il quale il provvedimento reso in forma di ordinanza su materie o su questioni che dovevano essere oggetto di sentenza, sarebbe sotto ogni riflesso sostanziale, anche ai fini dell'impugnazione, una sentenza e non un'ordinanza, sempre che l'organo che lo aveva emesso avesse il potere di farlo<sup>71</sup>. Questo principio venne affermato anche in ipotesi diverse della risoluzione di questioni preliminari di merito, come quello della decisione sulla competenza con ordinanza anziché con sentenza, impugnabile secondo il supremo giudice con regolamento di competenza<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Il testo anteriore alla novella del 1950 prevedeva: «all'ordinanza del collegio si applicano le disposizioni dell'art. 177».

<sup>71</sup> Sul punto la giurisprudenza dell'epoca era piuttosto costante: Cass., 18 giugno 1942, n. 405, in *Mass. Foro it.*; Id., 24 settembre 1946, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, XXII, n. 121; Id., 1° marzo 1947, in *Foro it. Rep.*, 1947, voce *Appello*, n. 257; Id., 5 marzo 1947, n. 317, cit.; Id. 27 dicembre 1947, n. 1739, e Id. 6 agosto 1947, in *Foro it. Rep.*, 1947, voce *Sentenza civile*, n. 32 e 35; Id., 22 giugno 1948, n. 981, in *Giur. it.*, 1949, I, 362 ss.; Id., 23 luglio 1948, n. 1222, *Mass. Giur. it.*, 1948, I, 289; Id., 4 febbraio 1949, in *Foro it. Rep.*, 1949, voce *Sentenza*, n. 159; Id. 6 aprile 1949, n. 816, *ivi*, 1949, voce cit., n. 5; Id., 12 agosto 1949, n. 2292; Id. 16 giugno 1951, n. 1591, e 18 giugno 1951, *ivi*, 1951, voce cit., n. 9 e 9-bis.

Per la dottrina dell'epoca sul punto: R. PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili, secondo la nuova legislazione. Parte generale.*, Padova, 1943, 320; E. MINOLI, *Osservazioni sul regime dei provvedimenti interlocutori di primo grado secondo il decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 438*, in *Giur. it.*, 1948, 129 ss.; E. GARBAGNATI, *Forma e sostanza nel provvedimento di rigetto della domanda di convalida di sfratto*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 361 ss.; ID., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, *ivi*, 385 ss.

<sup>72</sup> Cass., 24 settembre 1946, n. 1283, in *Foro it.*, 1946, I, 906; Id., 31 gennaio 1949, n. 151, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 385, con nota di E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit.; Id., 4 febbraio 1949, n. 171, in *Giur.*, 1949, I, 140, sulla quale L. MONTESANO, *Rassegna di giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, 271 ss., in particolare 280 s.; Id., 4 febbraio 1949, n. 171, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, 141, con nota di G. TOMEI, *Sul regolamento di competenza avverso ordinanze aventi il valore e contenuto di senten-*

Il serio rischio era che in sede di impugnazione tali provvedimenti non passassero il vaglio formale del confronto con l'art. 132 c.p.c., non tanto per la motivazione più stringata, che poteva essere sufficiente, ma per la mancanza della sottoscrizione di tutti i giudici, quando il provvedimento fosse di carattere collegiale.

In generale, in dottrina si accentuò la tendenza alla relativizzazione delle forme processuali: l'art. 360 n. 4, pur avendo una formula analoga a quella dell'art. 517, n. 1 del codice del 1865, avrebbe avuto rispetto alla passata norma, il pregio di chiarire che la nullità del procedimento avrebbe assunto rilievo solo nella misura in cui si riflettesse sulla sentenza medesima<sup>73</sup>; la nullità avrebbe luogo solo quando la violazione della forma impedisse il raggiungimento dello scopo oggettivo del provvedimento<sup>74</sup>, perché se così non fosse stato, il vizio sarebbe stato sanato, beninteso, eccezion fatta per i casi di inesistenza.

Vanno segnalati alcuni orientamenti giurisprudenziali dell'epoca in materia di requisiti della sentenza piuttosto interessanti.

In primo luogo, la giurisprudenza di cassazione era favorevole a utilizzare il procedimento di correzione (art. 287) per evitare che la sentenza sottoscritta da parte di uno solo dei giudici fosse dichiarata nulla, se corretta sotto tutti gli altri punti di vista<sup>75</sup>. In teoria, questa

za. Vedi, tuttavia, in senso differente la precedente Cass., 22 dicembre 1944, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XV, n. 348, sulla quale V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 350.

<sup>73</sup> Così: F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 460.

<sup>74</sup> Così: F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 457; V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 356; ID., *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1954 - 1964, vol. II, 507; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 333.

<sup>75</sup> Cass., 19 febbraio 1948, n. 259, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 614, con nota di A. CONIGLIO, *Nullità della sentenza ed errori materiali*, e in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 270, con nota di S. SATTA, *Correzione di errori in tema di correzione di sentenze*; ID., 7 febbraio 1949, n. 188; ID., 11 aprile 1950, n. 950; ID., 15 marzo 1952, n. 694, in *Foro it.*, 1952, I, 417, la quale ha ritenuto correggibile la sentenza non sottoscritta per errore materiale dal giudice, mentre non sarebbe stata correggibile la sentenza non sottoscritta a seguito di rifiuto «cosciente e deliberato del giudice». Sul punto: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, 415; G. LASERRA, *Osservazioni sulla sentenza civile non sottoscritta*, in *Foro it.*, 1956, I, 1529; V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 484 s.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959- 1965, vol. I, 548 s.

tecnica avrebbe potuto essere usata anche quando la decisione fosse adottata con ordinanza e fosse rispondente a diritto, ma non vi furono pronunce in tal senso nella giurisprudenza dell'epoca.

Sempre sul requisito della firma, si rinviene una giurisprudenza oscillante intorno ai legittimi impedimenti dei giudici (art. 132, 3 comma), con tendenza, però, con il trascorrere del tempo, ad un atteggiamento più severo<sup>76</sup>.

Più controversa la rilevanza del vizio di motivazione. Come sottolineato nella Relazione al codice di procedura civile<sup>77</sup>, l'intento del legislatore era stato quello di limitare la censura del vizio di motivazione, per evitare di perpetrare la prassi giurisprudenziale, nata sotto la vigenza del passato codice, che attraverso l'esame del vizio in procedendo, in particolare passando per l'esame della logicità della motivazione, arrivasse a censurare in cassazione errori commessi dal giudice nella considerazione del fatto (il riferimento era all'art. 361, comma 2, in combinato disposto con l'art. 360, n. 6 del passato codice di procedura civile).

La maggior parte della dottrina, il cui capofila fu Carnelutti<sup>78</sup>, reputò censurabile, accanto al vizio logico di cui al n. 5, la mancata espressione di veri e propri motivi della decisione, di per sé indice della sua ingiustizia.

<sup>76</sup> Cass., 9 gennaio 1948, n. 16, ha ritenuto legittima la mancata firma in caso di congedo; Id., 9 luglio 1953, n. 2503, in *Giur. it.*, 1954, 255; Id., 42 luglio 1953, n. 2503; Id., 30 settembre 1954, n. 3188; Id., 8 novembre 1955, n. 3666. Sul punto vedi: P. D'ONOFRIO, *Commento*, cit., vol. I, 253 s. che sottolinea come l'art. 132, comma 3, usasse l'espressione "alcuni dei giudici"; conseguentemente l'impedimento poteva riguardare anche più membri del collegio.

<sup>77</sup> *Relazione*, cit., 4026: «Durante i lavori preparatori si era manifestata una autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di difetto di motivazione, al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, una estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento nelle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso (art. 360, n. 5)».

<sup>78</sup> Così: F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 459; analogamente M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 247; S. SATTA, *Diritto processuale*, cit., 332; P. D'ONOFRIO, *Commento*, cit., vol. I, 629.

Andrioli<sup>79</sup>, controcorrente, ritenne che il legislatore avesse voluto porre un limite alla creativa interpretazione della giurisprudenza e alle conseguenti incertezze verificatasi sotto il vigore del precedente codice. Perciò, concluse che il vizio della motivazione potesse avere rilevanza: in caso di mancanza grafica di motivazione; nei limiti indicati dal n. 5 dell'art. 360<sup>80</sup> per la motivazione in punto di fatto. Ritenendo il contrario, l'errore di motivazione sul fatto sarebbe stato censurabile di per sé, mentre in virtù del disposto dell'art. 384, ultimo comma l'errore di motivazione in punto di diritto sarebbe stato censurabile solo in caso di decisione non conforme a diritto, perché negli altri casi sarebbe stata correggibile. In sostanza, l'illustre giurista negava che potesse avere luogo il controllo logico della motivazione fine a sé stesso: l'incongruenza della motivazione aveva rilievo solo se rivelatrice dell'ingiustizia della decisione; ove il difetto di motivazione si riferisse ai fatti, esso avrebbe dato luogo ad annullamento se e in quanto si concretasse nell'omesso esame di una circostanza decisiva ai fini della pronuncia. Il riferimento del vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 era comunque considerato la motivazione della sentenza<sup>81</sup>.

Sposando l'interpretazione di Andrioli, anche sotto questo aspetto si sarebbe potuto ampliare il margine di tolleranza che consentiva di salvare il provvedimento decisorio erroneamente adottato in forma di

<sup>79</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 506 ss.

<sup>80</sup> Limite che è mutato nel corso del tempo, perché l'originaria formulazione della norma era praticamente identica a quella attuale 360, n. 5, se si escludono alcuni aggiustamenti stilistici: un "di" un fatto al posto di "circa" un fatto.

La dottrina che commentò la norma all'indomani dell'entrata in vigore del codice del '40 paventò che questo motivo di ricorso consentisse alla Suprema Corte di spingersi sino ad un penetrante esame del fatto, in quanto la valutazione della decisorietà avrebbe potuto implicare il riesame di tutto il materiale istruttorio acquisito alla causa, così V. ANDRIOLI, G.A. MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile* (1946) ora in V. ANDRIOLI, G.A. MICHELI, *Scritti giuridici*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 2007, vol. III, 1576. Sul punto vedi anche C. VOCINO, *Prime riflessioni sull'omesso esame di un fatto decisivo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, I, 169 ss.

<sup>81</sup> M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 482, commentando l'originario l'art. 360, comma 1, n. 5, ha sottolineato come esso consentisse il rilievo del vizio di motivazione solo quando questa omettesse la considerazione di un fatto decisivo, rivelando in tal modo un vizio logico nella decisione.

ordinanza, con motivazione più modesta, consentendone più facilmente la conversione in sentenza.

In verità, sotto la vigenza dell'art. 360, n. 5 originario continuò con la stessa ampiezza il sindacato della Cassazione sulla logicità della motivazione<sup>82</sup>.

Oltre al tribunale vi erano due giudici monocratici: il pretore ed il conciliatore. Il procedimento davanti a questi due giudici aveva una disciplina comune agli artt. 311 ss. L'art. 311 richiamava le norme relative al procedimento davanti al tribunale, in quanto applicabili, per tutto ciò che non fosse espressamente disciplinato. Il procedimento aveva una struttura più lineare, ma era organizzato sulle fasi di quello davanti al tribunale. La disciplina di provvedimenti applicabile era

<sup>82</sup> Da un lato la giurisprudenza affermava il principio per cui, in base dal combinato disposto degli articoli 132 e 156 c.p.c., si poteva lamentare in cassazione, per mezzo dell'art. 360 n. 4 c.p.c., solo l'omessa motivazione e non anche la sua insufficienza, illogicità o incongruenza della stessa (Cass., 26 marzo 1943, n. 103; Id., 29 marzo 1945, n. 204; Id., 11 febbraio 1947, n. 167); dall'altro, però, continuava a censurare il vizio logico della motivazione come elaborato sotto la vigenza del codice precedente, così ad esempio, in Cass., 1° novembre 1944, n. 93 si legge: «Quando risulta che sono stati esaminati fatti decisivi per il giudizio discusso fra le parti, non è consentito insorgere con il ricorso per cassazione, fondato sull'art. 360 n. 5 c.p.c. e contro le deduzioni e le argomentazioni del giudice di merito che, sorrette da valide ragioni e da adeguata motivazione abbiano portato a determinate risoluzioni, anche se siano stati trascurati documenti prodotti in giudizio perché ritenuti non influenti nella decisione della lite»; Cass., 28 giugno 1946, n. 764 affermava «Non sono censurabili in sede di cassazione gli accertamenti di fatto del giudice del merito, giustificati da ampia motivazione, condotta con criterio logico e senza errori giuridici, in base all'esame coordinato di tutto il materiale probatorio». In argomento vedi: P. CALAMANDREI, C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, vol. II, 1053, i quali notavano che a causa della prassi giurisprudenziale tale motivo era divenuto un canale attraverso il quale era consentito ai ricorrenti di far rientrare larvamente tutte quelle censure che altrimenti ne sarebbero state escluse, come la violazione delle massime di esperienza, l'erronea interpretazione dei contratti, il travisamento dei fatti; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 474 ss.; M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Judicium*, 2012, 4; G. MONTELEONE, *Il controllo della Suprema Corte sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv dir. proc.*, 2015, 871 ss.; A. SALETTI, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di Cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, cit., 965 ss., autori ai quali si rimanda anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

quella comune di cui agli artt. 131 – 135 c.p.c., con i dovuti adattamenti. Ai provvedimenti dei giudici monocratici emessi in forma errata grazie al fatto che la sentenza recava solo la loro firma era più facilmente applicabile il principio della prevalenza della sostanza<sup>83</sup>.

A completamento della disamina, va ricordata la presenza nell'ambito del codice di procedura civile sin dall'origine di una serie di procedimenti speciali.

Vi erano dei procedimenti che costituivano forma speciale di esercizio della cognizione piena, come i procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, artt. 706 ss. c.p.c., caratterizzati da ampi poteri officiosi del giudice e dalla presenza del P.M.

Poi, vi erano i procedimenti sommari non cautelari caratterizzati da una cognizione sommaria, per varie ragioni, che si concludevano con ordinanza o con decreto. Da menzionare, oltre ai procedimenti decisori sommari classici, il procedimento per decreto ingiuntivo e il procedimento per convalida di licenza o sfratto per finita locazione o per morosità, è il procedimento in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss.

Originariamente la sua disciplina generale fu pensata per una materia che non richiede la garanzia del giudicato, tanto è vero che all'art. 742 c.p.c., è prevista la possibilità di revoca o modifica del provvedimento finale a prescindere dalla sopravvenienza di nuove circostanze.

Esso è caratterizzato da forme fluide e dominato dal potere officioso anche nella fase istruttoria; questa fase è atipica, sia negli strumenti

<sup>83</sup> Cass., 22 giugno 1948, n. 981, in *Giur. it.*, 1949, I, 361 ss., con nota di E. GARBAGNATI, *Forma e sostanza nel provvedimento di rigetto della domanda di convalida di sfratto*, la quale attribuisce carattere di sentenza all'ordinanza con il quale il conciliatore aveva deciso sull'eccezione proposte dall'opponente; Cass., 12 marzo 1953, n. 594; Id., 14 maggio 1955, n. 1379 che considerava sentenza in senso sostanziale l'ordinanza con la quale il pretore, in seguito all'opposizione dell'inquilino alla licenza di sfratto, non l'aveva convalidata, ma si era ritenuto competente e aveva deciso dell'ordinario giudizio di rilascio. Favorevole all'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, previa verifica delle possibilità del giudice di esercitare il potere decisorio L. MONTESANO, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro. It.*, 1952, IV, 144 ss., in particolare 148 ss.; anche R. CHIEPPA, *Sulla natura del provvedimento secondo il contenuto sostanziale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 717 ss., purché non si trattasse di provvedimenti decisori per il quale il legislatore aveva stabilito una forma differente dalla sentenza.

istruttori che nel procedimento di assunzione, lasciato alla direzione del giudice; il procedimento viene concluso dal provvedimento strutturalmente più scarno, il decreto, soggetto a reclamo ad un giudice superiore in un breve termine e inidoneo al giudicato. Ebbene, tale procedimento è stato utilizzato dal legislatore anche per la tutela dei diritti, generando vari dubbi in dottrina<sup>84</sup>.

La Corte costituzionale, dal canto suo, in linea di principio ha negato l'illegittimità costituzionale di scelte legislative dirette verso procedimenti più snelli per la tutela dei diritti, bollando la questione come di politica legislativa. Nel tempo, attraverso una serie di pronunce interpretative di rigetto e di accoglimento, posto davanti all'esigenza di garantire il giusto processo a diritti lesi o *status*, il giudice di legittimità ha trasformato il modello base di procedimento in camera di consiglio in un procedimento in linea con la correlazione necessaria fra giudicato e almeno un grado di tutela a cognizione piena<sup>85</sup>.

La Corte di cassazione, dal canto suo, in una storica sentenza ha definito la procedura camerale come "contenitore neutro"<sup>86</sup>, dove pos-

<sup>84</sup> Per approfondimenti sull'argomento: L. MONTESANO, «*Dovuto processo*» *processo su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 934 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, *ivi*, 1990, I, 453 ss.; L. LANFRANCHI (cur.), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 2001, *passim*; ID., *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del giusto processo civile e tutela dei diritti*, 3° ed., Torino, 2011, *passim*.

<sup>85</sup> *Ex multis*: Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Foro it.*, 1957, I, 1575 ss.; Id., 22 novembre 1962, n. 93, *ivi*, 1962, I, 2161 ss.; Id., 9 luglio 1963, n. 118, *ivi*, 1963, I, 1608 ss.; Id., 9 luglio 1965, n. 70, *ivi*, 1965, I, 1396 ss.; Id., 27 giugno 1968, n. 74, *ivi*, 1968, I, 1344 ss.; Id., 5 luglio 1968, n. 87, *ivi*, 1968, I, 2024 ss.; Id., 16 luglio 1970, n. 141, *ivi*, 1970, I, 2038 ss.; Id., 18 maggio 1972, n. 89, *ivi*, 1972, I, 1525; Id., 27 giugno 1972, n. 114, *ivi*, 1972, I, 2357 ss.; Id., 22 maggio 1974, n. 140, *ivi*, 1974, I, 1545 ss.; Id., 20 luglio 1975, n. 202, *ivi*, 1975, I, 1575 ss.; Id., 20 maggio 1976, n. 120, *ivi*, 1976, I, 1414 ss.; Id., 23 aprile 1978, n. 146, *ivi*, 1978, I, 1347 ss.; Id., 23 marzo 1981, n. 42, *ivi*, 1981, I, 1228 ss.; Id., 28 giugno 1985, n. 190, *ivi*, 1985, I, 1881 ss.; Id., 22 maggio 1987, n. 181, *ivi*, 1987, I, 1962 ss.; Id., 21 aprile 1989, n. 239, *ivi*, 1990, I, 375 ss.; Id., 29 maggio 1991, n. 218, *ivi*, 1991, I, 2300 ss.; Id., 29 aprile 1993, n. 110, *ivi*, 1994, I, 3578 ss.; Id. 24 febbraio 1995, n. 57, *ivi*, 1995, I, 2407 ss.; Id., 6 aprile 1995, n. 110, *ivi*, 1995, I, 1405 ss.; Id., 18 dicembre 1995, n. 995, *ivi*, 1996, I, 783 ss.

<sup>86</sup> Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1300 ss. con nota di A. CARRATTA, *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*.

sono trovare spazio tanto i provvedimenti di volontaria giurisdizione che i provvedimenti di natura contenziosa, nel rispetto delle loro peculiari e innegabili caratteristiche, sia strutturali che funzionali. Ciò significa che quando si ha che fare con diritti o *status*, debbono essere rispettate dal legislatore ordinario le garanzie procedurali che sono richieste dal rapporto in contestazione. La Corte parla di un "minimo" di garanzie procedurali: ma bisogna stare bene attenti a come essa intende tale minimo. Si spiega, infatti, che la giurisdizione volontaria si espande e si allontana dal precedente rito camerale per "*ammantarsi delle forme tipiche del giudizio ordinario*", designando un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo, caratterizzato dal rilievo riconosciuto ai poteri del giudice, ma che allo stesso tempo rispetta le garanzie delle parti in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova, all'applicazione dei termini ordinari per le impugnazioni. Quindi, la procedura camerale può essere utilizzata per la tutela camerale contenziosa, purché con i dovuti adattamenti.

In proposito, va ricordato un particolare uso del procedimento in camera di consiglio nel giudizio di cassazione. Nell'originario testo del codice di procedura civile del 1940 l'art. 375 c.p.c. prevedeva: «Oltre che per caso di regolamento di competenza e per quello previsto dall'art. 373 (sospensione dell'esecuzione), la corte, a sezione semplice, pronuncia in camera di consiglio con ordinanza quando, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, riconosce di dover dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale o di quello incidentale, pronunciare il rigetto di entrambi per mancanza dei motivi previsti nell'art. 360, ordinare l'integrazione del contraddittorio, o la notificazione di cui all'art. 332, oppure dichiarare l'estinzione del processo per avvenuta rinuncia». Nella Relazione ministeriale si spiegava che, analogamente che nel processo penale, si era inteso conferire alla Corte il potere di «... eliminare in camera di consiglio i ricorsi inammissibili o manifestamente infondati...»<sup>87</sup>. Andrioli<sup>88</sup> mise in evidenza come gli allarmi

<sup>87</sup> *Relazione alla maestà del Re Imperatore*, cit., 4011.

<sup>88</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 558 ss., il quale sottolineò come questo procedimento in tredici anni non fosse mai stato utilizzato, dato rimarcato anche da S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959-1965, vol. II, 260 s.

sulla funzionalità pratica di tale disposizione erano in massima parte infondati, perché in fin dei conti la differenza strutturale fra il procedimento in camera di consiglio e quello di discussione in pubblica udienza, si riducevano alla mancanza nel primo della discussione orale, largamente compensata dal fatto che nel primo procedimento le conclusioni del P.M. erano portate a conoscenza delle parti prima del termine ad esse assegnato per la presentazione delle memorie.

#### *4. L'entrata in vigore della Costituzione italiana e la "novella del 1950"*

Può sembrare inappropriato l'accostamento della Legge Fondamentale e alla c.d. "Controriforma del 1950", ma è opportuno evidenziare come questi due eventi legislativi, pur di portata e importanza differente, generarono due effetti opposti sull'intricata questione dell'impugnabilità dei provvedimenti decisori con forma diversa dalla sentenza.

Per la verità, l'entrata in vigore della Costituzione e in particolare dell'art. 111 (nella sua prima edizione composto da soli due commi), diede una spinta ad una considerazione dei provvedimenti decisori non legata alla forma ma alla sostanza. Vanno meglio precisati i termini della nota vicenda e soprattutto quanto essa possa influire sulla problematica dei provvedimenti anomali.

La premessa è che prima della Costituzione nel corpo del codice e in leggi extracodicistiche erano già presenti provvedimenti decisori con forma di ordinanza o decreto. Mentre per i procedimenti decisori sommari, a seguito di opposizione, la conversione in processo ordinario garantiva l'accesso alle impugnazioni ordinarie, per altri provvedimenti di dubbia natura si pose il problema della loro impugnabilità. Così fu, ad esempio, per il provvedimento per la liquidazione dei compensi di avvocati e procuratori per le prestazioni svolte durante un processo civile, il cui procedimento era originariamente disciplinato dagli artt. 28 - 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794. La normativa prevedeva la possibilità a favore dell'avvocato di agire con un procedimento semplificato, in camera di consiglio, senza l'obbligo del ministero del difensore, di competenza del capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale era stata svolta la relativa opera professionale. Si seguiva

il medesimo procedimento nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo per la liquidazione di onorari professionali. Il riferimento alla camera di consiglio venne considerato un richiamo agli artt. 737 ss. c.p.c., tranne che per quelle disposizioni incompatibili con la giurisdizione contenziosa (la revoca del provvedimento *ad nutum*, la forma della decisione e il suo regime di impugnazione). La decisione finale veniva assunta con ordinanza non impugnabile, anche se la Corte di cassazione immediatamente ritenne esperibile contro di essa il ricorso in cassazione, in applicazione diretta dell'art. 111, comma 2 (*rectius* comma 7) della Costituzione<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> Si tratta della storica sentenza Cass., Sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.* 1953, I, 1248 ss.; in *Giur. it.* 1954, I, 2, 453 ss., con nota di U. AZZOLINA, *L'impugnabilità in cassazione dei provvedimenti di contenuto decisorio non aventi veste formale di sentenza*; in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, IV, 205 ss., con nota di L. BIANCHI D'ESPINOSA, *I provvedimenti impugnati per cassazione per l'art. 111 della Costituzione* e di M. MONGIARDO, *Impugnabilità delle ordinanze di liquidazione delle spese giudiziali*. Vedi anche le precedenti: Cass., 25 gennaio 1949, n. 96, in *Giur. it.*, I, 1949, I, 385 ss.; Id., 14 dicembre 1950, n. 2727, in *Foro pad.*, 1951, I, 229 ss., con nota di E. GARBAGNATI, *Ancora sull'impugnabilità dell'ordinanza, che decide in camera di consiglio un'opposizione a decreto ingiuntivo*; dove la Cassazione specifica che davanti a provvedimenti aventi natura di sentenze, ma dichiarati dalla legge espressamente non impugnabili, quali le ordinanze emanate a termine degli artt. 29 e 30 della legge n. 794/42, la non impugnabilità riguarda l'appello e non il ricorso in cassazione; Cass., 5 maggio 1951, n. 1061, in *Giur. it.*, I, 529, in cui la Corte esclude il ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost. avverso l'ordinanza non impugnabile con la quale il presidente del Tribunale risolveva una controversia insorta tra le parti in sede di approvazione del rendiconto del sequestratario e liquidava il compenso del medesimo; la Corte non negava in linea di principio l'applicabilità diretta dell'art. 111, Cost., ma si soffermava sul dato che le ordinanze non sono di regola soggette ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze; tuttavia, aggiungeva che: «Se il provvedimento ha natura di sentenza non deve essere sottratto, da qualunque giudice emanato, al controllo della Corte di cassazione, ove il giudice abbia nell'emanarlo violato la legge; questa è l'esigenza cui integrando l'anteriore sistema delle impugnazioni provvede il 2° comma dell'art. 111 della Costituzione»; si aggiungeva che solo eccezionalmente il legislatore in vista di esigenze di celerità del processo, potrebbe usare una forma diversa per un provvedimento decisorio, perché il cittadino non potrebbe essere privato della garanzia della maggiore giustizia insita nei mezzi di impugnazione, «E quando il legislatore usi di tale potere, non può essere consentito al giudice equiparare il provvedimento a sentenza, a causa della sua intrinseca natura decisoria, ed assoggettarlo ai mezzi di impugnazione delle sentenze»; Cass., 5 maggio 1953, n. 524, in *Foro pad.*, 1953, 121. Tra

È interessante l'interpretazione del termine "sentenza" che la Corte diede per consentire questa operazione creativa. La funzione di tale norma sarebbe quella di rendere accessibile alle parti pregiudicate da un provvedimento decisorio di forma differente dalla sentenza, la più importante delle impugnazioni quando fosse stata preclusa dal legislatore ordinario. Per arrivare a questo risultato sarebbe necessario considerare il termine sentenza presente nell'art. 111, comma 2 (oggi comma 7) come sinonimo di provvedimento decisorio. A legittimare questa conclusione vi sarebbe anche un argomento di analisi logica: l'accostamento del termine "sentenza" con l'altro "provvedimenti sulla libertà personale", che richiamerebbe il suo contenuto, e il legame delle due espressioni tramite la congiunzione, porterebbe alla conclusione che anche il primo termine debba essere considerato nella sua sostanza, non nella sua forma, quale la seconda espressione.

Per la verità, dai lavori preparatori emergono indicazioni contraddittorie<sup>90</sup>, in ordine alla posizione che vuole il termine sentenza come sinonimo di "provvedimento decisorio su diritti".

le molte sentenze successive che riconoscono l'istituto: Cass., 8 novembre 1976, n. 4076, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce *Acque pubbliche*, n. 2; Id., 19 gennaio 1979, n. 387, *ivi*, 1979, voce *cit.*, n. 8; Id., Sez. un., 23 ottobre 1980, n. 6220, in *Foro it.*, 1980, I, 3278 ss.; Id., 21 novembre 1986, n. n.6839, *ivi Rep.*, 1986, voce *Acque pubbliche*, n. 102; Id., 7 giugno 1991, n. 6495, in *Foro it.*, 1991, I, 1257 ss.; Id., 1 aprile 1992, n. 3916, *ivi*, 1992, I, 709 ss.; Id., 6 maggio 1992, n. 5358, in *Giur. it.*, 1993, I, 140 ss.; Id., 16 maggio 1992, n. 5846; Id., 21 agosto 1992, n. 9726; Id., 14 novembre 1992, n. 12241, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 11; Id., Sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.*, 1996, I, 1300 ss.

<sup>90</sup> L'Assemblea Costituente fu eletta il 2 giugno 1946 e si riunì per la prima volta il 25 giugno 1946. L'Assemblea deliberava l'istituzione della Commissione per la Costituzione, composta da 75 Deputati incaricata di «elaborare e proporre il progetto di Costituzione», e deferiva la nomina dei componenti della Commissione al Presidente dell'Assemblea Giuseppe Saragat, il quale si impegnava a seguire il criterio della proporzionalità dei gruppi dell'Assemblea. Come presidente della Commissione venne eletto Marcello Ruini; vennero nominate tre Sottocommissioni, definendone gli argomenti e nominandone i Presidenti e i Segretari. La Seconda Sottocommissione, con Presidente Umberto Terracini, si occupò dell'Organizzazione costituzionale dello Stato. Il Progetto di Costituzione, accompagnato dalla relazione dell'onorevole Ruini è del 6 febbraio 1947. Nella Relazione (<https://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000468.pdf>), sotto il titolo dedicato alla Magistratura vi è un passaggio importante: «... e di alcune garanzie fondamentali, in materia di giurisdizione (da mettersi

Il prototipo di articolo 111, 2, oggi 7 comma Cost. nel Progetto di Costituzione approvato dalla Seconda Commissione era l'art. 102, così formulato: «Contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge». Una delle principali preoccupazioni della Seconda Sottocommissione era quella di sottoporre tutte le decisioni, incluse quelle dei giudici speciali, guardati con un certo sospetto, al controllo della Corte di cassazione<sup>91</sup>.

Davanti a questa esigenza, non sembra che i costituenti si ponessero il problema di distinguere i provvedimenti dalla forma di sentenza dagli altri, per legge o per errore del giudice decisorio o patologicamente decisorio, ma con forma diversa dalla sentenza. Ciò è tanto vero che nella seduta dell'8 novembre 1947 l'onorevole Francesco Colitto in ordine ai provvedimenti Giurisdizionali propose di mutare l'originaria formula dell'art. 102 in «Contro le decisioni di ogni giudice ordinario o speciale è concesso il ricorso alla Cassazione per violazione di legge»,

in relazione con altre stabilite nei «diritti civili») che saranno anch'esse fondamento e base di integrazione dei codici ...». Questa enunciazione può essere interpretata come intenzione dei costituenti di favorire l'applicazione diretta dei principi e delle norme costituzionale, anche nella prospettiva di evitare la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

La discussione sul Progetto di Costituzione iniziò il 4 marzo del 1946 e culminò il 22 dicembre 1947 con l'approvazione del testo definitivo della Costituzione della Repubblica italiana. Vedi F. CALZARETTI (cur.), *La nascita della Costituzione*, in <https://www.nascitacostituzione.it/index.htm>.

<sup>91</sup> Non a caso nella seduta del 12 novembre 1947 l'on. Guido Cortese specificava: «... Desidero ora sottoporre all'Assemblea una esigenza che mi sembra fondamentale e cioè che ogni provvedimento giurisdizionale debba poter ricevere il controllo della Suprema Corte di cassazione. L'articolo 102 dice che contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge. Secondo le norme di legge, può significare anche soltanto per incompetenza o eccesso di poteri. Io vorrei che fosse con precisione stabilito nella Costituzione che contro tutti i provvedimenti giurisdizionali di qualunque magistratura è dato ricorrere per cassazione «per violazione di legge». In <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/05p2general/03/index.htm?008.htm&>.

Vedi in questo senso anche Giovanni Leone nella seduta del 14 novembre 1947, in <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/05p2general/03/index.htm?012.htm&2>.

proprio perché la parola “decisione” nella sua ampiezza abbracciava anche la sentenza, senza distinzioni di sorta<sup>92</sup>.

Arrivati alla seduta del 27 novembre 1947 varie erano le versioni dell'art. 102 proposte<sup>93</sup>, ma decisivo fu l'emendamento degli onorevoli Costantino Mortati e Alfredo Codacci Pisanelli: «Il ricorso in Cassazione è sempre ammesso, secondo le norme di legge, contro le sentenze emesse dagli organi giurisdizionali ordinari».

Tutta l'attenzione di Mortati fu rivolta al problema della sottoponibilità o meno delle decisioni dei giudici speciali al sindacato della Corte di cassazione. La conclusione del giurista fu che la formulazione dell'art. 102 si prestava all'interpretazione secondo cui l'estensione del sindacato della Cassazione dovesse essere la medesima sia per le deci-

<sup>92</sup> <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/05p2generali/03/index.htm?005.htm&2>; l'on. Mario Zotto (seduta del 15 novembre 1947) mise in evidenza una contraddizione in questa formulazione proposta: dato che anche tutte le decisioni degli organi giurisdizionali sarebbero state suscettibili di impugnazione davanti alla Corte di Cassazione, in questa categoria sarebbero rientrate anche le decisioni della Corte costituzionale, che è pur sempre un organo giurisdizionale. In <https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/05p2generali/03/index.htm?013.htm&2>.

<sup>93</sup> Dalla seduta del 27 novembre 1947: «... Presidente Terracini. Ricordo che sono stati già svolti i seguenti emendamenti:

*Sostituirlo col seguente:*

“Contro le sentenze e le decisioni pronunciate in secondo grado dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali o non soggette ad appello è sempre ammesso il ricorso alla Suprema Corte di cassazione per qualsiasi violazione o falsa applicazione di norme giuridiche sostanziali o procedurali”, Monticelli.

*Sostituirlo col seguente:*

“Contro le sentenze e le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali in primo o in secondo grado è sempre ammesso ricorso per Cassazione per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto sostanziale o processuale”. Romano.

*Sostituirlo col seguente:*

“Contro ogni decisione di organo giurisdizionale ordinario o speciale è concesso il ricorso per violazione di legge alla Cassazione”. «Colitto».

L'onorevole Gabrieli ha presentato il seguente emendamento:

*Sostituire l'articolo 102 col seguente:*

“Contro le sentenze e le decisioni pronunziate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali in secondo grado o non soggette ad appello è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto sostanziale o processuale” ...», in <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s2/111/index.htm>.

sioni dell'autorità giudiziaria ordinaria, sia per quelle delle autorità giudiziarie speciali; tuttavia, questa formulazione avrebbe modificato profondamente il sistema vigente, che limitava il ricorso alla Cassazione contro le decisioni dei giudici speciali, in particolare contro quelle del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, solo al caso del difetto assoluto di giurisdizione<sup>94</sup>. Nessuna attenzione, invece, il giurista pose alla questione dell'esistenza di decisioni di giudici ordinari con forma diversa dalla sentenza, di carattere decisorio al suo pari.

La successiva aggiunta «... contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è

<sup>94</sup> Così C. Mortati: «... Insomma, mi pare che creare una giurisdizione speciale e nello stesso tempo sottoporre le decisioni di questa giurisdizione speciale al controllo di un giudice che fa parte dell'ordine giudiziario ordinario, sia pure in grado supremo, sia una contraddizione; e che, pertanto, occorra porre nella Costituzione un'affermazione esplicita che escluda tale eventualità... Ribadisco, quindi, che, a mio avviso, tutte le volte che si sia in presenza d'una giurisdizione speciale, il sindacato della Cassazione si debba limitare soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione. Questo è il primo punto su cui mi pare necessario prendere netta posizione...», in <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s2/111/index.htm>.

Di contrario avviso G. Leone (seduta del 26 novembre 1947): «... Una terza garanzia di carattere costituzionale, e che esiste in altre Costituzioni, è quella del ricorso per cassazione. La Cassazione in tutti i Paesi in cui è configurata come supremo organo regolatore della interpretazione, della unità della interpretazione del diritto, sta a significare la possibilità per tutti i cittadini di potere, per quanto attiene alla interpretazione della legge, attingere a questo supremo organo a cui deve essere consentito l'accesso a tutti i cittadini nei confronti di tutte le decisioni del giudice ordinario e speciale ...», in <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s2/111/index.htm>. A questa presa di posizione generale, però, nella seduta successiva Leone riconosceva una fondamentale eccezione: «... Ora, per il Consiglio di Stato e giurisdizioni periferiche che vi sono connesse, e per la Corte dei conti, è chiaro che non si può stabilire la impugnabilità in Cassazione per violazione di legge, ma che soltanto debba mantenersi il principio vigente della impugnabilità per difetto di giurisdizione o di competenza. Perché la stessa ragion d'essere di questa giurisdizione, lo stesso motivo che ci ha indotti, deflettendo dal principio della unità della giurisdizione dal quale siamo mossi, a mantenere questa giurisdizione, deve valere per limitare il ricorso in Cassazione ai soli casi di difetto di giurisdizione». Insomma, sarebbero dovute rimanere sotto il controllo della Corte di cassazione le decisioni che del giudice speciale che Leone temeva di più: Il Tribunale Militare. In <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s2/111/index.htm>.

sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge» nel testo finale fu frutto della preoccupazione dell'on. Leone<sup>95</sup>, in ordine alla necessità di garantire la libertà personale davanti ai soprusi dei Tribunali speciali militari. La formula è stata successivamente semplificata.

L'impressione che si ha seguendo l'iter dei lavori preparatori nelle parti di interesse, è che la scelta lessicale dettata dall'esigenza di rendere più semplice e chiaro il disposto dell'art. 102 (poi 111, 2 comma, oggi 111, comma 7), sottintenda di intendere "sentenza" come classica decisione dei giudici ordinari, senza uno specifico riferimento alla forma.

L'ambiguità dei lavori preparatori fu terreno fertile sulla quale poggiò l'interpretazione dell'art. 111, comma 2 (7 comma) da parte della Cassazione, la quale si curò di mettere in evidenza i vantaggi della sua teoria: in tal modo si sarebbe evitato rispetto a leggi antecedenti alla Costituzione la dichiarazione di incostituzionalità e rispetto a procedimenti successivi di far dipendere dalle scelte del legislatore ordinario l'impugnabilità in cassazione di provvedimenti di contenuto decisorio. Grazie a questa *escamotage* veniva garantito ad ogni provvedimento di sostanza decisoria una garanzia ineluttabile, riservata alle sole sentenze formali dal codice del 1940.

Si trattava, perciò, sempre di dare prevalenza alla sostanza sulla forma, ma non perché il giudice avesse errato, ma piuttosto perché il legislatore aveva deciso di sottrarre il provvedimento decisorio alle serie delle impugnazioni ordinarie, inconsapevole della futura garanzia inserita nella Costituzione o noncurante di essa se si pensa ai procedimenti/provvedimenti ad essa successivi<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/04t4/s2/111/index.htm>.

<sup>96</sup> La dottrina dell'epoca reagì in vari modi a questa giurisprudenza. Di certo originariamente l'istituto venne inteso come riferito ai provvedimenti che decidono su diritti o *status*, quindi, non tanto con riferimento alle sentenze processuali in senso sostanziale; tuttavia, successivamente vi fu un ampliamento in questo senso, ed il riferimento dell'istituto sono stati anche i provvedimenti con contenuto di sentenza di rito. Tra i molti e importanti contributi sull'argomento: E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisorii emessi in forma di ordinanza*, cit., 387; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *L'art. 111 della Costituzione e le sentenze impugnabili con ricorso per cassazione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, 121 ss.; ID., *La costituzione e il ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 105 ss.; G. TOMEI, *Sull'impugnabilità immediata con forma di or-*

Dal canto suo la Corte di cassazione aveva bene presente la differenza tra un provvedimento decisorio di forma diversa dalla sentenza, non impugnabile per volere del legislatore ordinario e i provvedimenti con sostanza di sentenza, ma forma errata di ordinanza o decreto. Nel primo caso sarebbero soggetti a ricorso straordinario in cassazione, perché nessuna altra via sarebbe data; nel secondo caso sarebbero, invece, soggetti ad appello, perché se il giudice avesse adottato la forma corretta questo sarebbe stato il mezzo di impugnazione dato<sup>97</sup>.

*dinanza e contenuto di sentenza*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1951, III, 651 ss.; A. JANNUZZI, *Sul concetto di «sentenza» nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Jus*, 1953, 274 ss.; C.M. BARONE, *Intorno ai provvedimenti giurisdizionali decisorii rivestiti della forma dell'ordinanza*, in *Foro it.*, 1960, I, 812; C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, cit., *passim*.; A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111 comma 2°)*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, I, 395 ss.

Per la ricostruzione dell'istituto, delle sue origini e della sua evoluzione vedi: R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, *passim*; per ulteriori approfondimenti e per una visione critica dell'istituto di creazione giurisprudenziale si rinvia a L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, cit., 307 ss.

<sup>97</sup> Cass., 7 luglio 1956, n. 2528, in *Foro pad.*, 1957, I, 24 ss., con nota di E. GARBAGNATI, *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, dove si specificava: «... Le condizioni obiettive per l'ammissibilità dell'appello riguardanti il provvedimento impugnato si riassumono nella intrinseca natura di sentenza dell'atto in relazione alla legge che regola la materia, nel senso che, se il giudice ha pronunciato con la forma di altro provvedimento allorquando avrebbe dovuto provvedere con sentenza, la pronuncia ha natura di sentenza, nonché nel difetto di deroghe particolari previste espressamente dalla legge, per le quali il giudice debba decidere con pronuncia di forma diversa ed il provvedimento non sia soggetto ai mezzi di impugnazione delle sentenze». Ancora più esplicita la pronuncia Cass., 25 marzo 1966, n. 795, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 23 ss., con nota di E. GARBAGNATI, *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro il provvedimento decisorio erroneamente messo in forma di ordinanza*, con la quale la Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso in cassazione a norma dell'art. 111 Cost. contro un provvedimento di natura decisoria erroneamente emesso dal tribunale, quale giudice di primo grado, in forma di ordinanza collegiale, sottoscritta dal solo presidente. Tale ordinanza, infatti, avrebbe dovuto essere adottata in forma di sentenza e sarebbe perciò soggetta ad appello ai sensi dell'art. 339 c.p.c.; né questa norma potrebbe essere derogata per un errore del giudice, mentre nessuna rilevanza avrebbe la disposizione dell'art. 111, comma 2 (7) Cost.,

L'altro evento di nostro interesse è la riforma del codice di procedura civile, attuata con la legge 14 luglio 1950, n. 581, di ratifica del decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 483, dove troviamo una forte reazione contro il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Tralasciando le novità che, soprattutto per soddisfare la classe forense, portarono ad un ritorno all'elasticità del sistema di preclusione del precedente rito sommario<sup>98</sup>, concentriamoci sulle modifiche del sistema dei provvedimenti del giudice e sulle loro ragioni.

applicabile soltanto se contro la sentenza (in senso sostanziale) non sia ammesso alcun rimedio e, quindi, non riferibile ai casi in cui il provvedimento sia soggetto ad appello.

Da considerare la riflessione di R. ORIANI, *"Essere" e "dover essere"*, cit., 26 ss., il quale nota come la Corte di cassazione abbia in tal modo progressivamente ampliato il campo di applicazione di uno dei mezzi di impugnazione previsti per le sentenze; a questa operazione avrebbe contribuito anche la Corte costituzionale, con le numerose pronunce di incostituzionalità il cui risultato è stato quello di sottoporre provvedimenti con sostanza di sentenza ad opposizione di terzo o a revocazione.

<sup>98</sup> Nella relazione che precedeva il d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483, si evidenziavano le critiche degli operatori sul nuovo codice. In particolare, si lamentava in ordine alla trattazione della causa l'assoluta prevalenza della forma orale e l'abolizione della conveniente preparazione scritta; si rilevava, poi, che la prevalenza dell'impulso d'ufficio e la ferrea catena delle preordinate preclusioni, decadenze ed estinzioni in termini brevissimi, non permettevano di dosare e graduare la lite secondo lo svolgimento naturale delle necessità di difesa, ponendo le parti e i difensori nella condizione di disagio psicologico di chi deve affrontare un percorso che si sta disseminando di ostacoli insidiosi (*Relazione del Ministro Guardasigilli sul decreto legislativo contenete modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile*, in *Supplemento ordinario G.U.*, 20 maggio 1948, n. 116, 2). Come risultato al termine del complesso iter legislativo fu sostanzialmente abolito il sistema delle preclusioni, dato che l'art. 184 dava alle parti la possibilità di modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate; di produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova e proporre eccezioni, non precluse da specifiche disposizioni di legge, in primo grado, fino al momento in cui la causa non fosse stata rimessa al collegio per la decisione (art. 189) e l'art. 345, comma 2 lo consentiva anche in appello, con l'unico "spauracchio" della possibile condanna alle spese processuali. Il testo della legge 14 luglio 1950, n. 581 fu approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 15 marzo 1949, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro di Grazia e Giustizia Grassi, con un testo trasmesso al Presidente della Camera in data 17 marzo 1949.

Significativi per l'esposizione del testo complessivamente considerato: *Relazione della III Commissione permanente* (Diritto – Procedura e Ordinamento giudiziario – Affari di Giustizia – Autorizzazioni a procedere), relatore on. Rocchetti; V. ANDRIOLI,

Per quel che concerne le ordinanze del giudice istruttore venne confermato il regime di revocabilità e modificabilità *ad nutum* da parte dello stesso giudice che le ha emesse, nonché del collegio, ma in più venne introdotto uno specifico mezzo di impugnazione per le ordinanze istruttorie.

Il d.lgs. n. 483/1948 aveva previsto la generale possibilità della reclamabilità di tali provvedimenti (art. 9), ma questa opzione avrebbe comportato continui rinvii tra giudice istruttore e collegio; perciò, si decise di limitare il mezzo di critica all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, valutando che i relativi provvedimenti, se errati, potessero portare a gravi conseguenze: infatti, il collegio avrebbe potuto essere influenzato da una prova illegittimamente assunta e, in ogni caso, vi poteva essere un inutile speco di attività, tempo e denaro<sup>99</sup>.

Il sistema appariva come una sorta di riproposizione dell'impugnativa delle sentenze interlocutorie del precedente regime, perché il combinato disposto tra gli artt. 177, comma 3, n. 4 e 178, commi 1 e 2<sup>100</sup> dava l'idea che decorso il termine per il reclamo le parti non avessero nessun'altra possibilità per rimuovere la decisione del giudice istruttore: la prima norma escludeva la revocabilità dei provvedimenti istruttori per i quali era previsto il reclamo; dal combinato disposto delle altre due norme sembra che fosse imposto alle parti di proporre reclamo per sottoporre al collegio questioni istruttorie già affrontate. Questa impressione era confermata anche dall'art. 279, che disciplina-

*Le riforme del Codice di procedura civile*, Napoli, 1951, *passim*; S. SATTÀ, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951, *passim*.

<sup>99</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli sul decreto legislativo contenente modificazioni*, cit., 4; *Relazione della III Commissione permanente*, cit., 3-4.

<sup>100</sup> L'art. 177, comma 3, n. 4 e 178, commi 1 e 2 disponevano rispettivamente: «Non sono modificabili né revocabili dal giudice che le ha pronunciate ... 4) le ordinanze per le quali sia stato proposto reclamo a norma dell'articolo seguente» e «Le parti senza bisogno di mezzi di impugnazione, possono proporre al collegio, quando la causa è rimessa a norma dell'articolo 189, tutte le questioni risolte dal giudice istruttore con ordinanza revocabile».

Tuttavia, le ordinanze del giudice istruttore, che risolvono questioni relative all'ammissibilità e alla rilevanza dei mezzi di prova proposti dalle parti o ammissibili d'ufficio, possono essere impugnate dalle parti con reclamo immediato al collegio».

va in maniera nuova e minuziosa i provvedimenti del collegio; in particolare, il comma 1 stabiliva che il collegio su questioni relative all'istruzione della causa che non definissero il giudizio pronunciasse ordinanza; il comma 4 prevedeva che il collegio potesse riaffrontare le questioni risolte con ordinanza, quindi, anche le questioni istruttorie da lui decise in sede di reclamo (art. 279, comma 1). Il dubbio che rimaneva era se al collegio potessero essere sottoposte dalle parti o lo stesso potesse esaminare d'ufficio le questioni oggetto ordinanze istruttorie non impugnate con tempestivo reclamo<sup>101</sup>.

In ogni caso, si era avuta l'accortezza di evitare che il collegio nel momento in cui affrontasse problemi relativi all'istruzione della causa in sede di reclamo, decidesse con ordinanza le questioni di merito che ne costituivano i presupposti: l'art. 178, comma 7 aveva cura di specificare che il provvedimento del collegio era limitato all'ammissibilità o rilevanza dei mezzi di prova, pertanto le parti non potevano sottoporgli conclusioni di merito, né totali né parziali; il collegio, tuttavia, su richiesta di parte o d'ufficio, poteva rimettere le parti al giudice istruttore per gli adempimenti necessari al fine della decisione di merito (artt. 189-190)<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> V. ANDRIOLI, *Le riforme del codice di procedura civile*, cit., 54 rilevava che se il reclamo non fosse stato ritualmente proposto, perché presentato tardivamente o ci fosse stato altro motivo che avesse impedito di procedere alla valutazione di ammissibilità e rilevanza del mezzo istruttorio, all'ordinanza dell'istruttore non si sarebbe sostituita l'ordinanza collegiale; dal momento che l'ordinanza dell'istruttore non avrebbe potuto essere revocata dallo stesso collegio, il giudice istruttore dalla data dell'ordinanza collegiale dichiarativa dell'irritualità di un eventuale reclamo proposto fuori termine, avrebbe riacquisito lo *ius poenitendi*.

<sup>102</sup> Nel testo originario l'art. 178 ai commi 3-8 disciplinavano il procedimento di reclamo, I commi 3-5 erano uguali a quelli dell'attuale art. 178; il 6 comma prevedeva «Scaduti i termini previsti dal comma precedente, il collegio entro i quindici giorni successivi, provvede in camera di consiglio con ordinanza, alla quale si applicano le disposizioni dell'art. 279 4° comma dell'art. 280». I commi 7 e 8, che sono stati abrogati, rispettivamente prevedevano: «Il provvedimento del collegio è limitato all'ammissibilità e alla rilevanza del mezzo di prova, e pertanto le parti non possono sottoporgli conclusioni di merito, né totali né parziali. Tuttavia il collegio, su richiesta di parte o d'ufficio, può limitarsi a rimettere con l'ordinanza le parti al giudice istruttore per gli adempimenti previsti dagli articoli 189 e 190»; «L'esecuzione dell'ordinanza è sospesa durante il termine per proporre reclamo e durante il giudizio su

Venendo più da vicino alle problematiche che hanno interessato i provvedimenti del collegio, l'art. 279 fu interamente riformulato. Innanzitutto, venne eliminata la definizione delle sentenze definitive e parziali. Il secondo comma dell'articolo, da allora, contiene un elenco delle sentenze pronunciabili, in cinque punti; di interesse per la problematica delle sentenze interlocutorie è il n. 4 in relazione ai nn. 2 e 3, nel punto in cui stabilisce che il collegio pronunci sentenza quando decide su questioni preliminari di merito o comunque sul merito senza definire il giudizio. In questo contesto, infatti, vi è il rischio di commissione di provvedimenti di natura diversa, decisorii e ordinatori, e di errori nella scelta del provvedimento.

Il legislatore tentò di affrontare anche la questione dell'impugnabilità delle ordinanze collegiali di natura "ambigua", cercando di superare la prassi legittimata dalla Cassazione dell'impugnazione mediante appello.

Tanto nella relazione illustrativa del d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483 che nella relazione della III Commissione per la giustizia della Camera precedente la l. 14 luglio 1950, n. 581 si deprecava la prassi invalsa nella giurisprudenza di consentire l'impugnazione di tali provvedimenti con appello.

Nella relazione del ministro guardasigilli Grassi<sup>103</sup> si rimarcava la necessità di consentire la «più facile identificazione del provvedimento puramente istruttorio, come tale non impugnabile immediatamente e separatamente», evidenziando al contempo l'importanza di superare in via legislativa «il principio, oggi prevalente in giurisprudenza, secondo la quale, quando sotto la forma di ordinanza siano state emesse pronunce su materie o su questioni che dovevano formare oggetto di sentenza il provvedimento, sotto ogni riflesso sostanziale, e quindi anche ai fini dell'impugnazione, vale quale sentenza e non quale ordina-

questo, salvo che il giudice istruttore, nei casi d'urgenza, l'abbia dichiarata esecutiva nonostante reclamo».

È da notare come anche questo sistema fosse piuttosto farraginoso e tendesse ad allungare la conclusione del procedimento; non a caso con l'art 15 della l. 26 novembre 1990, n. 353, tale norma è stata modificata ed allo stato attuale ad essere reclamabili sono solo le ordinanze del giudice istruttore che dichiarano l'estinzione del processo.

<sup>103</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli sul decreto legislativo contenete modificazioni*, cit., 5 s.

za, sempre che l'organo il quale ha emesso il provvedimento avesse potestà astratta di pronunciare sentenza, cioè di decidere su quelle materie e su quelle questioni».

Nel dibattito svoltosi in seno alla III Commissione, in particolare nella seduta del 22 novembre 1949 ci fu una chiara presa di posizione di Calamandrei avverso il principio della prevalenza della sostanza sulla forma. L'on. Capalozza propose di sostituire la dizione «i provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza» con espressione «le ordinanze», perché ritenne che in tal modo si desse valore alla forma e non alla sostanza, mentre la differenza tra sentenza e ordinanza era formale e non sostanziale. La proposta fu abbandonata per il decisivo intervento di Calamandrei, il quale denunciava: «Su questo punto sorge una grossa questione: e cioè se un provvedimento quando è emanato con una certa formula in un caso in cui per legge si sarebbe dovuta seguire una forma diversa, si debba impugnare per forma o per sostanza. Secondo me è gravissimo il sistema che sta prevalendo in Cassazione, di dare prevalenza alla sostanza anziché alla forma. Poiché l'interessato di fronte ad un provvedimento che ha la forma di ordinanza ma sostanza di sentenza non lo impugna. È un sovvertimento dei concetti giuridici»<sup>104</sup>.

I rimedi escogitati non risultarono del tutto efficaci.

Partendo dal d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483, all'art. 16 esso stabiliva l'irrevocabilità delle ordinanze collegiali che provvedessero sull'istruzione della causa, quando non fosse definito il giudizio. Si spiegava nella relazione illustrativa che la questione sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova non avrebbe potuto essere ripresa nemmeno in sede di pronuncia della successiva sentenza. In tal modo, mentre si criticava il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, si creava tramite ordinanza una preclusione che avrebbe potuto essere rimossa solo attraverso l'impugnazione della successiva sentenza, nell'ambito del quale essa diveniva un capo. L'art. 24 avrebbe dovuto riformulare l'art. 339, comma 2, prevedendo l'impugnabilità delle sentenze di primo grado che risolvevano questioni relative all'istruzione della causa solo con la sentenza definitiva.

In sede di ratifica del d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483 non si poté fare

<sup>104</sup> *Camera dei Deputati, Atti Parlamentari, Commissioni, III, 4 gennaio 1949 – 1° aprile 1953, 235 ss., in particolare 245 s.*

a meno di notare un “ibridismo logico”<sup>105</sup>; perciò, si decise di ritornare al sistema del codice del ‘40, per il quale i provvedimenti istruttori avrebbero dovuto sempre essere dati con ordinanza, con sentenza non definitiva i provvedimenti di diversa natura. Si specificava, inoltre: «i pericoli, invero remoti, di situazioni anomale che possono derivare dall’errore del giudice, il quale abbia adottato la forma dell’ordinanza per decidere su materia propria di una sentenza sono eliminati (oltre che dall’ovvia considerazione che una ordinanza collegiale, se firmata dal solo presidente, non potrebbe di per sé mai avere l’efficacia di della sentenza, per difetto della sottoscrizione di tutti i membri del collegio, prescritta per la sentenza sotto pena di nullità insanabile), anche dal ripristino di una particolare disposizione del decreto legislativo, già soppressa dal Senato; con essa è in sostanza stabilito che il provvedimento avente forma di ordinanza, anche se avente contenuto anomalo e non pertinente, secondo i principi dettati dalla legge, a quella tale forma, sia sempre revocabile dal giudice che l’ha emesso, non impugnabile come sentenza, e inidoneo a pregiudicare la decisione della causa, e cioè non possa mai valere come sentenza né per il giudice che l’ha emesso né il giudice superiore»<sup>106</sup>.

Nella formulazione definitiva del penultimo comma dell’art. 279 è previsto che «I provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza, comunque motivati, non possono mai pregiudicare la decisione della causa; salvo che la legge disponga altrimenti, essi sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio, e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze».

Il coordinamento tra il secondo comma, n. 4 ed il penultimo comma dell’art. 279 diede da fare alla dottrina<sup>107</sup>. Si ragionò sul fatto che le questioni preliminari e/o pregiudiziali decise dal collegio in modo non risolutivo della controversia e presupposto dei mezzi di prova di conseguenza disposti dal collegio, potessero costituire oggetto di ordinanza; si concluse, però, che il legislatore avesse deciso, di dare prevalenza alla forma sulla sostanza e, perciò, alla parte pregiudicata dall’or-

<sup>105</sup> *Relazione della III Commissione permanente*, cit., 4.

<sup>106</sup> *Relazione della III Commissione permanente*, cit., 5.

<sup>107</sup> V. ANDRIOLI, *Le riforme*, cit., 80 s.; P. D’ONOFRIO, *Commento*, cit., vol. I, 407.

dinanza apparentemente decisoria, non rimanesse che riproporre la questione davanti al collegio stesso in sede di decisione della causa.

Secondo Andrioli essendo l'art. 279 una *lex specialis*, manifestamente dettata *contra rationem iuris*, per le ordinanze collegiali con oggetto di sentenza non definitiva, la regola non varrebbe al di fuori dei casi da essa contemplati, ovvero per le sentenze definitive e per le sentenze definitive o non su questioni di competenza, per i quali si tornerrebbe all'art. 131, comma 1 c.p.c., ovvero alle regole generali sui provvedimenti<sup>108</sup>.

Comunque, secondo Andrioli, anche nell'inverso caso, ovvero quello in cui provvedimenti istruttori siano adottati con la forma di sentenza collegiale, anziché ordinanza, non si potrebbe fare a meno che seguire le indicazioni formali e proporre appello contro il provvedimento pregiudizievole<sup>109</sup>.

Satta<sup>110</sup> ha considerato la norma piuttosto un modo di rimediare all'errore del giudice che al posto di sentenza pronunci ordinanza con contenuto di sentenza non definitiva: in tal caso l'ordinanza avrebbe il valore di ordinanza e basta. Questo potrebbe valere se il processo proseguisse, non ove il processo si arrestasse con un'ordinanza a chiusura del giudizio, che avrebbe il valore di sentenza.

<sup>108</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., cit., vol. II, 266 s., il quale ha considerato una scelta di politica legislativa la formulazione dell'art. 279, comma 4, rilevando come i temi dell'ammissibilità dei mezzi istruttori siano frammisti con le questioni pregiudiziali o preliminari e come essi siano ribelli ad una rigorosa schematizzazione, talché i riformatori dopo aver mostrato, in contrasto con i *conditores* del codice dl 1942, le proprie preferenze per la forma della sentenza non avrebbero ignorato la realtà e si sarebbero ben guardati dal trarne la sanzione dell'invalidità formale, che l'art. 131 avrebbe imposto. Aderisce all'interpretazione di Andrioli, E. GARBAGNATI, *Limiti all'appellabilità dell'ordinanza per convalida di sfratto*, in *Foro pad.*, 1956, 555 ss., in particolare 563, il quale specifica che il provvedimento collegiale dovrebbe tornare ad assumere la forma di sentenza quando il contenuto di sentenza non definitiva esaurisca il provvedimento, senza accompagnarsi a provvedimenti istruttori.

<sup>109</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., cit., vol. II, 267. In questo senso: Cass., 10 gennaio 1955, n. 12; Id., 7 agosto 1952, n. 2555. Successivamente la giurisprudenza ha negato l'appellabilità di sentenza dal contenuto istruttorio, così: Cass., 27 maggio 1960, n. 1371, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1601; Id., 10 maggio 1972, n. 1420, in *Giur. it.*, 1973, I, 589.

<sup>110</sup> S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. II, 1, 338 s.

Jannuzzi<sup>111</sup> ha proposto una differente lettura dell'art. 279, comma 4. Secondo l'autore tale disposizione estenderebbe alle ordinanze collegiali le regole sancite per la stabilità delle ordinanze del giudice istruttore, per cui tali ordinanze non sarebbero appellabili qualunque sia il loro contenuto. Essa riguarderebbe non solo l'ipotesi in cui il giudice per la risoluzione di questioni relative all'istruzione abbia espresso nella motivazione considerazioni attinenti al merito, ma anche il caso in cui l'ordinanza risolva direttamente questioni attinenti al merito, congiuntamente o meno a questioni istruttorie, sia che non definisca che definisca il giudizio. Il provvedimento sarebbe nullo in quanto espresso in una forma non idonea al raggiungimento dello scopo; la sua nullità potrebbe essere fatta valere con un'azione autonoma. Da tale disposizione potrebbe essere desunta con un ragionamento a *contrario* la regola della soggezione ad appello delle sentenze aventi contenuto istruttorio.

Ben diversa dalle altre l'impostazione di Redenti<sup>112</sup>, il quale ha concluso che quando il collegio al contempo decida senza esaurire il merito e disponga per la prosecuzione della causa, debbano essere adottati due provvedimenti distinti: sentenza e ordinanza.

La Corte di cassazione in proposito specificava che le modificazioni al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, introdotte per le ordinanze collegiali dall'art. 279 c.p.c., nuovo testo, non sarebbero applicabili ai provvedimenti definitivi emessi per errore in forma di ordinanza, perché tale norma delimiterebbe espressamente il proprio ambito di applicazione ai provvedimenti non definitivi<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> A. JANNUZZI, *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, cit., 256 ss.; ID., *Sul concetto di «sentenza» nella Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 274 ss.

<sup>112</sup> E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 251.

<sup>113</sup> Cass., 7 luglio 1956, n. 2528, cit., 29, enunciava: «Né le modificazioni al principio della prevalenza della forma sulla sostanza che, per le ordinanze collegiali, possono ravvisarsi introdotte dall'art. 279 modif. del c.p.c., sarebbero deducibili nel caso in esame, giacché il testo di tale norma delimita espressamente il proprio ambito ai provvedimenti decisori non definitivi, là dove nella fattispecie il provvedimento collegiale pronunciato nella forma dell'ordinanza definisce non solo taluna delle domande, ma l'intero giudizio di opposizione, disponendo anche sulle spese dei due decreti ingiuntivi e su quello dell'opposizione.». Si trattava di un'opposizione avverso un'in-

Con la novella del '50 fu introdotta un'altra modifica di dubbia utilità: al secondo comma dell'art. 317, fu previsto che nel procedimento davanti al pretore e al conciliatore non si applicassero le disposizioni di cui ai commi secondo e seguenti dell'art. 178 c.p.c.<sup>114</sup>. Per cui poteva accadere che il giudice monocratico affrontasse una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, la risolvesse in senso negativo e conseguentemente disponesse un mezzo di prova, tutto con ordinanza. In tal caso, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, il provvedimento avente la sostanza di sentenza non definitiva, sarebbe stato impugnabile con appello. Vi può anche essere un'altra lettura: in applicazione analogica dell'art. 279, quarto comma il provvedimento dovrebbe essere considerato un caso eccezionale di ordinanza con contenuto di sentenza non appellabile, ma semplicemente revocabile dal giudice in sede di decisione.

Con l'entrata in vigore della novella del '50 trova fondamento e si sviluppa la teoria dell'apparenza o affidabilità. L'idea basilare è che gli articoli 156 e seguenti relativi alla nullità degli atti processuali debbano essere letti in stretto collegamento con l'art. 131 c.p.c., a norma del

giunzione a seguito della richiesta di pagamento di compensi per prestazioni giudiziali e stragiudiziali di un avvocato. Inizialmente la domanda complessa era stata cumulativamente decisa con decreto ingiuntivo; a seguito di opposizione il giudice di primo grado aveva scisso le due procedure e aveva seguito il rito speciale previsto dagli artt. 29-30 della l. 794/1942 per l'opposizione contro il decreto sulle prestazioni giudiziali e il rito ordinario per l'opposizione contro il decreto sulle prestazioni stragiudiziali, per cui aveva concluso il primo con ordinanza, il secondo con sentenza. La Cassazione specificava che entrambe le opposizioni avrebbero dovuto essere trattate con il rito ordinario, che avrebbe attratto a sé il rito speciale per ragioni di connessione e, perciò, che anche l'ordinanza pronunciata sull'opposizione a decreto ingiuntivo per prestazioni giudiziali avrebbe dovuto avere la forma di sentenza e in quanto tale essere soggetta ad appello. In questo senso anche Cass., 17 aprile 1958, n. 1264; Id., 30 giugno 1958, n. 2337, in *Giust. civ. Mass.*, 1958, 831. Diversamente, invece, Cass., Sez. un., 28 febbraio 1955, n. 616, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, III, 336 ss., in cui la suprema Corte non fa alcun riferimento all'art. 279, comma 4 c.p.c.

<sup>114</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, osservava: «... è una norma, che un esegeta fornito di una normale perspicacia avrebbe potuto ricavare da sé: il reclamo immediato previsto dall'art. 178, basato com'è sulla contrapposizione tra giudice istruttore e collegio, è privo di materia prima nei procedimenti avanti ai giudici singoli».

quale è la legge a prescrivere in quali casi il giudice debba pronunciare sentenza, ordinanza o decreto. In particolare, dal successivo art. 132 in combinato disposto con l'art. 279 potrebbe essere ricavato il contenuto-forma del "prototipo di atto decisorio", la sentenza, tipico del "prototipo di processo su diritti", processo ordinario di cognizione come disciplinato dal secondo libro del codice di procedura civile. Vero è che nel codice o nelle leggi extracodicistiche ci sono casi in cui il legislatore prevede che si decida con ordinanza o decreto, ma nel contesto di procedimenti speciali, basati su presupposti che consentono di avere un provvedimento strutturalmente più semplice di una sentenza, sottratto agli ordinari mezzi di impugnazione.

Questa dottrina, dunque, considera la forma rivelatrice del potere che il giudice ha inteso esercitare e che la legge gli ha attribuito. Tale potere si riversa sull'efficacia del provvedimento emesso che assume una certa forma; è quest'ultima a consentire di individuare agevolmente gli strumenti a disposizione delle parti per opporsi all'efficacia del provvedimento. La forma, insomma, è lo strumento convenzionale per identificare il rispettivo mezzo di impugnazione e per determinare i caratteri di stabilità del provvedimento, anche quando la forma di un provvedimento viene utilizzata per uno scopo diverso da quello determinato dal legislatore<sup>115</sup>.

La giurisprudenza continuò, dal canto suo, a sostenere la prevalenza della sostanza sulla forma al momento della scelta del mezzo di impugnazione<sup>116</sup>.

Emerse in questo periodo anche la prima definizione di provvedimento "abnorme", il quale è affetto da un vizio più grave della semplice anomalia di forma: si tratta del provvedimento difettoso per il contenuto, che non è consentito dalla legge, in quanto in contrasto con la *ratio* dell'istituto di riferimento<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> G. TARZIA, *Profili*, cit., 112 ss., ma anche C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità*, cit., 101 ss.: ID., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1978, 3ª ed., vol. II, 261 ss., il quale pur è arrivato a conclusioni diverse da Tarzia.

<sup>116</sup> Cass., 28 dicembre 1973, n. 3453, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1714 ss.; Id., 27 novembre 1973, n. 3238, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1114; Id., 7 febbraio 1975, n. 482; Id., 7 marzo 1977, n. 924, in *Giust. civ.*, 1977, I, 947.

<sup>117</sup> V. DENTI, *In tema di provvedimenti giudiziali abnormi*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1532 ss., in commento a App. Torino, 8 maggio 1954, ha considerato tale il provvedi-

Il mutamento di altra disposizione ha rilevanza ai nostri fini perché indirettamente va ad influire sulla struttura della sentenza e in particolare modo della motivazione: infatti, regolando il vizio di logicità della stessa, si impone al giudice di articolarla di conseguenza in prevenzione. Questa norma è l'art. 360, comma 1, n. 5, il quale come modificato dall'art. 30 della novella del '50 prevedeva l'impugnabilità della sentenza in cassazione «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio»<sup>118</sup>. Seppur l'intento del legislatore fosse quello di ricondurre la censura del vizio logico della motivazione entro certi limiti<sup>119</sup>, questa fu la via attraverso la quale la Cassazione sindacò qual-

mento di sequestro giudiziario, più che altro i provvedimenti conseguenti ad esso, che recavano disposizioni in contrasto con la funzione tutelare dell'istituto del sequestro stesso. Secondo Cass. 17 luglio giugno 1959, n. 1902, in *Giust. civ.*, 1959, I, 2182, questa natura aveva l'ordinanza del giudice istruttore che dichiarava esecutivo il progetto di divisione parziale o per stralcio di quota, fuori dal contenuto previsto dall'art. 789 c.p.c.

<sup>118</sup> Il guardasigilli G. GRASSI, *Relazione del Ministro Guardasigilli sul decreto legislativo contenete modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile*, cit., 9 affermava: «Come è chiaro ... la nuova formula differisce ... notevolmente dal concetto dell'omesso esame di un fatto (termine incerto e improprio) decisivo, giacché amplia la possibilità del controllo dell'omissione di accertamento di motivazione a qualsiasi vizio emergente di motivazione sul punto decisivo, quale l'irrazionalità e la deficienza del processo logico e la sua insanabile contraddizione. Si confida pertanto che la nuova formula possa contenere in pratica la censura entro confini compatibili con la funzione istituzionale del Supremo Collegio e con la sostanziale giustizia; e possa altresì evitare che, come talvolta si è verificato, vengano emesse sentenze di annullamento per difetto di motivazione senza individuare nettamente il punto non considerato ovvero non esaminato con scorretta motivazione, sicché la controversia è lasciata senza indirizzo in balia di un nuovo giudice cui è rimandata».

<sup>119</sup> È frequente l'affermazione giurisprudenziale secondo il quale il sindacato sulla motivazione da parte della Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. dovrebbe esaurirsi esclusivamente nel controllo della coerenza logico formale del ragionamento del giudice quale emerge dal testo della sentenza impugnata, senza che esso possa spingersi all'esame dell'acquisizione dei mezzi istruttori, vedi *ex multis*: Cass., 5 novembre 2004, n. 21193, in *Foro it., Rep.*, voce *Cassazione civile*, 2005, voce cit., n. 68; Id., 14 febbraio 2006, n. 3133, *ivi.*, 2006, voce cit., 2006, n. 42;

siasi vizio di motivazione in fatto, con un inevitabile ampliamento del carico pendente<sup>120</sup>.

##### 5. Le altre riforme del codice del codice di procedura civile

Un notevole passo avanti sulla via della semplificazione del processo civile fu l'introduzione con la legge 11 agosto 1973, n. 533 del rito del lavoro<sup>121</sup>, un processo speciale a cognizione piena nell'ambito del quale si cercarono di attuare i principi propugnati da Chiovenda,

Esso è condotto da un giudice unico, originariamente il pretore, dotato di poteri officiosi penetranti, con preclusioni stringenti ed è concluso da una sentenza, da principio pronunciata secondo modalità particolari.

Il testo originario dell'art. 429 prevedeva che nell'udienza di cui all'art. 420 ovvero in altra successiva se il giudice lo ritenesse necessario, esaurita la discussione e udite le conclusioni delle parti, egli pronunciasse sentenza con la quale definiva il giudizio, dando lettura del dispositivo (art. 429, comma 1 c.p.c.); la sentenza, o meglio la motivazione della sentenza, doveva essere depositata in cancelleria entro quindici giorni dalla pronuncia (art. 430 c.p.c.).

Le sentenze che pronunciavano condanna a favore del lavoratore vennero da subito considerate provvisoriamente esecutive, con la specificazione che all'esecuzione si potesse procedere anche con la sola copia del dispositivo (art. 431, commi 1 e 2); con una modifica successiva venne attribuita efficacia esecutiva provvisoria alle sentenze che

<sup>120</sup> Per approfondimenti sull'argomento si rinvia a: S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., vol. II, 2, 207; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., 119 ss.; ID., voce *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1999, agg. III, 785 ss.; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., vol. II, 792 ss.; G. MONTELEONE, *Il controllo della Suprema Corte sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, cit., 871 ss.; C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 267 ss.; A. SALETTI, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di Cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, cit., 965 ss.

<sup>121</sup> Per approfondimenti si rinvia a G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 3ª ed., 1987, *passim*; L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, 3ª ed., Napoli, 1996, *passim*.

contenevano condanne a favore del datore di lavoro, come alle sentenze di condanna in genere, però, senza la possibilità di procedere ad esecuzione sulla base del solo dispositivo a favore del datore di lavoro (art. 431, comma 4 come modificato dall'art. 69 della l. 29 novembre 1990, n. 353).

La disciplina sul processo del lavoro precedette di quasi due decenni i mutamenti che avvennero negli anni novanta nel processo ordinario; infatti, la cosiddetta novella del '90 (legge 29 novembre 1990, n. 353) riportò preclusioni analoghe a quelle inizialmente stabilite dal codice di procedura del 1940<sup>122</sup>.

La novità interessante è l'introduzione prima nel processo del lavoro e poi nel processo ordinario di provvedimenti del giudice istruttore con forma di ordinanza, che non hanno la classica funzione ordinatoria, ma anticipatoria del ruolo svolto dalla sentenza sul merito<sup>123</sup>. In alcuni casi i provvedimenti sono perfino decisori: così l'ordinanza di cui

<sup>122</sup> Per approfondimenti si rinvia a C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 10<sup>a</sup> ed., Torino, 1995, vol. II, 81 ss.

<sup>123</sup> Le ordinanze di cui all'art. 423 c.p.c. sono state introdotte dalla legge istitutiva del processo del lavoro; le ordinanze di cui agli artt. 186 bis e ter sono state introdotte dalla l. 353/1990 e modificate dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263; l'ordinanza di cui all'art. 186 quater è stata introdotta dal d.l. 18 ottobre 1995, n. 432 convertito con la l. 20 dicembre 1995 n. 534 e modificata dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263. Sui tali provvedimenti vedi: C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 574 ss.; F. CARPI, *I provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, I, 615 ss.; P. FRISINA, *La tutela anticipatoria profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 364 ss.; G. TARZIA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., 180 ss.; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, 394 ss.; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, Padova, 1991, 191 ss.; ID., *Le ordinanze di condanna nel giudizio di cognizione di primo grado secondo la nuova legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 1 ss.; G. BALENA, *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, in G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 255 ss.; E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1009 ss.; A. CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1995, vol. XXII; ID., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, *passim*; M.G. CIVININI, *Le ordinanze anticipatorie*, in *Foro it.*, 1995, I, 332 ss.; L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 222; S. VINCRE, *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, cit., vol. II, 1653 ss.

all'art. 186 ter, comma 5, ovvero l'ordinanza ingiunzionale emessa quando la parte è contumace, che riproduce il meccanismo proprio del ricorso per decreto ingiuntivo; così l'ordinanza postistruttoria, di cui all'art. 186 quater, che può sostituire in tutto e per tutto la sentenza di primo grado ed essere impugnabile con appello. Questi provvedimenti sono la testimonianza che la funzione propria dell'ordinanza si cominciava ad ampliare. Non solo. Essi rappresentano anche l'attribuzione di una funzione decisoria, o latamente decisoria, ad un giudice unico di tribunale, il giudice istruttore, nel contesto in cui la causa è affidata alla decisione collegiale: non bisogna dimenticare che i provvedimenti anticipatori si basano su una cognizione che sarebbe piena o comunque sufficiente per decidere, se il procedimento si arrestasse nel momento in cui lo stesso viene adottato.

Un provvedimento di carattere particolare, un'ordinanza di incerta natura, ma sicuramente non ordinatoria, fu quello che chiudeva il procedimento sommario inserito nella disciplina del rito societario all'art. 19 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>124</sup>. Questo procedimento, previsto per il caso in cui oggetto della causa fosse una somma liquida di denaro ovvero una cosa mobile determinata, era caratterizzato da una prima fase sommaria in contraddittorio tra le parti e poteva avere differenti sorti: in primo luogo, il giudice poteva riscontrare la necessità della conversione del procedimento sommario in rito a cognizione piena, per via dell'oggetto della causa ovvero delle difese svolte dal convenuto, che avrebbero potuto richiedere una cognizione non sommaria; oppure si poteva proseguire con il rito sommario e concludere con ordinanza impugnabile con appello e costituente titolo esecutivo. La particolarità era data dal fatto che, pur essendo riprodotto il meccanismo proprio dei procedimenti decisori sommari, con addirittura due possibilità di avere il procedimento a cognizione piena, incomprensibilmente nella disciplina si specificava che all'ordinanza non impugnata non conseguivano gli effetti di cui all'articolo 2909 c.c. (art.

<sup>124</sup> Per approfondimenti e ulteriori riferimenti dottrinali sia consentito rinviare a L. DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, in L. LANFRANCHI, A. CARRATTA (cur.), *Torino Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 283 ss.

19, comma 5), secondo i dettami della legge delega (l. 3 ottobre 2001, n. 366)<sup>125</sup>.

Seguendo questo modello, nel 2009 il legislatore ha introdotto nel codice di procedura civile il procedimento sommario di cognizione (artt. 702 bis – 702 quater c.p.c.), riservato alle cause da trattare davanti al tribunale in composizione monocratica<sup>126</sup>. Il procedimento di primo grado aveva i caratteri propri della decisione sommaria, non tanto perché necessariamente superficiale, ma perché atipica ed informale, come si evince da formule consolidate per raggiungere tale scopo: «... omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, (il giudice) procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili». Anche in questo caso, anziché avere la classica opposizione introduttiva del processo di cognizione piena in primo grado, avevamo una duplice peculiare possibilità di accedere alla cognizione ordinaria: o mediante conversione del procedimento a discrezione del giudice<sup>127</sup>; o mediante l'appello ordinario, ma senza filtro e

<sup>125</sup> L. DI COLA, *Il procedimento*, cit., 340.

<sup>126</sup> Il Capo è stato inserito dall'art. 51, comma 1 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e poi abrogato dal d.lgs. n. 150/2022. Per gli approfondimenti e tutti i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rinvia a: G. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, 324; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1582 ss.; S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1029 ss.; A.M. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013, *passim*; M. ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2017, *passim*; R. TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione, un fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. proc. civ.*, 2017, 124 ss.; M.A. LUPOI, *Processo sommario di cognizione: il "rito" e il "modello"*, Torino, 2019, 59 ss.

<sup>127</sup> L'art. 702 ter, comma 2 prevedeva che il giudice fissasse l'udienza di cui all'art. 183 e si applicassero le disposizioni del libro II del c.p.c., qualora egli ritenesse che le difese svolte dalle parti richiedessero un'istruzione non sommaria. Il terzo comma prevedeva la possibilità di separazione delle cause qualora fosse solo la domanda riconvenzionale a richiedere un'istruzione non sommaria.

Infine, il primo comma prevedeva che qualora la domanda principale o riconvenzionale non rientrasse in quelle indicate dall'art. 702 bis, il giudice pronunciasse l'inammissibilità della medesima con ordinanza non impugnabile.

con limitate possibilità di novità<sup>128</sup>. L'eventuale ordinanza non appellata, per espressa disposizione di legge, produceva gli effetti di cui all'art. 2909 c.c., cioè passava in giudicato sostanziale, come una sentenza formale.

Tralasciando i dubbi interpretativi che il procedimento ha generato, visto nel complesso evolutivo del corpo del codice, sembra proprio che si stia virando verso forme più snelle, eliminando ove possibile quelli che Solmi chiamava "vuoti arcaismi". Questa tendenza è stata accentuata nell'ambito del rito a cognizione piena dall'art. 183 bis<sup>129</sup>, secondo il quale il giudice poteva disporre con ordinanza non impugnabile, dopo aver verificato le posizioni delle parti, il passaggio al rito sommario, oggi rito semplificato.

L'uso del procedimento sommario di cognizione in luogo del processo ordinario è stato incentivato dall'art. 1, comma 777, lettere a) e b) della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016), che ha modificato gli artt. 1 bis, 1 ter e 2, comma 1 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa ripartizione in caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo). In particolare, questa disposizione ha indicato i rimedi preventivi, ai quali ricorrere per cercare di favorire la ragionevole durata del procedimento, che costituiscono anche condizione per poi ottenere l'equo indennizzo: a) l'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento sommario di cognizione; b) la formulazione della richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario a norma dell'art. 183 bis c.p.c. Queste condizioni potevano essere attuate ovviamente nella misura in cui ne sussistessero i presupposti<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> L'art. 24 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modifiche nella l. 7 agosto 2012, n. 134, in relazione ai mezzi di prova ammessi in grado d'appello, ha sostituito la parola "rilevanti" con "indispensabili".

<sup>129</sup> L'articolo è stato inserito dall'art. 14, comma 1 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162. Sul punto: R. MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 925 ss.; M. ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 139 ss.

<sup>130</sup> La Corte Costituzionale ha respinto le eccezioni di costituzionalità sollevate avverso tale disposizione perché con essa viene richiesto alla parte non un adempimen-

Con il d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150, inoltre, sono stati ricondotti molti riti speciali ad un modello di procedimento sommario di cognizione caratterizzato dalla obbligatorietà e non convertibilità in rito ordinario<sup>131</sup>.

Il modello del procedimento sommario è stato esteso successivamente anche in altri contesti: l'art. 791 bis, introdotto nel codice di procedura civile dall'art. 76 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98, disciplina la divisione su domanda congiunta e ha previsto l'utilizzo di questo rito per le varie opposizioni che si dovessero presentare, senza la possibilità di conversione in rito ordinario, data la celerità al quale è improntato il nuovo modello di divisione; l'art. 8 della l. 8 marzo 2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie), ha previsto un rito sommario obbligatorio convertibile in rito ordinario, per le controversie in materia di responsabilità medica.

Nel 2019, poi, viene introdotto l'art. 840 ter al codice di procedura civile, con l'art. 1 della l. 12 aprile 2019, n. 31 (Disposizioni in materia di azione di classe), che anticipa un'importante novità presente nell'ultima riforma del codice: per le azioni classe è previsto un rito sommario obbligatorio non convertibile, da decidersi con sentenza<sup>132</sup>.

to formale per poi proporre domanda indennitaria, bensì un comportamento collaborativo con l'autorità giudiziaria, alla quale manifestare la propria disponibilità al passaggio al rito semplificato o al modello decisorio concentrato, in un tempo potenzialmente utile ad evitare il superamento del termine di ragionevole durata del processo: così, Corte Cost., 6 marzo 2019, n.34, in *Foro amm.*, 2020, 4; Id., 23 giugno 2020, n. 121, in *Giur. Cost.*, 2020, 1370.

<sup>131</sup> A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo*, Torino, 2012, *passim*; B. SASSANI, R. TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011, *passim*; G. TRISORIO LIUZZI, I. PAGNI, D. DALFINO, G.G. POLI, C.M. BARONE, *La riduzione e la semplificazione dei riti (d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150)*, in *Foro it.*, 2012, IV, 124 ss.

<sup>132</sup> Per approfondimenti sulla riforma vedi: B. SASSANI (cur.), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019, *passim*; S. BRAZZINI, P.P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019, *passim*; L. CAPUTO, M. CAPUTO, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019, *passim*; C. CONSOLO, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra*

Una nota merita il provvedimento che è stato introdotto per decidere preliminarmente sull'ammissibilità della domanda introduttiva, un'ordinanza (art. 840 ter, comma 3), emessa a seguito di un subprocedimento lasciato atipico. In particolare, al comma 4, lett. a), la norma prevede che la domanda sia dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata: questo tipo di pronuncia ricorda molto da vicino quella che concludeva negativamente la fase-filtro in appello (art. 348 ter, primo comma), che appunto si basava sulla infondatezza *ictu oculi* (art. 348 bis) dell'appello principale e, eventualmente, dell'appello incidentale.

Il legislatore del 2012 ha omesso di enunciare il regime di impugnabilità dell'ordinanza di inammissibilità in appello emessa ai sensi dell'art. 348 ter, che è stata ritenuta ricorribile in cassazione *ex art.* 111 Cost. in via interpretativa per motivi procedurali<sup>133</sup>; al contrario, il legislatore del 2019 ha espressamente previsto un mezzo di critica contro l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità della domanda introduttiva: essa è reclamabile dalle parti davanti alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se

*giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in *dirittobancario.it*, aprile 2019; ID., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 737 ss.; A.A. DOLMETTA, *Profili emergenti nelle azioni di classe*, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, 292 ss.; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1572 ss.; M. MALAVISI, G. RICCIARDI, *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in *dirittobancario.it*, settembre 2019; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 312 ss.; G. MONTELEONE, *Note a prima lettura sulla nuova legge sull'azione di classe (legge 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 633 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 301 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action*, *ivi*, 306; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Judicium*, 2019; F. TEDIOLI, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel Codice di procedura civile*, in *Studium Iuris*, 2019, 1413 ss.

<sup>133</sup> Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, in *Giur. it.*, 2016, 1371, con nota di A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul «filtro» in appello*, e in *Corr. giur.*, 2016, 1125, con nota di R. TISCINI, *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle Sezioni Unite al ricorso straordinario*.

anteriore (art. 840 ter, comma 7). Ora se il reclamo viene accolto il processo prosegue, ma se la decisione dovesse essere confermata, il provvedimento, in particolare, nel caso di cui all'art. 840 ter, comma 4, lett. a)<sup>134</sup>, sembra proprio essere una decisione di merito; allora vi è da chiedersi se sarà ricorribile in cassazione *ex art. 111 Cost.*, comma 7, nel silenzio della legge; a rigore di logica e per coerenza del sistema lo dovrebbe.

Insomma, prima dell'ultima riforma, il legislatore tentava di far guadagnare posizioni al procedimento sommario di cognizione rispetto al processo ordinario "classico", introducendo da ultimo un modello che si chiudeva con sentenza. Questo processo evolutivo si inserisce in un complessivo riordino del sistema della procedura civile che deve fare costantemente i conti con il principio sempre più emergente della "ragionevole durata del processo".

In virtù di questo stesso principio, si è stabilito che le questioni di competenza, litispendenza e continenza siano decise con ordinanza (artt. 39, 40, 42, 43, 50 e 279 c.p.c.)<sup>135</sup>.

Nel frattempo anche le modalità di decisione con sentenza sono state semplificate in due direzioni: viene eliminata la figura del pretore, la sua competenza si ripartisce tra giudice di pace e il tribunale che decide, però, in composizione monocratica, perché la trattazione davanti al tribunale in composizione collegiale è stata resa eccezionale, limitata ai casi previsti dalla legge (art. 50 bis c.p.c.)<sup>136</sup>; la struttura della sentenza e il subprocedimento che porta alla sua pronuncia sono stati resi meno arzigogolati.

Innanzitutto, anche la sentenza collegiale diviene meno complicata, perché la firma di tutti i membri del collegio viene sostituita dalla firma del presidente e dal giudice estensore, ovvero dal solo presidente se in lui si cumula anche la figura dell'estensore (art. 132, ultimo comma)<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> La disposizione prevede che la domanda sia dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata.

<sup>135</sup> Modificato dall'art. 46, comma 4 della l. 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>136</sup> È stato appositamente introdotto il capo III bis del Titolo I, "Dei procedimenti davanti al Tribunale in composizione monocratica", dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51.

<sup>137</sup> L'ultimo comma dell'art. 132 è stato sostituito dall'art. 6 della l. 8 agosto 1977, n. 532.

La vera novità, però, la troviamo nelle sentenze pronunciate dai giudici monocratici, dove viene realizzata una marcata deformalizzazione dell'iter di assunzione del provvedimento, tanto che diviene difficile, se non impossibile distinguerne le tre fasi: deliberazione, stesura del testo e pubblicazione.

Sulla scia del processo del lavoro nel procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica ci si spinge anche oltre; qui sono previste tre diverse vie di pronuncia della sentenza, una di essa è piuttosto interessante ai nostri fini, perché contrae all'estremo i tempi di deliberazione, pronuncia e di pubblicazione: ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., il giudice fatte precisare le conclusioni può ordinare la discussione orale della causa, nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare la sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione; inoltre, in questo caso la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria<sup>138</sup>.

In seguito, nel processo del lavoro viene modificata la modalità di pronuncia della sentenza sulla falsariga di quella appena descritta: la pronuncia della sentenza avviene nella stessa udienza (art. 429 c.p.c., comma 1) o in quella successiva fissata dal giudice, se ritiene necessario su istanza di parte concedere un termine per note (art. 429, comma 2). Si prevede anche che in caso di particolare complessità della controversia, il giudice fissi nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito della sentenza (art. 429, comma 1), facendo supporre che sia ancora possibile la pronuncia e lettura in udienza del solo dispositivo e il successivo deposito della sentenza con motivazione.

<sup>138</sup> Il precedente art. 281 quinquies prevedeva la decisione a seguito di trattazione scritta o mista, ovvero: a seguito dell'udienza di rimessione della causa in decisione, previo deposito delle memorie *ex* art. 189 c.p.c., entro trenta giorni dalla scadenza del termine per le memorie di replica, il giudice depositava la sentenza; se una delle parti lo richiedeva, dopo lo scambio delle sole comparse conclusionali, si teneva l'udienza di discussione orale non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle suddette comparse e quindi il deposito della sentenza entro i trenta giorni successivi.

Fino alla riforma Cartabia continuava a esserci un'incongruenza: nell'art. 430 c.p.c., rimasto immutato, si prevedeva che la sentenza dovesse essere depositata in cancelleria entro quindici giorni dalla pronuncia. Nel silenzio dell'art. 429, comma 1, primo periodo, il testo della successiva norma faceva sorgere il dubbio se pronunciata la sentenza in udienza, la stessa potesse considerarsi contestualmente pubblicata con la sottoscrizione del giudice ovvero si dovesse attendere il successivo deposito in cancelleria<sup>139</sup>. Infatti, era escluso che, come nell'originario testo della disciplina, la disposizione fosse riferita al meccanismo di decisione di pronuncia del dispositivo e successivo deposito della sentenza, perché esso è regolato dal primo comma dell'art. 429, secondo periodo, il quale prevedeva un differente termine ultimo per il deposito della sentenza.

In generale, si chiede una motivazione della sentenza ancor più stringata: l'art. 132, comma 1, n. 4 viene modificato e ora la motivazione dovrebbe essere limitata a «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» e contemporaneamente viene integrato anche l'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c., che accanto al termine «esposizione» aggiunge l'aggettivo «succinta» e che nell'esposizione delle «ragioni della decisione» consente il riferimento a «precedenti conformi»<sup>140</sup>.

Un fattore che influisce sulla complessità della motivazione è la modifica del sindacato sulla motivazione in cassazione, mediante la riforma dell'art. 360, comma 1, n. 5 : in un primo momento si sostituì l'espressione «punto prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio», considerata una maglia troppo larga a causa della sua equivocità, con l'espressione «fatto controverso e decisivo per il giudizio» (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)<sup>141</sup>; in un secondo momento si decise di ritornare

<sup>139</sup> Modifica operata dall'art. 53, d.l. 25 giugno 2008, n. 112. Su tale meccanismo decisorio, G. TRISORIO LIUZZI, D. DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, Bari, 2021, 105 ss.

<sup>140</sup> Le modifiche sono state operate dall'art. 58, comma 2 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>141</sup> La sostituzione del fatto rispetto al punto fu considerata una precisazione di quanto già avveniva nella pratica, dove l'interpretazione della formula di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 veniva ancorata al fatto; mentre la precisazione di controverso serviva a distinguere tale motivo di impugnazione in cassazione dal concorrente motivo di

all'antica formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, riducendo il sindacato della Corte ai casi in cui ci sia stato «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» (d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in l. 11 agosto 2012, n. 143).

La dottrina che ha commentato la riforma ha mostrato una certa preoccupazione per il nuovo approccio del legislatore, per il rischio che le parti siano di fatto private di una motivazione logica e completa, con conseguente pericolo anche per l'espletamento della funzione nomofilattica da parte della Cassazione<sup>142</sup>.

Negli ultimi anni, infine, nell'ambito della disciplina delle impugnazioni le riforme hanno introdotto nuove disposizioni che hanno calibrato le forme sulla complessità della causa.

Perciò, è stato previsto «il filtro» preliminare in appello, volto a verificare la ragionevole probabilità di accoglimento o meno dell'appello principale e incidentale<sup>143</sup>. Il subprocedimento sommario si sarebbe

revocazione di cui all'art. 395, n. 4 c.p.c., vedi in proposito A. MENGALI, *La Cassazione della sentenza civile non motivata*, Torino, 2020, 34 s.

<sup>142</sup> Vedi in argomento: R. CAPONI, *La modifica dell'art. 360, 1 comma n. 5, c.p.c.*, in *Judicium*, 2012; ID., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2013, V, 149 ss.; A. CARRATTA, *Il giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limite al controllo di legittimità*, in *treccani.it*; C. DI IASI, *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2013, 1441 ss.; M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360, comma 1 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *Judicium*, 2012; G. IMPAGNATIELLO *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 735 ss.; B. SASSANI, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 639 ss.; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 839 ss.; G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1 ss.; ID., *Il controllo della Suprema Corte sulla motivazione delle sentenze*, cit., 872; G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in *Judicium*, 2013; G. COSTANTINO, *La cassazione*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 4, 129; C. RASIA, *La crisi della motivazione*, cit., 288 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2019, 206.

<sup>143</sup> Per approfondimenti: D. DALFINO, *Premessa a l'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12 convertito con modificazioni nella legge 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, 281 ss.; M. BOVE, *Pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli artt. 348 bis e 348 ter*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 389 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *Il «filtro» di ammissibilità*, in *Foro it.*, 2013, V, 295 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Contributo allo*

dovuto tenere prima di procedere alla trattazione della causa e, ove l'atto d'appello non avesse passato il vaglio, si sarebbe chiuso il giudizio con ordinanza succintamente motivata. Sarebbe rimasta la possibilità del ricorso in cassazione avverso la sentenza di primo grado (art. 348 ter, commi 3 e 4), senza la possibilità di ricorrere per il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360, ove l'ordinanza fosse stata ritenuta inammissibile per stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, della sentenza di primo grado.

Il silenzio del legislatore e la previsione del ricorso ordinario per cassazione avverso la sentenza di primo grado, aveva fatto concludere parte della giurisprudenza per la non impugnabilità dell'ordinanza di cui all'art. 348 bis: in particolare, essa faceva perno sulla mancanza di definitività del provvedimento, pur essendoci il requisito della decisorietà<sup>144</sup>.

*studio del filtro in appello*, Napoli, 2015, *passim*; A.M. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, 461 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 28ª ed., Torino, 2022, vol. II, 408 ss.

<sup>144</sup> Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, 8941, 8942, 8943, in *Giur. it.*, 2014, I, 1106, con nota di A. CARRATTA, *Ordinanza sul "filtro" in appello e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2014, I, 1414, con nota di G. COSTANTINO, G. SCARSELLI, secondo la quale «L'ipotesi della ricorribilità in via straordinaria ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, a sua volta, si scontra, quanto alla direzione contro il "merito" della decisione di inammissibilità con un ostacolo insormontabile rappresentato dalla circostanza che l'ordinanza ex art. 348 ter, se indubbiamente ha carattere "decisorio" e, dunque, uno dei requisiti di accesso al ricorso straordinario, dato che è emessa nel processo civile iniziato a cognizione piena, che è la tipica sede della "cognizione decisoria", cioè su situazioni di diritto o comunque su situazioni giuridiche che in senso stretto non abbiano natura di diritto soggettivo ma delle quali è prevista la piena giustiziabilità, non ha l'altro necessario carattere per l'accesso al ricorso straordinario, cioè non ha il carattere della definitività riguardo alla tutela che compete alla situazione giuridica dedotta nel processo». Per mancanza di definitività era stato negato accesso al ricorso straordinario in cassazione anche in tutte le ipotesi in cui sull'appello si fosse deciso a torto ai sensi dell'art. 348 ter, cioè al di fuori delle ipotesi consentite, quindi quando si sarebbe dovuto decidere con il procedimento di trattazione e di decisione normale (emergente dall'art. 350 ss.), così negandosi il c.d. diritto (processuale) ad avere la giusta forma di decisione; si fosse deciso ai sensi dell'art. 348 ter, senza il rispetto di regole processuali, cioè in violazione di norme sul procedimento interne al procedimento di appello, pur sommarizzato, come quando si decideva ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c. *Contra* Cass., 27 marzo 2014, n. 7273, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1582 ss., con nota di M.

L'esclusione dell'impugnazione in un certo senso, comportava una limitazione del diritto di azione, o meglio del diritto di impugnazione<sup>145</sup>.

Successivamente, le Sezioni unite hanno riconosciuto la proponibilità contro tale ordinanza del ricorso straordinario in cassazione per violazioni della legge processuale che risultino compatibili con la logica e la struttura del giudizio sotteso all'ordinanza in questione<sup>146</sup>. Le Sezioni unite in tal modo hanno cercato di coordinare l'impugnazione dell'ordinanza con quella della sentenza di primo grado. Al contempo, inoltre, viene chiarito che il provvedimento non ha carattere di pronuncia sul merito, ma di pronuncia sul rito.

È stato riconosciuto ricorso in cassazione anche avverso l'ordinanza pronunciata al di fuori dei presupposti di cui all'art. 348 bis<sup>147</sup>, ma identificandola come una sentenza in senso sostanziale pronunciata per errore in forma di ordinanza, il ricorso in questo caso sarebbe quello ordinario.

Importante sottolineare che anche davanti al giudice d'appello è stata introdotta la possibilità di decidere in forma abbreviata, al di là

CICCARE, *Sull'impugnazione dell'ordinanza ex artt. 348 bis e ter c.p.c.*, secondo la quale l'ordinanza assunta al di fuori dei presupposti di legge avrebbe assunto carattere definitivo. Sull'evoluzione della giurisprudenza e sui suoi contrasti vedi anche: A. DIDONE, *Appunti sull'inammissibilità dell'appello ex art. 348 bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2013, 1142; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sul ricorso per cassazione avverso l'ordinanza ex art. 348 ter c.p.c.*, in *Foro it.*, 2014, V, 1453.

<sup>145</sup> Cass., 17 aprile 2014, nn. 8940, 8941, 8942, 8943, cit., ha riconosciuto una definitività di carattere processuale al provvedimento in questione: «Ciò che è definito dall'ordinanza è solo il diritto processuale, cioè la modalità di svolgimento dell'azione in giudizio, quanto ai presupposti della pronuncia ai sensi dell'art. 348 ter».

<sup>146</sup> Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, cit., la quale ha escluso tale compatibilità in relazione alla denuncia di omessa pronuncia su di un motivo di appello, sottolineando la natura complessiva del giudizio prognostico, necessariamente esteso a tutte le impugnazioni relative alla medesima sentenza nonché a tutti i motivi di ciascuna impugnazione; ha concluso che in relazione al silenzio serbato in sentenza su di un motivo di censura potrebbe eventualmente porsi soltanto un problema di motivazione. Così anche, Cass., Sez. un., 7 dicembre 2016, n. 25043, in *Giur. it.*, 2017, 1093 ss., con nota di M. RUSSO, *Sul termine per ricorrere per cassazione post ordinanza – filtro in appello*. Su tale giurisprudenza anche R. TISCINI, *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzione giurisprudenziale, certezze e incertezze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 848 ss.

<sup>147</sup> Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, cit.

delle ipotesi di filtro, dalla l. 12 novembre 2011, n. 183. L'art. 351 (relativo ai provvedimenti sull'esecuzione provvisoria), ultimo comma si limitava a prevedere che se alla prima udienza, il giudice avesse ritenuto la causa matura per la decisione, egli poteva provvedere, ai sensi dell'articolo 281 sexies; l'art. 352, ultimo comma prevedeva che quando il giudice non avesse provveduto ai sensi dei commi precedenti, potesse decidere la causa ai sensi dell'art. 281 sexies. Non veniva fatta alcuna distinzione tra giudice monocratico e corte d'appello e non veniva specificato che davanti all'organo collegiale si potesse decidere dopo la discussione orale con sentenza scritta a verbale e sottoscritta dal solo presidente<sup>148</sup>.

Nel giudizio di cassazione si intervenne più volte sull'art. 375. Dapprima, con la l. 24 marzo 2001, n. 89 venne eliminata la possibilità di seguire il procedimento in camera di consiglio per pronunciare sulla mancanza dei motivi di ricorso. Sono seguiti due interventi legislativi, il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e l. 18 giugno 2009, n. 69, sull'art. 375, comma 1 nn. 1 e 5 e sull'art. 376, il cui risultato è stato un filtro preliminare, della quale si occupava un'apposita sezione: il procedimento davanti ad essa si svolgeva in camera di consiglio perché essa era incaricata di provvedere alla rapida definizione dei ricorsi, quando essi apparissero inammissibili o manifestamente fondati o infondati (art. 375, comma 1, nn. 1 e 5 c.p.c.); ove, dopo un sommario esame, non fossero riscontrati tali presupposti la causa sarebbe stata rimessa alla sezione semplice (art. 376, comma 1, c.p.c., oggi abrogato)<sup>149</sup>.

<sup>148</sup> La Cassazione era già pervenuta alla conclusione che l'adozione in appello del rito di cui all'art. 281 sexies c.p.c., dovesse ritenersi consentita anche prima della novella processuale legge n. 183/2011. Tale conclusione si basava sul fatto che quanto prescritto dall'art. 352 c.p.c., sulla disciplina della fase decisionale avanti alla corte di appello doveva trovare contemperamento nel disposto dell'art. 359 c.p.c., in forza del quale avanti alla corte di appello (o al tribunale in funzione di giudice di secondo grado) si applicano le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale, a condizione che non siano incompatibili con le disposizioni relative all'appello. Il modello decisionale di cui all'art. 281 sexies in appello veniva considerato compatibile con i principi del giusto processo e della ragionevole durata del medesimo, così Cass., 27 gennaio 2011, n. 2024, in *Giust. civ.*, 2011, 1479, Id., 20 gennaio 2015, n. 825, in *Guida al diritto*, 2015, n. 32, 76.

<sup>149</sup> Il filtro affidato ad un'apposita sezione è stato introdotto dall'art. 47, comma 1, lett. b) della l. 18 agosto 2009, n. 69; oggi è stato abrogato dal d.lgs. 10 ottobre 2022,

A seguito di un successivo intervento legislativo (l. 25 novembre 2016, n. 197)<sup>150</sup>, il giudizio davanti alla Corte di cassazione, salvo casi eccezionali della particolare rilevanza della questione di diritto o di rimessione da parte dell'apposita sezione che non avesse definito il giudizio all'esito della camera di consiglio (art. 376), si svolgeva in camera di consiglio, senza pubblica udienza, e si decideva con ordinanza (art. 375). La complessità era data dal fatto che erano previsti differenti procedimenti in camera di consiglio, che si distinguevano per qualche particolarità.

Un passo importante a favore dell'interpretazione sostanzialista del termine sentenza la troviamo all'art. 360, ultimo comma<sup>151</sup>, dove è stata prevista l'impugnazione dei provvedimenti diversi dalla sentenza ai sensi del primo comma dello stesso articolo, dando ingresso al ricorso straordinario in cassazione nel codice di procedura civile.

Insomma, da quanto sopra detto, sembra che ordinanza e sentenza, più che indicare necessariamente due tipologie di poteri, rispettivamente ordinatorio e decisorio, esprimano, quando sono usate entrambe in funzione decisoria, due gradi diversi di complessità della causa e di conseguenza del procedimento: tendenzialmente la sentenza dovrebbe essere associata al processo a cognizione piena, mentre l'ordinanza al processo sommario.

n. 149. Per approfondimenti sul filtro in cassazione vedi: A. CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in Cassazione e i dubbi di costituzionalità*, in *treccani.it*, 6 luglio 2009; ID., *L'art. 360 bis e la «nomofilachia» creativa dei giudici*, in *Giur. it.*, 2011, 886 ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla garanzia del ricorso per cassazione sistematicamente interpretato*, in *Foro it.*, 2009, V, 951 ss.; ID., *Principio di uguaglianza e ricorso in cassazione*, *ivi*, 2010, V, 65 ss.; G. SCARSELLI, *Il processo in cassazione riformato*, *ivi*, 2009, V, 310 ss.; A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 64 ss.; F. CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione e il nuovo sistema dei filtri*, *ibidem*, 769 ss.; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 381 ss.; E. SILVESTRI, *Note in tema di giudizio di cassazione riformato*, *ibidem*, 1027 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, *cit.*, 225 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, *cit.*, vol. II, 469 ss.

<sup>150</sup> F.S. DAMIANI, *Il procedimento camerale in Cassazione*, Napoli, 2011, *passim*; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. Protocolli*, in *Nuovi leggi civili commentate*, 2017, 269 ss.

<sup>151</sup> Il comma è stato introdotto dal d.lgs. 3 febbraio 2006, n. 40.

## 6. La “novella del 2022”: i principi generali e il processo “ordinario di cognizione”

L’ultima riforma del codice di procedura civile, nota come riforma “Cartabia”, ha avuto uno sviluppo concentrato e intenso, dal quale è uscito un processo civile, o più processi civili, del tutto rivoluzionato/i. Se si vuole, la si può considerare come un’evoluzione di quello che voleva essere lo spirito guida del codice del 1940-42 e di molte successive riforme: immediatezza e concentrazione, con qualche dubbio sull’oralità, mai pienamente attuata nel processo civile.

Sulla Gazzetta Ufficiale del 17 ottobre 2022 (suppl. ord. n. 38/L) è stato pubblicato il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206<sup>152</sup>, “recante delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”.

Il decreto n. 149/2022 persegue i tre obiettivi della semplificazione, della speditezza e della razionalizzazione, come enunciato nell’incipit della legge delega, i quali nel loro insieme dovrebbero realizzare il valore dell’effettività della tutela giurisdizionale<sup>153</sup>.

Va aggiunto che è già pronto uno schema di decreto legislativo correttivo e integrativo del d.lgs. n. 149/2022, al quale faremo riferimento di volta in volta per mettere in luce come probabilmente ver-

<sup>152</sup> La legge delega è stata preceduta dal lavoro di studio della Commissione per l’elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, *Proposte normative e note illustrative*, Ministero di Giustizia, Ufficio legislativo, 2021, in [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_LUIISO\\_relazione\\_finale\\_24mag21.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf). Sull’*iter* della riforma G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile: introduzione. Il processo ordinario di cognizione e il «procedimento semplificato» – le ordinanze anticipatorie*, in [www.foroitaliano.it/news71816/appunti-in-tema-di-riforma-delprocesso-civile/](http://www.foroitaliano.it/news71816/appunti-in-tema-di-riforma-delprocesso-civile/).

<sup>153</sup> Così, la *Relazione illustrativa dello schema del decreto attuativo della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 (schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata)*, 6.

ranno cambiate alcune disposizioni già modificate e attualmente vigenti<sup>154</sup>.

Iniziando con le disposizioni generali del primo libro del codice di procedura civile, importanti sono ai nostri fini le modifiche apportate all'art. 121: la rubrica segna subito lo spirito della riforma, perché dopo le parole «Libertà di forme» sono collocate «Chiarezza e sinteticità degli atti»; al primo comma, poi, è stato aggiunto il periodo: «Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico». Non sono state espressamente previste sanzioni per la violazione di tale principio, mentre nella Relazione Luiso si suggeriva di prevedere come sanzione non l'invalidità o l'inammissibilità dell'atto, ma che tale mancanza potesse essere presa in considerazione dal giudice al momento della liquidazione delle spese<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> La relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo correttivo specifica che anche questo decreto segue le direttrici della legge delega n. 206/2021.

<sup>155</sup> *Proposte normative e note illustrative, cit.*, 32. S. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 578 ss., in particolare 583, mettono in evidenza come la novità abbia un indiretto valore precettivo sul piano dell'accertamento dei fatti, se collegata con la nuova speculare previsione nell'art. 167, comma 1°, c.p.c. Sul punto vi è, invece, un commento negativo di B. CAPPONI, *Sulla fase introduttiva del nuovo rito ordinario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2023, 261 ss., in particolare 267, il quale nota come sia del tutto inutile sancire il principio di chiarezza e sinteticità delle difese di parte, se poi si lascia alle stesse la possibilità di riscriverle e sovrascriverle in quattro occasioni diverse prima dell'udienza di trattazione.

La stessa formula, in modo aggravato, la ritroviamo nel primo comma dell'art. 342 c.p.c., in cui si dice che «L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico». Questo primo comma dovrebbe essere leggermente modificato con il decreto correttivo e nella nuova formulazione permangono gli stessi aggettivi: «L'appello si propone con citazione contenente le indicazioni prescritte nell'articolo 163 e deve essere motivato in modo chiaro, sintetico e specifico». Gli aggettivi chiaro, sintetico e specifico ritornano anche nell'art. 366, che disciplina il contenuto del ricorso in cassazione: al punto 3 è prevista «la chiara esposizione dei fatti della causa essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso»; al punto 4 «la chiara e sintetica esposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano»; al punto 6 «la specifica indicazione, per ciascuno dei motivi, degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il motivo si fonda e l'illustrazione del contenuto rilevante degli stessi». Si può esprimere quantomeno il

Nello schema di decreto correttivo troviamo delle riforme ad alcune norme della parte generale che riguardano direttamente la disciplina dei provvedimenti.

Iniziamo dalla sentenza. In linea con la volontà di incentivare l'uso degli strumenti informatici, dovrebbe mutare del tutto la modalità di pubblicazione della sentenza; ai sensi del nuovo articolo 133 la sentenza verrà resa pubblica mediante deposito telematico, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Il deposito telematico del provvedimento direttamente da parte del giudice influirebbe sui passaggi della sottoscrizione e pubblicazione della sentenza collegiale: l'estensore comunica telematicamente al presidente del tribunale o della sezione la minuta da lui redatta e sottoscritta digitalmente; il presidente a sua volta, previa comunicazione al collegio quando lo ritiene opportuno, sottoscrive la minuta a sua volta con firma digitale e la deposita telematicamente (art. 119 disp. att. c.p.c.). La pubblicazione della sentenza, insomma, dovrebbe avvenire direttamente con la pubblicazione della minuta, come aveva pensato Chiovenda, ma quanto pare senza farvi seguire il deposito dell'originale.

La disciplina degli altri due provvedimenti, ordinanza e decreto, è stata modificata in un punto essenziale: se sono collegiali e sono pronunciati fuori udienza, come accade normalmente per il decreto, recheranno, recheranno la doppia sottoscrizione del presidente e dell'estensore (artt. 134 e 135). Una novità, che se portata fino in fondo, consentirebbe di superare quello che è stato considerato uno dei maggiori ostacoli in caso di scambio tra forme di provvedimenti colle-

dubbio che se i motivi di impugnazione siano correttamente formulati, la mancanza di sinteticità possa influire su un'eventuale pronuncia di inammissibilità; mentre la chiarezza e specificità potrebbero determinare l'inammissibilità, ma solo a patto di non rendere i motivi comprensibili.

Per l'indicazione delle ulteriori disposizioni in cui tale principio viene richiamato si rinvia a R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, 414 ss. in particolare 416; l'autore osserva come il legislatore abbia voluto distinguere il problema della forma dell'atto dalle tecniche di redazione, il cui mancato rispetto potrebbe avere ricadute sulle spese.

giali: la mancanza di doppia sottoscrizione dei provvedimenti collegiali diversi dalla sentenza. Se pronunciati fuori udienza, è da supporre che anche questi provvedimenti debbano essere depositati telematicamente e firmati digitalmente.

In generale, le varie disposizioni sono state ritoccate per favorire l'uso degli strumenti informatici.

I tocchi che il legislatore ha impresso al processo ordinario lo hanno reso, almeno sulla carta, più agile e snello; certo esso potrebbe apparire un po' macchinoso.

L'obbiettivo della semplificazione è stato perseguito dalla riforma "Cartabia" complessivamente considerata, in due direzioni: da un lato si è agito sul sistema delle preclusioni, che ora precedono la prima udienza di trattazione<sup>156</sup>; dall'altro si è incrementato l'uso del proce-

<sup>156</sup> Questo ha comportato un complessivo ampliamento dei termini tra la citazione e l'udienza di trattazione, per consentire alle parti di svolgere compiutamente il loro diritto di difesa prima dell'incontro con il giudice. Alcune modifiche normative sottolineano la suddetta necessità per un rapido processo e questo onere per le parti: all'art. 167, dopo le parole «Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione» sono inserite «in modo chiaro e specifico»; la costituzione delle parti non viene consentita più fino alla prima udienza di trattazione, ma fino al termine per la costituzione del convenuto (art. 171); in questo modo, scaduto il termine di cui all'art. 166, entro i quindici giorni successivi, il giudice svolge le verifiche relative alla regolarità del contraddittorio (art. 171 bis); nel nuovo decreto correttivo viene specificato il termine per procedere a nuove verifiche preliminari, nel caso in cui le verifiche preliminari non vadano a buon fine e debba essere fissata una nuova udienza.

Nello stesso lasso temporale (quindici giorni), quando non occorre pronunciare i provvedimenti per ripristinare la regolarità del contraddittorio, il giudice dovrebbe indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione, anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda. Nella formulazione dell'art. 171 bis, comma 1 del d.lgs. n. 149/2022 il giudice si limita ad indicare alle parti la sussistenza dei presupposti per procedere alla trattazione con il rito semplificato; secondo l'art. 171 bis, comma 3, come modificato dall'eventuale decreto correttivo, quando ritenga che in relazione a tutte le domande proposte ricorrano i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281 decies, il giudice dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione e fissa l'udienza di cui all'articolo 281 duodecies nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti. Il mutamento del rito, dunque, non passa attraverso le eventuali osservazioni delle parti.

Dopo le verifiche preliminari e secondo la nuova disciplina, se non viene disposto il mutamento del rito, il giudice pronuncia decreto e da questo momento, come specificato nella nuova versione dell'art. 171 bis, ultimo comma, cominciano a decorrere i tre termini progressivi per le tre memorie integrative degli atti introduttivi, prima della riforma Cartabia previste dall'art. 183, comma 5 (art. 171 ter).

Nel nuovo art. 183 torna l'obbligatoria comparizione personale delle parti, che ha un senso perché il giudice dovrebbe arrivare alla prima udienza con un quadro ben chiaro delle posizioni di tutti; così, egli può interrogare liberamente i contendenti e tentare la conciliazione. Nella stessa udienza, salvo che il giudice autorizzi la chiamata in causa di un terzo, ammette le prove, fissa l'udienza per la loro assunzione e pianifica anche le successive udienze.

Inoltre, l'avere il quadro della vicenda processuale chiaro, prima dell'udienza di trattazione, dovrebbe permettere al giudice anche di disporre coscientemente mezzi di prova d'ufficio: in questo caso ciascuna parte può dedurre entro un termine perentorio assegnato dal giudice i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi, nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice (art. 183, comma 5).

Da sottolineare che nella "Relazione della Commissione Luiso" si prospettava esclusivamente che negli atti introduttivi vi fosse il quadro completo del *thema decidendum* e del *thema probandum* fin da principio, non l'anticipazione delle tre memorie previste dal vecchio ultimo comma 183, comma 5, vedi, *Proposte normative e note illustrative, cit.*, 36 ss.

La dottrina ha messo in evidenza tra gli altri inconvenienti dell'anticipazione dello scambio di memorie rispetto alla trattazione scritta, il rischio del malfunzionamento del meccanismo del rilievo d'ufficio a causa della mancata interlocuzione con le parti, così B. CAPPONI, *Sulla fase introduttiva del nuovo rito ordinario di cognizione*, cit., 266, il quale ha paventato che il giudice istruttore possa disapplicare l'art. 171 bis, in ordine alle verifiche preliminari ed il tutto si svolga nella prima udienza di trattazione come in passato; R. DONZELLI, *Considerazioni sparse*, cit., 426 s, avverte che servendosi del disposto di cui all'art. 101, comma 2, il giudice potrebbe comunque dar luogo ad un'appendice scritta successiva all'udienza di trattazione; S. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, cit., 588 ss. Sulla fase della trattazione nel rito ordinario e sulle sue problematiche vedi anche: D. BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. Introduzione, preclusioni, trattazione e decisione*, in C. Cecchella (cur.), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, 49 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 33 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13° ed., Torino, 2023, vol. II, 181 ss.; C. DELLE DONNE, *La fase introduttiva, prima udienza e provvedimenti del giudice istruttore*, in R. Tiscini (cur.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 268 ss.; F.P. LUISEO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del c.p.c.*, Milano, 2023, 52 ss.

dimento sommario di cognizione, rinominato “procedimento semplificato di cognizione”<sup>157</sup>. Infatti, esso diviene obbligatorio per ogni con-

Va segnalata la recentissima sentenza della Corte costituzionale, Corte cost., 3 giugno 2024, n. 96, la quale ha respinto le eccezioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all’art 171 bis (in relazione all’art. 76 Cost., per eccesso di delega; in relazione all’art. 3 Cost., nell’ambito delle questioni rilevabili d’ufficio con il decreto di fissazione dell’udienza, tra quelle che il giudice può decidere, già in tale decreto, e quelle che lo stesso giudice si limita a segnalare alle parti stesse affinché possano trattarle già nelle memorie di cui all’art. 171 ter c.p.c.; infine, in relazione all’art. 24 Cost., prospettata sotto il profilo dell’attribuzione al giudice del potere di emanare provvedimenti fuori udienza e senza alcun contraddittorio preventivo con le parti), ma ha fissato una serie di principi, con la premessa dell’importanza del contraddittorio «quale primaria e fondamentale garanzia del giusto processo».

Innanzitutto, il giudice, nell’esercizio del potere direttivo del processo demandato allo stesso in generale dall’art. 175 c.p.c. potrebbe fissare un’udienza *ad hoc* qualora avvertisse l’esigenza di interloquire con le parti sui provvedimenti da assumere all’esito delle “verifiche preliminari”. Non di meno, ove il giudice ritenesse di adottare direttamente il decreto, la parte che non condividesse il provvedimento emesso, potrebbe richiedere la fissazione di un’udienza per discuterne in contraddittorio, onde evitare una successiva regressione del procedimento. Una tale udienza, se fissata dal giudice, realizzerebbe il contraddittorio delle parti prima di quella di comparizione e trattazione della causa. Secondo la Corte, in ogni caso, il decreto di cui all’art. 171 bis c.p.c., senza la fissazione di un’udienza *ad hoc*, potrebbe essere oggetto di discussione all’udienza di comparizione alla presenza delle parti. All’esito di tale udienza, i provvedimenti assunti con decreto, una volta vagliate le ragioni delle parti, potrebbero essere confermati, modificati o revocati con ordinanza del giudice. Infine, la Corte ha puntualizzato che, se la parte chiedesse, senza esito, la fissazione di un’udienza per interloquire con il giudice sui provvedimenti emanati con il decreto di cui all’art. 171 bis c.p.c., alcuna conseguenza processuale pregiudizievole (come l’estinzione del processo) potrebbe essere posta a carico della stessa, ove essa non si fosse conformata a tale provvedimento confidando nella possibilità di argomentare le proprie ragioni nel contraddittorio delle parti. Potrebbe esserci, in tal caso, un allungamento dei tempi del processo, ma l’esigenza di rapidità non potrebbe pregiudicare la completezza del sistema delle garanzie della difesa e comprimere oltre misura il contraddittorio tra le parti, atteso che «un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata».

<sup>157</sup> In questo contesto non possono essere prese in considerazione tutte le problematiche relative a tale specifico procedimento, perché quello che qui importa è la struttura complessiva del “nuovo processo ordinario di cognizione in primo grado”. Perciò, per approfondimenti si rinvia a: G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in D. Dalfino (cur.), *La riforma del processo civile*, Roma, 2023, 195 ss.; A.

troversia, anche di competenza del tribunale in composizione collegiale, quando i fatti di causa non siano controversi oppure quando la domanda sia fondata su prova documentale o di pronta soluzione o comunque richieda un'attività istruttoria non complessa; nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica la domanda può sempre essere proposta nelle forme del procedimento semplificato (art. 281 decies)<sup>158</sup>. Il nuovo terzo comma dell'art. 281 decies specifica che le disposizioni di cui al primo e al secondo comma si applicano anche alle opposizioni previste dagli articoli 615, primo comma, 617, primo comma, e 645.

Da non trascurare il dato che il numero delle cause affidate al tribunale in composizione collegiale è ulteriormente diminuito (art. 50 bis).

Nella disciplina attuale, se alla prima udienza del rito ordinario il giudice, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria e sentite le parti, rileva che in relazione a tutte le domande proposte ricorrano i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281 decies, dispone con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato (così l'art. 183 bis). Ai sensi dell'art. 171 bis, comma 1 c.p.c. il giudice potrebbe già prima della prima udienza di trattazione segnalare questa necessità alle parti, con possibilità di memorie sul punto delle stesse. Ai sensi del nuovo art. 171 bis, comma 3 il giudice dovrebbe disporre direttamente il mutamento del

CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 76 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 367 ss.; R. MASONI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2023, 291 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in R. Tiscini (cur.), *La riforma*, cit., 395 ss.

<sup>158</sup> In ordine all'organizzazione del primo grado, il legislatore sembra aver seguito le indicazioni della Commissione di studio, secondo la quale ad eccezione delle controversie sottoposte a riti speciali, tutte le controversie civili avrebbero dovuto essere sottoposte o al rito ordinario già esistente o a quello semplificato di nuovo conio. Tuttavia, il legislatore sembra essere andato anche oltre, perché secondo il progetto della Commissione al rito semplificato avrebbero dovuto essere sottoposte tutte le controversie di competenza del giudice di pace e del tribunale in composizione monocratica, che riguardino fatti non controversi o presentino un'istruzione basata soltanto su prove documentali o di pronta soluzione o che, secondo la valutazione del giudice, richiedano un'attività istruttoria considerata non complessa, *Proposte normative e note illustrative*, cit., 32

rito, fissando l'udienza di cui all'art. 281 decies e dando termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti, ove ricorrano per tutte le domande i presupposti di cui all'art. 281 decies<sup>159</sup>. L'art. 183 bis dovrebbe essere abrogato. In tal modo alle parti non verrebbe data la possibilità di contraddire sul punto prima del passaggio al rito semplificato.

Viceversa, se alla prima udienza del rito semplificato il giudice rileva che per una delle domande non ricorrono i presupposti della trattazione semplificata o ritenga che la complessità della causa richieda il rito ordinario, dispone con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario, fissando l'udienza di cui all'articolo 183, rispetto alla quale decorrono i termini previsti dall'articolo 171 ter (art. 281 duodecies, comma 1). Anche in questo caso ci dovrà essere uno scambio in contraddittorio con le parti. Non è più prevista come nel passato regime la dichiarazione di inammissibilità della domanda non proposta secondo i presupposti di legge (art. 702 ter, comma 1, c.p.c. abrogato).

È da supporre che nel nuovo regime le difese che le parti non abbiano potuto svolgere prima del passaggio al rito semplificato in ordine al mutamento del rito, vengano presentate insieme alle memorie integrative: è pur vero che il giudice è sempre lo stesso, ma un rischio seppur minimo di un nuovo passaggio di rito ci sarebbe. Seguendo i principi espressi della recentissima sentenza della Corte costituzionale, si può supporre: che il giudice possa comunque fissare un'apposita udienza prima di disporre il mutamento del rito; che a richiesta di parte il giudice debba fissare un'apposita udienza, al di fuori della prima udienza di comparizione o trattazione, per discutere del mutamento del rito, anche dopo che lo ha disposto e qui confermare o revocare con ordinanza il decreto stesso<sup>160</sup>.

Nella disciplina attuale si non può più parlare di procedimento

<sup>159</sup> La concessione di un termine per memorie è legata alla non automaticità delle facoltà di precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, nonché di indicare i nuovi mezzi di prova e produrre nuovi documenti nel rito semplificato, subordinata alla sussistenza di un giustificato motivo; in sostanza, si viene a creare in tal modo un sistema di preclusioni analogo a quello del processo del lavoro.

<sup>160</sup> Corte cost., 3 giugno 2024, n. 96, cit.

sommario speciale alternativo al processo ordinario, ma di due possibili svolgimenti del processo ordinario che si adatta alla conformazione della controversia. Ciò è tanto vero che la disciplina del procedimento semplificato, ex sommario, viene introdotta nel secondo libro del codice al capo III quater, titolato appunto “Del procedimento semplificato di cognizione”. A comprovare questo “innesto” c’è anche un altro dato: la decisione avviene con sentenza, al termine della discussione orale o con il deposito nei successivi trenta giorni (artt. 281 terdecies in combinato disposto con l’art. 281 sexies). Lo stesso avviene quando la causa è di competenza del tribunale in composizione collegiale, solo che il termine per il deposito successivo è di settanta giorni ai sensi dell’art. 275 bis c.p.c. ultimo comma. Lo schema di decreto correttivo ha leggermente modificato la decisione in caso di rito semplificato davanti al collegio. Ai sensi del nuovo art. 281 terdecies, comma 2 nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, l’istruttore dovrebbe disporre la discussione orale della causa davanti a sé e all’esito riservarsi di riferire al collegio: la sentenza sarebbe depositata nei successivi sessanta giorni. Solo se una delle parti lo richiedesse, il giudice dovrebbe procedere a norma dell’articolo 275 bis. È stato considerato più fruttuoso e rapido disporre la discussione davanti all’organo monocratico che ha seguito lo svolgimento della causa: questa soluzione toglie qualcosa all’immediatezza della decisione.

La sentenza è soggetta alle impugnazioni ordinarie, non più ad un appello di carattere speciale.

Nelle intenzioni del legislatore, il procedimento potrebbe essere ancor più velocizzato quando la domanda appaia fondata o infondata *icto oculi*<sup>161</sup> ovvero in essa sia omesso o risulti assolutamente incerto il requisito di cui all’articolo 163, terzo comma, n. 3), e la nullità non sia stata sanata o se, emesso l’ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persista la mancanza dell’esposizione dei fatti di cui al numero 4), terzo comma dello stesso articolo: in queste

<sup>161</sup> Secondo l’art. 183 ter, comma 1 essa può essere adottata quando «i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate»; ai sensi dell’art. 183 quater, comma 1 può essere pronunciata ordinanza di rigetto della domanda quando questa «è manifestamente infondata».

ipotesi, su istanza di parte e purché si tratti di diritti disponibili<sup>162</sup>, il giudice emette un'ordinanza a chiusura del procedimento (art. 183 ter e quater).

Quanto alla tempistica per l'istanza, mentre per l'ordinanza di accoglimento non sembrano esserci limiti temporali, perché ai sensi dell'art. 183 ter essa può essere genericamente chiesta nel corso del procedimento di primo grado, per l'ordinanza di rigetto l'art. 183 quater, al primo comma, dopo aver parimenti previsto che essa possa essere richiesta nel corso del giudizio di primo grado, aggiunge l'inciso «all'esito dell'udienza di cui all'art. 183». Certo è che l'utilità di una simile strada per accorciare il giudizio si esprimerebbe ai suoi massimi livelli se il provvedimento fosse pronunciato nella prima udienza<sup>163</sup>.

Non essendo nulla specificato, è lecito supporre che il provvedimento possa essere pronunciato sia dal tribunale in composizione collegiale che monocratica<sup>164</sup>; nel primo caso, non essendoci contraria indicazione, è da supporre che il provvedimento debba essere emesso

<sup>162</sup> Sul concetto di disponibilità del diritto vedi M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e alcune norme dell'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 390 ss., in particolare 397 ss.

<sup>163</sup> G.P. CALIFANO, *Le nuove ordinanze "decisorie" di cui agli articoli 183-ter e quater c.p.c.*, in *DPCIEC*, 2023, 1, 268 ss., in particolare 272, evidenzia come sia raro che fin da subito le difese appaiano manifestamente infondate.

<sup>164</sup> Non davanti al giudice di pace o alla corte d'appello, vedi: G.P. CALIFANO, *op. cit.*, 271; L. GALANTI, *Le nuove ordinanze definitive del giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 947 ss., in particolare 951; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e alcune norme dell'ultima riforma*, cit., 396; S. MENCHINI, E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, cit., 617; R. METAFORA, *Le nuove ordinanze di manifesta fondatezza e infondatezza introdotte dalla riforma del processo civile*, in *Giustiziacivile.com*, 12 gennaio 2023, 4 s.; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183 ter e 183 quater c.p.c.)*, in *DPCIEC*, 2023, n. 1, 241 ss., in particolare 252. Al contrario, D. TURRONI, *La definizione anticipata del giudizio – Artt. 183 ter e 183 quater c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2023, 454 ss., in particolare 455, ritiene l'istituto riservato al tribunale monocratico, sulla base delle indicazioni presenti nella legge delega, che colloca le disposizioni in esame fra quelle dell'art. 1, comma 5, espressamente dedicate al tribunale in composizione monocratica.

Si rinvia alla citata dottrina anche per le questioni relative all'applicazione di tali istituti nell'ambito dei riti speciali, seppur la collocazione della loro disciplina nell'ambito del rito ordinario faccia supporre che si tratti di provvedimenti a questo procedimento riservati.

dal collegio, non dal giudice istruttore<sup>165</sup>. Infatti, in altre circostanze il legislatore ha specificato quando al giudice istruttore è consentito emettere provvedimenti a carattere decisorio o comunque definitivo come le ordinanze anticipatorie di cui agli artt. 186 ter, comma 5 e di cui all'art. 186 quater. Considerando che uno dei vantaggi di questo tipo di pronuncia è quello di lucrare sui tempi che occorrono per arrivare alla decisione, questi sarebbero più evidenti nel caso di procedimento davanti al tribunale collegiale, perché in questo contesto anche nel caso di pronuncia a seguito di discussione orale in udienza l'iter che porta alla decisione (art. 273 bis, commi 1 e 2) è più lungo dell'analogo iter davanti al tribunale in composizione monocratica (art. 281 *sexies*, comma 1).

Ai fini dell'inquadramento di tali provvedimenti è necessario scindere il caso in cui si tratti di un'ordinanza di accoglimento della domanda (art. 183 ter), da quello in cui si tratti di un provvedimento di rigetto per manifesta infondatezza o persistente indeterminatezza dell'oggetto della domanda (art. 183 quater)<sup>166</sup>.

L'ordinanza d'accoglimento è un provvedimento nel merito, seppur singolare. Dalla Relazione illustrativa emergono indicazioni contraddittorie: da un lato tale provvedimento viene qualificato come "provvisorio ma con efficacia esecutiva", modellato sulle fattispecie di condanna con riserva delle difese del convenuto (di cui all'art. 1462 c.c. e agli artt. 35, 648 e 665 c.p.c.); dall'altro si specifica che la norma è strutturata in modo tale da escludere che, dopo la pronuncia dell'ordinanza, il giudizio abbia a proseguire, essendo deputata a soddisfare l'eventuale interesse della parte istante di munirsi celermente di un titolo immediatamente spendibile in via esecutiva<sup>167</sup>.

<sup>165</sup> Così M. STELLA, *op. cit.*, 252.

<sup>166</sup> A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 59 ss.; L. GALANTI, *Le nuove ordinanze definitive del giudizio di primo grado*, cit., 952 ss.; F. GHIRGA, *op. cit.*, 396 ss.; M. STELLA, *op. cit.*, 252 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Le nuove ordinanze definitive (art. 183 ter e 183 quater)*, in D. Dalfino (cur.), *La riforma del processo civile*, cit., 125 ss.;

<sup>167</sup> *Relazione*, cit., 27, si fa riferimento ad esempi presi da altri ordinamenti: il *référé provision* di cui all'art. 809 del *code de procédure civile* francese o il *summary judgment* di cui all'art. 24 delle *civil procedure rules* anglosassoni. Per il confronto tra

Nella Relazione il legislatore ha voluto richiamare la denominazione usata dalla Commissione di Studio<sup>168</sup>, ma certo è difficile pensare ad un provvedimento che dovrebbe chiudere il processo con contestuale liquidazione delle spese<sup>169</sup> come ad un'ordinanza con riserva delle ec-

l'ordinanza di cui all'art. 183 ter e gli altri istituti stranieri si rinvia a F. GHIRGA, *op. cit.*, 400 ss.; S. MENCHINI, E. MERLINI, *op. cit.*, 651 s.; M. STELLA, *op. cit.*, 247 ss.

<sup>168</sup> La Commissione di studio aveva previsto esclusivamente che si potesse pronunciare un'ordinanza provvisoria di accoglimento, nelle circostanze di cui all'art. 183 ter, facendo riferimento ad analoghi modelli stranieri. Tale provvedimento doveva essere disciplinato all'interno del libro IV del codice di procedura civile e, in particolare, nel capo III bis, e veniva denominato "Ordinanza di condanna con riserva". In particolare, la disposizione avrebbe dovuto prevedere che: 1) prima dell'inizio del processo di cognizione e nel corso del giudizio di primo grado, con riferimento alle controversie di competenza del tribunale in materia di diritti disponibili, il giudice potesse, su istanza di parte, pronunciare ordinanza provvisoria di accoglimento, in tutto o in parte, della domanda proposta, nel caso in cui i fatti costitutivi fossero provati e le difese del convenuto apparissero manifestamente infondate; 2) l'ordinanza di accoglimento fosse reclamabile ai sensi dell'art. 669 terdecies del c.p.c. e non acquistasse mai efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., né potesse avere autorità in altri processi; 3) per la pronuncia prima dell'inizio del processo si utilizzasse il procedimento di cui all'art. 669 sexies, primo comma, del c.p.c. e fosse prevista anche la liquidazione delle spese. Vedi *Proposte normative e note illustrative*, cit., 33 e 35. Chiaro che avendo l'ordinanza carattere provvisorio, essa avrebbe dovuto essere assorbita nella pronuncia definitiva; solo se il processo si fosse estinto essa avrebbe potuto sopravvivere al pari di altri provvedimenti anticipatori dello stesso tipo.

Come ulteriori strumenti per velocizzare il processo, che non hanno trovato accoglimento la Commissione Luiso aveva previsto: la modifica dell'art. 115, comma 1 c.p.c., nel senso che in materia di diritti disponibili, non fossero bisognosi di prova i fatti allegati da una parte e non specificatamente contestati dalla controparte, anche dove la non contestazione fosse l'effetto della contumacia; nonché che l'ordinanza di cui all'art. 186 bis, potesse essere pronunciata anche quando la domanda avesse un oggetto diverso da somme di denaro (obbligo di consegna o rilascio; obblighi di fare e non fare), oltre che in caso di contumacia della controparte, in conformità alla modifica apportata all'art. 115, comma 1. Vedi *Proposte normative e note illustrative*, cit., 31 s.

<sup>169</sup> Che essa sia pensata come strumento a definitiva chiusura del processo è confermato dalla circostanza per cui l'art. 183 ter, comma 2 specifica che in caso di pluralità di domande l'ordinanza possa essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrono per tutte. Critica in proposito la dottrina che rileva come non si sia distinto tra i vari tipi di connessione e si sia precluso l'uso dell'istituto della separazione di cause: M.F. GHIRGA, *op. cit.*, 404 s.; S. MENCHINI, E. MERLINI, *op. cit.*, 617 s.; R. METAFORA, *op.*

cezioni del convenuto, che, invece, presuppone la prosecuzione del procedimento<sup>170</sup>.

Cerchiamo di fare il punto sulla natura del provvedimento mettendolo a confronto con istituti noti.

Non siamo davanti ad un'ordinanza anticipatoria classica, perché il processo termina con essa; né è sostitutiva della sentenza come l'ordinanza 186 quater, perché non ne ha tutti gli effetti; né, tantomeno, siamo in presenza di un'ordinanza ingiunzionale emessa nei confronti di un convenuto contumace, perché se non opposta essa non acquista gli effetti del decreto ingiuntivo non opposto (art. 186 ter, comma 5) e non necessariamente il convenuto è contumace.

Pur essendo reclamabile *ex art. 669 terdecies*, tale ordinanza non è un provvedimento cautelare anticipatorio, perché non si richiede la sussistenza dei presupposti della tutela cautelare, né essa viene adottata in previsione di un futuro giudizio di merito a cognizione piena.

Infine, la possibilità di reclamare il provvedimento entro un termine perentorio e di ritornare in caso di esito positivo alla cognizione

*cit.*, 6 ss. Va, inoltre, considerata la circostanza che a seguito di accoglimento parziale del reclamo, vi potrebbe comunque essere una separazione di cause soggette a due decisioni di natura diversa.

<sup>170</sup> In dottrina è stato sottolineato come essendo il provvedimento a presidio delle posizioni dell'attore l'accertamento dei fatti costitutivi debba essere pieno, mentre possa esserci un giudizio di verosimiglianza intorno alle eccezioni del convenuto, così S. MENCHINI, E. MERLIN, *op. cit.*, 621 s.: questo potrebbe essere un punto in comune rispetto alla condanna con riserva. In questo senso anche M. STELLA, *op. cit.*, 253 il quale, però, sottolinea come l'art. 183 ter c.p.c. non distingua tra difese ed eccezioni e, nell'ambito di quest'ultime, tra eccezioni di rito e di merito; perciò l'autore esclude, *imperio rationis*, che su eccezioni di rito e difese di puro diritto sia concesso applicare una regola di giudizio, intesa come standard di convincimento, diversa da quella della cognizione ordinaria. Altro autore, D. TURRONI, *La definizione anticipata del giudizio – Artt. 183 ter e 183 quater c.p.c.*, cit., 455 e 459 ritiene che non si tratti di accertamenti di carattere superficiale o incompleto, ma piuttosto di accertamenti semplici, in quanto di facile e pronta soluzione, come si ricaverebbe dalle espressioni usate dal legislatore; di conseguenza, il giudice dovrebbe rigettare l'istanza nel momento in cui, ad esempio, un'eccezione risulti essere complessa, "non liquida". L'autore mette in evidenza come il provvedimento venga emesso nelle forme ordinarie e dubita che tale subprocedimento possa portare ad un effettivo risparmio di tempo, dato che dovrebbe essere comunque provocato il contraddittorio tra le parti ed il provvedimento, pur con struttura più semplice, dovrebbe essere motivato.

piena<sup>171</sup>, seppur davanti ad un giudice persona fisica differente, potrebbe far pensare che l'ordinanza di cui all'art. 183 ter sia un provvedimento sommario decisorio. In verità, lo pseudo meccanismo della mancata opposizione-impugnazione in questo caso non porterebbe affatto all'immediato passaggio in giudicato, perché secondo il comma 3 di tale articolo, il provvedimento non acquista efficacia di giudicato ai sensi dell'articolo 2909 c.c., né la sua autorità può essere invocata in altri processi<sup>172</sup>. La norma si limita a prevedere che il provvedimento se non è reclamato o se il reclamo è respinto, definisca il giudizio e non sia ulteriormente impugnabile (comma 4).

Piuttosto, siamo in presenza di un accertamento con prevalente funzione esecutiva<sup>173</sup>: l'ordinanza costituisce titolo esecutivo<sup>174</sup>, chiude il processo, liquida le spese e non è ulteriormente impugnabile, se non è reclamata o se il reclamo è respinto. Un provvedimento di tal genere

<sup>171</sup> Sugli inconvenienti di tale meccanismo vedi R. METAFORA, *op. cit.*, 8 s.

<sup>172</sup> Secondo R. METAFORA, *op. cit.*, 4 questo tipo di provvedimento avrebbe come antecedente le ordinanze sommarie di cognizione dell'abrogato rito societario di cui all'art. 19 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. In questo senso anche M. STELLA, *op. cit.*, 242 ss. Critica su questa posizione M.F. GHIRGA, *op. cit.*, 403, che sottolinea che nell'ipotesi in esame il provvedimento non possa essere chiesto in via autonoma, come invece l'ordinanza che chiudeva il primo grado del procedimento sommario societario.

<sup>173</sup> Per approfondimenti sulla categoria dei provvedimenti sommari senza giudicato si rinvia a: S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 869 ss.; ID., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 367 ss.; R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Napoli, 2009, *passim*.

<sup>174</sup> Perciò il provvedimento non è compatibile con la tutela di mero accertamento né costitutiva, che invece richiedono l'accertamento proprio del giudicato. Vedi in proposito: M.F. GHIRGA, *op. cit.*, 396 ss. la quale si chiede se la piena cognizione dell'esistenza del diritto e la manifesta infondatezza delle difese proposte, consentano di anticipare almeno gli effetti condannatori che possono far seguito alla pronuncia di sentenze di accertamento o costitutive; l'autrice sembra ritenere utile un mero accertamento, seppur non cristallizzato dal giudicato, per eliminare una situazione di incertezza; invece, escludono la compatibilità di queste tutele con un provvedimento inidoneo al giudicato: G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze «divinatorie» nella delega sul processo civile*, in *DPCIC*, 2022, n. 3, 246 ss. in particolare 248, che estende l'ambito di applicazione della norma agli obblighi indirettamente coercibili ai sensi dell'articolo 614 bis c.p.c.; S. MENCHINI, E. MERLIN, *op. cit.*, 619 ss.

di per sé non potrebbe precludere al soccombente di agire per un mero accertamento negativo del diritto, sulla base di fatti nuovi, anche semplicemente non allegati<sup>175</sup>.

Il vantaggio di tale provvedimento sarebbe allora di ottenere un titolo esecutivo, oltre a una sosta di efficacia “dissuasiva” nei confronti della parte convenuta, che non abbia ulteriori valide argomentazioni da sottoporre al giudice per avere un provvedimento a sé favorevole sullo stesso *thema decidendum*, anche per il serio rischio di una condanna alle spese per responsabilità aggravata<sup>176</sup>.

Visto il disposto della norma di stretta applicazione, in dottrina si è dubitato che tale disposizione sia idonea ad iscrivere ipoteca giudiziale<sup>177</sup>. Questo dubbio viene fugato dal nuovo decreto correttivo che all'art. 183 ter, terzo comma aggiunge: «(l'ordinanza) costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale».

Passiamo all'ordinanza di rigetto della domanda.

L'art. 183 quater avrebbe come scopo quello di svolgere una sorta di funzione di filtro per evitare che vadano avanti domande per differenti motivi non meritevoli di approfondimento cognitivo<sup>178</sup>. Questa norma prevedrebbe due pronunce di natura differente: quella di rigetto per manifesta fondatezza, che sarebbe un provvedimento nel merito; quella di rigetto per indeterminatezza dell'oggetto della domanda, che sarebbe una pronuncia in rito. Entrambe sarebbero soggette allo stesso regime di stabilità essendo reclamabili ai sensi dell'art. 669 terdecies, con la possibilità di prosecuzione in caso di accoglimento da-

<sup>175</sup> M. STELLA, *op. cit.*, 256 s. richiamando la tesi di E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis c.p.c.)*, cit., 256 s. esclude che in tale ipotesi sia da ritenersi consentita l'opposizione all'esecuzione: sarebbe una questione di obiettivi di *policy*, riconoscere a tale provvedimento idoneità a sortire un effetto di “stabile preclusione che valga a rendere definitivamente impermeabile l'esecuzione rispetto alle contestazioni del debitore intorno alla pretesa”.

<sup>176</sup> Così, L. GALANTI, *op. cit.*, 963 s.

<sup>177</sup> G.P. CALIFANO, *op. cit.*, 273; M.F. GHIRGA, *op. cit.*, 399; S. MENCHINI, E. MERLIN, *op. cit.*, 624; R. METAFORA, *op. cit.*, 8; M. STELLA, *op. cit.*, 256.

<sup>178</sup> B. CAPPONI, *Sulla nuova ordinanza di rigetto (art. 183 quater c.p.c.)*, in *Foro it.* 2022, V, 299 ss.; A. CARRATTA, *op. cit.*, 59 ss.; M.F. GHIRGA, *op. cit.*, 408 ss.; S. MENCHINI, E. MERLIN, *op. cit.*, 625 ss.; R. METAFORA, *op. cit.*, 10 ss.; D. TURRONI, *op. cit.*, 459.

vanti ad un giudice persona fisica diversa; per entrambe si specifica che non passerebbero in giudicato sostanziale, anche se la disposizione ha senso solo con riferimento al primo tipo di ordinanza di rigetto<sup>179</sup>. In entrambe ci sarebbe la liquidazione delle spese ed entrambe potrebbero essere emesse solo per la chiusura definitiva del provvedimento: infatti, anche in questa norma, come nella precedente, si specifica che in caso di pluralità di domande, l'ordinanza può essere pronunciata solo se presupposti enunciati ricorrono per tutte.

Entrambe comunque non precludono all'ex-attore di agire di nuovo con altre prove o allegando altri fatti o semplicemente formulando l'atto di citazione correttamente, salvo decadenze.

Scindiamo queste due pronunce.

La prima di esse può fungere da spauracchio nei confronti di domande peregrine, più che altro, dovrebbe disincentivare ad agire la minaccia della condanna alle spese. Certo, non si vede perché non dovrebbe chiedersi una sentenza di rigetto a fronte di una domanda manifestamente infondata, eliminando alla radice il rischio di nuove azioni<sup>180</sup>.

Il secondo tipo di pronuncia dovrebbe fornire una soluzione ad un problema che si era posto e al quale era stata data risposta prima della riforma Cartabia. In particolare, il problema è quello di come il giudice debba agire davanti ad un ordine di rinnovazione o integrazione dell'atto di citazione nullo per indeterminatezza dell'oggetto o delle ragioni della domanda non ottemperato<sup>181</sup>.

La Corte di cassazione aveva applicato la disciplina propria dell'ordine di rinnovazione dell'atto di citazione nullo per motivi rela-

<sup>179</sup> Lo sottolinea G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze «divinatorie» nella delega sul processo civile*, cit., 252.

<sup>180</sup> M. STELLA, *op. cit.*, 259 nota come in alcuni casi, così le impugnative di delibere assembleari, condominiali, le impugnative di atti negoziali, le azioni revocatorie fallimentari e ordinarie, anche una pronuncia di rigetto a carattere provvisorio, seppur inidonea al giudicato, sarebbe egualmente foriera del consolidamento degli effetti dell'atto sostanziale impugnato.

<sup>181</sup> Giurisprudenza e dottrina avevano dato diverse soluzioni al problema; alla fine l'alternativa era tra l'estinzione del giudizio e la sua prosecuzione con il rigetto in rito; per approfondimenti e ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali vedi L. GALANTI, *op. cit.*, 956 s.

tivi alla *vocatio in ius* (art. 164, comma 2) agli ordini dovuti a nullità per motivi inerenti all'*editio actionis*: in caso di mancata rinnovazione, anche in difetto di eccezione di parte, sarebbe disposta la cancellazione della causa dal ruolo *ex art.* 307, comma 3, c.p.c., alla quale seguirebbe l'estinzione del giudizio<sup>182</sup>.

Nel sistema attuale potrebbe accadere che: in sede di ripetizione delle verifiche preliminari prima della nuova udienza (art. 171 *bis*, comma 1) o nel corso dell'udienza di cui all'art. 183, su eccezione di parte o d'ufficio, sia rilevata la mancata ottemperanza all'ordine del giudice e sia disposta la chiusura del giudizio; sia eccepita o rilevata tale nullità per la prima volta in prima udienza e il giudice disponga l'integrazione o rinnovazione<sup>183</sup>. Ma che dovrebbe fare il giudice se nonostante l'ottemperanza all'ordine di rinnovazione o integrazione permanga l'indeterminatezza dell'oggetto? Il giudice dovrebbe rilevare di nuovo la nullità o, come meglio sembra, ritenere che l'ordine non sia stato ottemperato e chiudere con una pronuncia in rito<sup>184</sup>.

Ove tutto ciò non avvenga, al termine dell'udienza prima trattazione, la parte può sollecitare l'intervento del giudice con una propria istanza di parte affinché, in caso di permanente indeterminatezza dell'oggetto, il giudice pronuncia l'ordinanza di cui all'art. 183 quater, purché le stesse condizioni ricorrano per tutte le domande proposte e si tratti di diritti disponibili.

Vi è da dire che, se si considera la nullità dell'atto di citazione per

<sup>182</sup> Cass., 5 novembre 2021, n. 32207.

<sup>183</sup> V. CAPASSO, *Brevi notazioni perplesse intorno all'ordinanza definitiva di rigetto per vizi dell'editio actionis*, in *Foro it.*, 2023, V, 109 ss., in particolare 113, ritiene che a questo punto l'ordine di rinnovazione non potrebbe essere più pronunciato, perché l'adempimento dell'ordine sarebbe sostanzialmente una domanda nuova. In verità, trattandosi di una nullità rilevabile d'ufficio, essa non è soggetta al breve termine delle nullità relative e ai sensi dell'art. 162, comma 1 il giudice in caso di rilievo della nullità dovrebbe disporre la rinnovazione, rimettendo se del caso le parti in termini. Il problema per l'attore vi sarebbe, piuttosto, se nel frattempo si fossero verificate decadenze.

<sup>184</sup> V. CAPASSO, *op. cit.*, 110 ss. considera inapplicabile l'art. 307 in caso di persistente indeterminatezza dell'oggetto a seguito di attività integrativa della parte. Né sarebbe possibile pensare ad una nuova rinnovazione dell'ordine, che potrebbe dare l'avvio ad un abuso. Per cui in tale ipotesi, secondo l'autrice, ordinanza *ex art.* 183 quater avrebbe un'effettiva utilità.

vizi dell'*editio actionis* assoluta, il giudice potrebbe rilevarla in seguito, eventualmente su sollecitazione di parte, anche perché si estenderebbe ai sensi dell'art. 159, comma 1, agli atti successivi dipendenti.

La pronuncia in rito *ex art. 183 quater* non precluderebbe la riproposizione della domanda, come non la precluderebbe neppure il provvedimento con cui il giudice dichiarasse il processo chiuso con estinzione immediata.

Data l'esigenza di evitare di mandare avanti processi che non possono sfociare in una pronuncia di merito, alla quale è sotteso l'interesse pubblico di evitare lo spreco dello strumento processuale, non si comprende perché: il legislatore abbia subordinato questo tipo di pronuncia alla permanenza delle stesse condizioni per tutte le domande; abbia previsto tale possibilità per i soli diritti disponibili.

Insomma, queste ordinanze che non mettono una pietra tombale sulla controversia, più che altro svolgono una sorta di funzione di filtro volontariamente impresso al procedimento.

Per evitare che si ponessero dubbi sui modi di impugnazione di tali provvedimenti, analogamente a come è accaduto per l'ordinanza di inammissibilità dell'appello *ex art. 348 bis*, il legislatore ha previsto il loro mezzo di impugnazione, un reclamo sul modello del reclamo cautelare<sup>185</sup>.

<sup>185</sup> Secondo M. STELLA, *op. cit.*, 255 ss., soprattutto per evitare la compressione del diritto di azione del convenuto in caso di rigetto della domanda, dato che tale esito non è legato ad un suo comportamento passivo, il gravame dovrebbe essere doverosamente concepito come mezzo pienamente devolutivo e sostitutivo, tale da consentire al collegio di rinnovare ogni valutazione e di esprimere *ex novo* un apprezzamento circa la manifesta infondatezza della domanda o delle difese del convenuto, sulla base delle prove già assunte dal giudice di primo grado ed eventualmente anche delle prove nuove suscettibili di essere adottate per la prima volta in sede di reclamo. V. CAPASSO, *op. cit.*, 114 ss. prospetta la possibilità del ricorso straordinario in cassazione avverso l'ordinanza che rigetta il reclamo contro l'ordinanza di cui all'art. 183 quater di chiusura in rito. Seppur il provvedimento non avrebbe dovuto essere ulteriormente impugnabile nelle intenzioni del legislatore, in questo caso, in effetti, non opererebbe la regola sancita dall'art. 183 quater, comma 2, perché una pronuncia processuale non passerebbe mai in giudicato sostanziale.

È da presumere che in caso di ordinanza collegiale il reclamo vada proposto ad altra sezione dello stesso tribunale ovvero ad altro tribunale, per analogia con quanto

Tuttavia, cosa si dovrebbe fare se un'ordinanza *ex art. 183 ter* o *quater* fosse assunta in luogo di una sentenza, ovvero in mancanza dei presupposti previsti dalla legge? Qualora senza l'istanza di parte ovvero in presenza di diritti indisponibili, il giudice adottasse questo tipo di provvedimento esso avrebbe la sostanza di una sentenza che chiude il giudizio, emessa in forma di ordinanza per un errore procedurale.

Se l'ordinanza fosse reclamata, ci troveremmo comunque davanti ad un giudice di primo grado, contro il cui provvedimento non sarebbe dato ricorso in cassazione. Né contro l'ordinanza del giudice collegiale potrebbe essere concesso ricorso straordinario in cassazione, neppure in via interpretativa, come nel caso esaminato del provvedimento che dichiara l'inammissibilità della domanda di accesso all'azione di classe per manifesta infondatezza (art. 840 *ter*, comma 4, lett. a), c.p.c.): non si tratterebbe, infatti, di un provvedimento decisorio per cui il legislatore non ha previsto l'accesso al ricorso ordinario in cassazione, ma di un provvedimento frutto di un errore procedurale.

Piuttosto, la soluzione si può trovare proprio nella giurisprudenza che si è formata intono al filtro in appello. La Cassazione<sup>186</sup> aveva distinto dall'ipotesi di cui all'art. 348 bis c.p.c. quella in cui si trattasse di pronunciare l'inammissibilità per mancanza nell'atto di citazione introduttivo dell'appello dei requisiti di cui all'art. 342, che dovrebbe avere la forma di sentenza. Se la pronuncia fosse avvenuta con ordinanza, essa sarebbe soggetta a ricorso ordinario in cassazione, perché si tratterebbe, nella sostanza, di una sentenza di appello di carattere processuale che, come tale, non conterebbe alcun giudizio prognostico negativo circa la fondatezza nel merito del gravame.

Applicando questo insegnamento al caso di specie, si dovrebbe impugnare il provvedimento ingiusto con il reclamo; il provvedimento emesso al di fuori dei presupposti processuali, con il mezzo suggerito dalla sua sostanza.

Proseguendo con le modifiche del procedimento di primo grado di interesse per la presente ricerca, si deve rilevare che viene velocizzata

previsto dall'art. 669 *terdecies*, comma 2 in materia di reclamo avverso i provvedimenti della corte d'appello.

<sup>186</sup> Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, cit.

la decisione con sentenza, come se si volesse far tornare centrale l'importanza di questo provvedimento.

Partendo dal procedimento davanti al tribunale in composizione collegiale, ai sensi del nuovo art. 189 è previsto che il giudice istruttore fissi un'udienza per la rimessione della causa in decisione davanti al collegio e assegni alle parti un triplice termine: 1) per le conclusioni; 2) per le comparse conclusionali; 3) per le memorie di replica. Quindi, le conclusioni come le memorie successive agli atti introduttivi, non sono più orali ma scritte; soprattutto, però, il vero punto di svolta è la rinunciabilità di questo triplice termine perentorio.

Vengono abbreviati i tempi in caso di richiesta di discussione orale davanti al collegio eliminando una memoria. Con la nota di precisazione delle conclusioni ciascuna parte può chiedere al presidente del tribunale che la causa sia discussa oralmente dinanzi al collegio; in tal caso c'è il deposito delle sole comparse conclusionali; il presidente del tribunale revoca subito l'udienza di rimessione della causa in decisione davanti al giudice istruttore e fissa entro sessanta giorni l'udienza di discussione della causa davanti al collegio; la sentenza viene depositata entro i sessanta giorni successivi all'udienza (art. 275 c.p.c.).

Se i ritocchi al normale iter posso minimamente influire sulla durata del processo decisionale, la vera novità è costituita dalla decisione a seguito di discussione orale davanti al collegio, prevista dal nuovo art. 275 bis. Secondo il disposto della norma, è il giudice istruttore a valutare se la causa possa essere decisa a seguito di discussione orale; in tal caso, egli fissa udienza davanti al collegio e assegna alle parti due termini successivi, anteriori alla stessa: uno per le note di precisazione delle conclusioni (non superiore a trenta giorni); l'altro per note conclusionali (non superiore a quindici giorni). L'udienza si svolge in maniera del tutto analoga a quella davanti al tribunale monocratico, con la relazione orale del giudice istruttore, al quale segue la discussione della causa. Il collegio decide: 1) al termine della discussione, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione; 2) deposita la sentenza nei settanta giorni successivi. Nel primo caso la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del presidente del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata, secondo il correttivo della riforma per via telematica non più in cancelleria. Ai sensi dell'ultimo

comma dell'art. 275 bis è possibile tornare alla decisione in camera di consiglio qualora il collegio non sia pienamente convinto dopo la discussione orale; in tal caso provvede nei successivi sessanta giorni.

Equivalenti modifiche all'iter di decisione con scambio di memorie sono state fatte nel procedimento davanti al giudice monocratico, dove gli scritti difensivi antecedenti alla decisione sono parimenti diventati tre (art. 281 quinquies, comma 1). Anche davanti al tribunale monocratico vi può essere la richiesta di discussione orale: in questo caso si dispone lo scambio di due solo scritti difensivi, l'udienza viene fissata entro i trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali; la sentenza è deposita entro i trenta giorni successivi all'udienza (art. 281 quinquies, comma 2). Questa modalità decisionale è stata uniformata sia per il tribunale in composizione monocratica e collegiale, con differenza dei termini. È rimasta sostanzialmente immutata la modalità di decisione della causa a seguito di discussione orale davanti al tribunale monocratico, che dispone la sola precisazione delle conclusioni presumibilmente oralmente (art. 281 sexies). Tuttavia, è stato aggiunto un comma all'art. 281 sexies, il terzo, che prevede espressamente la possibilità di posticipare il deposito della sentenza entro trenta giorni dalla discussione orale, con un'uniformazione alla disciplina della decisione orale davanti al tribunale in composizione collegiale. Quest'ultima opzione consente di non gettare via del tutto il vantaggio temporale impresso al procedimento scegliendo la strada della decisione al seguito di discussione orale, qualora il giudice si renda conto della necessità di concedersi un ulteriore momento di riflessione.

Davanti al giudice di pace è stato scelto il procedimento semplificato, con alcuni adattamenti.

Una prima lettura della riforma, suggerisce che il legislatore abbia voluto realizzare quanto auspicato nella Relazione al Re del 1940<sup>187</sup>: il

<sup>187</sup> *Relazione alla maestà del Re Imperatore*, cit., 4013. Questa necessità era stata manifestata anche nel progetto di riforma non ufficiale del codice di procedura civile di A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, Roma, 2009, edito dal Foro italiano. Così, nel progetto di riforma sono previste un ventaglio di ipotesi di svolgimento della prima udienza di trattazione, a seconda del quadro che si prospetta; si prevede una prima udienza di trattazione con uno svolgimento normale, ma anche una prima udienza di trattazione in caso di mancata contestazione, nonché una prima

processo non come un unico blocco, ma come una fattispecie composta da pezzi smontabili e combinabili a seconda della complessità della causa, la cui valutazione è rimessa alla sensibilità del giudice.

Proprio il principio di proporzionalità del resto è uno dei pilastri del processo secondo le *ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*<sup>188</sup>, che disegnano un processo dalla struttura flessibile con molte possibili varianti a seconda della complessità della causa<sup>189</sup>.

E se il giudice sbagliasse nella scelta del procedimento da seguire?

udienza di trattazione in caso di riconoscimento del diritto (libro II, capo II, 2.14 – 2.19). Sempre nell'ambito del processo ordinario sono previste modalità di decisione diverse a seconda della complessità della causa (2.29 – 2.30). La cosa più rimarchevole è che nel libro III, oltre ai procedimenti monitori, viene regolato il processo sommario in generale, la cui disciplina sarebbe applicabile a tutti i procedimenti sommari previsti, cautelari e non cautelari. In proposito il secondo capo del libro è dedicato alle ipotesi in cui il giudice debba procedere in via sommaria ma senza alcun *periculum in mora*, in particolare quando si faccia valere un diritto a contenuto esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale.

<sup>188</sup> *The Rules, accompanied by Comments, and available both in English and in French, were approved by the ELI Council and Membership in summer 2020, as well by the UNIDROIT Governing Council at the second meeting of its 99th session on 23-25 September 2020.* Nell'ambito dei principi generali troviamo alla sotto-sezione B titolata *Proportionality* della sezione 2 titolata *Principles*, la prima norma che troviamo è la *rule 5 "Role of the Court"*, secondo la quale: «(1) *The court must ensure that the dispute resolution process is proportionate.*

(2) *In determining whether a process is proportionate the court must take account of the nature, importance and complexity of the particular case and of the need to give effect to its general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice.*».

<sup>189</sup> Vedi R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 717 ss., in particolare 743 ss., che ben riassume i caratteri del procedimento disegnato dalle regole del modello europeo. Ai sensi della *rule 61* il modello processuale alla base delle regole consiste in tre fasi: la fase scritta degli atti introduttivi; la fase intermedia destinata a preparare la controversia per la decisione definitiva; la fase decisoria, che assume normalmente la veste di una udienza finale concentrata in cui le parti deducono mezzi di prova sulle questioni che restano da risolvere da parte del giudice e svolgono le loro argomentazioni conclusive. Questa udienza finale deve necessariamente svolgersi davanti ai giudici che assumeranno la decisione definitiva (*rule 64*). La struttura base può subire variazioni a seconda delle esigenze del caso di specie, avendo il giudice il dovere di *case management*.

Una norma presente nel primo libro del codice e adeguatamente modificata ci dà indicazioni in proposito: si tratta dell'art. 101, comma 2, secondo il quale: «Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni»<sup>190</sup>. Oltre ai meccanismi di mutamento del rito presenti nel processo ordinario e nei procedimenti speciali, la norma, che per l'appunto si trova nella parte generale, impone al giudice di primo grado, ma anche dei gradi successivi, di adottare tutti i provvedimenti possibili per rimediare ad errori procedurali nel momento in cui essi compromettano realmente il contraddittorio, non quando siano irrilevanti; una sorta di specifica esplicitazione di un principio già ricavabile dalla disciplina delle nullità processuali. Ciò vuole dire, ad esempio, che se il giudice si rendesse conto dell'inopportuno passaggio al rito semplificato potrebbe decidere di tornare al rito a cognizione piena e ripetere alcuni passaggi dell'istruzione, sempre previa instaurazione del contraddittorio tra le parti, in qualunque momento del procedimento.

Di seguito, il legislatore ha messo mano anche alla normativa delle impugnazioni, innanzitutto, con una revisione del sistema dei filtri, che sembrano essere stati “normalizzati”<sup>191</sup>.

Ai sensi del nuovo art. 348 bis quando l'impugnazione è inammissibile o manifestamente infondata, il giudice dispone l'immediata di-

<sup>190</sup> In dottrina si discute se tale disposizione contenga o meno l'esplicito riconoscimento del principio del pregiudizio effettivo processuale: C. DELLE DONNE, *Principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.)*, in R. Tiscini (cur.), *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 63 s.; V. CAPASSO, *Note sul nuovo(?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in *DPCIeC*, 2023, n. 1, 77 ss., in particolare 83 ss.; R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 214, in particolare 222 ss. la questione verrà approfondita nel prossimo capitolo, al § 3 ss.

<sup>191</sup> Del resto, anche nella Relazioni illustrativa in ordine alle pronunce di inammissibilità o di manifesta infondatezza si continua a parlare di “filtro”, *Relazione*, cit., 38.

In generale, sulla nuova disciplina dell'appello vedi: A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 93 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 472 ss.; P. D'ALESSANDRO, *La riforma del giudizio d'appello: il rito ordinario*, in *Giust. civ.*, 2023, 321 ss.; L. SALVANESCHI, *L'appello riformato*, in *Judicium*, 2023; A.M. TEDOLDI, *Impugnazioni in generale e appello*, in A. Didone, F. De Santis (cur.), *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Padova, 2023, 273 ss.

scussione orale e la decisione ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c. (art. 350 bis) Allo stesso modo egli provvede, ai sensi dell'art. 350, comma 3, quando l'impugnazione sia manifestamente fondata ovvero quando lo ritenga opportuno in ragione della ridotta complessità o dell'urgenza della causa<sup>192</sup>.

Nella Relazione illustrativa<sup>193</sup> si spiega che è stato abrogato l'articolo 348 ter c.p.c. e riformulato l'art. 348 bis, perché il vecchio filtro era farraginoso e ormai inutile. Seguendo le indicazioni del legislatore delegante si è optato per la decisione nel merito dell'impugnazione manifestamente infondata; così, è stata eliminata la formula ambigua del vecchio art. 348 bis e il sistema della doppia impugnazione dopo la pronuncia di inammissibilità *ex art. 348 ter*. Inoltre, è stato uniformato il regime delle pronunce di cui all'art. 342, che già prima doveva avvenire con sentenza, e di cui all'art. 348 bis, evitando le ambiguità del passato.

L'ultimo comma dell'art. 348 bis specifica che se viene proposta impugnazione incidentale, la modalità di decisione accelerata è possibile quando i presupposti di cui al primo comma ricorrono per entrambe le impugnazioni, analogamente a quanto disponeva l'art. 348 ter, comma 2 abrogato<sup>194</sup>. Nel regime attuale non è più previsto che da

<sup>192</sup> Il decreto correttivo dovrebbe aggiungere un ultimo comma all'art. 350 c.p.c., ai sensi del quale: «L'estinzione del processo è dichiarata nei modi e nelle forme previste dall'articolo 348, terzo comma. Davanti alla corte di appello, i provvedimenti sono pronunciati dall'istruttore, se nominato, nei casi espressamente previsti e nei casi di cui agli articoli 309 e 355; in ogni altro caso sono pronunciati dal collegio». Una specificazione che fugge ogni dubbio, anche se la disciplina potrebbe essere tratta dall'applicazione delle disposizioni del primo grado in virtù dell'art. 359 c.p.c.

<sup>193</sup> *Relazione*, cit., 38, ove si specifica anche come si sia ritenuto opportuno conservare le disposizioni previste dagli ultimi due commi del vecchio art. 348 ter volte ad escludere la possibilità di proporre ricorso per cassazione per omesso esame di un fatto decisivo, ai sensi dell'articolo 360, primo comma, n. 5, nei casi di cd. "doppia conforme"; disposizioni che tuttavia, per ragioni di coerenza sistematica, sono state spostate in calce all'articolo 360.

<sup>194</sup> È stato notato da L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 5, un certo disallineamento dell'art. 348 bis rispetto all'art. 350, comma 3 che prevede ulteriori casi in cui è possibile la decisione più rapida; questo disallineamento andrebbe risolto integrando a livello interpretativo il secondo comma dell'art. 348 bis c.p.c. con la previsione per cui si provveda ai sensi del primo comma dello stesso articolo sia quando i presupposti ivi indica-

questo tipo di pronunce siano escluse le cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del P.M. (art. 70, comma 1) e quelle in cui l'appello seguiva al procedimento sommario di cognizione, oggi abrogato.

Se si volge lo sguardo alle nuove modalità di decisione, non vi è dubbio che l'inter più snello possa supplire in termini di rapidità al sistema del filtro, che comunque richiedeva la scadenza dei termini per la costituzione di tutte le parti, se non altro per verificare la presenza di impugnazioni incidentali, e l'instaurazione del contraddittorio tra di loro<sup>195</sup>.

Ai nostri fini possiamo fare alcune riflessioni di comparazione. C'è un'assoluta dissonanza rispetto alla decisione per manifesta infondatezza o fondatezza in primo grado, ovvero di chiusura del procedimento per il vizio non sanato nella determinazione dell'oggetto della citazione: due tipi di provvedimenti di forma differente, con regime di stabilità diversa. La pronuncia di manifesta ammissibilità o inammissibilità in appello è davvero idonea a precludere la riproposizione di quel grado di giudizio, quella in primo grado no. Ovviamente, non è immaginabile lasciare spazio alla riproposizione di un'impugnazione,

ti ricorrono tanto per l'impugnazione principale che per quella incidentale, sia nel caso in cui ricorrono per quest'ultima le ulteriori condizioni previste dall'art. 350, comma 3, c.p.c.; infatti, sarebbe ovvio il riferimento della rubrica dell'art. 348 bis in questi casi alla manifesta infondatezza del solo appello principale. Critico su questa disposizione anche S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 643 ss., in particolare 654.

In verità, non si vede perché dato il disposto dell'art. 350, comma 3 non possa avvenire anche il contrario: ovvero una decisione immediata dell'appello principale con le caratteristiche di cui all'art. 350, comma 3 e contemporaneamente dell'appello incidentale se manifestamente infondato. Questa soluzione ha un duplice appiglio normativo: l'art. 348 bis nella sua rubrica parla genericamente di "appello"; ove si voglia ritenere che l'art. 348 bis sia applicabile solo se vi sia l'appello principale manifestamente infondato, tale caso si potrebbe far rientrare complessivamente nel disposto dell'art. 350, comma 3 come causa di ridotta complessità e/o caratterizzata al contempo da ragioni d'urgenza e si potrebbe comunque procedere con la decisione in forma semplificata.

<sup>195</sup> *Relazione*, cit., 38 si è specificato anche con riferimento al rito dell'appello che: «... Si è inteso così assicurare la possibilità di adattare le forme del rito alle effettive esigenze dello specifico procedimento, in modo da privilegiare la snellezza e la celerità della decisione quando ciò sia opportuno, riservando modelli processuali più articolati alle cause il cui grado di complessità lo richieda».

quando un primo grado c'è già stato e c'è l'efficacia della relativa pronuncia da definire.

Per quel che concerne le pronunce in rito, mentre nel testo proposto dalla Commissione Luiso si prevedeva che esse dovessero avvenire con ordinanza in appello<sup>196</sup>, nel testo della legge delega viene lasciata al legislatore delegato la determinazione della forma del provvedimento da adottare nei casi di improcedibilità<sup>197</sup>. È stata compiuta una scelta ibrida, analoga al meccanismo che porta alla dichiarazione dell'estinzione del procedimento: la forma è quella della sentenza, per il caso in cui il giudice d'appello sia un giudice monocratico ovvero quando la corte d'appello non abbia nominato un giudice istruttore<sup>198</sup>; la forma è invece dell'ordinanza, se c'è un giudice istruttore a pronunciarla; in quest'ultimo caso il provvedimento è reclamabile nelle forme e nei termini previsti dal terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 178, e il collegio procede ai sensi dell'articolo 308, secondo comma (art. 348, 3 comma).

<sup>196</sup> *Proposte normative e note illustrative*, cit., 35.

<sup>197</sup> All'art. 1, comma 8, lett. d), della l. 26 novembre 2021, n. 206 si stabilisce semplicemente che si debba «individuare la forma con cui, nei casi previsti dall'articolo 348 del codice di procedura civile, l'appello è dichiarato improcedibile e il relativo regime di controllo».

<sup>198</sup> La figura del giudice istruttore è stata reintrodotta davanti alla corte d'appello dal nuovo art. 349 bis c.p.c. L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 9 ritiene possibile che si possa procedere alla trattazione collegiale senza la nomina del giudice istruttore; in senso contrario, S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 655. Una serie di indizi porta a dar ragione alla prima autrice: la lettera dello stesso primo comma dell'art. 349 bis, dove la nomina dell'istruttore è opzionale rispetto alla nomina del relatore e alla disposizione della comparizione delle parti davanti al collegio per la discussione; la dizione letterale dell'ultimo comma dell'art. 348, dove in ordine alla pronuncia di inammissibilità si specifica che «Davanti alla corte di appello l'istruttore, se nominato, provvede con ordinanza reclamabile»; del primo comma dell'art. 350, dove si specifica che «Davanti alla corte di appello la trattazione dell'appello è affidata all'istruttore, se nominato»; del primo comma dell'art. 351, dove si specifica che «Se nominato, l'istruttore, sentite le parti, riferisce al collegio»; la ripetizione dell'inciso «se nominato» in diverse disposizioni modificate dal futuro decreto correttivo, gli artt. 350, ultimo comma, 351, secondo comma; la sostituzione del termine «giudice» a quello di «istruttore» nel primo comma degli artt. 348 e 352 secondo la modifica operata dal futuro decreto correttivo.

Veniamo alla fase decisoria. Si nota come il legislatore abbia cercato di perfezionare il procedimento per la decisione semplificata anche davanti al giudice d'appello, con qualche incongruenza.

In caso di impugnazione inammissibile o manifestamente infondata (art. 348 bis) ovvero manifestamente fondata o, comunque, quando il giudice lo ritenga opportuno in ragione della ridotta complessità o dell'urgenza della causa, la decisione può avvenire al termine della discussione orale *ex* art. 281 *sexies* (art. 350 bis, comma 1). C'è qualche variazione nei casi in cui si sia davanti alla corte d'appello e il presidente abbia nominato il giudice istruttore, perché egli fa precisare le conclusioni alle parti, fissa udienza davanti al collegio e assegna loro un termine per note conclusionali, antecedente alla data dell'udienza della discussione orale (art. 350 bis, comma 2).

La sentenza d'appello acquista una forma molto più snella in tali ipotesi: «La sentenza è motivata in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi» (art. 350 bis, comma 3). La formula descrittiva della motivazione sembra in linea con il nuovo art. 360, comma 1, n. 5, che consente l'impugnazione solo quando ci sia l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»; pure se, in teoria, il detto vizio può essere ricavato anche dagli altri atti del processo, oltre che dal testo della sentenza, la sinteticità e la parzialità della motivazione può rendere più difficile la sua concreta individuazione.

La decisione davanti al giudice d'appello avviene ai sensi dell'art. 281 *sexies* anche quando in prima udienza la causa sia ritenuta matura per la decisione in sede di discussione intorno ai provvedimenti sull'esecuzione provvisoria (art. 351, ultimo comma); la norma distingue il caso in cui davanti alla corte d'appello sia stato nominato l'istruttore e l'udienza per la sospensiva si sia tenuta davanti a lui: il collegio, con l'ordinanza con cui adotta i provvedimenti sull'esecuzione provvisoria, fissa udienza davanti a sé per la precisazione delle conclusioni e la discussione orale e assegna alle parti un termine per note conclusionali. Infine, se decisione sull'istanza di cui all'art. 283 c.p.c. è stata presa in camera di consiglio, l'ultimo comma dell'art. 351 prevede che debba esserci un'apposita udienza per la decisione accelerata. È da ritenere che a tale udienza si procederà ai sensi dell'art. 350 bis c.p.c.

Non si fa riferimento, invece, alla particolare struttura della sentenza prevista dall'art. 350 bis, 3 comma, ma non vi è motivo di ritenere che anche in tale sede non sia data la stessa possibilità nello svolgere la motivazione.

Mentre nell'art. 436 bis relativo al giudizio d'appello nel processo del lavoro si dice espressamente che la decisione in forma semplificata può avvenire anche per la dichiarazione di improcedibilità, nella disciplina dell'appello ordinario non si fa menzione a tale ipotesi, viste probabilmente le peculiarità relative alla dichiarazione di improcedibilità: non vi è dubbio che tale via sia percorribile davanti al tribunale in composizione monocratica ovvero se non c'è stata la nomina del giudice istruttore davanti alla corte d'appello; difficile, invece, che possa avvenire nel momento in cui sia nominato il giudice istruttore, dato che egli provvede sulla pronuncia di inammissibilità con ordinanza reclamabile nelle forme e nei termini previsti dal terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 178 (art. 348, comma 2).

Negli altri casi la decisione della causa ricalca il meccanismo che si svolge in primo grado; avviene dopo lo scambio delle tre memorie, con la possibilità di rinuncia a questo triplice termine (art. 352). Non viene fatto cenno alla possibilità che vi sia una trattazione mista come previsto in primo grado (art. 275, comma 2, 3, 4; art. 281 quinquies). È da ritenere che non vi siano ostacoli a questa possibilità anche in tale contesto in virtù dell'art. 359 c.p.c.

È stato attuato un *restyling* anche del giudizio di cassazione<sup>199</sup>.

Innanzitutto, con l'eliminazione della Sezione filtro, prevista all'art. 376 c.p.c.: i ricorsi sono assegnati direttamente o alle Sezioni unite o alle Sezioni semplici, che hanno la possibilità di dichiarare inammissibile un'impugnazione senza troppi passaggi di mano.

È mantenuto il procedimento in pubblica udienza che si chiude con sentenza per le cause più delicate: quando la questione di diritto è

<sup>199</sup> Si sono richiamate sinteticamente le riforme relative al giudizio di cassazione al solo fine di mettere in evidenza la gradazione delle forme procedurali alla quale anche in questo caso il legislatore ha cercato di dare attuazione. Per approfondimenti sulla riforma dell'istituto si rinvia a: A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 108 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., vol. II, 535 ss.; P. FARINA, *Il giudizio di cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giust. civ.*, 2023, 389 ss.

di particolare rilevanza, nonché nei casi di revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 375, comma 1).

In tutti gli altri casi la Corte procede in camera di consiglio: una delle più importanti novità è stata proprio l'unificazione dei procedimenti in camera di consiglio (art. 380 bis.1); in tal caso la Corte decide con ordinanza sinteticamente motivata, depositata al termine della camera di consiglio, anche se il collegio può riservarsi il deposito nei successivi sessanta giorni (art. 380 bis.1, comma 2).

Infine, è contemplata una terza ipotesi di chiusura: l'art. 380 bis rubricato "Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati", prevede che il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato possa formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio, quando ravvisi l'inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto; la proposta è comunicata ai difensori delle parti. A questo punto la scelta viene lasciata alla parte ricorrente. Entro quaranta giorni essa può chiedere la decisione; se lo fa, la Corte procede in camera di consiglio e se definisce il giudizio in conformità alla sua proposta, applica la disciplina della responsabilità aggravata (art. 96, commi 3 e 4); in caso contrario, il ricorso si intende rinunciato e viene emesso decreto di estinzione con liquidazione delle spese, come previsto dall'art. 391.

Insomma, in cassazione sono ora possibili tre tipi di pronunce e rispettivamente hanno la forma della sentenza, dell'ordinanza e del decreto: la scelta della forma rispecchia il procedimento, graduato secondo la complessità o importanza della causa.

#### 7. (... segue) *La "novella del 2022": i procedimenti speciali*

Passando ai procedimenti speciali, anche in questo settore ci sono novità di interesse.

Innanzitutto, nel processo del lavoro l'art. 430 c.p.c. in combinato disposto con l'art. 429 sembra chiarire *a contrario*, con l'incipit «Quando la sentenza è depositata fuori udienza ...» che la pubblicazione della sentenza può avvenire sia in udienza che fuori di essa. Dato che l'art. 429, comma 1 continua a tacere sul punto, si può concludere che quando la sentenza viene

pronunciata in udienza, in applicazione analogica dell'art. 281 sexies, comma 2, sia pubblicata con la sottoscrizione del verbale e il deposito dello stesso, secondo il decreto correttivo, non più in cancelleria, ma immediato. Nella disciplina attuale, quindi, tre risultano essere le modalità di decisione nel processo del lavoro: in applicazione analogica dell'art. 281 sexies, con pronuncia della sentenza al termine della discussione orale ovvero deposito della stessa fuori udienza entro il termine di quindici giorni; pronuncia del solo dispositivo e successivo deposito della sentenza con motivazione entro un termine non superiore a sessanta giorni, fissato dal giudice nel dispositivo della sentenza.

Anche nell'appello del processo del lavoro è prevista la doppia modalità di decisione: ai sensi dell'art. 436 bis, nei casi previsti dagli articoli 348, 348 bis e 350, terzo comma, all'udienza di discussione il collegio, sentiti i difensori delle parti, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della motivazione redatta in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi: al contrario che nel rito ordinario non è previsto il previo scambio di memorie. Dal disposto dell'art. 436 bis, sembrerebbe che nel processo del lavoro l'improcedibilità sia dichiarata direttamente dal collegio, anche perché in questo contesto abbiamo un giudice relatore (art. 435, comma 1), con il compito di svolgere la relazione orale della causa (art. 437, comma 1), non il giudice istruttore.

Negli altri casi si procede secondo la modalità della pronuncia del dispositivo al termine dell'udienza di discussione e del deposito successivo della sentenza con motivazioni (art. 437, comma 1).

Tra le modifiche di una certa rilevanza merita menzione la disciplina del procedimento in materia di persone, minori e famiglie, per il quale è stato inserito nel libro III del codice il titolo IV bis, titolato "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie". L'ambito di applicazione viene definito dall'art. 473 bis, comma 1, il quale nei commi successivi vedrà introdotto un apposito meccanismo di mutamento del rito dal decreto correttivo.

Il capo II del titolo disciplina le disposizioni comuni al giudizio di primo grado.

Innanzitutto, salvo che la legge disponga diversamente, il tribunale giudica in composizione collegiale e la trattazione e l'istruzione possono essere delegate a uno dei componenti del collegio (art. 473 bis.1).

Vi è da notare subito che anche in questo giudizio vi sono delle preclusioni che sembrerebbero stringenti in modo simile al procedimento generale disciplinato dal secondo libro del codice, ma diversi elementi la smentiscono: la possibilità di derogare all'art. 112 c.p.c. e di disporre i provvedimenti opportuni; le deroghe in materia istruttoria, con ampi poteri officiosi; la presenza del pubblico ministero con ampi poteri di indagine<sup>200</sup>; la possibilità delle parti di introdurre nuove domande e nuovi mezzi di prova relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli minori; la possibilità di proporre, nella prima difesa utile successiva e fino al momento della precisazione delle conclusioni, nuove domande di contributo economico in favore proprio e dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente e i relativi nuovi mezzi di prova, se si verificano mutamenti nelle circostanze o a seguito di nuovi accertamenti istruttori (art. 473 bis.19, comma 2). Anche in appello, strutturato sulla falsa riga del giudizio di primo grado, sono ammessi *nova* limitatamente ai diritti non disponibili (art. 473 bis.35)<sup>201</sup>.

Due sono le modalità di decisione della causa.

Ai sensi dell'art. 473 bis.22, ultimo comma, al termine della prima udienza la causa può essere trattenuta in decisione se il giudice la ritiene matura senza bisogno di assunzione dei mezzi di prova, ovvero se valuta di decidere la domanda relativa allo stato delle persone e di lasciare proseguire il procedimento per la definizione delle ulteriori domande. In tal caso, il giudice, fatte precisare le conclusioni, adotta i provvedimenti temporanei e urgenti e ordina la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva; all'esito, trattiene la causa in decisione. Dal combinato disposto

<sup>200</sup> All'art. 473 bis.3 si prevede che egli possa assumere informazioni, acquisire atti e svolgere accertamenti, anche avvalendosi della polizia giudiziaria e dei servizi sociali, sanitari e assistenziali.

<sup>201</sup> Sul nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie vedi: A.A.V.V., *Riforma Cartabia. Le nuove regole su separazione, divorzio e minori*, Milano, 2023, *passim*; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 138 ss.; C. CECHELLA (cur.), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, Torino, 2023, *passim*; R. DONZELLI, *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium*, 2023; R. DONZELLI, G. SAVI (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Torino, 2023, *passim*.

dell'art. 473 bis.21, comma 1 e 473 bis.22 comma 1 si arguisce che a pronunciare i provvedimenti temporanei e urgenti può essere sia il collegio che il giudice delegato all'istruzione della causa, a seconda di chi presieda all'udienza di comparizione delle parti.

L'altra modalità di decisione è più "classica": ai sensi dell'art. 473 bis. 28 esaurita l'istruzione, il giudice fissa davanti a sé l'udienza di rimessione della causa in decisione e assegna alle parti un triplice termine per il deposito delle tre memorie consuete, non rinunciabile; alla suddetta udienza la causa è rimessa in decisione e il giudice delegato si riserva di riferire al collegio. La sentenza è depositata nei successivi sessanta giorni.

Quello che si deve notare è che in nessuno dei due casi è ammessa la decisione in udienza a seguito di discussione orale: la decisione viene sempre assunta in camera di consiglio e la sentenza depositata in cancelleria nei modi classici; dal decreto correttivo in poi sarà telematicamente depositata e firmata digitalmente.

Non è prevista la modalità di decisione a seguito di trattazione "mista" ex art. 275 c.p.c., né meno che mai, in udienza a seguito di discussione orale.

Vediamo due tipi di provvedimenti di nostro interesse.

Alla prima udienza in presenza c'è l'esperimento del tentativo di conciliazione tra le parti; se la conciliazione non riesce, il giudice adotta «i provvedimenti temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli» (art. 473 bis.22, comma 1).

Questi provvedimenti sono analoghi ai provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708, comma 3 c.p.c.<sup>202</sup>, ai quali è preferibile attribuire na-

<sup>202</sup> Così, A. CARRATTA, *op. cit.*, 150 ss.; vedi anche M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in C. Cecchella (cur.), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, cit., 96 ss.; C. CEA, *Commento all'art. 473 bis.22*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni*, cit., 177, conclude che tali provvedimenti hanno natura cautelare, come avevano i provvedimenti presidenziali in passato.

Varie le teorie elaborate intorno alla natura dei provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708, comma 3 c.p.c. Secondo F. CIPRIANI, *I provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, Napoli, 1970, 377 ss., sarebbero provvedimenti di volontaria giurisdizione, con funzione autonoma rispetto alla sentenza di separazione; tale voca-

tura anticipatoria, perché non legati alla precisa dimostrazione dell'esistenza di un *periculum*: è la situazione giuridica sostanziale *sub iudice* che di per sé esprime la necessità di essere immediatamente affrontata.

Il regime di revoca e modifica di tali provvedimenti<sup>203</sup> è, tuttavia, un ibrido tra i provvedimenti anticipatori propriamente detti ed i provvedimenti cautelari anticipatori. Infatti, a differenza che i provvedimenti anticipatori, non sono soggetti allo *ius poenitendi* del giudice, con possibilità di revoca anche senza novità alcuna, come lo erano i provvedimenti presidenziali (art. 709, ultimo comma): essi possono essere modificati o revocati dal collegio o dal giudice delegato in presenza di fatti sopravvenuti o nuovi accertamenti istruttori

zione si sarebbe manifestata anche nell'ultrattività del provvedimento ai sensi dell'art. 189 disp. att. c.p.c. in caso di estinzione del processo, fino al momento della sostituzione con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore del nuovo procedimento di separazione personale. Altra parte della dottrina ha collocato tali provvedimenti nell'ambito della tutela cautelare (così, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 5ª ed., Roma, 1956, vol. III, 193 ss.; E. GARBAGNATI, *In tema di esecuzione dei provvedimenti temporanei ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro pad.*, 1958, I, 1208 ss.; L. SALVANESCHI, *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *Foro it.*, 1994, 531 ss.). Questa tesi non convince perché l'aggettivo urgente era riferibile all'intrinseca essenza dell'oggetto del giudizio, più che all'esistenza di un'effettiva situazione di *periculum in mora*. È preferibile una terza opinione che voleva questi provvedimenti come anticipatori (C. MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, *passim*; ID., *Per una nozione strutturale dei provvedimenti interinali ed anticipatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 351 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. III, 81 ss.), perché ne avevano tutte le caratteristiche: anticipano il contenuto del provvedimento conclusivo; potevano essere revocati e modificati nell'esercizio dello *ius poenitendi*, senza che si verificassero mutamenti delle circostanze, neanche novità di mero carattere istruttorio e senza che ci fosse un'istanza di parte; mantenevano efficacia esecutiva pur in caso di estinzione del giudizio (art. 709, ultimo comma); in più, però, erano reclamabili davanti alla corte d'appello ex art. 708, comma, caratteristica che non appartiene agli altri provvedimenti anticipatori. Un'ultima tesi attribuisce natura promiscua alle ordinanze presidenziali, perché risponderebbero ad esigenze cautelari e anticipatorie al contempo (G. BASILICO, *L'udienza presidenziale - profili processuali*, in M.A. Astone, G. Basilico (cur.), *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio*, Milano, 2022, 96).

<sup>203</sup> C. CEA, *Commento all'art. 473 bis.23*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti*, cit., 189 ss.

(art. 473 bis.23)<sup>204</sup>; al contempo, differiscono anche dal regime proprio dei provvedimenti cautelari anticipatori, perché per la loro revoca o modifica non è necessaria l'istanza di parte, ma dal dettato della norma sembra possa avvenire anche d'ufficio.

Il regime di impugnazione di questi provvedimenti è parzialmente differente rispetto a quello dei passati provvedimenti presidenziali<sup>205</sup>. Anche questi sono soggetti a reclamo corte d'appello, ma in più il legislatore ha fatto una scelta del tutto originale, sottoponendo il provvedimento emesso sul reclamo a ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione.

Altri provvedimenti che hanno la forma di ordinanza sono quelli, parimenti temporanei, che in corso di causa sospendono o introduco-

<sup>204</sup> Da condividere l'opinione di R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori*, cit., 4 il quale alla luce dell'art. 473 bis.19, secondo cui dal regime delle preclusioni sono sottratti i diritti indisponibili, conclude la revoca possa avvenire anche per fatti non sopravvenuti, ma non allegati.

<sup>205</sup> Il reclamo alla corte d'appello per i provvedimenti di cui all'art. 708 c.p.c. è stato introdotto dalla l. n. 54/2006, su cui vedi: E. VULLO, *Commento all'art. 709*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. IV, 643 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. III, 84 s. In precedenza la loro incerta natura aveva creato dissidi intorno al mezzo di impugnazione contro di essi, in particolare discutendosi sulla possibilità o meno di esperire contro di essi il reclamo cautelare: L. SALVANESCHI, *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1063 ss.; F. CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole» e il loro ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, 211 ss.; C. CEA, *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse della prole tra omissioni e formalismo*, in *Foro it.*, 2004, I, 624 ss.; ID., *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e il reclamo cautelare*, *ivi*, 2022, I, 264 ss

In senso differente: C. MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali*, cit., 109 ss. il quale riconosceva l'*actio nullitatis* avverso il provvedimento una volta che fosse chiuso il procedimento, ad esempio perché estinto, non essendoci più la possibilità del rimedio della revoca o della modifica del provvedimento; S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, in AA. VV., *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, vol. II, 1639 ss., in particolare 1680 s., supposeva la possibilità di esperire avverso tali provvedimenti il ricorso straordinario in cassazione una volta che fosse chiuso il relativo procedimento, ritenendone sussistenti i presupposti di ammissibilità: infatti, il giurista paragonava la provvisoria indefinitamente protratta del provvedimento ad una sorta di decisorietà e l'assenza di altri rimedi alla definitività.

no sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori (art. 473 bis.24)<sup>206</sup>. Questo tipo di provvedimenti sono revocabili e modificabili, alle condizioni indicate dagli artt. 332 ss. c.c. È da supporre che anche tali provvedimenti possano essere adottati sia dal collegio che dal giudice delegato all'istruzione, a seconda che esso sia nominato o meno.

L'aggettivo "temporanei" che li caratterizza per espresso volere del legislatore, induce a ritenere che anche essi siano anticipatori del contenuto del provvedimento definitivo e che come tali possano essere adottati, modificati o revocati dal giudice delegato, privo di potere decisorio. Perciò, le suddette ordinanze sono destinate ad essere assorbite dalla sentenza finale; dovrebbero sopravvivere in caso di estinzione del procedimento, come gli altri provvedimenti anticipatori e come sopravvivere i provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c.

Prima della riforma vi erano dubbi intorno all'impugnabilità dei provvedimenti emessi dal giudice istruttore nel corso del procedimento di separazione o divorzio<sup>207</sup>. Il legislatore delegato ha deciso di sot-

<sup>206</sup> In dottrina e giurisprudenza si è molto discusso sull'oggetto e sulla natura dei provvedimenti *de potestate*. È da condividere l'opinione secondo la quale tanto i provvedimenti sull'affidamento che i provvedimenti limitativi della potestà parentale siano diretti a determinare in concreto le regole d'esercizio della responsabilità genitoriale ovvero la sussistenza e/o il modo d'essere dei diritti-doveri riconducibili alla responsabilità genitoriale; questi provvedimenti, insomma, determinerebbero la regola di diritto sostanziale che definirebbe i rapporti tra genitori e figli. Perciò, essi si potrebbero considerare senz'altro decisori, nel senso che il loro oggetto sono diritti soggettivi. Più precisamente, si tratterebbe di un'attività giurisdizionale costitutivo-determinativa, prevista dalla legge e a carattere innovativo, così R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, 61 ss. analoga la posizione di D. TURRONI, *I procedimenti camerali «senza diritti»*, Torino, 2018, 103 ss. Si rinvia a questi autori per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali. Sui presupposti e sul contenuto dei provvedimenti di cui all'art. 473 bis.24, comma 2, vedi: C. CEA, *Commento all'art. 473 bis.24*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti relativi*, cit., 192 ss.; R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti*, cit., 7 ss.; M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, cit., 99 ss.

<sup>207</sup> C. CEA, *Il problema del reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore nel giudizio di separazione e divorzio e non possumus della Corte costituzionale*, in *Foro it.*,

toporre allo stesso regime di impugnazione dei provvedimenti emessi in prima udienza solo i provvedimenti provvisori emessi nel corso dell'istruzione «...più invasivi, *id est* quelli dotati di maggiore portata, come quelli che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori»<sup>208</sup>.

In tale quadro vi è, tuttavia, un'incongruenza, piuttosto evidente. Infatti, il regime di impugnazione previsto per questi provvedimenti ci indurrebbe a ritenere che tutti loro abbiano una stabilità riconducibile al giudicato *rebus sic stantibus*<sup>209</sup>, ma la rubrica dell'art. 473, bis.24 lo smentisce, perché la norma è titolata "Reclamo dei provvedimenti temporanei e urgenti".

Il reclamo è proposto alla corte d'appello nel breve termine perentorio di dieci giorni dalla pronuncia del provvedimento in udienza ovvero dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. La fase del reclamo è una seconda fase di merito a tutto tondo, nell'ambito della quale è possibile introdurre circostanze sopravvenute (art. 473 bis.24, comma 3) e al termine della quale il giudice con ordinanza conferma, modifica o revoca il provvedimento reclamato e provvede sulle spese (art. 473 bis.24, comma 4). Il vero punto oscuro della disciplina è l'ammissibilità avverso l'ordinanza che decide il reclamo del ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione. Insomma, rubrica e ultimo comma dell'art. 473 bis.24 stridono fortemente tra di loro<sup>210</sup>.

2011, I, 1646 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. III, 85 s.

<sup>208</sup> *Relazione illustrativa*, cit., 70.

<sup>209</sup> Per approfondimenti sul fenomeno si rinvia: S. COSTA, *Le sentenze civili con la clausola giudicato rebus sic stantibus*, in *Studi senesi*, 1930, 167 ss.; E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*: I) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. V; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 242 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 71 ss.; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 177 ss.

<sup>210</sup> R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium*, 2023, 7 ha notato come il richiamo del regime di cui all'art. 111, comma 7, Cost. sia inesatto, poiché il ricorso

La novità legislativa segue quella che è stata l'evoluzione della giurisprudenza di Cassazione.

In un primo momento è stato ammesso ricorso in cassazione *ex art.* 111 Cost. avverso i provvedimenti relativi al regime di affidamento e per quelli *de potestate* a carattere definitivo, sul presupposto: che statuiscano su situazioni di diritto; della loro idoneità ad un giudicato *rebus sic stantibus*, con la necessità di instaurare un nuovo procedimento a seguito di mutamento delle circostanze per la modifica della regola da essi dettata<sup>211</sup>.

Successivamente, però, c'è stata l'apertura della Corte di cassazione al ricorso straordinario in cassazione anche nei confronti di provvedimenti incidenti sull'esercizio della potestà parentale a carattere provvisorio<sup>212</sup>. L'ammissione di tale impugnazione viene legata non alla

per cassazione, quando è previsto dalla legge, è quello ordinario e non quello straordinario.

<sup>211</sup> Così: Cass., 29 gennaio 2016, nn. 1743 e 1746, in *Famiglia e diritto*, 2016, 1135 ss., con nota di E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti de potestate*; Id., 21 novembre 2016, n. 23633, *ivi.*, 2017, 225 ss., con nota di R. DONZELLI, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi sulla responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*; in *Giur. it.*, 2017, 1343 ss., con nota di D. TURRONI, "And she opened the door and went in": *la Cassazione apre alle misure de potestate*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 563 ss., con nota di A. NASCOSI, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti de potestate*; Id., 25 luglio 2018, n. 19779, in *Famiglia e diritto*, 2019, 261 ss., con nota di R. DONZELLI, *Garanzia del ricorso per cassazione e provvedimenti decisori nell'interesse del minore*; in *Corr. giur.*, 2018, 1586 ss. con nota di F. DANOVÌ, *Provvedimenti relativi ai minori e garanzia del ricorso in Cassazione: un fronte (giustamente) sempre più aperto*; Id., Sez. un., 13 dicembre 2018, n. 32359, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 899 ss., con nota di S. TARRICONE, *Ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti camerali sulla responsabilità genitoriale*, secondo la quale: «I provvedimenti *de potestate* emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c., hanno attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, in quanto non sono revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi; pertanto, il decreto della corte di appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica i predetti provvedimenti, è impugnabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.».

<sup>212</sup> Cass., 10 aprile 2019, n. 10777, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 917 ss., con nota di C. CECHELLA, *Il giudice di legittimità apre all'impugnazione dei provvedimenti provvisori nelle controversie di famiglie e minorili*, secondo la quale: «Il provvedimento ablativo o limitativo della responsabilità genitoriale incide su diritti di natura personalissima, di

decisorietà e definitività del provvedimento in senso classico, ovvero intesa come idoneità chiudere un giudizio dettando la regola definitiva su un diritto soggettivo o *status*, ma alla possibilità che il provvedimento, pur provvisorio, vada a pregiudicare diritti particolarmente sensibili quali quelli del minore<sup>213</sup>.

Il nuovo art. 473 bis.24 è andato oltre la giurisprudenza di Cassazione da ultimo considerata, perché ha ammesso ricorso in cassazione contro provvedimento con cui la corte d'appello decide il reclamo avverso sia i provvedimenti incidenti sull'esercizio della potestà parentale e sull'affido e collocazione dei minori, sia i provvedimenti temporanei e urgenti di cui al primo comma dell'art. 473 bis.22, che potrebbero non avere a che fare con quest'ambito<sup>214</sup>.

primario rango costituzionale, ed è pertanto immediatamente reclamabile, pur se adottato nell'ambito di procedimento ancora in corso, in quanto già idoneo a produrre effetti pregiudizievoli per i minori e per il genitore, in ragione delle sue immediate ripercussioni sulla relazione parentale». In questo stesso senso: Cass., 24 gennaio 2020, n. 1668; Id., 19 maggio 2020, n. 9143; Id., 16 dicembre 2020, n. 28723; Id., 20 settembre 2021, n. 25340; Id., 4 gennaio 2022, n. 82; Id., 4 gennaio 2022, n. 85; Id., 15 febbraio 2022, n. 4994; Id., 24 marzo 2022, n. 9691; Id., 15 giugno 2022, n. 19305; Id., 9 agosto 2022, n. 24563. Su questa giurisprudenza, sull'evoluzione dell'istituto dei provvedimenti *de potestate*, e sui passaggi che hanno portato all'ultima svolta giurisprudenziale si rinvia a R. COLETTA, *Sulla definitività «liquida» nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti de potestate*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 239 ss.

Prima della riforma la prima Sezione della Corte di cassazione aveva rimesso al primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, la questione concernete l'impugnabilità dei provvedimenti *de potestate* adottati in via provvisoria nei procedimenti di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, così, Cass., 17 ottobre 2022, n. 30457.

<sup>213</sup> R. COLETTA, *Sulla definitività «liquida»*, cit., 258, nota come la Cassazione (17 ottobre 2022, n. 30457) abbia introdotto espressamente il concetto di «decisorietà di fatto», caratteristica che si lega al provvedimento *de potestate* che, per quanto interinale e provvisorio, è comunque in grado di arrecare un «pregiudizio irrimediabile» ai diritti del minore.

<sup>214</sup> Il nuovo decreto correttivo dovrebbe compattare i due primi commi dell'art. 473 bis.24 e disporre in un unico comma: «Si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello: 1) contro i provvedimenti temporanei e urgenti di cui al primo comma dell'articolo 473 bis.22; 2) contro i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale,

Sembra che la via del ricorso in cassazione sia ormai sdoganata per provvedimenti non decisori, almeno in alcune materie: ciò è desumibile anche da altra disposizione che dovrebbe essere modificata secondo lo schema del decreto correttivo, l'art. 473 bis.15, alla quale viene aggiunto un ultimo comma. Si tratta dei provvedimenti necessari nell'interesse dei figli emessi *ante causam*: in caso di pregiudizio imminente e irreparabile o quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti *inaudita altera parte*, essi sono adottati dal presidente o dal giudice da lui delegato con decreto e poi confermati, modificati o revocati dallo stesso giudice in un'udienza da tenersi entro i successivi quindici giorni. L'attuale art. 473 bis.15 non rende chiaro il regime di impugnabilità dell'ordinanza di conferma, modifica o revoca<sup>215</sup>; il nuovo ultimo comma di tale disposizione prevede che l'ordinanza con cui il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti adottati ai sensi del primo comma sia reclamabile solo unitamente a quella prevista dall'articolo 473 bis.22.

Insomma, provvedimenti provvisori anche emessi da un giudice monocratico nel corso del procedimento, che sono sottoposti ad un sistema di mezzi di gravame analogo a quello dei provvedimenti decisori.

Queste previsioni sovvertono i principi generali sui quali è basata la tutela giurisdizionale dei diritti, accolti dalla Costituzione. La deroga a questi pilastri costituzionali avverrebbe a favore di un sistema che potrebbe essere di dubbia efficacia: in presenza di interessi sensibili occorre che si intervenga immediatamente per adattare il provvedimento più appropriato all'evolversi della situazione; non occorre il ricorso ad organo giurisdizionale che per sua natura ha un limitato accesso alla valutazione del fatto. Inoltre, questo assetto rischierebbe di generare una serie di incertezze correlate. Ad esempio: qual sarebbe l'efficacia del provvedimento che dopo la cassazione sostituisce

nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori o ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori».

<sup>215</sup> Per tutte le problematiche relative alla natura e al regime di impugnazione di altri provvedimenti provvisori si rinvia a C. CEA, *Commento all'art. 473 bis.15*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti*, cit., 130 ss.; R. DONZELLI, *Il rompicapo*, cit., 2 ss.; M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, cit., 90 ss.

l'ordinanza impugnata? La Corte può decidere nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c.? Nel frattempo sarebbe preclusa la revoca o modifica del provvedimento impugnato? Se si ammette tale possibilità, come sembra per la natura dei provvedimenti che debbono essere sempre aderenti alla situazione del caso, in quale modo si potrebbero coordinare i due procedimenti, quello di revoca o modifica ed il ricorso in cassazione?<sup>216</sup>.

Alle considerazioni fatte fin ora si deve aggiungere che la legge delega non fa menzione alcuna di una simile costruzione: quindi, si potrebbe addirittura ipotizzare un eccesso di delega<sup>217</sup>.

Tornando al tema della presente ricerca, potrebbe accadere, soprattutto in prima udienza e quando non sia designato il giudice delegato alla trattazione e istruzione della causa, che si adotti sotto forma di provvedimento temporaneo una decisione di merito a carattere definitivo.

Tale provvedimento a prescindere dalla forma, sarebbe una sentenza in senso sostanziale, sottoposto al regime dei provvedimenti di cui ha la natura, almeno se si segue il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

## 7. Conclusioni

Con il decorso del tempo è divenuto sempre più frequente l'uso della forma dell'ordinanza per chiudere procedimenti, che non sono necessariamente decisori sommari; allo stesso modo non è affatto un tabù l'impugnazione di essa con appello.

Progressivamente, soprattutto con l'entrata in vigore della norma-

<sup>216</sup> Prospetta una serie di questioni legate alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 473 bis 24 R. DONZELLI, *Il rompicapo*, cit., 7 ss.

<sup>217</sup> legge delega 26 novembre 2021, n. 206, art. 1, comma 23, lett. u) dispone che si debba provvedere nel senso di: «stabilire che i provvedimenti temporanei ed urgenti debbano contenere le modalità e i termini di prosecuzione del giudizio, che possano essere modificati o revocati dal giudice, anche relatore, nel corso del giudizio in presenza di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori, che mantengano la loro efficacia in caso di estinzione del processo e che siano disciplinate le forme di controllo dei provvedimenti emessi nel corso del giudizio».

tiva sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, si sono assottigliate le differenze formali tra sentenza e ordinanza: gli elementi essenziali dei due provvedimenti sono divenuti sempre più coincidenti.

I due provvedimenti dovrebbero esprimere “in codice” l’iter seguito dal giudice per arrivare ad una decisione in rito o in merito. Perciò, è possibile che in cause in teoria più semplici il legislatore, per ragioni di politica legislativa, preveda di chiudere un procedimento sommario, perché atipico nel suo svolgimento, con un provvedimento diverso dalla sentenza.

Per non dilungarci troppo sull’evoluzione delle forme processuali, nella nostra rassegna non abbiamo preso in considerazione la legge fallimentare, oggi sostituita dal codice della crisi e dell’insolvenza. In questo corpo legislativo, veramente complesso, si intrecciano tipi di tutela diversa e operano fianco a fianco organi giurisdizionali e non: la promiscuità di funzioni e forme può rendere assai frequente l’errore e lo scambio di forme tra di loro. In questo microcosmo a sé stante, non è infrequente trovare procedimenti a carattere decisorio chiusi con decreto: basti pensare al decreto che rende esecutivo lo stato passivo nella procedura di liquidazione giudiziale, la cui efficacia è però limitata alla procedura concorsuale in corso (art. 204, comma 5 c.c.i.i.).

Nella novella del 2022 abbiamo conosciuto, inoltre, usi nuovi dell’ordinanza e del decreto: basti pensare alle ordinanze di manifesta ammissibilità o inammissibilità di cui agli artt. 183 ter e quater, che chiudono il primo grado ordinario, ma non sono decisorie e non sono soggetti agli ordinari mezzi di impugnazione; ai provvedimenti temporanei di cui all’art. 473 bis.22 e di cui all’art. 473 bis.24, comma 3, per i quali si possono avere due gradi di merito e il ricorso in cassazione, però non sono affatto decisorie; al decreto che chiude il giudizio di cassazione, in caso di ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, a seguito dell’accettazione implicita della proposta di definizione del giudizio rivolta al ricorrente, non decisorio certo, ma idoneo a mettere un punto alla vicenda processuale e di conseguenza a provocare il passaggio in giudicato della decisione impugnata.

La nostra rassegna ha il solo scopo di rendere l’idea di come l’evolversi della procedura civile abbia: da un lato, avvicinato le for-

me dei provvedimenti e i subprocedimenti necessari per la loro adozione; dall'altro, generato un proliferare di forme procedurali, in teoria, da adattare ad esigenze di tutela diverse.

Pur nel mutato contesto, non ha ancora trovato soluzione in via legislativa questione dello strumento a disposizione delle parti in caso di errore del giudice nell'adozione di un provvedimento in luogo di un altro, dovuto magari ad un errore di scelta del procedimento.

Al tema della forma si potrebbe aggiungere quello di una decisione in forma errata assunta dall'organo al quale non aspetta il potere decisorio all'interno del collegio. Come vedremo nei prossimi capitoli, questa problematica si è evoluta: grazie anche all'introduzione della specifica normativa sulla composizione del tribunale (artt. 50 bis, ter e quater, inseriti nel codice dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), si è arrivati ad escludere che il provvedimento adottato dal giudice istruttore in luogo del giudice collegiale sia un provvedimento emesso da un organo privo di potere e, perciò, abnorme. Il problema è stato ridimensionato per due corrispondenti tendenze riformatrici: la limitazione dei casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale; l'assottigliamento delle differenze tra le varie modalità di decisione davanti al tribunale in composizione collegiale e monocratica e la previsione di un meccanismo che consente di passare dal giudice collegiale al giudice monocratico e viceversa a seguito della rimessione della causa in decisione, con il contestuale confinamento del vizio della decisione in composizione errata entro i confini della nullità.

È certo vero che anche in appello la decisione avviene in forma collegiale e che anche nel procedimento d'appello si potrebbe avere la nomina di un giudice istruttore, ma in questa fase del processo vi è una minore frammentazione del procedimento in decisioni, anche per la limitazione dei *nova*, a meno che non si tratti di porre rimedio ad un errore procedimentale con la rinnovazione di ampie parti del processo di primo grado. Comunque, anche in appello, per analogia, è da applicare la medesima sanzione di nullità in caso di difettosa composizione dell'organo giudicante, con tutte le conseguenze che vedremo.

Accanto alle questioni riconducibili al mancato rispetto di forme o della composizione dell'organo collegiale, ne sono emerse altre: provvedimenti frutto della mancanza di potere o del suo eccesso; provvedimenti che per contenuto si collocano al di fuori del sistema.

Nella seconda parte del lavoro tenteremo di razionalizzare la categoria dei provvedimenti anomali e di individuare il regime di impugnazione.

Se con tale categoria si può intendere qualunque provvedimento in cui forma e contenuto non siano in armonia tra di loro, la prima *summa divisio* è tra fattispecie in cui tale fenomeno sia dovuto ad errore di rito e fattispecie in cui vi sia un problema di difetto di potere in capo al giudice che lo ha adottato.

Infine, vedremo che l'uso diversificato di ciascuna forma provvedimento ha introdotto nell'epoca contemporanea un'altra problematica: individuare il regime di impugnazione di provvedimenti dalla stessa forma, ma con differente natura, frutto di procedimenti o subprocedimenti diversi.

L'evoluzione storica tracciata ci fornirà il materiale per svolgere l'operazione ricostruttiva sopra descritta nella seconda parte.



## PARTE II

### Provvedimenti anomali e relative impugnazioni



## CAPITOLO V

### IL PROVVEDIMENTO ANOMALO

SOMMARIO: 1. Il provvedimento anomalo in senso stretto. – 2. Il provvedimento anomalo a causa di un procedimento errato. – 3. La dichiarazione della nullità ed il pregiudizio effettivo processuale. – 4. *Pas de nullité sans grief*. – 5. L'eccezione di nullità. – 6. L'impugnazione per vizi processuali. – 7. Il provvedimento anomalo per "scambio di forme". – 8. La rilevanza del vizio dello "scambio di forme" del provvedimento. – 8.1. Il subprocedimento di adozione del provvedimento. – 8.2. La struttura dei provvedimenti. La rilevanza del requisito della motivazione. – 8.3. Il problema della sottoscrizione del provvedimento anomalo. – 9. (... segue) La sentenza adottata in luogo dell'ordinanza di liquidazione delle spese: un esempio di vizio formale innocuo?. – 10. Conclusioni.

#### 1. *Il provvedimento anomalo in senso stretto*

In giurisprudenza e in dottrina si trova spesso l'uso promiscuo dei termini anomalo e abnorme per indicare lo stesso tipo di patologia di provvedimenti giudiziari<sup>1</sup>. Procedendo per step successivi, è ragione-

<sup>1</sup> Sui provvedimenti anomali latamente intesi, senza pretesa di completezza: E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit., 385 ss.; ID., *In tema di appello contro l'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. it.*, 1950, I, 743 ss.; ID., *Ancora sull'impugnabilità dell'ordinanza, che decide in camera di consiglio un'opposizione a decreto d'ingiunzione*, cit., 229 ss.; ID., *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, cit., 25 ss.; ID., *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro un provvedimento decisorio del giudice di primo grado, erroneamente emesso in forma di ordinanza*, cit., 356 ss.; ID., *Impugnabilità dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 355 ss.; ID., *Sull'appellabilità di un'ordinanza collegiale di rigetto di una eccezione di prescrizione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 713 ss.; ID., *Ancora sull'impugnazione di provvedimenti giurisdizionali decisori emanati in procedimenti speciali di cognizione*, in *Riv. proc. civ.*, 1983, 195 ss.; C. VOCINO, *Sulla natura dei provvedimenti del giudice*, cit., 32 ss.; R. CHIEPPA, *Sulla natura dei provvedimenti secondo il contenuto sostanziale*, cit., 717 ss.; L. MONTESANO,  *rassegna di giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, cit., 272 ss.; ID., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, cit., 148 ss.; ID.,

vole chiarire che cosa distingue questi due tipi di vizio, se una differenza ci sia, oppure non si tratti solo di diversi gradi della stessa problematica; inoltre, se questi fenomeni possano esseri riportati all'interno della grande categoria della nullità. Tutto ciò, anche al fine di stabilire con quale strumento essi possano essere sottoposti a critica e di determinare quale efficacia abbiano nel momento in cui non siano impugnati.

È ovvio che il concetto di anomalia inteso in senso ampio comprenda tutti i casi in cui un provvedimento si discosti in qualche modo dal modello legale prestabilito. Tale generale categoria, in cui è possibile includere evidentemente entrambi i fenomeni, ha solo un valore descrittivo, perché ne possono far parte figure molto eterogenee tra di loro. Affinché qualche utilità l'operazione che si intende compiere possa avere, è necessario piuttosto verificare se sia possibile costruire due o più categorie omogenee alla quale applicare lo stesso trattamento.

*Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 941 ss., in particolare 987 s.; V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, cit., 32; ID., *In tema di provvedimenti giudiziali abnormi*, cit., 532; ID., *Un nuovo tipo di nullità insanabile?*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 525 ss.; A. JANNUZZI, *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, cit., 20 ss.; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., *passim*; C. MANDRIOLI, *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti "abnormi"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 373 ss.; ID., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, cit., 101 ss.; S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, cit., 1639 ss.; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 15 s.; ID., *"Essere" e "non essere"*, cit., *passim*; C. BESO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 220 ss.; G. BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, I, 1548 ss.; A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, in *Giur. it.*, 2000, 924 ss.; ID., *"Sostanza" del provvedimento abnorme e impugnazioni: le "sopravalutazioni formalistiche" della Cassazione per quanto riguarda il problema della firma dell'ordinanza adottata in luogo di sentenza*, in *Corr. giur.*, 2002, 1594 ss.; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 80 ss. e 204 ss.; ID., *Prevalenza della sostanza sulla forma e le sue applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 465 ss.; B. CAPPONI, *Le ordinanze decisorie abnormi del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in *Riv. es. forz.*, 2017, 317 ss.

Con l'espressione provvedimento anomalo in senso stretto si indica un provvedimento giudiziale con un contenuto non corrispondente a quello che, per convenzione, accompagna la forma che lo riveste.

Il provvedimento anomalo è il risultato di un errore nell'iter di costituzione: la deviazione dalle norme che regolano il procedimento può avvenire nella fase finale, al momento dell'adozione del provvedimento, o in uno stadio anteriore, con detrimento delle garanzie legate alla forma dell'atto, ovvero l'iter di assunzione, gli elementi intrinseci, i mezzi di impugnazione<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Va preliminarmente avvertito che non si ritiene di riportare a questo fenomeno il caso delle c.d. "ordinanze ad incostituzionalità differita" ovvero un nuovo strumento di pressione politica attraverso la quale la Corte costituzionale preannuncerebbe la dichiarazione di incostituzionalità di una norma per l'eventualità in cui il legislatore non provveda alla modifica in via legislativa della normativa incriminata. La tecnica è quella del rinvio ad altra data attraverso un'ordinanza in cui la Corte costituzionale prende un'esplicita posizione intorno all'incostituzionalità di certa una disposizione, nonché a quelli che a suo parere dovrebbero essere i cardini della nuova disciplina legislativa; tuttavia, anziché dichiarare l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provveda all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato, la Corte rinvia direttamente ad altra udienza, ponendo il legislatore davanti a due alternative: provvedere nel senso indicato dalla Corte ovvero andare incontro ad una pronuncia, adesso sì, di illegittimità costituzionale. Si tratta di un provvedimento di creazione giurisprudenziale, un ibrido, un'ordinanza in teoria di carattere processuale, con un contenuto simile ad una sentenza, perché la Corte esprime in via preliminare tutte le considerazioni che normalmente accompagnano una pronuncia di accoglimento, ma senza che vi sia disposto l'annullamento della norma incriminata. Nel frattempo, il processo nel corso del quale è stata sollevata la questione di illegittimità costituzionale rimane sospeso; inoltre, si invitano i giudici davanti ai quali si presenti analoga questione a sollevarla, ma la disposizione rimane vigente per i privati e per le pubbliche amministrazioni. Non si può dire che ci sia la violazione di una precisa disposizione di legge che prescrive una certa forma di provvedimento, perché l'art. 18 della legge n. 87 del 1953 stabilisce che la Corte «giudica in via definitiva con sentenza», mentre «tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza», la quale deve essere – secondo il comma 4 dell'art. 18 – «succintamente motivata». Non viene detto nulla dalla normativa specifica intorno alla tipologia di ordinanze che la Corte può pronunciare, in proposito: D. DIACO (cur.), *Tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Corte costituzionale, *Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale*, 2016. Esempio noto di questo tipo di provvedimenti è Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 218, in *Famiglia e diritto*, 2019, 229 ss., relativa all'art. 580 c.p., cono-

Nel fenomeno che abbiamo descritto possiamo identificare due tipi di anomalia, dipendenti dal punto in cui la deviazione dal corretto svolgimento del procedimento avviene.

Può accadere nel corso del procedimento, in una fase più o meno remota, che esso segua un iter diverso da quello che avrebbe dovuto portare all'emissione del provvedimento *ad hoc*, per arrivare all'emissione di un provvedimento con una forma non corretta. In questa ipotesi non c'è solo la mancanza delle garanzie legate alla forma più complessa del provvedimento, ma una violazione più ampia del diritto di difesa, dovuta all'adozione di un peculiare procedimento non consono alle condizioni giuridiche del caso. In genere, ciò accade se si segue un procedimento sommario in luogo del procedimento a cognizione piena, senza che ne sussistano i presupposti giuridici.

Nel giudizio di divisione troviamo un esempio plastico di questo primo tipo di anomalia: qualora in uno dei suoi snodi fondamentali, corrispondente ad ogni questione possa sorgere nel corso del procedimento, davanti ad una contestazione o ad un'impossibilità di conte-

sciuto anche come “Caso Cappato”, commentata da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; U. COREA, *Forma e sostanza della pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 821 ss.; G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, n. 2; a tale ordinanza è seguito non un intervento legislativo, ma la sentenza della Corte costituzionale dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., ai sensi degli artt. 2, 13 e 32 Cost., con delle indicazioni ben precise anche sulle modalità del suicidio medicalmente assistito di persone in grado di intendere e volere, affette da una patologia grave e irreversibile, così Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242, in *Giur. it.*, 2020, 1198 ss. con nota di A. VALLINI, *Il “caso Cappato”: la Consulta autorizza e “disciplina” il suicidio assistito*. Altri esempi sono dati: dall'ordinanza 26 giugno 2020, n. 132, in *Giur. cost.*, 2020, 1457 che contiene un rinvio della trattazione della questione di legittimità costituzionale sull'applicazione cumulativa o alternativa della pena detentiva e della multa per la diffamazione a mezzo stampa su un fatto determinato, alla quale è seguita la sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale, Corte cost., 12 luglio 2021, n. 150, in *Riv. dir. int.*, 2021, 1222 ss.; dall'ordinanza Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 641, con il quale è stata rimessa al Parlamento la modifica della disciplina relativa al c.d. “ergastolo ostativo”, al quale è seguito un intervento del legislatore (d.l. n. 162/2022, convertito nella l. n. 199/2022).

stazione, dovuta ad irregolarità dell'atto di citazione o alla mancata comunicazione del progetto di divisione, il giudice ometta di aprire un'istruzione ordinaria o di disporre la rinnovazione degli atti viziati, per consentire la contestazione, e pronunci uno dei provvedimenti basati sulla non contestazione (ordinanza *ex art.* 784, 787 o 788 ovvero 789 c.p.c. ovvero il decreto *ex art.* 195 disp. att. c.p.c.), emette un provvedimento viziato per tutto il percorso storico che lo caratterizza<sup>3</sup>.

Nell'ipotesi sopra riportate, secondo la ricostruzione che abbiamo accolto in un altro nostro lavoro, alcuni dei provvedimenti emessi in assenza dei presupposti di legge cambierebbero addirittura natura: così le ordinanze di cui agli artt. 787 e 788 c.p.c. e il decreto di cui all'art. 195 disp. att. da provvedimenti meramente ordinatori diverrebbero provvedimenti decisori. Le ordinanze di cui agli artt. 785 e 789, invece, rimarrebbero provvedimenti a carattere decisorio<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Per approfondimenti e riferimenti bibliografici e giurisprudenziali sia consentito rinviare a L. DI COLA, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011, 315 ss.

<sup>4</sup> Secondo la nostra ricostruzione, L. DI COLA, *op. cit.*, 338 ss., le ordinanze di cui agli artt. 787 e 788 c.p.c. adottate in assenza di contestazione avrebbero carattere istruttorio, cioè si limiterebbero ad introdurre la fase a carattere esecutivo; il decreto di cui all'art. 195 disp. att. c.p.c., andrebbe a chiudere una fase tecnico-esecutiva necessaria per realizzare la modificazione giuridica richiesta con la domanda di divisione, ovvero l'estrazione a sorte di lotti in presenza di porzioni di eguale valore. Solo le ordinanze di cui agli artt. 785 e 789 avrebbero carattere decisorio e passerebbero immediatamente in giudicato se emesse in presenza di non contestazione, grazie all'adozione del meccanismo proprio dei procedimenti decisori sommari: la prima sarebbe una sentenza parziale sul diritto alla divisione di ciascuna parte, la seconda una sentenza a carattere costitutivo. Si deve sottolineare che questa ricostruzione non è affatto pacifica. Varie sono le teorie elaborate in ordine alla natura di tali provvedimenti; la tesi prevalente li vuole come ordinatori, con diverse sfumature. In particolare, l'ordinanza di cui all'art. 785 c.p.c. sarebbe un provvedimento a carattere istruttorio; l'ordinanza di cui all'art. 789 c.p.c. sarebbe un provvedimento di omologa dell'accordo anche implicitamente raggiunto dalle parti per via della non contestazione, così: Cass., Sez. un., 1° marzo 1995, n. 2317, in *Corr. giur.*, 1995, 444; in *Giust. civ.*, 1995, I, 1471, nota di R. TRIOLA, *Sull'impugnabilità dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione*; Id., 22 novembre 1999, n. 12949, in *Foro it.*, 2000, I, 1886 ss.; Id., 28 giugno 2011, n. 14331, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 972. In dottrina in questo senso: G. PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii. Note di uno studio introduttivo*, Padova, 1942, 161; ID., voce *La divisione giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XIII, 476 ss.; A. MICHELI, *In tema di impugnabilità della sentenza che dispone lo scioglimento della co-*

Nelle fasi considerate dagli artt. 785 e 789 (fase relativa al diritto alla divisione e fase relativa al piano di riparto del patrimonio comune), tanto il provvedimento sommario che quello ordinario, pur avendo forma differente, sono entrambi decisori, ma non si può dire che abbiano lo stesso valore, perché differiscono sotto un aspetto fondamentale: l'uno passa immediatamente in giudicato, sulla base di alcuni presupposti stabiliti dalla legge, riassumibili nella consapevole “non contestazione” della controparte; l'altro no.

Esempi di anomalia di tal genere sono tutti gli altri provvedimenti adottati al termine della fase sommaria di uno qualsiasi dei procedimenti sommari decisori, sul modello del procedimento per decreto ingiuntivo o del procedimento per convalida di sfratto, senza la ricorrenza delle condizioni di legge<sup>5</sup>. La dottrina ha spiegato che se ritualmente

*munione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, 334 ss.; S. COSTA, voce *Divisorio* (giudizio), in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, vol. VI, 61 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. IV, 1, 104 ss.; F. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 642 ss.; M. RIVA, *Rapporti tra esecuzione su beni indivisi e giudizio divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1175 ss.; G. TOMEI, voce *Divisione: III) Divisione giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XI; G. FINOCCHIARO, *La stabilità dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 526 ss.

Per ulteriori approfondimenti sulle varie teorie che si sono sviluppate sulle varie ordinanze emesse nel corso del giudizio di divisione sia consentito di rinviare, oltre al nostro testo come sopra citato, a L. DI COLA, *L'impugnazione dei provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione*, in *Giustiziacivile.com*, 20 marzo 2018.

<sup>5</sup> Sul punto: E. GARBAGNATI, *Forma e sostanza nel provvedimento di rigetto della domanda di convalida di sfratto*, cit., 361 ss.; ID., *In tema di appello contro l'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. it.*, 1950, I, 743 ss.; ID., *Limiti all'appellabilità all'ordinanza per convalida di sfratto*, cit., 555 ss.; ID., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, 334 ss.; M. DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Roma, 1950, 179 ss.; N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1956, 234 ss.; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1304 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. II, 2, 103 ss.; C. FERRI, *Note sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Il nuovo diritto*, 1962, 302 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. IV, 135 ss.; C. MANDRIOLI, *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida o di licenza di sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 34 ss.; A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1354 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Procedimenti in materia di locazione*, in *Digesto discipline privatisti-*

adottato il provvedimento sommario decisorio equivale ad una sentenza passata in giudicato<sup>6</sup>. Il meccanismo della sommaria decisorietà fa

*che, sez. civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, 459 ss.; ID., *Procedimenti speciali di rilascio degli immobili locati*, in S. Chiarloni, C. Consolo (cur.), *I procedimenti sommari e speciali*, Torino, 2005, vol. I. *Procedimenti sommari*, 720 ss.; M.C. CHIARINI, *La revocazione e le altre impugnazioni esperibili avverso l'ordinanza di convalida di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 594 ss.

<sup>6</sup> Non tutti gli autori che hanno studiato il procedimento per convalida di sfratto hanno collegato all'ordinanza non opposta un giudicato pieno, piuttosto, alcuni hanno riconosciuto come effetto un giudicato limitato o *preclusione pro iudicato*. Vedremo nel (cap. VI, § 6.1, nota 310) come E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. III, 198 abbia inteso il concetto di *preclusione pro iudicato* nell'ambito dell'esecuzione forzata. Montesano (L. MONTESANO, *Procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 74 ss.; ID., *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, *Relazione al XIII Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss., ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 220 ss.) ha formulato questa teoria in termini generali distinguendo nell'ambito degli effetti propri del giudicato tra quelli *inter partes* e *intra litem* e quelli *extra litem* e *ultra partes*: mentre il primo ordine di effetti troverebbe la sua giustificazione nella consumazione dell'azione, il secondo sarebbe sorretto non solo da tale fenomeno ma piuttosto dal fatto che esso si svolga con tutte le garanzie proprie del dovuto processo. Solo il primo ordine di effetti, in quanto derivanti dalla consumazione dell'azione, potrebbe conseguire ad un provvedimento sommariamente adottato. In tal modo se non potrebbe mai essere messo in discussione quanto chiesto e sommariamente ottenuto, perciò se non potrebbe essere bloccato mediante opposizione all'esecuzione il procedimento volto ad attuarlo coattivamente, potrebbe essere messo in discussione in un separato giudizio il rapporto giuridico sostanziale alla base della pretesa. Con particolare riferimento al procedimento di convalida di licenza o di sfratto per finita locazione: N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 236 ss., qualifica come limitato il giudicato derivante dalla mancata opposizione dell'ordinanza convalidata, perché il giudice con il suo provvedimento si "adeguerebbe" nella sostanza al contenuto dell'atto introduttivo, per cui il giudicato monitorio costituirebbe titolo di certezza unicamente nei confronti dell'adeguamento stesso; in questo senso sembrerebbe anche V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. III, 115 s. e 134 s; nonché A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 1360. Aderisce a queste posizioni con riferimento al procedimento per decreto ingiuntivo A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 571 ss.; va rimarcato uno degli argomenti utilizzati da quest'ultimo autore a sostegno dell'efficacia limitata del decreto ingiuntivo non opposto: secondo l'autore mentre il decreto ingiuntivo non opposto che contrasti con la precedente sentenza sarebbe revocabile ai sensi degli artt. 656 e 395, n. 5, tale non sarebbe, stando al disposto di quest'ultima norma, la sentenza passata in giudicato che contrasti con un precedente decreto ingiunti-

vo non opposto; questa connotazione dei rapporti tra decreto e sentenza non implicherebbe la revoca dell'utilità conseguita attraverso il decreto ingiuntivo non opposto, ma la possibilità che con una sentenza venga data una differente connotazione agli elementi fattuali e logico-normativi che costituiscono il presupposto dell'accoglimento del ricorso per decreto ingiuntivo.

Altra impostazione è quella di V. ANSELMI BLAAS, *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, Milano, 1963, 97 ss., secondo il quale il procedimento finché non si trasformi in processo a cognizione piena non avrebbe natura contenziosa, ma piuttosto sarebbe ascrivibile nell'ambito della volontaria giurisdizione, perché il giudice si limiterebbe a certificare la regolarità della fattispecie negoziale realizzatasi. Quest'ultima avrebbe inizio con l'atto del locatore e si concluderebbe grazie al comportamento dell'intimato: qualora quest'ultimo fosse esplicitamente assertivo si avrebbe una confessione; accanto a questa fattispecie, tuttavia, la legge prevedrebbe una fattispecie equivalente ovvero un fatto giuridico al quale sono collegati gli effetti propri dell'atto negoziale di sottomissione, la non contestazione. Oltre all'attività di certificazione, al giudice sarebbe dato anche il compito di ordinare al cancelliere di apporre in calce all'intimazione la formula esecutiva. Compiuta la fattispecie, gli effetti dichiarativi e costitutivi non potrebbero essere messi in discussione in un successivo giudizio di merito; invece, potrebbe essere chiesto l'accertamento negativo della realizzazione della fattispecie negoziale, anche in sede di opposizione all'esecuzione. Tra gli argomenti più significativi che l'autore adduce per negare il carattere contenzioso del procedimento vi sono: la carenza di una domanda volta all'accertamento dell'esistenza del diritto al rilascio in caso di licenza per finita locazione, perché il conduttore non avrebbe ancora in alcun modo manifestato la propria intenzione di contestare un tale diritto; dal momento che la fattispecie disciplinata dal codice è unica, tale domanda mancherebbe anche nel caso in cui vi sia un'intimazione di sfratto; il fatto che nella "citazione", in caso di sfratto per morosità, non debba essere indicato l'ammontare dell'importo dovuto sarebbe un ulteriore argomento a favore della tesi secondo la quale il peculiare atto introduttivo sarebbe una dichiarazione negoziale non una domanda di tutela; con l'atto introduttivo non si avrebbe l'effetto di impedire la purgazione della mora, proprio della domanda di risoluzione per inadempimento *ex art. 1453*, comma 3 c.c., infatti, l'art. 663 subordina la convalida dello sfratto all'attestazione della persistente morosità; una volta introdotto il procedimento, sarebbe rimessa alla volontà del locatore la prosecuzione dello stesso, tanto che l'art. 662 dispone che gli effetti dell'intimazione cessino se il locatore non comparisca all'udienza fissata nell'atto di citazione; la forma del provvedimento non sarebbe quella propria del provvedimento che conclude il tipico processo di accertamento dei diritti, il processo ordinario, né sarebbe previsto un mezzo di impugnazione analogo a quelli propri delle sentenze per far valere i vizi del provvedimento di convalida; pur non essendo previsto espressamente, si dovrebbe ritenere che, analogamente a quanto accade con il ricorso per decreto ingiuntivo, il giudice possa rigettare la presunta domanda di parte, quindi, se il provvedimento di rigetto, per stessa ammissione dei sostenitori della tesi giurisdizionale, non può avere effetto di giudicato, lo stesso dovrebbe concludersi per il provvedimento positivo, perché si tratterebbe di un'unica fattispecie. Secondo questa dottrina solo con l'opposizione verreb-

perno su alcuni puntelli ineliminabili: il ricorso o citazione del controinteressato con contestuale avvertimento delle conseguenze della mancata opposizione; la mancata opposizione della controparte processuale; la possibilità di decidere sulla domanda attorea senza che prima si sia svolta istruzione probatoria per porsi la non contestazione dell'intimato come l'alternativa ad essa<sup>7</sup>; ad essi si può aggiungere per il procedimento

be introdotto un vero e proprio giudizio a cognizione piena: in tal caso ad assumere la veste dell'attore sarebbe l'opponente che chiederebbe l'accertamento del suo diritto di rimanere nell'immobile; il locatore diverrebbe convenuto e come tale potrebbe presentare domanda riconvenzionale di accertamento dello scadere del contratto di locazione o affitto ovvero di risoluzione del contratto ovvero di condanna in futuro del quale usufruire allo spirare naturale del contratto e, eventualmente, la domanda di condanna al pagamento dei canoni scaduti e non pagati.

La Cassazione (*ex multis*, Cass., 11 gennaio 2017, n. 411) aderisce alla teoria che vuole l'ordinanza di convalida di licenza o di sfratto per finita locazione o per morosità come idonea al giudicato sostanziale sull'esistenza della locazione, sulla qualità di locatore dell'intimante e di conduttore dell'intimato, sull'intervento di una causa di cessazione o risoluzione del rapporto, nonché sulla sua qualificazione, se la scadenza del medesimo, richiesta e accordata dal giudice, è strettamente collegata alla tipologia del contratto. Con riferimento all'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto o non validamente opposto vedi: Cass., 14 febbraio 2024, n. 4131.

<sup>7</sup> Secondo E. ALLORIO, *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Giur.it.*, 1946, I, 85; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. IV, 1, 132; E. GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., 317; N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento*, cit., p. 169; C. MANDRIOLI, *Sull'impugnazione*, cit., 40; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano 1979, 143; A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida*, cit., 1359, la non contestazione avrebbe valore di prova legale, al pari di una confessione. In senso differente, A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, Milano, 1995, 263 ss. il quale arriva alla conclusione che la "non contestazione" non abbia né un significato negoziale né tanto meno il valore di prova legale, di tipo confessorio. Per quanto riguarda la prima ipotesi, un negozio di tipo transattivo sarebbe escluso dalla mancanza di un vero e proprio accordo tra le parti con una manifestazione di volontà diretta a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico di natura patrimoniale. Ciò perché oggetto della non contestazione non sarebbe il diritto sostanziale in sé considerato, ma i fatti che sono allegati dalla controparte. Né potrebbe parlarsi di *ficta confessio*, come se il giudice per effetto della non contestazione fosse vincolato ad assumere come accertati i fatti non contestati. In tal modo si verrebbe ad introdurre una nuova prova legale nel nostro ordinamento giuridico, equiparabile alla confessione, ma che si svolgerebbe senza le formalità previste per questa e senza nessuna base positiva. Il campo riservato alla "non contestazione" sarebbe esclusivamente quello della delimitazione del *thema pro-*

monitorio l'esistenza di un principio di prova scritta; per il procedimento di convalida l'allegazione del contratto di locazione o affitto.

Questi provvedimenti possono acquisire la stabilità propria del giudicato<sup>8</sup> e ciò può avvenire senza alcuna lesione del diritto di difesa, no-

*bandum*. Questa facoltà concessa alle parti non sarebbe tanto da ricollegare alla natura del diritto fatto valere, disponibile o non disponibile, quanto piuttosto al principio della domanda: a fronte della terzietà del giudice, sia il diritto disponibile o meno, alla parte compete il diritto – onere di allegare i fatti per far valere le pretese proprie e contestare quelle altrui, esercitando la facoltà di difendersi; la parte che decida di astenersi dal contestare i fatti allegati dalla controparte a fondamento della propria domanda, esclude questi dal *thema probandum*, sulla base della regola d'esperienza per cui «... nessuna persona di buon senso di fronte alle pretese avanzate nei suoi confronti da un terzo tiene un comportamento o rende delle dichiarazioni contrarie alla tutela dei propri interessi se non perché sia convinta della loro fondatezza». Ciò non viene collegato al potere sostanziale di disporre del diritto in contesa, perché se così fosse a fronte di diritti indisponibili il giudice dovrebbe essere munito di poteri di ricerca del fondamento delle domande ed il processo dovrebbe avere una struttura di carattere inquisitorio; piuttosto, al potere – onere di ciascuna parte di delimitare l'oggetto del processo e la base fattuale della lite. Quest'ultima sembra essere la tesi da preferire anche alla luce della disposizione dell'art. 115, comma 1 c.p.c., introdotta con la l. 18 giugno 2009, n. 69, e riferibile, salvo deroghe anche ai procedimenti speciali (sul quale si rinvia per approfondimenti a F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, *passim*), con la particolarità che l'effetto della non contestazione sarebbe collegabile alla sostanziale contumacia del convenuto in questo tipo di procedimenti speciali. Questa sarebbe una specialità persistente e la peculiarità di questo tipo di procedimenti, non essendo stata accolta la proposta della Commissione di studi presieduta da Luiso di modificare l'art 115, primo comma, nel senso di puntualizzare che «in materia di diritti disponibili, siano non bisognosi di prova per il giudice comunque i fatti allegati da una parte e non specificatamente contestati dalla controparte, anche laddove la non contestazione sia l'effetto della contumacia» (*Proposte normative e note illustrative*, cit., 31).

<sup>8</sup> Così, L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, cit., 153 s.; ID., *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 88 ss. e oggi anche in L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata, Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, cit., 9 ss.; ID., voce *Procedimenti decisori sommari*, in *Enciclopedia, giuridica*, Roma, 1991, vol. XXIV e in L. LANFRANCHI, *La roccia*, cit., 213 ss. Contesta questa impostazione di Lanfranchi E. GARBAGNATI, *Ancora sull'impugnazione di provvedimenti giurisdizionali decisori emanati in procedimenti speciali di cognizione*, cit., 196 s., in cui il giurista afferma che per volontà del legislatore il provvedimento sarebbe sottratto dalla forma alle impugnazioni proprie delle sentenze di cui all'art. 279, quindi, sarebbe sottratto all'appello. L'autore configura la possibilità

nostante la sommarietà della cognizione da cui scaturiscono, perché fondati sull'equivalenza tra la correlazione necessaria tra giudicato e cognizione non sommaria effettivamente espletatasi almeno in un grado, certamente stabilita in modo esplicito dagli artt. 342 c.p.c. e 2909 c.c., e la correlazione necessaria tra giudicato e cognizione non sommaria potenzialmente espletabile anche in primo grado, implicitamente riferibile agli stessi artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c., e, comunque, con queste norme pienamente armonizzabile, soprattutto, a livello sistematico ed equitativo. A queste conclusioni si perviene considerando la formula «s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta ecc.» dell'art. 324 c.p.c., come «la sentenza che (anche mediatamente) non è più soggetta ecc.», con la specificazione che l'inciso «anche mediatamente» rinvii contemporaneamente sia al procedimento - provvedimento speciale che concreta o può concretare la fase sommaria, sia al rimedio introduttivo della cognizione completa di primo grado (opposizione o contestazione impeditiva) e produttiva della prima sentenza in senso anche formale.

Nella ricorrenza dei presupposti di legge, quindi, i provvedimenti sommari decisorii possono assumere una forma che li sottrae alle impugnazioni ordinarie; venendo meno gli stessi viene meno la giustificazione del loro immediato passaggio in giudicato; allora, il provvedimento sarebbe decisorio ed emesso senza le garanzie del processo a cognizione piena. Vi potrebbero, infatti, essere vizi dell'atto introduttivo, così ad esempio il mancato avvertimento di cui 660, comma 3, oppure l'ordinanza di convalida potrebbe essere stata emessa nonostante la contestazione; o potrebbe essere stata adottata nonostante la mancata attestazione della persistente morosità; infine, potrebbe essere stato intrapreso il procedimento ed emesso il provvedimento in casi diversi da quelli previsti dalla legge. Nei primi due casi si sarebbe impedito un potenziale o reale svolgimento di un procedimento a cognizione piena; nel terzo e quarto caso si sarebbe avuta la chiusura con una decisione di merito al posto di una chiusura in rito.

che l'ordinanza adottata nella ricorrenza dei presupposti di legge sia impugnabile con ricorso straordinario in cassazione, perché nell'art. 111 Cost. il concetto di sentenza sarebbe da intendersi in senso sostanziale, come provvedimento decisorio non altrimenti impugnabile.

Sentenza in senso sostanziale è stata definita anche l'ordinanza con la quale il giudice, nella fattispecie il conciliatore, aveva negato l'ordine di rilascio risolvendo la controversia nel merito a seguito di un'eccezione del convenuto: anche in questo caso il giudice avrebbe dovuto aprire la fase a cognizione piena e, quindi, emettere una sentenza di rigetto<sup>9</sup>.

Secondo la maggioranza della dottrina<sup>10</sup> e giurisprudenza<sup>11</sup> l'or-

<sup>9</sup> Cass., 9 aprile 1943, n. 831, in *Foro it. Rep.*, 1943, voce *Locazione*, n. 223.

<sup>10</sup> E. GARBAGNATI, *Forma e sostanza nel provvedimento di rigetto della domanda di convalida di sfratto*, cit., 361 ss.; ID., *In tema di appello contro l'ordinanza di convalida di sfratto*, cit., 743 ss.; ID., *Limiti all'appellabilità all'ordinanza per convalida di sfratto*, cit., 555 ss.; ID., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., 334 ss.; M. DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 179 ss.; S. SATTÀ, *Commentario*, cit., vol. II, 2, 103; V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. IV, 135 ss.; C. FERRI, *Note sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*, cit., 302; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, cit., 155; A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 1354 ss.

In senso differente N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 226 ss. e 248 ss., secondo il quale tali provvedimenti, aventi sostanza di decisione con carattere definitivo, non sono soggetti alle impugnazioni delle sentenze, escluse dalla forma di decreto o di ordinanza, in virtù del principio della prevalenza della consistenza sulla forma, ma hanno un regime di rimedi proprio, per far valere l'illegittimità dell'ordinanza emessa in mancanza dei presupposti processuali, sia per farne valere l'ingiustizia. L'ordinanza non sarebbe impugnabile, ma opponibile, anche se l'opposizione successiva sarebbe ammissibile solo eccezionalmente. L'autore distingue le ipotesi in cui il provvedimento venga emesso nonostante non sussista o non persista un'azione per la convalida. È il caso in cui l'ordinanza di convalida venga pronunciata, nonostante l'opposizione dell'intimato: il giudice emetterebbe nella sostanza una sentenza di condanna, perché si avrebbe la trasformazione del procedimento in ordinario; per cui il provvedimento avrebbe sostanza di sentenza come tale dovrebbe essere impugnata. L'autore specifica che non dovrebbe essere applicato il regime proprio dell'ordinanza di convalida quando essa lo sia nella sostanza, pur avendo il *nomen iuris* di sentenza; il ragionamento svolto è un po' contorto: la sentenza pronunciata al posto dell'ordinanza di convalida sarebbe nella sostanza una condanna, perché risponderebbe con una pronuncia di tale natura alla citazione iniziale, pur con un errore del giudice. In un altro scritto, *Le impugnazioni civili*, cit., vol. I, 45 s., l'autore ha ritenuto che il vizio di nullità dell'ordinanza di convalida, come pure il caso in cui l'ordinanza sia stata emessa al di fuori dei casi previsti dalla legge possano essere denunciati in sede di opposizione all'esecuzione, senza che il giudice dell'opposizione all'esecuzione sovrapponga la sua cognizione a quella del giudice della convalida: egli si limiterebbe ad escludere che tale provvedimento appartenga a quelli di un certo tipo. Infatti, secondo l'autore l'ordinanza emessa al di fuori dei presupposti di legge

tornerrebbe ad essere un'ordinanza revocabile. Tirando le somme del pensiero un po' frastagliato espresso tra le due opere: l'ordinanza o il decreto emesso in presenza di contestazione avrebbe valore di sentenza e come tale sarebbe impugnabile; se emessi al di fuori dei presupposti di legge, andrebbe ulteriormente distinto a seconda che si rientri o meno nelle ipotesi di opposizione tardiva; al di fuori di questi ultimi casi, tornerebbe ad avere il regime proprio dei provvedimenti non decisori.

Diversa l'impostazione di V. ANSELMI BLAAS, *Il procedimento per convalida di licenza o sfratto*, cit., 239 ss., partendo dalla premessa che la prima parte del procedimento per convalida di sfratto realizzi una fattispecie di carattere negoziale, ne deduce che la mancanza dei presupposti necessari per la realizzazione di tale fattispecie possa essere oggetto di un giudizio di accertamento negativo, instaurato in via autonoma, anche attraverso opposizione all'esecuzione.

Contrari all'impostazione accolta nel testo anche i sostenitori della teoria dell'apparenza tra i quali quello che l'elabora in modo più compiuto, G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 73 ss. e in particolare 152 ss. Secondo l'autore la mancanza dei presupposti per l'emanazione di un'ordinanza di convalida di sfratto o di un procedimento per decreto ingiuntivo sarebbe equivalente ad un vizio non formale ovvero si tratterebbe di un esercizio antidiverso del potere di decidere, che non nascerebbe a seguito di una serie procedimentale errata; tale vizio in quanto attinente al rito e non al merito non dovrebbe essere trattato in maniera diversa da una nullità formale. Secondo l'autore, in linea di massima, per i provvedimenti decisori diversi dalla sentenza opererebbe la conversione della nullità in motivo di impugnazione, così, il provvedimento sommario decisorio dovrebbe essere impugnato con il mezzo suo proprio: l'invalidità del decreto ingiuntivo potrebbe essere fatta valere con l'opposizione di cui all'art. 645 c.p.c. Diverso il discorso per l'ordinanza di convalida di sfratto, avverso la quale vi sarebbe solo il mezzo straordinario dell'opposizione tardiva, a certe condizioni. Per questo motivo, secondo l'autore, diverrebbe recessiva la regola sancita dall'art. 161, comma 1 e il provvedimento potrebbe essere impugnato con *actio nullitatis* in ogni tempo al pari dei provvedimenti non decisori, con il solo limite della prescrizione della situazione giuridica sostanziale accolta nel provvedimento. Analogamente M.C. CHIARINI, *La revocazione ed altre impugnazioni*, cit., 609 ss.

Vedi anche C. MANDRIOLI, *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto o di licenza*, cit., 34 ss., secondo il quale la forma dell'ordinanza impedirebbe l'accesso alle impugnazioni ordinarie riservate alle sole sentenze; per cui essendo il provvedimento decisorio per esso si prospetterebbe il ricorso straordinario in cassazione. Analogamente: P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. II, 295; G. TRISORIO LIUZZI, *Procedimenti speciali di rilascio degli immobili locati*, cit., 774 ss.

<sup>11</sup> Cass. 20 novembre 1951 n. 2670, in *Giur. compl. Cass. civ.*, con nota di G. To-  
mei, *Sull'impugnabilità immediata di provvedimenti con forma di ordinanza e contenuto  
di una sentenza*, in *Foro it.*, 1952, I, 1050 ss.; Id., 21 aprile 1953 n. 1068, *ivi*, 1953, I,  
937 ss.; Id. 5 maggio 1956 n. 1440, in *Foro pad.*, 1956, I, 555 ss., con nota di E. GAR-  
BAGNATI, *Limiti all'appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*; Id., 10 maggio

dinanza di convalida adottata senza i presupposti di legge, dovrebbe essere considerata sentenza in senso sostanziale e come tale impugnata. Tale ragionamento dovrebbe valere anche per il decreto ingiuntivo, ma vi è una differenza nel modo di operare del meccanismo della non contestazione nel primo piuttosto che nel secondo procedimento: l'ordinanza per convalida di sfratto viene emessa dopo lo spiare del termine per l'opposizione, senza altro rimedio che l'opposizione tardiva, ammessa a precise condizioni<sup>12</sup>; mentre il decreto ingiuntivo even-

1961, n. 1110, in *Giur. it.*, 1962, I, 1 ss.; Id., 10 aprile 1965 n. 637, in *Foro it.*, 1965, I, 1699 ss.; Id., 16 giugno 1969 n. 2157, in *Mass. Foro it.*, 1969, 641; Id., 17 maggio 1985, n. 3026, in *Archivio delle locazioni*, 1985, 689 ss.; Id. 22 novembre 1985 n. 5776, *ivi*, 1986, 57 ss.; Id., 24 febbraio 1986, n. 1127, in *Foro it. Rep.*, voce *Sfratto*, n. 36; Id., 16 settembre 1986, n. 5634, *ivi*, voce cit., n. 23; Id., 3 febbraio 1987, n. 962, *ivi*, 1987, voce cit., n. 25; id., 23 gennaio 1988, n. 566, *ivi*, 1988, voce *Locazione*, n. 630; Id. 23 novembre 1993, n. 11565, *ivi*, 1993, voce *Sfratto*, n. 10; Id., 23 gennaio 2006, n. 1222, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1; Id., 16 maggio 2006, n. 11380, *ibidem*, 5; Id., 27 maggio 2010, n. 12979, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, n. 6, 823; Id., 23 ottobre 2014, n. 22531, in *Guida al diritto*, 2015, n.7, 59; Id., 13 giugno 2017, n. 14625, in *Diritto e giustizia*, 14 giugno 2017, con nota di R. VILLANI, in *Giur. it.*, I, 2018, 94 ss., con nota di G. PIROTTA, *Considerazioni sull'appello "atipico" avverso l'ordinanza di convalida di sfratto pronunciata in assenza dei presupposti di legge*, secondo la quale in tema di sfratto per morosità alla cui convalida l'intimato si sia opposto, qualora il giudice erroneamente anziché adottare i provvedimenti di cui agli artt. 665 e 667 c.p.c., emetta senz'altro ordinanza di convalida, questa assume natura decisoria e contenuto sostanziale di sentenza e l'impugnazione deve essere proposta con appello. Con tale atto l'intimato potrà chiedere di essere rimesso nei termini per espletare l'attività difensiva che gli è stata impedita in primo grado, fermo restando la decisione di merito del giudice d'appello.

<sup>12</sup> In ordine al coordinamento tra opposizione tardiva all'ordinanza di convalida e appello la Cassazione ha specificato che quest'ultimo è esperibile quando l'ordinanza sia stata pronunciata la di fuori dei presupposti legali, così: Cass., 6 maggio 1997, n. 4366, *Giust. civ. Mass.*, 1997, 772; Id., 27 maggio 2010, n. 12979, *ivi*, 2010, 5, 823. Giurisprudenza più risalente aveva indifferentemente ritenuto esperibile avverso l'ordinanza di convalida emessa nonostante il conduttore fosse stato irregolarmente citato tanto appello che opposizione tardiva, così Cass., 5 maggio 1956, n. 1440, cit., 556 ss.

È da preferire la prima impostazione compatibile sia con la ricostruzione dell'opposizione tardiva come un'impugnazione speciale avverso il provvedimento di convalida (E. GARBAGNATI, *I procedimenti per in ingiunzione e convalida*, cit., 340; A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 1354 ss., in particolare 1359; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Procedimenti in materia di locazione*, cit., 505) sia con

tualmente viziato *ab origine* può essere successivamente opposto nel termine di legge per far valere la mancanza delle condizioni legali. Se quest'ultimo venisse emesso al di fuori delle condizioni di legge tali da impedire l'opposizione tempestiva, l'opposizione tardiva sarebbe ammessa nella ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 650 c.p.c.; per tutte le altre ipotesi vi sarebbe l'appello.

Sempre nell'ambito dei procedimenti decisori sommari, in particolare del procedimento per decreto ingiuntivo, troviamo un altro esempio di provvedimento irritualmente adottato, per la quale la costruzione giurisprudenziale potrebbe sembrare artificiosa. La Cassazione riconosce natura di sentenza in senso sostanziale all'ordinanza che attribuisce la provvisoria esecutorietà ad un decreto ingiuntivo opposto al di fuori delle condizioni previste dall'art. 648, comma 1, c.p.c., perché il giudice con tale provvedimento avrebbe modificato i presupposti del decreto ingiuntivo; perciò, «l'ordinanza in esame emessa non in consonanza del presupposto potere decisionale, non poteva che assumere natura di sentenza e rimanere, peraltro, soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione e, quindi, all'appello e non al ricorso per cassazione...»<sup>13</sup>.

la configurazione di tale strumento come opposizione all'originaria intimazione, consentita dopo la convalida esclusivamente nei casi indicati dall'art. 668, come una sorta di rimessione in termini, con l'ordinanza di convalida che acquisterebbe carattere di provvedimento provvisorio (N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento*, cit., 380 ss.; M. DUNI, *Il procedimento*, cit., 161 ss., che pur considera l'ordinanza di convalida emessa al di fuori dei presupposti di legge appellabile, salvo che nelle ipotesi indicate dall'art. 668 c.p.c.).

Una terza opzione, partendo dal presupposto che il procedimento sommario sia di volontaria giurisdizione configura l'opposizione tardiva come un giudizio contenzioso di primo grado introdotto dall'opposizione della controparte al pari dell'opposizione tempestiva, con l'ordinanza emessa che perderebbe in entrambi i casi efficacia, così V. ANSELMI BLAAS, *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, cit., 253 ss.

A nostro parere tale strumento di impugnazione parte necessariamente da una sorta di rimessione in termini; se questo giudizio preliminare dovesse dare esito positivo, la parte non potrebbe che essere rimessa nella facoltà di accedere al giudizio a cognizione piena, al quale avrebbe avuto accesso non si fossero verificati gli eventi impedienti di cui agli artt. 650 e 668 c.p.c.

<sup>13</sup> Cass., 21 maggio 2001, n. 6901, in *Foro it.*, I, 2001, 31 68 ss., con nota critica di

Nelle ipotesi sopra descritte quello che manca è un “pezzo” di procedimento ordinario, perché il rito sommario consente molto più rapidamente di arrivare ad una decisione sulla base di garanzie date dai presupposti procedurali: se essi vengono meno, il provvedimento rimane decisorio, ma viziato per tutta la parte di procedimento che avrebbe dovuto svolgersi per arrivare ad un’analoga decisione di merito e invece non c’è stata. Questo è vero anche quando si sarebbe dovuto arrivare ad una decisione di rito e così non è stato: il provvedimento emesso al di fuori dei presupposti di legge è, comunque, una decisione di merito.

Altra ipotesi che si può far rientrare nel primo tipo di provvedimento anomalo era data dalla fallace scelta del rito sommario (*ex artt. 702 bis ss. c.p.c.*) in luogo del processo ordinario: il giudice, anziché dichiarare l’inammissibilità del procedimento ai sensi dell’art. 702 ter, comma 2, adottava un provvedimento di merito. Anche in questo caso l’ordinanza pur impugnabile di cui all’*ex art. 702 bis* differiva nel contenuto e nel trattamento impugnatorio da una sentenza ordinaria: entrambe erano decisorie e vero, ma l’una portava un accertamento frutto di un’istruzione sommaria, la seconda un accertamento non sommario; contro entrambi i provvedimenti era dato appello, ma nel primo caso non era previsto nel procedimento di impugnazione il limite del filtro, nel secondo caso sì. Insomma, l’errore poteva portare a due provvedimenti differenti nella forma e soggetti a tipi parzialmente diversi di appello. Il problema è stato in parte superato, perché è cambiata l’impostazione della struttura del primo grado ordinario di giudizio con la riforma Cartabia; allo stato attuale il codice di procedura civile prevede il rito a cognizione piena alternativo al rito semplificato (libro II, titolo I, capo III quater), obbligatorio a certe condizioni e possibile in altre (*art. 281 decies c.p.c.*), entrambi conclusi da sentenza e soggetti ad appello ordinario.

Potrebbe anche accadere che si segua il processo ordinario in luogo

C. CEA, *Sull’esecutorietà parziale del decreto ingiuntivo non opposto (ovvero come si complica inutilmente una problematica inesistente)*, il quale nota che per risolvere la questione del mezzo di critica necessario nei confronti di un provvedimento non avente carattere decisorio, ma più che altro cautelare, sarebbe preferibile l’applicazione analogica della disciplina dell’*art. 186 ter c.p.c.*

del procedimento speciale, quest'ultimo a cognizione piena o comunque non sommaria, come ad esempio il rito ordinario al posto di quello del lavoro, sede in cui al giudice vengono riservati particolari poteri istruttori. Certo che in questo caso il problema sembra essere più facilmente risolvibile, perché oltre allo strumento della conversione del rito nel corso del procedimento con ordinanza del giudice, anche d'ufficio, vi è il dato che i due riti terminerebbero con lo stesso provvedimento e sarebbero sottoposti allo stesso tipo di impugnazione<sup>14</sup>.

Infine, potrebbe accadere che i due procedimenti si svolgano nello stesso modo o quasi allo stesso modo, terminando con un provvedimento dalla stessa forma, come accade con il procedimento semplificato, prima sommario, previsto all'art. 14 del d.lgs. 150/2011, rispetto al procedimento semplificato, prima sommario, codicistico: il primo dei due tipi di procedimento è previsto per le controversie in materia di compensi professionali maturati dall'avvocato durante una causa civile e ha come particolarità di chiudersi con una sentenza, prima ordinanza, non appellabile. In caso di mancato rispetto dei presupposti del procedimento, l'errore sarebbe particolarmente insidioso, non riconoscibile dalla forma del provvedimento, ma comunque un errore procedimentale che comporterebbe la perdita di un grado di gravame.

L'altra casistica da prendere in considerazione è che il procedimento si svolga correttamente, senza l'eliminazione di alcuno dei passaggi prescritti e ad essere errata sia solo la forma con la quale è stato adottato il provvedimento conclusivo: qui il problema sarebbe certo la menomazione delle garanzie legate alla forma dell'atto e, conseguentemente, l'individuazione del corretto mezzo di critica, perché la forma errata potrebbe trarre in inganno. Di questo secondo tipo di anomalia un esempio è dato dall'eventuale ordinanza su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito pronunciata al posto di sentenza non definitiva dal giudice monocratico<sup>15</sup> o collegiale<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 5; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 203.

<sup>15</sup> Cass., 2 settembre 1995, n. 9288, in *Giust. civ.*, 1996, 772 ss., che ha considerato sentenza un'ordinanza pronunciata dal giudice del lavoro su di una questione pregiudiziale di rito.

<sup>16</sup> Così l'ordinanza collegiale con la quale il giudice d'appello disponga l'estinzione del processo, Cass., 9 maggio 1991, n. 5163, in *Giur. it.*, 1993, I, 1578 ss.,

Entrambe le ipotesi sembrerebbero rientrare astrattamente nella categoria degli atti processuali affetti da nullità; altra questione è quella di determinare quando tali vizi possano realmente portare ad una dichiarazione di nullità.

Sempre in questo genere di anomalia a nostro parere rientra l'ordinanza del giudice istruttore emessa al posto di sentenza collegiale, ma la questione verrà affrontata nel prossimo capitolo, perché parte della dottrina e giurisprudenza hanno considerato i provvedimenti affetti da tale vizio abnormi, non semplicemente anomali.

Come si evince dagli esempi che sono stati sopra enunciati, sono di particolare interesse per la presente ricerca i provvedimenti anomali in senso stretto, definitivi e decisori, perché sono questi che hanno comportato le maggiori difficoltà al momento della determinazione del mezzo di impugnazione. Come vedremo, tuttavia, vi possono anche essere casi di provvedimenti anomali in senso stretto di natura non decisoria, che possono creare problemi di pari rilevanza.

## 2. Il provvedimento anomalo a causa di un procedimento errato

Perché si verifichi l'eventualità di provvedimento anomalo a causa di un procedimento errato, è necessario che vi siano almeno due procedimenti in alternativa tra di loro, l'uno ordinario o se si preferisce "generale", l'altro speciale o eccezionale, soggetto a precise condizioni di ammissibilità, oppure anche due procedimenti speciali, ognuno con i suoi presupposti di ammissibilità. I due provvedimenti si possono anche porre in rapporto di successione eventuale, quando dopo una fase a cognizione sommaria l'opposizione della controparte introduce la fase a cognizione piena.

Potrebbe anche accadere che il rito speciale si ponga come esclusi-

con nota di F. SANTAGADA; Id., 22 ottobre 1992, n. 11531, *ivi*, 1994, I, 310 ss., con nota di M.T. LATELLA, *Decisione sull'estinzione del processo: forma, sua patologia ed impugnazioni*; ovvero quella che dopo la riforma del 1990 dichiara l'appello improcedibile, Cass., 26 gennaio 1999, n. 696, *ivi*, 2000, I, 65 ss., con nota di A. RONCO, *Apunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello e correlazione tra forma e regime di impugnazione dei provvedimenti decisori*.

vo rispetto ad una determinata materia, che presenta secondo la valutazione di politica legislativa alcune peculiarità, come il rito del lavoro ovvero il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia (libro II, titolo IV bis di nuova introduzione).

Non necessariamente il provvedimento che conclude il procedimento speciale è non impugnabile, si pensi in proposito all'originario procedimento sommario decisorio di cui agli artt. 702 bis ss. Né è detto che il provvedimento finale del processo speciale debba essere un'ordinanza o un decreto: nel processo del lavoro è una sentenza impugnabile con appello ordinario, come nel processo ordinario; ormai, anche nel rito semplificato è una sentenza, soggetta ad appello. Nel procedimento d'appello possono essere recuperati i passaggi mancanti del giudizio di primo grado, se il provvedimento di primo grado dovesse essere annullato per vizi procedurali.

Sembrirebbe che il maggior problema sia posto dai provvedimenti non impugnabili, per un errore procedimentale adottati in luogo di una sentenza ordinaria: non c'è scelta di impugnare attraverso l'uno piuttosto che l'altro mezzo, perché non c'è alcun mezzo di impugnazione.

Non meno preoccupazione, tuttavia, desta l'ipotesi in cui ci siano due mezzi di critica con caratteristiche incompatibili tra di loro, perché legati a provvedimenti di natura diversa, così appello e reclamo camerale; ovvero perché contro provvedimenti pur della stessa natura o forma sia dato un ventaglio di mezzi di impugnazione diverso, appello e ricorso in cassazione ordinario al posto di ricorso straordinario in cassazione: in queste ipotesi vi è la seria eventualità che l'errore nella scelta dell'uno o dell'altro mezzo possa compromettere il diritto di difesa della parte soccombente.

Dallo studio degli ordinamenti passati abbiamo appreso che il provvedimento conclusivo veniva considerato nullo, con un regime d'impugnabilità molto simile a quello del negozio giuridico viziato, se il procedimento saltava alcuno dei passaggi considerati necessari per arrivare alla decisione finale. Questo perché si riteneva che il processo riproducesse fedelmente il ragionamento logico che il giudice avrebbe dovuto seguire per arrivare ad una decisione "giusta": perciò, un procedimento mancante di una delle sue fasi o errato in alcuna di esse, non poteva che dar luogo ad "una decisione perversa".

Anche nell'ordinamento attuale, il tipo di nullità sopra descritta porta a focalizzarsi sul procedimento, che tiene legati gli atti in una successione ordinata, logica; esso è costruito in modo tale che si possa arrivare sempre a una decisione del giudice; i singoli atti non hanno una loro autonomia e non sono separatamente impugnabili<sup>17</sup>. Questo vale anche per i provvedimenti a carattere ordinatorio o istruttorio, necessari per mandare avanti il procedimento, sottoposti allo *ius poenitendi* del giudice che li ha emessi, ma non autonomamente impugnabili (artt. 177-178 c.p.c.). Il legame esistente tra gli atti del procedimento comporta la dipendenza della validità e dell'efficacia del successivo dalla validità ed efficacia del precedente, fino all'atto finale, il provvedimento<sup>18</sup>.

Tale caratteristica oggettiva del processo, dovrebbe avere come conseguenza la nullità "derivata" del provvedimento per effetto del vizio di quelli precedenti non sanato<sup>19</sup>. Tutto ciò sarebbe possibile supponendo che l'atto nullo produca effetti, seppur precari, i quali consentono al procedimento di proseguire fino a quando la nullità non venga eccepita o rilevata e pronunciata nell'esercizio del potere ordinatorio del giudice del processo in corso. Di contro, la nullità derivata non si avrebbe per effetto di nullità relative ovvero di atti nulli dai quali il provvedimento sia indipendente<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, 648 ss., nello specifico, 653, individua la peculiarità della struttura del particolare tipo di procedimento pubblico che è il processo: nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo, nella simmetrica parità delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività, nella rilevanza delle medesime per l'autore dell'atto.

<sup>18</sup> V. DENTI, voce *Procedimento civile (atti del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1996, vol. XIV, 553 ss.; E. FAZZALARI, voce, *Procedimento*, cit., 648 ss.; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 9 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 51 ss.

<sup>19</sup> F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., cit., 296 s.; E. RIDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, 234; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 4<sup>a</sup> ed., 1980, vol. I, 235 ss.; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti*, cit., 20; E. FAZZALARI, voce, *Procedimento*, cit., 652 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 54.

<sup>20</sup> Così si può pensare ad una prova nulla che non dia luogo a nullità della sentenza perché il giudice mostri di non averla presa in considerazione ai fini della decisione

La limitazione del potere officioso ordinatorio al procedimento in cui la nullità ha avuto luogo, spiegherebbe perché il vizio non possa essere rilevato d'ufficio in sede di impugnazione<sup>21</sup>. Questa impostazione darebbe conto del motivo per cui l'unico modo di far valere la nullità non sanata o assoluta a procedimento chiuso resti l'impugnazione del provvedimento finale, sul quale si riverserebbe la nullità "per trasmissione" dell'intero procedimento. Di qui l'opinione secondo la quale l'art. 360 n. 4 si limiterebbe a stabilire che la nullità del procedimento rileverebbe solo nella misura in cui si riflettesse sulla sentenza medesima<sup>22</sup>.

Conseguentemente: se la sentenza non venisse impugnata sullo specifico punto, rimarrebbero di fatto sanati i vizi del procedimento, per effetto del giudicato implicito, a meno che non ci si trovi davanti ad un caso di inesistenza<sup>23</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>24</sup> ha ritenuto che la nullità della sentenza

o perché non sia stata la sola determinante per la decisione.

<sup>21</sup> R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 20.

<sup>22</sup> Così: F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, 2<sup>a</sup> ed., cit., 457; V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 356; ID., *Commento*, 3<sup>a</sup> ed. cit., vol. II, 507; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 333.

<sup>23</sup> V. ANDRIOLI, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Foro it.*, 1954, I, 10 ss., partendo dal coordinamento tra l'art. 158 e l'assorbimento del vizio di nullità nell'impugnazione, conclude che le nullità insanabili possano essere fatte valere solo nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione, con la conseguenza che il vizio cederebbe il passo alla irrevocabilità della pronuncia che il soccombente ha omesso di impugnare. E. MINOLI, *Questioni rilevabili d'ufficio e acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 274 ss., arriva alle stesse conclusioni, aggiungendo, però, che in ipotesi l'acquiescenza non sarebbe di per sé in grado di escludere il potere d'ufficio del giudice dell'impugnazione: la dinamica delle nullità non avrebbe a che fare con le regole dell'acquiescenza. Questa dottrina risolve il problema del coordinamento tra gli artt. 158 e 397, n. 1 c.p.c. (ovvero la proposizione della revocazione da parte del P.M. per un vizio procedurale) concludendo per la piena autonomia dei rispettivi ambiti di incidenza.

<sup>24</sup> V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959, 61 ss.; ID., voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 478 ss.; vedi anche altra dottrina che ha distinto in modo più o meno marcato il rilievo delle nullità del procedimento rispetto a quelle riguardanti la sentenza: G. LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 567 ss.; G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 110 ss. in

vada distinta dalla nullità del procedimento, come si arguirebbe dall'art. 360 n. 4: da una parte il vizio della sentenza come atto del procedimento, dall'altra il vizio della sentenza, che nonostante la nullità degli atti anteriori dalla quale dipende, viene adottata.

La particolarità della teoria di Denti sta proprio nella classificazione del vizio della sentenza che segue ad un procedimento nullo. Egli ha costruito la nullità di un atto della serie come una questione pregiudiziale attinente al processo, la quale non consentirebbe al giudice di far luogo alla decisione di merito, partendo da un presupposto che richiama molto gli ordinamenti del passato: sollevata dalla parte o rilevata d'ufficio, la nullità comporterebbe la pronuncia di una sentenza che dovrebbe chiudere il processo, salvo che il vizio non sia stato in qualche modo sanato. L'invalidità di un atto processuale non ostacolerebbe la progressione del procedimento, non vi sarebbe alcuna precarietà degli effetti, ma due possibili sbocchi: la pronuncia della nullità ovvero la pronuncia di merito in caso di mancato rilievo o eccezione di nullità. La sentenza di merito pronunciata nonostante il vizio procedimentale sarebbe ingiusta, come nel caso di violazione di norme sostanziali: l'autore, infatti, pone sul medesimo piano l'ingiustizia sostanziale e l'ingiustizia processuale, perché entrambe proverrebbero da un comportamento processuale anti-doveroso. In sostanza, il provvedimento giurisdizionale di tipo decisorio sarebbe viziato non perché dipendente da un procedimento nullo, ma perché il giudice deciderebbe nel merito nonostante l'*absolutio ab instantia*, quindi per un vizio suo proprio.

Così, i vizi insanabili del procedimento non si trasformerebbero in vizi della sentenza e, quindi, per essi non varrebbe la regola nascente dal combinato disposto tra l'art. 158 e l'art. 161<sup>25</sup>. Vero è che le nullità

particolare 120 ss.; T. SEGRÈ, *Irrelevanza dei vizi formali nei provvedimenti soggetti ad opposizione o ad appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 479 ss.

<sup>25</sup> Vedi V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 467 ss., in particolare 478 ss., va precisato che l'autore considera vizio della sentenza come atto anche il difetto relativo alla costituzione del giudice, perché tale vizio inficerebbe ogni atto che egli compie, incluso i provvedimenti emessi. Inoltre, mentre l'art. 158 si riferirebbe agli atti posti in essere dal P.M. privo di legittimazione entrato nel processo, il mancato intervento del P.M. non darebbe luogo ad una nullità degli atti processuali, ma ad una violazione del principio del contraddittorio nei confronti della parte pubblica. A

procedimentali non potrebbero essere fatte valere autonomamente, ma potrebbero essere rilevate d'ufficio dal giudice dell'impugnazione, a meno che non ci sia una specifica pronuncia sul punto del primo giudice: in quest'ultimo caso sarebbe necessaria l'impugnazione di parte.

Da altri è stato messo in evidenza come l'art. 161, primo comma si riferisca ai limiti ed alle regole proprie dell'appello e del ricorso in cassazione, ma non possa suonare come deroga alla rilevabilità d'ufficio dei vizi di cui all'158 c.p.c., salvo che la questione di nullità non sia stata oggetto di una pronuncia<sup>26</sup>.

Non il giudicato, quindi, ma la semplice mancanza di impugnazione impedirebbe il rilievo d'ufficio delle nullità insanabili su cui non c'è pronuncia, proprio perché non c'è più un procedimento pendente. Il rilievo del vizio in procedendo comporterebbe la pronuncia della nullità, ma non un nuovo giudizio di merito in difetto di una specifica richiesta delle parti<sup>27</sup>.

quest'ultimo caso si riferirebbe l'art. l'art. 397, n. 1 c.p.c.

<sup>26</sup> G. MARTINETTO, *Delle nullità*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, vol. II, 1, 1642 ss.; G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 248.

<sup>27</sup> Varie sono le opinioni della dottrina intorno alla possibilità di rilievo d'ufficio dei vizi del procedimento nel giudizio di impugnazione. Secondo, G. LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione*, cit., 267 ss. le nullità insanabili pur costituendo parte o capo di sentenza, sono quantitativamente non qualitativamente suscettibili di acquiescenza: si restringerebbe cioè la passibilità di far valere queste nullità. Ad opinione dell'autore, ciò starebbe a significare che la regola posta dall'art. 161, comma 1 varrebbe per la parte, che perderebbe il potere di eccepire tali vizi nel giudizio di impugnazione ove non li avesse proposti sotto forma di impugnazione; per quel che concerne il rilievo d'ufficio, invece, tale potere verrebbe solo condizionato dall'esistenza di un giudizio di impugnazione, perché il giudice dell'impugnazione senza un procedimento non potrebbe certo esercitalo; i principi di ordine pubblico sottesi a questo tipo di vizi sarebbero tali per cui nessuna rilevanza avrebbe neanche l'acquiescenza parziale della parte. Risulterebbero due forme di nullità insanabile: l'inesistenza, che sopravviverebbe al giudicato e alla fine del procedimento; una di minore gravità che sopravviverebbe al giudicato, ma non alla fine del procedimento. G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento*, cit., 119 ss. conclude per la rilevabilità d'ufficio in ogni grado del processo dei vizi di cui all'art. 158, cioè quelli che riguardano la costituzione del giudice e l'intervento del pubblico ministero. In ordine ai vizi relativi alla costituzione del giudice l'autore osserva che essi sorgono per lo più in sede di deliberazione della sentenza e si palesano con la sua pubblicazione; perciò, non avrebbe senso parlare di rilievo

Questa impostazione ha ricevuto diverse critiche.

d'ufficio, se questo non potesse avvenire anche nelle fasi successive del procedimento. Analogamente si dovrebbe ritenere per il mancato intervento del P.M. nelle cause in cui egli deve essere sentito, con una particolarità dovuta al coordinamento tra l'art. 158 e l'art. 397, n. 1 c.p.c.: supponendo che le due norme si riferiscano allo stesso tipo di vizio, questa nullità sarebbe rilevabile d'ufficio fino al passaggio in giudicato; dopo di ciò si avrebbe una nullità pronunciabile esclusivamente su iniziativa del pubblico ministero nei modi e termini di cui all'art. 397. T. SEGRÈ, *Irrilevanza dei vizi formali nei provvedimenti soggetti ad opposizione o ad appello*, cit., 479 ss. secondo il quale i vizi formali dei provvedimenti soggetti ad appello o ad opposizione sono irrilevanti, anche se l'impugnazione viene proposta, perché le loro regole non la contemplano: infatti, proposto appello o opposizione il provvedimento non esisterebbe più e con esso le nullità che lo colpiscono. Avrebbero rilevanza solo i vizi che inficino il procedimento, quali quelli della domanda introduttiva del primo grado ovvero quelli che minino il contraddittorio nel profondo, in modo che il primo grado non possa ritenersi avvenuto: in simili casi il giudizio dovrebbe riiniziare dal giudice del primo grado, non solo nei casi indicati dall'art. 354 c.p.c. L'autore non lo specifica ma è supponibile che questi vizi del procedimento, nel suo pensiero, siano rilevabili d'ufficio. Da ultimo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 493 ss. secondo il quale in caso di impugnazione solo nel merito davanti al giudice d'appello, anche se il giudice precedente si è pronunciato espressamente o implicitamente sull'ammissibilità della domanda, il giudice d'appello conserverebbe intatto il potere officioso di rilevare la carenza delle condizioni di decidibilità della domanda. Infatti, la sentenza che pronunci sulla fondatezza della domanda si baserebbe sempre sull'accertamento preliminare, circa il dovere decisorio di merito del giudice adito. Gli oggetti che si sottoporrebbero all'accertamento giudiziale attraverso la domanda sarebbero due, l'uno collegato all'altro: la ricognizione del potere-dovere di decidere il merito della causa e la dichiarazione circa l'esistenza o inesistenza del diritto controverso. Questo duplice oggetto si riproporrebbe tale e quale al giudice d'appello, davanti al quale si proponesse un'impugnazione sul merito, a prescindere che esso sia accompagnato o meno dall'impugnazione della pronuncia esplicita o implicita della parte del provvedimento che riguardi un presupposto processuale o comunque una condizione di trattabilità nel merito. Il passaggio logico per le condizioni di decidibilità prima del merito sarebbe positivamente stabilito dall'art. 276, comma 2 c.p.c. Tuttavia, in un altro punto l'autore sembra riconoscere che per effetto del riformato art. 37 c.p.c. il rilievo officioso delle questioni relative di giurisdizione sia limitata al primo grado di giudizio. Infine, secondo l'autore dovrebbero essere rilevabili d'ufficio tutte quelle questioni che potrebbero dar luogo ad una sentenza *inutiliter data*.

L'autore sembrerebbe concludere in analogo modo anche con riferimento al giudizio di cassazione, dove le questioni attinenti alla decidibilità della domanda dovrebbero essere decise con precedenza rispetto alle altre (C. CONSOLO, *op. cit.*, 587).

In primo luogo, è stato notato come sia errato considerare la pronuncia di una sentenza il normale sbocco della nullità: sia l'art. 162 c.p.c., che l'art. 291 c.p.c. mostrerebbero che il rilievo o l'eccezione di nullità darebbe luogo alla pronuncia di un'ordinanza, come pure quando si tratti di disporre la rinnovazione di atti di istruzione probatoria. Il processo sarebbe stato strutturato con una capacità di "auto-rettificazione" tale per cui la sentenza di nullità sarebbe davvero un fatto eccezionale<sup>28</sup>.

Dottrina più recente<sup>29</sup>, riprendendo quella passata, spiega il fenomeno dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame, partendo dalla dinamica del procedimento: esso si connoterebbe per la presenza di una serie funzionale di atti, di una progressione funzionale, strutturale e giuridica di fasi processuali di avvicinamento all'effetto finale; ognuna di esse sarebbe caratterizzata da specifici poteri e doveri, che troverebbero i loro presupposti di validità ed efficacia nella fase precedente. Questo legame tra gli atti successivi e gli atti precedenti non verrebbe mai reciso del tutto fino al momento della pronuncia della sentenza. Viene individuato il motivo logico-giuridico per cui l'ultimo atto spezzerebbe il legame con gli atti precedenti: con l'esercizio del diritto di azione sorgerebbe in capo al giudice il dovere di pronunciare la sentenza di merito, che rimarrebbe costante per tutto il procedimento; solo quando fosse stato assolto tale dovere, verrebbe meno il legame funzionale e strutturale con gli atti precedenti. Così si darebbe senso alla conversione dei vizi del procedimento in motivi di impugnazione: essi rimarrebbero assorbiti nel regime di stabilità ed efficacia della sentenza.

Alcune considerazioni le dottrine espone le meritano. Innanzitutto, è possibile trovare un minimo comun denominatore tra le due macro-impostazioni: entrambe considerano gli atti del procedimento una progressione funzionale verso lo scopo finale; le divergenze cominciano quando si tratta di determinare in che modo rilevino i vizi del procedimento. Infatti, la prima corrente dottrinale, facendo leva sul combinato disposto degli artt. 158 e 161 c.p.c., ritiene che i difetti proce-

<sup>28</sup> R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 20.

<sup>29</sup> R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 51 ss. così da ultimo anche V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 272.

durali si riversino sulla sentenza, quale ultimo suo atto e solo attraverso la sua impugnazione possano essere fatti valere; l'altra, partendo soprattutto dalla dizione letterale dell'art. 360, comma 1 n. 4 c.p.c., riconosce l'autonomia dei vizi del procedimento da quelli della sentenza, anche nel procedimento di impugnazione.

L'art. 360, comma 1, n. 4, in verità, sembra sottolineare che una certa rilevanza propria i difetti del procedimento la debbono pur avere: infatti, la disposizione si sarebbe limitata a prevedere il ricorso per cassazione per nullità della sentenza se fosse del tutto corretta la prima impostazione, mentre aggiunge "o del procedimento". Non soddisfa, tuttavia, neanche la conclusione secondo la quale tutte le nullità assolute prodottesi in primo grado sarebbero rilevabili in secondo grado.

Così, non sono rilevabili d'ufficio le nullità sulle quali anche implicitamente si sia pronunciato il giudice di primo grado: ad esempio, è nota la posizione che da tempo la Corte di cassazione ha sul rilievo d'ufficio di un particolare vizio del procedimento, la giurisdizione<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Come è noto, Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071 ss., con note di E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, e V. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*; in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss., con nota di G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*; in *Foro it.*, 2009, I, 806 ss. con nota critica di G.G. POLI, *Le Sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*; in *Giur. it.*, 2009, 406 ss., con note di R. VACCARELLA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e translatio iudicii* e A.M. SOCCI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione), del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*; *ibidem*, 1464 ss., con nota di A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e «uso improprio» del giudicato implicito*; in *Corr. giur.*, 2009, 372 ss., con note di R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)* e di F. CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, ha cambiato il corso della precedente giurisprudenza in ordine all'interpretazione dell'art. 37. Infatti, la Corte ha statuito: «... 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimi-

Oggi questa posizione ha ricevuto espresso riconoscimento nel nuovo art. 37, comma 1, c.p.c., il quale nel secondo periodo prevede che il difetto di giurisdizione nei giudizi di impugnazione possa essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo. Sarebbe da mantenere l'impostazione delle Sezioni unite e ritenere che il vizio sia ancora rilevabile d'ufficio nelle fasi di gravame, se l'unico tema dibattuto nel giudizio sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o in ogni altro caso in cui l'evidenza di una soluzione abbia indotto il giudice a decidere senza rispettare l'ordine logico delle questioni *ex* art. 276, comma 2, per modo tale che non si possa essere formato giudicato implicito sulla giurisdizione<sup>31</sup>.

Analoga conclusione dovrebbe essere raggiunta in relazione al difetto di competenza, nonché in ordine al vizio della costituzione del giudice, perché in tutti questi casi se il giudice decide nel merito, dovrebbe aver considerato esistenti i presupposti di esercizio del suo potere. Così si dovrebbe concludere pure in ordine al vizio relativo alla composizione dell'ordinano giudicante (art. 50 quater c.p.c.), perché se giudice non ha messo in atto i meccanismi previsti dagli artt. 281 septies e octies, vuol dire che ritiene di essere nella composizione richiesta dalla legge per decidere.

Il coordinamento tra gli articoli 158 e 161 comma 1 dovrebbe essere inteso nel senso che tali vizi non possano essere rilevati d'ufficio dal giudice nelle fasi di gravame se c'è stata una pronuncia anche implicita del giudice di primo grado<sup>32</sup>.

tà; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito».

<sup>31</sup> Cass., Sez. un., 31 ottobre 2008, n. 26296, cit.

<sup>32</sup> La giurisprudenza nega che le nullità relative alla costituzione del giudice possano essere fatte valere d'ufficio, visto il disposto degli artt. 158 e 161, comma 1, nelle fasi di gravame; tali vizi resterebbero perciò sanati in caso di mancata impugnazione:

Particolare il vizio relativo all'intervento obbligatorio del pubblico ministero, perché richiede il coordinamento con l'art. 397 c.p.c.: corretta e accolta anche dalla giurisprudenza di Cassazione è l'impostazione che vede come non concorrente l'impugnazione del P.M. con gli strumenti di critica delle parti o l'eventuale rilievo d'ufficio del giudice, perché si tratterebbe di un'impugnazione straordinaria, proponibile nonostante il passaggio in giudicato del provvedimento pronunciato senza l'intervento obbligatorio richiesto dalla legge<sup>33</sup>. Un'indicazione dal sistema la possiamo trarre: l'interesse pubblico sotteso alla partecipazione necessaria del P.M. ad un procedimento è testimoniato dalla previsione di uno strumento *ad hoc* per censurarne la mancanza; da ciò si può desumere che oltre alle parti con l'impugnazione, anche il giudice dell'impugnazione possa rilevare d'ufficio tale difetto del procedimento del precedente grado. Difficile è pensare che il giudice del primo procedimento possa implicitamente pronunciare su una questione che non riguarda il regolare esercizio del suo potere giurisdizionale, ma un altro soggetto della magistratura, del quale è chiesto l'intervento in giudizio per specifiche ragioni di carattere pubblicistico.

Rilevabili d'ufficio in grado di impugnazione sono senz'altro tutti i vizi che compromettono nel profondo il contraddittorio e comportano la necessità di riniziare la causa dal primo grado di giudizio ovvero

così, Cass., Sez. un., 2 dicembre 2013, n. 26938; Id., 3 giugno 2014, n. 12409, in *Guida al diritto*, 2014, n. 38, 40. Stesso discorso varrebbe per la costituzione del P.M.: in particolare, la Cassazione ha ritenuto sufficiente per considerare il processo regolarmente svolto, nonostante la mancata presenza del P.M., che esso sia stato posto in condizione di intervenire mediante trasmissione degli atti, così, Cass., 21 maggio 2014, n. 11223, in *Diritto e giustizia*, 10 settembre 2014. Vedi, in proposito, C. BESSO, *Delle nullità degli atti*, in C. Besso, M. Lupano, *Degli atti processuali*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 741 ss.

<sup>33</sup> E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 49; E. MINOLI, *Questioni rilevabili d'ufficio e acquiescenza*, cit., 274 ss.; G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento*, cit., 119 ss.; C. BESSO, *Delle nullità degli atti*, cit., 744; diversa l'impostazione (come visto *retro* a nota 25) di V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 479; nonché di A. BOSIGNORI, *Effetto devolutivo dell'appello e nullità insanabili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1611 ss. In giurisprudenza: Cass., 21 ottobre 1961, n. 2324; Id., del 20 marzo 1971, n. 799; Id., 23 giugno 1992, n. 7686, in *Foro it.*, 1993, I, 11; Id., 2 dicembre 1993, n. 11960, in *Foro it.*, 1994, I, 2156; Id., 16 marzo 2007, n. 6302, in *Diritto e famiglia*, 2008, 1097 ss.

comportano l'inesistenza della decisione, quelli cioè previsti dall'art. 354 c.p.c.<sup>34</sup>.

Un eguale trattamento dovrebbe ricevere ogni vizio che allo stesso modo pregiudichi il contraddittorio in primo grado, come la nullità dell'atto di citazione, sia per *vocatio in ius*, che per *editio actionis*, nell'ipotesi in cui ci sia stata una pronuncia su una questione pregiudiziale di rito non relativa alla nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza dell'oggetto, pur senza rimessione della causa al primo giudice<sup>35</sup>.

Ove si tratti di un vizio relativo alla *vocatio in ius*, se il giudice dell'appello non rilevasse la nullità e non si pronunciasse su di essa con i conseguenti provvedimenti, la sentenza rimarrebbe esposta alla possibilità di impugnazione potenzialmente *sine die* del contumace, purché ricorrano le condizioni di cui *ex* all'art. 327 comma 2<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Così Cass., 27 giugno 2007, n. 14820, per quel che concerne il caso di litisconsorzio necessario; il principio dovrebbe valere per tutti casi previsti dall'art. 354: o perché si è in presenza di un vizio del procedimento che compromette nel profondo l'istaurazione o la conservazione del contraddittorio, così la nullità della notificazione dell'atto introduttivo e l'estromissione di una parte che non doveva essere estromessa; o perché la sentenza è inesistente, così la sentenza priva della sottoscrizione.

<sup>35</sup> I casi di rimessione della causa al primo giudice dovrebbero essere tassativi, in proposito: G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 330, il quale ipotizza il superamento della tassatività, almeno nei casi in cui la mancata rimessione comporterebbe violazione dei principi costituzionali; G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, 249. In giurisprudenza nel senso della tassatività: Cass., Sez. un., 19 aprile 2010, n. 9217, in *Foro it.*, 2010, I, 2043, con nota di C.M. BARONE; in *Riv. dir. proc.*, 2011, 748, con nota di M. GOZZI; in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 664, con nota di M. RAGNI. La correttezza di questa impostazione sembra essere confermata dal fatto che nell'art. 354 riformato non è previsto nulla di nuovo in proposito.

<sup>36</sup> In proposito, vedi Cass., 7 maggio 2013, n. 10580, in *Foto it.*, 2013, I, 2832 ss., secondo la quale l'art. 101, comma 1, convaliderebbe la conclusione sistematica per cui il potere di rilevazione della nullità della citazione va esercitato dal giudice d'ufficio fino al momento della decisione di primo grado. Se il convenuto non si costituisce e il giudice non rilevasse d'ufficio tale nullità, essa si estenderebbe a tutti gli atti del processo che ne sono dipendenti ai sensi dell'art. 159, comma 1, c.p.c., ovvero agli atti che devono compiersi nel contraddittorio delle parti, fino alla sentenza che chiude il giudizio. Dopo tale momento, invece, la nullità della citazione e della stessa sentenza andrebbe soggetta alla regola dettata dall'art. 161 c.p.c., e dovrebbe, perciò, essere

Ove il giudice si trovi davanti una nullità che non consenta l'individuazione dell'oggetto del processo, se non c'è stato alcun contraddittorio sul punto in primo grado, nessun rilievo e nessuna pronuncia del giudice, la questione potrebbe essere rilevata d'ufficio, perché altrimenti il processo potrebbe avere difficoltà ad andare avanti.

dedotta dal convenuto soccombente come motivo di impugnazione. Quindi, divenuto il convenuto contumace in primo grado a lui si applicherebbero le regole proprie dell'art. 294, comma 1, per cui egli per svolgere le eventuali attività che gli siano precluse quando impugni e si costituisca, dovrebbe dimostrare che la nullità dell'atto di citazione gli abbia impedito di avere conoscenza del processo. Da ultimo Cass., Sez. un., 26 gennaio 2022, n. 2258, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 877 ss., con nota di B. BRUNELLI, *Le Sezioni unite tornano sui poteri e doveri del giudice in caso di costituzione del contumace in appello*; in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1118 ss. con nota di A. ROSSI, *Sulla disciplina applicabile all'appellante rimasto contumace in primo grado nel caso di nullità dell'atto di citazione*, ha aderito a questa impostazione aggiungendo che quando la nullità della citazione dedotta dall'appellante, rimasto contumace in primo grado, dipenda dall'inosservanza dei termini a comparire o dalla mancanza dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163 c.p.c., la rimessione in termini per le attività che gli sarebbero precluse al momento della costituzione, ai sensi dell'art. 294 c.p.c., resterebbe, di regola, impedita dall'avvenuta conoscenza materiale dell'esistenza del processo, a differenza di quanto accade in ipotesi di omissione o assoluta incertezza del giudice adito. Un precedente difforme è Cass., 27 maggio 2005, n.11292, in *Foro it.*, 2006, I 3223 ss., con nota di G. BALENA, *In tema di appello fondato esclusivamente sulla nullità della citazione*, secondo la quale sarebbe ammissibile l'appello proposto dalla parte convenuta in primo grado, qui dichiarata contumace e rimasta soccombente, anche se limitato alla sola deduzione di una nullità della citazione (nella specie per mancanza dell'indicazione della data dell'udienza di comparizione) senza alcuna censura sul merito; in questo caso il giudice dell'appello, una volta accertata la dedotta nullità, dovrebbe procedere, in applicazione dell'art. 159, comma 1, c.p.c., alla declaratoria della nullità degli atti processuali successivi alla citazione e, quindi, anche della sentenza di primo grado; poi, dovrebbe ritenere verificata la sanatoria della nullità della citazione ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c., con la limitazione che essa, a differenza di quanto prevede il comma 3 dell'art. 164 c.p.c., avverrebbe con effetti *ex nunc*, perché in caso contrario, sarebbe arrecato un grave *vulnus* al principio di effettività del contraddittorio; una volta sanato il vizio della domanda questa non potrebbe che essere decisa ai sensi dell'art. 112 c.p.c. Intorno all'applicazione del principio del pregiudizio effettivo da parte della giurisprudenza alla nullità della citazione per omesso avvertimento o per la concessione di un termine a difesa inferiore a quella di legge *ex art. 163 n. 7*, vedi: M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio*. Combien est effective le préjudice effective? in *DPCIC*, 2022, n. 4, 385 ss., in particolare 396 ss.; V. CAPASSO, *Nullità deli atti*, cit., 236 ss.

Dovrebbero essere sempre rilevabili d'ufficio le nullità non formali degli atti processuali dovuti alla mancanza delle condizioni dell'azione ovvero al difetto di rappresentanza, assistenza autorizzazione di una delle due parti, che si dipanano per tutto il corso del procedimento<sup>37</sup>.

Insomma, in linea di principio sarebbero rilevabili d'ufficio i vizi strettamente collegati e collegabili, seppur si tratti di difetti formali di atti, ai principi generali, di ordine pubblico, che governano il processo.

Le norme sull'attività del giudice in contraddittorio con le parti indicano come procedere ove la nullità sia rilevata d'ufficio.

Ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.c., il giudice d'appello dovrebbe riservare la decisione assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine per memorie<sup>38</sup>. Ove una nullità della fase introduttiva in primo e/o in secondo grado abbia causato la contumacia di una delle parti, il giudice d'appello dovrebbe ordinarne la citazione alle parti presenti. Annullata la sentenza di primo grado di merito o di rito, sarebbe facol-

<sup>37</sup> In proposito: D. DALFINO, *Difetto di rappresenta, assistenza, autorizzazione: nullità della procura del difensore*, in *Foro it.*, 2009; V, 287 ss.; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 2015, 338 ss.; A. BARLETTA, *Commento all'art. 100*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Conso-  
lo, cit., vol. I, 1093 ss., in particolare 1101.

<sup>38</sup> Altrimenti la sua pronuncia sarebbe viziata la pari di una sentenza di terza via: V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 81 ss.; S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio diritto, di difesa e formalismo delle garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1987, 569 ss.; ID., *Le sentenze della «terza via» in Cassazione, un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss.; G.F. RICCI, *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, nota a Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751 ss.; A. GIORDANO, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice*, nota a Cass., 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. it.*, 2009, 910 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, nota a Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c., sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 402 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, *ibidem*, 1012 ss.; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità delle sentenze di «terza via»*, *ibidem*, 826 ss.; C. GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la «scommessa aperta» dell'ordinamento processuale*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Bologna, 2011, 65 ss., in particolare 65 ss. e 160 ss.

tà delle parti chiederne la sostituzione, salvo i casi in cui il giudizio non poteva essere iniziato.

Ma che fare se nessuna delle parti avanza una simile domanda? L'annullamento della sentenza dovrebbe comportare comunque la sostituzione con un altro provvedimento del giudice, perché risorgerebbe il suo dovere decisorio sorretto dalla domanda iniziale, se si considera il procedimento nel suo complesso<sup>39</sup>: ai sensi dell'art. 354, ultimo comma, il giudice dovrebbe ammettere le parti a compiere le attività che gli fossero state precluse e ordinare, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti a norma dell'art. 356<sup>40</sup>. Tuttavia, questa deduzione logica è sconfessata dall'art. 353 (abrogato), comma 2 e dall'art. 354, comma 3 (comma 2 come riformato dal d.l. 10 ottobre 2022, n. 149), che in caso di rimessione della causa al primo giudice, prevedono l'onere delle parti di riassumerla entro tre mesi dalla notificazione della sentenza. Perciò, dato che si deve seguire la stessa logica, in caso di annullamento della sentenza di primo grado da parte del giudice d'appello, è sempre necessario l'impulso di parte per la pronuncia del provvedimento sostitutivo o per la pronuncia per la prima volta nel

<sup>39</sup> Questa impostazione si concilierebbe con la posizione di E. GRASSO, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1967, 67 s., il quale identifica l'interesse ad impugnare con l'interesse alla rimozione del provvedimento che ha inciso negativamente nella sfera giuridica del soccombente; eliminato il provvedimento impugnato e tornati sostanzialmente allo *status quo ante*, sarebbe l'interesse ad agire iniziale ad esprimere l'intento di ottenere una nuova decisione favorevole; infatti, l'interesse ad agire iniziale, non ancora soddisfatto, sarebbe presente anche nel giudizio di impugnazione, ma riacquisterebbe rilevanza solo dopo che il distinto interesse volto all'eliminazione della sentenza fosse ormai esaurito.

<sup>40</sup> Secondo l'impostazione di una parte della dottrina in caso di nullità della sentenza di primo grado, il giudice d'appello, dichiarata la nullità della sentenza, dovrebbe procedere alla rinnovazione degli atti e poi pronunciare una nuova sentenza; in questo contesto, la nullità dell'atto-sentenza non sarebbe affatto irrilevante: non essendoci una sentenza valida verrebbe meno l'onere delle parti di criticarne il merito o ripresentare questioni già proposte in primo grado e assorbite, perché le parti torneranno nella posizione inizialmente assunta in primo grado, così F.P. LUISSO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 15 ss.; V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., 297 ss.; A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 127 ss., in particolare 149 ss.

merito, sia che la rinnovazione del provvedimento debba avvenire davanti al giudice d'appello che di primo grado. Altrimenti il processo di impugnazione si chiude con una pronuncia sul rito, che lascia impregiudicato il diritto di azione, salvo eventuali decadenze<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Questa conclusione è in linea con la giurisprudenza di Cassazione, secondo la quale la denuncia di vizio di nullità andrebbe accompagnata sotto pena di inammissibilità dall'impugnazione della sentenza di primo grado anche in rapporto alle statuizioni di merito, Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, in *Foro it.*, 2022, I, 117 ss., con nota di V. CAPASSO, *Quando la nullità «fair nécessairement grief»: Le sezioni unite e l'intrinseca offensività da violazione del contraddittorio*; in *Giur. it.*, 2023, I, 1308 ss., con nota di F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, vedi in particolare § XVIII. Tra i precedenti storici: il Cass., Sez. un., 14 dicembre 1998, n. 12541, in *Giur. it.*, 1999, 1805 ss., con nota di A. RONCO, *Errori in procedendo, errori in iudicando e requisiti dell'atto d'appello*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 160 ss. con nota di F. CUOMO ULLOA, *Appello per motivi di nullità ed interesse ad impugnare*; in *Guida al diritto*, 1999, n. 1, 32 ss., con nota di S. RECCHIONI, *Negata l'esistenza di un interesse della parte a ottenere un diverso tipo di soccombenza*. Nello stesso senso: Cass., 9 marzo 2011, n. 5590, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 3, 381; Id., 18 febbraio 2020, n. 4125. In buona sostanza, anche in secondo grado il giudizio non potrebbe andare avanti senza l'impulso di parte: per cui la denuncia in rito di una sentenza che abbia statuito nel merito, dovrebbe essere accompagnata dall'impugnazione della sentenza sotto il profilo del merito, salvo che non si tratti delle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice; in tal caso, infatti, il giudizio di primo grado sarebbe così profondamente viziato da far tornare le parti alle posizioni iniziali e da rendere necessario il solo impulso di parte per la prosecuzione del giudizio, senza altre aggiunte.

La concezione classica dell'appello alla luce delle modifiche è ottimamente espressa da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 474 s., che individua nell'appello un secondo grado avente ad oggetto non la verifica del fondamento della sentenza e della fondatezza dei motivi d'appello, ma la controversia già decisa dal giudice di primo grado, seppur l'ampiezza dell'oggetto dipenda dalla capillarità delle doglianze mosse alla sentenza di prime cure. Se si aderisce a questa impostazione, laddove la nullità sia stata rilevata d'ufficio e, perciò, la parte non abbia prospettato prima le sue censure in merito e/o in rito, o anche semplici difese, essa dovrà svolgerle nel momento in cui lei stessa o altra parte chieda al giudice d'appello di andare avanti e decidere con una nuova sentenza; nel caso di rimessione della causa al primo giudice, invece, sarà sufficiente l'impulso di parte per riprendere il giudizio dal primo grado, dove saranno svolte le difese precluse in prima battuta, già negli atti di impulso. Le parti torneranno alle posizioni del primo grado e a quanto da esse già espresso nel caso di sentenza priva della sottoscrizione, perché il giudice del primo grado non ha ancora consumato il suo potere decisorio, purché abbiano dato impulso al processo.

L'art. 384, comma 3, sembrerebbe limitare in cassazione il rilievo d'ufficio alle questioni che la Corte possa porre a fondamento di una sua decisione immediata, senza ulteriore giudizio di rinvio: l'incipit della norma è infatti «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio ...». In verità, la disposizione spiega solo cosa debba fare la Corte nel caso in cui decida nel merito e voglia porre a fondamento della sua decisione una questione rilevabile d'ufficio, ma non esclude che ci possano essere altri casi di rilievo d'ufficio<sup>42</sup>. Tali sarebbero le ipotesi di nullità sì gravi da far ritenere che il giudizio non si sia effettivamente svolto nelle fasi precedenti oppure che sia avvenuto senza la presenza di un soggetto pubblico necessario vista la natura del giudizio, ovvero il P.M. Per cui rilevabili d'ufficio sarebbero le nullità di cui all'art. 354, nonché il mancato intervento del P.M. Più difficile pensare che persista la nullità per vizio della *vocatio in ius* dell'atto introduttivo del primo grado. Invece, la persistente indeterminatezza dell'oggetto del giudizio potrebbe verificarsi se il giudice d'appello avesse respinto l'impugnazione avverso la pronuncia in rito, senza entrare nel merito; la Cassazione riformata la pronuncia d'appello potrebbe rilevare tale nullità. Rilevabili d'ufficio sarebbero anche in questa fase le nullità relative alle condizioni dell'azione o alla legittimazione processuale delle parti.

In tutte le ipotesi considerate, in applicazione dell'art. 101, la Corte prima di pronunciarsi dovrebbe comunque concedere un termine per memorie. La necessità di svolgere da capo il giudizio, comporterebbe il rinvio ad altro giudice, davanti al quale il procedimento proseguirebbe o rinizierebbe su impulso di parte (art. 383 c.p.c.). Ovviamente in alcuni casi non si presenterebbe proprio il problema della prosecuzione del procedimento, così ove venga rilevata la carenza di legittimazione processuale o di interesse ad agire.

Concludere che le nullità sopra elencate non siano rilevabili d'ufficio in cassazione sarebbe contrario ai principi di ordine pubblico che governano il processo: al principio del contraddittorio, innanzitutto

<sup>42</sup> M.A. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012, 209 ss., ammette che possano essere rilevate d'ufficio in cassazione le questioni processuali non affrontate e non risolte dalla decisione impugnata. In senso differente C. CONSOLO, *op. cit.*, vol. II, 587.

to; relativizzerebbe l'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla valutazione legislativa in ordine alla necessità dell'intervento del P.M. in un processo tra privati; infine, al principio per cui solo davanti ad una domanda di una certa serietà potrebbe essere attivato un processo civile, altrimenti, oltre ad essere una molestia per la controparte, verrebbero sprecate risorse pubbliche. Infine, si genererebbe una disparità di trattamento nei confronti di chi fosse stato parte di una causa chiusa con un provvedimento soggetto al solo ricorso in cassazione, magari straordinario.

La tensione tra limitazione del rilievo d'ufficio delle nullità e necessaria tutela dei principi cardine del processo è sempre attuale, come lo era all'epoca del processo romano-canonico, dove ritroviamo a tal scopo la distinzione tra nullità dell'*ordo iudiciarius substantialis* e nullità dell'*ordo iudiciarius non substantialis*<sup>43</sup>.

Allargando lo sguardo dal singolo atto al procedimento complessivamente considerato, si potrebbe concludere che non solo un atto errato, ma un intero procedimento errato per effetto di uno scambio di riti dovrebbe dar luogo a dichiarazione di nullità: la configurazione del processo civile come procedimento, porta a spostare l'attenzione dallo scopo del singolo atto allo scopo del rito. È frutto di esercizio di politica legislativa la scelta di forme che possano garantire al meglio l'esercizio del diritto di azione, il raggiungimento dello scopo del procedimento, contenzioso o di volontaria giurisdizione, di cognizione o esecutivo che sia, ma anche di modelli di procedimenti contenziosi diversi tra di loro.

Si potrebbe dire che in caso di scambio di procedimenti ci sia un esercizio antidoveroso del potere giudiziario, non in conformità dei presupposti di legge che legittimano l'adozione di un rito piuttosto che di un altro, un vizio non formale che si tradurrebbe in un vizio di rito, ovvero del modo in cui si svolge il potere giudiziario. Proprio per questo tali violazioni sarebbero riportabili alla normativa generale sulle nullità, che si caratterizzerebbero per un margine di atipicità. La disciplina di tale vizio di nullità sarebbe ricavabile dal riferimento delle norme che disciplinano il procedimento<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Cap. II, § 9.2.

<sup>44</sup> G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 153 s., in particolare,

Nell'ambito del processo di cognizione, classico è l'errore nella trattazione di una causa di lavoro con il rito ordinario o viceversa; lo scambio può riguardare anche due procedimenti sommari, così la scelta del procedimento speciale previsto dagli artt. 3 e 14 del d. lgs. n. 150/2011, anziché del ricorso per decreto ingiuntivo dove si tratti di prestazioni professionali di un avvocato in un processo amministrativo o penale ovvero stragiudiziali e non di prestazioni professionali giudiziali civili<sup>45</sup>.

La scelta errata può essere anche tutta interna al rito, si pensi al procedimento decisorio sommario oggi semplificato, al posto del rito a cognizione piena o al giudizio di divisione o ai procedimenti decisori sommari non convertiti in processo a cognizione piena per effetto di un "intoppo" nel meccanismo di non opposizione. In questi casi l'errore di rito può essere conseguenza di altro atto viziato: così l'adozione dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione in mancanza di contestazioni ai sensi dell'art. 789, comma 3 c.p.c., nonostante la mancata preventiva comunicazione del decreto con cui il giudice dispone il progetto di divisione e fissa l'udienza di discussione dello stesso<sup>46</sup>; così la convalida di sfatto nonostante la mancanza dello

l'autore si riferisce ai procedimenti sommari decisori; in un altro testo, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 5<sup>a</sup> ed., aggiornata da G. Guarnieri, Milano, 2008, 223, in relazione al rito del lavoro, ha rilevato come il legislatore non abbia configurato la correttezza del rito come presupposto processuale, ma abbia considerato l'errore di rito come riparabile a seguito della conversione in modo che il procedimento possa proseguire.

<sup>45</sup> Per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sia consentito rinviare a L. DI COLA, *La competenza a conoscere della liquidazione dei compensi dell'avvocato maturati in più gradi di giudizio*, in *Giustizia*, 19 febbraio 2021, oltre che al successivo cap. VI, § 1, note 8-16.

<sup>46</sup> L'art. 789, al terzo comma si limita a prevedere che sia comunicato alle parti il decreto che fissa l'udienza di discussione del progetto predisposto dal giudice; è da ritenere che con il medesimo provvedimento il giudice disponga il progetto di divisione o semplicemente si limiti ad accogliere il progetto di divisione predisposto dal professionista incaricato. Da tempo la giurisprudenza ritiene che la comunicazione del progetto di divisione debba essere effettuata nei confronti di tutti i condividenti anche se contumaci, sotto pena dell'invalidità dell'ordinanza che ai sensi dell'art. 789 dichiara esecutivo il progetto di divisione: tale adempimento sarebbe necessario perché possa operare la *fictio iuris* di considerare la non contestazione come implicita approva-

specifico avvertimento nell'atto di citazione degli effetti della non opposizione (art. 660, comma 3 c.p.c.) ovvero la notificazione della citazione con modalità diverse da quelle indicate dalla legge, senza che ad essa sia seguito lo specifico avviso dell'ufficiale giudiziario (art. 660, ultimo comma).

Un altro esempio lo possiamo trarre dalla disciplina del rito dell'appello, che dalla riforma Cartabia è stato modificato, ma che rimarrà ancora attuale per qualche anno, cioè almeno fino a quando non si saranno esauriti i procedimenti iniziati sotto la normativa del "vecchio" rito: i meccanismi dei due filtri introduttivi, quello legato all'atto di citazione e quello legato alla valutazione di manifesta infondatezza dell'appello principale e eventualmente incidentale.

Le Sezioni unite<sup>47</sup> erano arrivate alla determinazione che l'inam-

zione del progetto di divisione. Così Cass., 11 aprile 1987, n. 3612, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 685; Id., 2 agosto 1990, n. 7751, in *Foro it. Rep.*, voce *Divisione*, n. 22; Id., 7 maggio 1991, n. 5014, *ivi*, 1991, voce cit., n. 28; Id., 3 settembre 1997, n. 8441, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1612; Id., 25 ottobre 2010, n. 21829, *ivi*, 2010, n. 10, 1365; Id., 27 gennaio 2014, n. 1619, in *Guida al diritto.*, 2014, n. 17, 71, la quale ha specificato che non è di ostacolo a tale obbligo di comunicazione la tassativa elencazione contenuta nell'art. 292 comma 1 c.p.c., perché tale disposizione riguarderebbe solo il giudizio contenzioso ordinario, mentre l'art. 789 c.p.c. aggiungerebbe nuovi obblighi in riferimento al giudizio di divisione. Questa posizione è oggi confermata dalla necessità che il principio del contraddittorio sia rispettato in tutti i tipi di procedimento e per tutto il corso del procedimento e, a maggior ragione, quando si tratti di decidere se proseguire con un rito diverso ovvero fermarsi con un provvedimento idoneo a fare stato tra le parti. *Contra*: Cass., 20 luglio 1966 n. 1962, in *Foro it.*, 1967, I, 2179; Id., 24 agosto 1981 n. 4984, *ivi Rep.*, 1982, voce *Divisione*, n. 36; Id., 4 aprile 1987 n. 3262, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 685, secondo la quale in tema di scioglimento di comunioni, l'ordinanza, che dichiara esecutivo il progetto di divisione, postulerebbe che il decreto di fissazione dell'udienza per la discussione del progetto medesimo sia stato comunicato ai procuratori delle parti costituite e che tali procuratori non abbiano sollevato contestazioni; non richiederebbe, invece, che detta comunicazione sia fatta personalmente alle parti né che esse si presentino di persona in quella udienza, atteso che l'esecutività del progetto non si ricollega ad un accordo di tipo contrattuale tra i soggetti in causa, ma soltanto ad un loro contegno processuale non determinante l'insorgenza di lite.

<sup>47</sup> Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, *cit.* sulla quale: A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul «filtro» in appello*, cit., 1378 ss.; R. TISCINI, *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura*

missibilità per mancanza nell'atto di citazione introduttivo dell'appello dei requisiti di cui all'art. 342, *ante* riforma, dovesse essere pronunciata con sentenza; se la pronuncia fosse avvenuta con ordinanza al termine del subprocedimento di cui all'art. 348 ter abrogato, essa sarebbe stata soggetta a ricorso ordinario in cassazione, perché si sarebbe trattato, nella sostanza, di una sentenza di carattere processuale che, come tale, non avrebbe contenuto alcun giudizio prognostico negativo circa la fondatezza nel merito del gravame, differendo, così, dalle ipotesi in cui tale giudizio prognostico venisse espresso, anche se, eventualmente, fuori dei casi normativamente previsti<sup>48</sup>. Una precedente ordinanza della Corte di cassazione<sup>49</sup> aveva specificato che l'ordinanza avrebbe dovuto essere annullata per l'erronea adozione della procedura decisoria: essa sarebbe stata emessa all'esito del procedimento decisorio semplificato previsto per il filtro, senza la piena e completa esplicazione del diritto di difesa e del contraddittorio, mentre il provvedimento dalla forma corretta, la sentenza, avrebbe dovuto essere adottata ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., quindi dopo la discussione orale della causa e la lettura, al termine della discussione, del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione ovvero seguendo il procedimento ordinario *ex* art. 352 c.p.c.

Insomma, la mancanza dei presupposti per procedere in via sommaria equivarrebbe ad un errore nel procedimento, perché in tal caso avrebbe dovuto aver luogo il processo a cognizione piena, con tutte le sue appendici. Così pure sarebbe in ogni caso in cui si procedesse con un rito ove sono previsti modi e termini peculiari di esercizio di poteri delle parti e del giudice in luogo del rito ordinario a cognizione piena e viceversa.

*delle Sezioni Unite al ricorso straordinario*, cit., 1132 ss.

<sup>48</sup> Parte della dottrina riteneva che anche in tale ipotesi dovesse essere concesso il rimedio del ricorso straordinario in cassazione, così: A. PANZAROLA, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 89 ss., in particolare 101; R. POLI, *Il nuovo giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 120 ss., in particolare 136; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, cit., 1452; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sul ricorso per cassazione*, cit., 1454; A.M. TEDOLDI, *Il maleficio del filtro in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 751 ss., in particolare 758.

<sup>49</sup> Cass., 27 marzo 2014, n. 7273, cit.; contro questa impostazione e quella delle Sezioni unite: Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, 8941, 8942, 43, cit.

In questi casi lo scopo finale, arrivare ad un provvedimento di merito, può anche essere stato raggiunto, ma l'errore nella scelta delle forme, potrebbe non aver garantito al meglio l'esercizio del diritto di agire e difendersi in giudizio, quindi lo svolgimento della cognizione e, di conseguenza, l'adozione della decisione del giudice.

Per evitare spreco di attività processuale, in osservanza del principio della ragionevole durata del procedimento, oltre ad essere l'errore procedimentale rilevabile d'ufficio<sup>50</sup>, dovrebbe essere consentito il mutamento di rito come avviene in caso di scambio tra rito ordinario e rito del lavoro e viceversa<sup>51</sup>. In applicazione analogica dell'art. 439 c.p.c. il mutamento di rito è da ritenere possibile anche in appello, senza però che vi sia la rimessione della causa al primo giudice; in tal modo si porrebbe rimedio alle eventuali mancanze del primo grado e si eviterebbe di produrne delle altre.

Resterebbero ferme le preclusioni di cui agli artt. 345 e 437, per cui non potrebbero essere introdotte nuove domande, ma nella giurisprudenza di Cassazione ci sono state aperture in favore della deducibilità di nuove prove in appello quando il primo grado si sia svolto con il rito ordinario anziché con il rito del lavoro<sup>52</sup>. In verità, è preferibile ritenere che la parte debba dimostrare che l'errore di rito non le abbia consentito di chiedere in primo grado un mezzo di prova per poterlo ottenere in appello, chiedendo, in sostanza, una remissione in termini (art. 153, comma 2); la vera differenza la farebbero l'esercizio dei poteri officiosi non avvenuti in primo grado ai sensi dell'art. 421 c.p.c., che

<sup>50</sup> Così R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 5; R. POLI, *op. cit.*, 203 s., 529 ss., 618 ss.

<sup>51</sup> Così R. ORIANI, *op. ult. cit.*; R. POLI, *op. cit.*, 618 ss.

<sup>52</sup> Cass., 8 novembre 1996, n. 9774, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1489, secondo la quale: «Con riguardo a causa di lavoro decisa in primo grado nelle forme ordinarie, nel passaggio al rito speciale in grado di appello la fissazione dell'udienza di discussione con assegnazione di termine per l'eventuale integrazione degli atti è finalizzata allo svolgimento del processo nei modi stabiliti per il primo grado e quindi all'utile esplicazione delle facoltà di difesa delle parti per quanto concerne la precisazione dell'oggetto della controversia e la determinazione degli elementi di prova. In relazione alla finalità sopraindicata non è pertanto preclusa alle parti la formulazione di mezzi di prova nella memoria integrativa ancorché essi non siano stati dedotti nel primo grado del giudizio e nella fase antecedente al mutamento di rito».

potrebbero essere esercitati dal giudice d'appello. Di contro, ove non ci sia la conversione dal rito del lavoro al rito ordinario in appello, il giudice d'appello attribuirà alle prove il valore consentito dalle norme del rito ordinario<sup>53</sup>.

Seppur in un contesto diverso, dalla disciplina del primo grado di giudizio ordinario arriva il segnale della scelta legislativa del costante adeguamento delle forme processuali alle esigenze di complessità della controversia che il giudice si trova davanti: è previsto il possibile passaggio dal rito ordinario al rito semplificato e viceversa (artt. 183 ter /171 bis, comma 3 dello schema di decreto correttivo e 281 duodecies, comma 1), rispettivamente quando il giudice riscontri che sussistano ovvero non sussistano i presupposti del rito semplificato. Già l'art. 183 ter c.p.c., prima della riforma Cartabia, prevedeva che il giudice potesse disporre il passaggio al rito sommario quando la complessità della lite e dell'istruzione probatoria lo consentissero, anzi lo consigliassero; come pure, secondo l'art. 702 ter, comma 3 c.p.c., ove ritenesse che le difese svolte dalle parti richiedessero un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissava l'udienza di cui all'articolo 183, per procedere secondo il rito a cognizione piena. Al contrario della disciplina attuale, si prevedeva che il giudice dichiarasse la domanda inammissibile con ordinanza non impugnabile, se non rientrava in quelle previste dall'art. 702 bis, ovvero fosse relativa a cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica: non era previsto alcun meccanismo recuperatorio. Sotto questo profilo, quindi, si è compiuto un passo in avanti, anche perché i presupposti del rito semplificato sono meno stringenti che quelli del passato rito sommario.

Il passaggio da un rito all'altro deve essere sempre sottoposto al previo contraddittorio tra le parti, sia che tale adempimento sia previsto che non previsto espressamente, in applicazione del generale principio sancito dall'art. 101 c.p.c. e anche in considerazione delle indicazioni provenienti dalla recentissima sentenza della Corte costituzionale<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> E. VULLO, *Commento all'art. 439*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. III, 466 ss.

<sup>54</sup> Corte cost., 3 giugno 2024, n. 96, cit.

L'introduzione di nuovi meccanismi di mutamento del rito nell'ambito dei procedimenti speciali, ad esempio nel d.lgs. 150/2011, art. 4 ovvero secondo lo schema di decreto correttivo all'art. art. 473 bis ai commi 2, 3 e 4, testimoniano la generale esigenza di recuperare il "recuperabile", fin dove sia possibile che l'errore non comprometta lo scopo complessivo del procedimento.

Va considerato che nella maggior parte delle ipotesi in cui il giudice chiude con un provvedimento sommario decisorio in luogo di consentire l'espletamento della cognizione piena, non vi è spazio processuale per alcun rilievo d'ufficio del giudice stesso che ha commesso l'errore; neppure in sede di impugnazione sembra configurabile questa eventualità, se si ha presente il dato che la mancanza di un "pezzo" di procedimento è proprio il motivo di cui si può valere la parte soccombente per chiedere la revisione di un provvedimento altrimenti inopugnabile.

### *3. La dichiarazione della nullità e il pregiudizio effettivo processuale*

Quando si è errato nella scelta del rito, pronunciata l'eventuale nullità del provvedimento in appello o in cassazione, il giudizio dovrebbe ripetersi per le parti mancanti o insufficienti prima della decisione.

Vediamo a quali condizioni può essere dichiarato nullo un provvedimento processuale che segue ad un procedimento non conforme al modello legale.

Non può non tenersi in considerazione l'orientamento giurisprudenziale che, per arrivare al riconoscimento della nullità di un provvedimento adottato con un rito errato, richiede la prova del pregiudizio effettivo o della lesione in concreto per alcuna delle parti relativamente al rispetto del contraddittorio, all'acquisizione delle prove e, più in generale, a quant'altro possa aver impedito o anche soltanto ridotto la libertà di difesa consentita in un procedimento a differenza che in un altro<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Cass., 23 maggio 1983, n. 3570, in *Foro it.*, 1984, I, 226. In particolare, sull'adozione del rito ordinario in luogo del processo del lavoro: Cass., 26 agosto 1982,

n. 4727, in *Foro it. Rep.* 1982, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, nn. 143-144, secondo la quale l'adozione di un rito diverso da quello prescritto dà luogo solo ad una nullità di ordine relativo, sanabile se con il pieno svolgimento del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa si sia raggiunto lo scopo assegnato al rito dall'ordinamento e se non viene fatta valere dalla parte interessata per tempo; Cass., Sez. un., 10 novembre 1982, n. 5919, in *Foro it.*, 1983, I, I; 1983, 63 ss., con nota di A. PROTO PISANI, in *Giur. it.*, 1984, 1043 ss., con nota di A. MINZONI, *Erronea applicazione in primo grado del rito ordinario invece del rito del lavoro, o viceversa: forma e termine per l'appello*, secondo la quale l'errore sul rito non può costituire di per sé motivo di impugnazione, tale è solo quello che incida sulla decisione del merito; Cass., 23 gennaio 1984, n. 554, in *Foro it.* 1984, I, 3014 ss., secondo la quale la mancata adozione del rito del lavoro può essere dedotta come motivo di ricorso in cassazione solo quando la diversità del rito abbia inciso sulla determinazione della competenza in senso proprio o sul regime delle prove o sulle facoltà di cui le parti dispongono per l'esercizio del diritto di difesa o sulla forma degli atti, sempre che in relazione a ciò siano denunciati specifici effetti di tale incidenza; Cass., 18 aprile 2006, n. 8947, secondo la quale la trattazione della causa con rito ordinario anziché con il rito speciale determina in quanto tale una semplice irregolarità; analogamente Cass., 18 agosto 2006, n.18201, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 7-8; Id., 13 maggio 2008, n. 11903. Sulle posizioni della giurisprudenza sono: R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 5, seppur l'autore esclude che la questione di rito passa qualificarsi come nullità relativa, come sembrerebbe configurata in alcune sentenze della Cassazione; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2006, 791, secondo il quale l'errore nella scelta del rito non comporta una nullità di per sé, la violazione di singole norme di rito può comportare nullità, da trattare secondo le disposizioni generali sulla nullità; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 622 s., il quale con riferimento al processo del lavoro, specifica che la nullità del procedimento, presupposto dell'ordinanza di mutamento di rito, purché l'errore di rito non abbia impedito fin da principio l'individuazione del potere esercitato e, quindi, la produzione degli effetti della domanda, si concretizza nell'inefficacia degli atti compiuti incompatibili con il modello legale corretto.

La giurisprudenza di Cassazione ha applicato questo principio anche con riguardo ad altri tipi di rito, prevalentemente allo scambio tra rito camerale e rito ordinario, precisando che il rito non deve essere considerato fine a sé; perciò, si richiede a chi impugna la specifica indicazione della lesione al suo diritto di difesa; significativo sul punto un passaggio della pronuncia di Cass., 29 maggio 2010, n. 6686, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3, relativo allo svolgimento del motivo di impugnazione con cui si denuncia l'errore di scambio di procedimenti, secondo la quale: «... l'argomentazione difensiva della ricorrente ... è del tutto generica in quanto deduce non una lesione specifica e concreta del diritto di difesa, ma soltanto un'evenienza del tutto ipotetica, non suffragata da riscontri precisi e comunque non sorretta dalle risultanze di causa». Vedi anche Cass., Sez. un., 17 febbraio 2009, n. 3758, in *Giust. civ.* 2010, 5, I, 1221 con nota

DI P. MOROZZO DELLA ROCCA; Id., 22 ottobre 2014, n. 22352, in *Diritto e giustizia*, 22 ottobre 2014; Id., 9 febbraio 2015, n. 2412; Id., 2 febbraio 2015, n. 1849, la quale, oltre alla consueta affermazione per cui lo scambio di rito non produrrebbe di per sé la nullità del provvedimento finale, in ordine alla denuncia della mancata assegnazione dei termini per le memorie finali proprie del rito ordinario nelle fasi di gravame, asserisce che tali termini sono rinunziabili e in tal senso si considera che le parti abbiano deciso se all'udienza nella quale la causa è stata trattenuta in decisione non li abbiano richiesti. Conseguentemente non si potrebbe denunciare in un secondo momento la mancata concessione dei termini come vizio procedurale. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e per la ricostruzione e commento della giurisprudenza italiana sul principio del pregiudizio effettivo con specifico riferimento allo scambio di rito si rinvia a R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, 56 ss.

Più in generale, va detto che ci sono decisioni in questo senso con riferimento a diversi snodi procedurali: in materia di consulenza tecnica d'ufficio, con riferimento alle carenze delle attività difensive delle parti; nel caso di mancato esperimento dell'interrogatorio libero delle parti e del tentativo di conciliazione; in relazione al rilievo ufficioso di una questione, con successiva pronuncia di una sentenza emessa senza la previa concessione del termine perentorio per il deposito delle osservazioni delle parti; alla mancata concessione dei termini per il deposito delle memorie *ex art.* 183 c.p.c. passato regime; per quel che concerne il mancato rispetto o la mancata concessione del termine o del doppio termine per la precisazione delle conclusioni e lo scambio delle memorie di replica; alla mancata fissazione dell'udienza di discussione orale davanti al collegio ai sensi degli artt. 275 o 352 c.p.c.; all'omessa indicazione nell'atto di citazione in appello dell'avvertimento *ex art.* 163, comma 3, n. 7, c.p.c.; al difetto della formula esecutiva nella copia conforme del titolo. Senza pretesa di completezza, su tali questioni si possono vedere le seguenti pronunce: Cass., 23 febbraio 1953, n. 438; Id., 7 maggio 1953, n. 1251, in *Mon. trib.* 1953, 258; Id., 11 agosto 1954, n. 2931; Id., 27 febbraio 1978, n. 983; Id., 28 novembre 1978, n. 5604; Id., Sez. un., 18 marzo 1988, n. 2481, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 3; Id., 24 aprile 1993, n. 4821, *ivi*, 1993, 734; Id., 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Giur. it.*, 1996, I, 1150; Id., 21 maggio 1997, n. 4511, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 80; Id., 30 giugno 1997, n. 5837; Id., 2 luglio 1998, n. 6476; Id., 19 aprile 2001, n. 5775; Id., 28 agosto 2002, n. 12594, in *Giur. it.*, 2002, 1611; Id., 8 settembre 2003, n. 13091; Id., 5 dicembre 2003, n. 18618, in *Giur. it.*, 2004, I, 2054; Id., 22 luglio 2004, n. 13662, in *Foro it.*, 2005, I, 1458; Id., 5 agosto 2005, n. 16577 in *Riv. dir. proc.* 2006, 747 ss., con note di E.F. RICCI e P. COMOGLIO; nonché in *Foro it.*, 2006, I, 3174 ss., con nota di E. FABIANI; Id., 17 marzo 2005, n. 5762, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4; Id., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2006, 507 ss., con nota di C. CONSOLO; Id., 10 febbraio 2006, n. 2548; Id., 23 febbraio 2006, n. 4020; Id., 25 luglio 2006, n. 16898, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1931; Id., 25 gennaio 2008, n. 1696; Id., 21 febbraio 2008, n. 4435, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, n. 2, 266; Id., 9 aprile 2008, n. 9169, in *Giur. it.*, 2009, 910 ss., con nota di A. GIORDANO; Id., 14 aprile 2008, n. 10034; Id., 16 giugno 2008, n. 16226; Id., 7 luglio 2008, n. 18598, in

La dottrina si è barcamenata tra due differenti rischi: da una parte quello al quale vuole ovviare questo filone giurisprudenziale, ovvero lo spreco di attività processuale, che si avrebbe nel momento in cui una decisione annullata per un vizio procedurale venisse riprodotta pari pari dal giudice dell'impugnazione ovvero dal giudice del rinvio<sup>56</sup>;

*Giust. civ. Mass.*, 2008, n. 7-8, 1102; Id., Sez. un., 17 febbraio 2009, n. 3758; Id., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss., con nota di C. CONSOLO; Id., 15 ottobre 2009, n. 21924; Id., 19 marzo 2010, n. 6686, in *Diritto e famiglia.*, 2010, 1645; Id., 10 gennaio 2011, n. 298; Id., 21 marzo 2011, n. 6343, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, 429; Id., 17 giugno 2011, n. 13382; Id., 23 novembre 2011, n. 24727; Id., 22 dicembre 2011, n. 28319; Id., 30 dicembre 2011, n. 30652, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, n. 2, 108; Id., 27 gennaio 2012, n. 1221; Id., 23 luglio 2012, n. 12804, in *Foro it.*, 2013, I, 2582, con nota di E. CAVUOTO; Id., 13 settembre 2012, n. 15392; Id., 12 marzo 2013, n. 6093, in *Diritto e giustizia*, 13 marzo 2013, con nota di F. VALERIO; Id., 19 marzo 2013, n. 6809, *ivi*, 20 marzo 2013, con nota di D. ACHILLE; Id., 30 maggio 2013, n. 13639; Id., 19 giugno 2014, n. 14032; Id., 17 ottobre 2014, n. 22075; Id., 24 marzo 2015, n. 5863; Id., 9 aprile 2015, n. 7086 in *Guida al diritto*, 2015, n. 20, 66; Id., 9 agosto 2015, n. 16901, in *Riv. arb.*, 2016, 1, 125, con nota di F. Conte; Id., 11 marzo 2016, n. 4767; Id., 20 aprile 2017, n. 9980; Id., 8 giugno 2017, n. 14329; Id., 13 settembre 2017, n. 21216; Id., 27 novembre 2017, n. 28229; Id., 28 novembre 2017, n. 28317; Id., 7 marzo 2018, n. 5491, in *Guida al diritto*, 2018, n. 22, 52; Id., 7 maggio 2018, n. 10874; Id., 12 febbraio 2019, n. 3967, in *Rass. es. forz.* 2019, 385 ss., con note di S. RUSCIANO, F. AULETTA, M. FARINA e B. CAPPONI; Id., 15 febbraio 2019, n. 4532; Id., 25 luglio 2019, n. 20090; Id., 20 febbraio 2019, n. 4947; Id., 22 ottobre 2019, n. 26883; Id., 6 dicembre 2019, n. 31886, in *Foro it.*, 2020, I, 2099 ss., con nota di A. ALFIERI; in *Resp. civ. prev.*, 2020, con nota di L. QUERZOLA; in *Corr. giur.*, 2020, 1526 ss., con nota di F. AULETTA, V. CAPASSO; Id., 18 febbraio 2020, n. 4125; Id., 22 luglio 2020 n. 15635; Id., 3 agosto 2020 n. 16595; Id., 14 luglio 2021, in *Guida al diritto*, 2021, n. 42, 77.

<sup>56</sup> Come riferito dietro V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, cit., 61 ss.; ID., voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 478 ss. pone sullo stesso piano il vizio *in procedendo* al vizio *in iudicando*; perciò, secondo l'autore, l'*error in procedendo* di per sé, potrebbe motivare l'impugnazione e si potrebbe chiudere il procedimento in primo come nei gradi successivi con una pronuncia in rito, la stessa posizione è di E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 237. Inoltre, V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., 81 ss., è tra i primi a ritenere che la sentenza pronunciata senza provocare il contraddittorio su una questione rilevabile d'ufficio sia nulla, senza necessità di ulteriori indagini sull'influenza che le difese delle parti avrebbero potuto avere sul merito. V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., 297 ss. ha escluso l'esistenza di una disposizione nel sistema delle impugnazioni da cui possa essere tratta l'imposizione alla parte che impugna una sentenza nulla di prospettare un

dall'altro il rischio, denunciato da alcuna dottrina<sup>57</sup>, che il vizio di nul-

pregiudizio effettivo, sia sostanziale che processuale; ad opinione dell'autrice la nullità del provvedimento già di per sé imporrebbe al giudice dell'impugnazione di annullarla a prescindere da ulteriori considerazioni e di procedere con la sua sostituzione.

Considerare la decisione affetta da un vizio di rito ingiusta e quindi annullabile di per sé, reca con sé il rischio paventato nel testo. Contro un inconveniente del genere M. GRADI, *Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. III, *Impugnazioni*, 63 ss., in particolare 86 s., suggerisce che il soccombente il quale impugni in maniera strumentale e maliziosa al solo fine di allungare i tempi processuali e veda in sede di impugnazione confermata la decisione nel merito, possa essere condannato per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c.; secondo l'autore, il giudice d'appello potrebbe ricavare un indice della mala fede dell'appellante proprio dalla circostanza che quest'ultimo abbia cercato di ottenere una decisione a sé favorevole deducendo solo vizi di nullità della sentenza di primo grado, la quale, benché affetta dall'errore procedimentale, si sia rivelata giusta.

<sup>57</sup> Così R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 212 s.; ID., *La nullità degli atti processuali*, cit., 1141, che conclude per il rifiuto del principio del pregiudizio effettivo quale presupposto per far valere ammissibilmente la nullità, sia con riferimento all'eccezione di nullità, che con riferimento al motivo di ricorso per cassazione con la quale si denunci un *error in procedendo*; in un successivo scritto riferito alla riforma dell'appello del 2012, lo stesso autore, R. POLI, *Il nuovo giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 120 ss., in particolare 129 ss., ha osservato che all'appellante, il quale denunci un vizio di rito, non può essere chiesto più di quanto la Corte di cassazione richieda per il ricorso in cassazione basato sullo stesso motivo ovvero l'indicazione del concreto pregiudizio che è stato arrecato al diritto di difesa. A. PANZAROLA, *L'evoluzione dei principi nel processo civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, numero speciale, *Atti del convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza "I principi nell'esperienza giuridica"*, Roma 14 – 15 novembre, 315 ss. in particolare 330 s., ID., *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1157 ss., avverte che subordinando il rilievo e la dichiarazione della invalidità per i vizi di forma degli atti al pregiudizio concreto del diritto processuale della parte si rischia di affievolire la valenza garantistica degli schemi processuali predisposti dall'ordinamento e si finisce per trasformare surrettiziamente la garanzia della nullità in censura di ingiustizia. R. DONZELLI, *op. cit.*, 59, denuncia la totale metamorfosi che subisce il principio del pregiudizio effettivo processuale in alcune pronunce, della Cassazione così Cass., 15 febbraio 2019, n. 4532, dove si identifica lo stesso con «la specifica lesione dell'interesse sostanziale», anziché con riferimento al diritto di difesa. L'autore (*op. cit.*, 141 ss.) mette in evidenza come tale criterio, assai diffuso nella giurisprudenza di cassazione, non trovi riscontro né nelle norme dedicate alla nullità, né in quelle dedicate alle impugnazioni, dove, anzi, all'art. 360, n. 4 c.p.c. verrebbe appositamente distinta la nullità della sentenza dalla nullità del procedimento. L'autore individua negli artt. 24, comma 2 e 111 Cost. la co-

lità venga confuso con quello di ingiustizia e che la mancata prospettazione dell'effettivo pregiudizio al diritto di difesa possa andare a coincidere con l'indicazione da parte dell'impugnante di come avrebbe influito la mancata attività sulla decisione del giudice<sup>58</sup>, quindi, con la

apertura costituzionale dei poteri processuali delle parti e il fondamento della disciplina delle modalità del loro esercizio. Insomma, se ci si ponesse dal punto di vista delle parti, e non da quello della formazione del materiale della cognizione necessario per la decisione, allora, si concluderebbe che esse subirebbero un pregiudizio effettivo "processuale" ogniquale volta non gli venisse data la possibilità di esercitare le facoltà di difesa loro attribuite dalla legge; la disciplina della nullità e l'impugnazione per vizi procedurali sarebbero gli strumenti per porre rimedio a questo genere di mancanze. Nell'ambito di questa dottrina può essere ascritta anche C. BESSO, *Delle nullità degli atti*, cit., 705, la quale conclude che in mancanza di lesione in concreto del diritto di difesa, manca l'interesse ad eccepire la nullità, perché si tratterebbe di una nullità inerte, in quanto improduttiva di danno.

<sup>58</sup> Va sottolineato che diversi autori rintracciano un nesso tra il vizio di attività e la giustizia della decisione di merito. R. PROVINCIALI, *Il sistema delle impugnazioni civili*, cit., 123, individua nella nullità una sorta di presunzione dell'ingiustizia sostanziale della sentenza; l'autore non esclude, tuttavia, che pur quando la funzione giurisdizionale sia stata irregolarmente esercitata, si possa avere un buon risultato, ma sarebbe una casualità che la legge processuale non avrebbe preso in considerazione. Analogamente anche Denti, come visto dietro, che paragona la violazione di norma sostanziali a quella delle norme processuali, che renderebbero la pronuncia parimenti ingiusta. Il pensiero di tali autori rimanda in qualche modo alla concezione del processo come rituale, come mappa del corretto esercizio della giurisdizione e prima ancora del ragionamento logico del giudice, propria del processo romano-canonico. Di tutt'altro tenore il collegamento che viene individuato dalla dottrina più recente tra vizi di rito e decisione di merito. M. GRADI, *Vizi in procedendo*, cit., 84 ss., sembrerebbe legare l'esito positivo dell'appello per motivi di nullità alla possibilità della riforma del provvedimento per motivi di merito. S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 569 ss., in particolare 580 ss., con specifico riferimento al caso di sentenze pronunciate in base a questioni rilevabili d'ufficio, senza che sia stato provocato preventivamente il contraddittorio tra le parti, tra gli altri argomenti per escludere la sola rilevanza del vizio processuale ai fini dell'annullamento della sentenza, ha sottolineato come una cosa sia il rilievo d'ufficio della questione, mentre tutt'altra sia il riesame della stessa da parte del giudice superiore. Infatti, perché ciò avvenga ci sarebbe bisogno di una specifica censura sul punto e se si fosse davanti alla Corte di cassazione, limitare la contestazione alla questione processuale, comporterebbe il solo annullamento della decisione. Se, poi, insieme alla censura di rito fosse avanzata la censura di merito, il paradosso sarebbe che davanti al Supremo Giudice, dove si è svolta la piena discussione sull'originaria questione, non potrebbe seguire la decisione nel merito. Perciò, sarebbe

censura di ingiustizia.

In questa situazione è intervenuta una sentenza resa a Sezioni unite dalla Cassazione<sup>59</sup>, a risolvere il conflitto esistente tra le Sezioni sem-

meglio evitare di censurare la pretesa violazione del contraddittorio davanti al giudice *a quo*, per consentire la piena esplicazione del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio davanti al giudice *ad quem*. Una sola eccezione a questa costruzione viene individuata: il caso in cui alla parte a causa della mancata discussione sulla questione, si stia impedita l'*emendatio libelli*; in questa ipotesi la sentenza sarebbe nulla e la nullità non sarebbe dovuta non alla violazione del principio del contraddittorio in sé, ma all'eccezionale determinarsi di una situazione per cui è risultato impedito un ulteriore sviluppo del diritto di difesa delle parti. Sulla stessa problematica delle sentenze di terza via C. CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 357 s. rileva come «... al di là del compromesso valore della dialogicità e della partecipazione, l'invalidità della sentenza dovrà considerarsi sanata ove la impugnazione di essa denoti che il contraddittorio pur se debitamente attivato sarebbe rimasto "vuoto"»; perciò la sanatoria delle sentenza di terza via si avrebbe «per carenza di scopo dell'atto omesso», tanto per il principio del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3. Contrario a questa impostazione D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c.*, cit., 413. Più di recente V. CAPASSO, *op. cit.*, 253 ss., che esclude del tutto la possibilità di sanatoria del vizio da cui sono affette le sentenze di terza via, come in genere delle lesioni del contraddittorio, sulla base della considerazione che «proprio il contraddittorio *preventivo*, da intendersi come diritto di partecipare alla formazione della decisione, e dunque di *influenzarla*, deve presumersi *sempre* atto ad incidere sulla scelta di una di quelle alternative (di decisione)». L'autrice sottolinea (284 ss.) come il principio del contraddittorio sia non solo affermato a livello codicistico, ma previsto come garanzia dalla Costituzione e dal diritto convenzionale. In questo senso anche M. STELLA, *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c.*, è in re ipsa, in *Riv. proc. civ.*, 2022, 571 ss. in particolare 583 ss.; ID., *Nullità processuali e tutela del contraddittorio*, cit., 408 ss. Questa dottrina contesta l'impostazione inaugurata da Cass. Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.* 2010, 355 ss., che distinguendo tra questioni di puro diritto e questioni di fatto o di fatto miste a diritto, ha considerato la sentenza di terza via censurabile: per il primo errore, riconducibile alla categoria dell'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*, solo ove questo si sia in concreto consumato, quindi ove la sentenza sia in concreto ingiusta; per il secondo tipo di errore qualora la violazione del dovere di indicazione alle parti abbia vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni.

<sup>59</sup> Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, cit., afferma il seguente principio di diritto: «La parte che proponga l'impugnazione della sentenza d'appello deducen-

plici sulla necessità o meno della prospettazione di un pregiudizio effettivo nel momento in cui si impugnò una sentenza nulla per mancato rispetto dei termini per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica<sup>60</sup>.

do la nullità della medesima per non aver avuto la possibilità di esporre le proprie difese conclusive ovvero per replicare alla comparsa conclusionale avversaria non ha alcun onere di indicare in concreto quali argomentazioni sarebbe stato necessario addurre in prospettiva di una diversa soluzione del merito della controversia; la violazione determinata dall'aver il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza per impedimento frapposto alla possibilità dei difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa, in quanto la violazione del principio del contraddittorio, al quale il diritto di difesa si associa, non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma implica che il contraddittorio e la difesa si realizzino in piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo». Oltre che dagli annotati sopra citati, la sentenza è stata commentata da: F. SANTAGATA, *Le Sezioni Unite sulla nullità della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c. (note a prima lettura a Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596)*, in *Judicium*, dicembre 2021; B. CAPPONI, *Buone notizie dalle Sezioni unite sulle nullità processuali (e sul rapporto tra norme e principi)*, in *giustiziainsieme.it*, 4 gennaio 2022; P. BIAVATI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, *ivi*, 15 febbraio 2022; F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali ovvero ... taking cedural rights seriously*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 546 ss.; R. DONZELLI, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c., ibidem*, 556 ss.; M. STELLA, *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c.*, è in *re ipsa*, cit., 571 ss.; A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, cit., 127 ss.

<sup>60</sup> Due sono gli orientamenti che si contrappongono: da un lato la giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale la violazione determinata dall'aver il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza, perché in tal modo risulta impedito ai difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa; di qui la violazione del principio del contraddittorio, non riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma da realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo (Cass., 18 maggio 2001, n. 6817, in *Giust. civ.*, 2002, I, 461 con nota di C. ASPRELLA; Id., 8 agosto 2003, n. 11949, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, nn. 7-8.; Id., 18 ottobre 2005, n. 20142, in *Foro it.*, 2006, I, 1086; nonché in *Giur. it.*, 2006, I, 2350; Id., 10 marzo 2008, n. 6293, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, n. 3, 383; Id., 3 giugno 2008, n. 14657, *ibidem*, n. 6, 866; Id., 24 marzo 2010, n. 7072, nel *Il civilista*, 2011, 2, 53 con nota di G. FRONTI-

Prescindendo dallo specifico vizio preso in considerazione, la Cassazione cerca di porre dei punti fermi nella complessa questione delle condizioni di rilevanza dei vizi processuali.

Si parte da un'affermazione che in apparenza potrebbe dare ragione ai sostenitori del principio del "pregiudizio effettivo"<sup>61</sup>, per poi dipanare la questione in altra direzione. Infatti, anche se in linea di prin-

CELLI BALDELLI; Id., 5 aprile 2011, n. 7760, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 4, 544; Id., 8 ottobre 2015, n. 20180, in *Foro it.* 2016, I, 2208 nota di M. ARGENZIANO; Id., 2 dicembre 2016, n. 24636, in *Foro it.*, 2017, I, 592; Id., 22 ottobre 2019, n. 26883); dall'altro la giurisprudenza che sembrerebbe minoritaria, secondo la quale la pronuncia della sentenza prima della scadenza dei termini assegnati alle parti per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, così come la mancata assegnazione di suddetti termini, non costituisce, di per sé, causa di nullità, essendo indispensabile, perché possa dirsi violato il principio del contraddittorio, che si sia determinata in concreto una lesione del diritto di difesa della parte; a quest'ultima spetterebbe di dimostrare il pregiudizio mediante indicazione delle argomentazioni o delle deduzioni difensive, che avrebbe riversato negli atti pretermessi e che se fossero state debitamente considerate dal giudice avrebbero potuto ragionevolmente condurre a una decisione diversa da quella assunta (Cass., 23 febbraio 2006, n. 4020, cit.; Id., 9 aprile 2015, n. 7086, cit.; Id., 10 ottobre 2018, n. 24969, in *Guida al diritto*, 2019, n. 6, 79; Id., 17 marzo 2021 n. 7413). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a R. DONZELLI, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, cit., 556 ss.; F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, cit., 1313 s.

Vedi anche l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, Cass., Sez. II, 9 marzo 2021, n. 6451, in *Foro it. Rep.*, 2021, voce *Sentenza civile*, n. 26; in *Giustiziacivile.com*, 22 aprile 2021, con nota di L. CONTE, *La nullità (o meno) della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c.: la parola alle Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2021, 838 ss. con nota di V. CAPASSO, *Legge vs. principi le Sezioni Unite chiamate a riscrivere la disciplina della nullità degli atti processuali*. Sullo stesso tema: V. CAPASSO, *La violazione del contraddittorio come fonte di nullità assolute e l'incompatibilità del rilievo officioso del vizio con il principio di offensività*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 2021, 605 ss., la quale nota come in questa e poche altre occasioni il giudice di legittimità abbia riconosciuto come nullità assoluta la violazione del contraddittorio; nonché come la Corte abbia escluso l'applicazione del principio di offensività a tale nullità.

<sup>61</sup> A conferma dell'impressione riferita nel testo, è opportuno ripotare le parole delle Sezioni unite, Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, cit., § VIII: «Possiede generale riscontro l'affermazione secondo cui le norme processuali hanno natura servente, sicché la deduzione dei vizi derivanti dalla loro inosservanza (i cd. vizi formali) non serve a tutelare l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma a eliminare i pregiudizi conseguenti all'esercizio delle facoltà in cui si esprime il diritto di difesa».

cipio la Suprema Corte sembra respingere l'idea della tutela delle forme fine a se stessa, ipotizza l'esistenza di "diritti processuali" essenziali, quali il principio del contraddittorio e il conseguente diritto di difesa: la violazione di questi diritti darebbe luogo ad un atto nullo di per sé, senza necessità di provare la lesione di ulteriori diritti, né tantomeno l'influenza del vizio sulla decisione di merito.

A giustificazione di questa sua teoria la Corte ha una serie di argomenti, che andiamo ad esaminare.

Si parte dal presupposto che la sentenza potrebbe essere formalmente perfetta come atto, ma nulla comunque per inosservanza di forme; ciò accadrebbe quando non venga rispettato l'insieme delle regole processuali che costituiscono il paradigma della sequenza di atti necessaria per arrivare alla corretta assunzione dell'atto-sentenza: in questa ottica, si potrebbe considerare non correttamente esercitato il potere decisorio del giudice<sup>62</sup>.

Il contraddittorio, in tutte le sue espressioni, è il principio cardine attorno al quale ruota tutto il processo<sup>63</sup>; il diritto di difesa è l'altra faccia della medaglia del principio del contraddittorio. Tutte le attività che ne costituiscono esplicazione sarebbero tutelate dalla sanzione della nullità, pur non comminandola una norma specifica. Infatti, i due punti cardine del processo, o meglio del giusto processo, il principio del contraddittorio e il diritto di difesa, hanno copertura costituzionale, rispettivamente agli artt., 111, comma 2 e art. 24 Cost.

<sup>62</sup> Così F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza»*, cit., 146, il quale nel qualificare in termini di nullità formale il provvedimento che sia venuto in essere senza un segmento indefettibile anteriore della sequenza, fa riferimento alle attività che servono per realizzare il pieno contraddittorio tra i destinatari dell'atto. In proposito, A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni*, cit., 132, sottolinea che «... se la giustizia intrinseca della decisione giudiziale vada a coincidere con l'essere emanata all'esito dell'intero contraddittorio stabilito per legge (come pure dall'essere emanata da un terzo imparziale), allora non è neppure possibile chiedersi, guardando in avanti oltre la decisione ingiusta se il suo contenuto sarebbe stato per avventura identico anche se il contraddittorio fosse stato integralmente rispettato (né più e né meno di come l'efficacia preclusiva impedisce di guardare indietro rispetto alla decisione processualmente giusta e chiedersi se davvero vi corrispondesse la realtà fattuale e giuridica in essa accertata).».

<sup>63</sup> In diverse sentenze della Corte definito principio di "ordine pubblico" in quanto tale rilevabile d'ufficio, vedi per tutte: Cass., 18 maggio 2001, n. 6817, cit.

Del resto, la giurisprudenza della Corte<sup>64</sup> sarebbe concorde nel ritenere che nel processo arbitrale la violazione del principio del contraddittorio dia luogo a nullità del lodo (art. 829 n. 9 c.p.c.), senza necessità di ulteriori affermazioni; ebbene, le Sezioni unite sottolineano come sarebbe “singolare bizzarria” ipotizzare che una violazione, causa di nullità della sentenza arbitrale, possa non determinare, invece, la nullità della sentenza adottata, in eguale condizione patologica, dal giudice ordinario.

Questa costruzione sarebbe confermata dal nuovo art. 360 bis n. 2, c.p.c., perché esso consentirebbe l'impugnazione della sentenza per cassazione non solo dinanzi a casi canonici di nullità testuale per inosservanza di forme (art. 360 c.p.c., n. 4), ma anche quando siano stati comunque violati i principi regolatori del giusto processo mediante specifiche concretizzazioni dell'attività processuale. In sostanza, la Cassazione sembra ipotizzare l'esistenza di una clausola aperta che darebbe ingresso a motivi di impugnazione ulteriore rispetto a quelli elencati dall'art. 360<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Cass., 21 gennaio 2016, n.1099, in *Foro it.*, 2016, I, 1817; in *Riv. arb.*, 2016, 457, con nota di F. LOCATELLI.

<sup>65</sup> Controversa è in dottrina l'interpretazione dell'art. 360 bis c.p.c. Un'interpretazione della norma analoga a quella prospettata nel testo sembra essere data da V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 322 ss., in particolare 339 ss. L'autrice ipotizza una funzione della norma si espliciti laddove non ci sia una disposizione specifica o di riferimento per comminare la nullità e si prospetti un abuso di potere del giudice, non solo nei procedimenti speciali, ma anche nel processo ordinario ove ci sia l'esercizio di suoi poteri discrezionali; in queste ipotesi opererebbe il filtro di cui all'art. 360 bis, n. 2, per escludere censure di evidente infondatezza. Invece, la dottrina contraria all'interpretazione prospettata nel testo della sentenza della Corte di cassazione, considera la norma come “un filtro”, che al n. 2 renderebbe inammissibili i ricorsi basati su vizi procedurali nel momento in cui essi non costituiscano violazioni di regole del giusto processo, così: G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 301 ss.; B. SASSANI, *La Cassazione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, cit., vol. II, 2734; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, 5ª ed., Bologna, 2020, 517. Una terza via è prospettata da C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3ª ed., Padova, 2012, 294, secondo il quale la norma sarebbe applicabile alle ipotesi di *errores in iudicando de iure procedendi* ex art. 360, comma 1 n. 4, propri del giudice del gravame, il giudice d'appello, che sbagli nel considerare un *error in procedendo* commesso dal giudice di primo grado: in questo caso se la Cassazione dovesse ritenere che la prospettata violazione non si scontri con i

Le altre argomentazioni spese dalla Corte sono legate alla normativa specifica della nullità: essa si richiama agli artt. 156 e 157 ma proprio per negare che tali disposizioni possano avere qualche influenza per una soluzione difforme.

In particolare, con riferimento all'art. 156, comma 2, secondo la Corte, non si potrebbe pensare che la sentenza possa raggiungere lo scopo non rispettando il principio del contraddittorio, perché il suo fine consiste nel «...realizzare il diritto sostanziale, ma sempre nel rispetto delle regole e dei principi del processo giurisdizionale»<sup>66</sup>. Si sottolinea, poi, che la realizzazione dello scopo, al quale la norma allude, richiede un altro fatto, successivo all'atto nullo; pertanto, ove manchi un tale evento non potrebbe attribuirsi all'atto medesimo l'idoneità a produrre gli effetti dell'atto valido. La chiusura del processo mediante sentenza impedirebbe, insomma, la produzione di qualsiasi evento successivo<sup>67</sup>.

La Corte non ha considerato che in caso di mancata impugnazione della sentenza il fine da essa indicato viene raggiunto per forza di cose, a meno che la sentenza non sia inesistente: l'inerzia della parte legitti-

principi regolatori del giusto processo, potrebbe definire in rito il ricorso in applicazione dell'art. 360 bis, n. 2. Infine, M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 360 bis*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. II, 1534, ritiene che la norma in questione non possa essere utilizzata per delimitare i motivi di ricorso.

Diversi autori a commento della sentenza delle Sezioni unite n. 36596/2021 hanno sottolineato la non decisività di tale argomento, proprio per la controversa interpretazione di tale disposizione, così: F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali ovvero ... taking cedural rights seriously*, cit., 553 s., denuncia la visione minimalista che la Corte avrebbe dell'art. 156 cpv; R. DONZELLI, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, cit., 560; F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, cit., 1315.

<sup>66</sup> Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, cit., § XV.

<sup>67</sup> Così G. MARTINETTO, *Delle nullità*, cit., 1588 ss., diversamente R. POLI, *Invalità ed equipollenza*, cit., 431 considera possibile una fattispecie *ab origine* conforme allo scopo seppur differente dalla fattispecie legale dell'atto processuale, sul presupposto che quest'ultima non contenga requisiti sempre indispensabili allo scopo ovvero forme sempre e assolutamente vincolanti, ma piuttosto forme consigliate per il conseguimento dello scopo.

mata a impugnare è l'evento successivo che consente al provvedimento decisorio di fissare con il giudicato la regola del caso concreto.

Per quanto riguarda l'art. 157, comma 2 c.p.c., secondo la Corte, la norma non potrebbe essere usata per giustificare la richiesta di un requisito ulteriore, oltre cioè alla violazione della norma processuale, per far valere la nullità, come varrebbe alcuna dottrina<sup>68</sup>; tale disposizione servirebbe per individuare il soggetto interessato a far valere la nullità, non per richiedere al legittimato di declinare l'eccezione in termini diversi dalla mera circostanza di esserle stato precluso l'esercizio del suo diritto di difesa.

Con la loro posizione le Sezioni unite sembrerebbero voler limitare la discrezionalità dei giudici nella valutazione preliminare dell'ammissibilità delle impugnazioni basate esclusivamente su vizi procedurali. Questo rischio non appare affatto eluso attraverso la distinzione delle regole dell'*ordo* in «*substantialia*» e «*non substantialia*», come all'epoca del diritto comune, tra forme procedimentali imprescindibili e omissibili: difficilmente, infatti, tale catalogo potrebbe essere esaustivo e non interpretabile di volta in volta dal giudice del caso. Insomma, la creazione di "super vizi procedurali", la difesa ad oltranza del principio del contraddittorio fine a sé, con le sue molteplici sfaccettature, potrebbe generare decisioni ancor più discrezionali.

La discrezionalità del giudice sarebbe evidente nei casi limite, che accompagnano l'affermazione di principi generali e generici, quali sono quelli del contraddittorio e del diritto di difesa, da calare nella dinamica concreta dei differenti procedimenti: in primo luogo, egli dovrebbe stabilire se la regola violata appartenga o meno alla categoria dei *substantialia*; quindi, sarebbe questo a decidere se sia necessaria o meno l'indicazione del pregiudizio effettivo. Il tutto presumibilmente avverrebbe con un giudizio a posteriori.

<sup>68</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, 413; V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 478; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 199; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 234 s.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo di cognizione*, Napoli, 1991, 84 ss. e 140; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 398; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 143 ss.

Di fatto, discrezionalità e distinguo li troviamo nella stessa pronuncia delle Sezioni unite n. 36596/2021, dovuti al fatto che la nullità si convertirebbe nelle fasi di gravame in motivo di impugnazione e, quindi, si seguirebbero le regole del mezzo di impugnazione coinvolto, l'appello o il ricorso in cassazione<sup>69</sup>.

Secondo la Corte, difatti, l'onere processuale della parte si atteggierebbe in modo parzialmente diverso nel caso in cui il vizio del mancato rispetto dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., riguardi la sentenza di primo grado, perché il giudice d'appello, una volta constatata tale nullità, non potrebbe rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., ma sarebbe tenuto a deciderla nel merito. Affinché la decisione del giudice d'appello possa avvenire nei limiti delle doglianze prospettate, si configurerebbe sotto pena di inammissibilità l'onere della parte di impugnare la sentenza di primo grado anche in rapporto alle statuizioni di merito; ove non si seguisse questa costruzione si snaturerebbe l'appello stesso<sup>70</sup>. Detto in altre parole: per l'appello torne-

<sup>69</sup> F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, cit., 1314 sottolinea come la Suprema Corte non intenda superare il principio del c.d. pregiudizio effettivo, bensì relativizzarlo di fronte alle singole fattispecie concrete di volta in volta poste all'attenzione del giudicante.

<sup>70</sup> Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, cit., § XVIII. In tal senso la precedente Cass., Sez. un., 14 dicembre 1998, n. 12541, cit., 1805 ss., con nota di A. RONCO, *Errori in procedendo, errori in iudicando e requisiti dell'atto di appello*, secondo la quale: «Mentre nelle ipotesi di appello avente contenuto esclusivamente rescindente, in cui il riscontro del motivo di invalidità esaurisce l'oggetto della cognizione riservata al giudice di secondo grado, la parte soccombente ha interesse a dedurre un mero vizio di nullità del giudizio di primo grado, dovendo la causa essere rimessa al primo giudice, affinché il procedimento di primo grado sia rinnovato con contraddittorio regolarmente costituito; nelle altre ipotesi, invece, in cui l'appello cumula in sé "*iudicium rescindens*" e "*iudicium rescissorium*", e cioè è diretto non alla mera eliminazione di un atto illegittimo, ma alla rinnovazione del giudizio di merito, le censure con le quali si deducono vizi di mera attività del primo giudice - e non rientranti nelle ipotesi di cui agli art. 353 e 354 c.p.c. (nella specie, omessa comunicazione al procuratore della parte del rinvio d'ufficio dell'udienza di discussione) - hanno carattere strumentale e meramente subordinato, perché esse non sono di per sé idonee ad assicurare alla parte appellante la tutela sostanziale invocata, che è connessa non alla mera rimozione della sentenza di primo grado, ma al riesame delle questioni di merito già dibattute in prime cure, con la conseguenza che, in quest'ultima ipotesi, l'appello è inammissibile per difetto d'interesse». Critico nei confronti di questa pronuncia il commentatore, secondo

rebbe a valere il principio del pregiudizio effettivo, non solo: velatamente esso verrebbe collegato con l'onere di prospettare in quale modo il vizio procedurale abbia influito sulla decisione del merito. L'eventuale ricorso avverso la sentenza d'appello, che senza dichiarare la nullità della sentenza di primo grado per violazione dell'art. 190 fosse giunta a decidere la causa nel merito, sarebbe inammissibile per difetto di interesse, ove il giudice d'appello non abbia commesso violazione di rito di tale genere a sua volta. In questo caso di nuovo, bisognerebbe prospettare il pregiudizio cagionato dalla mancata dichiarazione della nullità della sentenza di primo grado, come si arguisce dalla giurisprudenza richiamata<sup>71</sup>.

il quale la correttezza processuale che conduce alla decisione avrebbe una sua prioritaria logica rispetto alla giustizia della decisione stessa, per modo che la sentenza potrebbe essere definita conforme al diritto sostanziale soltanto se assunta in conformità al diritto processuale e simmetricamente non potrebbe essere imposto a chi impugna di spiegare perché la decisione sia ingiusta ove egli affermi che la decisione sia stata irritualmente assunta.

Critici nei confronti di questa giurisprudenza: R. DONZELLI, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, cit., 567, il quale ritiene che il privare di rilevanza la nullità occorsa nel grado precedente è operazione condivisibile sul piano interpretativo solo se la parte appellante possa aspirare a una riforma della decisione nel merito senza incorrere in alcun aggravamento della propria posizione processuale; F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali ovvero ... taking cedural rights seriously*, cit., 554 s., secondo il quale la decisione dell'appello nel merito non potrebbe privare di rilevanza la nullità in cui è occorso il giudice di primo grado, perché altrimenti l'inosservanza in appello del dovere di rinnovazione al quale il giudice di secondo grado sarebbe tenuto a norma dell'art. 354, ultimo comma c.p.c. incontrerebbe una pregiudiziale immunità. Inoltre vedi in senso opposto a questa giurisprudenza: F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 15 ss.; V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 297 ss.; A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, cit., 127 ss., in particolare 149 ss.

<sup>71</sup> Nelle sentenze Cass., 21 novembre 2008, n. 27777; Id., 21 settembre 2015, n. 18578, la Cassazione ha più in generale affermato: «È inammissibile, per difetto di interesse, il motivo di ricorso in cassazione avverso la sentenza di appello che abbia omissso di dichiarare la nullità della sentenza di primo grado, qualora il vizio di questa, laddove esistente, non avrebbe comportato la rimessione della causa al primo giudice, in quanto estraneo alle ipotesi tassative degli artt. 353 e 354 c.p.c., ed il giudice di appello abbia deciso nel merito su tutte le questioni controverse, senza alcun pregiudizio per il ricorrente conseguente alla omessa dichiarazione di nullità». A. BRIGUGLIO, *op.*

Il principio enunciato dalle Sezioni unite varrebbe esclusivamente per i casi in cui ci si trovi davanti ad un giudizio rescindente: l'appello per i motivi di cui all'art. 354 c.p.c. e il ricorso in cassazione avverso una sentenza d'appello per motivi di rito<sup>72</sup>.

La distinzione prospettata dalle Sezioni unite trova ragione più che nel differente modo di formulare il vizio di nullità negli atti introduttivi dei due differenti tipi di impugnazione, nel diverso modo di arrivare alla decisione nei rispettivi procedimenti dopo la dichiarazione della nullità. L'equivoco nasce dal presupposto sottinteso: il ricorso in cassazione sarebbe uno strumento volto all'annullamento della decisione al pari di un ricorso amministrativo, che lascia, poi, ad altro ordine di potere, la pubblica amministrazione, il compito di adottare il provvedimento sostitutivo. Allo stesso modo si configurerebbe l'appello quando vi sia annullamento della sentenza per uno dei vizi di cui all'art. 354. Così non è.

Il ricorso in cassazione non differisce affatto nello scopo dall'appello, perché entrambi hanno come fine quello di arrivare ad una pronuncia sostitutiva di merito, solo che il procedimento si svolge in maniera diversa. Innanzitutto, non sempre il giudizio di cassazione è “esclusivamente rescindente”: quando non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto la Corte decide direttamente nel merito; quando si

*cit.*, 148 s., in relazione a tale ipotesi osserva che il motivo di impugnazione in rito ridirebbe all'apparenza sorretto dall'interesse solo se «per il resto» la sentenza d'appello non passi in giudicato e solo se la Cassazione sia investita anche da altri motivi sul merito della decisione d'appello; con un legame tra gli altri motivi di ricorso e quello relativo alla violazione del contraddittorio nel senso che ove i primi siano respinti, la seconda censura sarebbe assorbita, per il fatto che risulterebbe che il giudice d'appello abbia comunque ben deciso.

<sup>72</sup> in questo senso, vedi P. CALAMANDREI, *la sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 116 ss., dove lo studioso prospetta due differenti modi di funzionare dell'impugnazione di nullità: come voleva l'*appellatio*, ovvero non dando luogo ad un giudizio separato sulla nullità, perché le nullità rimarrebbero assorbite nel giudizio di ingiustizia; come la vecchia *querela nullitatis*, ovvero annullando il provvedimento per poi rimettere l'eventuale decisione nel merito ad altro giudice, come per l'appello nei casi indicati dall'art. 353 e 354, nonché in caso di inesistenza del provvedimento e nel caso di ricorso in cassazione per i motivi di cui al nn. 4 e 5 dell'art. 360. Analogamente sull'appello G. LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, cit., 367 ss.

devono compiere attività che essa è strutturalmente inidonea a svolgere e che spesso seguono a censure sul rito, si deve rinviare ad altro giudice, che deve uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte (art. 384, comma 2 c.p.c.)<sup>73</sup>.

Anche nei casi indicati dall'art. 354 il giudizio nelle fasi di impugnazioni è solo rescindente, ma comunque consta di una fase rescissoria, seppur davanti al giudice di primo grado, per completare il processo fino ad una sentenza nel merito.

Il giudizio è realmente esclusivamente solo rescindente quando vi sia una cassazione senza rinvio in relazione al difetto assoluto di giurisdizione o alla mancanza delle condizioni per iniziare o proseguire il processo di cui all'art. 382, ultimo comma c.p.c.<sup>74</sup>.

Oltre al dato sopra enunciato, che di per sé potrebbe considerarsi sufficiente a provare la logica unicità del procedimento, ci sono norme che lo confermano, pur quando il giudizio di cassazione si articola in due fasi: l'art. 392, al comma 1 e 2 usa l'espressione "riassunzione della causa"; l'art. 393 tratta le due fasi come un *unicum* avvertendo che «se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all'articolo precedente, o si avvera successivamente ad essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l'intero processo si estingue»; infine, dall'art. 394, commi 1 e 2 si arguisce che in ogni fase le parti hanno le stesse posizioni per cui nel giudizio di rinvio esse «non possono prendere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata, salvo che la necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza di cassazione», come può avvenire in appello dopo l'annullamento del provvedimento impugnato.

Quanto sopra esposto porta ad una prima conclusione: sia nel primo che nel secondo tipo di impugnazione di nullità si dovrebbe configurare in analogo modo, tanto più che in entrambi gli atti introduttivi sono particolarmente stringenti sulla configurazione dei motivi di impugnazione<sup>75</sup>. La differenza la potrebbe fare solo il tipo di vizio

<sup>73</sup> Sulla Cassazione che decide nel merito si rinvia al cap. VI, § 7.

<sup>74</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 480 s.

<sup>75</sup> R. DONZELLI, *op. cit.*, 569 s. da ultimo sottolinea come nei giudizi di impugnazione, i quali per la loro struttura possono determinare un distacco tra l'annullamento della sentenza e la nuova decisione sul merito della causa, così nel caso esemplare della

processuale prospettato come vedremo nel sesto paragrafo.

L'impostazione delle Sezioni unite n. 36596/2021 viene ribadita in una successiva sentenza<sup>76</sup>, dove si dichiara inammissibile, per difetto di

cassazione, ma anche dell'appello, se a questa lo si approssima, la regola del pregiudizio effettivo processuale avrebbe proprio la funzione di evitare che si tolga di mezzo la decisione senza aver la minima idea se la parte impugnante dirà poi qualcosa di rilevante o minimamente serio tale da poter essere preso in considerazione.

<sup>76</sup> Cass., 30 giugno 2022, n. 20834, in *Giur. it.*, I, 2023, 1308 s. Ripercorriamo brevemente la vicenda. In appello veniva denunciata la nullità della sentenza conseguente ad una nullità prodottasi nella fase della precisazione delle conclusioni. In particolare, in primo grado era stata spostata l'udienza di precisazione delle conclusioni, senza alcuna comunicazione di cancelleria di differimento o rinvio. Gli appellanti denunciano la nullità dell'ordinanza di differimento dell'udienza, per la mancata comunicazione, nonché degli atti successivi, quindi anche della sentenza; gli stessi evidenziavano che a causa del mancato avviso avrebbero subito un pregiudizio al diritto di difesa, in quanto non avrebbero potuto insistere nella propria richiesta di ammissione dei mezzi istruttori. La corte d'appello adita evidenzia che il tribunale aveva rigettato le richieste istruttorie nel merito e non perché non reiterate nella precisazione delle conclusioni. Pertanto, sarebbe stato onere degli appellanti proporre uno specifico motivo di appello sull'erroneità della statuizione di irrilevanza delle istanze istruttorie.

Impugnata la decisione d'appello, la Cassazione ha dichiarato il ricorso sul punto inammissibile per difetto di interesse. Secondo la Corte, infatti, al di fuori dei casi in cui l'accoglimento dell'appello comporti la regressione della causa in primo grado, qualora venga dedotto un vizio processuale come il motivo di appello, l'appellante dovrebbe a pena d'inammissibilità indicare specificamente quale sia stato il pregiudizio arrecato alle proprie attività difensive dall'invocato vizio processuale. Il pregiudizio era stato considerato non sussistente perché si era denunciata la mancata possibilità di reiterare le richieste istruttorie, ma al contempo non era stato proposto appello avverso la statuizione motivata con cui il tribunale rigettava le richieste stesse.

In proposito, viene richiamato un principio di diritto espresso da Cass. 22 gennaio 2018, n.1532, ai sensi della quale, «allorché il giudice di primo grado abbia rigettato l'ammissione di una deduzione istruttoria, ritenendola irrilevante in quanto attinente ad un fatto incontrovertito, l'appellante ha l'onere di censurare la statuizione di rigetto dell'istanza istruttoria con uno specifico motivo di gravame, non essendo sufficiente che egli impugni la sentenza, lamentando l'omessa pronuncia su domande e l'errata valutazione del materiale probatorio da parte del primo giudice, perché quello d'appello deve necessariamente compiere un nuovo apprezzamento discrezionale della complessiva rilevanza delle richieste istruttorie disattese in primo grado».

In conclusione, la mancata impugnazione delle ragioni di irrilevanza delle istanze istruttorie formulate con la sentenza di primo grado ha determinato l'inammissibilità della reiterazione delle stesse nel giudizio di appello, a parere della Corte, senza alcun

interesse, il motivo di ricorso per cassazione con cui si denunci una violazione processuale non correttamente valutata dal giudice d'appello, qualora la violazione non rientri tra i casi tassativi di rimessione della causa al primo giudice e non si sia tradotta in un effettivo pregiudizio per il diritto di difesa.

Per la soluzione del problema del modo corretto di approcciarsi alla denuncia della nullità, un punto di partenza lo abbiamo: per entrambi i mezzi di impugnazione presi in considerazione, l'opzione scelta deve essere la stessa, perché entrambi hanno lo stesso scopo, l'intero processo ha un unico scopo, arrivare per quanto possibile, ad una pronuncia sul merito senza inutili sprechi di attività processuale.

#### 4. Pas de nullité sans grief

Il riferimento al “pregiudizio effettivo processuale” ovvero alla “lesione concreta” del diritto di difesa suggerisce un seppur breve chiarimento del significato giuridico che tale principio assume nel sistema del diritto processuale civile francese, dove è stato codificato<sup>77</sup>.

Nel *code de procedure civil francais*, all'art. 16 troviamo l'enunciazione generale del principio del contraddittorio, che secondo il comma 1: «*Le juge droit, en toutes les circonstances, ... observer lui-même le principe de la contradiction*». L'inosservanza del principio del contraddittorio, un principio a carattere generale al pari che nel nostro ordinamento, può essere fatta valere da chi è parte attraverso lo strumento dell'eccezione, che a seconda del tipo vizio che si va a configurare ha un regime diverso<sup>78</sup>.

Nello specifico, nell'ordinamento giuridico francese troviamo due macro categorie di nullità: *nullité pour irrégularité de fond* (nullità so-

pregiudizio per il diritto di difesa dei ricorrenti derivante dalla dedotta violazione processuale.

<sup>77</sup> Per la ricostruzione storica della nascita di tale principio si rinvia a R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, cit., 1 ss.; V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 79 ss.

<sup>78</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 12<sup>a</sup> ed., Paris, 2023, 488 ss.

stanziali) e *nullité por irrégularité de forme* (nullità formali). Quest'ultimo tipo di nullità è disciplinato dagli artt. 112 - 116<sup>79</sup>.

La denuncia della nullità dei vizi di forma degli atti è sottoposta a condizioni molto stringenti. Infatti, si parte dal presupposto che le formalità siano poste a presidio dei diritti processuali delle parti e che perciò gli eventuali vizi di forma possano essere superati nel momento in cui una lesione degli stessi non ci sia o non sia denunciata; l'eccessivo formalismo viene considerato un ostacolo alla corretta decisione del merito, essendo la procedura posta a servizio della tutela di una situazione giuridica sostanziale, seguendo la filosofia di fondo del *Code Napoleon*<sup>80</sup>.

Innanzitutto, questo tipo di nullità può essere fatta valere solo dalla parte alla quale è stato causato pregiudizio dall'atto viziato, non può essere rilevata d'ufficio<sup>81</sup>.

In secondo luogo, vige il principio «*pas de nullité sans texte*», per cui tale tipo di nullità deve essere necessariamente tipica (art. 114, comma 1).

In terzo luogo, vi è la regola «*pas de nullité sans grief*» (art.114, comma 2) considerata una “tradizione” nel diritto francese<sup>82</sup>.

*Grief* è identificato dalla dottrina processualistica con il pregiudi-

<sup>79</sup> L. MAYER, *Actes du proces e théorie fr l'acte juridique*, Paris, 2007, *passim*; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 36<sup>a</sup> ed., Paris, 2022, 778 ss.; L. CADIET, *Code de procédure civile*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, 2023, 154 ss.; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 506 ss.; P. CALLÉ, G. MAUGAIN, G. PANYAN, L. DARGENT, *Code de procédure civile Annoté*, 114<sup>a</sup> ed., Paris, 2023, 227 ss.

<sup>80</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 779 sottolineano la tendenza legislativa moderna a rendere difficile l'annullamento di atti di procedura; L. CADIET, *Code de procédure civile*, cit. 157, fa alcuni esempi di nullità *de fond* che sono state degradate a nullità di forma, così sono considerati ad esempio, la mancanza in un atto estremo per identificare il rappresentante legale di una parte – persona giuridica o la mancanza della forma dell'atto.

<sup>81</sup> Chiara è su tale punto la posizione della Corte di cassazione francese: Cass., 2<sup>a</sup> civ., 22 ottobre 1992, in *JurisClasseur périodique, Générale*, 1991, IV, 453; Id., 22 marzo 2018, n. 17-10476, *ivi*, 2018, 411.

<sup>82</sup> V. LEMEE, *La règle “pas nullité sans grief” depuis le nouveau Code de procédure civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, 23 ss.; G. WIEDERKER, *La notion de grief et les nullité de forme dans le procédure civile*, in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1984, 165 ss.

zio nell'organizzazione della propria attività giudiziaria, che non ha nulla a che vedere con il pregiudizio causato dall'azione altrui alla propria posizione giuridica sostanziale. In buona sostanza, vi deve essere un nesso diretto tra il ritardo e la disorganizzazione dell'attività difensiva e il vizio di forma dell'atto<sup>83</sup>. Il pregiudizio deve essere valutato dal giudice in concreto, non in astratto e non ha niente a che vedere con il possibile risultato del giudizio di merito, ma riguarda l'esercizio del diritto processuale di azione<sup>84</sup>.

Prima di pronunciarsi sulla nullità, il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio tra le parti.

I principi sanciti dall'art. 114 non valgono per l'inosservanza delle formalità sostanziali o di ordine pubblico (*inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public*), le quali possono essere atipiche e opposte senza la necessaria prospettazione di un pregiudizio al proprio diritto di difesa<sup>85</sup>. Tali sono state definite dalla Corte di cassazione<sup>86</sup>, con una formula molto ampia che ricorda il linguaggio del nostro art. 156, ai commi 2 e 3: «*le caractere substantiel est attaché dans un acte de*

<sup>83</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 507 s.

<sup>84</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 793. Ad esempio, è stato dichiarato nullo perché recante pregiudizio all'appellante l'atto d'appello avente una data del giudizio errata; per lo stesso motivo è stata dichiarata nulla una notificazione di un atto d'appello avvenuta presso l'avvocato del primo grado di giudizio, quando doveva essere fatta dalla parte personalmente. Per ulteriori esempi, vedi: P. CALLÉ, G. MAUGAIN, G. PAYAN, L. DARGENT, *Code de procédure civile Annoté*, cit., 235

<sup>85</sup> La giurisprudenza di Cassazione in alcune pronunce sembra richiedere la prospettazione di un pregiudizio effettivo anche in caso *d'une formalité substantielle ou d'ordre public*, così Cass. civ., 30 settembre 2009, n. 08.13-756: «*Attendu qu'aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public et la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ; que constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, et le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice*».

<sup>86</sup> Cass., 3 marzo 1955, in *JurisClasseur périodique, General*, 1955, II, 8654; Id., 3<sup>a</sup> civ., 23 maggio 1973, n. 72 -11664.

*procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet*». La dottrina ha sottolineato la discrezionalità della giurisprudenza nell'interpretazione di questa formula, utilizzata all'occasione per far rientrare nella nullità vizi non previsti nella disciplina della forma degli atti<sup>87</sup>.

Le nullità formali ai sensi dell'art. 112 debbono essere fatte valere prima di qualunque difesa di merito (art. 112). Lo stesso temine dovrebbe valere anche per le nullità relative a formalità sostanziali, tuttavia, la giurisprudenza ammette che si possa far eccezione per le nullità cosiddette di ordine pubblico, purché la controparte non opponga la tardività dell'eccezione<sup>88</sup>.

Se l'eccezione è stata proposta in primo grado, essa può essere riproposta anche in grado d'appello fino al momento di precisazione delle conclusioni<sup>89</sup>.

Per questi due tipi di nullità formale sono previste delle possibilità di sanatoria. In ogni caso è ammessa la sanatoria del vizio per effetto della ripetizione dell'atto prima della sua scadenza (art. 115). Inoltre, la giurisprudenza ammette anche che l'atto formalmente nullo possa essere convertito in atto equipollente, avendone tutti i requisiti di forma<sup>90</sup>.

Differente il regime proprio delle *nullité pour irrégularité de fond* relativi a vizi che affliggono la validità dell'atto, quindi nullità non formali. Esse attengono: al difetto di capacità di essere giudice<sup>91</sup>; al difetto di capacità della parte o di colui che ha la rappresentanza di una

<sup>87</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 508 citano come esempi, tra gli altri, quelli del mancato giuramento dell'esperto (Cass., 1<sup>a</sup> civ., 16 luglio 1998, in *Bulletin de arrêtés de la Cour de cassation (chambres civiles)*, 1998, I, n. 255), ovvero la mancata precostituzione dei termini del rapporto prima di dare l'incarico ad un esperto (Cass., 2<sup>a</sup> civ., 29 novembre 2012, n. 11-10805, in *JurisClasseur périodique, General*, 2013, n. 15).

<sup>88</sup> Cass., 2<sup>a</sup> civ., 16 marzo 2017, 15-18805; Id., 1<sup>o</sup> febbraio 2018, n. 16-27322.

<sup>89</sup> L. CADIET, *Code*, cit., 155.

<sup>90</sup> Cass., 12 ottobre 1976, D 1975, IR 333, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1977, 365.

<sup>91</sup> da intendersi come incapacità giuridica o incapacità di esercitare la professione, così C. C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 786, e sulla capacità di esercitare la professione di giudice 256 ss.

persona giuridica<sup>92</sup>; al difetto di capacità di chi assume la rappresentanza di una parte del giudizio (art. 117)<sup>93</sup>.

Esse non sono soggette alla regola della tipicità e non richiedono la prospettazione di un pregiudizio effettivo (art. 119); sono proponibili per tutta la causa a meno che non sia disposto diversamente; infine, possono essere rilevate d'ufficio dal giudice se sono d'ordine pubblico, come quelle che riguardano la capacità della parte (art. 120).

Anche le nullità sostanziali sono soggette ad un regime di sanatoria: ai sensi dell'art. 121 c.p.c., qualora l'atto inficiato dalla nullità sostanziale sia suscettibile di conversione, la nullità non può essere pronunciata se viene meno nel momento in cui il giudice statuisce. La convertibilità dell'atto così viziato non è scontata, dipende dal tipo di vizio dal quale è affetto ed in proposito vi è un'ampia casistica giurisprudenziale: così ad esempio, non viene considerato convertibile l'atto compiuto da una persona giuridica inesistente; mentre viene considerata sanabile la nullità degli atti compiuti da un "falso" rappresentante in una procedura in cui non è prevista la rappresentanza obbligatoria<sup>94</sup>.

Ai sensi dell'art. 2241 c.c. non è più possibile alcuna sanatoria nel momento in cui si sia verificata una decadenza o sia maturata una prescrizione.

La giurisprudenza è divisa sul punto se sia ancora possibile la regolarizzazione degli atti della procedura in appello, quando c'è stata una pronuncia del giudice di primo grado, senza che sia stata affrontata la questione di nullità *du fond* durante il relativo giudizio<sup>95</sup>.

Alla nullità dovrebbe fare eccezione il vizio di inesistenza, che sus-

<sup>92</sup> In questa categoria rientrerebbe il difetto di capacità di agire della parte o del rappresentante della persona giuridica, non il difetto di mandato alla lite.

<sup>93</sup> In questa categoria rientrerebbe sia il difetto di capacità di agire del rappresentante legale in giudizio o dell'avvocato, sia il difetto di mandato alla lite. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 412 ss., gli autori mettono in evidenza come in alcuni casi limite sia difficile ricondurre il vizio di nullità nell'uno piuttosto che nell'altro settore.

<sup>94</sup> Si rinvia a P. CALLÉ, G. MAUGAIN, G. PAYAN, L. DARGENT, *Code de procédure civile Annoté*, cit., 250 ss. per l'esposizione dell'ampia casistica giurisprudenziale.

<sup>95</sup> A favore è Cass., 25 marzo 2010, n. 09-13.672; contro questa possibilità. Cass., 23 febbraio 2011, n. 09-13.867.

sisterebbe in tutti casi in cui non sia possibile individuare gli elementi essenziali per la qualificazione di un atto giuridico. Si dovrebbe trattare di un vizio di forma così grave da essere paragonabile alla mancanza vera e propria dell'atto. In tal caso l'atto si dovrebbe intendere come non avente mai prodotto i suoi effetti fin da principio, a prescindere dalla dichiarazione di nullità<sup>96</sup>.

In verità, la Cassazione in una nota sentenza ha stabilito che quando un atto è affetto da vizi di forma tali da minarne l'essenza, il vizio è soggetto al regime proprio delle nullità sostanziali<sup>97</sup>; quindi, in qualche modo, non ha sancito un regime di reale inesistenza.

Inoltre, la giurisprudenza di Cassazione ha limitato l'estensione del regime delle nullità *du fond* a rari casi di vizi formali considerati particolarmente gravi: ha avuto in proposito un atteggiamento limitativo. Al contrario, la dottrina ha messo in evidenza come sarebbe opportuno estendere regime delle nullità *du fond* a tutte le nullità formali che si infrangano contro i principi dell'organizzazione giudiziaria ovvero contro i principi fondamentali della procedura<sup>98</sup>.

Visto il carattere della disciplina delle nullità formali nel codice di procedura civile francese esse vengono perlopiù assorbite nel corso del procedimento. Rimane la nullità della decisione finale per vizi di forma dell'atto ovvero alla violazione delle regole che presiedono all'elaborazione del giudizio prescritte a pena di nullità (art. 458)<sup>99</sup>. Per tali vizi non vale ovviamente il principio del pregiudizio effettivo, ma alcune nullità sono comunque soggette ad un regime stringente. Così a sensi del secondo comma dell'art. 458 le nullità relative alle modalità della pronuncia della sentenza di cui agli artt. 451 e 452, possono essere fatte valere solo se la loro inosservanza è stata invocata in sede di giudizio: infatti, davanti alle parti si dà lettura della sentenza, anche solo del dispositivo. Le contestazioni relative alla regolarità dell'organo giudi-

<sup>96</sup> L. MAYER, *Actes du proces e théorie fr l'acte juridique*, cit., 56 ss.

<sup>97</sup> Così Cass., 7 luglio 2006, la quale ha cassato un *arrêt d'appel* che aveva indicato come data d'udienza un giorno festivo. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali si rinvia a C. CANAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 783.

<sup>98</sup> C. CHAINAIS, *Les sanction en procédure civile. A la rechentes d'un clavier bien tempéré*, in *Les sanctions en droit contemporain*, diretto da C. Chainais, D. Fenouillet, Paris, 2012, 357.

<sup>99</sup> L. CADDIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 676 ss.

cante devono essere presentate, a pena di inammissibilità, non appena aperta la discussione ovvero non appena l'irregolarità sia scoperta, se essa si manifesta successivamente; in caso contrario, la conseguente nullità su tale capo non potrà essere pronunciata, anche d'ufficio (art. 430, comma 1).

Si può dare uno sguardo anche ad un altro ordinamento di carattere francofono dove il principio «*pas nullité sans grief*» è egualmente stabilito nel codice di procedura civile o meglio nel *code judiciaire* contemporaneo entrato in vigore nel 1965: si tratta dell'ordinamento belga<sup>100</sup>.

La nullità di un atto derivante da un vizio di forma viene trattata come un'eccezione che comporta l'annullamento dell'atto stesso. Seguiamo l'evoluzione che è servita per arrivare a questo risultato.

Nel testo originario *code judiciaire* era già stata sancita espressamente la regola «*pas de nullité sans texte*» all'art. 860, comma 1, per reagire all'atteggiamento della giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del codice, che tendeva a creare delle nullità assolute. Se tale regola non ammetteva deroghe, la regola «*pas nullité sans grief*» parimenti stabilita nel codice, non era assoluta: all'originario art. 862 erano previste una serie di casi in cui la violazione della formalità assumeva carattere sostanziale (*formalites soustanntielles*), ma era comunque il legislatore a dover valutare preventivamente che la mancanza o l'inesatto adempimento di una formalità ovvero il mancato rispetto di un termine fosse sì grave da causare nullità senza la frapposizione di alcun pregiudizio ulteriore. Questi vizi potevano essere fatti valere nell'arco di tutto il procedimento, fino al momento della rimessione della causa in decisione e se senza dover prospettare uno specifico pregiudizio<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> A.A.V.V., *Droit du procès civil*, UBL, 2019, vol. II, 118 ss.

<sup>101</sup> La categoria delle nullità assolute comprendeva:

- 1) il mancato rispetto di termini previsti a pena di nullità o di decadenza;
- 2) la mancanza della firma di un atto prevista a pena di nullità;
- 3) l'omissione della data dell'atto se questa fosse necessaria per apprezzarne gli effetti;
- 4) l'omissione dell'indicazione del giudice, salvo quando l'omissione poteva far supporre che il giudice fosse quello dell'atto introduttivo;
- 5) l'omissione o l'irregolarità del giuramento imposto al testimone o al consulente tecnico;

Con la legge 3 agosto 1992 fu introdotta una prima modifica al regime delle nullità assolute: all'art. 867 venne sancita la regola in virtù della quale la nullità non poteva esser dichiarata se dagli atti del procedimento risultasse che l'atto formalmente imperfetto avesse conseguito lo scopo che era attribuito dalla legge, ovvero la formalità non menzionata fosse stata effettivamente compiuta. Questa regola ha avuto un ritocco con la legge del 26 aprile 2007, in virtù della quale anche il mancato rispetto di alcuni termini, ad eccezione dei termini per l'introduzione del ricorso, non avrebbe dato luogo a nullità, se lo scopo sotteso al rispetto di tale regola fosse stato egualmente raggiunto<sup>102</sup>.

In tal modo era possibile rimediare a nullità assolute, ed esempio, se il successivo atto della procedura fosse stato regolarmente compiuto, o se mancando la firma di un atto nell'originale, essa vi fosse nella copia notificata.

La regola «*la formalité n'a pas été accomplie mais le but de loi est néanmoins*» poneva le nullità formali effettivamente a presidio della tutela dei principi cardine dell'ordinamento giudiziario; tuttavia, l'art. 867 venne criticato per l'indeterminatezza della formula usata dal legislatore, che poteva dare origine ad arbitri giurisprudenziali<sup>103</sup>.

La vera rivoluzione avvenne con la legge 19 ottobre 2015, la quale sopprime definitivamente la categoria delle nullità assolute, abrogando di conseguenza anche l'art. 867; la regola «*pas nullité sans grief*» oggi non consta più di alcuna eccezione<sup>104</sup>.

Un'ulteriore importante modifica venne stabilita dalla legge 19 ottobre 2018 all'art. 861, comma 2, ai sensi del quale il giudice può disporre la riparazione del pregiudizio al posto di pronunciare la nullità.

Infine, con la legge 25 maggio 2018 è stata trasformata in una nulli-

6) l'omissione della menzione delle modalità di notificazione dell'atto alla persona destinataria.

<sup>102</sup> La regola dell'art. 867 alla fine risultò essere questa: «*l'omission ou l'irrégularité de la forme d'un acte, en ce compris le non-respect de délais visés par la présente section, ou de la mention d'une formalité de peut entraîner la nullité, s'il est établi par les pièces de la procédure que l'acte a réalisé le but que la loi assigne ou que la loi lui assigne ou la formalité non mentionnée a, en réalité, été remplie*».

<sup>103</sup> P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, ULB, 2003, 184.

<sup>104</sup> A.A.V.V., *Droit du procès civil*, cit., vol. II, 125.

tà di ordine privato anche una nullità che veniva considerata di ordine pubblico e rilevabile d'ufficio dal giudice: il mancato rispetto della legge sull'uso del linguaggio in materia giudiziaria, la legge 15 giugno 1935<sup>105</sup>.

Il nuovo assetto della disciplina delle nullità che è risultato da questa serie di interventi ha decisamente limitato la dichiarazione delle nullità e ha avuto come conseguenza anche la riduzione del carico giudiziario, seppur a scapito del fenomeno della deformalizzazione della procedura<sup>106</sup>.

Veniamo ora alla disciplina dei vizi di nullità per mancato rispetto delle forme del procedimento attualmente vigente (artt. 860 – 866).

In primo luogo, l'atto che viene dichiarato nullo è privato fin da principio dei suoi effetti, per cui non può impedire decadenze o il maturarsi della prescrizione nel frattempo intercorse, salvo eccezioni: così l'atto d'appello dichiarato nullo può interrompere i termini di decadenza (art. 1050 *code judiciaire*).

Tre sono le regole sulle quali poggia la disciplina della nullità per vizi di forma.

La prima è «*pas de nullité sans texte*» (art. 860, comma 1).

La seconda regola è «*pas de nullité sans grief*» (art. 861, comma 1). La parte che eccepisce la nullità deve anche in questo ordinamento dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità tra il vizio dell'atto e il pregiudizio al suo diritto di difesa in maniera specifica<sup>107</sup>.

A questa regola è stata introdotta un'eccezione al secondo comma dell'art. 861, che è divenuto il terzo principio sul quale si fonda la nullità: «*pas de nullité si le grief peut être réparé*». Se davanti alla prospettazione di un'eccezione di nullità il giudice la dovesse ritenere riparabile, si avrebbe il rigetto dell'eccezione accompagnato dalla determinazione delle misure per porre rimedio alla nullità a spese dell'autore dell'atto e dell'indicazione del termine per il compimento dell'atto. Decorso inutilmente tale termine la nullità si compirebbe.

L'eccezione di nullità deve essere proposta prima di ogni altra di-

<sup>105</sup> A.A.V.V., *Droit du procès civil*, cit., vol. I, 335 ss.

<sup>106</sup> A.A.V.V., *Droit du procès civil*, cit., vol. II, 121 s.

<sup>107</sup> Cass., 8 settembre 2008, citata in A.A.V.V., *Droit du procès civil*, cit., vol. II, 125, nota 249.

fesa di merito, fino al momento di precisazione delle conclusioni (art. 864): se l'eccezione è tardiva, il giudice non può tenerne conto.

Una disposizione specifica è prevista per il caso in cui l'atto manchi della firma prescritta: il giudice può fissare un'apposita udienza per la regolarizzazione dello stesso atto sotto tale profilo.

In conclusione, il criterio del pregiudizio o lesione effettiva del diritto di difesa viene utilizzata in questi due ordinamenti francofoni come limite al dispiegarsi degli effetti della nullità nel corso del procedimento, con una portata diversa rispetto a come esso si va configurando nel nostro ordinamento giuridico, dove esso sta sviluppando soprattutto con riferimento alla fase delle impugnazioni.

Quel che si può rimarcare è come negli ordinamenti esaminati, ma pure nel nostro ordinamento giuridico, si cerchi una via per limitare l'importanza del vuoto rispetto delle forme, considerandole in tal caso un limite al dispiegarsi di un processo che arrivi fino in fondo, fino allo scopo per cui è preordinato. Basti pensare che in Belgio la modifica della disciplina della nullità ha dato un sostanziale aiuto all'eliminazione dell'arretrato giudiziario.

##### 5. *L'eccezione di nullità*

Si tratta ora di fare il punto della situazione è verificare quale sia nel nostro ordinamento la disciplina degli strumenti per far valere la nullità: se sia necessaria in ogni caso la prospettazione di un pregiudizio effettivo; se per alcune violazioni di forme processuali si possa immaginare il collegamento con principi fondamentali del giusto processo, in modo ritenere che il pregiudizio sia *in re ipsa*, mentre per altre violazioni torni la necessità dell'allegazione della specifica lesione subita dal proprio diritto di difesa; ovvero se la denuncia di una nullità, in ogni caso, sia sufficiente, senza ulteriori aggiunte, perché nel momento in cui il legislatore ha prescritto una specifica forma processuale ha già disposto intorno al regime dei mezzi per far valere il suo mancato rispetto.

In primo luogo, è opportuno distinguere tra eccezione di nullità e impugnazione per vizi procedurali.

Iniziamo con considerare le condizioni alle quali è sottoposta l'eccezione di nullità.

L'art. 157 comma 2, sembra stabilire come regola che i vizi di forma siano excepti dalla parte nel cui interesse è stabilita la nullità, senza che sia necessario indicare nello specifico come sia stata pregiudicata la propria attività difensiva. Il requisito dell'interesse al quale si riferisce la norma ben può essere inteso come riferimento dell'eccezione alla parte a vantaggio della quale è stato stabilito il requisito formale<sup>108</sup>.

Unico limite all'eccezione di nullità è dato dalla sanatoria per il

<sup>108</sup> R. ORIANI, voce *Nullità*, cit., 9 ss., secondo il quale «ai fini dell'accoglimento dell'eccezione di nullità la parte, nel cui interesse sono stabiliti requisiti formali dell'atto, non dovrebbe né allegare né provare che la nullità le ha provocato un pregiudizio, la regola *pas de nullité sans grief* non risulterebbe infatti né dall'art. 157, 2° comma, né dal sistema delle nullità, in quanto la valutazione dell'interesse sarebbe fatta una volta per tutte dal legislatore nel momento in cui prescrive, per proteggere una parte, determinati requisiti formali dell'atto; il pregiudizio sarebbe in *re ipsa*»; vedi dello stesso autore, R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 121 ss. Parimenti ritengono che la parte sia legittimata a far valere la nullità anche senza la prova dell'esistenza di un pregiudizio effettivo, perché il pregiudizio sarebbe in *re ipsa*: G. MARTINETTO, *Delle nullità*, cit., 1597 s. il quale nega che dagli artt. 157 e 100 si possa desumere la necessità che sia allegato un pregiudizio di carattere processuale; l'autore sottolinea come il principio dell'interesse ad agire riguardi atti che si ricollegano a poteri processuali coordinati all'affermazione di un diritto sostanziale; R. POLI, *Invalidità*, cit., 207 s.; R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit., 85 ss.; V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 189 ss., la quale sottolinea la differenza tra tale disposizione e l'art. 139 del progetto Redenti che subordinava la declaratoria di nullità all'eccezione di parte «sempreché vi abbia interesse». Al contrario, ritengono che la parte debba dimostrare di avere un interesse alla dichiarazione della nullità, identificabile con l'interesse ad agire: V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. I, 413; V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 478; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 199; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 234 s. Parte della dottrina applica alla disciplina dell'eccezione di nullità quella della rimessione in termini: A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo di cognizione*, cit., 84 ss. e 140; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 398, secondo il quale la nullità di un atto non è di per sé sola presupposto della rimessione in termini, ma si dovrebbe dimostrare che la nullità si sia risolta in un impedimento all'esercizio di un potere processuale; questa conclusione deriverebbe non solo dai principi della rimessione in termini, ma anche da quelli della nullità, in particolare dalla regola fondamentale secondo cui la nullità di un atto non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo al quale è destinato; in sostanza, l'autore coordina strettamente l'art. 294 c.p.c. con gli artt. 156, 159, 162 e 164 c.p.c.; su posizioni analoghe anche F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 143 ss.

raggiungimento dello scopo dell'atto ai sensi dell'art. 156, terzo comma.

Secondo Denti<sup>109</sup> gli articoli 156 e 157 andrebbero letti insieme e armonicamente coordinati: lo scopo sarebbe raggiunto se si avveri nella serie procedimentale l'evento successivo cui l'atto è preordinato, ossia il comportamento della parte che rappresenta l'attuazione dell'obbligo, o l'adempimento dell'onere o l'esercizio del potere, la cui costituzione era prevista quale effetto dell'atto viziato; la sanatoria per il raggiungimento dello scopo opererebbe attraverso un comportamento della parte, cui spetterebbe opporre l'eccezione di nullità e opererebbe come ostacolo alla pronuncia della nullità risolvendosi in una forma di acquiescenza; perciò la sanatoria per raggiungimento dello scopo non potrebbe operare nel momento in cui la nullità sia rilevabile s'ufficio.

Si tratta di una visione limitata della funzione dell'art. 156, comma 3. È preferibile l'opinione dottrinale<sup>110</sup> secondo la quale l'art. 156, cpv è uno schema generale il cui scopo sarebbe quello di anticipare per estensione la rilevanza processuale dei comportamenti che non eguagliano lo schema di atto disciplinato nella parte speciale del codice. In tal modo il codice aumenterebbe la tutela dei singoli scopi tipizzati nel delineare l'attività dei vari soggetti, che rappresentano frazioni dello scopo generale del processo, così che esso possa essere conseguito. Tale norma sarebbe un filtro attraverso il quale il processo attrarrebbe a sé una condotta umana naturalisticamente (*sub specie formae*) non rispondente a un tipo normativo ma che di quel tipo normativo conten-

<sup>109</sup> V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 477 s.; analogamente E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 234 s. In senso contrario G. MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, cit., 1590 s., che pure riferisce l'art. 156 ai soli atti propulsivi della parte, ma non fa coincidere il raggiungimento dello scopo con una forma di acquiescenza.

<sup>110</sup> Così F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza»*, cit., 132 ss. In precedenza E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, 255 ss., indicando come scopo il risultato pratico dell'atto, ragion d'essere della norma, specifica che esso è il modo attraverso il quale l'ordinamento vuole che l'atto cooperi al conseguimento del fine complessivo del processo; R. POLI, *Invaldità ed equipollenza*, cit., 407 ss., individua lo scopo dell'atto in sé e lo scopo ultimo dell'atto all'interno del procedimento; entrambi contribuirebbero a modellare le forme del procedimento sia dal punto di vista statico che dal punto di vista dinamico.

ga almeno (ma sempre in termini apprezzabili *sub specie formae*) l'aspirazione della volontà: un filtro d'ingresso verso ciò che è processualmente rilevante, una misura economica conservativa che decrementerebbe le volte in cui il processo finirebbe per «girare a vuoto», limitando le decisioni incapaci di giudicato sostanziale.

La considerazione del raggiungimento dello scopo prefissato dalla norma astratta da parte dell'atto formalmente non conforme allo schema legale, non può che avvenire in riferimento alla fattispecie che concretamente si è realizzata<sup>111</sup>.

Partendo dal presupposto che scopo del procedimento sia il raggiungimento di una pronuncia di merito, nel rispetto del principio del contraddittorio in concreto, avendo cioè consentito l'espletamento delle attività difensive possibili delle parti, è preferibile finché ci sia il procedimento in corso, più che imporre alle parti, la quale faccia valere la nullità, di indicare lo specifico pregiudizio al proprio diritto di difesa, che il giudice nel dichiarare la nullità disponga le attività necessarie per il recupero delle facoltà processuali perse.

Questa ricostruzione è in linea con il nuovo articolo 101 c.p.c., comma 2, primo periodo, secondo il quale il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> E. MINOLI, *op. cit.*, 259; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1584 s. e 1589 individua il raggiungimento dello scopo nel verificarsi dell'evento materiale perseguito dall'atto; R. ORIANI, voce *Nullità*, cit., 6 s.; R. POLI, *op. cit.*, 406 ss., il quale sottolinea come i primi due commi dell'art. 156 si riferiscano allo scopo considerato in astratto, mentre il terzo allo scopo considerato in concreto; in particolare, secondo l'autore, dal fatto che il terzo comma dell'art. 156 si riferisca ad entrambi i commi precedenti, si potrebbe desumere che anche il secondo comma contempli un atto nullo per inidoneità allo scopo in astratto, ma sanabile per l'insussistenza di tale idoneità in concreto; ciò vuol dire che prima andrebbe costruita la fattispecie astratta, con riferimento al modello legale, considerando quali sono i requisiti indispensabili al raggiungimento del suo scopo; una volta che in concreto si sia verificata una fattispecie difforme dal modello legale, il giudice dovrebbe verificare se lo scopo sia stato effettivamente e egualmente raggiunto; C. BESSO, *Della nullità*, cit., 705 s.; V. CAPASSO, *op. cit.*, 209 ss., la quale conclude come nel caso contemplato dall'art. 156, comma 2, sia la parte che eccede la nullità a doversi far carico della dimostrazione del vizio perché tale norma presupporrebbe che l'atto sia formalmente perfetto.

<sup>112</sup> C. DELLE DONNE, *Principio del contraddittorio*, cit., 64, ritiene che tale disposi-

Per armonizzare la disposizione con la posizione da ultimo riferita è da ritenere che essa possa essere così interpretata: quando c'è una violazione del principio del contraddittorio tale da comportare la nullità del procedimento, ovvero da impedire ad esso di raggiungere il suo scopo specifico in quella fase processuale, il giudice, dichiarata la nullità, adotta i provvedimenti opportuni, ovviamente per rimediare alla viola-

zione, dopo aver enunciato in un primo momento il dovere generalizzato del giudice di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, indebolisca tale principio, individuando alcune lesioni del contraddittorio come irrilevanti. Secondo l'autrice la riforma avrebbe codificato la distinzione tra regole "forti" del processo, da rispettare a pena di nullità, e regole "deboli", la cui violazione resterebbe innocua, tra contraddittorio "forte" e contraddittorio "debole". L'autrice cita esempi di contraddittorio forte in riferimento alle numerose disposizioni speciali che presidiano il rispetto del principio del contraddittorio nella fase genetica del processo, così le disposizioni relative alla nullità dell'atto di citazione ovvero alla sua notificazione (artt. 164 e 294 c.p.c.). Contraddittorio debole si avrebbe, invece, in tutti gli altri casi in cui la legge prescrive che le parti debbano essere sentite: in queste ipotesi la violazione del contraddittorio sarebbe rimediabile previa dimostrazione della sua offensività in concreto. Della stessa autrice vedi in argomento: C. DELLE DONNE, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino, 2019, *passim*. Per la verità la dottrina classica distingue tra l'ipotesi di cui all'art. 164 e quella di cui all'art. 294 c.p.c., dove non ci sarebbe l'automaticità dei meccanismi recuperatori legati alla constatazione della lesione del contraddittorio, ma la parte contumace dovrebbe dimostrare la sussistenza di un legame tra la nullità della notificazione o della sua citazione e la sua mancata conoscenza, sul punto F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 138 ss.

Contrari all'impostazione di Delle Donne: V. CAPASSO, *Note sul nuovo?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, cit., e R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c., cit., 222 ss.*, i quali ritengono invece che la norma abbia voluto riaffermare la necessità del rispetto del principio del contraddittorio nel corso di tutto il procedimento. In particolare, la prima autrice mette in evidenza come una nullità di carattere assoluto come la violazione del principio del contraddittorio mal si concili con il criterio del pregiudizio effettivo. Il secondo autore nota come l'introduzione di tale principio nel nostro ordinamento in relazione all'eccezione di nullità avrebbe la triplice conseguenza di: a) degradare le norme processuali a meramente facoltative, b) aggravare la posizione processuale della parte incolpevolmente colpita dal vizio in manifesta violazione del principio di parità delle armi; c) introdurre surrettiziamente delle valutazioni preliminari di ammissibilità delle difese determinanti la sommarizzazione di segmenti più o meno ampi della cognizione. Inoltre, secondo lo stesso autore, qualora con la riforma si fosse voluto introdurre tale novità nel codice di procedura civile, si sarebbe dovuti intervenire direttamente sulla disciplina delle nullità, in particolare, sull'art. 157 c.p.c.

zione del diritto di difesa; come del resto sembra che già si potesse desumere dall'art. 162, comma 2 c.p.c.

Se l'errore è proprio nella scelta del rito, è ovvio che a giudizio in corso il giudice non sia in grado di prevedere quanto esso possa influire sul corretto svolgimento del processo di cognizione. Conseguentemente, è logico che esso debba essere rilevato in ogni momento dal giudice; si possono considerare gli artt. 426, 427 e 439 le norme di riferimento da applicare in questi casi in via analogica, salvo discipline specifiche eccezionali<sup>113</sup>; esse non sembrano concedere una valutazione discrezionale al giudice che lo deve disporre.

Il principio precauzionale, unito alla necessaria ragionevole durata del processo, ha portato il legislatore a ritenere utile la conversione in corso di procedimento a prescindere da qualunque valutazione finalistica. Mutato il rito la parte ha la possibilità di recuperare tutte le attività non previste nel rito errato, con modi e tempi del rito corretto<sup>114</sup>.

Il mutamento del rito deve essere disposto con un provvedimento di carattere ordinatorio, un'ordinanza adottata dopo lo svolgimento di regolare contraddittorio tra le parti: essa, quindi, è revocabile e modificabile dal giudice che l'ha emessa, ma non impugnabile<sup>115</sup>. Una volta che il primo giudice si sia spogliato della causa, il secondo al quale la causa sia pervenuta potrebbe ritenere a sua volta il rito mutato non corretto: allora, per uscire dall'*impasse*, dato che non è prevista la remissione ad alcun giudice superiore d'ufficio, perché non si tratta di competenza, a lui non rimarrebbe che decidere in rito con sentenza.

<sup>113</sup> Cap. VII, § 10.

<sup>114</sup> Nel momento in cui dovesse sorgere una questione di rito nel processo del lavoro o nel rito ordinario per una causa di lavoro, il giudice sarebbe tenuto a fissare un'apposita udienza per consentire alle parti di dibattere sulla questione; una volta disposto il mutamento del rito il giudice davanti al quale era stata iniziata la causa non può fissare nessuna successiva udienza, ma deve rimettere il fascicolo d'ufficio al capo dell'ufficio giudiziario che provvede ad assegnarlo al giudice ordinario, piuttosto che al giudice del lavoro. Sulle ordinanze di mutamento di rito e sulle problematiche ad esse collegate vedi: L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., 236 ss.; E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, 146 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, D. DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 93 ss.

<sup>115</sup> G. TRISORIO LIUZZI, D. DALFINO, *op. cit.*, 93.

Infatti, è inimmaginabile un continuo rimpallo da un giudice ad un altro, cosa che potrebbe accadere se anche il secondo giudice adottasse un provvedimento di carattere ordinatorio.

Diverso il caso in cui il mutamento di rito non comporti lo spostamento ad un giudice anche persona fisica diversa, come nel caso in cui si passi dal rito a cognizione piena al rito semplificato e viceversa nel primo grado ordinario di giudizio: trattandosi sempre dello stesso giudice eventuali ripensamenti dovrebbero essere limitati; al massimo, se lo schema di decreto correttivo divenisse legge, così come previsto, e si passasse dal rito a cognizione piena a quello sommario senza disporre prima lo scambio di memorie, come pure si dovrebbe fare in applicazione dell'art. 101, comma 2, le parti potrebbero replicare nelle memorie integrative alla decisione del giudice; in sostanza, ci potrebbe essere il rischio, seppur remoto, di un solo ripensamento. Comunque, in questa seconda ipotesi l'errore nella scelta del rito comporterebbe rischi minori rispetto a quello dello scambio tra rito ordinario ed un rito speciale, perché sempre di rito ordinario si tratterebbe, a cognizione piena o semplificato che sia.

Si deve rilevare che quando l'errore di rito abbia determinato la chiusura con un procedimento sommariamente adottato e non impugnabile, anziché la prosecuzione con il procedimento a cognizione piena, non vi sarebbe spazio per alcun rilievo d'ufficio. L'errore di rito allora potrebbe essere denunciato solo con il mezzo di impugnazione.

#### 6. *L'impugnazione per vizi processuali*

Diverso ragionamento deve essere fatto con riferimento all'impugnazione di un provvedimento per *error in procedendo*. L'esigenza di avere interesse ad impugnare<sup>116</sup> coniugato con il principio della ragio-

<sup>116</sup> L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, in particolare 385 dimostra che è nell'esistenza di un margine di vantaggio che si trova il fondamento dell'interesse ad impugnare. Secondo l'autrice, questo criterio di natura prettamente utilitaristica si spiega attraverso un principio generale e fondamentale di cui è informato l'intero ordinamento giuridico, il principio di ragionevole durata del processo. Insomma, «... con il processo di impugnazione si consente l'esplicazione di una ulteriore attività processuale che si giustifica, in termini di interesse, solo di fronte alla possi-

nevole durata del procedimento, rende difficile negare la necessità che l'impugnante prospetti l'effettiva lesione del suo diritto di difesa, descrivendo l'attività processuale che avrebbe potuto e voluto fare e che ovviamente, in qualche modo, avrebbe influito sulla formazione del convincimento del giudice. Questo non significa che vi debba essere la certezza della riforma della decisione presa nel merito, ma almeno la seria probabilità che essa possa essere rimessa in discussione. Se già nell'atto di impugnazione si dovessero rivelare inconsistenti le difese non proposte, l'annullamento della sentenza e la conseguente ripetizione del processo sarebbe solo una perdita di tempo, un abuso, perché con ogni probabilità il giudice dell'impugnazione arriverebbe alla stessa determinazione di quello del grado precedente.

Con riferimento al caso specifico preso in considerazione dalle Sezioni unite n. 36596/2021, ovvero la nullità della sentenza a causa della mancata concessione del termine per le memorie conclusive, vi è un indizio nell'ultima riforma che consente di non considerarlo un adempimento imprescindibile: secondo il nuovo art. 189 il triplice perentorio termine per le note di conclusioni, per le comparse conclusionali, per le memorie di replica è rinunciabile dalle parti, che possono astenersi dal prospettare ulteriori argomentazioni superflue ovvero da prospettare memorie scritte copia-incolla delle precedenti. Se una parte dovesse impugnare perché il giudice ha deciso senza dare prima o non rispettando il termine di cui all'art. 189, da lei non espressamente rinunciato, essa dovrebbe almeno riassumere i punti chiave dell'atto che a suo parere avrebbe potuto influire sulla determinazione del giudice. Se il giudice dell'impugnazione considera serie le difese prospettate, per modo che l'assenza di questo passaggio del procedimento abbia

bile acquisizione di un risultato utile». L'autrice qualifica la sentenza di rito un *minor* rispetto alla pronuncia di merito, fine ultimo del processo, e questo giustificherebbe la possibilità di impugnare per motivi di rito un provvedimento di merito negativo. Infatti, la sentenza di rito consentendo la riproposizione della domanda, garantirebbe la possibilità di avere una nuova *chance* di pronuncia di merito positiva (L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 159 ss.). L'autrice non specifica se il tutto debba avvenire o meno nel medesimo procedimento, ovvero in un grado differente; tuttavia, il principio della ragionevole durata del processo, da lei stessa citato, porta a questa soluzione, ove possibile.

causato un *vulnus* nell'attività processuale dell'impugnante, accoglie l'impugnazione, altrimenti no.

Diversamente si potrebbe concludere con riferimento al mancato rispetto del triplice termine per lo scambio delle tre memorie antecedenti alla decisione a seguito della chiusura dell'istruzione nel procedimento in materia di persone, minori e famiglie, perché in questo contesto tale facoltà processuale non viene dichiarata dalla legge rinunciabile (art. 473 bis.28, comma 1 c.p.c.).

In verità, quello che potrebbe fare la differenza è che nel giudizio ordinario la mancata concessione per il triplice termine finale potrebbe essere considerata una nullità relativa, mentre nel procedimento in materia di persone, minori e famiglie una nullità assoluta. Per cui se possibile, la violazione nel primo procedimento dovrebbe essere fatta valere nell'udienza di rimessione in decisione a pena di decadenza; nel secondo no. Se nel primo procedimento, la nullità non viene eccepita debitamente, si può ritenere sanata o se si vuole il termine implicitamente e posteriormente rinunciato. Nel secondo procedimento, la nullità assoluta non sanata si riverserebbe sul provvedimento decisorio. In entrambi i procedimenti, tuttavia, sia che ci sia stata una specifica decisione sul punto che meno, sarebbe egualmente necessario, nell'impugnare il provvedimento decisorio per motivi di rito, prospettare il modo in cui esso abbia inciso sul proprio diritto di azione: in entrambi i procedimenti egualmente vi sarebbe l'esigenza di evitare l'inutile prosecuzione del procedimento destinato a concludersi come nel grado precedente.

Solo se la violazione del contraddittorio è stata particolarmente profonda si può concludere che, denunciato il vizio, il pregiudizio al diritto di difesa sia *in re ipsa*: così è nelle ipotesi indicate dall'art. 354 c.p.c. La valutazione della lesione al contraddittorio è in via preventiva compiuta dal legislatore stesso nei casi di cui all'art. 354 c.p.c.: essa è stata qualificata talmente grave da comportare come conseguenza un nuovo svolgimento del giudizio ripartendo dal giudice di primo grado, anche se il vizio viene accertato in Cassazione<sup>117</sup>.

<sup>117</sup> Tuttavia, va tenuta in considerazione una pronuncia della Corte di cassazione, Cass., 25 luglio 2019, n. 20152, i *Judicium*, 2019, con nota di G. SCARSELLI, *Sulla necessità di avere un codice di procedura civile e sul dovere di rispettarlo e di farlo rispettare*.

Analogamente si potrebbe concludere nei casi in cui la nullità della citazione abbia impedito di intavolare qualunque difesa di merito *ab origine*; non a caso la nullità della citazione e della notifica della citazione sono accomunate nella disciplina della rimessione in termini del contumace nell'art. 294 c.p.c.: in entrambe le ipotesi, se il vizio ha impedito proprio la conoscenza del processo, le parti dopo aver provato tale circostanza, dovrebbero essere ammesse a svolgere tutte le difese che sono state loro precluse, senza ulteriori allegazioni. Le due ipotesi vengono arbitrariamente distinte solo successivamente, diciamo così, nella fase "rescissoria": l'una si svolge davanti al giudice d'appello; l'altra davanti al giudice di primo grado<sup>118</sup>.

Non c'è nessuna particolare lesione del principio del contraddittorio in una delle ipotesi indicate dall'art. 354, ovvero nella mancanza nella sentenza della sottoscrizione del giudice: qui c'è un caso di inesistenza, o nullità assolutamente insanabile, che pregiudica la sentenza come regola del caso concreto e come titolo esecutivo.

Neppure c'è una lesione del contraddittorio nelle ipotesi di nullità assoluta indicate dall'art. 158 c.p.c. Le regole di ordine pubblico che ci sono dietro queste nullità di per sé costituiscono la giustificazione dell'impugnazione del provvedimento emesso in violazione delle stesse.

Una regola di ordine pubblico sarebbe anche quella dietro le nullità relative alle condizioni dell'azione o alla capacità processuale della parte come sono nullità *du fond* nell'ordinamento giuridico francese.

*re*, secondo la quale anche nel caso di denuncia della violazione dell'art. 102 c.p.c. sarebbe necessario prospettare l'erroneità, nel merito, della decisione impugnata e soprattutto indicare quali facoltà difensive siano state pregiudicate; infatti, non si potrebbe vantare un interesse astratto alla regolarità del giudizio senza evidenziarne i riflessi pratici sulla decisione adottata; si aggiunge ad ulteriore giustificazione della decisione che «In sostanza, a seguito della costituzionalizzazione del principio del giusto processo, la violazione delle regole processuali, per assumere rilievo, deve tradursi nella lesione di specifiche facoltà difensive che compete alle parte allegare e la sua deduzione deve essere sorretta da un interesse pratico, restando esclusa la necessità di regolarizzare il processo qualora non sia riscontrabile alcuna concreta contrazione dei diritti sostanziali e processuali, anche della stessa parte pretermessa».

<sup>118</sup> V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., 244 ss. riprendendo delle osservazioni svolte da F.P. LUISSO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1987, vol. I, 360 ss., pur riconoscendo che tale sia la soluzione allo stato della legislazione attuale, mette in dubbio che essa sia adeguata.

Le nullità di cui all'art. 354, la nullità assoluta della citazione, come sopra intesa, e le altre nullità assolute di cui all'art. 158 e di cui agli artt. 81, 100 e 182, se si volesse usare il linguaggio del legislatore francese, sono nullità di carattere sostanziale.

Certo è che comunque vada, anche quando c'è un vizio processuale, la parte deve difendersi nel merito, davanti al giudice dell'impugnazione stessa ovvero davanti al giudice indicato per la prosecuzione del giudizio dopo l'annullamento o la cassazione.

La ricostruzione storica svolta rende palese come sia il frutto di una lunga evoluzione il superamento della fiducia nelle forme fini a se stesse, perché il processo è uno strumento pubblico e per scopi degni di questo aggettivo va usato: rendere giustizia nel tempo che sia più breve possibile. È passata da molto l'epoca in cui esso era uno strumento (costoso) a disposizione di privati, che stipendiavano un altro privato per decretare la parte vittoriosa: in questo contesto le forme potevano essere una solida garanzia, forse la sola, che almeno il giudice avesse percorso l'iter necessario per arrivare ad una decisione conforme a diritto, equa oppure giusta, che dir si voglia, per questo motivo.

Nella disciplina delle impugnazioni sono riscontrabili diverse disposizioni che impongono di porre un freno immediato ad atti di impugnazione peregrini, pretestuosi.

Così la disciplina dei filtri, che non sono stati eliminati dalla riforma Cartabia, solo razionalizzati, sia in appello che in cassazione: non c'è più il momento filtro, separato dal resto del giudizio, ma è il giudice dell'impugnazione a valutare se questa appaia manifestamente infondata e se così è, si decide in via semplificata<sup>119</sup>. Non solo. In Cassa-

<sup>119</sup> G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 21 ss. nella vigenza dell'abrogato art. 348 bis identificava le ipotesi del filtro con quelle di manifesta infondatezza dell'impugnazione. Altra parte della dottrina individuava i casi di non «ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione» di cui all'art. 348 bis abrogato, come ulteriori rispetto alla sola manifesta infondatezza, così G. IMPUGNATIello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, cit., 735 ss. secondo il quale il superamento del filtro in appello richiedeva la dimostrazione della serietà dell'impugnazione «con una gamma di variabili ampia quanto è ampia e sfuggente la nozione di ragionevolezza». Con riferimento al passato regime del filtro in appello, la dottrina più recente sul tema per pregiudizio effettivo ha negato che attraverso il filtro di cui all'art. 348 bis – 348 ter dovesse essere valutata, ai fini

zione è previsto uno strumento ancor più rapido contro dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, ai sensi dell'art. 380 bis, affidato al presidente della sezione alla quale è assegnato il ricorso o a un consigliere da lui delegato, spendibile prima che sia fissata la data della decisione.

Potrebbe apparire manifestamente infondato un atto d'appello o un ricorso in cassazione in cui si denunci un vizio processuale che prospetti attività non decisive o rilevanti, non dico per ribaltare, ma quantomeno per avere la possibilità di modificare, anche solo parzialmente, l'esito del giudizio del grado precedente.

C'è, poi, la lettura di disposizioni chiave che farebbero propendere per la necessità della prospettazione di un pregiudizio effettivo processuale negli atti di impugnazione laddove il tipo di nullità fatta valere lo esiga.

Nel giudizio d'appello la nuova formulazione dell'art. 342, comma 1, richiedendo l'indicazione de «le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata»<sup>120</sup>, a pena di inammissi-

dell'ammissibilità del mezzo di impugnazione per motivi di carattere processuale, la possibilità che le difese prospettate dalla parte potessero portare ad una probabile riforma di merito della decisione di primo grado, così: R. DONZELLI, *Pregiudizio*, cit., 258 ss.; V. CAPASSO, *op. cit.*, 345 ss.

<sup>120</sup> Va tenuta presente la dottrina, la quale, basandosi sulla lettera dell'art. 342, comma 1 come riformato dopo il 2012, ritiene che l'atto introduttivo dell'appello debba essere impostato in un certo modo, a pena di inammissibilità, quando si prospetti una violazione di rito: sarebbe comunque necessario indicare il nesso casuale esistente tra il vizio di rito e la decisione impugnata, che probabilmente sarebbe stata diversa se tali errori processuali non si fossero verificati, così R. POLI, *Il nuovo giudizio d'appello*, cit., 127; analogamente M.P. GASPERINI, *La formulazione dei motivi d'appello nei nuovi artt. 342 e 434 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 914 ss., in particolare 921; secondo B. GAMBINERI, *Appello*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2018, 163, da tale norma si potrebbe desumere l'onere dell'appellante di accompagnare la denuncia sul rito a quella dell'ingiustizia della sentenza, a pena di inammissibilità, oltre che per difetto di interesse, anche per non rispondenza al modello legale di impugnazione. Queste conclusioni dovrebbero valere sia per l'appello a carattere sostitutivo che per l'appello a carattere solo rescindente, perché la norma non fa nessuna distinzione. Anche con riferimento a tale dato che V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 361 s., conclude per l'inidoneità del modello generale di atto d'appello, così come configurato dall'art. 342, comma 1 nuova formulazione, ad accogliere la denuncia di un vizio di nullità della sentenza;

sibilità, senza distinguere tra norme processuali e norme sostanziali, sembra proprio imporre la prospettazione nell'atto di appello delle modalità in cui l'errore di rito abbia influito sulla decisione di merito. Certo, il modello normativo di atto d'appello potrebbe sembrare inadeguato davanti alla denuncia di nullità che non esigano la prospettazione del pregiudizio effettivo, perché di ordine pubblico processuale non direttamente legate all'esplicazione del diritto di difesa ovvero nei casi in cui la violazione del principio del contraddittorio sia così profonda da aver impedito, in maniera radicale, l'esplicazione delle riconosciute facoltà processuali (perché la parte interessata non era presente incolpevolmente nel processo o perché non ha potuto difendersi integralmente per la premissione di un litisconsorte). Qui basterebbe effettivamente anche solo «richiamare l'attenzione del giudice sul fatto che, in ragione del verificarsi del vizio ... *la sentenza è nulla*»<sup>121</sup>.

Vediamo ora se nel ricorso in cassazione troviamo disposizioni o anche solo indicazioni di conforto alla nostra conclusione.

Il ricorso in cassazione dovrebbe contenere solo le censure in rito, per l'eventuale separazione dalla successiva fase del merito. Tuttavia, l'affermazione del principio della necessaria prospettazione di un'effettiva lesione del diritto di difesa risponde in entrambi i tipi di impugnazione alla medesima esigenza: evitare abusi dello strumento processuale ovvero evitare l'inutile dilungarsi della complessiva vicenda processuale. In ogni caso, una cosa è la prospettazione del pregiudizio subito al proprio diritto di agire nel corso del procedimento, che se avesse avuto piena esplicazione avrebbe potuto influire sul merito, altro sono le specifiche censure di ingiustizia alla decisione di merito. Nel modello di impugnazione solo rescindente l'ulteriore svolgimento delle difese nel merito avviene davanti ad un giudice diverso, la prospettazione del pregiudizio effettivo davanti al giudice che dovrebbe "rescindere".

Si è concordi con la lettura dell'art. 360 bis in combinato disposto con l'art. 360 c.p.c., secondo la quale tale disposizione richiederebbe la

piuttosto esso dovrebbe essere adattato nel senso di ritenere assolto l'onere formale imposto dall'art. 342, comma 1, solo che l'impugnate richiami l'attenzione del giudice sul vizio stesso.

<sup>121</sup> V. CAPASSO, *op. cit.*, 362.

valutazione in concreto dell'interesse ad impugnare, con la conseguenza che i vizi *in procedendo* dovrebbero portare alla cassazione del provvedimento impugnato solo se abbiano recato un effettivo pregiudizio al diritto di azione o di difesa delle parti oppure abbiano compromesso i principi di ordine pubblico sui quali si fonda il processo<sup>122</sup>.

Infine, un'ultima disposizione si può citare a conferma della generale tendenza dell'ordinamento ad evitare che la parte insoddisfatta possa lucrare tempo e mezzi, prospettando maliziosamente o meno impugnazioni utili solo ad allungare i tempi del processo: l'art. 360 riformato al penultimo comma (che riproduce il penultimo comma dell'art. 348 ter abrogato), esclude che quando la pronuncia di appello confermi la decisione di primo grado per le stesse ragioni, inerenti ai medesimi fatti, posti a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione possa basarsi sul motivo di cui al comma primo, n. 5 del medesimo articolo, salvo che non si tratti delle cause di cui all'articolo 70, primo comma. La parte, anche in caso di pregiudizio sul rito, si deve attivare perché non venga confermata la decisione per le medesime ragioni di fatto, ovviamente purché ci sia stata decisione nel merito.

Come si è già detto non è necessaria la prospettazione di un pregiudizio effettivo nei casi di nullità sopra indicati come nullità sostanziali; certo è da rimarcare che anche in tali evenienze, oltre che all'annullamento, la parte dovrebbe comunque pensare alle difese in merito, che se si tratta di appello dovranno essere contenute nel medesimo atto, salvo di rimessione della causa al primo giudice.

Per finire, è da considerare l'argomento, che le Sezioni unite n. 36596/2021 traggono dal confronto con l'impugnazione di nullità del lodo arbitrale a favore della conclusione che qualunque violazione del principio del contraddittorio dia luogo in cassazione all'annullamento *tout court*, senza indagini ulteriori<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> C. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, cit., 309 s. Per ulteriori riferimenti e approfondimenti si rinvia a S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012, 181 ss.

<sup>123</sup> F. AULETTA, *La nullità degli atti processuali ovvero ... taking (procedural) rights seriously*, cit., 551 s., considera azzardato l'allineamento tra «il corso del procedimento arbitrale» e quello del processo giudiziario, soprattutto perché l'«espressa sanzione di nullità in arbitrato richiederebbe «forme prescritte dalle parti» (art. 829, n.

Le basi di questo sillogismo appaiono non omogenee: è vero che secondo le conclusioni della dottrina maggioritaria<sup>124</sup> l'impugnazione del lodo rituale per nullità non è un primo grado di giudizio ma un secondo grado; tuttavia, esso non ha le caratteristiche dell'appello, piuttosto della *querela nullitatis*, almeno nella prima fase esclusivamente rescindente. La Corte d'appello deve solo procedere all'annullamento o meno del lodo a seconda che sussistano o meno i vizi elencati dall'art. 829 c.p.c., senza indagini sulla rilevanza del vizio nelle dinamiche processuali che portano alla decisione. In questo ci sembra di cogliere un'importante differenza rispetto al giudizio di cassazione, nell'ambito del quale alcune disposizioni, la disciplina dei filtri, anche rinnovati, il combinato disposto degli artt. 360 bis e 360 c.p.c. indicano che la Corte valuta preliminarmente la rilevanza delle censure proposte rispetto alla possibilità di incidere sulla decisione impugnata.

In conclusione, il provvedimento adottato con rito errato è viziato. La denuncia del vizio va accompagnata dall'indicazione del pregiudizio al contraddittorio, del modo in cui l'errore di rito abbia effettivamente influito sull'esercizio del diritto di difesa e in ultima analisi sulla formazione della decisione di merito. Bisogna indicare le specifiche nullità degli atti o dei segmenti di procedimento che a causa delle differenze tra rito adottato e previsto hanno causato un pregiudizio processuale alla parte soccombente, riversatosi poi nella decisione adottata.

7, c.p.c.), seminando il dubbio che sia la qualità del potere impiegato nel delineare le regole del processo arbitrale e non già la regola procedurale di per sé a costituire la consistenza del potere di invalidazione dell'atto decisorio inosservante di quella regola; A. BRIGLUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni*, cit., 137 ss., nota come l'argomento a fortiori adombrato dalle Sezioni unite potrebbe non valere molto e risultare ideologicamente ribaltabile: «...il contraddittorio deve tutelarsi “più e meglio” nell'unico grado di merito innanzi ai giudici privati (con le opportune conseguenze impugnatorie) proprio perché la cognizione di merito degli arbitri non è altrimenti controllabile, a differenza di quella del giudice di primo o di secondo grado».

<sup>124</sup> Senza pretesa di completezza si rinvia a: G. RUFFINI, *Alcune considerazioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, 538 ss.; S. BOC-CAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, vol. I, 212 ss.; E. MARINUCI, *L'impugnazione del lodo dopo la riforma*, Milano, 2009, 4 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 455 ss.

Se non si riesce a mettere in evidenza la connessione causa-effetto, l'ipotetica nullità diventa una mera irregolarità irrilevante<sup>125</sup>.

Se per motivi di rito viene impugnato un provvedimento sommario decisorio, di per sé non impugnabile, perché la parte non ha avuto modo di opporsi per irregolarità della notifica o comunicazione del deposito del progetto di divisione, come accade nel giudizio di divisione, ovvero per irregolarità dell'atto di citazione, ad esempio mancante dell'avvertimento specifico, nel procedimento per convalida di licenza o sfratto per finita locazione o per morosità (di cui 660, comma 3), bisogna valutare le diverse possibili opzioni. Se si considerano questi provvedimenti impugnabili con appello, allora chi impugna deve svolgere le sue difese, perché il giudice d'appello, visto il vizio dovuto alla parte di procedimento mancante, diventa lui stesso giudice dell'opposizione. Se il giudice ha convalidato la licenza o lo sfratto, nonostante siano stata fatta opposizione, anche qui, si deve far presente al giudice d'appello il contenuto delle proprie difese, semplicemente riproducendo il contenuto dell'opposizione o elaborando l'atto di opposizione che non si è potuta svolgere prima.

La seconda opzione è che si aderisca alla dottrina dell'apparenza, che vuole il provvedimento sommario decisorio adottato al di fuori dei presupposti di legge nullo e impugnabile in mancanza di uno specifico mezzo di impugnazione con *actio nullitatis*<sup>126</sup>, da proporre davanti al giudice di primo grado, anche in sede di opposizione all'esecuzione; in questo caso il giudice si limiterebbe ad annullare il provvedimento e il giudizio di merito dovrebbe essere reintrodotta d'accapo.

Oppure si potrebbe aderire ad una terza dottrina "ibrida": ritenere impugnabili i provvedimenti sostanzialmente decisori, ma formalmente non "sentenze", con ricorso straordinario in cassazione<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> Secondo R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit., 57, il pregiudizio in questione non consisterebbe nel non aver ottenuto una diversa decisione nel merito in ragione del vizio di attività lamentato, ma nel non aver potuto esercitare una facoltà attribuita alla parte nel modello processuale stabilito dalla legge e non seguito in concreto.

<sup>126</sup> G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 73 ss. e in particolare 152 ss. Altre possibili soluzioni sono state prospettate per l'impugnazione dell'ordinanza di convalida irritualmente assunta alla nota 10.

<sup>127</sup> C. MANDRIOLI, *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto o di licenza*, cit., 34 ss.

Queste possibili soluzioni verranno approfondite nell'ultimo capitolo.

### 7. *Il provvedimento anomalo per "scambio di forme"*

La seconda ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui ad essere errato sia il provvedimento finale, adottato in luogo di quello previsto dalla legge. Detto in altre parole, bisogna verificare se e in quali limiti il provvedimento più complesso per elementi costitutivi e per il subprocedimento di adozione, la sentenza, possa essere sostituito dagli altri due provvedimenti più semplici nella forma e per iter di adozione, ordinanza e decreto.

Sembrirebbe ovvio che il problema riguardi solo il caso in cui la sentenza venga scambiata a favore degli altri due provvedimenti, non l'opposto, perché il provvedimento più complesso offre maggiori garanzie rispetto a quello più semplice; così potrebbe non essere, sol che si pensi alle ulteriori complicazioni legate all'essere racchiuso il provvedimento istruttorio in forme eccessive e sovrabbondanti, non solo o non tanto per le modalità di adozione e redazione, quanto soprattutto per il mezzi di impugnazioni sproporzionati, nei tempi e nei modi, rispetto a mere esigenze istruttorie o davanti alla gestione di affari di volontaria giurisdizione.

Certo è che difficilmente una sentenza adottata in luogo di un provvedimento istruttorio o ordinatorio possa essere nulla per motivi di forma del provvedimento, perché le garanzie formali ci sono tutte e anche di più; quella che è stata penalizzata è la celerità del procedimento, ma ormai questa è persa, si può solo evitare di aggravarla attaccandosi ottusamente alla forma e traendo errate conseguenze da essa. Oltre al fatto che potrebbero sorgere dubbi sulla stabilità del provvedimento stesso.

Più difficoltoso può essere il caso opposto. Stabilire se un'ordinanza piuttosto che un decreto possano raggiungere lo scopo della sentenza, nonostante vadano a divergere per subprocedimenti di adozione, per alcuni elementi di contenuto-forma, per le differenti modalità di pubblicazione, è prodromico rispetto alla determinazione del loro mezzo di impugnazione: qui in gioco è di più della lungaggine del pro-

cedimento per l'uso di uno strumento inutile; si tratta di evitare una lesione al diritto di azione e difesa, scegliendo un mezzo di critica inadatto ad una sostanza contenuta in una forma errata.

Come vedremo nel proseguo del lavoro, ma come è bene chiarire fin d'ora per spiegare il senso del puntiglioso confronto tra questi tre provvedimenti svolto fin dai capitoli precedenti in relazione alle passate epoche storiche e ai passati ordinamenti, c'è un rischio anche nella pedissequa applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma<sup>128</sup>: la dottrina del secolo scorso<sup>129</sup> ci ha insegnato che l'enunciato *escamotage* potrebbe essere inutile. Infatti, se il provvedimento concretamente adottato e impugnato dovesse essere messo a confronto con lo schema formale di riferimento astratto del provvedimento mancato per deciderne la validità, nella maggior parte dei casi ci si arresterebbe alle censure formali senza arrivare al merito; ma se, come vuole altra parte della dottrina<sup>130</sup>, il riferimento formale dovesse

<sup>128</sup> Oltre a quelle riportate nei capitoli precedenti, tra le altre pronunce in questo senso si possono ricordare: Cass., 20 luglio 1990, n. 480, in *Giur. it.*, 1999, 2243 ss., con nota di S. CHIARLONI, *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali*; Id., 26 agosto 1993, n. 9033, in *Foro it.*, I, 2846; Id., 26 gennaio 1995, n. 910, *ivi*, 1995, I, 1849.

<sup>129</sup> E. GARBAGNATI, *Sull'appellabilità dell'ordinanza collegiale di rigetto di un'eccezione di prescrizione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1713 ss., ricorre al principio della prevalenza della sostanza sulla forma davanti ad un provvedimento dalla forma errata; quest'ultimo sarebbe comunque viziato per violazione delle norme che prescrivono il tipo di provvedimento da adottare (nella fattispecie l'art. 279), non delle norme che disciplinano la forma dei provvedimenti, perciò l'ordinanza adottata in luogo di sentenza collegiale sarebbe nulla non inesistente perché priva della doppia sottoscrizione del presidente e dell'estensore; G. VERDE, *Profili del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1986, vol. I, 354, applica al principio della prevalenza della sostanza sulla forma con il limite che il provvedimento abbia i requisiti minimi indispensabili della sentenza; A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1998, vol. XVIII, 236 ss., in particolare 274 s., ritiene che il principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di impugnazione sia prescritto anche per il caso dell'ordinanza pronunciata al posto di sentenza.

<sup>130</sup> Così A. CERINO CANOVA, *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento del giudice*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 277 ss., in particolare, 282, secondo il quale l'inosservanza di alcuni requisiti formali prescritti per la sentenza sarebbe solo una ripercussione dello sbaglio compiuto nella scelta del provvedimento e insieme un indice rivelatore di questo, non illegittimità ulteriore e autonoma, suscettibile di

essere sempre ai requisiti del provvedimento concretamente adottato, basterebbe poco al giudice per eludere le forme più complesse, che così ragionando verrebbero del tutto private di significato.

Va sottolineato che la dottrina ha definito la sentenza, soprattutto o prima di tutto, dal punto di vista contenutistico e funzionale, ma non senza dare rilevanza anche alla sua forma, più strutturata e definita rispetto agli altri due provvedimenti, proprio in relazione alla funzione svolta<sup>131</sup>.

Tarzia<sup>132</sup>, in famoso scritto dedicato al problema dell'identificazione del provvedimento sentenza impugnabile con i mezzi suoi propri, ha premesso che innanzitutto sono distinguibili dal punto di vista formale i tre provvedimenti disciplinati dal codice di procedura civile: vi sarebbe una crescente complessità a partire dal decreto (art. 135), passando per l'ordinanza (art. 134), fino alla sentenza (art. 132). Lo scopo verrebbe attribuito ai provvedimenti dalle norme che stabiliscono in quale forma debba essere compiuto un atto del giudice. Scopo e forma sarebbero un tutt'uno inscindibile, perché il legislatore avrebbe

specificata considerazione ed efficacia. In questo senso vedi anche A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, cit., 924 ss.; ID., *“Sostanza” del provvedimento abnorme e impugnazioni: le “sopravalutazioni formalistiche” della cassazione per quanto riguarda il problema della firma dell'ordinanza adottata in luogo di sentenza*, cit., 1594 ss.

<sup>131</sup> G. PISANELLI, *Relazione*, cit., 147 s.; U. ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 86 ss.; A. PALERMO, *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano, 1956, *passim*; F. LANCELLOTTI, voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1967, vol. XIV, 425 ss.; ID., voce *Sentenza civile*, *ivi*, 1969, vol. XVI, 1106 ss.; G. TARZIA, *Profili della sentenza impugnabile*, cit., 28 ss.; B. CORMIO, *Degli atti processuali*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, vol. II, 2, 1389 ss.; E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 430 ss.; ID., voce *Sentenza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 1245 ss.; ID., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, *ivi*, 1988, vol. XXXVII, 836 ss.; M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 435 ss.; G.F. FONTANA, G. TARZIA, voce *Sentenza: I) Sentenza civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1992, vol. XXVII; A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, cit., 236 ss.; G. BASILICO, voce *Provvedimenti del giudice*, in *treccani.it*, 2012; M. LUPANO, *Dei provvedimenti*, in C. BESSO, M. LUPANO, *Degli atti processuali*, cit., 130 ss.

<sup>132</sup> G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 24 ss.

già compiuto la valutazione circa l'idoneità della forma allo scopo assegnato. Per cui la distinzione tra la sentenza e gli altri due provvedimenti sarebbe fondata tanto sui suoi requisiti formali che sugli scopi ad essa assegnati dalla legge, che in tal modo risulterebbero essere inscindibilmente legati tra loro. In buona sostanza attraverso la forma sarebbe identificabile, da un lato, l'atto e il potere attraverso di esso esercitato, dall'altro, l'atto e gli effetti ad esso ricollegabili<sup>133</sup>.

L'evoluzione della disciplina dei provvedimenti, in verità, ha messo in crisi la certezza della distinzione formale e funzionale tra i vari provvedimenti, soprattutto tra sentenza e ordinanza.

Fino all'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura civile il termine sentenza era identificato con un provvedimento avente un certo contenuto e una certa forma, come un tutto inscindibile<sup>134</sup>, da pronunciarsi in qualunque snodo fondamentale del percorso che porta alla decisione nel merito; gli altri due provvedimenti rivestivano dei ruoli considerati secondari, in quanto ordinari, amministrativi o, comunque, adottati in assenza di contestazione.

Con il codice del 1940 e con alcune leggi extracodicistiche, viene messo a sistema un differente uso dell'ordinanza e del decreto, in due sensi.

Da un lato, all'interno del processo ordinario o in funzione del processo ordinario le ordinanze, in particolar modo, diventano qualcosa di più di provvedimenti con i quali si dirige il procedimento<sup>135</sup>. Negli ordinamenti passati il momento dell'ammissione di mezzi di prova veniva considerato un punto dirimente nella decisione del merito, tanto è vero che, ove vi fosse contestazione, la decisione veniva presa con sentenza; dal 1942 in poi è il giudice istruttore, questa nuova figura, a decidere con ordinanza, seppur in via provvisoria su tali questioni, a prescindere dalla presenza o meno di contestazioni.

I provvedimenti cautelari, con un oggetto legato al merito del pro-

<sup>133</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 103 ss.

<sup>134</sup> Si rinvia in proposito ai cap. II e III del presente lavoro.

<sup>135</sup> F. LANCELOTTI, voce *Ordinanza (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, vol. XII, 79 ss.; G.L. FONTANA, G. TARZIA, voce *Ordinanza: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXII; M. LUPANO, *Dei provvedimenti*, cit., 174 ss.

cesso principale, sono emessi con ordinanza, in casi di particolare urgenza con decreto; inoltre, con l'introduzione del rito cautelare uniforme (1990), non è più previsto per il sequestro, né tantomeno per gli altri provvedimenti cautelari, un procedimento di convalida successivo (artt. 680 ss.)<sup>136</sup>, ma un procedimento comune con una disciplina propria e mezzi di critica propri<sup>137</sup>.

Poi, si introduce prima nel processo del lavoro e in seguito nel rito ordinario, un tipo di provvedimento che svolge in via anticipata la stessa funzione della sentenza, le ordinanze anticipatorie. Queste ultime in alcuni casi possono divenire definitive, per espresso disposto di legge (art. 186 ter e 186 quater c.p.c.); dove non detto (esempio nell'art. 186 bis e nell'art. 423, comma 1) si è arrivati alla conclusione della loro definitività se il processo si estingue<sup>138</sup>; in ogni caso, esse non sono travolte dall'estinzione del procedimento, perché conservano l'efficacia di titolo esecutivo<sup>139</sup>. Si può ragionare sul fatto che quando questi provvedimenti diventano decisori in una causa collegiale, restano provvedimenti emessi in un processo ordinario dal giudice istruttore al posto del collegio, anche al termine di un iter molto simile a quello della sentenza propriamente detta, come l'ordinanza di cui all'art. 186 quater c.p.c.

Una derivazione dei provvedimenti anticipatori propriamente detti si possono considerare le ordinanze cautelari anticipatorie, che pur soggette a revoca o modifica al pari degli altri provvedimenti cautelari, non perdono la loro efficacia se non viene introdotto il giudizio di merito, anche se possono sempre essere rimesse in discussione (art. 669 octies, comma 4)<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., cit., vol. IV, 191 ss.

<sup>137</sup> Il rito cautelare uniforme è stato introdotto dalla legge 26 novembre 1990, n. 353. Per riferimenti vedi: A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. IV, 261 ss.

<sup>138</sup> A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 304 ss. e 504 ss.

<sup>139</sup> Per approfondimenti si rinvia alla dottrina citata al cap. IV, nota 123.

<sup>140</sup> A tale comma (l. 14 maggio 2005, n. 80) oltre ai provvedimenti cautelari anticipatori ed ai provvedimenti d'urgenza ad essi accomunati, si prevede che abbiano lo stesso trattamento i provvedimenti emessi a seguito delle denunce di nuova opera e di danno temuto. Inoltre, il d. lgs. n. 149/2022 ha aggiunto i provvedimenti di sospensio-

Insomma, l'ordinanza è un provvedimento differente dalla sentenza, ma può svolgere anche una funzione decisoria o latamente decisoria, seppur provvisoriamente, all'interno del processo ordinario o in procedimenti direttamente collegati con il processo ordinario, come quelli cautelari.

Un altro ambito in cui sentenza e ordinanza si alternano quasi inspiegabilmente è quello delle pronunce sul rito, potenzialmente idonee a definire il processo<sup>141</sup>. Ai sensi dell'art. 279, comma 2, nn. 1, 2 e 4, la decisione di questioni pregiudiziali di rito dovrebbe avvenire con sen-

ne dell'efficacia delle delibere assembleari adottati ai sensi dell'articolo 1137, quarto comma, c.c. sui provvedimenti cautelari potenzialmente anticipatori della decisione di merito vedi: G. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in G. Balena, M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 324 ss.; M.A. COMASTRI, *Commento all'art. 669 octies*, in A. Briguglio, B. Capponi (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, I, 175 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. IV, 280 ss.

<sup>141</sup> Per approfondimenti su tale concetto: D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 1 ss. Secondo l'autore l'art. 279 enuncia una direttiva chiara: le sentenze devono pronunciare su temi da cui dipende la definizione del giudizio; temi che possono trovare ingresso nel processo in due modi: o attraverso domande o attraverso questioni pregiudiziali. Per queste ultime l'autore intende tanto le questioni preliminari che le questioni pregiudiziali, che a suo parere dovrebbero avere lo stesso trattamento. Tali non sembrano essere le questioni relative ai vizi degli atti processuali rilevate nel corso del processo, che se non sanati danno luogo alla rinnovazione dell'atto stesso. I vizi del procedimento che danno luogo ad una chiusura in rito sono generalmente vizi a carattere extraformale. Per ulteriori approfondimenti vedi anche: V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, vol. XIV, 675 ss.; E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 999 ss.; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e di giudicato*, in *Studi in memoria di Giucciardi*, Padova, 1973, 185 ss.; E. GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 69 ss.; F. CARBONARA, *Questioni di merito ed idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 671 ss.; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, 2008, 67 ss.; A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 617 ss.

In giurisprudenza Cass., 30 luglio 2004, n.14637, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7 s., ha specificato che ai fini dell'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma non si può ritenere che abbia il carattere della decisorietà e della definitività la pronuncia che spieghi i suoi effetti solo sul piano processuale, producendo la sua efficacia soltanto all'interno del processo.

tenza: nel testo originario dell'art. 279 con tale provvedimento venivano decise le questioni di competenza, come pure la litispendenza (art. 39). A partire dalla l. n. 69/2009 tali pronunce sono rese con ordinanza, mentre le pronunce sulla giurisdizione e sulle altre questioni di rito continuano ad essere rese con sentenza. L'estinzione del procedimento può essere pronunciata con ordinanza del giudice istruttore o con sentenza del collegio; davanti al giudice monocratico viene pronunciata con sentenza (art. 307, ultimo comma).

Dall'altro lato, si perfezionano procedimenti, già presenti come prototipo nel precedente ordinamento; essi si concludono con provvedimenti diversi dalla sentenza, ordinanza o decreto, che seppur non detto espressamente sono in odore di giudicato, grazie della rinuncia alla cognizione piena dopo la fase sommaria.

Il decreto<sup>142</sup>, non è solo un provvedimento da emettere *inaudita altera parte* in funzione ordinatoria ed in funzione cautelare, ma anche una decisione adottata dopo il contraddittorio tra le parti al termine dei procedimenti in camera di consiglio o di procedimenti speciali, perlopiù sommari, come nelle procedure concorsuali (così ad esempio l'accertamento dello stato passivo, artt. 201 ss. del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

Va registrata anche l'operazione di semplificazione compiuta sulla struttura della sentenza: in particolare, si incide sulla motivazione che ai sensi dell'art. 132, comma 1, n. 4, riformato coincide con «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione»; ancora più semplificata essa risulta dalla possibilità del riferimento “precedenti conformi” nella succinta esposizione delle ragioni della decisione l'art. (118, comma 1 disp. att. c.p.c.)<sup>143</sup>. Questa modalità di svolgere la motivazione è sottolineata dalle disposizioni, artt. 275 bis, comma 1 e 281 sexies, comma 1, ai sensi dei quali alla lettura del dispositivo segue

<sup>142</sup> Su struttura e funzioni del decreto vedi: F. LANCELLOTTI, voce *Decreto (diritto processuale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, vol. V, 278 ss.; N. GIUDICEANDREA, voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, 823 ss.; G.L. FONTANA, G. TARZIA, voce *Decreto: II) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, vol. X; M. LUPANO, *Dei provvedimenti*, cit., 193 ss.

<sup>143</sup> Entrambe le disposizioni riformate dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

quella della «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione».

Più si va avanti con le riforme legislative, maggiore diventa la commistione tra le diverse forme di provvedimento, che si alternano per motivi di celerità.

Nel 2009, è stato introdotto il procedimento decisorio sommario di cognizione (art. 702 bis ss., c.p.c.), che prevedeva in una prima fase sommaria ed eventuale la decisione con ordinanza, la sottoposizione di quest'ultima ad un appello del tutto simile a quello ordinario e, infine, il passaggio in giudicato del provvedimento non impugnato per espresso disposto del legislatore (art. 702 quater, comma 1).

Con l'ultima Novella del processo civile, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, si ha la trasformazione di questo procedimento nel rito centrale della cognizione ordinaria civile, un po' come è avvenuto per il rito sommario rispetto al processo formale nel codice del 1865.

Innanzitutto, ciò avviene già dal punto di vista strutturale: il procedimento viene spostato dal quarto libro del codice di procedura civile (artt. 702 bis ss.), dedicato ai procedimenti speciali, al cuore della cognizione ordinaria, il secondo libro (capo III quater, artt. 281 decies ss.). Esso diviene obbligatorio per ogni controversia, anche di competenza del tribunale in composizione collegiale, quando i fatti di causa non siano controversi oppure quando la domanda sia fondata su prova documentale o di pronta soluzione o comunque richieda un'attività istruttoria non complessa. Inoltre, nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica la domanda può sempre essere proposta nelle forme del procedimento semplificato. Un ruolo centrale lo assume il giudice: egli alla prima udienza del rito ordinario valuta la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, sente le parti; se rileva che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i descritti presupposti, dispone con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato (così l'art. 183 bis). Secondo lo schema di decreto correttivo il cambio di rito dovrebbe avvenire già in sede di verifiche preliminari, senza il previo contraddittorio con le parti (art. 171 bis, comma).

All'inverso, dispone il passaggio al rito ordinario dopo l'introduzione del rito semplificato se in prima udienza il giudice rileva che per la domanda principale o per la domanda riconvenzionale non ri-

corrono i presupposti di legge (art. 281 decies) ovvero in considerazione della complessità della lite e dell'istruzione probatoria (art. 281 duodecies, comma 1). Un intercambio non più fermato dall'eventuale dichiarazione di inammissibilità della domanda in caso di mancanza dei presupposti di legge come nel passato rito sommario (art. 702 ter, comma 2 abrogato).

Il cambio di posizione è significativo e, non a caso, è stato accompagnato da un'altra importante novità: il provvedimento conclusivo della fase sommaria non è più un'ordinanza, ma una sentenza, pronunciata nella forma semplificata di cui all'art. 281 sexies c.p.c. o a norma dell'art. 275 bis c.p.c. se è una causa collegiale.

Vi è un altro aspetto importante da sottolineare che concerne la struttura della sentenza collegiale e, in particolare, uno degli elementi che ha dato più filo da torcere nell'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Oltre alla decisione "classica" in camera di consiglio a seguito della rimessione della causa in decisione, al termine del quale viene emessa una sentenza con la doppia firma del presidente e dell'estensore, vi è la decisione a seguito di discussione orale nel procedimento semplificato ovvero quando il giudice istruttore ritenga la causa possa essere decisa a seguito di discussione orale. Allora, egli fissa udienza davanti al collegio, assegnando alle parti due termini (trenta e quindici giorni) anteriori all'udienza per il deposito di note di precisazione delle conclusioni e successivamente di note conclusionali. All'udienza fissata, all'esito della discussione orale, il collegio pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In tal caso, la sentenza si intende pubblicata con sola la sottoscrizione da parte del presidente del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria (art. 275 bis c.p.c.). Nè è da trascurare la riduzione del numero delle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale (art. 50 bis c.p.c.).

Infine, sempre sulla strada del superamento delle difficoltà alla sovrapposizione formale dei tre schemi di provvedimento, lo schema di decreto correttivo prevede un'importante novità: nelle cause di competenza del collegio, entrambi i provvedimenti se emessi fuori udienza recheranno la firma del presidente e dell'estensore, come la sentenza (artt. 134 e 135). Del reso la stessa firma di tutti i provvedimenti sarà

semplificata perché sarà elettronica ed il loro deposito avverrà per via telematica.

L'ultima riforma ha innestato nel rito ordinario un subprocedimento ancor più rapido, su istanza di parte e davanti a diritti disponibili, quando la domanda appaia manifestamente fondata o infondata oppure invalida per mancata e sufficiente determinazione dell'oggetto dell'azione. Il legislatore ha accomunato il trattamento di provvedimenti che hanno funzione e natura diversa: l'ordinanza di accoglimento o di rigetto per manifesta fondatezza sono provvedimenti nel merito; l'ordinanza di rigetto per la persistente indeterminatezza dell'oggetto del procedimento un provvedimento in rito. L'ordinanza di cui all'art. 183 ter avrebbe come scopo l'immediato conseguimento un titolo esecutivo; quelle previste dall'art. 183 quater di evitare la prosecuzione di processi peregrini.

Nessuna delle tre ordinanze per espressa previsione di legge è idonea al giudicato (artt. 183 ter, comma 3 e quater, comma 2), anche se tale precisazione ha senso solo con riferimento alle due ordinanze nel merito, non con riferimento a quella che chiude il giudizio in rito, che ha la stessa efficacia di una sentenza di eguale contenuto in rito<sup>144</sup>.

In quest'ultima modalità di decisione non viene disciplinato il procedimento di assunzione della decisione, seppur uno scambio tra le parti e il giudice ci dovrebbe essere: il giudice rimarrebbe libero di stabilire se disporre uno scambio di morie ovvero far concludere le parti in udienza; l'ordinanza potrebbe essere emessa sia dentro che fuori l'udienza.

Insomma, a seconda della complessità della decisione si presentano tre differenti iter decisionali nel secondo libro del codice di procedura civile: nel primo, a trattazione scritta o mista (artt. 275, 281 quinquies) sono meglio distinti i tre momenti delle conclusioni – discussione scritta tramite memorie o orale – deliberazione – pubblicazione della sentenza; nel secondo, con decisione a seguito di discussione orale (artt. 275 bis, 281 sexies), si assiste alla crasi delle tre fasi, soprattutto se la causa è assegnata al giudice monocratico, ma la decisione avviene comunque con sentenza; nel terzo, che potremmo definire una sorta di filtro volontariamente impresso da una o più parti al procedimento, si

<sup>144</sup> Per tutti i riferimenti dottrinali relativi a tali riti si rinvia al cap. IV, § 6.

cambia registro e si passa alla decisione con ordinanza, con la determinazione del subprocedimento decisorio lasciata al giudice.

La decisione a seguito di discussione orale è una possibilità nel processo ordinario, ma è previsto come unico iter decisionale nel procedimento semplificato (art. 281 terdecies). Inespugnabilmente, nel decreto correttivo è previsto che in caso di rito semplificato davanti al tribunale in composizione collegiale, dopo la discussione orale, la sentenza sia depositata nei successivi sessanta giorni. Dato che la norma non lo specifica, in questo caso non ci dovrebbe essere il preventivo scambio di memorie. Solo se una delle parti lo dovesse richiedere si tornerebbe alla modalità di decisione di cui all'art. 275 bis, con previo scambio di memorie (art. 281 terdecies, comma 2). Insomma, potrebbe avere ingresso un quarto modo di decidere la causa davanti al collegio.

Vi è certo la possibilità di scambio tra la modalità di decisione del secondo e terzo tipo, perché vi sono evidenti punti di tangenza tra alcune ipotesi descritte dagli artt. 183 ter e quater e quelle indicate dall'art. 281 decies; anzi i casi in cui «i fatti di causa non siano controversi» oppure «quando la domanda sia fondata su prova documentale o di pronta soluzione» (art. 281 decies) potrebbero essere considerati un'esplicitazione o un sinonimo dei concetti «i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate» ovvero «la domanda è manifestamente infondata». In tali casi, purché si tratti di diritti disponibili, il giudice potrebbe seguire l'iter decisionale del secondo o del terzo tipo, quello che fa la differenza è l'istanza di parte. Seguendo il nuovo schema di decreto correttivo, se dopo le verifiche preliminari, il giudice non abbia disposto il passaggio al rito semplificato, la parte che volesse accelerare la conclusione del processo potrebbe presentare un'istanza *ex art. 183 ter o quater c.p.c.*

Restano fuori le ipotesi in cui si tratti di diritti indisponibili, per i quali si deve seguire l'iter decisionale uno o due, sia a seguito di rito ordinario che a seguito di rito semplificato.

Se nello schema tracciato il giudice commette l'errore di pronunciare ordinanza al posto di sentenza o viceversa, il provvedimento conclusivo è viziato da errore formale; viene emesso senza le condizioni previste dalla legge. Nella struttura della sentenza piuttosto che dell'ordinanza, soprattutto se la sentenza viene pronunciata dopo di-

scussione orale e scritta a verbale ovvero se entrambe sono opera del giudice monocratico, non cambia poi molto, se si raffrontano i loro elementi costitutivi, come faremo nel prossimo paragrafo; inoltre, anche l'ordinanza se pronunciata in udienza è inserita nel processo verbale e probabilmente letta alle parti (art. 134 c.p.c.). Secondo lo schema di decreto correttivo, le modalità di pubblicazione si dovrebbero assottigliare anche se i provvedimenti venissero pronunciati fuori udienza, perché tutti verrebbero depositati telematicamente e con l'adempimento di questa formalità avverrebbe la pubblicazione della sentenza.

Il vero punto dolente è il regime di impugnabilità e, quindi, di stabilità del provvedimento, che muta notevolmente nell'uno piuttosto che nell'altro caso.

Il problema potrebbe essere anche nella scelta del rito, ordinario, semplificato o, con una nostra espressione, *semplificatissimo*<sup>145</sup> dopo *semplificatissimo* mettere una nota a piè di pagina dal seguente contenuto: secondo la nostra impostazione il rito ordinario ha due possibilità di svolgimento, a cognizione piena o semplificata. Per comodità chiameremo ordinario quello a cognizione piena e semplificato quello a cognizione sommaria o semplificata. Ove si pronunciasse ordinanza al posto di sentenza in mancanza delle condizioni di legge, così su diritti indisponibili, vi sarebbe anche un errore nella scelta del subprocedimento e potrebbe mancare una parte di istruzione. Allora si tornerrebbe all'ipotesi di provvedimento anomalo per effetto di vizio procedurale. La rilevanza del vizio procedurale verrebbe annullata nei casi in cui l'istruzione fosse solo documentale o estremamente rapida, esaurita prima della decisione, e si fosse deciso con ordinanza in mancanza di presupposti di legge, anziché sentenza a seguito di discussione orale. Certo che se la competenza fosse del tribunale in composizione collegiale, anche in caso in cui si fosse proceduto alla decisione in udienza con ordinanza, mancherebbe lo scambio delle memorie di cui all'art. 275 bis, comma 1: si sarebbe in presenza di una nullità da far valere

<sup>145</sup> Secondo la nostra impostazione il rito ordinario ha due modalità di svolgimento, a cognizione piena o a cognizione semplificata.

Per comodità chiameremo ordinario quello a cognizione piena e semplificato quello a cognizione sommaria o semplificata.

alle condizioni viste nel paragrafo precedente, oltre al problema della forma del provvedimento.

Degne di nota sono altre peculiari ordinanze, introdotte nella nuova disciplina uniforme del procedimento in materia di persone, minori e famiglie (libro III, titolo IV bis): con tale forma vengono adottati sia “i provvedimenti temporanei e urgenti che (il giudice) ritiene opportuni nell’interesse delle parti, nei limiti delle domande da queste proposte, e dei figli” (art. 473 bis.22); sia “i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale” (art. 473 bis.22 c.p.c.).

In virtù del combinato disposto dell’art. 473 bis.21, comma 1 e 473 bis 22 comma 1 a pronunciare tali provvedimenti può essere sia il collegio che il giudice delegato all’istruzione della causa, a seconda di chi presieda all’udienza di comparizione delle parti.

Questi provvedimenti hanno un particolare regime di impugnazione, che ne fanno un *unicum* in tutto il codice di procedura civile: sono provvisori e revocabili; nonostante ciò soggetti a reclamo alla corte d’appello, ed i provvedimenti di reclamo a ricorso in cassazione ai sensi dell’articolo 111 della Costituzione (art. 473 bis.24)<sup>146</sup>.

Anche in quest’ultimo caso ci potrebbe essere il pericolo di errori nella scelta della forma provvedimento. Vediamo come. Si deve partire dal presupposto che il tribunale giudica in composizione collegiale e la trattazione e l’istruzione possono essere delegate a uno dei componenti del collegio (art. 473 bis.1, comma 1); ai sensi dell’art. 473 bis.22, comma 4, quando la causa è matura per la decisione senza bisogno di assunzione dei mezzi di prova, il giudice, fatte precisare le conclusioni pronuncia i provvedimenti temporanei e urgenti nell’interesse delle parti e dei figli di cui al primo comma del medesimo articolo; quindi, ordina la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un’udienza successiva e, all’esito, trattiene la causa in decisione. Se il giudice delegato non dovesse essere nominato, tanto all’istruzione della causa che all’emissione di tali provvedimenti provvederebbe il collegio. Come accaduto già in passato, nelle cause riservate al tribunale in composizione collegiale, potrebbe accadere che

<sup>146</sup> Vedi i riferimenti di cui al cap. IV, § 6.

provvedimenti decisori possano per errore essere adottati con ordinanza reclamabile, non con sentenza appellabile.

Analogo rischio ci potrebbe essere in caso di mancata nomina del giudice delegato nel corso del procedimento, ove sotto forma di ordinanza non si emettessero i provvedimenti temporanei di cui all'art. 473 bis.24, comma 2, ma un vero e proprio provvedimento decisorio.

Da notare che anche in questo tipo di procedimenti il collegio decide o fatte precisare le conclusioni a seguito di discussione orale, trattando la causa in decisione immediatamente (art. 473 bis.22, ultimo comma) ovvero dopo lo scambio delle tre memorie e rimessione della causa in decisione davanti a sé. In entrambe le ipotesi, tuttavia, la sentenza viene depositata in cancelleria dopo nei sessanta giorni successivi; quindi, si tratta di una sentenza classica, con doppia sottoscrizione, deliberata in camera di consiglio ai sensi dell'art. 276 c.p.c. (art. 473 bis.28).

Certo, vi potrebbe sempre essere il rischio, seppur remoto, che il giudice delegato nominato, anziché adottare provvedimenti temporanei in prima udienza o nel corso dell'istruzione, con forma di ordinanza adotti vere e proprie determinazioni di merito.

Per cui, in caso di ordinanza adottata dal giudice delegato in luogo della sentenza, essa sarebbe viziata per violazione dell'art. 50 bis ed eventualmente anche dell'art. 473 bis.28, se non ricorressero le condizioni per decidere a seguito di discussione orale ai sensi dell'art. 473 bis.22, quindi dell'art. 276 c.p.c. e dell'art. l'art. 132 c.p.c.; in caso di ordinanza adottata dal collegio in luogo di sentenza sarebbe violato l'art. l'art. 132 c.p.c. e, eventualmente l'art. 473 bis.28, se non ricorressero le condizioni per decidere a seguito di discussione orale ai sensi dell'art. 473 bis.22, quindi l'art. 276.

Una riflessione si impone: provvedimenti come le ordinanze degli artt. 183 ter e quater e le ordinanze dell'art. 473 bis.22 sono sottoposte a mezzi di impugnazione *sui generis*, strettamente legati alla natura dell'istituto più che al tipo di provvedimento: si tratta di una scelta di difficile inquadramento dogmatico. Anche se in taluni casi (artt. 183 ter 183 quater), i mezzi di impugnazione pensati *ad hoc* consentono di ritornare alla cognizione piena, tuttavia, tempi e modi di questi strumenti sono diversi dai mezzi di impugnazione delle sentenze, senza to-

gliere che non identificare il regime di impugnabilità di un provvedimento, non consentirebbe di individuare neanche il suo regime di stabilità.

Troviamo novità interessanti anche nella disciplina delle impugnazioni.

Premesso che con l'ultima riforma è stata eliminata la fase del filtro in entrambi i procedimenti di impugnazione ordinaria, c'è stato un diverso uso dei provvedimenti nel giudizio d'appello e in quello di cassazione.

Iniziamo dall'appello. L'eliminazione del meccanismo del filtro attraverso l'abrogazione dell'art. 348 ter e la riforma dell'art. 348 bis, non ha significato affatto la rinuncia alla chiusura del procedimento appena nato per manifesta infondatezza dell'impugnazione, solo che la chiusura avviene con sentenza. Si è fatta la scelta di prediligere la chiusura rapida con sentenza, anche quando vi siano vizi procedurali tali da determinare l'inammissibilità; fa eccezione la dichiarazione di improcedibilità davanti alla corte d'appello, quando il presidente abbia nominato l'istruttore, che avviene con ordinanza dell'istruttore, impugnabile davanti al collegio ai sensi dell'art. 178 c.p.c., come il provvedimento di estinzione (art. 348, comma 3, in combinato disposto con l'art. 308 c.p.c.).

In appello si è lavorato sulla semplificazione della fase della decisione e sulla struttura della sentenza. Per quanto riguarda la prima è stato incentivato l'uso del meccanismo della decisione a seguito della discussione orale, con qualche adattamento per il caso in cui sia stato nominato il giudice istruttore davanti alla corte d'appello (artt. 348 bis e 350 bis), rendendo eccezionale l'iter decisionale più lungo (art. 351). Secondo l'iter più snello, il giudice istruttore fissa udienza davanti al collegio e assegna alle parti un termine per note conclusionali antecedente alla data dell'udienza; in questa sede il giudice istruttore svolgerà la relazione orale della causa e poi si procederà come previsto dall'art. 275 bis, terzo comma per l'emissione della sentenza collegiale, cioè dopo la discussione orale, il provvedimento viene steso sul verbale d'udienza e sottoscritto dal solo presidente.

Quello che colpisce è l'operazione svolta sulla struttura della sentenza, che per le decisioni assunte dopo discussione orale sembra consentire una motivazione ancora più stringata che in primo grado: non tanto per il riferimento alla motivazione mediante precedenti confor-

mi, già prevista dal 118 disp. att. c.p.c., così come riformato nel 2009, ma piuttosto per la possibilità di motivare con «esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi» (art. 350 bis, comma 3). Insomma, si riduce la formulazione dei motivi all'osso; questa novità è in perfetta consonanza con l'art. 360, comma 1, che sotto il n. 4 consente l'impugnazione per motivazione mancante o considerata come tale e sotto il n. 5 per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, ben diversamente da come consentiva di fare l'ormai abrogato n. 5.

In buona sostanza, con l'ultima riforma insieme all'abrogazione della fase del filtro si sono eliminati gli inconvenienti legati alla chiusura di questo subprocedimento con ordinanza non impugnabile: l'individuazione del mezzo di impugnazione, davanti ad un provvedimento emesso al di fuori dei presupposti di legge o di errore procedimentale; il regime da adottare nel caso di decisione di inammissibilità *ex art. 342* con ordinanza anziché con sentenza. Al posto del filtro si è preferito svolgere una generale operazione di semplificazione della struttura dell'appello, con rapida chiusura dove il giudizio si presenti privo di particolare complessità e sentenza semplificata al posto di ordinanza.

Diverso dal primo grado, nonché dall'appello, l'uso dei provvedimenti nel giudizio di cassazione.

Nel procedimento di cassazione troviamo un ventaglio di ipotesi di chiusura, forse meglio distribuite rispetto agli altri due gradi di giudizio: le cause più complesse sono trattate in pubblica udienza e si chiudono con sentenza; la maggior parte di esse sono svolte con procedimento in camera di consiglio e si concludono con ordinanza; infine, vi sono le ipotesi di chiusura per così dire "indotta" e abbreviata della lite che avvengono con decreto, con carattere non decisorio.

In conclusione, da un certo momento storico in poi non è stata più così netta la linea di demarcazione contenutistica e finalistica tra differenti provvedimenti previsti nella procedura civile, in particolar modo tra sentenza e ordinanza<sup>147</sup>. L'ultimissima riforma del codice di proce-

<sup>147</sup> Significative le parole della Corte costituzionale, Corte cost., 5 maggio 2021, n. 89, in *Corr. giur.*, 2021, 1576, con nota di F. FARAMONDI, *La revocazione va (ope constitutionis) sempre ammessa contro tutte le ordinanze decisorie*; in *Giustizia*, 2021, n. 1,

dura civile ha riportato alla ribalta la “sentenza” formale, ma essa non è più la stessa di un tempo: il processo al termine della quale viene emessa può essere sommario, perché maggiormente lasciato al potere officioso di direzione del giudice, con forme meno predeterminate dal legislatore; il suo iter di adozione può essere meno complesso; la sua struttura è più semplice.

La forma della sentenza non rimanda più necessariamente ad una cognizione qualitativamente e quantitativamente così diversa rispetto a quella che c'è dietro soprattutto all'ordinanza e la struttura dei due provvedimenti non è poi così diversa. La struttura e la funzione del decreto sono più fluide: solitamente quando assunto al posto di sentenza è frutto di un errore procedurale non limitato al momento della fase decisionale strettamente intesa.

#### 8. *La rilevanza del vizio dello “scambio di forme” del provvedimento*

A questo punto è utile verificare se si può trarre una regola generale in ordine alla rilevanza del vizio derivante dallo scambio tra i provvedimenti, sia perché al vizio del rito si potrebbe aggiungere l'uso di un provvedimento di forma diversa da quella prevista, sia perché l'errore potrebbe limitarsi alla forma del provvedimento.

In caso di errore di rito la parte nell'impugnare il provvedimento

176 ss., con nota di A. ROSSI, *La revocazione dei provvedimenti decisori ammessa in via generale nell'ordinamento giuridico?*; in *Judicium*, 2021, con nota di R. TISCINI, *Revocabilità per errore di fatto delle ordinanze a contenuto decisorio. Una sentenza della consulta condivisibile nel merito ma non nel metodo*, in *Giur. it.*, 2022, 79 ss., con nota di B. ZUFFI, *La revocazione per errore di fatto come rimedio imprescindibile di tutela giurisdizionale*, ha giustamente osservato (n. 8): «... Gli approdi dell'itinerario giurisprudenziale sin qui sintetizzato, considerati unitamente alla tendenza a promuovere il ricorso, in alternativa la modello tradizionale della sentenza, alla ordinanza a contenuto decisorio idonea a conseguire la stabilità del giudicato, comportano un ridimensionamento del rigido rapporto di congruenza tra forma, contenuto e funzione del provvedimento giurisdizionale sul quale, nel primigenio disegno del codice di procedura civile, riposava la distinzione esclusivamente».

La fungibilità del “contenuto formale” rispetto al contenuto decisorio della pronuncia giurisdizionale impone di riconsiderare il primato assegnato dal codice di rito alla sentenza...».

deve prospettare il pregiudizio che questo scambio le ha comportato: vedremo il pregiudizio possa limitarsi alla denuncia dell'uso di un provvedimento dalla forma sbagliata, non corrispondente a quella che esso avrebbe dovuto avere se il procedimento fosse stato quello corretto.

Parte della dottrina classifica nullo *tout court* il provvedimento adottato in luogo di un altro tipo.

Secondo una prima impostazione, la nullità sarebbe dovuta alla violazione delle disposizioni che stabiliscono quali tipi di provvedimenti debbano essere adottati dal giudice della cognizione (art. 279), dal giudice dell'esecuzione (art. 487) ovvero dal giudice nelle funzioni della volontaria giurisdizione (art. 737); norma chiave sarebbe il primo comma dell'art. 131 c.p.c., che attribuendo alla legge il compito di prescrivere in quali casi il giudice pronunci sentenza, ordinanza o decreto, recepirebbe nell'ambito delle disposizioni formali le norme sull'impiego dei vari tipi di provvedimento<sup>148</sup>. Questa dottrina si chiede se l'art. 156 cpv, quale norma generale debba essere applicata anche in caso di mancanza dei requisiti di contenuto-forma prescritti dagli artt. 131 ss. per i provvedimenti del giudice: ciascun provvedimento verrebbe identificato dalla forma e dal suo contenuto, la cui mancanza verrebbe trattata al pari della carenza di un requisito formale. La risposta a tale domanda viene tratta dal confronto tra il primo comma ed il secondo comma dell'art. 131: dal fatto che i provvedimenti del giudice «sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento dello scopo» solo in mancanza di una esplicita prescrizione di legge, viene desunto che, dove quella prescrizione ci sia, la valutazione di idoneità della forma al raggiungimento dello scopo sia già stata compiuta dal legislatore, in relazione alla diversa portata precettiva attribuita ai provvedimenti secondo il modello legale<sup>149</sup>. Per cui lo scopo del provvedimento non potrebbe essere desunto altro che dalla struttura tipica, che ne determinerebbe il contenuto vincolante; esso verrebbe specificato dalle disposizioni che stabiliscono l'impiego dei singoli tipi di provvedimenti.

Insomma, il criterio dello scopo viene utilizzato dalla dottrina so-

<sup>148</sup> G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 19 ss.

<sup>149</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 22 ss.

pra esposta solo “su un piano parallelo”, quindi, seguendo tale criterio si dovrebbe ragionare così: un’ordinanza emessa nel corso di un processo ordinario dovrebbe avere come scopo quello istruttorio, se accoglie il contenuto tipico di una sentenza, non persegue lo scopo che gli è stato assegnato dal legislatore. Al contrario, il criterio dello scopo non potrebbe essere applicato “su un piano diagonale”, travalicando la categoria di provvedimento per verificare se le sue forme possano supportare altro contenuto al di fuori di quello suo proprio: i caratteri dei tre tipi di provvedimento sarebbero così marcati da non rendere possibile l’operazione da ultimo prospettata. Eppure questo autore, pur sottolineando come la sussistenza degli elementi indicati dagli artt. 132, 134 e 135 identifichino i tre provvedimenti propri del processo civile, riconosce l’irrilevanza del *nomen iuris* del provvedimento erroneo<sup>150</sup>.

Da altri è stato sminuito il ruolo degli artt. 131 ss., i quali si limiterebbero a disciplinare i requisiti formali dei provvedimenti: piuttosto, norma chiave sarebbe l’art. 279 e tutte le altre norme che prevedono come il giudice debba statuire nelle varie ipotesi. Quando il giudice adotta un provvedimento decisorio in forma di ordinanza in luogo di sentenza, non viola la norma che prescrive i requisiti di forma del provvedimento, ma l’art. 279, che stabilisce quale forma il giudice debba adottare per certi contenuti: insomma, si tratterebbe di una nullità dovuta a violazione di una norma del procedimento<sup>151</sup>.

Il punto è che siamo comunque di fronte ad uno scambio di provvedimenti, seppur dovuto ad un vizio del procedimento.

A nostro parere, vanno sezionati e confrontati gli elementi strutturali del provvedimento che è stato adottato e di quello astratto di riferimento, al fine di verificare se un difetto formale sia dirimente per de-

<sup>150</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 34 s.

<sup>151</sup> E. GARBAGNATI, *Sull’appellabilità dell’ordinanza collegiale di rigetto di un’eccezione di prescrizione*, cit., 1713 ss. vedi anche C. BESSO, *La sentenza civile*, cit., 292 ss., la quale, come ipotesi di ordinanza decisoria in una causa collegiale sottoscritta da un solo giudice, cita l’ordinanza post-istruttoria di cui all’art. 186 quater, che alle condizioni previste dalla norma può acquisire l’efficacia di sentenza impugnabile: solo che in questo caso l’eccezionale valore di sentenza di un’ordinanza monocratica in una causa in cui il potere decisorio è dell’organo collegiale è prevista dalla legge. Su analoghe posizioni F. AULETTA, *Nullità*, cit., 186 ss.

terminare la nullità del primo provvedimento, ovvero se non si tratti di irregolarità formali che non impediscono di raggiungere lo scopo del provvedimento che avrebbe dovuto essere assunto.

Questa operazione presuppone l'applicazione della regola dell'art. 156 cpv anche agli atti del giudice<sup>152</sup>. Parte della dottrina limita espressamente l'applicazione dell'art. 156 cpv agli atti di parte viziati, la cui sanatoria richiederebbe un evento successivo al loro compimento<sup>153</sup>. Secondo Martinetto il maggior ostacolo all'applicazione di tale norma ai provvedimenti del giudice risiederebbe nel fatto che individuato lo scopo del provvedimento nella regolamentazione della materia alla quale ciascuno di essi è preordinato, l'evento successivo sanante non potrebbe essere che l'emanazione di un nuovo provvedimento<sup>154</sup>.

Dell'istituto della sanatoria per effetto del raggiungimento dello scopo è preferibile la ricostruzione che ne fa Minoli<sup>155</sup>. Secondo questo

<sup>152</sup> Così, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 234, secondo il principio generale di cui all'art. 156 cpv andrebbe applicato anche alle sentenze mancanti dei requisiti formali previsti dalla legge; ritengono possibile l'applicazione di tale disposizione ai provvedimenti del giudice anche F. AULETTA, *Nullità*, cit., 297 s.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 536, nota 20; A. MENGALI, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, Torino, 2020, 137 ss.

<sup>153</sup> V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 477 s., che per raggiungimento dello scopo intende il comportamento della parte che rappresenta l'attuazione dell'obbligo, o l'adempimento dell'onere o l'esercizio del potere, la cui costituzione era prevista quale effetto dell'atto viziato o semplicemente la rinuncia a far valere la nullità; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., vol. I, 234 s.; G. MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, cit., 1584 s.; analogamente di recente V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., 220 ss.

<sup>154</sup> G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1593. Non sembra considerare l'ipotesi di applicazione dell'art. 156 cpv ai provvedimenti del giudice R. ORIANI, voce *Nullità*, cit., 6 ss., il quale, tuttavia, sottolinea come sia riduttivo considerare solo il comportamento della parte come evento successivo idoneo a far raggiungere lo scopo, potendo esso essere dovuto ad un provvedimento del giudice.

<sup>155</sup> E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, cit., 257 ss., oltre all'art. 156 cpv, l'autore faceva riferimento anche all'art. 187, comma 3 c.p.p. dell'epoca del codice "Rocco", secondo il quale «la nullità di un atto è sanata se nonostante la sua irregolarità l'atto ha raggiunto lo scopo rispetto a tutti gli interessati». Questa disposizione si inseriva in una più generale filosofia che vedeva l'eccessivo "formalismo" come contrario alla concezione del processo come strumento di ricerca della verità. Di qui il bisogno di una clausola generale che favorisse il più possibile la sanatoria degli atti e

autore vi sarebbero due fattispecie tra di loro parallele: una conforme allo schema legale e una idonea a realizzare lo scopo della fattispecie legale pur senza le forme prescritte dalla legge, ricavabile attraverso un'operazione di applicazione analogica della norma che disciplina l'atto di riferimento al caso di specie, previa individuazione della *ratio* della norma stessa.

A nostro parere, tale disposizione non può che riferirsi a tutti gli

l'assoggettamento di tutte le nullità a rigorosi termini di decadenza, fissati con riferimento alle varie fasi e ai diversi gradi del procedimento. Questa norma ha ricevuto ampie critiche in dottrina e è stata oggetto di diversi tentativi di riforma. Nell'attuale codice di procedura penale vi è stata una riorganizzazione della disciplina delle nullità, graduate in base alla gravità del vizio, e conseguentemente del regime di sanatoria. Il vecchio testo dell'art. 187, comma 3 è stato abrogato; oltre ad una serie di sanatorie speciali, l'art. 183, comma 1, lett. b) prevede una sanatoria diciamo atipica, ma usa una formula più stringente del «conseguimento dello scopo»: per cui l'atto è sanato «se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omissivo o nullo è preordinato». Per approfondimenti vedi G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, 1 ss.

Vedi anche R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 401 ss., secondo il quale l'art. 156, terzo comma c.p.c. consentirebbe di affermare che, tecnicamente, l'elemento perfezionativo della sanatoria sarebbe sempre il fatto o l'atto equipollente del requisito difettoso; il fatto o atto equipollente del raggiungimento dello scopo dovrebbe essere accertato dal giudice, esaminando il fatto o l'atto equipollente, per poter ritenere operante la sanatoria nel caso concreto. L'autore include nelle possibilità di sanatoria per raggiungimento dello scopo sia fattispecie equipollenti a quella legale per effetto di un evento successivo al compimento dell'atto difettoso; sia fattispecie che siano *ab origine* conformi allo scopo, perché uno o più requisiti legali in astratto indispensabili allo scopo non lo sarebbero nel caso concreto ovvero perché vi sia fin da subito un requisito equipollente a quello legale. In ultima analisi l'autore configura otto casi di "fattispecie idonee allo scopo" o "fattispecie di raggiungimento dello scopo": a) fattispecie *ab origine* conforme agli scopi, quando il requisito di forma mancante non sia indispensabile e dunque non abbia impedito all'atto di raggiungere il suo scopo; b) integrazione o realizzazione successiva della forma legale difettosa o omissiva; c) combinazione dei due criteri precedenti; d) atto equipollente del requisito di forma mancante o difettoso; e) acquisizione al processo dello stesso risultato pratico processuale avuto di mira dalla forma in concreto non rispettata; f) realizzazione dei presupposti di legge previsti per l'atto compiuto prima della loro verifica; g) esercizio della facoltà cui l'atto nullo era preordinato; h) compimento di altri atti processuali che, presupponendo la realizzazione del risultato pratico cui l'atto omissivo o nullo era preordinato, privano di rilevanza la mancata osservanza della forma nel caso concreto.

atti del procedimento, inclusi i provvedimenti del giudice. Vari indici formali confermano questa conclusione: l'articolo 156 è intitolato "Rilevanza della nullità", senza distinzioni di sorta; il primo comma chiarisce che il disposto riguarda «alcun atto del processo»; il capo III, in cui inserito tale articolo, è intitolato "Della nullità degli atti". Che gli atti *tout court* non siano solo gli atti di parte si desume dall'organizzazione del titolo VI del libro I, in cui è inserito il capo sulle nullità: al capo I, intitolato "Delle forme degli atti e dei provvedimenti", troviamo la sezione I dedicata agli atti in generale e la sezione III, dedicata ai provvedimenti; all'ultimo capo, intitolato "Degli atti processuali" troviamo la disciplina degli atti di parte. Dall'insieme di queste disposizioni si può ricavare che i provvedimenti sono atti del processo, con i quali il giudice assolve alla funzione decisoria; perciò, per essi valgono le regole generali sulla forma e sui vizi di forma.

L'art. 156 cpv in combinato disposto con l'art. 159 cpv indicherebbero un sistema utile per recuperare l'errore nella scelta del tipo di atto, avendo riguardo allo scopo perseguito dall'atto non compiuto: bisognerebbe verificare se l'atto concretamente compiuto sia idoneo a supplire, in termini di scopo, all'atto conforme al modello legale, nonostante in astratto i due atti siano strutturalmente differenti.

Applicando questo meccanismo ad un provvedimento del giudice, emesso in forma errata, si tratterebbe di verificare se il provvedimento concreto abbia i requisiti indispensabili per la produzione degli effetti tipici che la legge collega al modello legale nel caso di specie non rispettato<sup>156</sup>.

In ordine alla possibilità di conversione di un provvedimento, così di un'ordinanza anomala in una sentenza o viceversa, vanno riportate due riflessioni di Tarzia: la conversione di un'ordinanza anomala in sentenza avverrebbe in base alla forma che il provvedimento avrebbe dovuto assumere in base al contenuto anziché sulla base della forma di fatto assunta e considerata equipollente, una sorta di conversione alla rovescia di un'ordinanza formalmente valida in una sentenza invalida<sup>157</sup>; una tale operazione non potrebbe avere come base l'art. 159 cpv, perché questa disposizione disponendo che «l'atto può tuttavia pro-

<sup>156</sup> R. POLI, *op. cit.*, 529 ss., in particolare 536, nota 20.

<sup>157</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 71 ss.

durre gli effetti ai quali è idoneo», più che ad una conversione, darebbe luogo ad una riduzione quantitativa degli effetti dell'atto imperfetto<sup>158</sup>.

A noi sembra che dal complesso della disciplina della nullità, in particolare dagli art. 156 cpv e 159 cpv, possa ricavarsi l'applicazione della regola della salvaguardia dell'atto formalmente imperfetto non solo muovendosi all'interno di un tipo di atto, ma anche quando vi sia stato uno scambio di forme con passaggio di categoria: quest'ultima ipotesi si può pensare anche come l'imperfezione di ogni elemento nella struttura dell'atto ovvero degli elementi caratterizzanti la struttura dell'atto. La filosofia di fondo di questa conversione a carattere processuale è tutto sommato comune a quella di diritto privato: in entrambi i casi si cerca di recuperare dall'illegittimità ciò che nella sostanza illegittimo non è. I due istituti hanno certamente peculiarità diverse per la diversità degli ambiti in cui sono calati.

Quale deve essere, allora, il punto di riferimento per stabilire se un atto sia formalmente imperfetto o nullo e se questa imperfezione o invalidità sia superabile? Il contenuto dell'atto, perché la forma è ad esso

<sup>158</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 92 s. in questo senso anche V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 481, secondo il quale non si tratta di convertire un atto nullo, bensì di individuare i presupposti di efficacia di un atto valido. Entrambi gli autori individuano la conversione in senso proprio nella valutazione di una determinata fattispecie invalida ad effetti diversi da quelli che le sono tipicamente propri, come accade nella conversione del negozio nullo, fenomeno che presuppone due condizioni: che il contratto nullo contenga i requisiti di sostanza e di forma nel quale deve essere convertito, nonché un'indagine sulla volontà delle parti, elemento che non verrebbe in considerazione quando si tratta di atti processuali. Così, ai sensi dell'art. 1424 c.c. il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso del quale possiede i requisiti di sostanza e di forma, purché possa ritenersi che le parti lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità (conversione sostanziale). L'indagine sull'originaria volontà delle parti viene condotta sulla base di elementi oggettivi, difatti la conversione avviene automaticamente. Accanto alla conversione sostanziale vi è anche la conversione formale che si ha quando un atto può essere compiuto in più forme, come nel caso del testamento; essa consiste nella conversione di un atto formalmente invalido adottato in una forma di cui abbia i requisiti di validità, vedi F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1990, 912 s. Con riferimento all'equivalente fenomeno in diritto processuale vedi: L. SALVANESCHI, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 121 ss.; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 102 ss.

funzionale; precisamente, il contenuto che un provvedimento deve avere per realizzare una data fattispecie processuale, al culmine di un determinato procedimento.

L'errore nella forma condiziona il regime di impugnabilità del provvedimento, è vero; ma se il provvedimento concreto adottato riesce a svolgere correttamente il ruolo di quello che avrebbe dovuto essere adottato, non si vede perché non si debba seguire il regime di efficacia di quest'ultimo dato che la nullità ai sensi dell'art. 156 cpv è stata superata.

Prodromico alla possibilità di sanatoria del vizio dovuto allo scambio di forme di provvedimenti, andare a verificare che i tre provvedimenti, in particolare il più complesso tra di loro, la sentenza, non abbia elementi formali così caratterizzanti da non poter essere in nessun caso surrogato da un provvedimento di altro tipo, di minor complessità, ordinanza o decreto.

Andiamo a compiere questa verifica requisito per requisito.

### 8.1. *Il subprocedimento di adozione del provvedimento*

L'iter di assunzione di una sentenza e di un'ordinanza è divenuto assai simile, soprattutto da quando è stato introdotto e poi ampliato l'uso della decisione con sentenza scritta a verbale a seguito di discussione orale.

Due sono le due modalità possibili di adozione sia di una sentenza che di un'ordinanza.

La prima di esse, quella più lunga, prevede la redazione del testo su di un documento a parte o in calce al processo verbale, se si tratta di ordinanza, e il successivo deposito di esso in cancelleria per tutti e due i provvedimenti (artt. 133, 134, 276 c.p.c.); con quest'ultimo incombente avviene per espresso disposto di legge la pubblicazione della sentenza; per entrambi è prevista la comunicazione alle parti ad opera della cancelleria. Come già detto, questo incombente verrà semplificato dal decreto correttivo perché tutti i documenti verranno depositati telematicamente e così avverrà anche la pubblicazione della sentenza.

Si potrebbero verificare delle omissioni del procedimento di adozione legato al tipo di provvedimento previsto per legge, ad esempio, il

giudice potrebbe non aver concesso il triplice termine di cui all'art. 189, sempre che le parti non vi abbiano anche implicitamente rinunciato (artt. 275, comma 1 e 281 quinquies, comma 1); ovvero potrebbe non aver fissato l'udienza di discussione richiesta e il termine per le previe memorie (artt. 275, comma 2 e 281 quinquies, comma 2). In questa eventualità, si dovrebbe ragionare come nelle ipotesi esaminate nei precedenti paragrafi ovvero dichiarare la nullità del provvedimento adottato con un subprocedimento errato solo nel caso in cui sia stato effettivamente compromesso il diritto di difesa di parte; a questa nullità si potrebbe aggiungere quella del provvedimento.

La seconda modalità di adozione segue un iter più snello della prima: si svolge la discussione orale, poi la pronuncia del provvedimento, che viene scritto a verbale e così si ha anche la pubblicazione (art. 275 bis; 281 sexies; 134). Il problema potrebbe essere la lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, espressamente prevista agli artt. 275, bis, comma 2 e 281 sexies, comma 1, ma non all'art. 134, anche se presumibilmente verrà data lettura del testo dell'ordinanza scritta a verbale. Comunque, potrebbe accadere che venga pronunciata ordinanza non dando lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

La giurisprudenza in ordine alla rilevanza della mancata lettura del dispositivo e della motivazione della sentenza è piuttosto oscillante.

Secondo una prima posizione<sup>159</sup>, diciamo più permissiva, non sarebbe nulla la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 281 sexies, quando non ci sia stata lettura del testo in udienza, ma immediato e integrale deposito del dispositivo e della motivazione, così da garantire l'immodificabilità della decisione assunta. Unica conseguenza della predetta omissione, sarebbe la dilazione del termine per impugnazione sino al momento della successiva comunicazione alle parti del deposito in cancelleria.

Altra giurisprudenza ha ritenuto nulla la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 281 sexies quando vi sia stata la lettura del dispositivo in udienza, ma non il contestuale deposito della motivazione; né vi sa-

<sup>159</sup> Cass., 23 giugno 2008, n. 17028, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, 1009; Id., 14 maggio 2014, n. 10453, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1139 ss., con nota di F.S. DAMIANI, *Riflessioni sulla decisione a seguito di trattazione orale.*

rebbe conversione nella modalità di pronuncia della sentenza fuori udienza, perché la pubblicazione del dispositivo consumerebbe il potere decisorio del giudice, così che la successiva motivazione sarebbe ormai irrilevante, in quanto estranea alla struttura dell'atto processuale compiuto<sup>160</sup>.

Più severa sembra essere la giurisprudenza di Cassazione in relazione alla sola lettura del dispositivo in udienza prevista nella modalità decisionale "classica" del processo del lavoro, esclusiva prima della riforma del 2008<sup>161</sup>.

Così si considera che nelle controversie soggette al rito del lavoro l'omessa lettura del dispositivo all'udienza di discussione determini, ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.p.c., la nullità insanabile della sentenza per mancanza del requisito formale indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto, correlato alle esigenze di concentrazione del giudizio e di immutabilità della decisione.

In tale caso la Cassazione ribadisce il principio già visto *retro*, secondo il quale non ricorrendo alcuna delle ipotesi di rimessione tassativamente previste oggi dal solo art. 354 c.p.c., il giudice d'appello non potrebbe limitare la pronuncia alla mera declaratoria di nullità, ma dovrebbe decidere la causa nel merito. Conseguentemente, qualora il giudice d'appello procedesse all'esame delle altre censure dedotte con l'impugnazione, difetterebbe l'interesse a far valere come motivo di ricorso per cassazione la nullità della sentenza di primo grado in quanto non dichiarata dal giudice d'appello, perché l'eventuale rinvio ad altro

<sup>160</sup> Cass., 30 marzo 2015, 6394.

<sup>161</sup> Cass., 8 giugno 2009, n. 13165, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, n. 6, 875, la quale specifica che tale lettura deve risultare dal verbale d'udienza, sottoscritto dal cancelliere e dal presidente del collegio e destinato, a norma degli artt. 57, 126 e 130 c.p.c., a documentare l'evento con l'efficacia propria dell'atto pubblico; né avrebbe rilievo decisivo la circostanza che nella stesura della sentenza impugnata il collegio dia atto dell'avvenuta lettura del dispositivo in udienza, perché non competerebbe al giudice della sentenza uno specifico potere certificativo; in senso contrario sul punto Cass., 19 novembre 2002, n. 16312, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2011, secondo la quale la lettura del dispositivo della sentenza non dovrebbe risultare da una esplicita e formale menzione contenuta nel verbale di udienza, ben potendo essere attestata dalla sentenza; come pure sarebbe irrilevante che la lettura sia avvenuta in assenza del difensore di una delle parti.

giudice d'appello porterebbe allo stesso risultato già conseguito con la pronuncia su tutti i motivi di impugnazione<sup>162</sup>.

Se la mancata lettura del dispositivo riguardasse, invece, la sentenza del giudice d'appello, la Corte di cassazione dovrebbe rimettere la causa ad un giudice di pari grado<sup>163</sup>.

Insomma, dalla giurisprudenza di Cassazione non vi è certezza che la mancata lettura del dispositivo e della motivazione ai sensi dell'art. 281 sexies, comma 1 o art. 275 bis, comma 2 comporti la nullità del provvedimento.

Si può identificare il momento determinante la consumazione del potere decisorio del giudice con la sottoscrizione da parte sua del verbale: trattandosi di atto pubblico è difficile immaginarne la successiva modificabilità, tanto più che con tale adempimento la sentenza si intenderebbe anche pubblicata (artt. 275 bis, comma 3 e 281 sexies, comma 2). L'omessa lettura non inficia la consequenzialità della decisione alle ragioni individuate durante la discussione, perché il giudice ha deciso, anche se non ha letto il provvedimento. La lettura del dispositivo e della motivazione, piuttosto, serve a far conoscere nell'immediato il testo del provvedimento, anche ai fini dell'impugnazione; il risultato può essere egualmente raggiunto in caso di contestuale deposito del verbale in cancelleria.

Dopo tutto, per la conoscibilità del provvedimento la lettura in udienza del dispositivo e l'immediato deposito potrebbero essere considerati alternativi tra di loro<sup>164</sup>. Quindi, l'ordinanza scritta a verbale e

<sup>162</sup> Cass., 9 marzo 2010, n. 5659, in *Giust. civ. Mass. 2010*, n. 3, 337. Questi principi sarebbero applicabili anche ai riti speciali che in virtù del d.lgs. n. 150/2011 siano soggetti al rito del lavoro, quale il procedimento di opposizione a sanzione amministrativa (art. 6). Così, Cass., 20 febbraio 2023, n. 5197, commentata da M. FEDE, *La nullità insanabile della sentenza della quale non venga data lettura del dispositivo*, in *Judicium*, 2023.

<sup>163</sup> Cass., 20 febbraio 2023, n. 5197, cit.

<sup>164</sup> Cass., 28 febbraio 2006, n. 4401, in *Giur. it.*, 2007, 669, secondo la quale l'art. 281 sexies comma 2 c.p.c., pur prescrivendo l'immediato deposito in cancelleria, prevede che la pubblicazione della sentenza si ha già per effettuata all'atto stesso in cui il giudice sottoscrive il verbale nel quale essa è scritta o contenuta per allegato; perciò il deposito della sentenza in cancelleria il giorno successivo, non interromperebbe la stringente consecuzione prefigurata dal codice di rito con l'uso dell'avverbio "immediatamente" e non farebbe ricadere la sentenza così depositata nel regime ordinario di

non letta in udienza, pronunciata al posto di sentenza potrebbe essere considerata una sentenza in senso sostanziale, pubblicata da subito con sottoscrizione del verbale, in caso di contestuale deposito dello stesso in cancelleria, oppure pubblicata, al massimo, al momento del deposito dello stesso in cancelleria.

Nella prospettiva di tutela dell'interesse di parte, l'omessa lettura del testo della sentenza potrebbe essere considerata una nullità relativa, da eccepire nel contesto dell'udienza stessa in cui il provvedimento viene pronunciato, analogamente a quanto avviene nell'ordinamento giuridico francese. Poi, se la parte interessata non dovesse esser presente, si tratterebbe di una formalità irrilevante, essendo diretta a far conoscere nell'immediato il contenuto del provvedimento ad un soggetto assente.

Nell'ipotesi peggiore, ove si volesse considerare una nullità assoluta, la mancata lettura, non eccepita, e il non contestuale deposito della sentenza dovrebbero comportare l'applicazione del regime ordinario di pubblicazione di cui all'art. 133 c.p.c., come fattispecie equipollente<sup>165</sup>.

Più difficile che questi stessi principi possono essere applicati nel rito del lavoro alla modalità di decisione con lettura del solo dispositivo e successivo deposito della sentenza, perché non si prevede il contestuale deposito del dispositivo in cancelleria (l'art. 429, comma 1 secondo periodo). In questo ambito, in caso di decisione con ordinanza in luogo che di sentenza, si potrebbe ritenere il procedimento decisio-

cui all'art. 133 c.p.c.; ovviamente la Corte si riferisce ad un'ipotesi in cui era avvenuta la lettura del provvedimento; Cass., 1° marzo 2007, n. 4883, in *Giust. civ. Mass*, 2007, 3 la quale più esplicitamente stabilisce che nel caso di sentenza pronunciata e letta in udienza ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., non è causa di nullità della pronuncia il deposito della stessa in cancelleria il giorno successivo, non interrompendo tale dilazione la stringente consecuzione prefigurata dal codice di rito con l'uso dell'avverbio "immediatamente" nel comma 2 della citata norma. I due adempimenti non sono alternativi, certo, ma se la mancata consequenzialità avrebbe come sanzione di far ricadere la sentenza pronunciata in udienza nel regime di pubblicazione proprio del provvedimento emesso fuori udienza, lo stesso dovrebbe valere in caso di mancata lettura del provvedimento, per mancanza di uno degli adempimenti non necessari nel secondo tipo di pubblicazione.

<sup>165</sup> Questo sembrerebbe suggerire Cass., 28 febbraio 2006, n. 4401, cit.

nale seguito come equipollente del meccanismo di cui all'art. 281 sexies, possibile anche nel rito del lavoro (art. 429, comma 1, primo periodo) e impiegare il ragionamento che si è sopra svolto.

La disciplina sulla modalità di decisione a seguito di discussione orale con sentenza, prevede piccole varianti, tipo deposito della sentenza dopo un termine (60, 30 giorni a seconda che si sia davanti al tribunale in composizione collegiale o monocratica, artt. 275 bis, ultimo comma e art. 281 sexies, ultimo comma). Il disposto dell'art. 134 c.p.c. non esclude questa possibilità in caso di pronuncia di ordinanza, che potrebbe essere scritta su di un foglio separato, datato e sottoscritto, depositato fuori udienza.

Se la decisione con ordinanza al posto di sentenza in udienza fosse collegiale, mancherebbe probabilmente anche il previo scambio delle memorie, quindi, si aggiungerebbe un altro vizio procedurale, da far vale alle condizioni viste.

Potrebbe accadere che al posto di sentenza sia stato emesso decreto: l'iter di adozione di quest'ultimo è assai vario a seconda dello scopo che gli viene assegnato, ma di per sé non è incompatibile con l'iter di assunzione di una sentenza. L'ipotesi più frequente è che l'errore sia stato sulla scelta del rito stesso, tipo procedimento in camera di consiglio in luogo di procedimento ordinario o a cognizione piena, ovvero ci sia stato un errore sui presupposti processuali per la chiusura con decreto al posto di proseguire il giudizio con la cognizione piena, come nel caso previsto dall'art. 195 disp. att. c.p.c. nel giudizio di divisione. Qui si ritorna nella prima ipotesi di anomalia presa in considerazione in questo capitolo, alla quale si potrebbe aggiungere la nullità del provvedimento decisorio, per mancanza dei requisiti suoi propri.

## *8.2. La struttura dei provvedimenti. La rilevanza del requisito della motivazione*

Veniamo alla struttura dei tre provvedimenti.

A differenza degli altri due provvedimenti la sentenza reca l'intestazione «Repubblica italiana», ed è pronunciata «In nome del popolo italiano»: tale requisito non comporta nullità di per sé ma co-

stituisce una mera omissione materiale<sup>166</sup>. Parimenti è da dirsi per i requisiti di cui ai numeri 1, 2 e 3 dell'art. 132, comma 1 c.p.c.: 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti. Questi requisiti, del resto, potrebbero essere corretti o integrati con il procedimento di correzione degli errori materiali<sup>167</sup>.

L'indicazione del giudice che l'ha pronunciata e delle parti (art. 132, comma 2, nn. 1 e 2), vi è di regola anche nel testo dell'ordinanza e del decreto: in ogni caso la loro omissione è normalmente emendabile attraverso il procedimento di correzione degli errori materiali, purché vi sia certezza sull'organo giudicante.

Dal dispositivo si dovrebbe arguire la sostanza del provvedimento: sia che si tratti di sentenza che di ordinanza o di decreto, la funzione decisorio deve essere espressa con analoga precisione. Quando il dispositivo non renda palese il comando del giudice, non sia sufficientemente determinato, sia stato emesso in violazione del principio dispositivo o del contraddittorio, esso sarà nullo o inesistente a seconda della gravità della mancanza<sup>168</sup>.

Seguendo l'evoluzione storica, nel confronto tra i vari provvedimenti, si può constatare che gli elementi strutturali ad aver fatto la differenza sono stati soprattutto la motivazione e la sottoscrizione del giudice.

La motivazione è stato una componente del provvedimento decisorio che ha segnato il passaggio ad una giustizia moderna, condivisa e pubblica. È con la "legislazione rivoluzionaria", ovvero le norme promulgate dall'assemblea legislativa formatasi al periodo della Rivoluzione francese, che essa è stata collocata tra gli elementi indispensabili del provvedimento decisorio: tale obbligo del giudice era la plastica espressione del principio di sovranità popolare e di soggezione del giudice alle leggi votate dal Parlamento.

<sup>166</sup> M. LUPANO, *Dei provvedimenti*, cit., 144.

<sup>167</sup> M. LUPANO, *op. cit.*, 145; S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, Napoli, 2017, 166 ss.

<sup>168</sup> Per approfondimenti sui possibili vizi del provvedimento, in particolare della sentenza, sotto il profilo del dispositivo si rinvia agli studi di C. BESSO, *La sentenza civile*, cit., 193 ss.

L'indispensabilità di tale elemento della sentenza fu ribadita dal *code de procédure civile français*, nell'ambito del quale «i motivi che hanno determinato il giudizio» (art. 141) diventavano un elemento essenziale della sentenza, e dalla successiva legge 20 aprile 1810 (l'art. 7), che stabiliva la nullità della sentenza per la mancanza di motivi<sup>169</sup>.

Questo dovrebbe essere lo strumento per perseguire un duplice scopo: consentire il controllo esterno sulla conformità alla legge dell'esercitata giurisdizione; permettere alle parti del procedimento di impugnare il provvedimento non soddisfacente<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> Si ricorda il precedente tentativo di imporre l'obbligo di motivazione ai giudici da parte del sovrano del Regno di Napoli Ferdinando IV di Borbone con la Prammatica napoletana. In proposito vedi: M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza tra diritto comune e illuminismo*, cit., 265 ss.; G. MONTELEONE, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, cit., 663 ss.; C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 11 ss.

<sup>170</sup> Sul punto, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 107 ss. e 406, definisce la motivazione un mezzo di controllo democratico sull'esercizio del potere giurisdizionale, coerente con l'idea di motivazione non solo come esposizione dei motivi in fatto ed in diritto della decisione, ma anche come giustificazione logica della decisione. Aderisce a questa impostazione A. FRASSINETTI, *Il contenuto «minimo» per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 668 ss., secondo la quale il principio di obbligatorietà della motivazione, oltre ad essere connesso ad altre garanzie costituzionali, costituirebbe anche un principio politico fondamentale per l'amministrazione della giustizia nella struttura dello Stato di diritto configurata nella Costituzione, perché solo esternando le ragioni della soluzione prescelta dal giudice la collettività potrebbe verificare che questa non sia frutto di arbitrio e che, come afferma l'art. 101, comma 1, Cost., la giustizia sia amministrata in nome del popolo. Contrari a questa ricostruzione S. CHIARLONI, *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 519 ss.; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 262 ss., la quale mette in evidenza come la motivazione si limiti a svolgere esclusivamente una funzione interna al processo, eccezion fatta per le sentenze della Corte di cassazione; quest'ultima, infatti, tramite la motivazione svolgerebbe la funzione di nomofilachia. A questa impostazione paiono aderire: L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, 159, secondo il quale l'art. 132, comma 2 n. 4 si limiterebbe a prevedere un requisito di forma dell'atto sentenza che si risolverebbe nella necessità dell'esistenza materiale di una motivazione ossia di una parte della sentenza dedicata all'illustrazione delle ragioni della decisione; A. MENGALI, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, cit., 60 ss., a parere del quale, scopo della motivazione sarebbe quella di consentire il controllo della correttezza e quindi della giustizia delle ragioni di fatto e di diritto.

Tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX il concetto si radica anche nella legislazione degli Stati italiani preunitari. Nel prototipo del codice di procedura civile del 1865, il codice per gli Stati Sardi, «i motivi che avevano determinato la decisione» devono essere inseriti nella sentenza a pena di nullità (art. 204, n. 6 del codice di procedura civile per gli Stati Sardi)<sup>58</sup>. Questa disposizione è stata riprodotta tale e quale nel codice di procedura civile del 1865 all'art. 360, n. 6. Certo facevano eccezione le sentenze del conciliatore, per le quali non era previsto l'obbligo di motivazione, dovuta alla minor importanza che veniva attribuita alle decisioni del magistrato onorario, vertenti su questioni più semplici. Vi era anche una disposizione specifica, l'art. 265, capoverso, del Regolamento generale, a raccomandare le accortezze da seguire nella stesura della motivazione: separare le questioni di fatto da quelle di diritto; enunciare gli articoli di legge, sui quali fondare la sentenza; fare un cenno conciso dei principii generali di diritto, che hanno influito sulla decisione, senza confutare tutti gli argomenti contrari delle parti e senza invocare l'autorità della dottrina.

Nel codice del 1865 era prevista come causa di nullità l'omissione dei motivi in fatto ed in diritto (art. 361). In proposito, in giurisprudenza si registrano due tendenze: da un lato, di sminuire il difetto di motivazione se il dispositivo fosse stato corretto; dall'altro, a scendere all'esame del fatto davanti al giudice di legittimità attraverso il difetto di logicità o sufficienza della motivazione, quindi, a censurarla per tali vizi apparentemente non compresi nella norma originaria<sup>171</sup>.

I progetti di riforma del processo civile partivano tutti dal presupposto che il processo liberale era inutilmente complicato e questo *lietmotiv* lo troviamo in alcuni di essi, nelle proposte di struttura della sentenza: così nel progetto Carnelutti la motivazione si riduceva alla concisa indicazione delle questioni risolte per decidere la lite e delle ragioni determinanti la soluzione con la possibilità di ometterle del tutto ove si trattasse di questioni la cui soluzione non potesse dar luogo a ragionevole dubbio; nel progetto Redenti si raccomandava che le ragioni della decisione fossero esposte in forma sintetica. Anche nel progetto preliminare di Solmi traspare la consapevolezza della necessità di

to della decisione.

<sup>171</sup> Cap. III, § 5.

semplificazione delle forme, prevedendo in ordine alla motivazione che essa consistesse nella coincisa esposizione del fatto e delle questioni proposte, nonché dei principi di diritto applicati (art. 47, comma 1, lett. d)<sup>172</sup>.

Nel codice del 1940 la disciplina della motivazione viene determinata dal combinato disposto degli artt. 132 c.p.c., 118 disp. att. c.p.c. e 360, comma 1, n. 5 c.p.c.

L'originario art. 132, comma 1, n. 4 richiedeva «la coincisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione» ed a ulteriore chiarimento l'art. 118 disp. att. c.p.c. ribadiva che «La motivazione della sentenza di cui all'art. 132, n. 4 del presente codice consiste nell'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione» nonché che «Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati». Nel nuovo codice non si richiede più la separazione delle questioni di fatto dalle questioni di diritto come nell'art. 265 del Regolamento generale.

La l. 18 giugno 2009, n. 69 modifica l'art. 132, comma 1 n. 4 nel senso di imporre solo la «coincisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» eliminando il riferimento allo «svolgimento del processo». Le due modifiche non sembra abbiano colpito più che tanto la dottrina, che ha considerato la sostituzione del termine “motivi” con “ragioni” frutto di una scelta stilistica, volta ad armonizzare l'art. 132 c.p.c. con l'art. 118 disp. att. c.p.c., senza che non ci sia alcuna sostanziale differenza tra i due termini che sarebbero perlopiù sinonimi<sup>173</sup>. Per quel che concerne il secondo elemento, sarebbe venuto

<sup>172</sup> Cap. IV, §§ 1 e 2.

<sup>173</sup> Così: R. RORDOF, *Le nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 134 ss., in particolare 135; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, in M. Taruffo, (cur.), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 381; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437 ss.; C. RASIA, *La crisi della motivazione*, cit., 82 ss. Vi è da citare la differente opinione di G.F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 24, il quale sottolinea la mancata armonizzazione tra art. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., anche dopo la riforma. L'autore considera l'espressione «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa» di cui all'art. 118 non identificabile con le «ragioni di fatto» di cui all'art. 132 c.p.c.; queste

meno l'onere del giudice di rendere palese la ricostruzione della vicenda processuale, che in tal modo non verrebbe ad influire sulla sufficienza della motivazione, senza togliere che egli può continuare a farvi riferimento se funzionale alla motivazione<sup>174</sup>.

È stato riformato anche l'alter ego dell'art. 132, l'art. 118 disp. att. c.p.c., il quale attualmente ha aggiunto "succinta" ad esposizione<sup>175</sup> e ha consentito il riferimento a "precedenti conformi"<sup>176</sup>.

ultime, infatti, andrebbero a coincidere con l'esito delle risultanze istruttorie (c.d. motivazione di fatto), mentre i «fatti rilevanti della causa» con la vicenda storica della lite, ovvero con i fatti sostanziali che l'hanno determinata, nonché con le vicende processuali (c.d. fatti processuali) che ne hanno seguito l'evolversi sino alla decisione.

<sup>174</sup> Così A. CHIZZINI, *Commento all'art. 132*, in G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 42. Già nella vigenza del passato testo F. LANCELLOTTI, voce *Sentenza civile*, cit., 1117, riteneva che tale requisito non consistesse in una coincisa narrazione del contenuto sostanziale della controversia, ma che si dovessero evidenziare quelle parti del processo svolto funzionali a giustificare le ragioni del decidere.

<sup>175</sup> M. TARUFFO, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 621 ss., in particolare 628 s., rileva come la nuova formulazione dell'art. 118 disp. att. c.p.c. nella parte in cui richiede la «succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa» si porrebbe in contrasto con l'art. 132, n. 4 c.p.c., ove si parlerebbe delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, che quindi porrebbe i due tipi di motivi sullo stesso piano. In sostanza, secondo l'autore, dal combinato disposto delle due norme ne uscirebbe l'idea che il giudice possa limitarsi ad enunciare la decisione finale sui fatti rilevanti della causa, senza fornire alcuna giustificazione di tale esposizione.

<sup>176</sup> Un bel cambio di passo se si considera che nel codice del 1865, la motivazione *de relato* equivaleva ad un'omissione di motivi (vedi art. 361, comma 1).

Sulla motivazione *de relato* si rinvia a: C. RASIA, *Sull'uso della motivazione per relationem in caso di rinvio ad un precedente conforme del medesimo ufficio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 436 ss.; ID., *La crisi della motivazione*, cit., 215 ss.; nonché a A. FRASSINETTI, *Il contenuto «minimo» per una motivazione adeguata della sentenza civile*, cit., 675 ss. Interessanti, inoltre, alcuni recenti indirizzi della Cassazione in proposito: Cass., 14 ottobre 2021, n. 28067, secondo la quale la motivazione *per relationem* della sentenza può basarsi anche su precedenti di merito e non solo di legittimità, al fine di ridurre i tempi di definizione delle controversie con l'utilizzazione di riflessioni e di schemi decisionali già compiuti per casi identici o caratterizzati dalla decisione di identiche questioni. Vero è che la lettura della norma non escluderebbe che possano essere richiamate anche sentenze di merito, ma comunque esse dovrebbero essere bene segnalate e facilmente reperibili, cosa che è generalmente vera per le pronunce della Corte di cassazione, lo è meno per le pronunce dei giudici di merito (FRASSINETTI, *op.*

La scelta del legislatore di spingere verso una redazione snella della motivazione e, in generale, della sentenza, si percepisce anche nell'opzione, sempre più diffusa, di prediligere la decisione a seguito di discussione orale, tipica del rito semplificato, ex rito sommario, divenuto ormai centrale in primo grado, almeno nelle intenzioni del legislatore. Tale modalità di decisione è stata introdotta fin dal 2011 anche in appello e si è perfezionata con la riforma Cartabia.

La sentenza pronunciata a seguito di discussione orale, contiene

*cit.*, 676).

Ancora più ardita sembrerebbe l'ammissione della possibilità di motivare con riferimento agli atti di parte: Cass., Sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, in *Giust. proc. civ.* 2015, 121, con nota di B. CAPPONI, *La motivazione «laica, funzionalista, disincantata»*, in *Riv. giur. trib.* 2015, 748; con nota di M. MARINELLI, *Sentenza con motivazione «copia-incolla» degli atti di parte: il via libera delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 1291, con nota di E. BERTILLO, *Sulla motivazione riproduttiva degli atti di parte*; in *Foro it.*, 2015, I, 160, con nota di G. GRASSO, *La mera riproduzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura?*; in *Guida al diritto.*, 2015, 40 ss., con nota di M. PISELLI, *Una velocizzazione della giustizia non esente da rischi*. Così da ultimo, Cass., 6 ottobre 2022, n. 29028, secondo la quale la sentenza la cui motivazione si limiti a riprodurre un atto di parte, come pure di altri atti processuali o provvedimenti giudiziari, non sarebbe nulla qualora le ragioni della decisione siano, in ogni caso, attribuibili all'organo giudicante e risultino in modo chiaro, univoco ed esaustivo, atteso che in base alle disposizioni costituzionali e processuali, tale tecnica di redazione non potrebbe ritenersi, di per sé, sintomatica del difetto di imparzialità del giudice, al quale non è imposta l'originalità dei contenuti, né delle modalità espositive. In buona sostanza, viene mutuata per le sentenze una tecnica di redazione della motivazione ammessa dall'abrogato art. 348 ter per le ordinanze emesse nella fase del filtro, che potevano essere motivate «anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi». Un caso singolare di motivazione con riferimento agli atti di parte viene segnalato da M.C. GIORGETTI, *Ancora sulla motivazione per relationem...anzi, per "connessione"*, in *Judicium.*, 2021, in particolare, si tratta di una sentenza di divorzio su domanda congiunta dove vengono asseritamente richiamate le condizioni della cessazione degli effetti civili del matrimonio, omettendone la trascrizione. Il Tribunale di Brescia adito per la correzione della sentenza, vista la difficoltà non solo di desumerne la motivazione, ma più in generale, il contenuto ai fini dell'attuazione, rigetta l'istanza, anche perché viene messa in evidenza la possibilità di servirsi dei link ipertestuali al fine di richiamare documentazione. L'autrice a commento della decisione sottolinea come si tratti di una sorta di rinvio *per relationem* telematico. L'autrice rileva come una sentenza di tal genere potrebbe incontrare difficoltà ad essere attuata in sede di esecuzione forzata.

«la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» e fin qui nulla indurrebbe a ritenere che ci siano differenze rispetto alla motivazione di una sentenza classica, così come descritta dall'art. 132 c.p.c. Quello che deve far riflettere sono piuttosto i tempi assai stringati che decorrono tra le tre fasi del procedimento, discussione – decisione – redazione della sentenza: è chiaro che essendo esse più contratte tra di loro, il provvedimento nel suo complesso sarà più sintetico di un provvedimento redatto a distanza di tempo, più meditato e probabilmente curato anche nella scelta dei termini. Elemento empirico che potrebbe accentuarsi ulteriormente nelle sentenze collegiali, per la difficoltà di redigere collettivamente il testo del provvedimento.

Vi è un altro dato da considerare: la pressione sui giudici di merito nel momento della redazione della motivazione diminuisce con la riforma dell'art. 360, comma 1 n. 5. Il ritorno al primigenio enunciato della norma con il d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito in l. 11 agosto 2012, n. 143, ha di certo limitato il controllo della Cassazione sull'impostazione della vicenda di merito e di riflesso sulla stesura delle ragioni in fatto della decisione<sup>177</sup>.

<sup>177</sup> Rispetto all'originaria formula una differenza messa in evidenza da parte della dottrina è l'uso del termine «circa un fatto» rispetto al termine «di un fatto». È stato ritenuto, infatti, che attraverso tale motivo di ricorso in cassazione possa essere denunciato l'omesso esame di una risultanza istruttoria determinante per ritenere un fatto esistente o meno, anche quando il fatto storico sia stato preso di per sé in considerazione: M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma urgente: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *Judicium*, 2012, 1 s.; R. POLI, *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 43 ss. in particolare 81 s., il quale considera censurabile sotto tale profilo anche l'omessa utilizzazione di una massima di esperienza, che il giudice avrebbe dovuto considerare nella formazione del suo giudizio di fatto; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 212 ss. Contro tale impostazione Cass., Sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014, 460 ss., con nota di S. DALLA BONTÀ, *Le Sezioni unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, primo comma, n. 5 e del meccanismo della del c.d. doppia conforme in materia tributaria*; in *Corr. giur.*, 2014, 124 ss., con nota di C. GLENDI, *At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro "non grande arresto" delle Sezioni unite)*; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594 ss., con nota di F. PORCELLI, *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*; in *Giur. it.*, 2014, 1901 ss., con nota di

Vi sono due significative differenze rispetto alla situazione che vi era all'entrata in vigore del codice nel '42: nell'art. 132, comma 1, n. 4 è stato abrogato il punto dell'articolo per cui si prevedeva la «coincisa esposizione dello svolgimento del processo», che avrebbe potuto consentire di risalire attraverso la motivazione ai vizi di attività; vi è la propensione legislativa a favorire a motivazioni sempre più ridotte all'osso. Tutto ciò rende più arduo al giudice di cassazione sindacare la ricostruzione della vicenda fattuale compiuta dal giudice di merito e, in particolare, la congruenza e logicità nella valutazione delle risultanze istruttorie, non più censurabile sotto il profilo della motivazione ir-

A. TURCHI, *In tema di applicabilità al processo tributario delle modifiche introdotte alla disciplina del ricorso per cassazione*; in *Foro it.*, 2015, I, 209 ss., con nota di P. QUERO, le quali hanno specificato che l'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c., per come riformulato, introdurrebbe nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, oggetto di discussione tra le parti; pertanto, l'omesso esame di elementi istruttori non integrerebbe, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, anche se in motivazione egli non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.

Altra questione interpretativa ha riguardato l'espressione «oggetto di discussione tra le parti» data la formula diversa usata nell'ultima versione dell'art. 360, comma 1, n. 5 prima del 2012, che evidenziava come il fatto dovesse essere «controverso e decisivo per il giudizio». L'ultima versione dell'art. 360, n. 5, secondo alcuni, avrebbe compreso anche i fatti pacifici purché essi siano stati oggetto di discussione tra le parti, così R. CAPONI, *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.)*, cit., 149 ss., in particolare 153. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'elemento che il fatto debba essere oggetto di discussione porterebbe ad escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, i fatti pacifici e i fatti non contestati. Di conseguenza, l'omessa considerazione di un fatto pacifico o non controverso potrebbe essere denunciata solo attraverso l'eventuale censura di omessa motivazione; non come violazione dell'art. 115 c.p.c., perché, pur ponendo tale norma un obbligo di completezza nell'esame giudiziale dei fatti decisivi della causa, provati o non bisognosi di prova, da tale interpretazione ne deriverebbe la totale superfluità della censura *ex n. 5*, dal momento che ogni omissione nell'esame di un fatto provato e decisivo comporterebbe la violazione dell'articolo 115, indipendentemente dal suo carattere controverso. Infine, neanche si potrebbe pensare di denunciare il vizio con la revocazione perché la revocazione presupporrebbe un errore commissivo, non un'omissione. In questo secondo senso: G. RAITI, *Il nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.: l'omesso esame di un fatto «oggetto di discussione fra le parti»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1440 ss.

ragionevole, insufficiente, ma solo nel caso in cui nell'espletamento delle attività volta alla costruzione del giudizio sul fatto si violi una specifica disposizione, quindi, attraverso i nn. 3 o 4 del primo comma dell'art. 360<sup>178</sup>.

<sup>178</sup> M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, cit., 6 ss. a commento del decreto sviluppo non ancora convertito in legge rilevava come attraverso il vizio della logicità della motivazione si volesse censurare non il risultato al quale era pervenuto il giudice, ma la violazione delle regole metodologiche che presidono alla formazione del giudizio di fatto, come stabilite dalla legge. Vengono indicate come regole metodologiche: le massime di comune esperienza ovvero il canone di completezza nella considerazione delle circostanze risultanti dagli atti del processo, regole assunte dall'ordinamento attraverso il concetto di "prudente apprezzamento" di cui all'art. 116 c.p.c.; quelle che sono propriamente esplicite regole legali, come le norme sulle prove appunto c.d. legali o la norma che impone al giudice di assumere a fondamento della sua decisione i fatti notori ed i fatti non specificamente contestati (art. 115 c.p.c.). Secondo l'autore l'errore del giudice nella regola del giudizio di fatto, che di per sé non sarebbe stato né un *errorer in procedendo* né un *errorer in iudicando* sarebbe in futuro rifluito in Cassazione attraverso i motivi di cui ai numeri 3 o 4 ovvero si sarebbe potuta riformare la giurisprudenza di Cassazione avuta sotto la vigenza dell'originario art. 360, comma 1 n. 5. L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, cit., 167 ss., riconduce all'art. 360, comma 1, n. 3 i vizi del provvedimento dovuto alla violazione delle norme sull'acquisizione, validità ed efficacia delle prove, sulla violazione della ripartizione dell'onere probatorio, perché tale disposizione non farebbe differenza tra violazione di legge sostanziale e processuale.

In proposito va registrato un conflitto nato in seno alla Corte di cassazione in ordine alla collocazione del vizio di attività qualificato come "travisamento della prova" e, soprattutto, alla sua ricorribilità stessa in cassazione dopo la modifica dell'art. 360, comma 1, n. 5 nel 2012. La nozione di "travisamento della prova" la troviamo distinta da quella di "travisamento del fatto" in una pronuncia della Cassazione del 2006: "il travisamento del fatto" sarebbe denunciabile con revocazione ma non con ricorso in cassazione perché implicherebbe «la valutazione di un complesso di circostanze del caso concreto che comportano il rischio di una rivalutazione del fatto»; "il travisamento della prova" implicherebbe «non una valutazione dei fatti, ma una constatazione o un accertamento che quella informazione probatoria, utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale», così Cass., 24 maggio 2006, n., 12362, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; analogamente Id., 25 maggio 2015, n. 10749.

Questi concetti li ritroviamo in due ordinanze di rimessione alle Sezioni unite: su di essi si gioca tutto il contrasto giurisprudenziale e a tale quesito, infine, hanno dato risposta le Sezioni unite di recente.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, che troviamo ben espresso nella

prima ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, non potrebbe essere oggetto di giudizio di cassazione un “errore di percezione” su un “fatto controverso”, perché postulerebbe implicitamente che ci possano essere “prove chiare” e, più ancora, che possa esistere processualmente un “fatto” distinto dal giudizio di fatto, al di fuori della sola interpretazione giuridicamente rilevante delle prove e della loro idoneità o meno a dimostrare i fatti controversi, riservata al giudice di merito. Dall’incipit della pronuncia si arguisce che la Corte non distingue tra “travisamento dei fatti” e “travisamento della prova” ai fini del giudizio di legittimità: «la giurisprudenza di questa Corte è stata assolutamente ferma nel negare che la censura di travisamento dei fatti potesse avere ingresso nel giudizio di legittimità, salvo il caso che avesse dato luogo ad un difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia, ossia su un elemento della fattispecie che, se esaminato, avrebbe potuto determinare una diversa soluzione della causa, non senza precisare che, ai fini della censura, non si dà differenza alcuna fra travisamento del fatto e travisamento delle prove... e specialmente che l’errore può rilevare in quanto errore di giudizio, diversamente soccorrendo il rimedio della revocazione».

Dunque, secondo questa impostazione, solo l’errore commesso dal giudice nell’attribuire un significato piuttosto che un altro ad una data fonte di prova ovvero nell’attribuirle valore ai fini del *quod demonstrandum*, poiché frutto di giudizio sul fatto, potrebbe essere oggetto d’impugnazione nell’ambito del giudizio di legittimità, nei limiti di cui all’art. 360 n. 5 c.p.c. In altre parole, il travisamento del fatto o della prova, che dir si voglia, potrebbe rilevare solo come errore del giudice di merito nella ricostruzione del fatto in cassazione: ciò significa che esso in qualche modo dovrebbe risultare dalla sentenza. Di conseguenza, non sembrerebbe che la denuncia di tale errore possa avere ingresso attraverso il motivo di cui al n. 5, che attualmente fa riferimento ad un’omissione di giudizio in fatto. Da tali premesse, si sarebbe portati a concludere che secondo questa prima ordinanza non sia dato più spazio ad un errore di giudizio sul fatto come motivo di cassazione (così conclude la precedente e citata Cass., 3 novembre 2020, n. 24395); in verità, viene richiamata una pronuncia del 2005, che apre uno spiraglio in tal senso. In questa pronuncia, infatti, si individua la differenza tra errore denunciabile in cassazione ed errore revocatorio in caso di omessa pronuncia: il vizio di motivazione su un fatto decisivo, denunciabile per cassazione ai sensi dell’art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c., postulerebbe che il giudice di merito abbia formulato un apprezzamento, nel senso che, dopo aver percepito un fatto di causa negli esatti termini materiali in cui è stato prospettato dalla parte, abbia omesso di valutarlo in modo che l’omissione venga a risolversi in un implicito apprezzamento negativo sulla rilevanza del fatto stesso; sarebbe denunciabile ai sensi dell’art. 395 n. 4, c.p.c., invece, l’omessa valutazione dipendente da una falsa percezione della realtà, una svista del giudice obiettivamente ed immediatamente rilevabile, per aver ritenuto inesistente un fatto o un documento, la cui esistenza risulti incontestabilmente accertata dagli stessi atti di causa (Cass., 27 luglio 2005, n. 15672, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6). Questa impostazione trasformerebbe il vizio di cui al n. 5 in un vizio testuale, perché esso dovrebbe risultare dal testo del provvedimento impugnato, mentre è poco chiaro se in

questa prima pronuncia si ammetta ai fini del rilievo del vizio il confronto con gli altri atti del processo.

Infine, secondo la prima ordinanza di rimessione, la censura di travisamento della prova non sarebbe deducibile *sub specie* di violazione dell'art. 115 c.p.c. Infatti, conformemente a un consolidato orientamento di legittimità (Cass. civ., Sez. un., 30 settembre 2020, n. 20867, in *IUS.processocivile*, 2020, con nota di A. GIORDANO, *Ai confini tra fatto e diritto. Valutazione delle prove e sindacato di legittimità*), la Corte escluderebbe che il principio in virtù del quale il giudice deve decidere *iuxta alligata et probata* possa dirsi violato quando egli abbia mal esercitato il potere di valutare secondo il suo prudente apprezzamento, ma senza violare una specifica norma che gli imponga di attribuire un certo valore ad una risultanza probatoria (in particolare, le regole sulle prove legali); tale sarebbe il caso in cui il giudice abbia tratto da una fonte di prova informazioni probatorie ad essa non riconducibili. La censura di violazione dell'art. 115 c.p.c. sarebbe da circoscrivere all'eventualità che il giudice di merito abbia posto a base della decisione: prove non dedotte dalle parti; disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali; abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali; abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione. Dopo queste premesse, viene chiesto alle Sezioni unite se sia possibile denunciare nel giudizio di legittimità il travisamento della prova da parte del giudice di merito, *sub specie* di violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. Questa la posizione di Cass., 29 marzo 2023, n. 8895, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1253 ss., con nota di V. CAPASSO, *Sul travisamento della prova nel processo civile*, la quale dopo un'attenta ricostruzione del vizio nel processo penale e nel processo civile, conclude che dall'art. 115 isolatamente considerato si possa trarre solo un limite superiore; secondo l'autrice, tuttavia, dopo la novella del 2012 tale disposizione dovrebbe essere letta nel senso che «il giudice deve porre a fondamento della decisione [tutte] le prove [decisive] proposte dalle parti o dal pubblico ministero».

Una seconda ordinanza di rimessione alle Sezioni unite si pone al culmine di un opposto indirizzo giurisprudenziale. Anche questa ordinanza parte dalla distinzione tra travisamento della prova e travisamento del fatto così come sopra tracciato ma ne trae conseguenze diverse. La Corte rileva che l'errore di percezione, inteso anche esso come errore di giudizio, non potrebbe trovare ingresso nel nuovo n. 5 dell'art. 360, perché il travisamento della prova non potrebbe essere mai inteso come un'omissione. In questa seconda ordinanza di rimessione si vaglia, invece, la possibilità che l'errore di percezione possa essere denunciato in Cassazione attraverso il motivo di cui al n. 4 dell'art. 360, comma 1, per violazione dell'art. 115, perché tale norma «nell'imporre al giudice di porre a fondamento della decisione le prove offerte dalle parti (oltre ai fatti non specificatamente contestati), rende censurabile non soltanto la sentenza nella quale il giudice ha posto a fondamento della sua decisione prove disposte di sua iniziativa (al di fuori dei poteri ufficiosi che gli sono riconosciuti), ma rende altresì censurabile in sede di legittimità la sentenza nella quale il giudice di merito abbia utilizzato informazioni probatorie che non esistevano nel processo e che tuttavia comunque sosten-

gono illegittimamente la decisione che ha definito il giudizio di merito». In altre parole, l'errore denunciabile in cassazione si sostanzierebbe anche nell'elaborazione di contenuti informativi che non si lascerebbero in alcun modo ricondurre, neppure in via indiretta o mediata, alla fonte alla quale il giudice di merito avrebbe viceversa inteso riferirle; purché sussistano due ulteriori condizioni: i) il contenuto informativo abbia formato oggetto di discussione nel giudizio; ii) l'errore abbia carattere decisivo, e cioè tale da aver condotto ad un esito diverso da quello che, in termini di certezza, sarebbe stato raggiunto in assenza del travisamento. La prima condizione servirebbe a distinguere l'errore di percezione denunciabile in cassazione attraverso il motivo di cui al n. 4 dell'art. 360, dall'errore revocatorio di cui all'art. 395 n. 4, per integrare il quale non ci dovrebbe essere stata discussione tra le parti sull'oggetto del travisamento. La seconda condizione assimilerebbe la denuncia di cui all'art. 360, n. 4 a quella di cui all'art. 360 n. 5, dalla quale, però, si distinguerebbe per il fatto che si tratterebbe di un errore commissivo non di un'omissione. Per il resto, non si rinviene nell'ordinanza n. 11111/2023 un'esplicita spiegazione della richiesta del secondo requisito per censurare il "travisamento della prova": probabilmente, in tal modo, la Corte ha voluto confinare il vizio rilevante ad ipotesi limite, in cui la decisione impugnata non appaia sorretta da altri elementi probatori, tolto quello oggetto di travisamento. Come argomento di carattere patologico a favore della sua interpretazione la Corte adduce che «una diversa interpretazione finirebbe, difatti, per consolidare un'inemendabile forma di patente illegittimità della decisione, in contrasto con il principio dell'effettività della tutela». Così, Cass., 27 aprile 2023, n. 11111, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1211 ss., con nota di G. RAITI, *Il travisamento della prova nel processo civile e la sua controversa censurabilità in Cassazione*. Quest'ultimo autore focalizza il culmine del dissidio nel significato attribuito agli errori processuali commissivi sul fatto, concludendo che essi partecipino di un'unitaria natura: si tratterebbe sempre dell'attività di attribuzione ad uno specifico mezzo istruttorio della forza rappresentativa del fatto, in positivo o in negativo, diversa da quella reclamata da chi li censura. Nonostante le premesse, l'autore conclude come sia stata accolta dal codice la distinzione tra errore percettivo ed errore valutativo, nel senso che il primo sarebbe censurabile ai sensi dell'art. 395, n. 4 in sede di revocazione straordinaria, mentre sarebbe da escludere che il secondo possa trovare ingresso in Cassazione dopo la riforma del 2012. L'autore non sembra essere stato convinto dalle argomentazioni addotte nell'ultima ordinanza a favore della censurabilità di tale vizio attraverso il n. 4, art. 360, comma 1, per violazione dell'art. 115 c.p.c. In argomento, vedi anche I. PAGNI, *Travisamento della prova, difetto di motivazione ed errore revocatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 564 ss., la quale, innanzitutto, mette in evidenza la differente rilevanza del travisamento della prova nel processo penale e nel processo civile, soprattutto per la diversa configurazione del vizio di motivazione nei due processi: infatti, nel processo civile è un vizio solo testuale a differenza che nel processo penale. Infine, l'autrice arriva ad definire il "travisamento del fatto" rispetto al "travisamento della prova": "il travisamento del fatto" avrebbe a che vedere con la ricostruzione derivante dalla valutazione di insieme di ogni prova; "il travisamento della prova" sareb-

be pertinente ad ogni singola prova, rispetto al quale sarebbe più facile immaginare un errore meramente percettivo; perciò, “il travisamento del fatto sarebbe un tipico vizio di motivazione, che presupporrebbe il sindacato sulla motivazione, ancora possibile purché il travisamento si traduca in una motivazione manifestamente illogica che faccia venir meno il minimo costituzionale di motivazione. Viceversa, “il travisamento della prova” sarebbe, analogamente all’ipotesi in cui il giudice abbia posto a fondamento della decisione una prova inesistente, una violazione dell’art. 115 c.p.c., denunciabile ex art. 360, n. 4, come motivo di nullità della sentenza. Infine, R. POLI, *Logica del giudice e travisamento della prova (a proposito di cass. 29 marzo 2023, n. 8895)*, in *Judicium*, 2023, il quale conclude per la ricorribilità in Cassazione non solo per l’errore percettivo, ma anche per l’errore valutativo del giudice di merito: secondo l’autore, la Corte di cassazione, sarebbe tenuta a norma dell’art. 111 Cost. ad un penetrante controllo delle ragioni poste a fondamento del giudizio di fatto, derivante, da un lato, dall’obbligo costituzionale di motivazione, dall’altro, dalla generalizzata censurabilità in Cassazione della violazione di legge, tra cui rientrerebbe sia la violazione dell’art. 115 c.p.c., che imporrebbe al giudice del merito di fondare la decisione sulle prove effettivamente acquisite al giudizio, sia la violazione dell’art. 116 c.p.c., che imporrebbe al giudice di valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e, quindi, nel rispetto della “logica delle cose del mondo”.

A sanare il conflitto sono intervenute le Sezioni unite, Cass., Sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792, in *Judicium*, 2024, con nota di B. LIMONGI, *Le Sezioni unite si pronunciano sul “travisamento della prova”*. Le Sezioni unite tornano di nuovo sui concetti di “travisamento del fatto” e “travisamento della prova”, per far rifluire il primo nel secondo, come uno dei due aspetti di esso: errore nel momento percettivo del dato probatorio nella sua oggettività; errore nel momento dell’individuazione delle informazioni probatorie che dal dato probatorio, considerato nella sua oggettività, possono per inferenza logica desumersi. Le Sezioni unite notano che nell’errore percettivo, come inteso nell’ordinanza n. 11111/2023, sia già incluso anche l’errore valutativo: tale sarebbe il caso delle informazioni probatorie che non potrebbero in alcun modo essere ricondotte alla fonte di prova, perché si tratterebbe di una fase successiva al momento meramente sensoriale.

Ebbene questo tipo di vizio, presupponente la censura del ragionamento compiuto dal giudice e quindi della logica della sua motivazione, non sarebbe denunciabile più in cassazione, visto l’attuale assetto assunto dai motivi di ricorso a seguito della novella del 2012. Perciò, le Sezioni unite si concentrano sulla denunciabilità in cassazione del primo tipo di travisamento della prova. Il primo tipo di errore viene identificato con l’errore revocatorio individuato dall’art. 395, n. 4 c.p.c.: si tratterebbe di una svista del giudice che cadrebbe sulla c.d. percezione semplice o percezione oggettuale, documento, foto, dichiarazione, indizio, e così via; una svista avente ad oggetto il fatto probatorio. L’errore revocatorio sarebbe un errore non testuale, che si rivelerebbe attraverso la messa a confronto di due divergenti rappresentazioni dello stesso oggetto, da un lato quella risultante dalla decisione del giudice, dall’altro quella contrastante, tale

In proposito, la Suprema Corte<sup>179</sup> ha specificato che la riformula-

da smentire la rappresentazione offerta dal giudice, che emergerebbe univocamente dagli atti e documenti acquisiti al processo. Tale tipo di errore, a giudizio delle Sezioni unite, sarebbe del tutto marginale nel momento in cui si sia svolto effettivamente un dibattito tra le parti; tuttavia, nell'ipotesi in cui una simile svista si sia effettivamente verificata, nonostante il contraddittorio con le parti, non vi sarebbe nessun ostacolo a che questo tipo di errore abbia ingresso in Cassazione attraverso le censure di cui ai numeri 4 o 5 del 360, comma 1: «Sicché, l'affermazione secondo cui, se l'errore è frutto di un'omessa percezione del fatto, essa è censurabile *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, se si riferisca a fatti sostanziali, ovvero articolo 360, n. 5, c.p.c., se si riferisca a fatti sostanziali, ovvero *ex art. 360, n. 4, c.p.c.*, art. 360, n. 4, c.p.c., ove si tratti di omesso esame di fatti processuali ... va estesa al caso in cui il giudice di merito abbia supposto un non-fatto, un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, con la finale precisazione che un simile errore, che si è detto essere commissivo, è pur sempre omissivo dall'angolo visuale del risultato che determina nel giudizio. Pare residuare soltanto l'ipotesi che l'errore revocatorio sia commesso dal giudice di primo grado, il soccombente lo denunci con l'appello ed il giudice d'appello rigetti l'impugnazione: anche in questo caso, a fronte della supposizione di un non-fatto, l'applicazione della regola appena riassunta non è esclusa dall'operatività dell'articolo 360, quarto comma, c.p.c., che richiede pur sempre un'effettiva cognizione in fatto, che nella specie, per le ragioni testé evidenziate, manca». In conclusione, le Sezioni unite sembrano dare ingresso ad una limitata possibilità di censura del "travisamento della prova", inteso come errore censurabile in cassazione con un'accezione piuttosto ristretta.

<sup>179</sup> Cass., Sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, cit., oltre alla dottrina che ha annotato tale pronuncia citata sopra, vedi L. PASSANANTE, *Le Sezioni Unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 188 ss. Nello stesso senso le più recenti; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1716, Id., 13 marzo 2020, n. 7245. Va registrata l'apertura di Cass., 5 luglio 2017, n. 16502, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 889 ss., con nota di L. RUGGIERO, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione*, secondo la quale: «Pur essendo, dopo la riforma dell'art. 360 c.p.c., n. 5, ridotto al minimo costituzionale il controllo di legittimità sulla motivazione, soprattutto in punto di fatto, nonché restando riservata istituzionalmente al giudice del merito la valutazione dei fatti e l'apprezzamento delle risultanze istruttorie, la Corte di cassazione può verificare l'estrinseca correttezza del giudizio di fatto sotto il profilo della manifesta implausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze e, pertanto, può sindacare la manifesta fallacia o non verità delle premesse o l'intrinseca incongruità o contraddittorietà degli argomenti, onde ritenere inficiato il procedimento inferenziale ed il risultato cui esso è pervenuto, per escludere la corretta applicazione della norma entro cui è stata sussunta la fattispecie». Vedi in proposito G.F. RICCI,

zione dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione<sup>180</sup>. Di conseguenza, sarebbe denunciabile in cassazione

*Il velo squarciato: La Suprema Corte apre la porta legittimità al sindacato di sul giudizio di fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 354 ss., in particolare 371 ss., secondo il quale tale pronuncia, sia pure con un linguaggio alquanto ermetico, aprirebbe finalmente al giudice di legittimità la possibilità del sindacato sul giudizio di fatto dal punto di vista della coerenza razionale del procedimento inferenziale che egli ha condotto nel percorso logico «premessa - massima di esperienza-conseguenza»; così, la Corte avrebbe abbandonato la concezione meramente formale del vizio di motivazione e si sarebbe orientata senza alcuna incertezza sull'assioma che controllare il vizio di motivazione significherebbe anche sindacare la correttezza del giudizio di fatto da parte del giudice del merito. Più in generale, secondo l'autore il legislatore con la riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, legando la censura all'omissione circa un fatto decisivo del giudizio, avrebbe formalizzato il principio del controllo di motivazione riferibile al percorso logico che il giudice ha seguito per arrivare alla decisione e, quindi, avrebbe avallato l'idea che siffatto controllo non sarebbe più circoscritto alla semplice valutazione se la motivazione giustifichi il dispositivo o meno, ma alla sua correttezza dal punto di vista razionale con riferimento al materiale di fatto acquisito. Di segno diametralmente opposto la valutazione della riforma del n. 5 e della giurisprudenza di Cassazione che è seguita ad essa da parte di M. TARUFFO, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, cit., 2018, 621 ss. il quale sottolinea come il legislatore del 2012 con la riforma di detta norma abbia eliminato il controllo logico sulla motivazione, soprattutto, in punto di fatto e che con il "minimo costituzionale" di motivazione riconosciuto dalla giurisprudenza si recupererebbe un controllo sulla stessa, ma esso sarebbe del tutto insufficiente; di qui deriverebbe il rischio di motivazioni insufficienti e contraddittorie considerate come se esse non avessero alcun vizio. Anche B. SASSANI, *La deriva della cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss., in particolare 49 ss., conclude per il forte impatto di tale modifica legislativa sul controllo complessivo della sentenza e della motivazione, tendenza non arginata dall'atteggiamento della Corte di cassazione.

<sup>180</sup> L'espressione si ricollega immediatamente alla sentenza delle Sezioni unite, Cass., Sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Foro it.*, I, 1738 ss., con nota di C.M. BARONE, in *Corr. Giur.*, 1992, 751 ss., con nota di C. MANDRIOLI, *Le «Sezioni unite» limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione*; in *Giur. it.*, 1994, 804 ss., con nota di M. DE CRISTOFARO, *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, c.p.c. ed art. 111, 2° comma, Cost.)* che ha determinato una svolta nella definizione dei confini del ricorso straordinario in cassazione. La premessa da cui parte la Corte è la diversità di formulazione tra l'art. 111, comma 2 (oggi comma 7) e l'art. 360 c.p.c. e la mancata

sufficiente considerazione di tale differenza da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione. Conseguenza di questo atteggiamento mentale sarebbe stata la costituzionalizzazione dell'articolo 360 e l'appiattimento del ricorso straordinario in cassazione sulla disciplina del ricorso codicistico, comprensivo del vizio della motivazione di cui al n. 5, nella massima estensione come inteso dalla Cassazione stessa. Il ridimensionamento del vizio di motivazione operata nel codice di procedura penale del 1988, ad opinione della Corte, ha costituito motivo per riflettere sul modello di ricorso in cassazione di cui all'art. 111, comma 2 (oggi comma 7) che era stato costruito. Il codice di procedura penale, infatti, aveva contenuto il controllo di legittimità sulla motivazione alla «mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato della motivazione» (art. 606 c.p.p., in particolare la lett. e).

Dall'art. 606, lett. e) la Corte desume che quelli tracciati dalla norma sarebbero i confini del ricorso in cassazione per vizi di motivazione assicurati dalla Costituzione; con l'art. 360, n. 5, nella formulazione voluta dalla novella del '50, il legislatore non avrebbe fatto altro che aggiungere un'ulteriore garanzia; se così non fosse stato, l'art. 606, lett. e) sarebbe stato dichiarato incostituzionale. In buona sostanza, dal momento che la Costituzione pone la garanzia del ricorso in cassazione «per violazione di legge», da intendersi come sostanziale e processuale, bisognerebbe individuare quale sia il sindacato sulla motivazione costituzionalmente richiesto e, quindi, *a contrario*, la motivazione costituzionalmente affermata come elemento necessario di un provvedimento processuale. Essendo l'art. 111, comma 2, oggi 7, lacunoso le Sezioni unite hanno concluso che ricorso in cassazione riguardante la motivazione possa derivare la sua disciplina soltanto dalla connessione della norma del secondo comma con quella del primo comma dello stesso articolo, oggi sesto. Il primo precetto (art. 111, comma 6) avrebbe la funzione di assoggettare a controllo l'effettiva esplicazione del diritto di difesa delle parti nel processo e la formazione del giudizio sulla sola base della soggezione del giudice alla legge; il secondo precetto (art. 111, comma 7) avrebbe lo scopo di sottoporre tutte le sentenze al controllo di legalità della Corte di cassazione, diretta ad assicurare l'uniformità di interpretazione e applicazione del diritto oggettivo a tutela dell'uguaglianza dei cittadini e il loro giusto trattamento nel processo. Dal raccordo tra i due precetti si desumerebbe: in primo luogo, che fra le violazioni di legge denunciabili in Cassazione non può non ricomprendersi quella dell'obbligo di rendere palesi i motivi delle decisioni; in secondo luogo che l'oggetto della denuncia può riguardare soltanto l'esistenza della motivazione in sé, senza estendersi al confronto del contenuto della motivazione con le risultanze del processo. Insomma, la motivazione dovuta dal giudice in un provvedimento decisorio dovrebbe esserci fisicamente e logicamente, cioè non essere apparente o contraddittoria. I due ricorsi, quello ordinario e straordinario, sono stati ricondotti ad unità dalla d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ma è chiaro come questa giurisprudenza abbia influenzato tutto il corso dei successivi sviluppi legislative e giurisprudenziali stessi. Sulla nozione costituzionale di motivazione M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 370 ss.; ID., voce *Motivazione: III*

solo l'anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurirebbe nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto ir-

*Motivazione della sentenza (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XX, 1.

Per completezza va sottolineato come nel processo penale ci sia stato un ampliamento del vizio logico di motivazione con una nuova riforma della lettera e) dell'art. 606 (art. 8, comma 1, lett. b) della l. 20 febbraio 2006, n. 46), il quale allo stato attuale prevede come motivo di ricorso: «mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame». In ordine al vizio logico di motivazione, la "manifesta illogicità" sarebbe da riscontrare quando il giudice di merito, nel compiere l'esame degli elementi probatori sottoposti alla sua analisi e nell'esplicitare, in sentenza, l'*iter* logico seguito, si esprima attraverso una motivazione incoerente, incompiuta, monca e parziale. Dall'equiparazione tra la carenza di motivazione e la carenza di logica nella motivazione la Cassazione ha desunto che detta carenza vada ricavata più che dalla mancanza di parti espositive del discorso motivazionale, dalla assenza di singoli elementi esplicativi, i quali siano tali da costituire tappe indispensabili di un percorso logico argomentativo, che deve necessariamente snodarsi tra i temi sui quali il giudice è tenuto a formulare la sua valutazione, così Cass. pen., 16 marzo 2000, n. 4893. In ordine al vizio di motivazione contraddittoria aggiunto nel 2006, Cass. pen., 5 maggio 2006, n. 19584 specifica: «La "contraddittorietà" della motivazione, la cui previsione è stata aggiunta a quella della mancanza e della manifesta illogicità nella nuova formulazione dell'art. 606, comma primo, lett. e, c.p.p. introdotta dall'art. 8 della l. 20 febbraio 2006 n. 46, consistendo essenzialmente in una deviazione dal principio basilare della logica, che è appunto quello di non contraddizione, deve essere anch'essa "manifesta", nel senso che il suo spessore deve essere tale da inficiare la stessa struttura logica della motivazione, rimanendo, per converso, ininfluenti incongruenze che siano di minima entità». Da rimarcare il carattere sia testuale che extratestuale del vizio, che potrebbe essere desunto, oltre che dal testo del provvedimento impugnato, anche dal confronto con gli altri atti del processo: questa è la più importante differenza tra il vizio di motivazione nel processo civile rispetto al processo penale. **In proposito si rinvia per approfondimenti e ulteriori riferimenti a F. DI CESARE, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, *Commento all'art. 606*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello, § 11.**

riducibile tra affermazioni inconciliabili” e nella “motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile”, esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di “sufficienza” e “contraddittorietà” della motivazione.

In sostanza, il sindacato sulla motivazione viene limitato sotto due profili: perché il controllo sulla sufficienza delle ragioni espresse si trasforma nell’omesso esame di un fatto, discusso tra le parti, che teoricamente avrebbe potuto cambiare le sorti del giudizio<sup>181</sup>; perché il vi-

<sup>181</sup> La dottrina ha messo in evidenza come questo non sia più vizio di motivazione, tanto è vero che il termine “motivazione” viene proprio espunto dalla formulazione della norma, così: A. PANZAROLA, *Commento agli artt. 360 e 348 ter*, in A. Panzarola, R. Martino (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 693 ss., seppur si interroga sui futuri sviluppi dell’interpretazione della nuova norma e si chiede come si possa salvare una pronuncia da cui trapeli che il giudice di merito abbia impiegato una massima d’esperienza del tutto inattendibile; deciso in tal senso L. PICCININNI, *Motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell’art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 407 ss., in particolare 413 ss., il quale prende in considerazione tutte le ipotesi in cui può consistere l’omesso esame; B. CAPPONI, *L’omesso esame del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 925 ss., in particolare 933 s.; A. MENGALI, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, cit., 203 s. distingue tra la fattispecie di omessa motivazione e omesso esame di un fatto: nel primo caso, l’omessa esplicitazione della *ratio decidendi* intorno alle ragioni di fatto della decisione impedirebbe la corretta individuazione della fattispecie concreta e di verificare la corretta applicazione ad essa della norma di legge; nel secondo caso, la fattispecie viene individuata in tutti i suoi elementi di fatto, ma si lamenta che non sia stato valorizzato un fatto dal quale sarebbe potuto discendere un diverso esito del giudizio. Diversamente G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 170 ss.; ID., *Il velo squarciato: La Suprema Corte apre la porta legittimità al sindacato sul giudizio di fatto*, cit., 365 ss., il quale distingue tra il vizio di cui all’art. 360, comma 1 n. 4 e n. 5 e ritiene che quest’ultimo sia un vizio di carattere extratestuale, nel senso che partendo dal testo della sentenza sarebbe possibile il confronto con gli altri atti del procedimento, ma al contempo lo qualifica come legato alla motivazione, più precisamente esso si risolverebbe in un’inesistenza parziale della stessa: in sostanza, non ci sarebbe motivazione su un fatto decisivo determinante. Quindi, la vera differenza tra i due vizi di motivazione risiederebbe nel fatto che nel primo caso il punto di riferimento per trarne il vizio dovrebbe essere solo il testo del provvedimento, mentre nel secondo caso ci sarebbe un confronto con tutto il materiale di causa. La ricostruzione di Ricci è probabilmente influenzata dalla configurazione che nel processo penale ha assunto il vizio di motivazione, che può risultare non solo dal testo del provvedimento impugnato, ma anche da altri atti del processo specifica-

zio di motivazione deve risultare dal testo della sentenza, senza il confronto con il gli altri atti del processo. Vengono distinti i caratteri dei due vizi di cui ai nn. 4 e 5: l'uno solo testuale se riferito alla motivazione; l'altro extratestuale; nel secondo caso, la mancanza di motivazione potrebbe anche non essere indicativa del vizio, se del fatto il giudice abbia effettivamente tenuto conto nella decisione<sup>182</sup>.

Non va dimenticato che grazie alla cosiddetta “doppia conforme”,<sup>183</sup> ovvero nel caso in cui la sentenza d'appello, o l'ordinanza di rigetto per manifesta infondatezza nel passato regime (art. 348 ter), confermi le ragioni in punto di fatto della sentenza di primo grado, è

mente indicati nei motivi di gravame. Analoga impostazione è quella di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 568 ss., il quale continua ad avere come punto di riferimento la motivazione e conclude che la formula “omesso esame di un fatto” vada riferita sia al caso di radicale mancanza della motivazione del fatto, sia a quello, più probabile, di grave leggerezza e superficialità logica nella sua valutazione, che anche in questa ipotesi risulta, al fine, omessa.

La prima impostazione è accolta da Cass., Sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, cit.; Id., 29 ottobre 2018, n. 27415, da ultimo da Cass., Sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792, cit., per la quale il vizio di motivazione sarebbe un vizio testuale, mentre il vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5 un vizio extratestuale. In altre pronunce si pretende, invece, per la seconda impostazione: così Cass., 24 gennaio 2020, n. 1716, cit., dove la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso rilevando come il ricorrente abbia ripercorso la complessiva ricostruzione del materiale probatorio effettuata dal giudice di merito proponendo una lettura diversa e ad essa alternativa senza denunciare una carenza motivazionale così grave da viziare la motivazione né tanto meno evidenziare il mancato esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo; Cass., 29 marzo 2023, n. 8895, cit.

<sup>182</sup> Analoghe problematiche si ponevano in riferimento all'originario art. 360, comma 1, n. 5, seppur il riferimento del vizio alla motivazione era frequente negli scritti e nelle pronunce dell'epoca vedi, cap. IV, § 3, note 78 -82.

<sup>183</sup> Per approfondimenti sull'istituto vedi: C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corr. giur.* 2012, 1133 ss., in particolare 1141; G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 21 ss., in particolare 39; A. PANZAROLA, *Tra “filtro” in appello e “doppia conforme”*, cit., 89 ss.; ID., *Commento agli artt. 360 e 348 ter*, cit., 692, il quale notava un'incongruenza nel fatto che in caso di ordinanza filtro essa potesse confermare succintamente la motivazione della sentenza, seppur formulata in modo coinciso.

escluso il ricorso per cassazione per il motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5<sup>184</sup>.

Nel passaggio da un grado all'altro pare proprio che si assottigli l'esplicitazione dei motivi e il correlativo obbligo giudiziale. Così, arriviamo al giudice d'appello, al quale è consentito di motivare con l'«esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi» (art. 350 bis, comma 3; art. 436 bis), in pieno accordo con i confini del sindacato di legittimità, in una vasta gamma di ipotesi: quando egli reputi l'impugnazione inammissibile o manifestamente infondata (art. 348 bis); quando essa appaia manifestamente fondata o comunque il giudice lo ritenga opportuno in virtù della ridotta complessità della causa o per motivi d'urgenza (art. 350, comma 3); quando all'udienza fissata per la discussione dell'inibitoria, il giudice ritenga la causa matura per la decisione (art. 351, ultimo comma); quando si deve decidere per l'improcedibilità davanti al tribunale monocratico o davanti alla corte d'appello in funzione di giudice del lavoro (art. 436 bis), oppure davanti alla corte d'appello nel giudizio ordinario se non viene nominato il giudice istruttore.

Difficile che la scelta sulle modalità della motivazione possa essere censurata ove il giudice abbia compiuto un errore di valutazione, visti i limiti del sindacato della Cassazione sulla motivazione. Sono da considerare le possibili conseguenze dell'opzione: davanti ad una motivazione stringata, che confermi la prima e che parimenti ometta il riferimento ad un fatto decisivo, verrebbe esclusa la possibilità di denunciare un doppio omesso esame di un fatto<sup>185</sup>. Insomma, al giudice d'appello sarebbe consentito motivare in forma ancor più stringata

<sup>184</sup> Vedi L. PASSANANTE, *Le Sezioni Unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, cit., 196 s., secondo il quale aver ridotto la motivazione al "minimo costituzionale" da parte della Corte di cassazione avrebbe determinato uno svuotamento del disposto dell'ultimo comma dell'art. 348 ter c.p.c., perché sarebbe difficile attribuire un significato ad una norma che sostanzialmente impedirebbe di censurare per difetto di motivazione la sentenza di primo grado: questo sarebbe il risultato alla quale si perverrebbe combinando la limitata interpretazione del vizio di motivazione, con l'esclusione dell'impugnazione per il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360.

<sup>185</sup> Se non come radicale travisamento della prova come inteso da Cass., Sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792, cit.

proprio in ipotesi problematiche, rendendo più difficile la predisposizione della successiva impugnazione in cassazione per scardinare i presupposti stessi della sua modalità di decisione.

Un po' per la riduzione strategica dell'estensione, anche grafica, dei motivi della sentenza, un po' per la diffusione dell'uso dell'ordinanza decisoria, chi<sup>186</sup> di recente ha studiato la struttura e la funzione della motivazione ha concluso che non vi sarebbe differenza tra la motivazione di una sentenza e quella di un'ordinanza, quando entrambi i provvedimenti svolgano la stessa funzione.

Tale riflessione non può che essere condivisa, se si considerano tre dati normativi. Secondo l'interpretazione ormai consolidata, il termine "sentenza" di cui all'art. 111 comma 7 Cost. viene inteso in senso sostanziale, si prescinde cioè dalla forma assunta dal provvedimento: ciò vuol dire che essi non possono differire nella sostanza e nella composizione, quando hanno la stessa natura. In secondo luogo con riferimento alla motivazione, il comma 6, Cost. richiede che tutti i provvedimenti siano motivati, con la necessità che tale obbligo sia misurato sulla funzione da essi nello specifico svolta, non sulla loro forma. Infine, il termine «succinta» inserito con riferimento ad «esposizione» nell'art. 118 disp. att. c.p.c., richiama l'espressione dell'art. 134 c.p.c. in virtù della quale «L'ordinanza è succintamente motivata», con riferimento a qualunque tipo di ordinanza senza distinzioni di sorta, quindi, sia che si tratti di un provvedimento istruttorio, ordinatorio che decisorio, con la necessità di calibrare tale elemento sulla natura del provvedimento<sup>187</sup>.

<sup>186</sup> In proposito: P. VITTORIA, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. Acierno, A. Curzio, P. Giusti (cur.), *La Cassazione civile*, Bari, 2011, 275 ss.; M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza*, cit., 1075 ss.; C. DI IASI, *Il vizio di motivazione dopo la l. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1140 ss.; C. RASIA, *La crisi della motivazione*, cit., 102 ss.; V. COLESANTI, *Note in tema di «crisi» e «rinascita» della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1399 ss.

<sup>187</sup> V. COLESANTI, *op. cit.*, 1407, il quale nota: «Se la sentenza deve contenere la "concisa" esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della decisione, l'ordinanza da sempre ha da esser "succintamente" motivata. È ben vero che i due termini "concisa-succinta", pur avendo etimi diversi, almeno nel linguaggio comune, si equivalgono sostanzialmente. Resta pur tuttavia la segnalata diversità, che può essere una spia di una voluta maggiore concisione delle ragioni alla base del provvedimento ordinanza; vero-

Problematico potrebbe essere, in teoria, il caso in cui sia adottato decreto al posto di sentenza, perché l'art. 135 c.p.c. all'ultimo comma prevede che il decreto non sia motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge: tale disposizione, tuttavia, è da coordinare con l'art. 111, comma 6 Cost., per arrivare alla conclusione che, oltre che nei casi prescritti dalla legge, il decreto debba essere motivato quando ha contenuto decisorio o comunque quando il giudice attraverso di esso svolge attività discrezionali<sup>188</sup>.

Tirando le somme sul punto: nel momento in cui per errore si pronunci ordinanza o decreto al posto di sentenza, si deve andare a verificare se il provvedimento decisorio assunto abbia o meno una motivazione congrua; altrimenti, può essere impugnato e annullato perché inidoneo al raggiungimento dello scopo di rendere palese, innanzi tutto alle parti, il ragionamento in fatto ed in diritto compiuto dal giudice per arrivare alla sua decisione, almeno nei punti essenziali<sup>189</sup>. Una mo-

similmente da riportare al tempo in cui l'ordinanza esplicava una funzione prevalentemente intesa allo svolgimento del processo, e quando pur funzionale alla soluzione di questioni dubbie e controverse (per es. in materia istruttoria) lo era "all'interno" dell'iter procedimentale, talché il "succintamente" ben poteva concretarsi ed esaurirsi al limite anche in poche parole, che dessero comunque ragione del provvedimento... Manifestamente le cose son cambiate con il ricorso all'ordinanza come provvedimento solutorio di più o men complesse questioni di competenza ... ovvero come provvedimento di condanna *ex art. 186 quater* dopo la chiusura dell'istruzione, o ancor più allorché vi si faccia ricorso ai fini dell'inammissibilità dell'appello *ex art. 348 ter*, e nelle altre ipotesi previste dalla legge. Qui a volte si vede ripetere il "succintamente" (art. 348 ter) e a volte no, ma pur sempre da ritenere implicitamente richiamato dalla stessa adozione dello schema di provvedimento previsto».

<sup>188</sup> In proposito: B. CORMIO, *Degli atti processuali*, cit., 1435; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 396; M. LUPANO, *Dei provvedimenti*, cit., 199. Segnalare che proprio in accordo con il disposto costituzionale A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit., 43, all'art. 1.104, comma 3 prevede che il decreto sia «succintamente motivato», oltre che datato e sottoscritto dal giudice.

<sup>189</sup> Interessante il criterio utilizzato da A. MENGALI, *La Cassazione*, cit., 154 ss., per verificare se la motivazione della sentenza possa essere ritenuta sufficiente o meno: il punto di riferimento sarebbe il sindacato della Corte di cassazione in due sensi differenti a seconda che si tratti di motivi in diritto, piuttosto che motivi in fatto. Sotto il primo aspetto, sarebbero sufficienti i motivi che consentissero alla parte e poi alla Cassazione di controllare la giustizia della decisione; se la risposta fosse positiva il provvedimento sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, se negativa sarebbe

tivazione di tal genere sarebbe nulla e arrecherebbe al contempo anche un pregiudizio processuale alla parte non consentendogli di impugnare nel merito il provvedimento o meglio non consentendogli di impugnare il provvedimento con piena consapevolezza delle critiche ad esso adducibili<sup>190</sup>.

Se il provvedimento non viene impugnato nello specifico, siamo di fronte ad una sentenza in senso sostanziale, difettosa a causa della motivazione, ma idonea a passare in giudicato<sup>191</sup>, come del resto lo sareb-

censurabile ai sensi del n. 4. Una motivazione non corretta ma comprensibile in punto di diritto, dovrebbe consentire alla Corte di cassazione di operare la sua correzione, quando il dispositivo sia conforme a diritto ai sensi dell'art. 384 cpv. Perciò dovrebbero essere indicate: a) la qualificazione giuridica dei fatti accertati; b) la norma giuridica applicata. L'autore precisa che per una motivazione di diritto adeguata potrebbe essere sufficiente anche la sola indicazione dei fatti e della loro qualificazione giuridica, perché da essa il giudice dell'impugnazione potrebbe trarre la norma applicata. Per quel che concerne la motivazione in punto di fatto, essa dovrebbe essere tale da consentire alla Corte di cassazione di operare il controllo richiesto in sede di ricorso per violazione di norme metodologiche governati il giudizio di fatto: tale sarebbe la motivazione di fatto che contenesse almeno l'indicazione della fonte del convincimento del giudice, ovvero delle prove sulla base delle quali abbia ricostruito la fattispecie oggetto della sua decisione. Una motivazione leggermente più articolata quella prospettata da A. FRASSINETTI, *Il contenuto «minimo» per una motivazione adeguata della sentenza civile*, cit., 19 s. secondo la quale al netto delle modifiche intervenute, il giudice nel motivare in fatto dovrebbe indicare i mezzi di prova su cui ha fondato il suo convincimento, nonché l'esposizione delle ragioni e dei criteri in funzione dei quali egli ha formulato il giudizio; nel motivare in diritto, sebbene in modo conciso, il giudice dovrebbe, non solo indicare le norme giuridiche poste a base della decisione, ma giustificare la scelta interpretativa in virtù della quale egli ha attribuito all'enunciato normativo applicato uno specifico significato tra i tanti astrattamente possibili e quindi spiegare perché farebbe capo a quella regola di decisione, invece di adottare una regola diversa.

<sup>190</sup> A. MENGALI, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, cit., 137 ss., ammette la possibilità della convalida oggettiva per il raggiungimento dello scopo della sentenza priva di una motivazione dotata dei requisiti indispensabili per consentire il controllo della giustizia della decisione, quando la parte impugni egualmente la sentenza nel merito.

<sup>191</sup> A. CHIZZINI, voce *Sentenza*, cit., 281, rileva che la motivazione è senza dubbio uno degli elementi costitutivi della sentenza, ma che allo stesso tempo potrebbe esistere una sentenza senza motivazione ovvero con una motivazione difettosa, essendoci uno specifico motivo di impugnazione in cassazione; nello stesso senso C. BESSO, *La sentenza civile*, cit., 270 s. Contraria l'impostazione dottrinale più risalente, per tutti, vedi M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 462 ss., che considera inesistente la sentenza priva di motiva-

be una formale sentenza con motivazione insufficiente o apparente o addirittura mancante.

### 8.3. *Il problema della sottoscrizione del provvedimento anomalo*

Un celebre autore, Cerino Canova<sup>192</sup>, riteneva che gli elementi identificanti la sentenza – provvedimento decisorio fossero il dispositivo e la motivazione, sminuendo di molto gli altri. Tuttavia, vi è un'altra componente del provvedimento-sentenza che, soprattutto nell'originario impianto del codice del 1940, ha destato discussioni davanti ad un provvedimento anomalo: la sottoscrizione<sup>193</sup>.

In particolare, il problema si era posto nei procedimenti di competenza del tribunale in composizione collegiale, a fronte di ordinanze che, in maniera anomala, assumevano contenuto decisorio emesse nel corso del procedimento dallo stesso collegio e sottoscritte dal solo presidente (era il caso delle ordinanze istruttorie che in verità decidevano su di un punto di merito) ovvero dal giudice istruttore (era il caso delle ordinanze emesse in presenza di contestazioni nel corso del giudizio di divisione, quando questo era di competenza del collegio).

Negli originari tentativi di applicare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, giurisprudenza e dottrina caddero nella rete del confronto tra i requisiti formali del provvedimento decisorio che avrebbe dovuto essere adottato, ovvero la sentenza, e il provvedimento decisorio che concretamente era stato adottato, ordinanza o decreto, proprio a causa della sottoscrizione.

In seguito l'operazione di raffronto fu facilitata dalla riduzione del numero dei giudici che avrebbe dovuto sottoscrivere la sentenza colle-

zione. Più di recente vedi R. POLI, *Invaldità ed equipollenza*, cit., 312 s., il quale considera la mancanza di motivazione causa di inesistenza nel momento in cui il vizio comporti la non individuabilità del contenuto del dispositivo.

<sup>192</sup> A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, Padova, 1973, 138 s.

<sup>193</sup> La data della deliberazione, del resto richiesta per tutti e tre i tipi di provvedimento, non è ritenuta dalla giurisprudenza un elemento essenziale, la cui mancanza o errore nell'indicazione possa causare nullità della deliberazione. Si tratterebbe di una mera irregolarità emendabile mediante procedimento di correzione. Vedi B. CORMIO, *op. cit.*, 1421; LUPANO, *op. cit.*, 153 s.

giale, essendosi passati da tutti i membri del collegio alla firma del presidente e del giudice relatore/estensore (modifica operata dall'art. 6 della l. 8 agosto 1977, n. 532).

Nonostante ciò, continua a riscontrarsi una difficoltà nell'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma: il provvedimento dovrebbe avere, comunque, i requisiti formali minimi indispensabili per rientrare nel tipo che sarebbe congruo in relazione al suo contenuto<sup>194</sup>: quindi, la doppia sottoscrizione in caso di sentenza collegiale.

Una parte consistente della giurisprudenza di cassazione è rimasta arroccata su posizioni formalistiche: nullo - inesistente sarebbe il provvedimento emesso in luogo di sentenza recante la firma del solo presidente<sup>195</sup>. Addirittura, la giurisprudenza più risalente ha considerato l'ordinanza collegiale con sottoscrizione del solo presidente, adattata in luogo di sentenza non classificabile come sentenza neanche ai fini dell'impugnazione: essa sarebbe caratterizzata da un'assoluta inidoneità a produrre effetti, anche quelli di provvedimento invalido ma impugnabile; perciò, l'eventuale appello avverso di essa dovrebbe essere di-

<sup>194</sup> G. VERDE, *Profili del processo civile*, cit., vol. I, 354.

<sup>195</sup> Cass., Sez. un., 19 novembre 1996, n. 10095, in *Giur. it.*, 1997, I, 1343 ss., secondo la quale sarebbe stato affetto da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, il provvedimento collegiale che, pur avendo carattere sostanziale di sentenza, fosse stato emesso nella forma del decreto e non avesse oltre alla sottoscrizione del presidente del collegio, anche quella del giudice estensore, così violando la regola di cui all'art. 132 c.p.c. In questo stesso senso le precedenti sentenze: Cass., 22 ottobre 1992, n. 11531, cit., 100 ss.; Id., 26 agosto 1993, n. 9033, cit., che esprimeva lo stesso concetto con riferimento al caso in cui fosse stata emessa ordinanza in luogo di sentenza, sottolineando come una volta annullato il provvedimento, la causa dovesse essere rimessa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 354 c.p.c. per essere il provvedimento inesistente in virtù del disposto dell'art. 161, comma 2; Id., Sez. un., 20 luglio 1999, n. 480, cit., con nota di S. CHIARLONI, *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali (in tema di forma dovuta e forma effettiva dei provvedimenti possessori definitivi)*, la quale afferma che la nullità della sentenza impugnata sottoscritta dal solo presidente deve essere dichiarata inesistente dalla Cassazione ex artt. 161, comma 1 e 132 c.p.c., trattandosi di vizio insanabile e rilevabile di ufficio anche nel procedimento di legittimità.

chiarato inammissibile, non accolto con rinvio al giudice di primo grado<sup>196</sup>.

Altra parte, per evitare di dichiarare nullo, addirittura, inesistente per effetto del disposto del secondo comma dell'art. 161, un provvedimento nella sostanza decisivo, ma formalmente mancante della doppia sottoscrizione del giudice, è arrivata al seguente stratagemma: considerare la sottoscrizione dell'ordinanza collegiale, avente sostanza di sentenza, da parte del presidente, relatore della causa, non seguita dalla sottoscrizione di altro membro del collegio come estensore, equivalente alla sottoscrizione del presidente anche come estensore, in quanto di regola la motivazione della sentenza è stesa dal medesimo relatore *ex art. 276, comma 5 c.p.c.*<sup>197</sup>; la stessa conclusione si è stata raggiunta nel caso in cui da altre circostanze oggettive sia possibile desumere che il presidente sia stato estensore del provvedimento, pur non essendone relatore<sup>198</sup>.

Nel corso degli anni la giurisprudenza è stata piuttosto costante nel ritenere che solo ove sia possibile ipotizzare in qualche modo la coin-

<sup>196</sup> Cass., 28 dicembre 1973, n. 3453, in *Giur. it.*, 1974, I, 1714 ss., relativamente ad un'ordinanza con la quale il tribunale in composizione collegiale aveva statuito sull'eccezione di prescrizione. In precedenza in questo stesso senso: Cass., 28 dicembre 1954, n. 4629; Id., 24 luglio 1956, n. 2851, in *Foro it. Mass.*, 1956, 524; Id., 17 aprile 1964, n. 918, in *Foro it.*, 1964, I, 1885; Id., 2 luglio 1965, n. 1379, in *Giust. civ.*, 1965, I, 791 ss.

<sup>197</sup> In questo senso Cass., 29 maggio 1999, n. 5250, in *Giur. it.*, 2000, 924 ss., con nota di A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, cit., perché risultava dall'epigrafe del provvedimento che il presidente fosse stato anche relatore.

<sup>198</sup> Vedi Cass., 26 gennaio 1999, n. 696, cit. nella quale si è specificato espressamente che il cumulo delle funzioni di presidente ed estensore può essere presunto - anche in mancanza dell'espressa indicazione di cui al comma 3 dell'art. 119 disp. att. c.p.c., ed anche qualora all'udienza il relatore sia stato persona diversa dal presidente - quando le circostanze del caso concreto facciano ritenere che la redazione della motivazione non potesse essere avvenuta se non ad opera dello stesso presidente sottoscrittore (nella specie: l'ordinanza dichiarativa dell'improcedibilità dell'appello era stata interamente vergata a mano, nell'ambito di una seduta di camera di consiglio della durata di circa 3/4 d'ora, seduta tenutasi subito dopo la chiusura della discussione ed immediatamente prima della lettura in udienza dell'ordinanza stessa). Vedi anche: Cass. 26 gennaio 1995, n. 910, cit.; Id., 8 giugno 1998, n. 5640, in *Giur. it.*, 1999, 703 ss.

cidenza tra presidente ed estensore, con *escamotage* più o meno arditi, sia superabile il disposto dell'art. 119 disp. att. c.p.c., comma 3, secondo il quale il giudice che ha steso la motivazione aggiunge la qualifica di estensore alla sua sottoscrizione. Fuori da queste ipotesi si ricadrebbe nel vizio di inesistenza<sup>199</sup>.

Una sentenza fuori dal coro è quella dalle Sezioni unite nel 2012<sup>200</sup> in ordine al problema dell'appellabilità dell'ordinanza che dichiara

<sup>199</sup> Cass., 26 agosto 1993, n. 9033, in *Foro it.*, 1994, I, 2846, con osservazione di P. DE DIVITIIS; Id. 18 novembre 2000, n. 14936, in *Giust. civ.*, 2001, 933 ss., con nota di F. AULETTA, *Sottoscrizione mancante, sottoscrizioni insufficienti: precisazioni sull'art. 162, comma 2 c.p.c.*; Id., 10 maggio 2001, n. 260, *ivi*, 2001, 2161 ss., con nota di F. AULETTA; Id., 13 dicembre 2001, n. 15746, in *Corr. giur.*, 2002, 1593 ss., con nota di A. CARRATTA, *Sostanza" del provvedimento abnorme e impugnazioni: le "sopravalutazioni formalistiche" della Cassazione per quanto riguarda il problema della firma dell'ordinanza adottata in luogo di sentenza*, cit.; Id., 27 agosto 2003, n. 12537, in *Foro it.*, 2005, I, 539 ss. con nota di R. TARANTINO; Id., 12 novembre 2007, n. 23495, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11; Id., 6 novembre 2009, n. 23637, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1561.

<sup>200</sup> Cass., Sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16727, in *Giur. it.*, 2013, 1625 ss., con nota di L. DI COLA, *L'impugnazione dell'ordinanza ex art. 789, comma 3 c.p.c. emessa nonostante la presenza di contestazioni*; in *Foro it.*, 2013, I, 216 ss., con nota di R. LOMBARDI, *La soluzione delle Sezioni unite sul rimedio impugnatorio esperibile avverso l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione nonostante la presenza di contestazioni*. Si vedano in proposito le riflessioni sull'unicità delle affermazioni della Corte in questo provvedimento di R. ORIANI, *"Essere" e "dover essere"*, cit., 99 ss. L'autore mette in rilievo come, invece, in ordine alla discussione sulla rilevanza delle divergenze formali tra sentenza e ordinanza Cass., 24 marzo 2006, n. 6600, in *Giur. it.*, 2006, 946 ss., con nota di C. BESSO, *Principio di prevalenza della sostanza sulla forma e requisiti formali del provvedimento*, non sia congruente. La pronuncia della Cassazione, infatti, sarebbe relativa ad un altro problema: il regime di impugnazione del provvedimento, adottato nel giudizio d'appello ai sensi dell'art. 290 c.p.c., con il quale il giudice disponga la cancellazione della causa dal ruolo, con conseguente estinzione del processo, in caso di mancata comparizione dell'appellante in udienza e di mancata richiesta del convenuto di prosecuzione del giudizio. Tale provvedimento in primo grado ha la forma di ordinanza e tale dovrebbe essere anche nel giudizio d'appello in virtù del richiamo operato dall'art. 359 c.p.c. e l'assenza di specifiche disposizioni. L'effetto dell'estinzione derivante da tale ordinanza, comporterebbe il passaggio in giudicato della sentenza appellata, di qui la sua equiparazione ad una sentenza e la conclusione per la sua impugnabilità per eventuali vizi di legittimità con il ricorso per Cassazione, in ragione del suo contenuto decisorio. Tuttavia, tale equiparazione, soltanto sostanziale, non potrebbe

esecutivo il progetto di divisione al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge. La Corte nell'ambito delle sue premesse in diritto arriva a formulare una tesi unica e innovativa: «...ove in un provvedimento giudiziario adottato al di fuori dello schema legale tipico si individui la natura di sentenza, e ove quindi si ritenga che il provvedimento "anomalo" abbia sostituito quello che tipicamente avrebbe dovuto essere adottato per poter emettere quella determinata pronuncia giurisdizionale, ciò non di meno la valutazione del giudice della impugnazione, individuato secondo l'efficacia sostanziale del provvedimento impugnato, dovrebbe avvenire avendo riguardo ai requisiti formali del provvedimento per come adottato e non già a quelli che avrebbe dovuto avere ove, oltre alla sostanza, avesse avuto la forma della sentenza ... Se infatti il regime impugnatorio del provvedimento non rispondente al modello legale tipico deve essere individuato solo avendo riguardo alla sostanza, tuttavia i suoi requisiti formali devono continuare ad essere regolati dalla disciplina propria del tipo di provvedimento adottato, ancorché erroneamente, dal giudice». Ragioni di economia proces-

autorizzare a ritenere che anche le forme di adozione di siffatto provvedimento debbano essere quelle della sentenza. Il provvedimento rimarrebbe formalmente un'ordinanza e come tale dovrebbe avere i requisiti di cui all'art. 134 c.p.c., non quelli previsti per le sentenze ai sensi dell'art. 132 c.p.c.: per cui nel caso di specie non si porrebbe il problema della coincidenza tra presidente ed estensore/relatore per evitare che l'ordinanza con sostanza di sentenza sia affetta da inesistenza. Come considerazione *a latere* la Corte aggiunge che la presunzione di coincidenza tra il relatore e l'estensore *ex art. 276 c.p.c.*, ultimo comma, agli effetti della nullità di siffatte ordinanze a contenuto decisorio sottoscritte dal solo presidente, non può valere nel caso di specie, riguardando la norma citata solo le modalità di deliberazione delle decisioni nella Camera di consiglio, e non anche di quelle adottate direttamente in udienza, per le quali le sole forme sono quelle ordinarie e generali dell'inserimento a verbale. Come sottolinea l'annotatrice della sentenza, in questo caso il provvedimento sarebbe perfettamente legittimo, mentre la sostanza del provvedimento dovrebbe venire in considerazione ai fini della sottoposizione dello stesso a ricorso straordinario in cassazione. R. ORIANI, *op. cit.*, 581 ss., sottolinea che a seguito della riforma operata dalla legge n. 69/2009, in virtù della quale ai sensi dell'art. 307, ultimo comma c.p.c. l'estinzione opera di diritto ed è dichiarata, anche d'ufficio, con ordinanza del giudice istruttore ovvero con sentenza del collegio, non vi dovrebbero essere dubbi che anche nel caso di cancellazione della causa dal ruolo i provvedimenti debbano essere due: uno burocratico, quello di cancellazione, ed uno con contenuto di sentenza sul rito.

suale giustificerebbero questa impostazione. Come già detto, questa pronuncia resta un *unicum*.

Vediamo quali sono state le posizioni della dottrina.

Buona parte di essa<sup>201</sup> considera il provvedimento dalla forma errata comunque viziato per violazione delle norme che prescrivono il tipo di provvedimento da adottare (art. 279; 487; 737), non delle norme che disciplinano la forma dei provvedimenti, perciò, il provvedimento adottato in luogo di sentenza collegiale sarebbe nullo per un vizio del procedimento, non inesistente perché privo della doppia sottoscrizione del presidente e dell'estensore in violazione dell'art. 132 c.p.c.

Parte della dottrina ha ritenuto che una volta individuato un provvedimento dal punto di vista sostanziale come decisorio, per i contenuti di forma si dovesse far riferimento ai requisiti formali del provvedimento concretamente adottato, evitando in tal modo le invalidità legate alla forma della sentenza<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> E. GARBAGNATI, *Sull'appellabilità dell'ordinanza collegiale di rigetto di un'eccezione di prescrizione*, cit., 1713 ss. In questo stesso senso di seguito: C. BESSO, *La sentenza civile*, cit., 292 ss.; ID., *Delle nullità degli atti*, cit., 810; F. AULETTA, *Nullità*, cit., 186 ss.; ID., *Sottoscrizione mancante, sottoscrizioni insufficienti*, cit., 935; M.T. LATELLA, *Decisione sull'estinzione del processo: forma, sua patologia ed impugnazioni*, cit., 313 ss.; A. RONCO, *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello e correlazione tra forma e regime di impugnazione dei provvedimenti decisori*, cit., 67 ss.

<sup>202</sup> A. CERINO CANOVA, *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento del giudice*, cit., 277 ss., l'autore spiega perché sarebbe logica la doppia sottoscrizione della sentenza collegiale "classica" contro la sottoscrizione del solo presidente di ordinanza e decreto. L'art. 276 prevede due differenti fasi, una culminante nella scrittura e sottoscrizione del dispositivo, l'altra consistente nella stesura e sottoscrizione della sentenza completata dalla motivazione; le due fasi si diversificano per essere una collegiale e l'altra affidata all'attività di uno tra i componenti dell'organo. La sottoscrizione è del solo presidente per il dispositivo ed è sufficiente perché esso è confezionato collegialmente; invece, essa è del presidente e dell'estensore per la sentenza, perché lo scopo della doppia sottoscrizione sarebbe quello di impuntare all'intero collegio, attraverso la firma del suo presidente, l'atto compiuto da uno solo dei suoi membri, estensore. Questa disciplina sarebbe inapplicabile e inutile per ordinanza e decreto, perché essi sia che emessi in udienza che fuori da essa, sono redatti dal collegio riunito e perciò vengono imputati all'organo in virtù della sola firma del suo presidente. Nello stesso senso vedi A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, cit., 924 ss., critico

Altro punto di vista<sup>203</sup> ha sottolineato come ragionando nel modo voluto dalla dottrina sopra esposta, si rischi di creare una discriminazione, censurando per vizi formali il provvedimento formalmente denominato sentenza dal giudice e non il provvedimento adottato con forma diversa per un errore del giudice, ma con sostanza decisoria: come sarebbe possibile impugnare una sentenza mancante o difettosa per motivazione o sottoscrizione, allo stesso modo dovrebbe essere per il caso in cui il giudice abbia concretamente adottato un'ordinanza o un decreto con sostanza decisoria. Anche in questa ipotesi dovrebbe valere, insomma, il principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame. Se così non fosse, si finirebbe per dare in mano al giudice che pronuncia il provvedimento, il potere di restringere arbitrariamente i motivi di impugnazione. In fin dei conti, nessun elemento costitutivo della fattispecie sentenza apparirebbe essenziale ai fini della qualificazione del provvedimento impugnabile: non denominazione, né l'indicazione dell'organo decidente, né, tanto meno, la motivazione, la data e la sottoscrizione. La mancanza di nessuno di questi elementi impedirebbe di considerare il provvedimento decisorio come una sen-

nei confronti della giurisprudenza che liquida il problema della doppia firma con l'*escamotage* di considerare la sottoscrizione del presidente del collegio, anche come relatore, quindi estensore della motivazione, in applicazione dell'art. 276, comma, 5. Questa posizione, che continuerebbe a percorrere la strada del confronto formale tra il provvedimento adottato e quello che avrebbe dovuto essere adottato, porterebbe ad una sostanziale elusione di tale disposizione; infatti, in applicazione di essa, la qualità di relatore del presidente dovrebbe emergere dagli atti o dalla sentenza; in mancanza di questa condizione la sottoscrizione del solo presidente dovrebbe essere accompagnata dall'indicazione della qualifica di estensore, in applicazione dell'art. 119, comma terzo, disp. att. c.p.c. Ove non sussistessero alcuna delle due condizioni, il raffronto formale tra i due provvedimenti dovrebbe portare necessariamente alla dichiarazione di nullità del provvedimento adottato con forma non corretta. Così anche: S. CHIARLONI, *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali*, cit., 2243, secondo il quale l'impugnabilità del provvedimento in base alla dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma risponderebbe all'esigenza di un controllo di giustizia, non all'esigenza di controllare che siano state osservate rispettate le forme previste per la sentenza; S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione*, cit., 210 ss.

<sup>203</sup> A. CHIZZINI, voce *Sentenza*, cit., 280 s., secondo il quale il successivo sindacato sull'atto dovrà svolgersi alla stregua di una corretta e completa valutazione dell'atto, non limitata alla valutazione operata nella precedente fase di giudizio.

tenza e di impugnarla come tale, con i suoi strumenti e i suoi vizi formali tipici.

Prima di arrivare ad una conclusione intorno alla rilevanza del vizio formale della sottoscrizione dalla quale sarebbe affetto un provvedimento, sia ordinanza o decreto, adottato in luogo di sentenza, sono da considerare le posizioni giurisprudenziali e dottrinali in ordine al vizio di sottoscrizione della sentenza collegiale: si sono cercati vari *escamotage* per escludere l'inesistenza della sentenza non sottoscritta o parzialmente non sottoscritta proprio con riferimento a sentenze formali.

Alcune pronunce giurisprudenziali piuttosto risalenti limitarono il vizio di inesistenza dovuto alla mancanza totale o parziale di sottoscrizione ai soli casi di "cosciente e deliberato" rifiuto di sottoscrivere da parte del giudice, perché il contenuto della sentenza non sarebbe stato conforme alla deliberazione presa; invece, qualora si trattasse di un'omissione materiale non voluta della sottoscrizione, sia mancanza che di scambio di firme, il difetto sarebbe stato emendabile mediante il ricorso alla procedura di correzione degli errori materiali, purché ci fosse stata l'effettiva partecipazione alla deliberazione da parte del giudice che non aveva sottoscritto la sentenza<sup>204</sup>. Questa giurisprudenza cercava di ovviare al vizio di inesistenza a fronte di una modalità di sottoscrizione dei provvedimenti collegiali più elaborata, perché veniva richiesta la firma di tutti i membri del collegio.

In una pronuncia della Cassazione degli anni '90<sup>205</sup>, si è arrivati alla conclusione che fermo il divieto di correggere la sentenza priva della

<sup>204</sup> Cass., 9 febbraio 1948, n. 259, cit.; Id., 7 febbraio 1949, n. 188, cit. Id., 11 aprile 1950, n. 950, cit.; Id., 15 marzo 1952, n. 694, cit.; Id., 10 novembre 1979, n. 5812; Id., 15 ottobre 1980, n. 5540; Id., 14 febbraio 1981, n. 897; Id., 13 luglio 1982, n. 4129; Id., 23 aprile 1993, n. 5077. A rafforzare questa giurisprudenza si può ricordare Cass., 2 aprile 1992, n. 4025, in *Foro it.*, 1993, I, 178 ss., con nota di G. BALENA, *In tema di inesistenza nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, la quale ha assimilato il vizio di una sentenza pronunciata da un collegio diverso rispetto a quello che aveva trattenuto la causa per la decisione al vizio di una sentenza priva della sottoscrizione del giudice.

<sup>205</sup> Cass., 22 settembre 1993, n. 966, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 835 ss., con nota di P. DELLA VEDOVA, *Inesistenza del provvedimento del giudice e potere di rinnovazione*.

sottoscrizione del giudice, sia consentito provvedere alla sua integrale rinnovazione da parte dello stesso collegio o dello stesso giudice monocratico che ha riservato la decisione; essi, dopo aver preso atto dell'inesistenza della decisione già pubblicata, in quanto ancora investiti della potestà di decidere, non consumata da un atto inesistente, potrebbero procedere alla nuova deliberazione e redazione della sentenza alla stregua degli art. 276, 132 comma 2 c.p.c. e 119 disp. att. Secondo questo indirizzo giurisprudenziale non sarebbe invece possibile procedere con la correzione della sentenza affetta da un simile vizio, perché tale procedimento postulerebbe un provvedimento dal contenuto affetto da omissioni od errori, ma ormai completo nel procedimento di formazione<sup>206</sup>.

Tuttavia, tale posizione è stata smentita successivamente dalla stessa Corte di cassazione, secondo la quale una volta intervenuta la pubblicazione della sentenza, il giudice adito si spoglia del potere di decidere sulla domanda già portata al suo esame, dovendosi considerare il suo potere di giurisdizione esaurito in relazione a quella controversia, e la sentenza emessa, anche se gravemente viziata, come nell'ipotesi di mancata sottoscrizione rituale da parte del giudice, può essere esclusivamente rimossa o attraverso l'impugnazione al giudice sopra ordinato ovvero con la proposizione di autonoma *actio nullitatis*, trattandosi di nullità assoluta<sup>207</sup>.

Un recente indirizzo giurisprudenziale, in nome dell'imperante principio della ragionevole durata del processo, ha ritenuto che la sentenza emessa dal giudice in composizione collegiale priva di una delle due sottoscrizioni, del presidente del collegio ovvero dell'estensore, sia affetta da nullità sanabile ai sensi dell'art. 161, primo comma, c.p.c., perché si tratterebbe di sottoscrizione insufficiente e non mancante, la cui sola ricorrenza comporterebbe la non riconducibilità dell'atto al giudice; una diversa interpretazione, che accomuni le due ipotesi con

<sup>206</sup> Cass., 31 ottobre 2005, n. 21193, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10, con riferimento ad una sentenza della Corte di cassazione.

<sup>207</sup> Cass., 19 novembre 2005, n. 26040, in *Corr. Giur.*, 2006, 1435 ss., con nota di C. BESSO, *Omessa, parziale sottoscrizione della sentenza e rinnovazione delle deliberazioni*. Nello stesso senso le precedenti: Cass., 29 maggio 2001, n. 9616; Id., 23 aprile 2003, n. 6476, in *Giur. it.*, 2003, I, 2242.

applicazione dell'art. 161, secondo comma c.p.c., sarebbe lesiva dei principi di razionalità e della ragionevole durata; infatti sarebbe irrazionale far discendere da un «mero, banalissimo errore» le gravi conseguenze previste dall'art. 161, cpv. La Cassazione ha escluso che in tal caso sia applicabile il procedimento di correzione degli errori materiali, perché il percorso ermeneutico che porterebbe all'applicazione di tale procedura andrebbe a declassare un elemento essenziale, quale è la sottoscrizione del giudice, in inessenziale<sup>208</sup>.

In dottrina, si è distinto tra sottoscrizione totalmente e parzialmente mancante, considerando quest'ultima ipotesi rientrante nel campo di applicazione dell'art. 161, primo comma, non secondo comma; in particolare, si è equiparata la sentenza parzialmente non sottoscritta a

<sup>208</sup> Cass., Sez. un., 20 maggio 2014, n.11021, in *Foro it.*, 2014, I, 2072 ss., con nota di O. DESIATO, F. AULETTA; Id., 5 aprile 2017, n. 8817; Id., 18 luglio 2019, n. 19323; Id., 19 maggio 2020, n. 9138. In senso contrario: Cass., 8 novembre 2010, n. 22705, in *Giust. civ., Mass.*, 2010, 11, 1417, secondo la quale ai sensi dell'art. 132, la sentenza emessa dal giudice in composizione collegiale deve recare la firma del presidente e dell'estensore; qualora essa sia sottoscritta solo dal presidente, che però non risulti cumulare in sé anche la qualità di estensore, tale mancanza renderebbe la sentenza viziata da nullità insanabile ex art. 161, comma 2, c.p.c.; questo vizio potrebbe essere fatto valere anche in sede di giudizio di cassazione e, ove non allegato dalla parte, rilevato anche d'ufficio dalla Corte, con annullamento del provvedimento impugnato e remissione della causa al medesimo organo giudicante che ha adottato la decisione priva di sottoscrizione. Vedi le riflessioni critiche di C. CONSOLO, *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante («omessa») in una prospettiva neo – processual-civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 893 ss.; S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, cit., 191 ss., il quale nota una serie di incongruenze nella decisione della Corte di cassazione del 2014: la più calzante consiste nell'osservazione che se bastasse una sola firma ad attribuire la paternità dell'organo collegiale, la mancanza di una delle due sottoscrizioni potrebbe essere degradata ad irregolarità e si potrebbe ricorrere al procedimento di correzione degli errori materiali, ma allora non si tratterebbe più di una nullità essenziale, come definita dalle Sezioni unite stesse. Le Sezioni unite riterrebbero che ai fini dell'esclusione dell'applicazione del combinato disposto dell'art. 132 e 161 cpv basterebbe anche la sottoscrizione di un solo giudice; ma se così fosse, si dovrebbe supporre un autonomo potere certificativo in capo al singolo giudice anche in caso di sentenza collegiale, conclusione che sarebbe esclusa dall'art. 132, terzo comma; piuttosto, da tale norma si potrebbe ricavare a contrario che, salvo le ipotesi eccezionali ivi contemplate, non esisterebbe potere certificativo in capo al singolo giudice collegiale.

quella pronunciata da un collegio numericamente irregolare, da riportare sotto il disposto dell'art. 158 c.p.c. e dopo il 1998 all'art. 50 quater<sup>209</sup>: mancherebbe la prova della concreta partecipazione del giudice che non ha sottoscritto alla deliberazione, senza che non sia certificata la sussistenza dell'impedimento del giudice a sottoscrivere<sup>210</sup>.

Durante il periodo storico in cui era chiesta la sottoscrizione da parte di tutti i membri del collegio, Satta fece coincidere i due profili della identificazione del giudice e della sottoscrizione della sentenza<sup>211</sup>. Secondo l'autore la mancanza di sottoscrizione del giudice non dovrebbe essere intesa in senso puramente materiale, ma come indice esteriore della mancanza del giudice, che non ha sottoscritto appunto perché ha c'era o meglio non ha partecipato alla deliberazione. Perciò, l'ipotesi considerata dall'art. 161, comma 2 coinciderebbe con la sentenza resa *a non iudice*, resa da un collegio giudicante non identificabile nella sua composizione. Nel caso in cui vi sia certezza sull'identità

<sup>209</sup> La Sezione VI bis “Della composizione del tribunale” è stata introdotta dall'art. 56 del d.lgs. n. 51/1998.

<sup>210</sup> Vedi: G. BALENA, *La rimessione della causa*, cit., 242 ss., il quale esclude che la sentenza che promana da un organo numericamente irregolare possa essere considerata una sentenza resa *a non iudice*, perché l'organo sarebbe comunque dotato di *potestas iudicandi*. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza»*, cit., 211 ss.; ID., *La nullità (sanabile) della sentenza che manca della sottoscrizione di “un” giudice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2078 ss., secondo il quale a nulla rileva il profilo doloso o colposo della mancata sottoscrizione: l'omissione totale della sottoscrizione comporterebbe l'applicazione dell'art. 161 cpv; in caso di omissione parziale, invece, si tornerebbe ad applicare le regole generali della nullità. In particolare, secondo l'autore tale nullità sarebbe equiparabile alla nullità per errata composizione dell'organo giudicante, alla quale ai sensi dell'art. 50 quater sarebbe applicabile l'art. 161, primo comma, non il secondo comma: non sarebbe possibile trattare più gravemente dell'indebita riduzione ad uno soltanto dei componenti del collegio il pur diverso vizio della mancanza di un'altra firma in calce alla sentenza. Critico nei confronti di questa impostazione S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 200, che in ultima analisi nota come un conto sia il mancato rispetto delle norme sulla deliberazione e redazione del provvedimento, altro conto sia quello delle norme sulla formazione e certificazione della volontà dell'organo che ha effettivamente deciso; in caso di decisione collegiale sarebbe necessaria la doppia firma, perché una sola firma non sarebbe sufficiente a certificare che la decisione proviene dal collegio, tranne che nei casi indicati dall'art. 132, ultimo comma.

<sup>211</sup> S. SATTA, *Correzione di errori in tema di correzione di sentenze*, cit., 270 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. I, 548 s.

del giudice che non ha sottoscritto, ma che comunque era presente alla deliberazione, sarebbe utilizzabile per integrare la sentenza non sottoscritta o parzialmente sottoscritta il procedimento di correzione; altrimenti il provvedimento sarebbe nullo<sup>212</sup>.

Secondo altra opinione, nella certezza dell'identità dei giudici sarebbe possibile addirittura un'integrazione della sentenza stessa con la sottoscrizione mancante, come se non fosse stato ancora consumato il potere decisorio del giudice<sup>213</sup>.

Secondo altra dottrina risalente alla stessa epoca, a nulla rileverebbe che sia identificabile *aliunde* il giudice che ha partecipato alla discussione in udienza, perché l'irregolare composizione del collegio vizierebbe la sentenza sotto altro profilo, mentre la sottoscrizione atterrebbe alla deliberazione della sentenza e non sarebbe surrogabile con altro mezzo di prova. Quindi, quando la sottoscrizione vi sia, il divario tra il giudice che in tal modo attesti di aver deliberato la sentenza e il giudice che dica di aver partecipato all'udienza di discussione, si rifletterebbe nell'irregolare composizione del collegio; ove la sottoscrizione manchi, il giudice non sarebbe identificabile altrimenti, salvo che non si versi in una delle ipotesi di impedimento di cui all'art. 132 cpv<sup>214</sup>.

Questa dottrina è stata seguita da quegli autori che hanno escluso l'utilizzabilità del procedimento di correzione per l'integrazione della sottoscrizione parzialmente mancante. La sottoscrizione sarebbe l'unica prova positivamente ammessa della partecipazione del giudice alla deliberazione. Infatti, il legislatore avrebbe escogitato un meccanismo rispondente, da un verso, alla preoccupazione di mantenere segreto l'iter di deliberazione; dall'altro, a consentire la concreta modificabilità della decisione fino al momento della sua pubblicazione, con ri-

<sup>212</sup> S. SATTÀ, *Il giudice testimone*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 465 ss., secondo il quale tale certezza sarebbe esclusa anche nel momento in cui vi sia diversità tra il collegio giudicante quale risultante dall'intestazione della sentenza e eventualmente dalla sottoscrizione rispetto alla composizione del collegio davanti al quale sia avvenuta la discussione. In questo senso Cass., 13 agosto 1958, n. 2922.

<sup>213</sup> F. CARNELUTTI, *Omessa sottoscrizione delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 112 ss.; A. TORRENTE, *Ancora sull'ammissibilità del provvedimento di correzione nel caso di omissione della sottoscrizione della sentenza*, in *Foro it.*, 1954, I, 448 ss.

<sup>214</sup> Così, DENTI, voce *Nullità*, cit., 484, In tal senso anche F. LANCELLOTTI, voce *Sentenza civile*, cit., 1121; G. MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, cit., 1644 ss.

levanza meramente interna di tutte le attività anteriori al deposito della sentenza in cancelleria. In presenza di questo quadro normativo, il fatto che l'identità dei giudici risulti da altri documenti (verbale d'udienza, intestazione della sentenza), non offrirebbe alcuna garanzia dell'effettiva partecipazione dei medesimi giudici alla deliberazione in camera di consiglio; dal rigore dell'art. 132 cpv si potrebbe desumere che il legislatore abbia considerato assolutamente infungibile la sottoscrizione del singolo magistrato al fine di accertare la sua partecipazione alla deliberazione<sup>215</sup>.

<sup>215</sup> BALENA, *op. cit.*, 236 ss. Analogamente S. BOCCAGNA, *Errore materiale*, cit., 180 s. secondo il quale la sottoscrizione sarebbe l'unica prova positivamente ammessa della regolarità dell'iter di formazione della sentenza. Sarebbe possibile evitare l'applicazione dell'art. 161, cpv solo ove nel procedimento di formazione della sentenza fosse possibile rivenire un equipollente della sottoscrizione, al quale riconoscere analoga funzione certificativa. L'autore scandaglia le varie ipotesi per concludere che un simile surrogato della sottoscrizione collegiale non sarebbe possibile individuare: né nel verbale dell'udienza collegiale, che si colloca a monte della stessa fase di deliberazione e non fornirebbe alcuna informazione circa l'identità dei partecipanti; né nell'intestazione della sentenza, il cui valore certificativo, limitato alla partecipazione del terzo giudice, riposerebbe pur sempre sull'avvenuta sottoscrizione della sentenza a norma dell'art. 132 c.p.c.; né nella sottoscrizione del dispositivo redatto a norma dell'ultimo comma dell'art. 276, che non varrebbe ad assicurare la conformità della motivazione stesa dal relatore all'effettiva volontà del collegio; né nella sottoscrizione della minuta prevista dall'art. 119 disp. att. c.p.c., posto che anche laddove essa venisse redatta e sottoscritta mancherebbe sempre la formale attestazione della sua conformità all'originale depositato in cancelleria. Per completezza va detto che l'autore considera un equipollente della sottoscrizione della sentenza scritta a verbale a seguito di discussione orale il verbale sottoscritto dal solo cancelliere: infatti, l'art. 35 disp. att. c.p.c., come modificato dal d.lgs. n. 51/1998, prevedendo l'obbligo del cancelliere di riunire annualmente in volume separato «le copie dei verbali contenenti le sentenze pronunciate a norma dell'articolo 281 sexies», sarebbe indice dell'adesione del legislatore alla tesi per cui nell'ipotesi disciplinata dall'art. 281 sexies la sentenza non costituirebbe un atto distinto dal verbale d'udienza, ma rappresenterebbe una delle attività degli organi giudiziari che hanno avuto luogo all'udienza e che ai sensi dell'art. 57 c.p.c. il cancelliere documenta nel verbale. Partendo da questo rilievo, secondo l'autore sarebbe possibile ritenere che la sottoscrizione del giudice cui si riferirebbe l'art. 281 sexies capoverso si identifichi con quella di chi presiede l'udienza e che essa sarebbe richiesta in via generale, unitamente a quella del cancelliere, dall'art. 130 c.p.c.; di conseguenza, la mancata sottoscrizione del giudice non darebbe luogo a nullità del verbale e della sentenza che vi è inserita, ma si risolverebbe in una semplice

Al contrario, Besso dopo aver scandagliato tutti i casi riconducibili alla sottoscrizione mancante o parziale, arriva alla conclusione che si debba considerare inesistente, in fin dei conti, solo la sentenza che il giudice si sia deliberatamente rifiutato di sottoscrivere, sempre che il rifiuto risulti dal testo della sentenza. Negli altri casi, sia quando la firma manchi del tutto che quando ci sia uno scambio di firme, purché si possa risalire all'identità del magistrato, sarebbe possibile l'emendare all'omissione applicando il procedimento di correzione<sup>216</sup>.

Nonostante le avanguardie dottrinali e giurisprudenziali sopra esposte in ordine alla rilevanza del vizio della sentenza parzialmente sottoscritta, la Cassazione non sembra essere arrivata ad analoghe conclusioni in ordine al vizio formale dell'ordinanza collegiale sottoscritta dal solo presidente; infatti, la più recente giurisprudenza della Corte continua a ripetere che l'ordinanza collegiale adottata in luogo di sentenza, ove sia sottoscritta dal solo presidente che non ne risulti pure

irregolarità, come tale emendabile ai sensi dell'art. 287 c.p.c.; il raggiungimento dello scopo sarebbe già assicurato dalla sottoscrizione del cancelliere, stante l'autonoma funzione certificativa riconosciuta a quest'ultimo dall'art. 57. Nella legislazione attuale, queste conclusioni dovrebbero valere anche per la sentenza resa a verbale dal collegio. L'obiezione che si può fare a tale dottrina è che la sottoscrizione della sentenza ha una duplice funzione: da un lato, la prova della regolarità dell'iter di formazione della sentenza; dall'altro, l'attribuzione della paternità del documento. Ciò è tanto vero che in presenza di una sentenza collegiale emessa a seguito di discussione orale, sarebbe sufficiente la sola sottoscrizione del presidente, quale rappresentante dell'organo, per far attribuire il provvedimento all'intero collegio. I due aspetti messi in evidenza non sono confondibili neppure nel caso in cui la sentenza sia stata scritta a verbale ai sensi degli artt. 281 sexies o 275 bis: in tal caso semplicemente la sottoscrizione del verbale d'udienza e quella della sentenza coincidono, per motivi oggettivi o, meglio, materiali.

<sup>216</sup> C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 297 ss.; ID., *Delle nullità degli atti*, cit., 805 ss. Nel primo scritto l'autrice sottolinea come questa interpretazione restrittiva trovi conforto nei lavori preparatori, in particolare, in una proposta della Commissione delle Assemblee legislative; quest'ultima aveva suggerito una disposizione che nel prescrivere l'inesistenza della sentenza priva della sottoscrizione, facesse salva l'ipotesi della «semplice omissione» (*La sentenza civile inesistente*, cit., 302 s.). Nel secondo scritto (*Delle nullità degli atti*, cit., 805) l'autrice sottolinea come argomento a favore della sua interpretazione sia il fatto che il rito penale tratti come nullità relativa la mancanza della sottoscrizione del giudice (artt. 546 -547).

relatore o estensore, è viziata da nullità insanabile, perché non redatta con l'osservanza delle forme di cui all'art. 132, comma 3, c.p.c.<sup>217</sup>.

Andando al quadro normativo attuale, va preliminarmente osservato che esso risulta essere di molto alleggerito dal progressivo assottigliamento dei casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale. Inoltre, con l'ultima riforma si è materializzata un'ulteriore facilitazione per l'operazione di raffronto tra l'ordinanza collegiale e la sentenza collegiale per determinarne la validità: vi è la possibilità che il collegio decida a seguito di discussione orale, pronunciando sentenza redatta a verbale e sottoscritta dal solo presidente.

Tuttavia, ci sono ipotesi in cui questa eventualità non è neanche contemplata: quando si tratti di cause in materia di persone, minorenni e famiglie, di cui al titolo IV bis del II libro del c.p.c., la causa deve essere rimessa in decisione in camera di consiglio: sia a seguito di discussione orale in prima udienza; sia a seguito di scambio di memorie. La sentenza viene assunta con il "classico" subprocedimento di cui agli artt. 276 c.p.c., 119 disp. att. c.p.c. (artt. 422 bis.22; 473 bis.28 c.p.c.).

Dunque, l'unica ipotesi problematica rimane quella in cui l'ordinanza collegiale, o al limite il decreto, venga pronunciata fuori udienza, al posto della sentenza che dovrebbe recare la doppia sottoscrizione.

Vanno distinti i due casi sopra enunciati: quando sia consentito al collegio pronunciare sentenza a seguito di discussione orale ai sensi dell'art. 275 bis e 351 bis; quando, viceversa tale strada decisionale sia preclusa.

Nella prima ipotesi si può pensare a una "finzione" per la salvaguardia dell'efficacia del provvedimento. Quando il collegio pronuncia ordinanza collegiale fuori udienza, è come se esso avesse seguito un iter decisionale più snello e avesse collegialmente redatto il provvedimento decisorio alla presenza di tutti i suoi membri, ma fuori udienza,

<sup>217</sup> Così: Cass., 28 novembre 2020, n. 26914. La successiva Cass. 4 novembre 2021, n. 31635, sembrerebbe avere un atteggiamento più "morbido" nei confronti di tale vizio, perché afferma che un simile provvedimento sarebbe viziato da nullità senza aggiungere altro; tuttavia, richiama precedenti chiaramente orientati a considerare inesistente il provvedimento adottato in luogo di sentenza e come tale sottoscritto, a meno che non ricorra la nota condizione. Ancora più criptica è Cass., 10 giugno 2021, n. 16421.

non dentro di essa: le due ipotesi (redazione semplificata dentro e fuori udienza) possono essere equiparate, in via analogica. Essendo avvenuta la confezione dell'ordinanza/sentenza alla presenza di tutti i membri del collegio, non vi sarebbe necessità della doppia firma per l'imputazione al collegio, ma basterebbe la firma del solo presidente<sup>218</sup>. Diciamo che l'errore è nella scelta delle modalità di redazione della sentenza in senso sostanziale, ma in questo caso: laddove fosse stata necessaria una stesura più articolata, il pregiudizio arrecato alle parti dovrebbe emergere da dispositivo o, meglio ancora, da una motivazione difettosa.

Diverso il caso in cui al collegio sia consentito di decidere solo con la modalità della rimessione per una separata decisione, a seguito di scambio di memorie o meno, con udienza di discussione o meno. Il legislatore in questo caso ha valutato che la decisione in senso stretto debba essere meditata e caratterizzata dal doppio step della scrittura e sottoscrizione del dispositivo da parte del presidente e poi della stesura della motivazione da parte del relatore o da altro estensore (art. 276 c.p.c., ultimo comma); di seguito, che la minuta della sentenza venga sottoscritta dall'estensore e dal presidente; quindi, consegnata al cancelliere, che scrive il testo originale a norma dell'articolo 132. Il testo originale viene a sua volta sottoscritto da presidente e dall'estensore.

Per quel che concerne la minuta, la sottoscrizione dell'estensore identifica il giudice che ha steso la motivazione della stessa e quella del presidente è in rappresentanza del collegio. Per quel che concerne, il testo finale del provvedimento, dopo il passaggio al cancelliere, la doppia sottoscrizione ha una duplice funzione: controllo da parte dei due giudici collegiali del testo finale della sentenza per il quale è necessario il visto/firma anche dell'estensore; imputazione della sentenza originale all'intero organo, per il quale è necessaria la sottoscrizione del presidente in rappresentanza dell'organo collegiale.

Perciò, la doppia sottoscrizione della sentenza collegiale è sinonimo di sottoscrizione della sentenza *tout court*; si può evitare solo nelle ipotesi indicate dall'art. 132, ultimo comma. Di conseguenza,

<sup>218</sup> A. CERINO CANOVA, *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento del giudice*, cit., 277 ss.

un'ordinanza o un decreto collegiale non potrebbe prendere il posto di una sentenza collegiale con doppia sottoscrizione, perché la mancanza della doppia sottoscrizione indicherebbe che per decidere non si è seguito l'iter voluto dal legislatore.

Il vizio da cui è affetto il provvedimento non è l'inesistenza, ma la nullità; infatti, ad essere errata è la tecnica stessa scelta per la redazione del provvedimento, in questo contesto non ammessa né dentro, né tantomeno fuori udienza. È come se il collegio avesse provveduto immediatamente alla redazione non solo del dispositivo, ma anche della motivazione della sentenza; entrambi sarebbero stati sottoscritti dal solo presidente perché confezionati in presenza di tutto il collegio.

In sostanza, due sono le tecniche di redazione della sentenza collegiale: quella che abbiamo definito semplificata coincide con l'elaborazione di un'ordinanza, adottata in presenza di tutti i membri del collegio, che giustamente deve essere firmata dal solo presidente per l'attribuzione all'intero organo; nell'altro caso necessita di una doppia sottoscrizione per attestare la regolarità dei vari passaggi.

Laddove vi sia un unico iter possibile nell'adozione della sentenza collegiale, quello più lungo, magari perché il legislatore ha preventivamente valutato che è il modo corretto di decidere in alcune materie, nel quadro normativo attuale, un provvedimento emesso in via "breve" non potrebbe considerarsi equipollente di una classica sentenza collegiale.

Tuttavia, anche in questo secondo contesto ci potrebbe essere una via d'uscita: in ultima analisi quella prospettata dalla giurisprudenza di Cassazione, ovvero la coincidenza nella persona del presidente della figura dell'estensore. Infatti, anche l'iter più lungo potrebbe essere legittimamente abbreviato se il provvedimento sentenza formale fosse redatto per intero direttamente dal presidente: in questo caso egli potrebbe seguire sia la via classica del doppio step; ma legittimo sarebbe anche la redazione immediato per intero del testo/minuta del provvedimento; la legge non lo vieta. In tal caso la redazione della sentenza formale fuori udienza andrebbe a coincidere con quella degli altri provvedimenti in quello stesso contesto.

Nel futuro prossimo questo ostacolo formale alla validità di un'ordinanza o decreto come sentenza in senso sostanziale dovrebbe essere drasticamente ridimensionato. Infatti, lo schema di decreto corret-

tivo prevede che secondo i nuovi artt. 134 e 135 ordinanza e decreto quando emessi fuori udienza siano sottoscritti tanto dal presidente che dall'estensore.

Inoltre vi un'altra modifica rilevante dovrebbe semplificare anche l'iter più lungo: il nuovo art. 119 disp. att. c.p.c., prevede la soppressione del doppio passaggio stesura della minuta – stesura della sentenza da parte del cancelliere: la minuta della sentenza viene stesa e sottoscritta telematicamente dall'estensore e poi dal presidente e contestualmente da quest'ultimo depositata telematicamente; così si ha l'immediata pubblicazione del provvedimento, come aveva suggerito Chiovenda nel suo progetto di nuovo codice di procedura civile.

In futuro, si potrebbe ipotizzare addirittura una crasi dei due momenti di cui all'art. 276 cpv. e 119 disp. att. c.p.c.: il tutto potrebbe avvenire contestualmente; perciò, l'eventuale mancanza di doppia sottoscrizione potrebbe essere considerata solamente un'irregolarità, quando ci sia la firma del presidente ad imputare il provvedimento collegialmente redatto all'intero organo.

Né, del resto, la firma di presidente ed estensore in calce all'ordinanza o al decreto dovrebbero necessariamente essere apposte contestualmente: lo schema di decreto correttivo non dice nulla in proposito. In ogni caso in cui il provvedimento venga emesso fuori udienza, l'iter del confezionamento concretamente seguito dipenderà dalla complessità della deliberazione. La doppia sottoscrizione sarebbe veramente necessaria solo quando dispositivo e provvedimento o siano stati redatti in tempi diversi, affidando la redazione della motivazione, ad un giudice diverso dal presidente. Il difficile potrebbe essere capire dall'esterno come si sia effettivamente svolta la redazione del provvedimento; in fin dei conti, l'unico indice formale della modalità di redazione di un provvedimento fuori udienza rimarrebbe il ruolo di estensore rivestito dal presidente, che certificherebbe l'avvenuta redazione dello stesso alla presenza di tutti i membri o per la motivazione separatamente, ma senza il doppio passaggio tra due giudici diversi. Quando entrerà in vigore il decreto correttivo, sarà ipotizzabile l'applicazione analogica dell'art. 276, ultimo comma, anche in caso di redazione di ordinanza o decreto fuori udienza.

Certo, in caso di errore nella scelta del provvedimento e subprocedimento da adottare, potrebbe mancare il preventivo scambio delle tre

memorie, ma questo sarebbe un altro conto: un'irregolarità del procedimento da far valere secondo le modalità dietro viste.

Un'ultima considerazione riguarda l'eventualità in cui sia adottata un'ordinanza monocratica o un decreto in luogo della sentenza collegiale: in questa ipotesi il problema non è la doppia sottoscrizione, ma quello della violazione delle regole sulla composizione dell'organo giudicante di cui agli artt. 50 bis e ter, per il quale l'art. 50 quater commina la nullità, non l'inesistenza<sup>219</sup>.

In conclusione, a prescindere dal *nomen* che al provvedimento decisivo concretamente emesso viene dato dal giudice, se adottato in luogo di sentenza, è necessario analizzare che esso sia idoneo o meno a svolgerne la funzione. L'evoluzione legislativa ha di molto assottigliato la differenza che c'è tra sentenza e gli altri due provvedimenti; allo stato attuale, i requisiti formali della sentenza non sono così marcatamente caratterizzanti da escludere di per sé che un'ordinanza o un decreto erroneamente adottati non possano efficacemente porre la regola del caso concreto e rendere palesi i motivi della decisione. Solo in poche ipotesi l'ordinanza o il decreto non riuscirebbe a superare il vaglio formale per essere considerate sentenze in senso sostanziale già in astratto: in futuro potrebbe non essere più così.

Semmai il maggior problema legato alla forma errata è quello dell'individuazione del mezzo idoneo a consentire di impugnare, senza pregiudizio del diritto di difesa.

Per non potendo ancora compiere un'opzione ragionata a favore dell'uno o dell'altro criterio (principio della prevalenza della sostanza sulla forma o principio dell'apparenza e affidabilità), fin d'ora un'osservazione può essere compiuta: non ha senso verificare che il provvedimento anomalo nella forma possa svolgere la funzione del provvedimento che avrebbe dovuto essere adottato, se non lo si impugna con il mezzo previsto per quest'ultimo. Basti considerare che se si appellasse un provvedimento anomalo (adottato al posto di sentenza formale), alla denuncia dei vizi formali e procedurali si dovrebbero accompagnare le censure nel merito. Superati o recuperati i vizi procedurali, si rimedierebbe all'errore del giudice incanalando il procedimento nel suo alveo naturale. Un risultato perfettamente in linea con il principio

<sup>219</sup> Di seguito vedi cap. VI, § 1.

della ragionevole durata del processo, tanto caro al legislatore ed alla giurisprudenza della Corte di cassazione.

9. (... segue) *La sentenza adottata in luogo dell'ordinanza di liquidazione delle spese: un esempio di vizio formale innocuo?*

Una recente sentenza di merito del tribunale di Roma<sup>220</sup> ripropone la questione della forma dei provvedimenti emessi al momento della chiusura del giudizio per rinuncia agli atti, di cui all'art. 306 c.p.c.<sup>221</sup>.

Il giudice romano, come giudice unico, ritiene di pronunciare sentenza sull'estinzione del processo per rinuncia agli atti, partendo dal presupposto che nelle controversie trattate davanti al tribunale in composizione monocratica vi è sovrapposizione nella medesima persona fisica del giudice istruttore e dell'organo decidente<sup>222</sup>. Conseguentemente, non avrebbe senso adottare un'ordinanza che egli stesso

<sup>220</sup> Trib. Roma, 26 luglio 2023, n. 11781.

<sup>221</sup> Altro aspetto che viene in considerazione nella sentenza in questione è se sia possibile o meno che si perfezioni la fattispecie di cui all'art. 306 nel caso in cui la parte convenuta sia contumace. Infatti, l'art. 306 al secondo comma prende in considerazione esclusivamente l'ipotesi in cui entrambe le parti si siano costituite, ma non vi è motivo di ritenere che non sia possibile una rinuncia agli atti anche in presenza di un convenuto contumace. Del resto, al convenuto, quando l'attore sia contumace, è consentito provocare l'estinzione del processo, non manifestando il proprio interesse alla prosecuzione dello stesso (art. 290 c.p.c.); parimenti si deve ritenere quando l'attore non abbia più interesse e perciò rinunci agli atti ed il convenuto, rimanendo contumace, non lo abbia mai manifestato. Questo ragionamento potrebbe non trovare accoglimento nel caso in cui si configurai la fattispecie di cui all'art. 306, come un negozio di carattere processuale, così F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938, vol. II, 116; L. PENASA, *Commento all' art. 306*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino, 2012, vol. III, 2, 715 ss. Diversamente: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 329 ss.; R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, 960 ss.; V. BARONCINI, M. MONTANARI, *Commento all' art. 306, Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. II, 1036 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 318 ss.

<sup>222</sup> Cass., 11 novembre 2010, n. 22917, in *Foro it.*, 2011, I, 3395; Id., 12 febbraio 2016, n. 2837.

a seguito di reclamo dovrebbe controllare. Il provvedimento del giudice monocratico sull'estinzione anche quando emesso in forma di ordinanza o decreto avrebbe natura sostanziale di sentenza e come tale sarebbe impugnabile<sup>223</sup>.

Rimarrebbe la pronuncia con ordinanza dell'avvenuta estinzione da parte del giudice istruttore nei procedimenti di competenza del tribunale in composizione collegiale.

Secondo alcuna dottrina anche in questa ipotesi la pronuncia con ordinanza sarebbe limitata ai casi in cui non ci siano contestazioni in ordine all'efficacia della rinuncia ovvero alla necessità dell'accettazione; in caso contrario si dovrebbe sempre pronunciare sentenza del collegio<sup>224</sup>.

Va ricordata anche l'opinione dottrinale secondo la quale nell'ipotesi considerata dall'art. 306 c.p.c. le parti concluderebbero un negozio di carattere processuale; perciò, il giudice, sia monocratico che collegiale non dovrebbe emettere sentenza, ma ordinanza, a meno che non ci siano contestazioni<sup>225</sup>.

<sup>223</sup> In tal senso: Cass., 22 ottobre 2002, n. 14889, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1829; id., 25 febbraio 2004, n. 3733 in *Foro it.*, 2004, I, 1418; Id., 28 aprile 2004, n. 8092 in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Id., 6 aprile 2006, n. 8041, *ivi*, 2006, 41829; Id., 15 marzo 2007, n. 6023, *ivi*, 2007, 3. In senso contrario la risalente pronuncia del pretore di Modena, Pret. Modena, 30 settembre 1949, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 77 ss., con nota di E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa dell'estinzione del processo*, il quale riteneva che il conciliatore in primo grado avrebbe dovuto pronunciare ordinanza soggetta a reclamo al collegio e non sentenza. Dal canto suo, il commentatore conclude, invece, che essendoci un conflitto di interessi il giudice doveva pronunciare sentenza e non ordinanza. In dottrina: F. CORSINI, *Il provvedimento di estinzione del processo pronunciato dal giudice monocratico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 587 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 182 s.; R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 568 ss.

Altra questione è se il provvedimento di rigetto dell'eccezione di estinzione debba avere la forma della sentenza non definitiva o dell'ordinanza: nel primo senso Turroni e Oriani, partendo dal presupposto che la sentenza di estinzione del giudice monocratico sia positiva che negativa sia riportabile alle pronunce di rito di cui all'art. 279 c.p.c. Tuttavia, ove venga emessa ordinanza in luogo di sentenza non definitiva Oriani esprime qualche dubbio sul fatto che essa sia impugnabile con appello immediato.

<sup>224</sup> Così V. ANDRIOLI, *Commento*, 3° ed., cit., vol. II, 330.

<sup>225</sup> Così F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 116; L. PENASA, *Commento all'art. 306*, cit., 736.

Il secondo provvedimento emesso dal giudice istruttore ovvero dal giudice monocratico è la pronuncia sulle spese, che ai sensi dell'art. 306, ultimo comma, secondo periodo dovrebbe essere un'ordinanza non impugnabile: con essa il giudice si dovrebbe limitare a liquidare le spese processuali, sul presupposto che non ci sia un accordo diverso tra le parti sul punto e che quindi il rinunziante debba rimborsare le spese alle altre parti.

Per cui si avrebbero due provvedimenti: uno impugnabile con appello ovvero con reclamo al collegio, l'altro in teoria non impugnabile.

La Corte di cassazione ha espresso varie posizioni in ordine al modo di far valere i vizi di quest'ultimo provvedimento.

Secondo l'indirizzo maggioritario la pronuncia sulle spese avrebbe carattere di provvedimento decisorio su un diritto e non sarebbe altrimenti impugnabile per disposto di legge; perciò, nel momento in cui si limitasse a liquidare le spese, potrebbe essere impugnata con ricorso straordinario in cassazione<sup>226</sup>.

Secondo tale giurisprudenza, questa opzione non sarebbe praticabile quando il giudice, invece di liquidare le spese del giudizio dichiarato estinto, abbia deciso sul merito della debenza o meno delle spese stesse, perché tale ipotesi non sarebbe riconducibile alla fattispecie prevista e regolata dall'art. 306, al comma 4, secondo periodo<sup>227</sup>.

Da qui partono una serie di incongruenze.

In una prima pronuncia la Cassazione<sup>228</sup> riconosce che il provvedimento al suo esame ha valore di sentenza, in considerazione: del suo contenuto decisorio d'un contrasto *inter partes* dedotto in giudizio; della *potestas iudicandi* in astratto attribuita all'organo che l'ha emesso, pur se questi l'abbia erroneamente esercitata in difformità ai limiti impostigli in relazione alla specifica fattispecie decisionale. Perciò, l'ordinanza, con sostanza di sentenza, sarebbe suscettibile di passaggio

<sup>226</sup> Cass., 15 gennaio 2003, n. 481, in *Foro it.*, 2003, I, 2424; Id., 10 ottobre 2006, n. 21707, in *Diritto e giustizia*, 2006, 46, 16, con nota di A. CARRATO; Id., 14 dicembre 2009, n. 26210, in *Gust. civ. Mass.*, 2009, n. 12, 1687; Id., 9 novembre 2021, n. n. 32771.

<sup>227</sup> Cass., 10 ottobre 2006, n. 21707, cit., davanti alla Corte viene impugnata un'ordinanza con la quale il giudice aveva disposto la compensazione delle spese, in presenza di un conflitto tra le parti proprio in ordine alle spese.

<sup>228</sup> Cass., 10 ottobre 2006, n. 21707, cit.

in giudicato e impugnabile utilizzando gli ordinari mezzi all'uopo predisposti dall'ordinamento, nel caso specie con l'appello.

Prima di arrivare a tale conclusione, la Corte<sup>229</sup> richiama la giurisprudenza intono alle pronunce inesistenti ovvero quelle emesse in carenza di potere del giudice, una tipologia di provvedimenti abnormi, la cui invalidità assoluta potrebbe essere fatta valere sia con gli ordinari mezzi di impugnazione, che con autonoma azione di nullità (*actio nullitatis*)<sup>230</sup>. Alla fine, in questa prima pronuncia si esclude l'applicazione di tale precetto giurisprudenziale al caso di specie, un'ordinanza decisoria emessa dal tribunale in composizione monocratica.

Nella giurisprudenza successiva viene rispeso il periodo della detta sentenza per cui «... il provvedimento con cui il giudice, nel dichiarare l'estinzione, non solo liquida le spese ma provvede su di esse, compensandole o ponendole a carico di una di esse, esorbitando dalla fattispecie prevista dall'art. 306 c.p.c., comma 4, non è assoggettabile a ... ricorso (straordinario in cassazione) ma è impugnabile o con un'apposita *actio nullitatis* o con l'appello (se emesso in primo grado)»: in un primo momento con riferimento all'ordinanza decisoria emessa dal giudice istruttore, bollabile come adottata in carenza di potere<sup>231</sup>; successivamente tale massima viene ripetuta senza alcun riferimento alla composizione dell'organo decidente, in assoluto<sup>232</sup>.

Altro orientamento minoritario ha ritenuto che in caso di simultanea impugnazione della dichiarazione di estinzione, resa con ordinanza e della pronuncia sulle spese, parimenti resa con ordinanza, si renderebbe necessario per entrambi i capi il reclamo di cui agli art. 178 e 310 c.p.c.; tuttavia, in caso di impugnazione della sola statuizione sulle spese si tornerebbe al ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.<sup>233</sup>.

Un ultimo indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto non definitivo il provvedimento sulle spese, perciò inammissibile il ricorso per cassa-

<sup>229</sup> Cass., 10 ottobre 2006, n. 21707, cit.

<sup>230</sup> Cass., 29 settembre 1999, n. 10784, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2032.

<sup>231</sup> Cass., 3 luglio 2009, n. 15631, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8, 1031, il vizio dal quale è affetto il provvedimento decisorio del giudice istruttore è una questione approfondita nel prossimo capito al § 1.

<sup>232</sup> Cass., 9 novembre 2021, n. n. 32771, cit.

<sup>233</sup> Cass., 6 agosto 2002, n. 11768, in *Giur. it.*, 2003, 1127, con nota di A. RONCO.

zione avverso di esso. Contro di esso sarebbe dato reclamo, ove l'estinzione sia dichiarata con ordinanza del giudice istruttore, ovvero appello, ove l'estinzione venga dichiarata con sentenza; infatti, la statuizione relativa alle spese sarebbe accessoria rispetto a quella principale, e, conseguentemente, la relativa impugnazione seguirebbe il regime dell'impugnazione del provvedimento con il quale sia stata dichiarata l'estinzione<sup>234</sup>. Se ne desume che la pronuncia sulle spese dovrebbe essere accolta nell'ambito dell'ordinanza di estinzione piuttosto che nell'ambito della sentenza, non essere pronunciata in un provvedimento a parte.

I differenti indirizzi giurisprudenziali creano incertezza sulle regole di impugnazione di due statuizioni che hanno natura differente, trattandosi in un caso di una sentenza di rito, nell'altro di un provvedimento decisorio su di un diritto, emesso però in assenza di contestazioni sulla spettanza delle spese.

Cerchiamo di trarre le somme ricostruendo la mappa dei provvedimenti pronunciabili e le relative impugnazioni.

Il provvedimento sull'estinzione viene pronunciato con sentenza dal tribunale in composizione monocratica o collegiale ovvero con ordinanza dal giudice istruttore; nel primo caso è appellabile nel secondo reclamabile.

Se il giudice, sia monocratico che collegiale, pronunciasse ordinanza o decreto sull'estinzione, comunque essi avrebbero sostanza di sentenza e, se si applicasse il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, sarebbero impugnabili con appello se di primo grado, con ricorso ordinario in cassazione se di secondo grado.

Il provvedimento sulle spese ha la forma di ordinanza ed è adottata dal giudice istruttore nel caso di competenza collegiale, ai sensi dell'art. 306, quarto comma, secondo periodo; essa deve limitarsi a liquidare le spese. Questa conclusione dovrebbe valere sia che il provvedimento di estinzione venga pronunciato dal giudice istruttore che dal tribunale collegiale o monocratico. Ciò è tanto vero che a differenza dell'art. 307, ultimo comma, non si prevede l'opzione della pronuncia di sentenza da parte del collegio sulle spese.

Se l'ordinanza liquida le spese, quindi, viene assunta in costanza

<sup>234</sup> Cass., 3 settembre 1999, n. 9295, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1896.

dei presupposti di legge, essa può essere impugnata con ricorso straordinario in cassazione, perché decide sul *quantum* del diritto alle spese, ma esclusivamente sotto tale profilo.

Nel momento in cui ci dovesse essere un conflitto tra le parti, il giudice che emettesse egualmente ordinanza, non si limiterebbe a liquidare le spese, ma seppur implicitamente deciderebbe sull'*an* del diritto, adottando nella sostanza una sentenza di condanna. Questo provvedimento allora dovrebbe essere impugnato con appello, se di primo grado, ovvero con ricorso ordinario in cassazione, se d'appello.

Né si potrebbe configurare un provvedimento abnorme, perché emesso in carenza di potere<sup>235</sup>, nel momento in cui la decisione sulle spese fosse presa dal giudice istruttore: come già detto, è più corretto parlare di errata composizione dell'organo giudicante ed il provvedimento sarebbe viziato ai sensi dell'art. 50 quater c.p.c. Del resto, non del tutto esatta sembra l'affermazione per cui al giudice istruttore non spetterebbero poteri decisori: proprio nel caso considerato egli decide sul *quantum* delle spese liquidandole. Inoltre, egli emette un provvedimento con sostanza di sentenza di rito, l'ordinanza di estinzione, soggetta ad un mezzo particolare di impugnazione, ma sostanzialmente definitiva dopo il decorso del termine di cui all'art. 178, comma 3 c.p.c.

Qualora nello stesso provvedimento il giudice abbia dichiarato l'estinzione e provveduto sulle spese, il loro regime di impugnazione dovrebbe essere comunque differenziato.

Ove il provvedimento che accoglie i due capi abbia la forma di ordinanza del giudice istruttore: il capo relativo all'estinzione dovrebbe essere impugnabile con reclamo; quello relativo alle spese con ricorso in cassazione *ex art.* 111 Cost. se si è limitato a liquidare le spese, con appello se ha deciso una controversia su di esse o con ricorso ordinario in cassazione se siamo nel secondo grado di giudizio.

Ove il provvedimento sull'estinzione e sulle spese abbia la forma della sentenza: il capo relativo all'estinzione sarebbe impugnabile con appello se il provvedimento fosse di primo grado, altrimenti con ricorso ordinario in cassazione; di nuovo, il capo relativo alle spese sarebbe impugnabile con ricorso straordinario in cassazione se adottato

<sup>235</sup> Vedi cap. VI, § 3.

nella ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 306, quarto comma; invece, se decisivo sull'*an* delle spese, con appello ovvero con ricorso ordinario in cassazione a secondo della fase del procedimento in cui ci si trova.

Nella sentenza del tribunale di Roma, il giudice ha richiamato la ricostruzione classica della mappa dei provvedimenti da adottare ove si configuri la fattispecie di cui all'art. 306 c.p.c., con la variante desumibile in via interpretativa per il caso in cui si sia davanti al tribunale in composizione monocratica: per cui l'estinzione dovrebbe essere dichiarata con sentenza nel caso di specie; la liquidazione delle spese dovrebbe avvenire con ordinanza non impugnabile, ma soggetta a ricorso straordinario in cassazione.

La pronuncia sulle spese viene accolta nel corpo della sentenza, ma vista l'immediata premessa che fa lo stesso giudice, dovrebbe essergli riconosciuta natura di ordinanza non impugnabile, seppur il giudice romano parli di "provvedimento di liquidazione delle spese", non espressamente di "ordinanza".

Il giudice si è limitato a dichiarare non ripetibili le spese anticipate dall'attore; né risulta che vi fosse alcun conflitto tra le parti sul punto, tanto più che il convenuto era rimasto contumace; per cui l'unico strumento dato nei confronti della decisione sulle spese dovrebbe essere il ricorso straordinario in cassazione, come riconosciuto dal tribunale di Roma stesso. Chiara è l'intenzione del giudice intorno alla natura delle due differenti statuizioni.

Del resto, concedere appello contro il capo sulle spese basandosi sulla forma del provvedimento, in questo contesto risulterebbe essere un inutile spreco di attività processuale, una garanzia superflua, non voluta dal legislatore ordinario: una soluzione non contraria al dettato costituzionale, che non riconosce in linea di principio la garanzia dell'appello avverso i provvedimenti decisori, in linea con il principio della ragionevole durata del processo.

Da segnalare che la Corte<sup>236</sup> di cassazione non riscontra alcuna nullità per effetto dello scambio di provvedimenti quando in luogo di ordinanza venga assunta sentenza, come nel caso del giudizio di divisione, ove in mancanza di contestazioni, si pronunci sentenza in luogo di

<sup>236</sup> Cass., 25 maggio 2017, n. 13205.

ordinanza. La Corte non specifica nulla sul regime di impugnabilità del provvedimento, ma se si applica il principio sostanzialistico è chiaro che il provvedimento non è impugnabile, anche perché non si vede dove sarebbe l'interesse ad impugnare un provvedimento che si limita a dichiarare esecutivo il progetto di divisione non contestato. Salvo che si tratti di un'illegittima non contestazione, impedita da vizi procedurali; allora, la sentenza sarebbe tale in senso formale e sostanziale, perché verrebbero meno i presupposti di pronuncia dell'ordinanza non impugnabile e, perciò, sarebbe appellabile.

Sempre in applicazione del principio sostanzialistico, non dovrebbero essere ritenute impugnabili le sentenze con contenuto istruttorio o meramente ordinatorio emesse in corso di causa, ma revocabili o modificabili, anche su sollecitazione di parte. Infatti, se si applica fino in fondo il principio sostanzialistico, non dovrebbero esserci remore a ricorrere al regime suggerito dalla sostanza, anche davanti alla più "pomposa" forma della sentenza.

## 10. Conclusioni

In questo capitolo abbiamo cercato di delineare la prima categoria di "provvedimenti anomali in senso lato", ovvero "i provvedimenti anomali in senso stretto".

In tale operazione il punto di riferimento sono state le norme che disciplinano le forme procedurali e la sanzione in caso di mancato rispetto delle stesse.

La norma chiave è da considerare l'art. 156 cpv, insieme a tutte le occasioni di sanatoria disseminate all'interno della disciplina delle nullità, che si dipanano nel corso del procedimento. L'insegnamento che possiamo trarre è la necessità di recuperare o semplicemente superare i difetti formali ove essi non pregiudichino la funzione attribuita all'atto di per sé e all'interno del contesto procedimentale in cui esso è calato.

Vero è che le forme sono una garanzia a presidio, in primo luogo, del diritto di difesa delle parti e, in secondo luogo, del generale interesse al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, ma non possono essere considerate un valore in sé; almeno non in un ordinamento giuridico moderno, dove non ci dovrebbe essere il problema di

difendersi tramite di esse dagli arbitri di un privato pagato da privati per decidere una controversia.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha mostrato la necessità di una ponderazione tra la tutela ad oltranza dei valori che ci sono dietro il rispetto delle forme e il principio della ragionevole durata del processo, tra il formalismo, che mai deve essere puro e portato all'estremo, e necessità di arrivare allo scopo del processo, la decisione di merito.

Questo stesso input proviene dagli ordinamenti francofoni, i primi, in particolare l'ordinamento francese, che hanno cercato di rompere "la schiavitù" delle forme propria del diritto comune e di evitare che la macchina del processo girasse a vuoto; anche perché si tratta di un costoso strumento per chi vuole arrivare ad una decisione di merito e per lo Stato.



## CAPITOLO VI

### IL PROVVEDIMENTO ABNORME

SOMMARIO: 1. Il provvedimento abnorme: una prima delimitazione della categoria per esclusione. – 2. Il provvedimento abnorme nel processo penale: genesi e attuale significato della figura. – 3. L'inesistenza del provvedimento. – 4. Il provvedimento abnorme per carenza assoluta di potere. – 5. Il provvedimento viziato da "abnormità strutturale". – 6. Il provvedimento viziato da "abnormità funzionale". – 6.1. Provvedimento abnorme e il potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell'esecuzione nell'impianto originario del codice di procedura civile. – 6.2. Provvedimento abnorme e il potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell'esecuzione dopo le riforme. – 6.3. Provvedimento abnorme e interpretazione del titolo esecutivo. – 7. La Cassazione che decide nel merito e l'abnormità funzionale. – 8. Conclusioni.

#### *1. Il provvedimento abnorme: una prima delimitazione della categoria per esclusione*

Nel capitolo precedente si è delineata la categoria dei provvedimenti anomali in senso stretto, intendendosi per tali i provvedimenti divergenti dalla forma che per legge avrebbero dovuto avere, a causa effetto di un vizio di rito, sia che esso avvenga fin dall'incipit o nel corso del procedimento, sia che esso avvenga nella fase finale, al momento dell'adozione del provvedimento stesso.

Concentriamoci ora su una figura di anomalia più grave: l'abnormità.

Il provvedimento abnorme non è viziato, o non è solo viziato, per la sua forma esteriore o per il procedimento che conduce ad essa, quanto per il suo contenuto che si pone «(in) contrasto insanabile con i principi generali dell'ordinamento»<sup>1</sup>, secondo le parole della giurisprudenza di Cassazione.

La definizione che si ricava dalla giurisprudenza costituisce un

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 1° marzo 1995, n. 2317, cit., vedi dottrina citata al cap. V, nota 1.

contenitore vuoto da riempire di significato, ordinando la casistica e accorpandola in differenti sottocategorie.

Va preliminarmente avvertito che il termine *abnorme* viene usato dalla giurisprudenza anche impropriamente con riferimento a fenomeni inquadrabili in categorie tradizionali: questo rende ancor più difficile tracciare i confini del fenomeno.

Possiamo individuare tre tipi di provvedimento *abnormi*, tratti dalle sentenze soprattutto della giurisprudenza di cassazione e dall'elaborazione dottrinale: i provvedimenti *abnormi* per carenza assoluta di potere; i provvedimenti affetti da "abnormalità strutturale"; i provvedimenti affetti da "abnormalità funzionale".

Al lavoro di delimitazione dei tre tipi nominati, è prodromica la definizione: della categoria dei provvedimenti *abnormi* nel processo penale; dell'inesistenza dei provvedimenti decisori.

La scelta di questo percorso è dettata dal ragionamento seguito nel primo e più noto tentativo, imputabile a Denti<sup>2</sup>, di configurare il provvedimento *abnorme* nel processo civile, prendendo la nozione dal processo penale e distinguendola da quella di inesistenza: egli identificò questa patologia con un provvedimento dal contenuto tipico, ma che nel caso concreto reca un elemento di estraneità rispetto alla disciplina legale.

Con riferimento a ciascun supposto caso di abnormalità andremo a verificare la necessità di ricorrere ad una categoria atipica e residuale come l'abnormalità o all'altra altrettanto evanescente dell'inesistenza, anziché ricondurre il vizio alla disciplina generale della nullità.

Vi sono tre ipotesi che fin da subito, si possono escludere dall'area di azione tanto dell'abnormalità che dell'inesistenza, perché in fin dei conti, già risolte e superate dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, nonché in via normativa.

In primo luogo, non sono da considerare né *abnormi*, tantomeno inesistenti, i provvedimenti speciali decisori emessi al di fuori dei presupposti di legge, in luogo dell'espletamento di un processo cosiddetto a cognizione piena e della decisione con formale sentenza o semplicemente del rigetto in rito dell'istanza.

<sup>2</sup> V. DENTI, *In tema di provvedimenti giudiziari abnormi*, cit., 534 ss.; C. MANDRIOLI, *In tema di indivisualizzazione dei provvedimenti cosiddetti "abnormi"*, cit., 373 ss.

Se la dottrina e giurisprudenza classica sono approdate alla conclusione che si tratti di sentenze in senso sostanziale e come tali impugnabili<sup>3</sup>, vi è un autore che li ha classificati come affetti da un vizio non formale, segnatamente nullità – inesistenza. La mancanza dei presupposti sostanziali di esercizio del potere (l'ordinanza viene emessa in relazione a rapporti non contemplati dalla legge per lo speciale procedimento; in presenza dell'opposizione dell'intimato; in assenza dell'attestazione che la morosità persiste) determinerebbe la mancanza del potere del giudice di procedere secondo il rito speciale; il provvedimento speciale egualmente emesso sarebbe affetto da un vizio extraformale. Si tratterebbe di carenza di potere del giudice, che darebbe luogo a nullità inesistenza, da far valere in ogni tempo con autonoma azione di nullità<sup>4</sup>, oltre che con ricorso straordinario in cassazione; i semplici vizi procedurali, al contrario, dovrebbero essere fatti valere con ricorso straordinario in cassazione, in assenza di altri mezzi di impugnazione.

Per quanto risalente l'errore procedimentale non si può negare al provvedimento sommariamente adottato la qualifica decisorio, seppur dalla forma anomala, non idoneo all'immediato passaggio in giudicato, perché non rispettoso del meccanismo della non contestazione che si giustifica solo nella ricorrenza di determinati presupposti di legge. Non sembra proprio che ci sia un vizio, di carattere non formale, che vada oltre l'errata scelta del procedimento da seguire nel momento in cui al giudice si presenti l'alternativa tra la decisione immediata, alle condizioni di legge ovvero, in mancanza di esse, la chiusura in rito o, ancora, la prosecuzione a cognizione piena. Secondo quanto detto nel

<sup>3</sup> Si rinvia ai riferimenti contenuti al cap. V, § 1, in particolare note 4-11. Per i profili relativi alla loro impugnazione al prossimo capitolo.

<sup>4</sup> S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziari civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, cit., 1673 ss. L'autore considera inesistente anche altro provvedimento non decisorio, l'ordinanza di cui all'art. 700 emessa senza la ricorrenza del presupposto dell'urgenza. Diverso il ragionamento compiuto da G. TARZIA, *Profili*, cit., 156 ss. Come visto a nota 10 del capitolo precedente e come vedremo in maniera più approfondita nel prossimo capitolo, l'autore arriva ad analoga soluzione sul presupposto non che il provvedimento sia inesistente, ma semplicemente nullo, tuttavia non impugnabile in altri modi che con *querela nullitatis*.

capito precedente<sup>5</sup>, il vizio è sanabile se il provvedimento non è impugnato nei termini.

Quanto affermato consente di inquadrare correttamente un'ipotesi di abnormità – inesistenza enunciata dalla Sezione lavoro della Cassazione negli anni '90<sup>6</sup>. Quest'ultima ha dichiarato provvedimento abnorme l'ordinanza emessa nel procedimento per la liquidazione di onorari (secondo il rito speciale della legge 13 giugno 1942 n. 794, art. 28-30<sup>7</sup>) dal pretore dirigente della Sezione lavoro, in un caso in cui era

<sup>5</sup> Cap. V, §§ 2 e 3.

<sup>6</sup> Cass., Sez. lav., 12 settembre 1995, n. 9628, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1636. In proposito va considerata anche la giurisprudenza più risalente della Cassazione, Cass., 25 gennaio 1949, n. 96, in *Giur. it.*, 1949, I, 285 ss., secondo la quale le ordinanze emanate a termini degli artt. 29 e 30 della l. n. 794/1942 sulla liquidazione di onorari di avvocato e procuratore e spese non sarebbero soggette ad appello, bensì sarebbero immediatamente impugnabili col ricorso per cassazione, sia che abbiano deciso sul *quantum* che sull'*an* o su questioni pregiudiziali, cioè sulla competenza e sulla ritualità della domanda e dell'opposizione; di diverso avviso Cass., 12 aprile 1957, n. 1261 secondo la quale nel procedimento speciale di cui alla l. n. 794/1941 avrebbero potuto essere dibattute questioni sull'*an debeandum*, a meno che il preteso debitore non avesse contestato il presupposto di legittimità del procedimento stesso, cioè la qualità di cliente dell'avvocato o procuratore o la sussistenza delle condizioni per cui potesse essere tenuto al pagamento dei compensi; Cass., 17 gennaio 1963, n. 42, in *Giust. civ. Mass.*, 1963, 20, secondo la quale la controversia in materia di compenso dovuto all'avvocato, procuratore, qualora avesse investito l'esistenza stessa del rapporto posto dal professionista alla base della pretesa di compenso fatta valere, avrebbe esulato dall'ambito di applicazione del provvedimento di cui all'art. 30 l. n. 794/1942 e quindi non sarebbe stato definibile con il particolare tipo di provvedimento indicato dalla norma stessa; in tali ipotesi il provvedimento emesso avrebbe avuto natura di sentenza e come tale sarebbe stato impugnabile. Tra le sentenze più recenti in questo senso, Cass., 21 aprile 2004, n.7652, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4, secondo la quale lo speciale procedimento previsto dagli artt. 29 e 30 della legge 794 del 1942 avrebbe trovato applicazione soltanto se la controversia avesse avuto ad oggetto la determinazione della misura del compenso e non si fosse estesa ad altri oggetti di accertamento e decisione, quali i presupposti stessi del diritto al compenso, i limiti del mandato, l'effettiva esecuzione della prestazione, la sussistenza di cause estintive o limitative della pretesa rinvenienti da altri rapporti o le pretese avanzate dal cliente nei confronti del professionista. In senso analogo la precedente Cass., 16 febbraio 1993, n. 1920, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 319.

<sup>7</sup> Le originarie disposizioni prevedevano: art. 28 - Forma dell'istanza di liquidazione degli onorari e dei diritti – «Per la liquidazione delle spese, degli onorari e dei diritti»

in contestazione l'esistenza stessa del rapporto professionale, in relazione al quale si chiedeva la liquidazione del compenso.

I motivi dell'abnormità-inesistenza venivano individuati: in primo luogo, nell'incompetenza del dirigente della sezione lavoro, perché la competenza del capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo sarebbe stata funzionale e inderogabile, con riferimento non solo all'ufficio, ma pure alla persona del titolare di questo; in secondo luogo, nella carenza dei presupposti necessari per accedere al procedimento speciale, ovvero la non contestazione dell'esistenza del rapporto professionale.

Va specificato che nella pronuncia suddetta il procedimento viene considerato di natura contenziosa<sup>8</sup>; ma le forme semplici fecero addi-

ti nei confronti del proprio cliente l'avvocato o il procuratore, dopo la decisione della causa o l'estinzione della procura, deve, se non intende seguire la procedura di cui all'art. 633 e seguenti del codice di procedura civile, proporre ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo»; art. 29 – procedimento di liquidazione. – «Il presidente del tribunale o della corte di appello ordina, con decreto in calce al ricorso, la comparizione degli interessati davanti al collegio in camera di consiglio, nei termini ridotti a norma dell'articolo 645, ultima parte, del codice di procedura civile. Il decreto è notificato a cura della parte istante. Non è obbligatorio il ministero difensore. Il collegio, sentite le parti, procura di conciliarle. Il processo verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. Si applica per le spese l'articolo 92, ultimo comma, del codice di procedura civile. Se una delle parti non compare o se la conciliazione non riesce, il collegio provvede alla liquidazione con ordinanza non impugnabile la quale costituisce titolo esecutivo anche per le spese del procedimento. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si osservano, in quanto applicabili, davanti al conciliatore e al pretore quando essi sono rispettivamente competenti a norma dell'articolo 28»; art. 30. – non impugnabilità dell'ordinanza che decide l'opposizione a decreto ingiuntivo. – «L'opposizione proposta a norma dell'articolo 645 del codice di procedura civile contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti agli avvocati e procuratori per prestazioni giudiziali è decisa dal tribunale e dalla corte di appello in camera di consiglio oppure dal conciliatore o dal pretore, con ordinanza non impugnabile la quale costituisce titolo esecutivo anche per le spese. Il procedimento è regolato dall'articolo precedente».

<sup>8</sup> I primi due autori a puntare sull'interpretazione letterale dell'art. 28, cit. ed in particolare della parola «liquidazione», ed a limitare l'oggetto del procedimento in tal senso, furono Virgilio Andrioli, subito seguito da Edoardo Garbagnati, vedi: V. ANDRIOLI, *Sugli artt. 28 e 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, in *Foro it.*, 1943, I, 293 ss.; E. GARBAGNATI, *Procedimento sommario di opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 197 ss. ed in particolare 201. Per

rittura dubitare una parte minoritaria della dottrina che il procedimento potesse essere classificato contenzioso, in virtù della considerazione che la mera applicazione delle tariffe desse luogo piuttosto ad esercizio di volontaria giurisdizione<sup>9</sup>.

Partendo dal presupposto che il provvedimento sia contenzioso e limitato alla sola liquidazione degli onorari, il ragionamento della Corte non convince. Infatti, in quest'ottica, il provvedimento sembra essere affetto da due vizi che lo conducono nel raggio di azione della nullità in generale. Il primo vizio inerente alla pronuncia da parte di un organo differente da quello designato dalla legge all'interno dell'ufficio giudiziario competente, si può riportare sotto la disciplina dell'art. 158

approfondimenti, si rinvia anche a A. PROTO PISANI, *Controllo sull'esercizio della giurisdizione e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 1987, V, 234 ss.; L. MONTESANO, «Dovuto processo» *processo su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, cit., 1989, 915 ss.; A. CANTAFIO, *Procedimento ex art. 28 ss., l. 13 giugno 1942, n. 794 e dovuto processo legale sui diritti*, in L. Lanfranchi (cur.), *Giusto processo civile e procedimenti sommari decisori*, cit., 55 ss.

<sup>9</sup> Vedi in proposito: V. ANDRIOLI, *Sugli artt. 28 e 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, cit., 295: «la non impugnabilità del provvedimento conclusivo e, ancor prima, l'assenza assoluta di mezzi istruttori chiariscono che la sommarietà della cognizione (un vero e proprio giudizio per direttissima), se può ben stare alla base di una controversia, nella quale, per esaurirsi essa nel controllo della corrispondenza delle voci della tabella alle prestazioni professionali, il magistrato espleta opera di ragioniere più che di giudice, darebbe luogo ad un vero e proprio assurdo [...] se fosse posta a base di altra controversia, nella quale, con apparato più o meno lussuoso di mezzi istruttori, fosse dedotto in contestazione lo stesso rapporto fra il professionista e il cliente». A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 612 s., considera tale provvedimento non equiparabile alla sentenza emessa al termine di un procedimento a cognizione piena, soprattutto per le modalità di svolgimento del procedimento, privo delle garanzie del dovuto processo ai diritti; perciò, a sua opinione il provvedimento non sarebbe stato ricorribile in cassazione *ex art. 111 Cost.* e non sarebbe stato idoneo al passaggio in giudicato. In seguito della stessa idea anche: L. LANFRANCHI, voce *Procedimenti decisori sommari*, cit., 215 ss.; A. CARRATTA, *I procedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1049 ss. Non così E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit., 387 s., che pur limitato alla liquidazione degli onorari considera il provvedimento conclusivo di carattere decisorio e sottoposto a ricorso straordinario in cassazione.

c.p.c.<sup>10</sup>, più che a una questione di competenza, che comunque non darebbe luogo a inesistenza; il secondo vizio, relativo all'adozione di un procedimento sommario-decisorio al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge, comporta la mancanza di un presupposto non formale che rende illegittima la procedura seguita e eventualmente nullo il provvedimento adottato, non certo anormale<sup>11</sup>.

Questa disputa non ha più ragion di essere nell'attuale assetto della legislazione vigente in materia di procedimento per la liquidazione degli onorari degli avvocati, disciplinato dagli artt. 3 e 14 d.lgs. n. 150/2011.

Ad oggi, la posizione della giurisprudenza di Cassazione<sup>12</sup>, nonostante le incertezze iniziali<sup>13</sup>, è che dopo l'introduzione del nuovo rito

<sup>10</sup> Si rinvia in proposito alla trattazione di C. BESSO, *Della nullità degli atti*, cit., 736 ss.

<sup>11</sup> Così, G. TARZIA, *Profili*, cit., 156 ss. in ordine al vizio derivante dalla mancanza di presupposti per accedere alla cognizione decisoria sommaria.

<sup>12</sup> Cass, Sez. un., 23 febbraio 2018 n. 4485, in *Giur. it.*, 2018, I, 1621 ss., con nota critica di A. CARRATTA, *Il rito sugli onorari dell'avvocato e un revirement delle Sezioni unite che non convince*. In proposito vedi anche il commento di A. MINISSALE, *La tutela del credito professionale dell'avvocato: la decisione delle Sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 723 ss. così in precedenza anche Cass., 29 febbraio 2016 n. 4002, in *Giur. it.*, 2017, 367 ss., con nota critica di G. PARISI, *Liquidazione del compenso degli avvocati e procedimento sommario di cognizione*. Da ultimo nello stesso senso Cass., 24 aprile 2023, n. 10864.

<sup>13</sup> La posizione iniziale della Corte di cassazione si conformava a quella della giurisprudenza e dottrina precedente alla riforma che limitava l'applicazione del rito speciale all'oggetto della liquidazione degli onorari, strettamente inteso, così: Cass., 5 ottobre 2015, n. 19873, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Id., 14 giugno 2016, n. 12248, in *IUS.processocivile*, 2016; Id., 24 giugno 2016, n. 13175, in *Diritto e giustizia.*, 2016. In questo stesso senso la Corte costituzionale, Corte cost., 1° aprile 2014, n. 65, in *Giur. cost.*, 2014, II, 1407 ss., secondo la quale: «La non convertibilità del rito sommario prevista dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 150 del 2011 non viola i principi della legge delega, ma discende dalla espressa prescrizione impartita da quest'ultima (art. 54, comma 4, lett. b, n. 2, l. n. 69 del 2009, che – nel ricondurre al modello del procedimento sommario quei procedimenti nei quali sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa – afferma che resta “esclusa per tali procedimenti la possibilità di conversione nel rito ordinario”) e corrisponde altresì alla inammissibilità del procedimento speciale previsto dalla l. n. 794 del 1942 nel caso in cui il “*thema decidendum*” si estenda a questioni che esulano dalla mera determinazione del compenso».

sommario non sia più un'alternativa praticabile la via del processo a cognizione piena per la tutela del proprio credito professionale, vista la generale esigenza di semplificazione. L'esclusione della possibilità di ricorrere al processo ordinario avrebbe come immediata conseguenza l'ampiamiento del possibile oggetto del procedimento di cui all'art. 14 d.lgs. n. 150/2011, che si estenderebbe fino a comprendere l'*an* del diritto<sup>14</sup>. Non rientrerebbero nel raggio di applicazione di tale disciplina i

<sup>14</sup> La decisione delle Sezioni unite n. 4485/2018 contraddice il testo dell'art. 54, comma 4, lett. a) della legge delega n. 69/2009 che prevedeva come indicazione al legislatore delegato immutabilità dei criteri di competenza, dei criteri di composizione dell'organo giudicante previsti dalla legislazione vigente, nonché le indicazioni della Relazione illustrativa, secondo le quali si sarebbe dovuto continuare a circoscrivere l'oggetto del giudizio alla determinazione degli onorari, vedi *Schema di D. Lgs. - Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69 - Relazione*, in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_2\\_1.page?contentId=SAN645772&previousPage=mg\\_1\\_2\\_1](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN645772&previousPage=mg_1_2_1), all'art. 14, secondo *cpv*.

Le Sezioni unite n. 4485/2018 hanno usato un *escamotage* per aggirare la supposta violazione dell'art. 54, co. 4, lett. b), legge n. 69/2009: l'eliminazione di un rito, quello ordinario, non comporterebbe la soppressione di uno dei criteri di competenza previsti nel sistema precedente perché, in alternativa al procedimento speciale, rimarrebbe alla parte la possibilità di agire con ricorso per decreto ingiuntivo, applicando i criteri di competenza dell'art. 637 c.p.c., che a sua volta fa riferimento ai criteri di competenza per proporre la domanda in via ordinaria. Inoltre, secondo la Suprema Corte, indicazioni contrarie non potrebbero essere tratte dalla Relazione illustrativa, che, al massimo, potrebbe aiutare nell'interpretazione delle disposizioni, non sostituirsi ad esse. Piuttosto, viene evindenziato un dato letterale, che darebbe conferma della sua interpretazione. Precisamente, l'art. 14, comma 1 d.lgs. n. 150/2011 dispone che la regolamentazione con il rito speciale indicato concerne «le controversie previste dalla l. 13 giugno 1942, art. 28 e l'opposizione proposta a norma dell'art. 645 c.p.c., contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali». La Corte osserva come la formulazione della norma omissiva di qualsiasi riferimento alla "liquidazione" sarebbe significativa della *voluntas* legislativa sfavorevole all'approccio ermeneutico valorizzante proprio il concetto di "liquidazione", seppur la stessa Corte è costretta a notare come la rubrica dell'art. 14 stesso sia titolata "Delle controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato". Insomma, il testo della norma svilirebbe la lettera del suo stesso titolo.

Per quel che concerne la questione della competenza, G. BALENA, *Ancora sul procedimento di liquidazione degli onorari di avvocato (dopo l'auspicato intervento delle Sezioni unite)*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 639 ss., in particolare 645, ha negato che la

compensi per attività stragiudiziale<sup>15</sup>, oltre alle domande riconvenzionali aventi un oggetto differente dalla materia la quale si applica il rito speciale, nonché i compensi per prestazioni giudiziali davanti ad un giudice penale o amministrativo.

Infine, ai sensi del nuovo art. 28 l. n. 794/1942 e dell'art. 14, comma secondo, ad essere competente non è più il capo dell'ufficio giudi-

tesi dell'inderogabilità del criterio di competenza fissato dall'art. 28, ormai abrogato, possa essere valida in assoluto; in primo luogo, questa regola sarebbe parzialmente derogata quando gli onorari oggetto della domanda riguardino più gradi dello stesso giudizio: in tal caso, la giurisprudenza ammette il cumulo delle domande innanzi al giudice adito per ultimo, vedi la successiva Cass., Sez. un., 19 febbraio 2020, n. 4247, in *Giustizia*, 19 febbraio 2021, con nota di L. DI COLA, *La competenza a conoscere della liquidazione dei compensi dell'avvocato maturati in più gradi di giudizio*.

Sulla questione della limitazione del rito sommario alla sola determinazione degli onorari la dottrina appare divisa, tra i favorevoli: R. TISCINI, *Commento all'art. 14*, in B. Sassani, R. Tiscini (cur.), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011, 133 ss.; A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, cit., 60 ss.; A.M. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 642; M. ABBA-MONTE, *Commento all'art. 14*, in R. Martino, A. Panzarola (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, cit., 192 ss.; R. VACCARELLA, *Riti utilizzabili per richiedere giudizialmente la liquidazione del compenso all'avvocato, parere pro veritate richiesto dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma*, in *Judicium*, 2017. *Contra*: G. BALENA, *Commento all'art. 14*, in C. Consolo (cur.), *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, Milano, 2012, 191; ID., *Il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato: istruzioni per il non uso*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 1 ss.; G. DELUCA, *Sul procedimento per la liquidazione degli onorari agli avvocati*, *ivi*, 2013, 128 ss.; C. CEA, *Il nuovo procedimento per la liquidazione dei compensi dell'avvocato al vaglio della Suprema Corte*, in *Foro it.*, 2016, I, 1722 ss.; A. BRIGUGLIO, *Riti utilizzabili per richiedere giudizialmente la liquidazione del compenso all'avvocato, parere pro veritate richiesto dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma*, in *Judicium*, 2017; M. A. LUPOI, *Processo sommario di cognizione: il "rito" e il "modello"*, cit., 348 ss.; R. METAFORA, *Il procedimento per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, Napoli, 2020, 163 ss.

<sup>15</sup> Cass., 14 febbraio 2022, n. 4665, secondo la quale in tema di compensi dovuti dal cliente al proprio difensore per attività stragiudiziale non correlata ad attività giudiziale, il provvedimento di liquidazione è adottato con le forme del rito sommario ex art. 702 bis ss. c.p.c., e non già ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, con la conseguenza che lo stesso sarà appellabile e non ricorribile in Cassazione. Il riferimento al rito sommario è da intendersi dopo la riforma Cartabia come riferimento al rito semplificato.

ziario, ma l'ufficio giudiziario *tout court*, con l'ulteriore specificazione che il tribunale opera in composizione monocratica a seguito dell'ultima riforma della normativa<sup>16</sup>.

Veniamo alla seconda esclusione dalle categorie dell'abnormità e dell'inesistenza. Essa riguarda il caso in cui il provvedimento sia stato emesso da un giudice monocratico in luogo che dal giudice collegiale: una certa discordia vi era intorno alla gravità del vizio delle ordinanze

<sup>16</sup> Il legislatore delegato del 2011 ha modificato in alcuni punti il testo dell'art. 28 legge n. 794/1942: «deve proporre» è stato sostituito da «procede» ed «il ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito per il merito» è stato sostituito con il riferimento all'art. 14 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. Da questa disposizione in combinato disposto con l'art. 3 del medesimo testo normativo, risultava che il procedimento da seguire fosse quello sommario di cui agli art. 702 c.p.c. ss., salvo alcune particolarità: non c'era la possibilità di dichiarare l'inammissibilità della domanda nonché della conversione del rito in procedimento ordinario; la competenza è stata affidata all'ufficio giudiziario di merito adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera; il tribunale decideva in composizione collegiale; le parti potevano stare in giudizio personalmente; l'ordinanza che definiva il giudizio non era appellabile.

Quest'ultimo testo legislativo ha avuto dei ritocchi a seguito della riforma operata dal d.lgs. n. 149/2022, che ha sostituito i riferimenti al rito sommario di cognizione con i riferimenti al nuovo rito sommario semplificato. Dall'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 3 del d.lgs. n. 150/2011, si trae la disciplina del procedimento: ai sensi del comma 1, art. 14 le controversie previste dall'articolo 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794, e l'opposizione proposta a norma dell'articolo 645 c.p.c. contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali sono regolate dal rito semplificato di cognizione, ove non diversamente disposto dalla norma; in virtù dell'art. 3 è escluso il passaggio al rito ordinario in applicazione del primo comma dell'art. 281 duodecies; la regola sulla competenza è rimasta invariata, ma non la composizione dell'organo, che ora è il tribunale monocratico; le parti possono stare in giudizio personalmente; infine, la sentenza che definisce il giudizio non è appellabile.

La Cassazione riteneva l'ordinanza non appellabile conclusiva del procedimento semplificato, come disciplinato dagli artt. 3 e 14 d.lgs. n. 150/2011 prima dell'ultima riforma, impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione, così *ex multis* Cass., 23 giugno 2021, n. 18004, coerentemente con la giurisprudenza storica. Analoghi principi vanno applicati alla nuova forma di provvedimento, una sentenza non appellabile, ma comunque ricorribile in Cassazione in virtù del disposto dell'art. 111, comma 7 Cost. Sull'impugnazione del provvedimento emesso al di fuori delle condizioni di legge torneremo nel prossimo capitolo, al § 3.

decisorie emesse in un giudizio di competenza del collegio da parte del giudice istruttore.

Un procedimento che ha costituito la cartina di tornasole dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto è stato il giudizio di divisione.

Si deve partire dal presupposto che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie non classificano come decisorie le ordinanze e il decreto emessi in assenza di contestazioni nel corso del giudizio di divisione<sup>17</sup>. Prima dell'attribuzione del giudizio di divisione alla competenza del tribunale monocratico, è stata classificata ora abnormemente decisoria, ora anomala, l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione al di fuori delle condizioni di legge<sup>18</sup>.

Intervenendo per sanare un conflitto insorto intono alle modalità di impugnazione del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 789, senza la citazione dei contumaci per l'udienza di discussione, le Sezioni unite<sup>19</sup> escludevano che fosse provvedimento decisivo l'ordinanza, pur irregolare, assunta in assenza di espresse contestazioni in ordine alla mancata citazione del contumace; mentre consideravano decisivo il provvedimento con il quale il giudice istruttore decideva in ordine ad un'esplicita contestazione di parte. Per quel che interessa, in un *obiter dictum* le Sezioni unite rilevavano che il concetto di abnormità è diverso dal concetto di decisorietà e il difetto dei presupposti richiesti per l'emanazione dell'ordinanza, anche se dedotto dalle parti mediante contestazioni, si risolverebbe in un semplice vizio processuale, nell'ipotesi costituito dalla violazione dei precetti che impongono al giudice istruttore di rimettere la causa al collegio ai sensi dell'art. 187 c.p.c.; di disporre l'integrazione del contraddittorio e di citare la parte dell'udienza di discussione del progetto; insomma, il provvedimento non si porrebbe in contrasto insanabile con i principi generali dell'or-

<sup>17</sup> Si rinvia per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali a L. DI COLA, *L'oggetto*, cit., 338 ss.

<sup>18</sup> Nel primo senso Cass., 4 maggio 1982, n. 2737, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1514; nel secondo senso Cass. 14 giugno 1990, n. 5824, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 6; Id. 7 maggio 1991, n. 5014, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 5; Id. 3 settembre 1993, n. 9305, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1361.

<sup>19</sup> Cass., Sez. un., 1° marzo 1995, n. 2317, cit., 1742.

dinamento e quindi non vi sarebbe la condizione perché si possa ravvisare l'abnormità.

In una successiva pronuncia la Cassazione<sup>20</sup> ha considerato affetta da abnormità funzionale l'ordinanza emessa in presenza di contestazioni dal giudice istruttore, privo di potere decisorio a fronte della competenza del collegio; mentre anomala l'ordinanza emessa dal giudice monocratico in presenza di contestazioni, dopo la riforma del 1998, perché il giudice munito di potere decisorio avrebbe irritualmente pronunciato un provvedimento con sostanza di sentenza, impugnabile perciò con appello.

Le Sezioni unite che seguono due anni dopo<sup>21</sup> vanno anche oltre: si ipotizza che anche in epoca antecedente all'entrata in vigore dell'istituto del giudice unico di tribunale, il mezzo attraverso il quale impugnare l'ordinanza emessa in presenza di contestazioni dal giudice istruttore avrebbe dovuto essere l'appello in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, dando rilievo esclusivo alla sostanza del provvedimento e svilendo del tutto non solo ogni problematica sulla forma, ma soprattutto ogni questione sul presunto difetto di potere del giudice istruttore che vada anche incidentalmente a decidere la casua.

Un caso analogo si verificava nel contesto dell'insinuazione tardiva allo stato passivo, così come era disciplinata dall'art. 101 della legge fall. prima della riforma ad opera del d.lgs. n. 5/2006<sup>22</sup>. Tale disposizione al terzo comma prevedeva che i creditori che avessero chiesto di insinuarsi allo stato passivo e il curatore dovessero comparire in udienza davanti al giudice delegato. In tale udienza potevano accadere due eventualità: se il curatore non contestava l'ammissione del nuovo credito e il giudice lo riteneva fondato, esso veniva ammesso con decreto; altrimenti, il giudice doveva provvedere ad istruire la causa a norma degli artt. 175 ss. c.p.c. (art. 101). Contro il decreto del giudice delegato era data opposizione da parte dei creditori non ammessi o ammessi in parte, impugnazione nei confronti dei creditori la cui domanda è

<sup>20</sup> Cass., 22 febbraio 2010, n. 4245, in *Giur. it.*, 2010, 2595.

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16727, cit.

<sup>22</sup> Sulla quale vedi C. CELORIA, P. PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, Milano, Messina, 1960, vol. I, 639 ss.

stata accolta ovvero revocazione, una sorta di impungazione straordinaria (art. 98 legge fall. vigente fino al 17 luglio 2006).

Come anomalo-abnorme veniva configurato il decreto emesso dal giudice delegato nonostante le contestazioni del curatore ovvero decidendo sulle contestazioni del curatore.

All'inizio degli anni 2000 intervenivano le Sezioni unite<sup>23</sup> a sanare un conflitto giurisprudenziale sulla natura e gravità del vizio di un simile provvedimento e sul rimedio avverso di esso.

Da una parte vi era tesi che tale provvedimento, esorbitando dai poteri del giudice delegato, dovesse considerarsi un atto giuridicamente inesistente per carenza assoluta di potere ad emetterlo e in quanto tale non fosse idoneo a produrre gli effetti del giudicato sostanziale; per queste sue caratteristiche esso avrebbe potuto essere rimosso solo con la proposizione di un'azione di nullità (*querela nullitatis*), esercitabile senza limiti di tempo<sup>24</sup>. Dall'altra, vi erano le posizioni giurisprudenziali che pur definendo il provvedimento abnorme, lo consideravano annullabile, non inesistente. In tal senso una prima la posizione giurisprudenziale che riteneva tale provvedimento irritualmente emesso fosse una sentenza in senso sostanziale, la cui forma lo sottraeva ai mezzi di impugnazione propri delle sentenze, e perciò fosse impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione<sup>25</sup>. Una seconda tesi costituiva una variante di quest'ultima, perché partiva da analogo presupposto, la natura decisoria e definitiva del provvedimento, tuttavia, concludeva che il decreto adottato al posto della sentenza del collegio

<sup>23</sup> Cass., Sez. un., 4 luglio 2002, n. 9692, in *Fall.*, 2003, 179, con nota di M.R. CULTRERA, *Natura del decreto del g.d. in sede di insinuazione tardiva*; *ivi*, 272 ss., con nota di M. MONTANARI, *Le attese tradite: Sezioni unite e regime di impugnazione dei provvedimenti extra ordinem del giudice delegato sulle dichiarazioni tardive di credito*; in *Corr. giur.*, 2002, 1282, con nota di A. DIDONE *Le Sezioni unite, l'impugnabilità del decreto e la violazione della riserva di collegialità ex art. 50 bis codice di procedura civile*.

<sup>24</sup> Cass. 20 novembre 1996, n. 10153, in *Fall.*, 1997, 291, con nota di A. DIDONE, *Impugnazione tardiva ed impugnazione in cassazione del decreto del giudice delegato*.

<sup>25</sup> Cass., 19 novembre 1997, n. 11497, in *Fall.*, 1998, 1141.

fosse impugnabile come questa con appello, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma<sup>26</sup>.

Le Sezioni unite sposano la posizione più estrema, quella dell'inesistenza del provvedimento<sup>27</sup>.

Di recente, tuttavia, in linea con l'evoluzione legislativa, la Cassazione<sup>28</sup> ha convenuto sul fatto che in base alle norme previgenti al d.lgs. n. 5 del 2006, ove sulla domanda tardiva di ammissione al passivo fallimentare del credito contestato si pronunciasse il giudice delegato con decreto, anziché il collegio con sentenza, il vizio che affligge la decisione, che attiene alla composizione dell'organo decidente ai sensi dell'art. 50 quater c.p.c., determini la nullità del provvedimento da far valere con lo specifico mezzo di impugnazione; quest'ultimo sarebbe l'appello in ossequio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, poiché il detto decreto assumerebbe il contenuto e produrrebbe gli effetti propri della sentenza prevista dalla disciplina all'epoca in vigore.

Veniamo ora alle posizioni della dottrina sull'argomento.

Montesano<sup>29</sup> ha classificato il provvedimento emesso dal giudice istruttore su questione riservata al collegio come provvedimento adottato da un organo privo di potere e perciò inesistente. Questa posizione risente dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi nella vigenza del codice precedente e del codice per gli Stati Sardi, che consideravano affetti da eccesso di potere i provvedimenti collegiali con sostanza di sentenza emessi dall'organo monocratico<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Cass., 18 giugno 1997, n. 5459, in *Riv. dir. fall.*, 1998, II, 317, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Quale è il rimedio avverso il provvedimento abnorme del giudice delegato nel procedimento di insinuazione tardiva allo stato passivo?*

<sup>27</sup> Nello stesso senso Cass., 8 febbraio 2008, n. 3013, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 186.

<sup>28</sup> Cass., 9 dicembre 2021, n. 39124; Id., 28 gennaio 2022, n. 2685, in *Diritto e giustizia*, 31 gennaio 2022, con nota di E.M.P. RUGGERI, *L'individuazione del corretto mezzo di impugnazione: si applica il principio della prevalenza della sostanza sulla forma*, la quale nell'escludere che tale vizio possa configurarsi quale caso di inesistenza, ha specificato che anche ove permanessero dubbi interpretativi in ordine all'art. 161 c.p.c., comma 2, la norma dovrebbe essere comunque intesa in termini restrittivi.

<sup>29</sup> Così, L. MONTESANO, *Rassegna di giurisprudenza*, cit., 280 ss.; ID., *Legge costituzionale, processo e responsabilità*, cit., 148 ss.

<sup>30</sup> Si rinvia al cap. II, § 2; cap. III, § 7.

Giunge, tuttavia, a diverse conclusioni chi<sup>31</sup> considera la ripartizione di mansioni tra i vari organi giurisdizionali una questione di funzioni, non di poteri. In questo caso l'eventuale travalicamento dei propri compiti da parte del giudice dovrebbe essere classificato come "difetto funzionale" o, come da altro autore sostenuto, un vizio relativo alla costituzione del giudice di cui all'art. 158 c.p.c.<sup>32</sup>: siamo in epoca anteriore all'introduzione dell'art. 50 quater. Secondo questa dottrina si tratterebbe di un vizio relativo non alla titolarità del potere ma al suo esercizio, che renderebbe nullo il provvedimento emesso dall'organo giudiziario irregolarmente costituito. Va sottolineato che l'esposta dottrina, dopo aver collocato il provvedimento pronunciato dal giudice istruttore o comunque monocratico anziché collegiale nell'area della nullità, fa dipendere la sua impugnazione dalla forma che esso in concreto assume.

In seguito Balena<sup>33</sup> osservava che a conferma del fatto che si trattasse di un caso nullità ci sarebbe stato il disposto dell'art. 274 bis, rubricato rapporti tra collegio e giudice istruttore in funzione di giudice unico, che al quarto comma prevedeva: «Alla nullità derivante dalla inosservanza delle disposizioni di legge relative alla composizione del tribunale giudicante si applicano gli articoli 158 e 161, primo comma». La norma fu introdotta dall'art. 31 della l. 26 novembre 1990, n. 353 e successivamente abrogata dall'art. 67 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51,

<sup>31</sup> V. DENTI, *In tema di provvedimenti giurisdizionali abnormi*, cit., 534 s.

<sup>32</sup> G. TARZIA, *Profili*, cit., 130 ss.; C. MANDRIOLI, *In tema di invalidazione*, cit., 573 s.

<sup>33</sup> G. BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, cit., 1548 ss., in nota a Cass., 10 ottobre 1997, n. 9849, secondo la quale il provvedimento, ex art. 789 c.p.c., con cui il giudice istruttore, su richiesta degli attori, con convenuti contumaci, dichiarava, per mancanza di contestazioni, esecutivo il progetto di divisione che prevedeva la ripartizione dell'asse ereditario in quote inferiori di quelle richieste con la domanda introduttiva, comportando l'esclusione di alcuni eredi (contumaci) dalla divisione, assumeva contenuto decisorio, essendo sostanzialmente idoneo ad incidere sui diritti soggettivi delle parti; stante il carattere della sua definitività, in carenza di specifico mezzo di impugnazione, sarebbe stato denunciabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, 2 comma, Cost.

Per approfondimenti sull'argomento da ultimo: F. AULETTA, *Regolamento di giurisdizione e di competenza. Composizione del tribunale*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2019, vol. I, 337 ss.

che, come è noto, ha soppresso il pretore e lo ha sostituito con la figura di giudice unico di tribunale.

La dottrina si è evoluta insieme alla disciplina sulla nullità relativa alla composizione dell'organo decidente. Esse sono trattate allo stato attuale dall'art. 50 quater c.p.c. come nullità sanabili in ultima analisi per effetto del passaggio in giudicato della sentenza, in applicazione dell'art. 161, comma 1. La decisione del giudice istruttore in una causa collegiale equivale ad una sentenza adottata da un giudice monocratico quando avrebbe dovuto essere una decisione collegiale. Il problema al massimo può essere la forma errata del provvedimento o eventuali carenze procedurali<sup>34</sup>; quindi, sul punto si rinvia al capitolo precedente in ordine alla natura e alle conseguenze del vizio e al prossimo capitolo per la determinazione del mezzo di impugnazione.

Infine, va preliminarmente escluso un ultimo caso dall'insieme dei provvedimenti abnormi: quella che veniva definita come l'ordinanza possessoria secca, emessa al termine della fase sommaria del giudizio possessorio senza che fosse fissata l'udienza di prosecuzione per il merito. L'ordinanza avrebbe assunto così carattere decisorio, mentre normalmente aveva carattere interinale<sup>35</sup>. Questa non può essere con-

<sup>34</sup> F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2021, 250, il quale mette in evidenza come quando il giudice istruttore decida al posto del collegio, a mancare sono anche gli adempimenti antecedenti alla decisione che sono causa di nullità convertibile in motivo di impugnazione.

<sup>35</sup> Prima della l. n. 52/2005, il procedimento possessorio secondo la ricostruzione fatta dalla Corte di cassazione si articolava in due fasi, vedi: Cass., Sez. un., 24 febbraio 1998, n. 1984, in *Foro it.*, 1998, I, 1054; in *Giust. civ.*, 1998, I, 631, con nota di R. VACCARELLA, *Per le Sezioni unite esiste (ed esisteva anche prima) il c.d. merito possessorio*; *ivi*, 2223 con nota di G. RAITI, *Le Sezioni unite «restaurano» il procedimento possessorio*; in *Giur. it.*, 1998, I, 1323 con nota di F.P. LUISO, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla tutela possessoria*; in *Corr. giur.*, 1998, 671 con nota di M. DE CRISTOFARO, *Il possessorio «restaurato»*.

Le Sezioni unite intervengono a sanare un conflitto relativo alla ricostruzione della struttura del giudizio possessorio. Infatti, a seguito della legge di riforma 26 novembre 1990, n. 353, vi era il dubbio se il procedimento possessorio avesse conservato la sua originaria struttura bifasica ovvero se essa fosse stata sostituita da una fase unica, che terminava con un'ordinanza, perché il secondo comma dell'art. 703 del codice di procedura civile, nella sua nuova formulazione («Il giudice provvede ai sensi degli art.

669-bis e seguenti»), aveva sostituito i commi due e tre, che regolavano il procedimento previsto per le domande di reintegrazione e di manutenzione, mediante il rinvio alle norme del procedimento di denuncia di nuova opera e di danno temuto. Tre sono state le tesi formulate intorno a questa normativa. Per una prima tesi il ricorso proposto a tutela del possesso introduceva, anche dopo l'entrata in vigore della legge riformatrice, sia la fase sommaria sia quella di merito; pertanto, il pretore al termine della prima fase avrebbe emanato un'ordinanza con la quale accoglieva o respingeva la richiesta dell'interdetto in via provvisoria e fissava un'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito che definiva con sentenza soggetta alle impugnazioni ordinarie. Una seconda tesi riconosceva parimenti che il procedimento fosse costituito da una fase sommaria e da un'altra di merito a cognizione ordinaria, ma, a differenza della prima, riteneva che esse si svolgessero in due processi autonomi e diversi, il secondo dei quali da instaurare nei termini perentori prescritti dall'art. 669 octies c.p.c. Secondo la terza ricostruzione, infine, il procedimento possessorio si chiudeva con un'ordinanza reclamabile alla quale non seguiva la fase di merito a cognizione ordinaria, perché dopo l'emaneazione della ordinanza sulla quale non si formava il giudicato, restavano da decidere eventualmente soltanto le questioni di natura petitoria, di qui il rinvio alle norme sulla denuncia di nuova opera e di danno temuto.

Le Sezioni unite aderirono alla prima tesi anche sulla base di una serie di considerazioni di carattere testuale, tra le quali riportiamo le più rilevanti.

In primo luogo, le azioni di reintegrazione (art. 1168 cc.c.) e di manutenzione (art. 1170 c.c.) prevederebbero una tutela che non potrebbe essere contenuta nei limiti ristretti del procedimento cautelare, ma dovrebbe essere attuata con un giudizio a cognizione piena da concludersi con un provvedimento suscettibile di passaggio in cosa giudicata.

In secondo luogo, partendo dal presupposto che la denuncia di nuova opera fosse una vera e propria domanda di manutenzione, dall'art. 1171, cpv si sarebbe evinto che il procedimento possessorio sarebbe stato costituito anche dalla fase a cognizione ordinaria, in quanto esso prevedeva che «l'autorità giudiziaria può permettere la continuazione dell'opera di cui si sia chiesta la sospensione, ordinando le opportune cautele per il risarcimento del danno che possa soffrirne il denunziante, se questi ottiene sentenza favorevole nonostante la continuazione permessa».

Inoltre, per la tesi del merito possessorio militava, secondo le Sezioni unite, il disposto degli artt. 704 e 705 c.p.c. riguardanti, rispettivamente, le domande di provvedimenti possessori nel corso del giudizio petitorio e il divieto per il convenuto nel giudizio possessorio di proporre causa petitoria. In particolare, il secondo comma dell'art. 704, prescrivendo che, durante la pendenza del giudizio petitorio, la parte vittima dello spoglio potesse domandare la reintegrazione del possesso al pretore, il quale, dopo avere emesso i provvedimenti temporanei indispensabili, rimetteva le parti davanti al giudice del petitorio, avrebbe presupposto che il procedimento possessorio fosse costituito anche dalla fase di cognizione ordinaria da svolgersi dinanzi al giudice del petitorio; infatti, nella norma si parlava di domanda, ma, soprattutto, non vi sarebbe stato

siderato un provvedimento abnorme: un'unica istanza mandava avanti entrambe le fasi che si svolgevano davanti al medesimo giudice e avevano il medesimo oggetto; piuttosto, c'era una crisi dei due momenti, con relativa perdita di attività processuale e l'acquisizione di sostanza di provvedimento decisorio dell'ordinanza che le chiudeva entrambe.

Vediamo i principali problemi relativi al regime impugnatorio del provvedimento.

Il primo luogo vi era il dubbio che l'ordinanza possessoria emessa al termine della fase sommaria fosse reclamabile; in secondo luogo, che lo fosse l'ordinanza emessa senza che venisse fissata la prosecuzione per il merito<sup>36</sup>.

Diverse le opinioni in proposito.

Nella giurisprudenza di merito<sup>37</sup> si propendeva per la reclamabilità dell'ordinanza possessoria, anche ove non fosse stata disposta la prose-

altro diverso motivo idoneo a giustificare la trasmissione degli atti a quest'ultimo, se la chiusura del procedimento si fosse verificata effettivamente al termine della fase sommaria. L'art. 705 si sarebbe riferito espressamente alla fase del merito possessorio giacché, nel porre il divieto di proposizione del giudizio petitorio per colui nei cui confronti fosse stata esercitata l'azione di reintegrazione o di manutenzione, parlava di convenuto nel "giudizio" e non nel procedimento possessorio e di "decisione" ed "esecuzione" della relativa lite con chiara allusione al processo cognitivo ordinario.

Se tali basi le Sezioni unite concludevano che il testo dell'art. 703 voluto con la novella 1990 fosse stato introdotto soltanto per l'identificazione delle disposizioni sostitutive dell'art. 689 c.p.c., non più vigente, al quale anteriormente essa rinviava. Questo diverso contenuto della norma rispetto a quello dell'art. 669 quaterdecies, avrebbe dimostrato che il richiamo da essa operato avrebbe avuto lo scopo più circoscritto di consentire l'estensione delle norme dei procedimenti cautelari a quelli possessori esclusivamente nei limiti consentiti dalle caratteristiche e dalla struttura di questi ultimi.

Per approfondimenti sull'istituto prima dell'ultima riforma: G. DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, *passim*; A. CARRATTA, *La tutela possessoria: profili sistematici ed evoluzione storica*, in *I procedimenti possessori*, diretto da A. Carratta, Bologna, 2015, 1 ss.

<sup>36</sup> Sul punto si rinvia per tutti gli approfondimenti e i riferimenti giurisprudenziali a L. DI COLA, *I rimedi esperibili avverso il provvedimento possessorio*, in *I procedimenti possessori*, diretto da A. Carratta, cit., 313 ss.

<sup>37</sup> Trib. dell'Aquila, 22 settembre 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 180 ss., con nota di G. Frus, *Nuovo procedimento possessorio: un caso di accoglimento di reclamo di dubbia ammissibilità*.

cuzione nel merito, ritenendo che potesse essere fissata l'udienza di merito in sede di reclamo.

Un autore<sup>38</sup> ha supposto l'applicazione dell'art. 289 c.p.c., quindi, la possibilità di presentare istanza per l'integrazione del provvedimento nella sua parte "istruttoria" con la fissazione dell'udienza successiva.

Un altro autore<sup>39</sup>, avendo in mente le classificazioni proprie della dottrina processualpenalistica, in particolare gli esempi della cosiddetta abnormità funzionale, ha considerato il provvedimento abnormemente decisorio, frutto di un eccesso di potere e impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione.

Dal canto suo la Cassazione ha distinto: l'ordinanza con la quale si chiudeva la fase sommaria sarebbe stata di per sé un provvedimento reclamabile; il provvedimento con il quale il giudice monocratico avesse respinto o accolto l'istanza a tutela del possesso senza rimettere le parti davanti a sé per la trattazione della causa di merito, sarebbe stata nella sostanza una sentenza, indipendentemente dalla definizione ad esso data dal giudice, contro la quale sarebbe stato esperibile il rimedio dell'appello<sup>40</sup>.

Di conseguenza, il tribunale al quale fosse stato fatto reclamo avverso l'ordinanza possessoria "secca", avrebbe dovuto dichiarare l'impu-

<sup>38</sup> F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 251 ss., che ha ritenuto l'art. 669 octies non incompatibile con la struttura bifasica del procedimento.

<sup>39</sup> M. ANNUNZIATA, *L'ordinanza "secca" in materia possessoria è provvedimento abnorme?*, in *Giur. it.*, 1998, II, 2254 ss.; ID., *L'ordinanza che chiude il procedimento possessorio è abnorme e ricorribile per cassazione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1998, 85 ss. ID., *Ancora sulla struttura del procedimento possessorio e sui mezzi di impugnazione (brevi note)*, in *Giur. it.*, 1999, II, 505 ss.

<sup>40</sup> Così, Cass., Sez. un., 24 febbraio 1998, n. 1984I, cit.; Id., 5 settembre 1998, n. 8838, in *Foro it.*, 1998, I, 3140, con nota di G. CIVININI; Id., Sez. un., 20 luglio 1999, n. 480, cit., con nota di S. CHIARLONI, *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali (in tema di forma dovuta e forma e forma effettiva dei provvedimenti possessori definitivi)*; Id., 6 novembre 2006, n. 23619; Id., 19 giugno 2007, n. 14281, in *Giust. civ. Mass.*, 2207, 6. In senso leggermente differente Cass., 28 ottobre 1994, n. 8896, in *Giur. it.*, 1995, 452 ss., secondo la quale le due fasi in cui si articolava il procedimento possessorio, quella sommaria e quella di trattazione del merito, non essendo legate da un nesso di successione necessaria, avrebbero potuto essere unificate con il conseguente carattere definitivo del provvedimento conclusivo, pertanto impugnabile con l'appello anche se emesso nella forma dell'ordinanza.

gnazione inammissibile. Tuttavia, quando il giudice del reclamo non avesse dichiarato il reclamo inammissibile, ma avesse esaminato e deciso nel merito la controversia possessoria, la pronuncia avrebbe avuto natura ed efficacia di sentenza di secondo grado, sottoposta a ricorso in cassazione ordinario, non straordinario, perché non si sarebbe trattato di un'ordinanza abnorme ricorribile per cassazione a norma dell'art. 111 della Costituzione<sup>41</sup>.

Per la verità, la soluzione della Cassazione è corretta, se si considera il provvedimento come frutto di un errore procedimentale, che non toglie al giudice il potere di provvedere né può togliere all'avente diritto la tutela più adeguata alla sua posizione giuridica sostanziale. Quache dubbio si potrebbe avere sulla qualificazione del reclamo come appello, se non altro per la mancata coincidenza tra il giudice del reclamo ed il giudice dell'appello, la mancata proposizione dell'appello ad un giudice superiore.

Abbiamo escluso in linea di principio dalla categoria dei provvedimenti abnormi quei provvedimenti che a nostro parere sono riconducibile ad errori procedimentali o, comunque, non formali, come il difetto di costituzione del giudice, trattate come vizi formali e quindi sanzionate entrambi con la nullità.

Di seguito, nel classificare i provvedimenti definiti abnormi, ci imatteremo in altri provvedimenti definiti erroneamente abnormi: questi falsi amici ci saranno unitili per meglio delineare le singole categorie, anche grazie al riferimento a questi primi paletti tracciati.

## 2. *Il provvedimento abnorme nel processo penale: genesi e attuale assetto della figura*

Il concetto di provvedimento abnorme venne elaborato da Aloisi<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Cass., Sez. un., 20 luglio 1999, n. 480, cit.; Id., 4 febbraio 2000, n. 1254, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 1, 55 con nota di P.L. NELA, *L'ordinanza possessoria «secca» innanzi alla Corte di cassazione*; Id., 12 novembre 2007, n. 23495, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11.

<sup>42</sup> U. ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 459 ss.; ID, voce *Le impugnazioni nel processo penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1938, vol. VI, 855 ss. Analogamente G. ESCOBEDO, *Atto inesistente e*

per superare il rigido sistema delle impugnazioni dell'epoca antecedente all'entrata in vigore della Costituzione (codice penale del 1930, codice "Rocco"), secondo il quale era la legge a stabilire i casi nei quali i provvedimenti del giudice fossero soggetti ad impugnazione e a determinare il mezzo con cui potessero essere impugnati. I provvedimenti che la legge non dichiarasse espressamente soggetti ad un determinato mezzo d'impugnazione erano inopugnabili, anche se connessi con provvedimenti impugnabili (art. 190, commi 1 e 2)<sup>43</sup>.

*amnistia*, in *La giustizia penale*, 1938, IV, 677 ss.; ID., *le sentenze suicide*, Milano, 1942, 433; G. GUARNERI, *I provvedimenti abnormi sono ricorribili per Cassazione?*, in *Scuola positiva*, 1943, II, 82 ss., secondo il quale essendo le impugnazioni un rimedio contro l'ingiustizia della sentenza, esse avrebbero dovuto essere consentite dall'ordinamento davanti ad un provvedimento illegittimo anche atipico, se ad esso importava veramente la giustizia; G. FOSCHINI, *La sentenza abnorme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 569 ss., secondo il quale se il provvedimento violava i limiti che gli erano assegnati, perdendo così le sue peculiari caratteristiche, distruggeva il presupposto in ragione del quale il limite all'impugnazione era stato posto, quindi veniva a porsi *ab norma* fuori dall'ambito di applicazione della norma di sbarramento; A. DE MARSICO, *Dommatica e politica del processo*, in *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, 1951, 98 s., faceva leva sul principio di disposizione dell'oggetto del processo in capo alle parti, della quale è espressione ogni mezzo di impugnazione, per concludere che il principio di tassatività non consentiva di escludere un'impugnazione, purché essa fosse legittimata dall'interesse, davanti a provvedimenti illegittimi che il legislatore non aveva potuto prevedere. Contrari a questa impostazione: C.U. DEL POZZO, *Legalità e giustizia (a proposito di impugnazione oggettiva)*, in *Scuola positiva*, 1939, II, 84 ss.; P. NUVOLONE, *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, in *Giur. it.*, 1946, II, 161 ss. in particolare 169 s., tale dottrina puntava sul principio di tassatività delle impugnazioni ricavabile dall'art. 190 c.p.p. per negare l'impugnazione delle sentenze con contenuto abnorme. Nello stesso senso Cass. pen., Sez. II, 11 marzo 1942, in *Annali di diritto e procedura penale*, II, 669 ss., secondo la cui opinione gli inconvenienti alla quale la giurisprudenza sul provvedimento abnorme avrebbe voluto ovviare, sarebbero stati meno gravi di quelli che si sarebbero avuti allo spandersi dei ricorsi, contro il quale vi sarebbe stata non la lettera, ma la *ratio* dell'art. 190, cioè quella di porre una remora al dilagare dei mezzi di impugnazione. Differente, G. SABATINI, *Amnistia, incompetenza, provvedimenti abnormi ed impugnazioni*, in *La giustizia penale*, 1947, III, 321 ss. in particolare 322, il quale ha ricondotto il provvedimento abnorme alla categoria della inesistenza, quindi, il provvedimento avrebbe potuto essere posto fuori dal sistema senza forzare la tassatività dei mezzi di impugnazione.

<sup>43</sup> Sul principio di tassatività dei mezzi di impugnazione vedi: G. SPANGHER, voce *Impugnazioni penali*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 1992, vol. VI, 217 ss. in

Il giurista intese creare una categoria di “invalidità” non prevista e imprevedibile, per consentire l’impugnazione di sentenze per contenuto non riconducibili ai rigidi schemi tratteggiati dal legislatore; provvedimenti fuori dal sistema, che però non potevano essere posti nel nulla per la circostanza di non essere assoggettabili a mezzi di impugnazione. Infatti, dopo l’abolizione dello strumento del ricorso nell’interesse della legge<sup>44</sup>, solo attraverso le impugnazioni di parte queste pronunce avrebbero potuto essere eliminate, ma tale via era dalla normativa stringente preclusa. L’*impasse* venne superato da Aloisi facendo leva proprio sull’imprevedibilità di tali provvedimenti, ai quali, quindi, non sarebbe stata applicabile la regola dell’art. 190, in quanto essi non sarebbero stati presi in considerazione dal legislatore all’epoca della sua formulazione. Per porre tali sentenze fuori dall’ordinamento, a sua opinione, si potevano applicare in via analogica le regole proprie dei mezzi di impugnazione, dato che non vi era altra strada.

Una delle prime pronunce della Corte di Cassazione<sup>45</sup>, presieduta dallo stesso Aloisi fu relativa ad una sentenza di proscioglimento per contravvenzione alla tassa di scambio, per inesistenza del reato, che

particolare 221; ID., voce *Impugnazioni: II) Diritto processuale penale, profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2002, vol. XVI; G. RANALDI, voce *Impugnazioni (in generale)*, in *Digesto discipline penali*, Torino, 2008, agg. IV, 444 ss.

<sup>44</sup> Si trattava di uno strumento esperibile dal procuratore generale presso la Corte di cassazione avverso provvedimenti, sentenza o ordinanza, pronunciati in grado di appello o in unico grado, quando fossero divenuti irrevocabili, purché non fosse stato proposto ricorso in cassazione. Con esso potevano essere denunciati *errores in procedendo* o in *judicando* allo scopo di annullare la pronuncia impugnata. Sull’istituto vedi: A.D. TOLOMEI, *Il ricorso nell’interesse della legge*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, I, 325 ss.

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. I, 30 marzo 1933, in *La giustizia penale*, 1933, II, 855. La prima sentenza fu Cass. pen., Sez. I, 20 marzo 1933, *ivi*, 1829, la quale ritenne appellabile la sentenza di amnistia che nel dichiarare estinto il reato affermava la colpevolezza dell’imputato senza applicare la pena. Cass. pen., 3 maggio 1954, in *Archivio Penale*, 1956, 120 definiva abnormi le sentenze che contengono nel dispositivo statuizioni che, pur essendo possibili nell’orbita del diritto obiettivo, tuttavia sono incompatibili con altre statuizioni del dispositivo medesimo. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a F. MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984, 19; A. BELLOCCHI, *L’atto abnorme nel processo penale*, Milano, 2012, 4 s.

prevedeva la contestuale condanna al pagamento della tassa evasa e delle spese processuali; il supremo Collegio ritenne la pronuncia appellabile. Il ragionamento che fece la Corte, in particolare Aloisi, fu quello dell'applicazione analogica della normativa delle impugnazioni prevista per una vera e propria sentenza di condanna ad una sentenza che conteneva un elemento negativo per l'imputato prosciolto.

In un secondo momento, l'Aloisi<sup>46</sup> ricorse agli stessi principi anche per le sentenze affette da un così grave vizio *in procedendo* da renderle manifestamente illegali e incompatibili con l'ordinamento giuridico: un atto gravemente eccentrico rispetto agli schemi predisposti dalla legge processuale penale<sup>47</sup>.

Il quadro mutò con l'entrata in vigore della Costituzione, in particolare dell'art. 111, comma 2<sup>48</sup>. La norma venne codificata dal legislatore all'art. 190, comma 2 dalla legge 517/1955, con l'aggiunta del seguente periodo: «Sono tuttavia sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle di rinvio a giudizio e quelle sulla competenza». Sulla base di questa disposizione si è ritenuto che l'abnormità fosse divenuto un autonomo motivo di ricorso in cassazione, in aggiunta ai motivi di cui all'art. 524 c.p.p., per le sentenze<sup>49</sup>; mentre, per i provvedimenti sulla libertà personale, non altrimenti impugnabili, questa disposizione fungeva da deroga al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Altro sviluppo che l'art. 111, comma 2 (oggi 7) portò nel sistema fu il progressivo allargamento del concetto di abnormità fino a compren-

<sup>46</sup> U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1952, vol. III, 44.

<sup>47</sup> A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 229.

<sup>48</sup> F. MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme*, cit., 38 ss.; A. BELLOCCI *L'atto abnorme*, cit., 7 ss.

<sup>49</sup> C.U. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, Padova, 1951, 419, constatava come la nuova norma avesse portato al superamento del principio di tassatività delle impugnazioni e consentito il ricorso in cassazione avverso le sentenze, solo per la forma che esse rivestono. Vedi anche C.U. DEL POZZO, *L'art. 111 della Costituzione e l'impugnabilità oggettiva della sentenza di esecuzione del decreto penale*, in *La giustizia penale*, 1952, III, 492 ss.; ID., *La disciplina delle impugnazioni del provvedimento abnorme nel nuovo ordinamento processuale*, *ivi*, 1958, III, 608 ss.

dere anche provvedimenti dalla forma differente da quella di sentenza, facendo proprio leva sul concetto di provvedimento decisorio e definitivo, sentenza in senso sostanziale, che la Corte di cassazione aveva tratto dalla norma costituzionale<sup>50</sup>.

Così, la giurisprudenza di Cassazione ammise la proposizione del ricorso in cassazione avverso provvedimenti che normalmente non lo erano, sul presupposto che fossero tali da arrecare alle parti un pregiudizio non altrimenti riparabile e fossero in qualche modo decisori. La Corte specificò come fossero da considerare provvedimenti sul merito ai fini dell'ammissibilità del ricorso in cassazione, quelli che pur non avendo risolto alcuna questione concernete la responsabilità dell'imputato, comunque, avessero esaurito il processo<sup>51</sup>.

Vi fu una fiorente giurisprudenza in relazione alle ordinanze dibattimentali. Data la loro natura ordinatoria questi provvedimenti avrebbero dovuto essere impugnabili ai sensi dell'art. 200 del codice del 1930 unitamente alle sentenze che concludevano le varie fasi; tuttavia, quando esse ostacolavano la progressione del processo ovvero ne determinavano la regressione, impedendone la naturale conclusione, assumevano un contenuto abnormemente definitivo; perciò, per superare lo stallo la giurisprudenza ricorse all'impugnazione immediata di questi provvedimenti con ricorso in cassazione, in deroga all'art. 200

<sup>50</sup> Con specifico riferimento al diritto processuale penale, vedi Cass. pen., Sez. un., 1° luglio 1950, in *La giustizia penale*, 1950, III, 449, secondo la quale non rientrerebbero nel disposto dell'art. 111, comma 2 Cost. le pronunce che non abbiano carattere definitivo, cioè altrimenti impugnabili, nonché quelle che si risolvano nel mero accertamento dei presupposti per la prosecuzione del processo. Sulle conseguenze derivanti dall'entrata in vigore dell'art. 111, comma 2, nell'ambito della dottrina processualpenalistica, vedi: E. BATTAGLINI, *La portata dell'art. 111, comma 2, della Costituzione*, in *Foro pad.*, 1948, IV, 121 ss.; ID., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione*, in *La giustizia penale*, 1950, III, 145 ss.; M. SEVERINO, *Il sistema delle impugnazioni penali dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione*, in *Foro it.*, 1952, IV, 40 ss.; D. SIRACUSANO, voce *Sentenza penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, vol. XVI, 1182 ss.; F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 358.

<sup>51</sup> Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 1956, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 85, presupposto in virtù del quale la Cassazione giudicò abnorme l'ordinanza con la quale il giudice d'appello, annullata la sentenza per nullità generale, aveva disposto la rinnovazione del dibattimento, invece di rimettere gli atti al giudice di primo grado.

c.p.p., perché quest'ultima norma non si sarebbe applicata a provvedimenti che si ponevano al di fuori del sistema<sup>52</sup>.

Nel codice di procedura penale (1988)<sup>53</sup>, succeduto al codice Rocco, si è continuato a mantenere fermo il principio della tassatività delle impugnazioni, seppur con l'integrazione del testo dell'art. 111, comma 2(7) Cost.

Anche se nelle "Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale", si è mostrata attenzione al fenomeno del provvedimento abnorme, il legislatore ha concluso per l'inutilità della sua inclusione nel sistema: «E' rimasta esclusa l'espressa previsione dell'impugnazione dei provvedimenti abnormi, attesa la rilevante difficoltà di una possibile tipizzazione e la necessità di lasciare sempre alla giurisprudenza di rilevarne l'esistenza e di fissarne le caratteristiche ai fini della impugnabilità. Se infatti, proprio per il principio di tassatività, dovrebbe essere esclusa ogni impugnazione non prevista, è vero pure che il generale rimedio del ricorso per cassazione consente comunque l'esperimento di un gravame atto a rimuovere un provvedimento non inquadrabile nel sistema processuale o adottato a fini diversi da quelli previsti dall'ordinamento»<sup>54</sup>. Insomma, quello del provvedimento abnorme deve rimanere un fenomeno atipico lasciato

<sup>52</sup> Così erano considerate le ordinanze con le quali il giudice disponesse la restituzione degli atti da parte del giudice del dibattimento al P.M. o al giudice istruttore fuori dai casi previsti dalla legge (Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 1969, in *La giustizia penale*, 1970, III, 315); o i provvedimenti che avessero erroneamente dichiarato una nullità ponendo fine all'istruttoria (Cass. pen., Sez. II, 20 agosto 1960, in *La giustizia penale*, III, 243); ovvero provvedimenti che avessero disposto la sospensione del processo al di fuori dei casi previsti dalla legge (Cass. pen., Sez. II, 16 novembre 1961, in *La giustizia penale*, 1963, III, 191. Per ulteriori riferimenti e per approfondimenti sulla ricca casistica dell'epoca si rinvia a: D. ZIGNANI, *Sulla nazione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2004, 245 ss., in particolare 252 ss.; A. BELLOCCI, *L'atto abnorme*, cit., 7 ss.

<sup>53</sup> Introdotto con il Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988 n. 447.

<sup>54</sup> *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale (1988)*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, 198.

all'elaborazione giurisprudenziale, limitato ai casi in cui non vi siano altri rimedi<sup>55</sup>.

Nota è la distinzione tra abnormità strutturale e funzionale<sup>56</sup>: la prima concerne il contenuto del provvedimento, caratterizzato da un elemento atipico, anche accompagnato da un elemento tipico, che rende il provvedimento contrario alla *ratio* della legge; la seconda riguarda il provvedimento frutto di un errore procedurale, tale da determinare una regressione o stasi del procedimento, ponendosi esso come ostacolo alla naturale progressione del processo, contro il quale non è dato rimedio.

Passiamo all'essenza del fenomeno descritto.

Vi è stato un tentativo<sup>57</sup> di trovare una base testuale al provvedimento abnorme nell'art. 539, n. 4 del codice abrogato, che nell'ambito della disciplina del giudizio in cassazione, prevedeva l'annullamento

<sup>55</sup> Oltre alla dottrina citata nelle note precedenti per ulteriori approfondimenti vedi: E.M. CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 299 ss.; ID., *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1240 ss.; G. IADECOLA, *Il sistema delle invalidità nel processo penale*, in *Giur. mer.*, 2000, 1317 ss.; G. SANTALUCIA, *Abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, *passim*; C. PAPAGNO, *Ancora incertezze sul giudizio di abnormità dell'atto processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1205 ss.; V. MAFFEO, *L'abnormità*, in A. Marandola (cur.), *Le invalidità processuali*, Milano, 2015, 232 ss.; P.P. PAULESU, *L'atto processuale penale. III) Patologia*, in Aa.Vv., *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2023, 321 s.

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. un., 10 dicembre 1997, n.17, in *Cass. pen.*, 1998, 1607 secondo la quale: «È affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite. L'abnormità dell'atto processuale può riguardare tanto il profilo strutturale, allorché l'atto, per la sua singolarità, si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, quanto il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo». Vedi anche: Cass. pen., Sez. un., 24 novembre 1999, n. 27, in *Cass. pen.* 2000, 1572; Id. 22 novembre 2000, n. 32, *ibidem*, 2988; Id., 11 luglio 2001, n. 34536, *ivi*, 2002, 933; Id., 29 maggio 2002, n. 28807, *ivi*, 2003, 2385; Id., 25 febbraio 2004, n. 24246, *ivi*, 2004, 3141.

<sup>57</sup> G. SABATINI, *Sentenze emesse in giudizio e ricorso per cassazione*, in *La giustizia penale*, 1951, III, 483 ss., in particolare 484 s.

senza rinvio del provvedimento non consentito dalla legge. Tali erano secondo questa dottrina i provvedimenti abnormi, da impugnare in cassazione in virtù del nuovo secondo comma dell'art. 190 c.p.p. del codice del 1930, come riformato dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Altra dottrina<sup>58</sup> ha messo in evidenza come questa disposizione andasse collegata con il n. 3 dello stesso articolo, dove si prevedeva la cassazione senza rinvio se il provvedimento impugnato contenesse disposizioni eccedenti i poteri della giurisdizione. Questa dottrina ha sottolineato come entrambe le disposizioni andassero ricondotte al motivo di ricorso previsto nell'art. 524, n. 2 c.p.c. del codice del 1930, corrispondente all'attuale art. 606 lett. a c.p.p. Ai sensi di tale disposizione è dato ricorso in cassazione quando il provvedimento è frutto di «esercizio da parte del giudice di una potestà riservata alla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri». In entrambi i casi si tratta di difetto o straripamento dal potere attribuito, perché il giudice esercita un potere riservato ad altri organi dello Stato, legislativi o amministrativi, o perché ha esercitato una potestà non consentita ai pubblici poteri<sup>59</sup>. Quindi, non sembra che si possa in questo caso parlare propriamente di provvedimento abnorme, perché si tratta dell'esercizio di un altro tipo di potere, non di quello giurisdizionale.

Alla fine, la categoria nell'ambito della quale la dottrina processualpenalistica ha collocato il provvedimento abnorme è quella dell'eccesso di potere costruita sulla falsariga dell'omonimo vizio nel diritto amministrativo<sup>60</sup>.

Il punto di partenza è l'inquadramento dell'attività che il giudice svolge nel corso del processo nell'ambito del concetto di "funzione"<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> F. MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme*, cit., 41 ss.

<sup>59</sup> U. ALOISI, *Eccesso di potere in materia penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 132 ss., il quale identifica con questi casi l'eccesso di potere.

<sup>60</sup> F. MENCARELLI, *op. cit.*, 72 ss.; G. SANTALUCIA, *L'abnormità*, cit., 138 ss.; A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme*, cit., 25 ss.

<sup>61</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, vol. XVIII, 301 ss.; G. MARONGIU, voce *Funzione: II) Funzione ammini-*

Per individuare tale nozione è necessario partire dall'ufficio o compito alla quale essa viene collegata: si è in presenza di un potere o una potestà attribuito per il raggiungimento di un fine obiettivo nell'interesse altrui o proprio e altrui. Il potere non si concreta immediatamente nell'atto coincidente con il raggiungimento del fine, ma per arrivare ad esso è necessario lo svolgimento di un'attività: in questo spazio temporale si colloca la funzione, come attività di un certo organo vertente su un certo oggetto, diretta al raggiungimento di uno scopo ad esso collegato. La forma della funzione è costituita dal procedimento. La funzionalizzazione di un'attività è volta a garantire il suo ordinato incedere, oltre che un controllo su di essa nel momento in cui viene perseguito un interesse pubblico o comunque anche altrui.

Riportando il concetto di funzione nel campo della giurisdizione è stato messo in evidenza come sia fondamentale per la sua corretta individuazione, non solo il riferimento allo scopo perseguito (funzione-compito), ma anche l'ufficio o organo al quale il potere e la relativa attività da svolgere viene attribuita (funzione-ufficio)<sup>62</sup>. I due aspetti appaiono inscindibilmente legati: l'organo, l'ufficio giudiziario deve essere organizzato in maniera tale da garantire la terzietà del giudice; l'attività posta in essere deve essere volta al mantenimento e all'attuazione dell'ordinamento; entrambe le prospettive si devono riflettere nel procedimento che accoglie la funzione giurisdizionale, il processo; quest'ultimo deve incedere regolarmente e svolgersi sulla base di principi di ordine pubblico, primo tra tutti il principio del contraddittorio, e con la fondamentale presenza delle parti. Le norme di organizzazione, intese come norme di strutturazione dell'organo giudice e norme per lo svolgimento del processo, costituirebbero l'ossatura della funzione, il tutto nell'ottica dello scopo connesso con il potere<sup>63</sup>.

Il processo garantirebbe la progressione logica della giurisdizione,

*strativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XIV; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 7 ss.

<sup>62</sup> F. GRISPINI, *Diritto processuale penale*, Roma, 1945, 48 ss., individua una tripla accezione di giurisdizione: 1) potere riconosciuto e garantito dal diritto oggettivo e, quindi, come un aspetto della potestà di imperio della sovranità dello Stato; 2) complesso di organi per mezzo dei quali lo Stato esercita tale potere (potere giudiziario); 3) attività che costituisce l'esercizio di tale potere.

<sup>63</sup> F. MENCARELLI, *op. cit.*, 206.

con una successione di atti costituenti l'uno il fondamento dell'altro; suddiviso in fasi, ciascuna con un duplice fine quello proprio e quello l'ultimo del processo complessivamente considerato. Il perno di questo meccanismo sarebbe l'imputazione di effetti dell'atto o fase precedente al successivo, che l'assorbirebbe e si porrebbe a sua volta come presupposto del seguente.

In questo quadro, il provvedimento abnorme si porrebbe come ostacolo alla progressione temporale perché sarebbe in contraddizione con la *ratio* che presiede all'ordine delle imputazioni medesime: gli effetti del provvedimento abnorme, insomma, sarebbero in contrasto con quelli della fase procedimentale alla quale si è arrivati e impedirebbero il passaggio alla fase successiva.

Questa dottrina sembrerebbe riferirsi al solo caso dell'abnormità funzionale; ma la nozione ricostruita comprende anche l'abnormità strutturale, se si pensa ad essa che si concreta in un provvedimento dal contenuto atipico e illegittimo, per il quale non vi sarebbe un rimedio tipico: questa situazione impedirebbe di passare alla fase successiva, fosse anche quella dell'impugnazione, e di completare il procedimento complessivamente considerato.

Con una nota sentenza resa a Sezioni unite del 2009<sup>64</sup>, la Cassazione penale ha ricondotto ad unità il fenomeno dell'abnormità, mettendone in evidenza le caratteristiche di atipicità e residualità rispetto ad altri rimedi. Secondo la Corte, la categoria dell'abnormità sarebbe stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come eccezione alla tassatività del regime delle impugnazioni ed in particolare dei motivi di ricorso in cassazione, per la necessità di approntare uno strumento che assicurasse il controllo sulla legalità del procedere della giurisdizione. Perciò, le Sezioni unite concludono che l'abnormità più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integri sempre e comunque

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, in *Foro it.*, 2010, II, 457, su di essa vedi: G. TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4554 ss.; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1054 ss.

uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. Questo fenomeno comprenderebbe in sé sia quello di atto dal contenuto atipico, sia quello di atto tipico, ma utilizzato al di fuori dell'area che ne individua la funzione e la stessa ragione di essere nell'iter procedimentale<sup>65</sup>.

In conclusione, si deve verificare se all'autorità giudiziaria possa riconoscersi l'attribuzione del potere di adottare un determinato provvedimento o meno: nel primo caso, i relativi, eventuali vizi saranno solo quelli previsti dalla legge, a prescindere dal fatto che da essi derivino effetti regressivi del processo; in caso contrario, difetterebbe l'attribuzione e con essa il legittimo esercizio della funzione giurisdizionale. In questo caso sarebbe riscontrabile l'abnormità e vi sarebbe l'esigenza di rimuovere il provvedimento con ricorso in cassazione.

È stato notato come l'atipicità dell'atto non sia di per sé sinonimo di abnormità: se l'atto è atipico può comunque inserirsi all'interno del procedimento contribuendo alla sua evoluzione e conclusione; si potrebbe trattare di un'attività che trova la sua giustificazione nei principi generali del sistema<sup>66</sup>. Bisognerebbe, quindi compiere questa ulteriore verifica, oltre a quella dell'atipicità del potere esercitato, per desumerne la sua illegittimità.

Se i confini tracciati dalla dottrina e giurisprudenza del fenomeno sembrano chiari, andando ad esaminare la casistica giurisprudenziale, si può constatare come spesso sia difficoltoso l'inquadramento del caso

<sup>65</sup> A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale tra teoria e dogmatica*, cit., 232 s., riporta sotto il concetto di abnormità strutturale due differenti casi: l'atto che non rientra tra gli atti tipici previsti dall'ordinamento processuale; l'atto che, pur rientrando astrattamente tra gli atti tipici previsti dall'ordinamento processuale, non rientra tra quelli previsti in un determinato segmento processuale. Riconduce, invece, al concetto di abnormità funzionale l'atto tipico previsti in un certo segmento processuale, determinato, però, da una valutazione errata dei presupposti giuridici o di fatto, che perciò comporta l'impossibilità di proseguire il procedimento in forma regolare. La seconda categoria di abnormità strutturale sembrerebbe rientrare nell'abnormità funzionale; va considerato, però, che dopotutto la Corte di cassazione riconosce in tutte e tre le ipotesi lo stesso rimedio.

<sup>66</sup> G. SANTALUCIA, *L'abnormità*, cit., 166; V. MAFFEO, *L'abnormità*, cit., 251 ss.

concreto per i distinguo che si fanno, muovendosi tra illegittimità tipica e atipica.

Andiamo ad esaminare una serie di pronunce significative per l'ulteriore precisazione della categoria.

In una sentenza risalente le Sezioni unite hanno escluso l'impugnabilità di un provvedimento "decisorio" del P.M., in quanto emesso da una parte processuale e non annoverabile nella categoria del provvedimento abnorme<sup>67</sup>; infatti, art. 568 c.p.p. indicherebbe come impugnabili soltanto gli atti del giudice, in particolare quelli aventi carattere giurisdizionale, mentre gli atti di parte assumerebbero rilievo solo se presi in considerazione nel provvedimento del giudice. Nella giurisprudenza successiva, tuttavia, sono stati individuati casi di provvedimenti del P.M. impugnabili come abnormi, a fronte della necessità di salvaguardare valori costituzionali. La Cassazione ha affermato che la categoria della abnormità è riferibile anche ai provvedimenti del P.M., atteso che l'ordinamento processuale riconosce espressamente l'impugnabilità dei provvedimenti di tale organo, come il decreto di sequestro probatorio *ex art. 257 c.p.p.* o il decreto di convalida del sequestro adottato in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria *ex art. 355 c.p.p.*, proprio perché atti incidenti su un diritto costituzionalmente garantito, quale il diritto di proprietà, e perché aventi effetti sostanzialmente parificati dal legislatore codicistico a quelli, di contenuto simile, emessi dal giudice<sup>68</sup>. Così, sono stati considerati abnormi provvedimenti in qualche modo decisori del P.M., che usurpa le funzioni di giudice<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cass. pen, Sez. un., 11 luglio 2001, n. 34536, in *Cass. pen.*, 2002, 933, in particolare si tratta di un decreto con il quale il P.M. ha disposto la trasmissione in archivio degli atti di un procedimento iscritto nel registro non contenente motivo di reato, a fronte dell'esistenza di una notizia *criminis*; la Corte ritiene esperibile la procedura di avocazione *ex art. 412 c.p.p.*

<sup>68</sup> Cass., pen., 20 dicembre 2012, n. 46250.

<sup>69</sup> Cass. pen., 25 febbraio 2003, n. 18079, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 612, ha stabilito che è abnorme, e come tale impugnabile con ricorso per cassazione, il provvedimento con cui il P.M. – richiesto, da parte della P.A., di disporre il dissequestro di un fabbricato abusivo al fine di procedere alla sua demolizione – disponga, fermo restando il sequestro, il ripristino dello stato dei luoghi, in quanto tale provvedimento non può essere disposto in pendenza del procedimento penale dall'autorità giudiziaria e, quindi, neppure dal P.M., trattandosi di una sanzione penale tipica che, ai sensi dell'art. 1 *sexies*, comma 2, l. n. 431 del 1985, può essere irrogata dal giudice penale

Uno dei settori in cui si è avuto modo di discutere di casi di abnormità è quello del sindacato del giudice per le indagini preliminari rispetto alla richiesta di archiviazione da parte del P.M. Incertezze vi sono state intorno alla distinzione tra il legittimo potere di controllo del giudice per le indagini preliminari e le vere e proprie invasioni dei poteri dell'accusa. In particolare, il problema si è posto in relazione ai numerosi spunti investigativi che posso trarsi dalla *notitia criminis*<sup>70</sup>; da essa il giudice per le indagini preliminari potrebbe dedurre sia una figura di reato diversa da quella per le quali una persona è stata sottoposta ad indagini, sia la configurazione di un reato nei confronti di persone non sottoposte ad indagini. Vero è che non è l'ipotesi di reato formulata dal P.M. a delimitare il potere di controllo del giudice, ma la notizia di reato, tuttavia, la sua attività di controllo non può spingersi fino a invadere il campo dell'organo di accusa. Perciò, la posizione della Suprema Corte è che in presenza di una richiesta di archiviazione, se il G.I.P. ritiene che le indagini debbano essere estese a persone non indagate e/o alla stessa persona, ma per reati diversi, egli debba disporre che si inizino secondo le regole, sulla base degli adempimenti previsti dall'art. 335 c.p.p.<sup>71</sup>. Al contrario, si è in presenza di un atto abnorme, in quanto esorbitante dai poteri del G.I.P., sia davanti all'ordine di imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia davanti all'ordine di imputazione coatta emesso nei confronti dell'indagato, per reati diversi da quelli per il quali il P.M. ha chiesto l'archiviazione<sup>72</sup>.

solo con la sentenza di condanna; Cass. pen., 23 dicembre 2009, n. 3601, ha stabilito che è abnorme il provvedimento con il quale il P.M. rigetta l'istanza di revoca del sequestro preventivo (già convalidato dal G.I.P.), in luogo di rimettere gli atti al G.I.P. con parere negativo; Per approfondimenti si rinvia a: D. SIRACUSANO, *Abnormità e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali del P.M.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 323 ss.; G. SANTALUCIA, *L'abnormità*, cit., 76 ss.; A. BELLOCCI, *L'atto abnorme*, cit., 69 ss.; V. MAFFEO, *L'abnormità*, cit., 257 ss.

<sup>70</sup> C. SANTORIELLO, *I poteri del G.I.P. in presenza di un'istanza di archiviazione relativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1388. ss.

<sup>71</sup> Cass. pen., Sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Cass. pen.*, 2005, 2860.

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 novembre 2013, n. 4319, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 988, con nota di C. PIEGALLINI; in *Cass. pen.*, 2015, 238, secondo le quali: «le disposizioni dell'art. 409 c.p.p., commi 4 e 5, concernenti i poteri di intervento del giudice delle indagini preliminari sull'esercizio dell'azione penale, devono formare oggetto di

Altro settore nell'ambito del quale si possono trovare pronunce sull'abnormità concernono i rapporti tra il giudice per l'udienza preliminare e il P.M.

Una prima questione sollevata davanti alle Sezioni unite penali ha riguardato l'abnormità o meno del provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio per la genericità o l'indeterminatezza dell'imputazione e disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero perché eserciti nuovamente l'azione penale<sup>73</sup>.

interpretazione estremamente rigorosa, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa... (pertanto) è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari, nella parte in cui, oltre a ordinare al pubblico ministero l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di una persona non sottoposta ad indagini, disponga nei confronti di quest'ultima la formulazione dell'imputazione coatta. È evidente, infatti, che siffatto provvedimento costituisce una indebita ingerenza del giudice nei poteri dell'organo inquirente, non solo di indagare, a tutto campo, nei confronti della persona non contemplata nella richiesta di archiviazione, ma soprattutto di adottare autonome determinazioni all'esito delle indagini espletate. L'ordine di imputazione coatta nei confronti di un soggetto non sottoposto ad indagini determina inoltre una lesione dei diritti di difesa dello stesso, non essendo la persona rimasta estranea alle indagini destinataria dell'avviso *ex art.* 409 c.p.p., comma 1, e non avendo partecipato all'udienza camerale, con la conseguente *discovery* delle risultanze delle indagini...». Sull'abnormità dell'ordine di imputazione di un reato diverso nei confronti di persona sottoposta alle indagini vedi: Cass. pen., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 40984, in *Diritto e giustizia*, 25 settembre 2018, con nota di S. GENTILE; in *Riv. pen.*, 2018, 1063, con nota di B. SCIARRA; in *Cass. pen.*, 2019, con nota di F. Varone; in *Foro it.*, II, 14, con nota di M.P. BACCARI; Id., 20 aprile 2021 n. 16779, in *Cass. pen.*, 2022, 2308; Id., 28 settembre 2021, n. 44926, 2022, 2305.

<sup>73</sup> Cass. pen., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 1363. Vedi anche: Cass. pen., 13 aprile 2005, n. 16395, in *Giur. it.*, 2006, II, 939 ss. con nota di A. BELLOCCHI, *Si amplia il catalogo dell'abnormità: l'indebita restituzione degli atti giudizio al P.M. per la rinnovazione del decreto di citazione a giudizio*; Id., 28 aprile 2022, n. 37502, in *Cass. pen.*, 2023, 223, con nota di J. CHIANELLO, *Ragionevole durata del processo e divieto di regressione: nuovi chiarimenti dalle sezioni unite sulla nozione di atto abnorme*, in cui la Corte sottolinea l'abnormità del provvedimento anche per la tutela delle prerogative difensive dell'imputato, il quale, a causa dell'erroneo provvedimento restitutorio del giudice, non beneficerebbe dei vantaggi che si ricollegano a tale fase processuale. In passato la dottrina aveva qualificato l'indeterminatezza dei capi di imputazione come un vizio inquadrabile tra le nullità intermedie, in quanto idoneo a pregiudicare le facoltà difensive dell'imputato, sul punto: M.L. DI BITONTO,

La soluzione della Corte a favore dell'abnormità del provvedimento è partita dal presupposto che a seguito di due sentenze della Corte costituzionale<sup>74</sup> è stato tracciato un preciso iter da seguire per il G.U.P., al fine di adeguare un'imputazione generica del P.M. Due sono i rimedi: uno, interno alla fase, che si risolve nell'invito o sollecitazione "interlocutoria" del giudice al titolare dell'azione penale ad esercitare nell'udienza preliminare i poteri attribuitigli dall'art. 423 c.p.p. per la precisazione degli estremi del fatto contestato; l'altro "esterno" alla fase, che consiste nella trasmissione degli atti al pubblico ministero all'esito dell'udienza preliminare perché eserciti nuovamente l'azione penale, in applicazione analogica dell'art. 521 c.p.p., comma 2, norma dettata per il caso di accertamento della diversità del fatto all'esito del dibattimento. Secondo le Sezioni unite si dovrebbe dare precedenza al primo rimedio interno; solo se il vizio non venisse sanato nella stessa udienza preliminare, si dovrebbe ricorrere al rimedio esterno, con la restituzione degli atti al P.M., che si configura come *extrema ratio*. Da questa costruzione si fa derivare la conseguenza che sarebbe abnorme il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare disponesse la restituzione degli atti al P.M. per genericità o indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla; mentre non sarebbe tale il provvedimento che rimettesse gli atti al

*Richiesta di rinvio a giudizio con capi di imputazione generici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1023 ss.; G. VARRASO, *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 339 ss.

<sup>74</sup> Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, in *Foro it.*, 1995, I, 2436; Id., 21 novembre 2006, n.384, in *Giur. cost.* 2006, 4006, ha specificato che: «... la modifica dell'imputazione nell'udienza preliminare non è un evento imprevedibile, a maggior ragione quando il mutamento si basi, come nella specie, su elementi già desumibili dagli atti di indagine, senza che ciò comporti alcuna violazione del diritto di difesa, dovendosi altresì escludere la dedotta violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto alla fase dibattimentale, in quanto, se è vero che l'udienza preliminare si qualifica ormai come momento di giudizio, di natura non meramente processuale, ciò non vale, ancora, ad elidere le marcate differenze contenutistiche rispetto al dibattimento, posto che la "piattaforma cognitiva" della decisione del giudice dell'udienza preliminare non attinge alla pienezza dell'istruttoria dibattimentale e detta decisione resta calibrata sull'alternativa fra il proscioglimento ed il rinvio a giudizio, con esclusione della possibilità di condanna».

P.M. dopo che sia stato attivato inutilmente il potere correttivo interno.

In contraddizione, con questa giurisprudenza sembrerebbe essere una pronuncia<sup>75</sup> secondo cui non sarebbe anormale l'ordinanza per l'integrazione delle indagini emessa dal G.U.P. con cui venga disposta la verifica dell'imputabilità e della capacità di stare in giudizio dell'imputato. Infatti, anche se in linea di principio tale indagine appartiene all'organo giudicante, secondo la Corte, il giudice avrebbe ordinato un atto di indagine che rientrerebbe tra le prerogative del P.M., non illegittimo; in più, vi sarebbe l'opportunità di compendiare le indagini in un unico atto di investigazione, soprattutto, per ragioni di economia processuale e quindi di contenimento dei tempi del procedimento. Secondo la giurisprudenza prevalente, invece, si dovrebbe prima ricorrere al rimedio interno, poi all'ordine esterno, con la conseguenza che tale provvedimento dovrebbe essere qualificato come anormale.

Sempre in materia di poteri del G.U.P., le Sezioni unite hanno ritenuto affetta da abnormità l'ordinanza con la quale egli, investito di richiesta di rinvio a giudizio, disponga, ai sensi dell'art. 33 sexies, c.p.p., la restituzione degli atti al pubblico ministero sull'erroneo presupposto che debba procedersi con citazione diretta a giudizio. Infatti, il provvedimento, pur frutto del legittimo potere di controllo del G.U.P. sul capo di imputazione, imporrebbe al pubblico ministero di compiere una attività processuale *contra legem* ed in violazione dei diritti difensivi, con un'indebita regressione, nonché la stasi del procedimento<sup>76</sup>.

Vi sono poi alcuni esempi di provvedimenti, che possiamo considerare anormi dal punto di vista strutturale, con la caratteristica comune di essere stati emessi dopo la consumazione del potere decisorio del giudice: così, l'ordinanza con la quale il G.I.P. dopo aver disposto l'imputazione coatta, si pronunci sulla sua competenza territoriale su

<sup>75</sup> Cass. pen., 6 giugno 2008, n. 28784, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 923 ss., con nota di S. SIGNORATO, *Riflessioni in tema di abnormità: a proposito dell'ordinanza di integrazione delle indagini disposta ex art. 421-bis c.p.p. per accertare l'imputabilità e la capacità processuale dell'imputato*.

<sup>76</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 2022, n. 37502, in *Cass. pen.*, 2022, 4203.

sollecitazione del P.M.<sup>77</sup>; così, il provvedimento con cui, a seguito dell'incidente di esecuzione, il giudice, su richiesta del procuratore generale, ritenuta la propria incompetenza a decidere, revochi l'ordinanza con cui aveva già disposto la restituzione nel termine ad impugnare una sentenza<sup>78</sup>. In entrambi i casi l'incompetenza avrebbe potuto essere rilevata solo dal giudice della fase successiva, perché il giudice della fase precedente si era già spogliato del relativo potere.

La residualità del fenomeno ne delimita i confini.

Nella categoria non entrano quegli atti che, seppur anomali, in via interpretativa possono essere ricondotti al potere di controllo del giudice nelle varie fasi del processo. Così si è esclusa l'abnormità, e, quindi, la ricorribilità in cassazione del provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 bis c.p.; la Cassazione ha precisato che l'invito a verificare il carattere "particolarmente tenue" dell'illecito contestato nell'imputazione non implicherebbe alcuna invasione delle competenze dell'organo requirente, ma apparterebbe all'attività di qualificazione giuridica propria del giudice<sup>79</sup>.

Inoltre, dalla categoria sono avulsi gli atti illegittimi, espressione, però, di un potere o di un'attribuzione riconosciuto al giudice dall'ordinamento, per cui è prevista la sanzione della nullità, oltre che le irregolarità che diano luogo ad anomalie irrilevanti<sup>80</sup>. Così, è stata

<sup>77</sup> Cass. pen., 10 gennaio 2022, n. 6586.

<sup>78</sup> Cass. pen., 16 maggio 2012, n. 1202.

<sup>79</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 novembre 2013, n. 4319.

<sup>80</sup> Cass. pen., Sez. un., 18 gennaio 2018, n. 20569, in *Cass. pen.*, 2019, 104, in ordine all'abnormità hanno affermato che «la sua eccezionalità e residualità nel panorama delle forme di tutela accessibili impone di distinguerne l'ambito concettuale, da un lato, dalle anomalie dell'atto irrilevanti perché innocue, dall'altro, dalle situazioni di contrasto del pronunciamento giudiziale con singole norme processuali, la cui violazione sia rinforzata dalla previsione della nullità. Sotto il primo profilo, è ininfluyente e non riconducibile all'abnormità quell'atto, pur compiuto al di fuori degli schemi legali o per finalità diverse da quelle che legittimano l'esercizio della funzione, che sia superabile da una successiva corretta determinazione giudiziale che dia corretto impulso al processo o dalla sopravvenienza di una situazione tale da averne annullato gli effetti, averlo privato di rilevanza ed avere eliminato l'interesse alla sua rimozione. Quanto al

esclusa l'abnormità della sentenza con cui il giudice dell'udienza preliminare abbia dichiarato immediatamente una causa di proscioglimento, senza dare luogo all'udienza preliminare; le Sezioni unite hanno spiegato che non è dato al giudice creare percorsi diversi ed estranei alla progressione segnata dalla legge, ma, nonostante ciò, non è abnorme la sentenza di proscioglimento emessa tra la richiesta di rinvio a giudizio e l'udienza preliminare, sia perché espressione di un potere proprio del giudice dell'udienza preliminare sia perché non determina alcuna situazione di stallo processuale<sup>81</sup>.

In linea di principio, non vi dovrebbe essere il riconoscimento dell'abnormità quando ci sono rimedi diversi, che possano evitare uno "stallo" procedimentale. Così, non è stato ritenuto abnorme il decreto di archiviazione emesso senza l'avviso della persona offesa che ne aveva fatto richiesta, perché, oltre alla riapertura delle indagini *ex art. 414 c.p.p.*, vi sarebbe il rimedio dell'opposizione della persona offesa *ex art. 410 c.p.p.*, nonché del reclamo della persona offesa *ex art. 410 bis c.p.p.*<sup>82</sup>. Tale provvedimento era stato ritenuto abnorme dalla giurisprudenza prima delle modifiche apportate dalla l. n. 103/2017, che ha introdotto tali rimedi avverso il decreto di archiviazione illegittimamente disposto. Prima della riforma si ammetteva ricorso straordinario in cassazione avverso tale provvedimento, con restituzione degli atti al P.M. in caso di annullamento<sup>83</sup>.

Invece, abnorme è stata classificata la revoca del decreto di archiviazione, sul presupposto della sua illegittimità, a fronte del riconoscimento della possibilità di riapertura delle indagini da parte del P.M.,

secondo aspetto, l'incompatibilità della decisione con una o più disposizioni di legge processuale vizia l'atto per mancata applicazione o errata interpretazione del referente normativo e ne determina l'illegittimità, che, se ciò sia prescritto, viene sanzionata in termini di nullità»

<sup>81</sup> Cass. pen., Sez. un., 25 gennaio 2005, in *Cass. pen.*, 2005, 1835, con nota di G. VARRASO, *Richiesta di rinvio a giudizio, proscioglimento immediato e «diritto delle parti all'ascolto»*.

<sup>82</sup> Cass. pen., 30 settembre 2021, n. 354, in *Cass. pen.*, 2022, 3100 ss.

<sup>83</sup> Cass. pen., 3 novembre 2016, n. 7946.

oltre che del ricorso in cassazione, quest'ultimo prima della riforma operata dalla l. n. 103/2017<sup>84</sup>.

In genere, in ordine all'esercizio di potere di revoca atipico da parte del giudice di un suo atto precedente illegittimo viene registrata un'inversione di tendenza della Corte di cassazione nel corso del tempo. Giurisprudenza più risalente, infatti, era arrivata alla conclusione che non fosse abnorme la revoca di un atto precedente illegittimo in quanto la revoca non era atto estraneo all'ordinamento giuridico e non determinava la stasi del procedimento, perché anzi giovava a ricondurre nella fisiologia del sistema un atto viziato<sup>85</sup>. Successivamente, invece, la Cassazione ha considerato abnormi i provvedimenti di revoca emessi pur con lo scopo di riparare all'illegittimità di un precedente provvedimento al di fuori dei casi previsti dalla legge; tale presa di posizione viene giustificata con la constatazione che i provvedimenti per loro natura non possono essere eliminati o modificati che dal giudice superiore, investito della cognizione del processo attraverso un mezzo di impugnazione, salvo i casi eccezionali in cui venga riconosciuto potere di revoca al giudice stesso che ha adottato il provvedimento viziato<sup>86</sup>.

Si è esclusa l'abnormità del provvedimento frutto di un errore del giudice di dibattimentale, che ha comportato l'illegittima restituzione degli atti al P.M.: nella fattispecie, il provvedimento con il quale il giudice del dibattimento, rilevata l'invalidità della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini di cui all'art. 415 bis c.p.p., in realtà ritualmente eseguita, ha dichiarato erroneamente la nullità del decreto di citazione a giudizio, disponendo la trasmissione degli atti al pubblico ministero. Il provvedimento non sarebbe abnorme perché espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento, quello di verifica della regolarità della citazione, e non determinerebbe la stasi del procedimento, perché il pubblico ministero potrebbe disporre la rinnova-

<sup>84</sup> Cass. pen., 1° luglio 2016, n. 35440, si tratta di revoca del decreto di archiviazione, emesso *de plano* sull'erroneo presupposto che l'opposizione proposta dalla persona offesa fosse intempestiva.

<sup>85</sup> Cass. pen., 28 settembre 2005, n. 40229, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 187 ss., si trattava della revoca di un provvedimento che erroneamente aveva dichiarato la nullità di un atto processuale.

<sup>86</sup> Cass. pen., 1° luglio 2016, n. 35440, *cit.* Sul punto vedi: A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme*, cit., 83 ss.; V. MAFFEO, *L'abnormità*, cit., 245 ss.

zione della notificazione dell'atto irritualmente compiuto o omissivo. Il problema certo, è che qui invece l'atto era stato ritualmente compiuto; per cui la rinnovazione sarebbe un atto assolutamente superfluo e ritarderebbe lo svolgimento del procedimento complessivamente considerato. Questa giurisprudenza, in sostanza, confinerrebbe l'abnormità ai soli casi in cui il provvedimento giudiziario illegittimo imponga al pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo<sup>87</sup>.

Vi è giurisprudenza secondo la quale anche nei casi di restituzione degli atti al P.M. a seguito della nullità della notifica del decreto di citazione non si sarebbe in presenza di un provvedimento abnorme: anche in questo caso, infatti, esso non si porrebbe al di fuori dal sistema e non causerebbe un'indebita regressione del procedimento, avendo la possibilità il P.M. di rinnovare l'atto senza incorrere in nullità<sup>88</sup>.

Di contro, va segnalata anche la giurisprudenza che pare sanzionare con l'abnormità la restituzione degli atti al P.M. da parte del giudice dibattimentale fuori dalle ipotesi consentite dalla legge: così in caso di nullità della notificazione della citazione, ma non decreto di citazione, il giudice del dibattimento dovrebbe disporre la rinnovazione degli atti, a norma del combinato disposto degli artt. 484, comma 2 bis, 420 quater, comma 1 e 420, comma 2, c.p.p., non la restituzione degli atti al P.M., altrimenti pronuncerebbe un provvedimento abnorme, che determinerebbe un'illegittima regressione processuale<sup>89</sup>.

Visto il contrasto giurisprudenziale è stato posto alle Sezioni unite il seguente quesito: «se il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione e dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero sia abnorme perché avulso dal sistema processuale e comunque idoneo a determinare la stasi del procedimento oppure

<sup>87</sup> Cass. pen., Sez. un., 26 marzo 2009, n. n. 25957, in *Foro it.*, 2010, II, 457 conformi, Cass. pen., 23 marzo 2017, n. 23347, *Cass. pen.* 2018, 2589; Id., del 22 febbraio 2019, n. 37323, in *Foro it.*, 2020, II, 709; Id., 14 gennaio 2020, n. 10358, in *Diritto e giustizia*, 18 marzo 2020; Id., 16 gennaio 2023, n. 15779.

<sup>88</sup> Cass. pen., del 16 ottobre 2019, n. 9571; Id., 17 luglio 2020, n. 24633.

<sup>89</sup> Cass. pen., Sez. un., 29 maggio 2002, n. 28807, in *Cass. pen.*, 2003, 2385, con nota di D. POTETTI. Conformi, Cass. pen., 16 maggio 2018, n. 28779; Id., del 30 settembre 2021 n. 43486.

costituisca espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento»<sup>90</sup>.

Le Sezioni unite<sup>91</sup> hanno cercato di porre ordine all'interno di questa giurisprudenza contrastante.

Vediamo i principali punti della pronuncia di nostro interesse.

Il rilievo della nullità della notificazione da parte del giudice dibattimentale non darebbe mai luogo ad un provvedimento abnorme perché questo generale potere di controllo sulla legittimità degli atti spetterebbe al giudice. L'attenzione, tuttavia, va spostata sulla successiva resituzione degli atti al P.M. Sul punto le Sezioni unite aderiscono all'orientamento maggioritario e concludono che il provvedimento di regressione in caso di nullità della notificazione della citazione a giudizio rientri nell'area della abnormità strutturale. Infatti, il giudice eserciterebbe un potere che non gli sarebbe dato, o meglio eserciterebbe una sua attribuzione al di fuori dei casi consentiti, perché il potere, espressamente concessogli, di rinnovare la notificazione, implicherebbe che il generale potere di disporre la regressione in caso di nullità afferente ad un atto propulsivo non gli sarebbe in tale situazione riconosciuto.

Il provvedimento viene classificato da questa ultima giurisprudenza come affetto da abnormità strutturale; può essere qualificato affetto come da abnormità funzionale secondo l'impostazione classica, perché esercizio di un potere previsto dalla legge al di fuori dei casi tipici, per un fine che non è quello voluto dall'ordinamento giuridico. Tuttavia, le ultime Sezioni unite negano indipendenza alla categoria dell'abnormità funzionale rispetto all'abnormità strutturale: secondo il loro punto di vista, esercitare potere al di fuori delle condizioni disposte sarebbe l'equivalente che esercitare un potere che non viene dalla legge in quel caso attribuito: di qui l'elemento di atipicità. L'abnormità funzionale viene, piuttosto, definita come descrizione delle conseguenze, stallo o regressione procedimentale, alle quali si andrebbe incontro in caso di provvedimento emesso in carenza di potere del giudice.

Dai presupposti delieati ne deriva che non può essere considerato abnorme il provvedimento con cui il giudice dibattimentale disponga

<sup>90</sup> Cass., 1° gennaio 2023, n. 9038.

<sup>91</sup> Cass. pen., Sez. un., 13 luglio 2023, n. 42603, in *Guida al diritto*, 2023, 42.

la restituzione degli atti al P.M., dopo aver dichiarato erroneamente nullo il decreto di rinvio a giudizio, quindi non la nullità della notificazione della citazione: piuttosto, si tratterebbe di un'ipotesi di illegittimo esercizio di un potere a lui riconosciuto dall'ordinamento<sup>92</sup>.

In un'altra recente pronuncia la Cassazione ha evidenziato l'aspetto di *extrama ratio* dell'abnormità. È il caso dell'ordinanza con cui il giudice del dibattimento dichiara erroneamente inammissibile la contestazione suppletiva effettuata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p. Tale provvedimento non è qualificato abnorme se il giudice pronuncia successiva sentenza sull'imputazione originaria. Infatti, la sentenza è sottoposta ai normali mezzi di impugnazione e l'ordinanza a sua volta è impugnabile ai sensi dell'art. 586 c.p.p., secondo cui «quando non è diversamente stabilito dalla legge, l'impugnazione contro le ordinanze emesse... nel corso del dibattimento può essere proposta, a pena di inammissibilità, soltanto con l'impugnazione contro la sentenza. L'impugnazione è tuttavia ammissibile anche se la sentenza è impugnata soltanto per connessione con l'ordinanza»<sup>93</sup>. Di contro, tale ordinanza è da classificare come abnormemente decisoria e impugnabile con ricorso straordinario in cassazione, se ad essa non segue la pronuncia della sentenza, anche perché il provvedimento non sarebbe altrimenti impugnabile.

L'individuazione del provvedimento abnorme, vista la giurisprudenza esaminata piuttosto ondivaga, non risulta affatto semplice. Tuttavia, è chiaro il monito di verificare la possibilità di percorrere altre strade tipiche davanti ad un provvedimento illegittimo: solo se non ci sono altre possibilità soccorre il rimedio del ricorso straordinario in cassazione.

In conclusione, nel sistema del processo penale il ricorso straordinario in cassazione viene concesso non tanto o non solo contro provvedimenti decisori su diritti, piuttosto contro provvedimenti definitivi di carattere procedimentale, nel senso che essi determinerebbero per

<sup>92</sup> Cass. pen., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, cit. per approfondimenti vedi: G. TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 4554 ss.

<sup>93</sup> Cass. pen., 17 gennaio 2023, n. 9039.

forza di cose la chiusura o consumazione forzata di un procedimento, in maniera atipica e illegittima.

Per quel che concerne i termini per impugnare, la giurisprudenza di Cassazione parte dal presupposto che la figura dell'abnormità sia una deroga al principio di tassatività delle impugnazioni, non del sistema dei termini ordinari prescritti dalla legge per il ricorso in cassazione. L'inderogabilità di tali termini, oltre che prescritta per legge (art. 585 c.p.p.) sarebbe desumibile dall'esigenza di certezza ad essi connaturata: l'inutile decorso del termine per impugnare darebbe luogo all'irrevocabilità della decisione del giudice e alla formazione del giudicato. Il principio di ordine pubblico che vi sarebbe dietro il sistema dei termini, ne imporrebbe il rispetto anche in caso di provvedimento abnorme, perché la soluzione opposta si tradurrebbe, ad opinione della Corte, «in una non consentita deviazione dal canone delle *res iudicata* e, di riflesso, in una grave e ingiustificata lacerazione dell'ordinamento processuale»<sup>94</sup>. L'unico correttivo sarebbe dato dalla possibilità di far coincidere il *dies a quo* del decorso dei termini con l'effettiva conoscenza del provvedimento da parte del presunto ricorrente<sup>95</sup>.

Accertata l'abnormità del provvedimento il giudice dovrebbe procedere all'annullamento dello stesso, senza alcuna sostituzione ovviamente. In diverse pronunce, la Corte di cassazione dopo l'annullamento, ha disposto la rimessione degli atti al giudice per l'ulteriore corso del procedimento<sup>96</sup>; questo esito è coerente con la necessità di

<sup>94</sup> Cass. pen., Sez. un., 9 luglio 1997, n. 9039, in *Cass. pen.*, 1998, 60. Sul tema: A. BELLOCCI, *op. cit.*, 12 ss.; V. MAFFEO, *op. cit.*, 275 s.

<sup>95</sup> Cass. pen., Sez. un., 11 luglio 2001, n. 34536, in *Cass. pen.*, 2002, 933, con nota di M. MERCONE.

<sup>96</sup> Così: Cass. pen., Sez. un., 25 febbraio 2004, n. 19289, in *Giur. it.*, 2004, 2133 ss., la quale ha dichiarato abnorme il provvedimento con il quale il G.I.P. si è rifiutato di provvedere su di un'istanza di ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato e, ritenendo sussistente la competenza dell'ufficio del P.M., ha trasmesso richiesta a questo organo; Cass., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 409 ss., con nota di G. LOZZI, *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*, la quale ha dichiarato abnorme il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare ha disposto la restituzione degli atti al P.M. per la genericità o l'indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla; Cass., 25 marzo 2010, n. 21243, in *Cass. pen.*, 2010,

superare lo stallo o regressione causata dal provvedimento abnorme.

L'obbligo di rispetto dei termini non ci sarebbe solamente nel momento in cui il provvedimento fosse affetto da un'anomalia genetica così radicale, da escludere o l'esistenza materiale o l'esistenza giuridica dell'atto. A monte, vi sarebbe un vizio talmente grave del rapporto processuale da impedire la sua regolare costituzione<sup>97</sup>. Di qui passiamo alla differente categoria dell'ineistenza.

In una sentenza della Cassazione<sup>98</sup> volta alla definizione dell'ambito di applicazione dell'istituto dell'incidente di esecuzione (art. 670 c.p.p.), l'inesistenza del titolo, oltre che nei casi di mancanza di esso in senso oggettivo-naturalistico, è stata ravvisata allorché l'atto, per difetto di alcuni elementi strutturali che devono contraddistinguerlo, si ponga totalmente fuori dal sistema, tanto da non

3768 ss., con nota di A. SCARCELLA, la quale ha ritenuto affetta da abnormità genetica o strutturale la sentenza di proscioglimento emessa dal G.I.P. successivamente all'opposizione a decreto penale di condanna, sul presupposto che il giudice è vincolato in tale fase all'adozione degli atti di impulso previsti dall'art. 464 c.p.p., e non può pronunciarsi nuovamente sullo stesso fatto-reato dopo l'emissione del decreto né revocare quest'ultimo fuori dei casi tassativamente previsti.

<sup>97</sup> In dottrina: G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 97, secondo il quale sarebbe la tassatività delle nullità a non lasciare altra via che l'inesistenza per ravvisare imperfezioni tali che, oltre a impedire gli effetti dell'atto perfetto, non ne consentano la produzione neanche in via precaria. In argomento vedi: E. BATTAGLINI, *Nullità e inesistenza degli atti processuali penali*, in *La giustizia penale*, 1935, III, 394; G. LEONE, *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 19 ss.; G. LATTANZI, *A proposito degli atti processuali nulli e giuridicamente inesistenti*, in *Riv. pen.*, 1942, 172 ss.; S. RANIERI, *Inesistenza e nullità degli atti processuali penali*, in *La giustizia penale*, 1948, III, 113 ss.; R. MANCINELLI, *Accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 672 ss.; T. RAFARACCI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, agg. II, 598 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2009, 196 ss., la quale farebbe rientrare nella categoriae dell'inesistenza quelle situazioni di contrasto con valori costituzionali che determinerebbero una frattura irreparabile con l'ordinamento nel suo complesso, purché non ci siano altri meccanismi di tutela applicabili.

<sup>98</sup> Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2020, n.15498, in *Cass. pen.*, 2021, 2386 ss.; in *Diritto e giustizia*, 2021, con nota di F.G. CAPITANI, *Le Sezioni Unite sull'“incolpevole mancata conoscenza del processo a carico” evinta dopo il giudicato*.

essere ad esso riferibile; nel senso cioè che esso sia assolutamente inidoneo a produrre un qualsiasi effetto, sia nell'ambito che al di fuori del processo e, in quanto tale, non sia suscettibile di essere ricondotto ad alcuna delle categorie di vizi che determinano l'invalidità degli atti secondo la disciplina del codice di rito.

Non molti sono gli esempi di sentenza o provvedimento inesistente nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità.

Il caso emblematico di provvedimento inesistente è la sentenza resa da chi non ha la qualità di giudice, intendendosi tale un soggetto che non appartenga all'ordine giudiziario, che sia privo di capacità, oppure la cui volontà sia stata coartata<sup>99</sup>. Questa mancanza radicale del potere decisorio, che è alla base del provvedimento inesistente è stata differenziata dal difetto di potere che darebbe luogo ad abnormità, che si avrebbe, piuttosto, quando la mancata previsione normativa riguarda una modalità espressiva del potere di decidere, inteso come attribuzione generale di potestà che non verrebbe meno se una determinata modalità di esercizio non sia normativamente contemplata e, comunque, consentita<sup>100</sup>.

Vediamo altri esempi significativi: inesistente è stata ritenuta la sentenza emessa da autorità giudiziaria straniera, non ancora riconosciuta<sup>101</sup>; l'ordinanza con la quale il tribunale abbia revocato la pena sostitutiva, in assenza di irrevocabilità della sentenza, che era stata impugnata, in questo caso sarebbe l'assenza della previsione di un simile potere giurisdizionale da parte della legge a determinare il difetto genetico del provvedimento<sup>102</sup>; inesistente è stata considerata anche la sentenza emessa dopo della morte dell'imputato, per estinzione del reato<sup>103</sup> o la sentenza emessa nei confronti di un minore non imputabile<sup>104</sup>; così è

<sup>99</sup> Tra le molte vedi: Cass. pen., 13 gennaio 2005, n. 3305; Id., 13 giugno 2019, n. 32395; va precisato che non è stata considerata inesistente la sentenza di condanna pronunciata dal tribunale ordinario per fatti commessi da un soggetto all'epoca degli stessi minorenni, così Cass. pen., 14 dicembre 2010, n. 45603, in *Cass. pen.*, 2012, 633.

<sup>100</sup> Cass. Pen., Sez. un., 13 luglio 2023, n. 42603, cit., §10.

<sup>101</sup> Cass. pen., 28 gennaio 1998, n. 315.

<sup>102</sup> Cass. pen., 2 dicembre 2021, n. 3939.

<sup>103</sup> Cass. pen., 6 marzo 2019, n. 25995.

<sup>104</sup> Cass. pen., 20 maggio 2014, n. 31652.

stata ritenuta la sentenza priva di una precisa statuizione decisoria<sup>105</sup>.

Va sottolineato il diverso trattamento del vizio della mancata sottoscrizione del giudice nel codice di procedura penale rispetto al codice di procedura civile (art. 161, cpv): ai sensi dell'art. 546, comma 3 c.p.p., la sentenza è nulla, non inesistente, se manca la sottoscrizione del giudice. Se pur va detto che il nostro codice non qualifica espressamente come inesistente la sentenza priva della sottoscrizione del giudice.

L'inesistenza giuridica impedirebbe la formazione del giudicato e, di conseguenza, la denuncia di essa non sarebbe assoggettata a termini di decadenza, potendo essere fatta valere in ogni momento.

Anche la categoria dell'inesistenza, come l'abnormità, è atipica e nata dalla necessità di porre rimedio a vizi al di fuori del sistema delle nullità, caratterizzato da tipicità (artt. 177 c.p.p.)<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Cass. pen., 14 luglio 2017, n. 39435.

<sup>106</sup> Solo per chiarire quanto affermato nel testo va tenuto presente che nel sistema penale vige in generale il principio di tassatività sancito dall'art. 177 c.p.p. Ci sono nullità stabilite di volta in volta da singole disposizioni del codice di procedura penale, ma anche nullità ricavabili da disposizioni generali (artt. 178 e 179 c.p.p.), alle quali si fa riferimento per verificare se comportino nullità singole violazioni di norme di legge. Le nullità sono di tre tipologie: le nullità relative (art. 181 c.p.p.) sono eccezionali solo dalla parte interessata alla dichiarazione del vizio entro il termine di ogni singola fase o grado in cui può articolarsi il procedimento penale instaurato; le nullità assolute sono insanabili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, fino a quando la decisione non sia passata in giudicato formale (art. 179 c.p.p.); infine, ci sono le nullità a regime intermedio (art. 180 c.p.p.), che come le nullità assolute sono rilevabili anche d'ufficio dal giudice, ma come le nullità relative sono soggette a sanatoria entro un termine endoprocedimentale. Fuoriescono da questo schema: da un lato, le invalidità di tale gravità da porsi al di fuori del sistema, appunto i casi di inesistenza, o se meno gravi di abnormità; dall'altro, le difformità dell'atto dallo schema legale che sono irrilevanti e, perciò, si riducono a mere irregolarità. Per approfondimenti vedi; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali: II) Diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2005, vol. XXI, agg.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., *passim*; G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, 248 ss.; R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. Marandola (cur.), *Le invalidità processuali*, cit., 71 ss.; P.P. PAULESU, *L'atto processuale penale, III Patologia*, cit., 301 ss.

La categoria dell'inesistenza, come quella dell'abnormità, ha un limite nelle nullità assolute<sup>107</sup>, risultanti dal combinato disposto degli artt. 178 e 179 c.p.p., delineate con maggior precisione nel nuovo codice di procedura penale. Dalle suddette disposizioni si sono tratte delle clausole generali, collegate a categorie di nullità rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Tali sono: quelle concernenti le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi dell'ordinamento giudiziario; quelle concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale; quelle derivanti dalla omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza (art. 179 c.p.p.). In queste categorie generali possono essere inclusi o esclusi casi patologici, non disciplinati da norme specifiche, in considerazione del valore tutelato dalla sanzione di nullità: ad esempio, si sono inclusi nella categoria della "capacità del giudice" i casi di violazione della regola del giudice naturale precostituito per legge nonché del difetto di imparzialità o terzietà del giudice<sup>108</sup>; i vizi più gravi relativi alla notifica della citazione a giudizio sono stati dapprima assimilati alla nullità della citazione e inclusi nella categoria delle nullità assolute<sup>109</sup>, mentre in un secondo momento sono stati inclusi nelle nullità a regime intermedio, ricondotti alla violazione delle norme concernenti l'intervento dell'imputato nel procedimento,

<sup>107</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 217 ss.

<sup>108</sup> L'ipotesi costituirebbe una forma particolare di incapacità del giudice, perché egli non apparendo terzo e imparziale, vedrebbe compromessa in maniera decisiva la propria capacità a pronunciare il diritto del caso concreto; quindi, dovrebbe essere ricondotta nell'ambito di applicazine dell'art. 178 lett. a) c.p.p. In proposito M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 43 ss. in giurisprudenza da ultimo Cass. pen., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 37207, in *Cass. pen.*, 2021, 806, la quale ha stabilito che in caso di accoglimento dell'istanza di ricasazione del giudice dell'udienza preliminare, sia affetto da nullità il decreto che dispone il rinvio a giudizio, emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricasazione.

<sup>109</sup> Cass. pen., S. sez., 27 ottobre 2004, n. 119, in *Cass. pen.*, 2005, 1148, con nota di M. VESSICHELLI, *Sul regime delle nullità della notificazione all'imputato dell'atto di citazione*.

vale a dire all'ipotesi di nullità generale di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p.<sup>110</sup>.

Gli esempi qui sopra esposti posso essere considerati espressione di un principio di recente affermazione, che consente di ampliare le categorie delle nullità generali: il cosiddetto "principio del pregiudizio effettivo". L'applicazione di questo canone imporrebbe di verificare, se una determinata fattispecie possa rientrare o meno in una categoria di nullità, a seguito dell'individuazione prima del valore sotteso alla sanzione di nullità e in seguito del pregiudizio effettivo recato o meno a tale valore da parte dell'atto illecito. In buona sostanza, si tratterebbe di un criterio di inclusione, ma anche di esclusione di casi di nullità dal raggio di applicazione della disciplina astratta<sup>111</sup>.

Accanto ad un uso per così dire astratto di tale criterio, si può riscontrare un uso relativo al singolo caso in concreto<sup>112</sup>. Così, il principio è stato messo in relazione al diritto di difesa dell'imputato, negandosi la sussistenza di una nullità posta nel suo interesse in mancanza di

<sup>110</sup> Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41280, in *Cass. pen.*, 2007, 965 e 2545, con nota di A. DIDI, *Sanatoria per conseguimento dello scopo: un'altra applicazione in tema di nullità delle notificazioni eseguite presso un domicilio diverso da quello validamente dichiarato*.

<sup>111</sup> R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in *Le invalidità processuali*, cit., 71 ss.; ID., *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano 2018, *passim*, la quale chiarisce il significato e gli effetti nel sistema delle nullità del principio del pregiudizio effettivo; nonché, mette in evidenza come esso operi nei confronti della categoria delle nullità assolute, caratterizzate da concetti elastici. Vedi anche in argomento: P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.

<sup>112</sup> M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 32 individua una tripla chiave di lettura del principio del pregiudizio effettivo: rimedio contro gli abusi; ragione di intervento creativo a tutela di interessi rimasti senza protezione; nuovo metodo di elaborazione e applicazione di forme d'invalidità previste dal sistema. Nel primo senso il pregiudizio effettivo sarebbe orientato ad evitare comportamenti pretestuosi o dilatori, quindi delimiterebbe le fattispecie in astratto previste dalla legge; nel secondo senso consentirebbe di colmare le lacune del sistema, quindi avrebbe un'accezione estensiva delle nullità; nel terzo senso, invece, il vecchio metodo di individuazione e applicazione delle invalidità si unirebbe a quello nuovo, basato su un approccio empirico e orientato alle conseguenze, per dar vita a un ibrido, finendo per costituire la componente di un nuovo approccio.

elementi specifici indicativi di un pregiudizio in ordine alla completa esplicazione del diritto di difesa<sup>113</sup>.

La dottrina processualpenalistica ha criticato questo atteggiamento della giurisprudenza tendente a restringere l'operatività delle nullità poste a presidio del diritto di difesa e delle altre prerogative delle parti. I principali argomenti sono stati: la contrarietà al sistema delle nullità processuali basate sul principio di tassatività *ex art. 177 c.p.p.* e sulla

<sup>113</sup> Cass. pen., 12 gennaio 2021, n. 909, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1441, con nota di N. PASCUCCI, *L'arretramento delle nullità in nome del pregiudizio effettivo: il caso dell'imputato alloglotto e della sentenza di appello non tradotta*, secondo la quale in mancanza di elementi specifici indicativi di un pregiudizio in ordine alla completa esplicazione del diritto di difesa, l'omessa traduzione della sentenza di appello in lingua nota all'imputato alloglotto non integra di per sé causa di nullità della stessa, atteso che, dopo la modifica dell'art. 613 c.p.p., ad opera della l. 23 giugno 2017, n. 103, l'imputato non ha più facoltà di proporre personalmente ricorso per cassazione. In verità, la Corte considera funzionale la conoscenza del testo di una sentenza di condanna solo all'impugnazione della medesima, non alla comprensione da parte dell'imputato della decisione del giudice e dei motivi di essa. Sembra che questa giurisprudenza sia contraria all'art. 6 della CEDU, comma 3, lett. e), nella parte in cui prevede che ogni persona accusata di un reato abbia diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza; a maggior ragione, quando la condanna non è ancora definitiva, egli dovrebbe avere diritto a capire il suo contenuto, per fare tutte le valutazioni del caso, anche prima di rivolgersi ad un avvocato.

Un altro esempio è dato da Cass. pen., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 58120, in *Cass. pen.*, 2018, 1515 ss., con nota di F. ZAVAGLIA, secondo la quale la notificazione della citazione a giudizio mediante consegna al difensore di fiducia ai sensi dell'art. 157, comma 8 bis, c.p.p. anziché presso il domicilio dichiarato o eletto, darebbe luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, che non è sanata dalla mancata allegazione di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato. Tuttavia, in motivazione la Corte ha affermato che il giudice potrebbe impiegare il parametro dell'esercizio effettivo dei diritti di difesa al fine di riscontrare il rispetto dei limiti di deducibilità della nullità o la sussistenza di una causa di sanatoria della stessa rilevabile da circostanze obiettive di fatto desumibili dagli atti del processo, come la proposizione personale dell'atto di impugnazione da parte dell'imputato o la nomina del difensore al fine precipuo di presentare l'atto di introduzione alla fase di giudizio in riferimento al quale si deduce l'omessa citazione al domicilio dichiarato o eletto. Su tale giurisprudenza vedi A. CALLIGARIS, *L'invalidità degli atti processuali penali: un tradizionale terreno di scontro tra "forma" e "sostanza"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, 101 ss. in particolare 109 ss.

predeterminazione degli effetti del vizio *ex art.* 185 c.p.p.; la presenza di un sistema di sanatorie tipico (artt. 182, 183 e 184 c.p.p.), che non dovrebbe lasciare spazio ad altre limitazioni delle nullità; la pericolosità del sistematico scardinamento delle forme processuali penali legali, che favorirebbe soluzioni sbrigative in nome della ricerca della verità, ma che in verità avrebbe in sé il rischio di ampliare la discezionalità del giudice oltre i limiti voluti dal legislatore; in generale, la risertva di legge in materia processuale ricavabile dall'art. 111 Cost.<sup>114</sup>.

Andando a tracciare le somme di quanto esposto e cercando di porre ordine tra i tre vizi presi in considerazione, si conclude che: in primo luogo, si deve verificare se l'atto illegittimo non rientri in uno dei casi di nullità, considerata anche sotto il profilo della sua limitata atipicità; se questa verifica è negativa, si deve accertare se il vizio dal quale l'atto è affetto, non lo ponga a tal punto fuori dal sistema da farlo considerare giuridicamente inesistente; se anche questa verifica è negativa, allora ci si addentra nel campo dell'abnormità. In questo ambito magmatico ci sono una serie di variabili: il potere esercitato dal giudice o dal P.M. potrebbe essere non previsto dalla legge, ma egualmente legittimo perché supportato dai principi di sistema; se così non fosse, bisognerebbe verificare che l'atto atipico perché frutto di uno sviamento del potere in astratto attribuito all'organo, non sia cen-

<sup>114</sup> Così N. PASCUCCI, *op. ult. cit.* in argomento anche: E.M. CATALANO, *L'abuso del diritto di difesa. Profili problematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 48; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., 1054 ss.; G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 254; A. CALLIGARIS, *L'invalidità degli atti processuali penali: un tradizionale terreno di scontro tra "forma" e "sostanza"*, cit., 111 ss. Controcorrente l'opinione di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., 105 ss., il quale rileva come questa impostazione giurisprudenziale si sia fatta largo anche a causa dell'uso di concetti elastici da parte del legislatore nella definizione delle varie tipologie di nullità. Inoltre, secondo l'autore nel nuovo sistema, in cui centrali sarebbero le parti, vi sarebbe spazio per una differente tecnica di formulazione dell'invalidità: i litiganti sarebbero i principali responsabili dell'amministrazione del giudizio e del rispetto delle regole *in procedendo*; imboccando tale strada si finirebbe con il valorizzare nella teoria delle invalidità il ruolo del pregiudizio in concreto arrecato al singolo contendente, il cui contributo sarebbe essenziale affinché, prima di tutto, la decisione giudiziale, produttiva di diritto, sul piano del sistema delle fonti, sia democraticamente giustificata.

surabile o rimediabile con gli strumenti tipici messi a disposizione dalla disciplina processualpenalistica. Se tutte queste strade risultano essere precluse, allora non può che aprirsi la via dell'abnormità, che consente di derogare al sistema della tipicità, pur elastica, dei casi di nullità, ma anche al *numerus clausus* del sistema dei mezzi di impugnazione.

Per riassumere il rapporto tra i tre vizi e la loro gravità: l'inesistenza del titolo può essere accertata anche in sede di esecuzione e dichiarata dal giudice dell'esecuzione (art. 670 c.p.p.); egli non potrebbe, tuttavia, accertare nullità anche assolute che si riferiscano alla fase di cognizione e perciò invalidare il provvedimento; se lo facesse pronuncerebbe un provvedimento abnorme, perché eserciterebbe non avendole le prerogative del giudice della cognizione<sup>115</sup>.

### 3. *L'inesistenza del provvedimento*

È di nostro interesse stabilire il significato di "inesistente", perché nelle pronunce che andremo ad esaminare nei prossimi paragrafi spesso questo termine viene riferito a provvedimenti qualificati anche come abnormi. È chiaro che, dato il tema della presente ricerca, l'attenzione si focalizzerà sui provvedimenti inesistenti; in particolare, l'elaborazione dottrinale si è concentrata sui provvedimenti decisori inesistenti<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> Cass. pen., 11 dicembre 2018, n. 58524. Per approfondimenti si rinvia a cap. VII, § 14 note 253 e 254.

<sup>116</sup> V. DENTI, voce *Inesistenza degli atti processuali civili*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1962, vol. VIII, 636 ss., in particolare 637, riferisce l'inesistenza alla sola sentenza; infatti, secondo l'autore, tali sarebbero i provvedimenti decisori che manchino del minimo necessario perché si abbia esercizio di potere giurisdizionale, caratteristica che consentirebbe di superare la regola dell'art. 161, comma 1 relativa alle sole sentenze, intese come provvedimenti decisori; l'utilità di tale nozione non si avrebbe davanti a provvedimenti ordinatori, inidonei a divenire definitivi, la cui nullità, anche nullità-inesistenza potrebbe essere sempre fatta valere con *l'actio nullitatis*; mentre la nullità-inesistenza degli atti nel corso del procedimento comporterebbe, al massimo, la necessità di riprendere il processo dall'atto viziato. Vedi anche V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, cit., 10 ss., in cui l'autore affronta la questione dei limiti della regola espressa dall'art. 161 e collega il principio dell'assor-

La dottrina<sup>117</sup> include in una categoria amorfa e non omogenea i casi che sfuggono alle maglie dei meccanismi di sanatoria previsti lungo il cammino della disciplina delle nullità, non ultima la generale sanatoria dei vizi che rifluiscono nella sentenza, ovvero il giudicato. Per cui nelle ipotesi di inesistenza/nullità insanabile sarebbe da comprendere, secondo l'opinione della maggior parte degli autori, anche il caso di sentenza priva della sottoscrizione del giudice, non solo ipotesi di vizio grave ma necessariamente atipico<sup>118</sup>.

Per identificare l'inesistenza come situazione di vizio genetico estremo, non sanabile in alcun modo, il caso limite di solito citato è quello di sentenza resa *a non iudice*, ma si tratta in fondo di un'ipotesi di scuola<sup>119</sup>. Sulle altre ipotesi c'è stata difformità in dottrina in ordine alla corretta qualificazione del vizio: esse sarebbero identificate, perlopiù, con la sentenza priva della sottoscrizione del giudice, che si è rifiutato di sottoscriverla, e con la decisione dal contenuto inesistente o in-

bimento dei vizi di nullità in motivi di gravame all'immutabilità del giudicato, necessaria per raggiungere certezza sui rapporti giudici controversi. Questo vuol dire che tale regola dovrebbe valere per tutti i provvedimenti idonei al giudicato, a prescindere dalla forma. Invece, l'art. 161, 1 comma non sarebbe applicabile ai provvedimenti privi di funzione accertamento: essi potrebbero sempre essere invalidati, se affetti da nullità assoluta, attraverso un'autonoma azione di nullità; conseguentemente, nei loro confronti il vizio di nullità assoluta sarebbe indistinguibile da quello di inesistenza.

<sup>117</sup> Sull'argomento: V. DENTI, voce *Inesistenza degli atti civili*, cit., 636 ss.; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 210 ss.; S. SATTA, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 339 ss.; N. GIUDICEANDREA, *Appunti sull'inesistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. it.*, 1955, IV, 81 ss.; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 63 ss.; A.C. JEMOLO, *Inesistenza, nullità assoluta della sentenza, difetto di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1318 ss.; G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 266 ss.; ID., *Ancora sull'abuso della sentenza inesistente (a margine di una singolare vicenda giudiziaria calabrese)*, in *Foro it.*, 1989, I, 245 ss.; ID., *In tema di inesistenza nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro it.*, 1993, I, 179 ss.; C. BESO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 130 ss.; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza»*, cit., 189 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 275 ss.

<sup>118</sup> G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 114, in particolare 118.

<sup>119</sup> V. BERTOLDI, *La nullità degli atti processuali*, cit., 280 qualifica insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento il vizio derivante dal fatto che la sentenza è stata pronunciata da un giudice cessato dal servizio o ricusato.

comprensibile, incerto, perché inidonea a conseguire lo scopo dell'attività giurisdizionale costituito dall'accertamento della situazione soggettiva sottoposta al giudice<sup>120</sup>.

Da una parte vi sarebbe la dottrina che identificherebbe con una nullità non sanabile i casi in cui il vizio non sia tale da escludere l'esistenza stessa del giudicato e, quindi, che la sentenza possa essere oggetto delle ordinarie impugnazioni; secondo questa impostazione l'inesistenza sarebbe riservata oltre che al caso limite visto, all'ipotesi in cui il provvedimento non sia ancor divenuto sentenza perché non è stato completato con il deposito e la pubblicazione l'iter previsto dalla legge<sup>121</sup>. Altra dottrina ha messo in evidenza come tale distinzione non faccia che creare confusione, preferendo parlare di inesistenza assoluta, così la sentenza pronunciata da un non giudice, e inesistenza relativa nel caso di sentenza con cui il giudice non assolva in fin dei conti al suo potere decisorio, perché il provvedimento sarebbe non firmato volontariamente ovvero avrebbe un dispositivo incomprensibile o assente<sup>122</sup>. In questi ultimi due casi il provvedimento sarebbe sottoponibile alle impugnazioni prima e all'*actio nullitatis* poi, una volta scaduto il termine per impugnare<sup>123</sup>, o alternativamente ai due strumenti<sup>124</sup>; nonché, sarebbe pensabile una sorta di riassunzione prosecuzione del procedimento o attraverso la rimessione della causa al primo giudice a seguito dell'impugnazione o attraverso un'azione diretta per la riattivazione del processo davanti al giudice che non ha esaurito il suo potere decisorio emettendo un provvedimento privo dell'effetto di consumazione<sup>125</sup>. Anche in quest'ultimo caso sarebbe necessario il previo accertamento dell'inesistenza del provvedimento.

Una terza impostazione<sup>126</sup> riconduce le ipotesi tradizionali di inesistenza, a parte il caso limite del quale più volte abbiamo parlato, alla disciplina delle nullità e in particolare nell'area di operatività dell'art.

<sup>120</sup> Così C. BESSO, *op. cit.*, 312 s.

<sup>121</sup> G. BALENA, *La rimessione*, cit., 267 ss.; ID., *In tema di inesistenza*, cit., 180 s.

<sup>122</sup> BESSO, *op. ult. cit.*

<sup>123</sup> G. TARZIA, *Profili*, cit., 123; G. MARINETTO, *Delle nullità*, cit., 1645; G. BALENA, *La rimessione*, cit., 296.

<sup>124</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 368 ss.

<sup>125</sup> C. BESSO, *op. ult. cit.*

<sup>126</sup> F. AULETTA, *op. cit.*, 275 ss.

156 cpv; questa norma unita alle occasioni di sanatoria presenti nel corso del procedimento, consentirebbe comunque di pervenire ad un risultato utile. Ad essere esclusi sarebbero solo gli atti imputabili ad un soggetto privo di possibilità giuridica di realizzare l'atto valido, neanche astrattamente munito del potere che ha inteso esercitare ovvero quelli che, non riproducendo alcuno degli schemi di parte speciale, non renderebbero riconoscibili coscienza e volontà dello scopo legalmente tipico: questa definizione potrebbe essere riferita a qualunque atto del processo. Secondo l'autore vi sarebbe un unico caso tipico di vizio insanabile: la mancanza di sottoscrizione totale della sentenza.

Infine, va ricordato un autore<sup>127</sup> che non usa il termine inesistenza, ma descrive un fenomeno analogo: vi sarebbero le nullità con rilevanza endoprocessuale, che potrebbero essere fatte valere solo con i rimedi all'uopo predisposti all'interno del procedimento e in mancanza dell'attivazione degli stessi rimarrebbero sanate; poi, vi sarebbero nullità con rilevanza extraprocessuali, ipotesi in cui il vizio residua alla formazione del giudicato, riportabili all'art. 161 cpv; l'accertamento di queste ultime potrebbe avvenire con un'autonoma azione.

La dottrina che abbiamo esposto e citato in nota ha lungamente trattato e vagliato la possibilità di inesistenza della sentenza per vizi che possono inficiarla nelle sue componenti essenziali, nonché che tale possa essere per effetto di gravi menomazioni del diritto di difesa<sup>128</sup>, dando per lo più risposta negativa; per quanto interessa la presente ricerca, questi profili sono stati affrontati nel capitolo precedente<sup>129</sup>. Ovviamente, inesistente sarebbe anche il provvedimento emesso nei confronti di chi non sia mai stato parte, per effetto magari di un errore materiale del giudice, ma qui il problema non è il *vulnus* al diritto di difesa, ma il fatto che non c'è mai stato un procedimento nei suoi confronti: il potere giurisdizionale non è mai stato esercitato nei suoi confronti in un luogo deputato a tale scopo.

Altro profilo che accantoneremo sono le ricerche relative ai casi di

<sup>127</sup> R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 17 s.

<sup>128</sup> S. SATTÀ, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 339 ss.; G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 266 ss.; C. BESSO, *op. cit.*, 130 ss.; F. AULETTA, *op. cit.*, 217 ss.

<sup>129</sup> Vedi capitolo V, §§ 3-9.

errata composizione dell'organo decidente, di successione organi o di componenti di essi nel corso del processo, che sono stati tutti perlopiù riportati sotto la disciplina dell'art. 158 c.p.c.<sup>130</sup>.

Quello che, piuttosto, interessa esplorare sono i vizi relativi all'esercizio del potere del giudice: potrebbe accadere che il contesto in cui la giurisdizione viene esercitata o il modo del suo esercizio si pongano in un contrasto talmente evidente e insanabile non solo con i principi regolatori del processo, ma con i principi stessi che governano il nostro ordinamento giuridico, da rendere inevitabile sanzionarli con la forma più grave di invalidità.

Così, se è da considerare un caso limite di inesistenza la sentenza resa da chi non ha la qualifica di giudice, parimenti si deve concludere

<sup>130</sup> F. CARNELUTTI, *Nullità della sentenza per vizio di composizione dell'organo giudicante*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 85 ss.; A.C. JEMOLO, *Inesistenza, nullità assoluta della sentenza difetto di giurisdizione*, cit., 1318 ss.; G. BALENA, *Ancora sull'abuso della sentenza inesistente (a margine di una singolare vicenda giudiziaria calabrese)*, cit., 245 ss.; ID., *In tema di inesistenza nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, cit., 179 ss.; C. BESSO, *op. cit.*, 174 ss.; F. AULETTA, *op. cit.*, 276 ss. Un'eccezione alla regola per cui i vizi relativi alla costituzione del giudice sono da riportare sotto il disposto dell'art. 158 c.p.c. è individuata da una sentenza risalente della Corte di cassazione (Cass., 10 giugno 1966, n. 1523, con nota di V. DENTI, *Un nuovo tipo di nullità insanabile?*, cit., 525 ss.), secondo la quale non passerebbe in giudicato la sentenza resa da una sezione specializzata agraria irregolarmente costituita, secondo il disposto di una sentenza della Corte costituzionale successiva alla sentenza della sezione stessa (Corte cost., 20 dicembre 1962, n. 108). Una legge successiva alla suddetta sentenza della Corte costituzionale (l. 2 marzo 1963, n. 320) sopprimeva le sezioni specializzate illegittime e, al contempo, una norma transitoria prevedeva la sospensione dei procedimenti pendenti davanti ad esse e la loro riassunzione davanti alle sezioni di nuova istituzione. Trattandosi di una sospensione *sui generis* la mancata riassunzione in termini del procedimento non comportava l'esinzione del procedimento e la stabilizzazione delle sentenze nel frattempo emesse, ma l'onere per la parte di riniziare il giudizio *ex novo*. Secondo la Cassazione la *ratio legis* non poteva comportare che dalla mancata riassunzione derivasse il passaggio in giudicato di una sentenza emessa da un organo che si voleva espellere dall'ordinamento giuridico; dalle parole della Cassazione si comprende come si tratti più che altro di una decisione dal sapore politico. Tale nullità, anche essa del tutto *sui generis*, potrebbe essere fatta valere in ogni tempo con autonoma azione di nullità. Il commentore della sentenza, Denti, qualifica il provvedimento come abnorme rispetto agli ordinari mezzi di impugnazione e perciò non assoggettabile ai medesimi; a suo parere, tale nullità potrebbe essere fatta valere solo nelle forme di un'autonoma *actio nullitatis*.

per l'inesistenza *de iure* della sentenza resa in un contesto non proprio, pur se chi la emette ha formalmente lo status di giudice. È stato correttamente precisato che la potestà giurisdizionale si concretizza solo nel quadro di un processo, esistente giuridicamente come tale, perché costituito in virtù dell'esercizio di un'altra potestà, quella d'azione. Ne consegue che non potrebbe aversi esercizio reale della potestà giurisdizionale al di fuori del processo e senza di questo non vi sarebbe una condizione obiettiva per l'esistenza giuridica della sentenza. Ciò accadrebbe sia quando non ci sia proprio un processo, sia quando il giudice abbia agito al di fuori del processo che si sta svolgendo: in questi casi in giudice si autoattribuirebbe la potestà di emettere sentenza<sup>131</sup>.

Un altro ambito in cui indagare per verificare l'esistenza di ipotesi di inesistenza è quella dell'eccesso di potere. Vediamo di seguito in che senso.

Abbiamo incontrato tale nozione nel paragrafo precedente, perché utilizzata dalla dottrina processualpenalistica per costruire la figura del provvedimento abnorme: essa partiva dalla nozione di eccesso di potere, come vizio proprio del provvedimento amministrativo<sup>132</sup>, per approdare alla configurazione dell'atto abnorme come un'espressione dell'eccesso di potere del giudice che porta il processo ad uno stallo o ad una regressione, un intoppo nella progressione processuale, non in linea con il suo obbiettivo ultimo. Per la verità sembra che qualche dif-

<sup>131</sup> N. GIUDICEANDREA, *Appunti sull'inesistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, cit., 87, nota 13, fa alcuni esempi: il giudice non appena iscritta la causa a ruolo e senza neppure attendere la prima udienza pronuncia sentenza; il pretore dopo aver fatto in udienza riserva di ordinanza, modifica in privato il suo provvedimento, auto-determinandosi ad emettere una sentenza e provvedendo a depositare tale provvedimento, in luogo di un'ordinanza; il giudice singolo, dopo aver ammesso i mezzi di prova, nel corso dell'istruzione probatoria deposita sentenza, in virtù dell'autoattribuzione, in privato, della potestà di emetterla.

<sup>132</sup> Vedi in proposito: P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, vol. XIV, 124 ss.; F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere: II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII; F. ASTONE, *Le patologie procedimentali e provvedimentali*, in A.a.V.v., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 357 ss. in particolare 367 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 359 ss., in particolare 370 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 196 ss. in particolare 210 ss.

ferenza tra la nozione in diritto amministrativo e quella sopra esaminata ci sia.

La nozione di eccesso di potere dell'atto amministrativo presuppone l'esistenza di una potestà discrezionale o limitatamente discrezionale nella scelta del modo di raggiungere il fine, l'interesse pubblico ad essa assegnato; l'eccesso di potere si anniderebbe nell'intento di perseguire un fine diverso da quello proprio, senza che perciò si configuri una specifica violazione di legge; di qui la difficoltà di rilevazione del vizio e l'individuazione di una mappa di figure sintomatiche dell'eccesso di potere, una categoria aperta. Queste ultime sono riconducibili alla violazione di principi generali dell'azione amministrativa, in particolare, i principi di logicità, di ragionevolezza, di completezza dell'istruttoria, di parità di trattamento e imparzialità, i quali presiedono all'esercizio della sua discrezionalità. Si tratta di un vizio residuale che interviene nel momento in cui non vi è né violazione di legge, né incompetenza.

La residualità è, per la verità, la principale caratteristica di tale vizio in comune con l'abnormità in diritto penale. Così come delineato quest'ultimo fenomeno, allo stato attuale, sembra essere frutto della non corretta applicazione della legge processuale; l'emersione di tale nuovo e atipico concetto è stato dovuto più che altro all'assenza di una norma sanzionatrice *ad hoc*, ciò è tanto vero che si ritorna nel campo delle nullità processuali ove ci sia un rimedio tipico<sup>133</sup>.

Vi è, tuttavia, una nozione di eccesso di potere differente per comprendere la quale è necessario partire dal concetto stesso di potere al quale viene accostato il termine "eccesso". Il potere può essere riferito ad una situazione preliminare rispetto ai rapporti o all'attività che sulla base di esso si possono costituire; ma anche ad un gruppo di soggetti o organi che sono destinatari di un insieme di potestà<sup>134</sup>. Allora "eccesso" può riguardare tanto il modo di esercizio del potere preliminare, perché l'attività – funzione non è conforme ai fini o ai presupposti del-

<sup>133</sup> Così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 371, nota 2, configura l'eccesso di potere come un vizio di attività, diverso dal vizio di incompetenza.

<sup>134</sup> Sul punto F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere: I) Profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII, 1 s.

lo stesso, sia il complesso di organi tra i quali vengono ripartiti i poteri statali, per indicare come originariamente era lo “straripamento” di un potere nel campo proprio dell’altro<sup>135</sup>.

Redenti<sup>136</sup> ritenne che la nozione di eccesso di potere fosse unica: «uso dei poteri conferiti per una data funzione, fuori dei limiti della funzione stessa». Secondo l’autore, tuttavia, i limiti che si possono eccedere sono di due ordini: l’uno riguarderebbe i presupposti per l’esercizio effettivo della funzione e quindi per l’uso dei poteri; l’altro il modo e la misura dell’esercizio del potere, che dovrebbe essere coerente e coordinato alla funzione.

La suddetta definizione di eccesso di potere non fu trovata soddisfacente da Carnelutti<sup>137</sup>. Il giurista si concentrò sull’eccesso di potere giurisdizionale compiendo una serie di distinguo: il giudice usurpa il potere o perché decide quando non può decidere o perché decide come non può decidere. Nel primo caso nessun giudice potrebbe decidere e perciò si avrebbe difetto assoluto di giurisdizione; nel secondo caso, invece, il giudice avrebbe il potere giurisdizionale, ma lo direzionerebbe ad uno scopo diverso dalla mera attuazione della legge: piuttosto, ad un fine legislativo o amministrativo<sup>138</sup>. Con riferimento allo “straripamento” nei confronti del potere legislativo si avrebbe una situazione del tipo di un giudice che decide secondo equità senza essere autorizzato da una legge di copertura: un giudice-legislatore del caso concreto fuori dai casi tipici ed eccezionali.

<sup>135</sup> F. MODUGNO, *op. cit.*, 3 ss.

<sup>136</sup> E. REDENTI, *Intorno al concetto di eccesso di potere* (1908), in E. Redenti, *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, 1962, vol. I, 221 ss., in particolare 222.

<sup>137</sup> F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 339 ss. L’autore prende le mosse dalla posizione di L. RAGGI, *A proposito dell’art. 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, II, 544 ss. secondo il quale non qualunque cattivo uso del potere potrebbe essere considerato come eccesso, perché altrimenti sparirebbe la differenza tra tale vizio e violazione di legge. L’eccesso sarebbe dato dal cattivo uso specifico e grave del potere competente; ciò accadrebbe nel momento in cui la violazione di legge fosse così grave da rendere l’esercizio del potere solo apparente, per cui si dovrebbe parlar più che altro di difetto di potere; l’atto che ne deriverebbe sarebbe inesistente o nullo di “nullità assoluta”.

<sup>138</sup> F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 355, identifica l’eccesso di potere «nella direzione del potere giudiziario al conseguimento di un fine non giudiziario, cioè non all’ accertamento ma alla costituzione del diritto obiettivo o all’esercizio del diritto subiettivo».

Il problema sarebbe piuttosto quello di stabilire una linea di confine tra tale vizio e la semplice violazione di legge dovuta ad un errore o all'ignoranza del giudice che interpreta la legge. Il giurista individua il discrimine nella volontà del giudice di dirigersi verso un fine non giudiziario e in ciò non vi sarebbe alcuna distinzione rispetto all'omonimo vizio in diritto amministrativo: in entrambi i casi la difficoltà di individuazione del vizio potrebbe essere superata solo ricorrendo alle cosiddette figure sintomatiche. Tale sarebbe la particolare gravità della violazione commessa dal giudice.

L'evanescenza del criterio posto e la difficoltà della sua concreta attuazione fu sottolineata da altro autore, che rimarcò come nella maggior parte dei casi l'eccesso di potere così configurato nient'altro fosse che una violazione di legge<sup>139</sup>.

L'impostazione di Carnelutti, inoltre, darebbe rilievo alla volontà sottesa al provvedimento del giudice, un'impostazione di carattere privatistico, mentre dovrebbe essere un elemento senza rilievo nel diritto processuale civile<sup>140</sup>.

Altra posizione fu quella di Montesano<sup>141</sup>, secondo il quale ai fini della distinzione tra eccesso assoluto di potere, inteso come invasione della sfera di potere di altro soggetto, e il difetto di potere sarebbe determinante l'esistenza o meno di una norma formale attributiva di potere, per cui: nel caso dell'eccesso di potere ad essere violata sarebbe la norma materiale che disciplina il contenuto dell'atto o il modo di esercizio del potere e, perciò, l'atto sarebbe annullabile e impugnabile come tale; in caso di difetto di potere ad essere mancante sarebbe una

<sup>139</sup> G. ZANOBINI, *Eccesso di potere e violazione di legge*, in G. Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 473 ss., il quale mette in evidenza come non possa considerarsi decisiva la maggior o minore gravità dell'errore commesso dal giudice, perché l'errore più grave potrebbe anche essere stato commesso involontariamente, quindi, senza che la sua volontà fosse diretta alla persecuzione di un fine diverso da quello giudiziario.

<sup>140</sup> Questo è il risultato al quale si è giunti dopo una lunga evoluzione, si invia al cap. IV, § 3.

<sup>141</sup> L. MONTESTANO, *Rassegna di giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, cit., 271 ss.; ID., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, cit., 148 ss.

norma formale attributiva di potere e l'atto sarebbe di per sé inesistente<sup>142</sup>.

Altro autore<sup>143</sup> ha messo in evidenza la duplice valenza della nozione di eccesso di potere derivante dalla violazione delle norme che attribuirebbero e ripartirebbero le potestà tra organi dello Stato e che, al contempo, determinerebbero il modo e la misura di esercizio di tale potestà. Determinante sarebbe il punto in cui tali norme vengono disattese: ove il vizio si mantenesse all'interno dei limiti di attribuzione della potestà, si sarebbe in presenza dell'eccesso di potere propriamente detto; se, invece, si intaccasse la fonte dell'attribuzione del potere, con invasione di sfere di attribuzione aliene, le conseguenze dovrebbero essere più gravi, quali una nullità-inefficacia radicale<sup>144</sup>.

Traendo le somme: l'eccesso di potere giurisdizionale o difetto di giurisdizione, con invasione della sfera di attribuzione propria del potere legislativo, si configurerebbe nel momento in cui il giudice non utilizzasse nel caso concreto una disposizione generale e astratta, ma quando pretendesse di applicare una norma di sua creazione o di sua parziale creazione. Si tratterebbe di un vizio-limite estremamente difficile da distinguere dall'errore nel processo conoscitivo che il giudice compie nel momento in cui interpreta una disposizione<sup>145</sup>. Quest'ul-

<sup>142</sup> L. MONTESANO, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, cit., 151, per chiarire la distinzione fa due casi: sarebbe affetta da eccesso di potere la sentenza che invadesse i poteri attribuiti alla P.A. e come tale sarebbe impugnabile; mentre sarebbe affetto da difetto di potere l'atto con il quale il giudice pretendesse di compiere un'espropriazione per pubblica utilità e sarebbe inesistente. Per quel che concerne le leggi, l'atto con il quale il Parlamento intendesse porre una norma legislativa, se invadesse la sfera riservata ad altro potere dello Stato, sarebbe viziato da incostituzionalità e come tale sottoposto al relativo controllo giurisdizionale; mentre un atto con il quale il Parlamento pretendesse di porre una norma amministrativa o giurisdizionale sarebbe giuridicamente inesistente. Anche questo autore sembra dare un certo rilievo alla volontà sottesa al compimento dell'atto viziato.

<sup>143</sup> F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere: I*, cit., 2 ss.

<sup>144</sup> F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere: III) Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII, 1.

<sup>145</sup> La maggior parte della dottrina non dubita che quella del giudice nell'interpretazione del diritto sia un'operazione conoscitiva, non volitiva e che quindi le sentenze del giudice non si collochino in nessun modo tra le fonti del diritto, in proposito vedi: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1953, vol. I,

tima è un'operazione<sup>146</sup> non semplice da un duplice punto di vista: sia perché si è davanti ad un enunciato scritto, il cui linguaggio potrebbe essere necessario attualizzare, considerando al contempo il contesto storico in cui la norma nacque e i nuovi concetti sociali emergenti; sia per la necessità di coordinare la disposizione da interpretare con altre relative allo stesso istituto o analoghi istituti, nonché con i principi generali dell'ordinamento nazionale e sovranazionale<sup>147</sup>.

33; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, vol. II, in particolare 14 s.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 13 ss.; P. GROSSI, *Costituzionalismi tra "moderno" e "pos-moderno". Tre lezioni suor-orsoliniane*, Napoli, 2019, 81; M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 3. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, 18 ss., con riferimento ad un presunto momento creativo nell'attività del giudice, la decisione secondo equità, sottolinea la differenza tra la giustizia del caso concreto e la norma giuridica vera e propria, che per sua natura è astratta e generale. Anche N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 201 s. riconosce come unica ipotesi di fonte del diritto proveniente dal giudice la pronuncia secondo equità. In senso differente, A. PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, vol. IV, 1991, 413 ss., il quale colloca le sentenze tra le fonti-fatto. Per l'individuazione e critica del fenomeno del creativismo giuridico si rinvia a: L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, *passim*; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 2019, n. 12, 356 ss.

<sup>146</sup> Sulle modalità e difficoltà dell'interpretazione vedi: G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1993, vol. X, 31 ss.; R. SACCO, voce *Interpretazione del diritto*, *ivi*, 2012, agg. VII, 2012, 614 ss.; G. ZACCARIA, voce *Interpretazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, ann. V, 694 ss.; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, *ivi*, 2016, ann. IX, 419 ss.

<sup>147</sup> Sottolinea V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., vol. II, 14 s., che l'ordinamento giuridico si completerebbe da sé in modo da offrire sempre all'operatore del diritto la soluzione dei possibili casi della vita reale. Ciò si desumerebbe dall'art. 12 delle disp. att. sulla legge in generale, premesse al codice civile, a norma del quale «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Perciò, le lacune del diritto sarebbero sempre colmabili dall'interprete senza uscire dall'ordinamento giuridico dello Stato. In proposito, anche F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, 721 ss. A questa disposizione sono riportabili tanto l'interpretazione estensiva che quella analogica. Entrambe dovrebbero svolgersi con il riferimento ai principi

La non univocità di significato del linguaggio utilizzato, nonché il numero dei passaggi che l'interprete deve compiere nella cognizione della norma, in taluni casi possono portare a risultati dell'interpretazione non univoci.

Significativa in proposito è una sentenza delle Sezioni unite<sup>148</sup> in tema di responsabilità civile dei magistrati, nello specifico, nella parte in cui si sofferma sull'art. 2, comma 2, della l. n. 117/1988, ai sensi del quale non è fonte di responsabilità civile del magistrato per colpa grave «l'attività di interpretazione di norme di diritto».

L'ordinanza interlocutoria<sup>149</sup> aveva rimesso alle Sezioni unite la questione dell'individuazione della linea di confine tra attività di interpretazione (coperta dalla clausola di salvaguardia) e inescusabilità della grave violazione di legge (fonte di responsabilità civile dello Stato). La Sezione III rimettente poneva l'accento sul fatto che la norma mal applicata non presentasse particolari difficoltà interpretative, soprattutto, a fronte di una giurisprudenza ormai consolidata della stessa Corte di cassazione.

Le Sezioni unite, dal canto loro escludono che una scelta interpretativa del magistrato, seppur contro corrente, possa di per sé possa configurarsi come fonte di responsabilità civile, limitando questa eventualità all'ipotesi estrema in cui la sua decisione non sia soltanto errata

generali dell'ordinamento o della branca dell'ordinamento in cui ci si muove, oltre che alla *ratio* della norma da interpretare. La differenza tra le due sarebbe che in un caso si tratterebbe di estendere il raggio di azione oltre la mera lettera della norma, pur rimanendo all'interno di uno dei suoi significati possibili, nel secondo caso invece saremmo al di fuori di essa. Secondo l'impostazione accolta nel testo, anche in questo caso non sarebbe un'attività creativa ma cognitiva, perché la regola del caso simile scaturirebbe dal combinato disposto dei principi generale e specifici dell'istituto da applicare, oltre che dai principi generali dell'ordinamento giuridico. Oltre agli autori citati, vedi in argomento: M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 528 ss.; N. BOBBIO, *Analogia* (1957), in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 6 ss.; A. CERRI, *L'analogia nel sistema del diritto positivo*, in S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (cur.), *L'unità del diritto*, Bologna, 1994, 401 ss.

<sup>148</sup> Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1539 ss. Su tale sentenza si rinvia al commento di M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, cit., § 4.2.

<sup>149</sup> Cass., 18 maggio 2018, n. 12215, in *Diritto e giustizia*, 21 maggio 2018, con nota di P. DI MICHELE.

ma si collochi «al di fuori della consapevole scelta interpretativa, risultando assurda, illogica, inesplicabile, abnorme, ai limiti del diritto libero, quindi disancorata non dal rispetto della legge, ma dall'ancoraggio ad un qualsiasi ordine di categorie, logiche e linguistiche prima ancora che giuridiche, predicabili alla fattispecie in esame».

La Cassazione individua, insomma, un'ipotesi estrema, che coincide con l'attribuzione alla disposizione di un "significante impossibile", un "non-significato": qui si avrebbe "una scelta solo formalmente interpretativa", perché talmente svincolata dai parametri normativi da non essere ad essi riconducibile; una scelta dalla Corte definita aberrante, con la quale si sconfinerebbe nel "provvedimento abnorme" o nel diritto libero.

Ciò non potrebbe accadere nel momento in cui il giudice attribuisse alla norma uno dei significati da essa desumibili, anche il più remoto di essi; del resto le Sezioni unite sottolineano come concludendo diversamente si negherebbe la forza propulsiva dell'interpretazione giurisprudenziale, che vive nel superamento critico delle passate posizioni. Tale spinta evolutiva, tuttavia, non potrebbe essere reale se non si fondasse su una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, da desumersi dalla motivazione della sentenza.

La Corte nega che il precedente possa inserirsi tra le fonti del diritto, perché il nostro non sarebbe un sistema di *common law*, piuttosto la sua forza persuasiva sarebbe basata sulla autorevolezza del giudice che l'ha pronunciata e sulla solidità della linea argomentativa contenuta nella motivazione<sup>150</sup>.

<sup>150</sup> Vedi, però, in senso difforme, con particolare riferimento alle norme processuali, Cass., Sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675, secondo la quale: «L'*overruling* delle Sezioni unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo». Questa giurisprudenza sembrerebbe quasi trattare l'interpretazione delle norme processuali, almeno di quelle della Suprema Corte, come una fonte di diritto. La questione dell'inserimento o meno della giurisprudenza, in particolare della giurisprudenza della Cassazione, tra le fonti del diritto ha un limitato interesse per la presente ricerca. Per approfondimenti si rinvia alla dottrina citata alla nota 145.

Concludendo sul punto, la sentenza che si discostasse dal precedente in maniera grossolana e irragionevole, potrebbe essere censurata per errore di diritto, non perché il risultato di un'attività creativa o volitiva, se in qualche modo tale interpretazione trovi un fondamento nel testo della norma.

Le Sezioni unite individuano altri due tipi di errori possibili, ma anche essi non avrebbero alcun nesso con l'attività creativa del giudice: l'errore sulla individuazione della disposizione da applicare alla fattispecie concreta; l'errore nell'associazione alla fattispecie, correttamente inquadrata, degli effetti giuridici propri di quella disciplina.

La configurazione di eccesso o difetto di potere giurisdizionale con invasione della sfera giuridica propria del potere legislativo sembra proprio essere rara: è più facile che il giudice abbia commesso un errore nel processo identificativo o conoscitivo della disposizione da attuare; in tal caso la sua decisione è impugnabile per violazione di legge e idonea al passaggio in giudicato. Più grave certo dovrebbe essere la sanzione nella rara ipotesi dell'esercizio da parte del giudice di un potere creativo anziché interpretativo, ma la giurisprudenza sul punto è difficile da reperire.

Qualche utile indicazione la si può trovare nella giurisprudenza di Cassazione relativa ai motivi di giurisdizione, per i quali sono sindacabili le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti *ex art. 111 Cost.*

Vi è una significativa sentenza delle Sezioni unite, che fa riferimento ad un caso di difetto assoluto di giurisdizione per aver il giudice amministrativo, nella fattispecie il Consiglio di Stato, esercitato un potere del quale è del tutto privo, in particolare, un'attività di produzione normativa in sostituzione del legislatore europeo, tale da travalicare i limiti esterni della giurisdizione<sup>151</sup>.

<sup>151</sup> Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, in *Foro it.*, 2020, I, 3391 ss., con nota di A. TRAVI, E. CALZOLAIO; in *Giur. Cost.*, 2020, 2521 ss.; in *Guida al diritto*, 2020, n. 43, 39; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, n. 5, 651 con nota di M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*; in *Dir. proc. amm.*, 2021, 134, con nota di G. CUSENZA, *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia: dubbi e criticità*; in *Giur. cost.*, 2020, 2535, con nota di M. FRANCAVIGLIA, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*

La pronuncia oggetto di impugnativa è una sentenza del Consiglio di Stato<sup>152</sup>, con la quale si nega che il concorrente escluso da una gara di appalto per mancato superamento della soglia di sbarramento, che non riesca a dimostrare l'illegittimità della gara sotto questo aspetto, abbia legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili; infatti, egli sarebbe portatore di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara; per cui il Consiglio di Stato non esamina gli altri motivi di ricorso.

La ricorrente impugna la sentenza del Consiglio di Stato denunciando la lesione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, come inteso dalla Corte di giustizia UE in materia. Secondo quest'ultima

Numerosi sono stati i commenti che ha suscitato la pronuncia in questione, tra i quali: G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020; A. CARATTA, G. COSTANTINO, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte Ue. Note a prima lettura di Cass. Sez. un. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 19 ottobre 2020 e in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 57 ss.; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2020, 73 ss.; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il processo*, 2020, 886 ss. e in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, cit., 119 ss.; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; M. CLARICH, *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi - Il Sole 24 ore*, 14 ottobre 2020 - 4 novembre 2020; F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capo di ferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020, n. 5, 675 ss. e in A. Carratta (cur.) *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, cit., 79 ss.; M. SANTISE, *L'eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 14 gennaio 2021. Alla complessa vicenda che coinvolge ben tre supreme corti italiane, la Corte costituzionale, la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, oltre che la Corte di Giustizia UE è stato dedicato il volume A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, cit.

<sup>152</sup> Cons. Stato, Sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606, in *lamministrativista.it*, 8 agosto 2019.

idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale sarebbe la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara<sup>153</sup>.

Dal canto loro, i resistenti eccepiscono l'inammissibilità del ricorso che ritengono diretto a denunciare un vizio dell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato incensurabile dinanzi alle Sezioni unite della Corte di cassazione, perché non riconducibile ad una ipotesi di violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa, ovvero, un motivo inerente alla giurisdizione, ma ad un'ipotetica violazione di legge non rientrante tra i motivi di ricorso per cassazione avverso le giurisdizioni amministrative superiori.

Su questi presupposti si innesta la riflessione della Cassazione intorno ai "motivi inerenti alla giurisdizione" entro i quali è confinato il ricorso in cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti; queste riflessioni costituiscono la base per la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, di tre quesiti pregiudiziali<sup>154</sup>.

Tra le molte delle complicate questioni che riguardano tale vicenda, quella su cui ci si deve concentrare è lo spazio che nella prassi giurisprudenziale ha trovato l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore e le conseguenze a tale vizio collegate.

Partiamo dalla definizione dei motivi inerenti alla giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8 Cost.: due sono le teorie che si contrappongono<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> CGUE, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, in *Foro it.*, 2014, IV, 395; Id., 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, *ivi*, 2016, IV, 324; 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, *ivi*, 2020, IV, 55.

<sup>154</sup> Vedi di seguito nota 170.

<sup>155</sup> Senza pretesa di completezza si rinvia per approfondimento sull'argomento a: E. CANNADA BARTOLI, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX, 295 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, 23 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 197; A. CARPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; R. VILLATA, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*,

Secondo l'impostazione classica il difetto di giurisdizione comprenderebbe: a) il rifiuto di esercizio della potestà giurisdizionale sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto in assoluto di potestà giurisdizionale o che non sia oggetto della giurisdizione dell'organo davanti al quale è stata presentata domanda; b) l'invasione dell'altrui giurisdizione speciale o ordinaria; c) infine, il cosiddetto eccesso di potere giurisdizionale che si ha con lo sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria o speciale nei poteri spettanti ad organi amministrativi o legislativi<sup>156</sup>. Secondo la tesi tradizionale il sindacato della Corte di cassazione si estenderebbe ai presupposti attributivi della tutela giurisdizionale, non al contenuto della medesima, quindi, non agli errori di diritto che il giudice amministrativo compia nel momento in cui elargisca o neghi una certa forma di tutela giurisdizionale. La concezione tradizionale dei limiti esterni della giurisdizione è stata ribadita dalla Corte costituzionale nella nota sentenza<sup>157</sup> che ha dato motivo al rinvio pregiudiziale delle Sezioni unite alla Corte di giustizia.

Accanto all'interpretazione tradizionale è emersa un'interpretazione "evolutiva" che fa rientrare nel sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione anche l'operazione consistente nell'interpretazione della disciplina della tutela, onde verificare se il giudice amministrativo la eroghi correttamente<sup>158</sup>.

2015, 632 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 595 ss.

<sup>156</sup> F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere: III) Eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1.; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 664 ss.

<sup>157</sup> Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 2018, I, 373; in *Giur. it.*, 2018, 704; in *Giur. cost.*, 2018, 104; in *Foro amm.*, 2018, 749; §§ 6 e 11.

<sup>158</sup> Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, cit., § 23.1. La dottrina è stata perlopiù critica nei confronti di questa evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni unite. Vedi in proposito: M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1667 ss.; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, *ivi*, 2013, 367 ss.; R. VILLATA, *Sui "motivi inerenti la giurisdizione"*, cit., 632 ss.; ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 106 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 595 ss.; A. POLICE, F. CHIRICO, *«I soli motivi ineren-*

Tale giurisprudenza ha avuto un certo sviluppo nell'area dell'eccesso di potere per "diniego di giustizia"<sup>159</sup>. Complessivamente, la Corte di cassazione ha riportato ad un problema interpretativo più che creativo la negazione da parte del giudice amministrativo di una certa forma di tutela, anche in ipotesi di astratto e aprioristico rifiuto di prestarla<sup>160</sup>.

*ti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Il processo, 2019, 113 ss. Tra la dottrina che, invece, ha accolto in senso favorevole l'interpretazione evolutiva vedi A. CARRATTA, G. COSTANTINO, G. RUFFINI, Limiti esterni di giurisdizione, cit., 76 ss. Gli autori distinguono tra gli errores in procedendo e in iudicando riguardanti la giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.), che rientrerebbero tra i motivi di giurisdizione, e quelli non riguardanti la giurisdizione, riconducibili al disposto dell'art. 111, comma 7 Cost. Gli autori spiegano che la necessità di superare nell'interpretazione dell'art. 111, comma 8 Cost. e dell'art. 110 c.p.a., i confini tradizionalmente assegnati al ricorso per cassazione ex art. 362, co. 1 c.p.c., deve essere valutata dall'interprete tenendo conto, oltre all'inevitabile differenza testuale tra quest'ultima norma, che in continuità con l'art. 65, comma 1 del r.d. n. 12/1941 sull'Ordinamento giudiziario limita la possibilità di ricorso per cassazione avverso le sentenze dei giudici speciali ai soli motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso, e l'ultimo comma dell'art. 111 Cost., anche della riforma costituzionale avvenuta nel 1999. Dopo tale evento, l'art. 111, comma 8 Cost. andrebbe letto alla luce del primo comma dello stesso articolo, ai sensi del quale «la giurisdizione (id est: quale che sia l'oggetto che si eserciti) si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Per cui, nel sistema antecedente alla modifica costituzionale sarebbe stato ammissibile affermare che ai sensi dell'art. 361, comma 1 c.p.c., il compito assegnato alla Corte di cassazione fosse limitato al controllo del rispetto dei limiti esterni delle diverse giurisdizioni, con esclusione del sindacato sulle modalità di esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice adito. Al contrario, nell'assetto della normativa costituzionale attuale, la nozione di giurisdizione non si risolverebbe nel complesso delle regole che presiedono alla ripartizione del potere giurisdizionale, ma sarebbe necessariamente "innervata" dei principi regolatori del giusto processo; conseguentemente, il sindacato sulla giurisdizione delle sentenze dei giudici speciali dovrebbe estendersi sino a ricomprendere il controllo sull'osservanza dei suddetti principi, a nulla rilevando che i vizi derivanti dalla violazione di tali essentialia iurisdictionis siano sussumibili anche nella categoria degli errores in procedendo ovvero degli errores in iudicando de iure procedendi.*

<sup>159</sup> M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., 127 ss. In proposito anche F. FRANCARIO, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'anno, Treccani*, Roma, 2017, 708 ss.; ID., *Diniego di giurisdizione*, in *Libro dell'anno, Treccani*, Roma, 2019, 1 ss.; ID., *Quel pasticciccio brutto di piazza Cavour*, cit., 79 ss.

<sup>160</sup> M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, tra le varie sentenze prese in considerazione, l'autrice espone e commenta i due casi di denegata giustizia noti, perpetrati in relazio-

In questo contesto si innesta un filone giurisprudenziale più restrittivo, in virtù del quale si potrebbe derogare alla regola della non sindacabilità degli errori di interpretazione della legge processuale o sostanziale del giudice amministrativo da parte della Corte di cassazione solo in caso di radicale stravolgimento del significato delle norme di riferimento, tale da sfociare in una manifesta denegata giustizia<sup>161</sup>. Aderendo a questa linea interpretativa viene accolto un ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato, che nega giustizia per un errore *in procedendo*, in applicazione di una regola processuale interna più limitativa di disposizioni normative UE direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia<sup>162</sup>.

ne a norme di diritto interno. Cass., Sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13559, 13660, 13911, in *Riv. giur. ed.*, 2006, I, 880 ss., con nota di M.A. SANDULLI; Id., 12 agosto 2008, n. 30254, in *Foro amm. CDS* 2008, n. 10, 2639, con nota di F. SATTA, secondo la quale è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto amministrativo debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. Le Sezioni unite qualificano tale questione come un'errata interpretazione della norma che impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata. Analogamente Cass., Sez. un., 12 marzo 2012, n. 3854, con la quale le Sezioni unite hanno dichiarato affette da eccesso esterno dai poteri giurisdizionali le pronunce della Corte dei conti con cui veniva stabilita l'inammissibilità dell'istanza di definizione agevolata della controversia sulla responsabilità amministrativa, avanzata ai sensi dei commi 231-233 dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005 n. 266, in ragione della proposizione dell'appello ad opera della parte pubblica, perché la domanda poteva dichiararsi preclusa solo in difetto dei diversi presupposti indicati dalla legge.

<sup>161</sup> Cass. Sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428, in *Foro amm. CDS*, 2012, n. 10, 2505; Id., 30 ottobre 2013, n. 24468, in *Diritto e giustizia*, 31 ottobre 2013; Id., 4 febbraio 2014, n. 2403; Id., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327; Id., 31 maggio 2016, n. 11380; Id., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Foro it.*, 2017, I, 509; Id., 19 settembre 2017, n. 21620.

<sup>162</sup> Cass., Sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it.*, 2018, I, 1709, in particolare, le Sezioni unite cassano una sentenza del Consiglio di Stato, con la quale lo stesso in materia di appalti pubblici, si era rifiutato di esaminare nel merito un ricorso, in violazione dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 4 luglio 2013 C-100/12, Fastweb. Infatti, in base a tale norma, l'esame del ricorso principale proposto da un concorrente contro l'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente non sarebbe precluso dall'accoglimento del ricorso incidentale

Altra pronuncia<sup>163</sup> di un certo rilievo è quella che da causa alla sen-

con cui si deducesse, fondatamente, che il ricorrente principale non doveva essere ammesso alla gara. L'affermazione di questo principio impedisce che l'aggiudicatario, attraverso la deduzione dell'illegittima ammissione del concorrente, sottragga al sindacato giurisdizionale la legittimità dell'aggiudicazione. L'applicazione di questo principio non viene limitata all'ipotesi di ricorso incidentale contrapposto a ricorso principale, bensì esteso a tutti i casi di ricorso proposto dal concorrente escluso dalla gara, il quale, per l'ordinamento dell'Unione europea, conserva comunque il diritto a ricorrere avverso l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario.

<sup>163</sup> Cass., Sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891, in *Foro it.*, 2016, I, 1667; in *Foro amm.*, 2016, 4, 785. La vicenda riguarda alcuni medici che svolgevano attività remunerata a gettone presso il Policlinico dell'Università Federico II di Napoli. Tali medici proponevano ricorso al giudice amministrativo per vedersi riconosciuti i contributi previdenziali non versati per un rapporto di lavoro svolto prima del 30 giugno 1998, anche se la loro domanda di tutela era successiva al 15 settembre 2000. Essendo il loro rapporto lavorativo rientrante nel pubblico impiego ad essi si applicava l'69, comma 7, del d.lg. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche). Ai sensi di questa disposizione le controversie relative a questioni attinenti al rapporto di lavoro, anteriore al 30 giugno 1998, restavano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora fossero proposte entro il 15 settembre 2000. La norma venne dapprima interpretata nel senso che dopo tale data le controversie fossero devolute al giudice ordinario; successivamente che si trattasse di un termine di decadenza, decorso inutilmente il quale non fosse più possibile chiedere tutela. Dopo il rigetto della domanda da parte del T.A.R. Campania, i medici adivano il Consiglio di Stato (Cons. Stato 30 luglio 2013, n. 4001, Sezione VI giurisdizionale) il quale rigettava l'impugnazione; il Consiglio di Stato sposava la seconda interpretazione della norma e riteneva che la decadenza in questione operasse anche per il diritto alla tutela previdenziale, al pari che per gli altri diritti riconnessi al rapporto di lavoro. Nel frattempo altri medici si rivolgevano alla Corte europea dei diritti dell'uomo. La CEDU con due sentenze del 4 febbraio 2014 (Mottola ed altri c. Italia, ruolo n. 29932/07; Staibano ed altri c. Italia, ruolo n. 29907/07) concludeva che la legge italiana, nel fissare la detta decadenza avesse posto un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato. La Corte rilevava che la giurisprudenza, del giudice civile e di quello amministrativo, si era evoluta nel senso che la decadenza comminata aveva carattere sostanziale, con il conseguente difetto assoluto di giurisdizione e la definitiva perdita del diritto di coloro che non avessero agito prima del 15 settembre 2000. In considerazione del fatto che il diritto alla pensione, pur dando luogo ad un credito di prestazione, avrebbe costituito un bene della persona ove stabilmente riconosciuto, la Corte riteneva violati l'art. 6, comma 1, della Convenzione e l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1. In base a questi presupposti, i medici che si erano visti respinto l'appello dal Consiglio di Stato, impu-

tenza della Corte costituzionale 6/2018. Prima di rimettere al Giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale di una norma interna che prevedeva un termine di decadenza in contrasto con il diritto dell'UE, come interpretato dalla CEDU, le Sezioni unite si pongono il problema dell'ammissibilità o meno del ricorso *ex art. 111*, comma 8 avverso la sentenza del Consiglio di Stato. Ad essere censurata, infatti, è proprio l'interpretazione che il Consiglio di Stato dà di una disposizione nazionale, che si risolve in un diniego di giurisdizione in violazione dell'art. 6 della CEDU.

Preliminarmente le Sezioni unite sottolineano come si sia sviluppata una nozione di "limite esterno" collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere in senso dinamico, nel senso cioè dell'effettività della tutela giurisdizionale. Per cui sarebbe norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. In quest'ottica il giudizio rimesso alle Sezioni unite sarebbe uno strumento per garantire «una concreta tutela giudiziale, esercitata secondo i canoni del giusto processo»<sup>164</sup>.

Da tali premesse sembrerebbe che la Corte legittimi un controllo generale sulle modalità di esercizio della tutela giurisdizionale, rendendo labile il confine tra difetto di giurisdizione e la violazione di legge, più che altro processuale, ma le sue affermazioni di principio vengono molto ridimensionate nel proseguo della pronuncia. Venendo al caso di specie, la Cassazione vorrebbe evitare che il provvedimento giudiziario impugnato, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale, alla quale lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione. Tale situazione rientrerebbe in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdi-

gnavano la pronuncia negativa davanti alle Sezioni unite della Corte di cassazione perché ritenevano affetta dal vizio di diniego di giurisdizione, come evidenziato dalla CEDU e ponevano l'eccezione di legittimità costituzionale dell'69, comma 7, del d.lg. n. 165/2001, così come interpretato dal Consiglio di Stato. La Corte di cassazione adita ritiene fondata la questione di legittimità costituzionale.

<sup>164</sup> Cass., Sez. un., 8 aprile 2016, n. 6891, cit., § 14.

zionale *per errores in indicando* o *in procedendo* e dando luogo al superamento del limite esterno.

La posizione della Corte di cassazione viene criticata dalla Corte costituzionale. Quest'ultima respinge la questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta e coglie l'occasione per respingere la tesi sposata nell'ordinanza di rimessione. Nel ribadire i confini tradizionali dei motivi di giurisdizione<sup>165</sup>, afferma che compete agli organi di vertice di ciascuna giurisdizione il controllo sulla correttezza delle valutazioni in diritto e in fatto necessarie per decidere la controversie; il modo in cui tale controllo in concreto viene esercitato da parte degli organi di vertice delle giurisdizioni speciali non potrebbe essere a sua volta oggetto di sindacato da parte della Corte di cassazione; salvo i casi di astratta negazione della tutela giurisdizionale<sup>166</sup>. Inoltre, il giudice di legittimità sottolinea che non sarebbe affatto chiaro se il tipo di controllo suggerito dalle Sezioni unite in sede di ricorso per motivi di giurisdizione sia giustificato nei soli casi di violazione di norme dell'Unione europea o della CEDU<sup>167</sup>. Né potrebbe avere alcuna rilevanza il dato quantitativo della violazione ovvero che si sia in presenza di uno "stravolgimento" delle norme di riferimento, tali da dare luogo a sentenze anomali o abnormi.

<sup>165</sup> Corte cost., 18 febbraio 2018, n. 6, cit., §§ 11-16.

<sup>166</sup> Così anche: Cass., Sez. un., 29 marzo 2017, n. 8117; Id., 6 giugno 2017, n. 13976, in *Diritto e giustizia*, 8 giugno 2017; Id., 19 settembre 2017, n. 21617, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 240 ss.

<sup>167</sup> La Corte costituzionale non nega che esista il problema di porre rimedio ad interpretazioni di norme interne da parte delle Corti delle giurisdizioni speciali in contrasto con il diritto dell'EU e della CEDU, specialmente nell'ipotesi di sopravvenienza di una contraria decisione delle Corti sovranazionali; tuttavia, essa ritiene che a tale inconveniente debba porre rimedio il legislatore, eventualmente anche con la previsione di un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c. Critico nei confronti della prospettata soluzione A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, cit., 47 ss. in particolare 51 s., il quale mette in evidenza come questa via sia difficilmente praticabile in caso di contrasto della giurisprudenza interna con precedente giurisprudenza delle Corti sovranazionali. Senza contare che tale rimedio non consentirebbe di adire un giudice diverso, ma porrebbe nelle mani della stessa Corte speciale il contrasto interpretativo.

La giurisprudenza di Cassazione che segue alla sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018 si conforma al dettato di quest'ultima<sup>168</sup>.

Successivamente, tuttavia, le Sezioni unite<sup>169</sup> ritornano sul punto, alzando il tiro e coinvolgendo con un rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia<sup>170</sup>, essenzialmente per cercare di superare la giurisprudenza

<sup>168</sup> Cass., Sez. un., 17 dicembre 2018, n. 32622; Id., 19 dicembre 2018, n. 32773; Id., 16 maggio 2019, n. 13243; Id., 11 novembre 2019, n. 29085; Id., 6 marzo 2020, n. 6460.

<sup>169</sup> Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, cit.

<sup>170</sup> I tre quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte di giustizia sono articolati in maniera estremamente complessa e in sostanza riguardano: (a) la conformità all'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della prassi interpretativa degli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo, quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto "difetto di potere giurisdizionale", non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (b) la conformità all'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, TFUE della prassi giurisprudenziale che esclude il ricorso per cassazione contro sentenze del Consiglio di Stato che abbiano deciso vertenze rilevanti per l'applicazione del diritto dell'Unione, omettendo senza ragione il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario; (c) la conformità ai principi del diritto dell'Unione affermati dalla Corte di giustizia dell'orientamento accolto dal Consiglio di Stato sulla carenza di legittimazione dell'impresa esclusa a contestare l'esito della gara.

La Corte di giustizia, interpellata (Corte giust., 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia* sulla quale si vedano: C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle Sezioni unite della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, 12; R. BARATTA, *La postura non intrusiva della sentenza Randstad*, in *SIDI Blog*, 2022; P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in *BlogDUE*, 2022; P. BIA-

nazionale contraria all'interpretazione evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost., dell'art. 360, comma 1, n. 1, dell'art. 362 c.p.c., comma 1 e dell'art. 110 codice del processo amministrativo.

La Corte di cassazione in quest'ultima pronuncia non si pone esattamente sulla stessa scia della precedente giurisprudenza: il giudice nazionale che faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con il diritto dell'Unione applicabili nella controversia, come interpretato dalla Corte di giustizia, eserciterebbe un potere giurisdizionale del quale sarebbe del tutto privo; infatti, si tratterebbe di un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione, per aver compiuto il giudice un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale. La Corte distingue tra la violazione della legge nazionale, ove l'erronea interpretazione è pur

VATI, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2022) risponde negativamente alle sollecitazioni delle Sezioni unite. La Corte premette che spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, a condizione, tuttavia, che tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione (principio di effettività). Di seguito, esaminando l'art. 111, comma 8, Cost. secondo l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, si esclude che esso leda il principio di equivalenza perché limita, con le medesime modalità, la competenza della Corte Suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso pronunce del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione. Per quanto riguarda il principio di effettività, si aggiunge che è perfettamente ammissibile che lo Stato membro interessato conferisca al suo supremo organo della giustizia amministrativa la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, sulla controversia di cui trattasi e di impedire, di conseguenza, che quest'ultima possa ancora essere esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione dinanzi all'organo giurisdizionale supremo dello stesso Stato. Quindi, spetterebbe al supremo giudice amministrativo disapplicare una norma o un'interpretazione giurisprudenziale della norma ostativa al diritto dell'Unione; in difetto, i singoli, che siano stati eventualmente lesi per la violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, possono far valere la responsabilità del relativo Stato membro.

sempre riferibile a un organo giurisdizionale emanazione della sovranità dello Stato, dalla violazione del diritto UE. Nelle controversie regolate dal diritto dell'Unione lo Stato avrebbe rinunciato all'esercizio di sovranità, esercitata dall'Unione tramite giudici nazionali; tuttavia, a questi ultimi non sarebbe data la funzione nomofilattica, riservata ai giudici dell'Unione, ma solo il potere di applicare il diritto dell'Unione<sup>171</sup>.

È stato giustamente notato che il rifiuto radicale di giustizia, nella specie di arretramento dell'obbligo di fornire tutela giurisdizionale a una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, è un genere di eccesso di potere giudiziario nei confronti del potere legislativo, la cui configurazione dovrebbe prescindere dal dato che il vuoto di tutela sia creato in contrasto con il diritto UE o con il quadro legislativo interno<sup>172</sup>. Così configurato questo vizio rientrerebbe a pieno titolo

<sup>171</sup> Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, cit., §§ 32-33. Alla base di questa impostazione vi sarebbe la costruzione riconducibile all'accettazione dei Trattati da parte degli Stati membri, in virtù della quale vi sarebbe un rapporto di complementarietà tra giudice dell'Unione e giudice nazionale: al primo sarebbe affidata la funzione nomofilattica, mentre al secondo il compito di applicare in maniera uniforme il diritto dell'Unione. Strumento indispensabile per garantire questo equilibrio sarebbe il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ogniqualvolta al giudice nazionale si presentino dei dubbi interpretativi sul diritto UE. Per approfondimenti si rinvia a R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Milano, 2020, 304 ss.; ID., *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee*, in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, cit., 27 ss.

<sup>172</sup> M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit., 147 s. Critico nei confronti di questa pronuncia anche A. PROTO PISANI, *Attentato delle S.U. all'art. 111 ultimo comma della Costituzione? Su Cass. S.U. 19598/2020*, in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, cit., 111 ss., in particolare 114 s. il quale rileva come tra i tradizionali motivi inerenti alla giurisdizione rientrino: l'errata qualificazione come interesse di fatto, non meritevole di tutela giurisdizionale di una situazione giuridica; ovvero all'opposto, come situazione meritevole di tutela di un interesse di mero fatto. In questa situazione, ad opinione dell'autore, le Sezioni unite avrebbero potuto cassare la sentenza del Consiglio di Stato, chiudere il processo davanti a sé e rimettere al giudice amministrativo la decisione sull'esistenza in concreto della situazione soggettiva qualificata da esse giuridicamente protetta alla stregua del diritto europeo. Ciò senza che nessuna differenza ci sia tra questo caso e quello in cui la situazione soggettiva fosse rinvenuta nel diritto interno.

anche nella nozione tradizionale di motivi inerenti alla giurisdizione.

In ogni caso, ai nostri fini deve essere notato che, anche quando si materializzi un vizio qualificato come eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore, la sanzione prospettata avverso sentenze del Consiglio di Stato è l'annullabilità<sup>173</sup>, non la nullità assoluta e insanabile, né tantomeno l'inesistenza.

A conclusione di questa rassegna giurisprudenziale e dottrinale non si può che ribadire la rarità di questo caso di eccesso di potere giurisdizionale: il giudice si dovrebbe comportare come legislatore e come tale affermare o negare aprioristicamente una tutela senza nessun aggancio normativo, senza che essa possa essere tratta dai principi generali o possa scaturire da un'operazione analogica, insomma, sconfinandolo nel diritto libero<sup>174</sup>. Tali affermazioni di principio, possono essere al massimo reperite in sentenze delle corti supreme. Il concretarsi di siffatte ipotesi dovrebbe dare luogo ad una nullità assoluta/inesistenza, perché si tratta di un'attività creativa contraria ai principi generali dell'ordinamento giuridico; tuttavia, è difficile immaginare che davanti ad un qualsiasi giudice del merito possa essere fatto valere tale grave vizio e dichiarata nulla/inesistente una sentenza del Consiglio di Stato ovvero della Corte dei conti, o ancor peggio della Corte di cassazione.

Nella maggior parte dei casi si tratterà di violazioni anche gravi di legge: il problema si ha quando dagli errori di interpretazione o errori di diritto in generale derivino provvedimenti fuori dal sistema.

#### 4. Il provvedimento abnorme per carenza assoluta di potere

Andiamo, a questo punto, ad esaminare singolarmente le tre categorie enunciate all'inizio.

La prima categoria si riferisce a provvedimenti emessi in un conte-

<sup>173</sup> Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598, cit., § 36, dove si parla dell'esigenza di «scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione».

<sup>174</sup> È un po' la differenza che faceva Macro (D. 49, 8, 1, 2) tra sentenza *contra ius constitutionis* e *contra ius litigatoris*, sulla quale si rinvia al cap. I, § 7.

sto in cui il soggetto che li ha assunti, pur essendo un giudice, non ha potere giurisdizionale di adottarli.

Una prima serie di sentenze riguarda provvedimenti emessi da un giudice privo in concreto di potestà giurisdizionale, perché adotta il provvedimento a procedimento chiuso o quando il procedimento è legittimamente traslato davanti ad altro giudice, quindi, si è concluso davanti a lui: in altre parole, il provvedimento viene emesso al di fuori di un processo attuale<sup>175</sup>.

Vi sono vari esempi di pronunce della Corte di cassazione che fanno riferimento ad ipotesi di mancanza di potere del giudice.

Un primo caso<sup>176</sup> può essere considerato quello di una sentenza definitiva emessa dal giudice d'appello dopo che la Corte di cassazione aveva cassato con rinvio una sentenza non definitiva; con quest'ultima il giudice di appello stesso aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado e disposto la prosecuzione del giudizio innanzi a sé. La pronuncia della Corte di cassazione avrebbe determinato l'inefficacia sopravvenuta dell'attività istruttoria svolta e la cessazione della *potestas iudicandi* del giudice d'appello. Perciò, la sentenza definitiva sarebbe stata emessa al di fuori del procedimento, perché esso proseguiva altrove, davanti ad altro giudice avente *potestas iudicandi*. Di qui la definizione del vizio della sentenza "inesistenza per abnormità"; tale vizio secondo la Corte potrebbe essere denunciato in ogni momento con una azione di accertamento ed essere fatto valere anche con i mezzi ordinari di impugnazione, per l'interesse concorrente della parte e del sistema ad espellere dall'ordinamento un provvedimento abnorme.

In un caso analogo al precedente, è stato giudicato abnorme<sup>177</sup> il decreto con cui un giudice ha dichiarato estinto il giudizio di opposizione e di conseguenza esecutivo un decreto ingiuntivo, nonostante si fosse spogliato del potere di decidere la causa e avesse rimesso le parti davanti ad altro giudice dello stesso tribunale della sezione del lavoro. Il provvedimento viene dichiarato nullo e impruduttivo di qualunque effetto, ma contro di esso implicitamente viene riconosciuta la possibi-

<sup>175</sup> N. GIUDICEANDREA, *Appunti sull'inesistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, cit., 87.

<sup>176</sup> Cass. 14 gennaio 2015, n. 488, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

<sup>177</sup> Cass. 19 luglio 2016, n. 14790, *Giust. civ. Mass.*, 2016.

lità di appello, mentre non si fa menzione della possibilità di agire in via autonoma per far accertare tale invalidità.

In un'altra pronuncia, invece, la Corte distingue tra il caso di ordinanza di convalida di sfratto che sia emessa fuori delle ipotesi previste e il caso di assoluta carenza di potere giurisdizionale, dovendosi proporre nell'un caso l'appello e nell'altro la *quaerela nullitatis*. Non sarebbe, invece, dato in nessuno dei due casi ricorso straordinario in cassazione<sup>178</sup>.

Abnorme, effetto da inesistenza giuridica, da far valere in ogni tempo è stato ritenuto il provvedimento emesso sulle domande successive, dopo che il giudice ha pronunciato sentenza definitiva; infatti, con la pubblicazione della sentenza si dovrebbe considerare il potere di giurisdizione esaurito in relazione a quella controversia<sup>179</sup>. Nella fattispecie, dopo la decisione di una causa di opposizione a decreto ingiuntivo, il tribunale ha deliberato con decreto lo svincolo di una fideiussione. Pur trattandosi di un provvedimento abnorme-inesistente, la Corte ha applicato il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e considerato con una finzione il provvedimento come di correzione degli errori materiali, per concludere, però, che non sussistessero i presupposti perché esso fosse valido. Infatti, la Corte ha precisato che il suddetto decreto non integrava la sentenza nella sua parte mancante, perché essa non conteneva alcun riferimento alla fideiussione né alcun accertamento in ordine alla doverosità della restituzione della somma pagata, attraverso il meccanismo dello svincolo della fideiussione prestata a garanzia, appunto, di una tale restituzione. In virtù del suddetto principio, il provvedimento abnormemente decisorio avrebbe potuto essere censurato o attraverso le impugnazioni ordinarie o attraverso l'*actio nullitatis* in ogni tempo, ma non con ricorso straordinario in cassazione. Da sottolineare come in questa sentenza<sup>180</sup> si distingue l'«anomalo percorso procedimentale adottato», integrante eventualmente nullità, dall'abnormità vera e propria che sarebbe irrecuperabile.

Un caso problematico è quello del provvedimento con il quale il giudice aveva liquidato a parte il compenso del consulente tecnico,

<sup>178</sup> Cass. 24 dicembre 2006, n. 22825, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10.

<sup>179</sup> Cass., 28 dicembre 2009, n. 27428, *Giust. civ. Mass.*, 2009, n. 12, 1755.

<sup>180</sup> Cass., 28 dicembre 2009, n. 27428, cit.,

dopo aver chiuso con sentenza il processo nel corso nel quale si era svolta la c.t.u. Il ragionamento che ha fatto la Corte è il seguente<sup>181</sup>. Nel momento in cui il giudice definisce il giudizio con sentenza e in essa provvede sulle spese processuali, egli si spoglia del potere decisorio; conseguentemente, sarebbe abnorme il provvedimento che, a giudizio chiuso, liquida a parte le spese di un suo ausiliario. Quest'ultimo, essendo un atto reso da un giudice in carenza di potere e idoneo a incidere in modo definitivo su posizioni di diritto soggettivo, non sarebbe opponibile ai sensi dell'art. 170 D.P.R. n. 115/2002, ma impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione ex art. 111 Cost., da proporre nel rispetto del termine di cui all'art. 327 c.p.c. Allo stesso modo dovrebbe essere impugnabile il provvedimento negativo sul diritto del consulente ad avere il proprio compenso o un ulteriore compenso, emesso a processo chiuso, seppur in passato la Corte<sup>182</sup> abbia espresso dubbi in proposito. Infatti, essa ha rilevato come il provvedimento negativo, adottato in carenza di potere, fosse contestabile solo con il mezzo suo proprio<sup>183</sup>; perciò, non essendo un provvedimento definitivo, non sarebbe impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione. Ebbene, su questo secondo tipo di provvedimento la più recente giurisprudenza della Suprema Corte tace. In ogni caso, nonostante la chiusura del procedimento di merito e il passaggio in giudicato della relativa sentenza, la Corte specifica che l'ausiliario di giustizia non sarebbe pregiudicato nei suoi diritti perché avrebbe sempre la possibilità di adire autonomamente il giudice competente per la liquidazione di quanto a lui dovuto, in via ordinaria o mediante ricorso per decreto ingiuntivo.

Diverse incongruità si notano in queste pronunce. In primo luogo, il provvedimento è qualificato come abnorme e impugnabile, ma non invalidabile in ogni momento attraverso azione autonoma, per cui in qualche modo idoneo ad acquisire stabilità del giudicato; mentre la

<sup>181</sup> Cass. 28 agosto 2017, n. 20478, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, 509 con nota di M. BIASI; conforme a Cass. 31 dicembre 2009, n. 28299.

<sup>182</sup> Cass. 31 marzo 2006, n. 7633, in *Giust. civ.*, 2007, I, 933 ss., con nota di R. TISCINI, *Liquidazione del compenso del consulente tecnico, procedimento di opposizione e ricorso straordinario in cassazione*.

<sup>183</sup> In passato era il ricorso ex art. 11 l. 319/1980, sostituito da opposizione ex art. 170 D.P.R. 115/2002.

supposta carenza di potere del giudice dovrebbe far concludere per un'abnormità/inesistenza. Inoltre, non è concepibile che due provvedimenti relativi alla stessa situazione sostanziale vengano trattati in maniera differente a seconda che il loro contenuto sia di segno positivo piuttosto che negativo.

Preliminarmente, si può proprio dubitare che un tale provvedimento costituisca un esempio di provvedimento abnorme. Gli artt. 168, comma 1 e 170 del D.P.R. n. 115/2001 disegnano un procedimento sommario decisorio, che a seguito di opposizione si conforma al modello del processo sommario di cognizione oggi rito semplificato (art. 15 d.lgs. n. 150/2011); la disciplina, che per molti versi è lacunosa, attribuisce la competenza ad emettere il decreto di pagamento al "magistrato che procede", senza specificare niente altro (art. 168, co. 1); non sembra essere necessaria un'apposita istanza dell'interessato. Nelle sentenze citate<sup>184</sup> la Cassazione limita la portata di questa disposizione riconoscendo il potere di liquidare il compenso dei propri ausiliari al giudice competente per il merito, ma solo fino a che egli non definisca il processo con sentenza, nella quale contestualmente decida sulle spese.

Per la verità, nel silenzio della legge, nessuna preclusione sembra esserci a che il giudice provveda sulle spese del proprio ausiliario o a che integri quelle già liquidate con un successivo provvedimento, con forma di decreto e opponibile ai sensi dell'art. 170 D.P.R. n. 115/2002. Il provvedimento non farebbe che completare il disposto della sentenza, al termine di un'appendice del processo di merito. Non un caso unico, basti pensare nel giudizio di divisione al decreto o sentenza che provvede all'assegnazione delle quote materiali in caso di sorteggio e liquida le spese, complessive del procedimento o almeno quelle relative a quest'ultima fase procedimentale (art. 195 disp. att. c.p.c.): un'appendice di natura esecutiva o attuativa, dopo l'ordinanza o sentenza definitiva che provvede allo scioglimento della comunione *ex art.* 789 c.p.c.

Va fatta un'ultima precisazione su tale decreto, secondo l'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione, ricorribile in cassazione *ex*

<sup>184</sup> Cass., 31 marzo 2006, n. 7633, cit.; Id. 31 dicembre 2009, n. 28299; Id. 28 agosto 2017, n. 20478, cit.

art. 111, comma 7, Cost. se emesso dopo la sentenza di merito<sup>185</sup>. Seguendo la ricostruzione compiuta, è preferibile ritenere che il mezzo di contestazione proprio sia l'opposizione, con una precisazione. Il procedimento di opposizione si svolge secondo le forme dell'abrogato procedimento sommario di cognizione, oggi sostituibile con la disciplina del procedimento semplificato, e si conclude con ordinanza, oggi sentenza, non appellabile (art. 15, comma 6, d.lgs. 150/2011); partendo dal presupposto che si tratti un provvedimento decisorio su diritti, analogamente all'ordinanza che definisce le controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato, esso dovrebbe essere impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione<sup>186</sup>.

Insomma, sarebbe estraneo al sistema un provvedimento con il quale il giudice dopo essersi spogliato del potere decisorio tornasse su questioni di merito non risolte; tale non sarebbe, invece, un meccanismo graduale che gli consenta di liquidare dopo la decisione della causa i compensi dei suoi ausiliari, cioè di provvedere su diritti di credito nati nel corso del procedimento: il giudice potrebbe preoccuparsi di decidere il prima possibile il merito nell'interesse delle parti e riservarsi in un momento successivo di provvedere su tali spese, per la necessità ad esempio di eseguire calcoli complicati, magari a causa della complessità della prestazione prestata dal c.t.u.

Se il processo è il luogo deputato all'esercizio della giurisdizione, ne consegue il giudice, pur dotato in astratto di potere giurisdizionale, non può essere considerato come esercitante un'attività giurisdizionale quando non pende più un procedimento davanti lui. Se viene emesso un provvedimento in questo contesto, quest'ultimo non può che essere inesistente, conseguenza di una serie procedimentale non più sorretta dalla domanda di parte, perché il processo, al termine della quale le parti si aspettano la decisione del giudice, si sta svolgendo o si dovrebbe svolgere altrove o si è già svolto. Manca di fatto la sola sede della giurisdizione con tutte le sue garanzie.

<sup>185</sup> Cass. 28 agosto 2017, n. 20478, cit.

<sup>186</sup> Cass., 14 febbraio 2022, n. 4665, cit.

Queste stesse conclusioni ha raggiunto la giurisprudenza nei casi in cui la decisione del giudice non è supportata da una domanda di parte fin dall'inizio<sup>187</sup>.

Un caso risalente e assai noto è quello dei decreti di acquisizione del giudice delegato emessi nei confronti di terzi, nonostante la contestazione degli stessi, che vantino diritti incompatibili con il fallimento.

Questo tipo di provvedimenti è stato frutto in origine di un'attività creativa della giurisprudenza. L'art. 25 ante riforma al comma 1, n. 2 prevedeva genericamente che il giudice delegato «emette(sse) o provoca(sse) dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio»<sup>188</sup>. Partendo dalla base del pignoramento generale del patrimonio del fallito tramite la sentenza dichiarativa di fallimento, la giurisprudenza aveva ammesso, tra le attività del giudice

<sup>187</sup> Il principio della domanda è uno dei cardini del nostro ordinamento giuridico processuale, baluardo della terzietà del giudice ed espressione del fondamento della giurisdizione civile. In virtù di esso non può essere attivato uno strumento processuale a tutela di una situazione giuridica sostanziale senza l'atto di impulso del suo titolare o di chi è legittimato a farla valere per suo conto, salvo che non sia possibile procedere d'ufficio; in questi ultimi eccezionali casi ci deve essere un'astratta previsione del legislatore che abbia ponderato interessi privati e pubblici o di rilevanza superindividuale e sulla base di essi deciso di derogare alla regola generale. Sul principio della domanda vedi: A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, vol. II, 1, 3 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, *ivi*, vol. II, 2, 1051 ss.; G. VERDE, voce *Domanda (principio della): I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1991, vol. VII, 68 ss.; A. CARRATTA, *Commento all'art. 112*, in A. Carratta, M. Taruffo, *I poteri del giudice*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 12 ss.

<sup>188</sup> C. CELORIA, P. PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, cit., vol. II, 203 ss.; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976, 210; F.P. LUISO, *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 817 ss.; R. MASSARO, *Provvedimenti coattivi nei confronti dei terzi*, in *Fall.*, 1994, 1079 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 122; E.F. RICCI, *Ancora sull'impugnazione dei decreti del giudice delegato*, in *Fall.*, 1994, 903 ss. in particolare 910; ID., *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1997, vol. I, 288 ss.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1996, 117, nota 23; G.C. DE VIRGILIIS, *Il fascino discreto del decreto di acquisizione*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, 408 ss.; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 218 ss.

delegato dirette a staggire il patrimonio dell'impresa fallita, specifici provvedimenti volti a disporre l'apprensione e l'inventariazione di beni del fallito che si trovassero presso terzi, soggetti al pari degli altri a vincolo di indisponibilità.

Il potere del giudice delegato era escluso in presenza di una rivendica da parte del terzo possessore di un proprio diritto esclusivo; in tale caso si sarebbe dovuto promuovere un'ordinaria azione civile, dato che al di fuori delle ipotesi tassativamente previste il giudice delegato non poteva adottare provvedimenti incidenti su diritti soggettivi dei terzi. I provvedimenti emessi in violazione dei suddetti limiti venivano considerati giuridicamente inesistenti perché emessi in assoluta carenza di potere del giudice delegato. Tale radicale nullità avrebbe potuto essere fatta valere in ogni tempo con un'ordinaria azione di accertamento, non con ricorso straordinario in cassazione<sup>189</sup>; nullo e assolutamente inidoneo a qualunque stabilità sarebbe stato anche il provvedimento reso in sede di reclamo *ex art. 26 legge fall.* avverso il decreto di acquisizione, che avrebbe preso il posto di quest'ultimo<sup>190</sup>.

L'art. 25 della legge fallimentare è stato ampiamente riformato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; al comma 1, n. 2 il legislatore ha recepito l'elaborazione giurisprudenziale stabilendo che il giudice delegato emetta i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione<sup>191</sup>. Tale disposizio-

<sup>189</sup> Cass., Sez. un., 9 aprile 1984, n. 2258, in *Fall.*, 1985, 1201; Id., 9 aprile 1984, nn. 2259 - 2270, in *Giur. comm.*, 1985, II, 155; Id., 15 gennaio 1985, n. 71, in *Fall.*, 645; Id., 16 luglio 1985, n. 4180, *ivi*, 1986, 41; Id., 6 ottobre 1988, n. 5408, *ivi*, 1989, 271; Id., 6 aprile 1992, n. 4214, *ivi*, 1992, 705; Id., 4 febbraio 1993, n. 1403, *ivi*, 1993, 526; Id., 2 gennaio 1995, n. 2, *ivi*, 1995, 1092; Id., 12 settembre 1996, n. 8004, *ivi*, 1997, 486; Id., 14 luglio 1997, n. 6353, *ivi*, 1998, 178.

<sup>190</sup> Cass., 22 ottobre 1992, n. 11537, in *Fall.*, 1993, 495, in particolare la sentenza fa riferimento al decreto emesso in sede di reclamo avverso il decreto del giudice delegato, che aveva disposto l'apposizione di sigilli su tutti i beni del fallito, compresi quelli concessi in locazione a terzi.

<sup>191</sup> L. ABETE, *Acquisizione del patrimonio e tutela dei diritti dei terzi*, in M. Fabiani, A. Patti (cur.), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 93 ss.; U.G. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 157 ss.; V. VITALONE, *Gli organi della procedura*, in V. Vitalone, S. Chimenti, R. Riedi, *Il diritto processuale fallimentare*, Torino, 2010, 89 ss., in particolare 98 s.

ne è rimasta sostanzialmente invariata nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dove è stata riprodotta all'art. 123, comma 1, n. 2<sup>192</sup>.

Pur essendo mutato il sistema di apposizione dei sigilli, che non richiede più la previa autorizzazione del giudice delegato, ma viene affidata direttamente al curatore, nondimeno è necessario un decreto del giudice delegato per l'apprensione di beni che si trovano nella disponibilità dei terzi. Il potere del giudice di acquisizione è escluso: quando il terzo vanta un diritto reale o personale sul bene opponibile alla procedura, ma anche quando contesti l'acquisizione non opponendo null'altro che la sua materiale disponibilità del bene (*possideo quia possideo*)<sup>193</sup>. Rimanendo fermo il principio che il giudice delegato non può incidere sui diritti dei terzi al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge<sup>194</sup>, se si vuole conseguire un risultato utile per la procedura è necessario che il curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, intraprenda l'azione di cognizione su misura.

In una recente sentenza la Corte di cassazione<sup>195</sup> ha precisato che l'inesistenza del provvedimento emesso dal giudice delegato ai sensi

<sup>192</sup> A.M. TEDOLDI, *Commento all'art. 123*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, 7ª ed., Milano, 2023, 924 ss.

<sup>193</sup> L. ABETE, *Acquisizione del patrimonio e tutela dei diritti dei terzi*, cit., 98 ss.; A.M. TEDOLDI, *Commento all'art. 123*, cit., 925, il quale sembra ipotizzare la natura latamente cautelare di tali provvedimenti, nel momento in cui specifica che un decreto di acquisizione di un bene alla massa può essere pronunciato esclusivamente quando sia pacifica l'appartenenza del bene stesso al patrimonio separato e si tratti soltanto di farne ottenere il possesso alla curatela, sussistendo il concreto e incombente pericolo di una sua perdita o distrazione.

<sup>194</sup> Cass., 6 dicembre 2006, n. 26172, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 12.

<sup>195</sup> Cass., 24 gennaio 2023, n. 2058, in *IUS Crisi d'impresa*, 18 maggio 2023, con nota di F. SIGNORELLI; in *Fall.*, 2023, 1060 ss., con nota di V. SALVATO, *Abnormità del provvedimento del giudice delegato ex art. 25 legge fall. di acquisizione di somme in possesso di terzi, di cui è contestata la spettanza al fallimento e rimedi esperibili. Contra* la precedente Cass., 5 luglio 2018, n. 17648, secondo la quale il decreto di acquisizione emesso, nonostante il terzo dissenziente, deve ritenersi giuridicamente inesistente, per carenza assoluta del relativo potere, con la conseguenza che avverso il medesimo, non suscettibile di acquistare autorità di giudicato, non è esperibile il ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., restando in facoltà di qualsiasi interessato di farne valere, in ogni tempo ed in ogni sede, la radicale nullità e inidoneità a produrre effetti giuridici.

dell'art. 25, n. 2 legge fall. nonostante la contestazione del terzo, può essere fatta valere non solo in ogni tempo, mediante un'azione di accertamento negativo, ma anche con la tempestiva attivazione dei normali mezzi di impugnazione, che costituiscono rimedi alternativi all'*actio nullitatis*. Inoltre, si specifica che in base al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, per stabilire la natura di un provvedimento è necessario avere riguardo non già alla sua forma esteriore o alla denominazione adottata, bensì al suo contenuto sostanziale ed all'effetto giuridico che esso è destinato a produrre. Andiamo a vedere come viene applicato questo principio.

La vicenda riguarda una società terza rispetto al fallimento che sostiene di aver accreditato per errore una somma sul patrimonio del fallimento; la somma viene successivamente riaccredita dal fallimento alla società con bonifico; il giudice delegato con provvedimento emesso ai sensi dell'art. 25, comma 1, n. 2, legge fall., *inaudita altera parte*, acquisisce la somma dal conto corrente del terzo, dichiarando l'inefficacia ai sensi dell'art. 44 legge fall. del bonifico della società fallita.

Il tribunale al quale viene proposto il reclamo contro detto decreto lo rigetta; infatti, reputa legittimo da parte del giudice delegato ai sensi dell'art. 25, n. 2 legge fall. l'esercizio del potere di acquisizione al fallimento di beni sopravvenuti con finalità conservativa, potere sussistente a fortiori nei confronti di atti di disposizione inefficaci e inopponibili alla procedura.

Interessante è che il tribunale fallimentare richiama una differente giurisprudenza rispetto a quella classica sui decreti di acquisizione: lo spossessamento del fallito, ai sensi dell'art. 42 legge fall., colpirebbe tutti i beni rinvenuti nella sua disponibilità a qualsiasi titolo alla data del fallimento, giustificando l'acquisizione di essi alla massa attiva in via diretta, se effettivamente a lui appartenenti, o mediante sigillatura, se si tratti di beni rinvenuti presso il fallito ma di terzi che, in quella sede, non abbiano svolto contestazioni. Vi sarebbe l'onere per il terzo opponente di esperire lo strumento generale della rivendica, *ex art. 103 legge fall.*, dando vita ad un ordinario giudizio di cognizione; ne deriverebbe l'inammissibilità del reclamo, proposto *ex art. 26 legge fall.*, avverso il decreto di acquisizione emesso dal giudice delegato re-

lativamente a beni nella disponibilità del fallito, con contestazione dei terzi<sup>196</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza addotta dal tribunale a sostegno della sua tesi, non calza perfettamente al caso in commento, che si occupa di una somma di denaro nella disponibilità diretta del terzo, non del fallito; solo attraverso la dichiarazione dell'inefficacia di un'operazione bancaria, essa rientrerebbe nel patrimonio concorsuale: quindi, si richiede un passaggio attraverso un ulteriore giudizio di merito, oltre al requisito della non contestazione del terzo.

Il decreto del tribunale viene impugnato in cassazione, denunciando l'abnormità della decisione del giudice delegato e, di conseguenza, del tribunale che ha rigettato il ricorso contro di essa.

La Corte di cassazione accoglie il ricorso e qualifica come abnorme e inesistente il provvedimento del giudice delegato, emesso oltre i limiti di legge, incidendo illegittimamente su diritti di terzi. Nel caso di specie, si sarebbe dovuto introdurre un procedimento ordinario per la declaratoria di inefficacia del giroconto *ex art. 44 legge fall.* da parte del fallimento in persona del curatore. La Corte, pur non dicendo nulla di esplicito sul punto, sembra ritenere impugnabile il provvedimento del giudice delegato mediante reclamo *ex art. 26 legge fall.*, oltre alla possibilità di declaratoria di inesistenza con autonoma azione.

Il problema che si pone è quello dell'impugnabilità del decreto emesso dal tribunale fallimentare sul reclamo: qui si ricorre al principio della prevalenza della sostanza sulla forma per qualificarlo come

<sup>196</sup> Cass., 17 gennaio 2012, n. 607, in *Fall.*, 2012, 1378 ss. Nello stesso senso: Cass., 23 dicembre 2015, n. 25931, secondo la quale con riguardo ad un'azienda commerciale, che sia stata inventariata tra le attività del fallimento e presa in consegna dal curatore (art. 88 l. fall.) – il quale è immesso *ope legis* nel possesso dei beni detenuti dal fallito – il terzo, che assuma di essersi reso cessionario dell'azienda medesima prima dell'instaurazione della procedura concorsuale o che vanti sui singoli beni appresi un titolo autonomo e anteriore al fallimento, troverebbe esclusiva tutela nel procedimento di verifica dello stato passivo, nei modi e nei termini contemplati dall'art. 103 l. fall. per la rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili possedute dal fallito. Viene fatta salva la possibilità di autotutela in caso di provvedimenti abnormi, intendendosi presumibilmente con tale espressione la possibilità di agire con un'autonoma azione di nullità. Non vengono, però, identificati i relativi casi di provvedimenti abnormi.

sentenza sostanziale dichiarativa di inefficacia *ex art. 44* del trasferimento della somma dal fallimento alla società terza. Se ne deduce che essa sia stata considerata una sentenza di secondo grado impugnabile in cassazione.

Anche se sulle modalità di far valere un vizio così radicale torneremo nell'ultimo capitolo, qualche osservazione si può fare sin d'ora.

Siamo in presenza di un caso di inesistenza per carenza assoluta di potere. Il giudice delegato esercita un potere amministrativo-gestionale nello svolgimento del suo compito di individuazione dei beni sui quali cade il vincolo concorsuale; nel momento in cui acquisisce un bene nonostante l'opposizione del terzo, nella sostanza, decide negativamente sulla sua posizione soggettiva, esercitando un potere che nessuna domanda di parte gli ha conferito e che la legge non gli consente di svolgere d'ufficio<sup>197</sup>. Per cui si tratta solo di accertare l'assoluta invalidità dell'atto al quale il giudice senza averne il potere ha dato vita. Dalla stessa profonda invalidità sarebbe affetto il provvedimento del giudice superiore che avesse confermato il provvedimento impugnato, rigettando l'impugnazione avverso di esso proposta.

La giurisprudenza di cassazione ripete come un mantra che l'inesistenza di simili provvedimenti può essere accertata con un'azione autonoma, ma può essere più efficace, anziché proporre ad un giudice di pari grado o di primo grado un'azione di accertamento negativo, ricorrere ad impugnazione ad un giudice superiore. Questo discorso è di immediato riscontro pratico davanti ad uno strumento come il reclamo al tribunale concorsuale (oggi disciplinato all'art. 124 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), un mezzo di gravame piuttosto duttile<sup>198</sup>, adattato anche all'impugnazione di provvedimenti decisori. Davanti ad un provvedimento di secondo grado, quale quello emesso dal tribunale concorsuale, nel silenzio della legge, solo se ritenuto deciso-

<sup>197</sup> In questo senso R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 220.

<sup>198</sup> Sull'istituto e sulla sua evoluzione vedi: C. CELORIA, P. PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, cit., I, 214 ss.; S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 120 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2005, 80 ss.; V. VITALONE, *Gli organi del fallimento*, in Aa.Vv., *Il diritto processuale del fallimento*, Torino, 2010, 89 ss., in particolare 107 ss.; C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Padova, 2020, 359 ss.; G. D'ATTORRE, *Manuale della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 228 ss.

rio esso è ricorribile in cassazione *ex art. 111 Cost.*<sup>199</sup>. Una soluzione che nel caso di specie ha anche il vantaggio di provocare la funzione nomofilattica della Corte di legittimità su categorie atipiche, quali l'inesistenza e l'abnormità.

In applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, però, nel caso esaminato il procedimento dovrebbe essere qualificato come una sentenza di secondo grado, soggetta a ricorso ordinario in cassazione, non come decreto in senso formale emesso ai sensi dell'art. 26, ultimo comma legge fall., perché il tribunale svolge il ruolo di giudice d'appello rispetto al decreto abnormemente decisorio del giudice delegato. È come se il giudice delegato d'ufficio, senza la necessaria domanda del curatore e senza essere astrattamente competente, avesse dato vita ad un autonomo giudizio di cognizione, accertando la paternità della suddetta somma e decidendo della sua appartenenza al fallimento, quindi, annullando l'operazione bancaria illegittima. Certo, queste sottigliezze davanti ad un provvedimento inesistente e destinato ad essere accertato come tale potrebbero sembrare eccessive.

In un'altra pronuncia la Corte di cassazione<sup>200</sup> applica il principio della prevalenza della sostanza sulla forma per individuare il mezzo di impugnazione di un provvedimento con forma di ordinanza in teoria cautelare, ma classificato come abnorme/inesistente, perché nella sostanza decisorio.

Il giudice di legittimità mette in evidenza come sia interesse della parte ma anche dell'ordinamento rimuovere un provvedimento di tal genere, che nonostante tutto è giuridicamente esistente nella realtà fenomenica: infatti, esso potrebbe produrre conseguenze giuridiche, quali può essere l'impulso all'esecuzione, nonostante la sua abnormità, perché risultante all'esterno come il frutto di un meccanismo processuale astratto, che si svilupperebbe prescindendo dal contenuto e dalla validità del singolo atto processuale. In altre parole, gli effetti giuridici del provvedimento sarebbero legati alla sua apparenza, dietro la quale, però, si celerebbe inesistenza giuridica o la nullità assolutamente insanabile. Per superare questo stato ci sarebbe sia un'autonoma azione di accertamento, cioè con *l'actio nullitatis*, non soggetta a termini di pre-

<sup>199</sup> Vedi *ex multis*: Cass., 22 ottobre 2020, n. 23173.

<sup>200</sup> Cass., 29 settembre 1999, n. 10784.

scrizione o di decadenza, da far valere anche con l'opposizione all'esecuzione, sia *exceptio nullitatis*, sia il rilievo d'ufficio in qualunque procedimento, di cognizione o esecutivo in cui l'atto venga in questione.

Il problema che affronta la Cassazione è se l'inesistenza del provvedimento non consenta di perseguire alcuna attività processuale, neanche l'appello, che, perciò, dovrebbe essere dichiarato giuridicamente inesistente. La risposta della Corte è che questa conclusione sarebbe contraria al principio di economia processuale, in virtù del quale dovrebbero essere evitati il più possibile effetti abortivi del procedimento. Quindi, il giudice dell'impugnazione dovrebbe conoscere del provvedimento per dichiararlo inesistente. Insomma, davanti a provvedimenti dal carattere decisorio, inesistenti in maniera eclatante, vi sarebbe la spinta della giurisprudenza ad ammettere più mezzi tra di loro concorrenti per espungerli definitivamente dall'ordinamento.

È possibile individuare anche un appiglio normativo alla concorrenza tra i mezzi di impugnazione e l'*actio nullitatis* caso di inesistenza del provvedimento: così art. 354 in appello e l'art. 383 in cassazione consentono di denunciare sicuramente un caso di inesistenza della sentenza o, se si vuole, di nullità assoluta insanabile.

La giurisprudenza esaminata non menziona la possibilità che l'interessato agisca autonomamente per la tutela del suo diritto, chiedendo contemporaneamente al giudice di accertare l'inesistenza del provvedimento; niente porta ad escluderlo.

Si deve, tuttavia, sempre verificare se l'inesistenza sia la sanzione appropriata per provvedimenti che non appaiono porsi in contrasto insanabile con i principi fondamentali del sistema processuale.

La pronuncia della Cassazione da ultimo citata<sup>201</sup> si riferisce ad una sentenza della Corte d'appello che ha dichiarato l'impugnazione di un provvedimento abnorme/inesistente inammissibile. Ad essere appellata era un'ordinanza del presidente del tribunale che adito con istanza di sequestro, emetteva un provvedimento nel merito. Infatti, egli dopo aver accertato, a livello di *obiter dicta*, l'annullamento del contratto per vizio del consenso, ipotizzava anche la rescissione *ex art. 1447 c.c.*, in quanto riteneva sussistente l'inadempimento di una delle parti, con

<sup>201</sup> Cass., 29 settembre 1999, n. 10784, cit.

conseguente condanna a favore della parte considerata creditrice. Il provvedimento viene qualificato come abnorme e inesistente perché decisorio ed emesso in carenza di potere dal presidente del tribunale. Quest'può essere considerato un problema di composizione dell'organo giudicante, riportabile alla nullità disciplinata dall'art. 50 quater c.p.c.

La questione più spinosa è se ci sia una domanda di parte a sorreggere la pronuncia del giudice, dato che egli ha risposto con un provvedimento decisorio sul merito ad un'istanza cautelare. Partendo dal presupposto che egli ha sostituito agli effetti richiesti dalla parte altri effetti, non espressamente domandati, si potrebbe pensare ad una violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, nella fattispecie di un'extrapetizione. Questo caso potrebbe essere ricondotto al raggio di applicazione del principio di cui all'art. 112 c.p.c., seppur le ipotesi prese in considerazione da dottrina e frequenti nella casistica giurisprudenziale<sup>202</sup> si riferiscano più che altro a mutamenti del *petitum* della domanda iniziale non effettuati dalla parte, ma direttamente dal giudice, nell'ambito di uno stesso tipo di tutela, non del passaggio ad una tutela che produce effetti con stabilità differenziale<sup>203</sup>. In fin dei conti, però, si tratterebbe comunque di un indebito in-

<sup>202</sup> Sul punto vedi: E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, vol. I, 2, 1266 ss.; A. CARRATTA, *Commento all'art. 112*, cit., 194 ss.; M. MONTANARI, P. WIDMANN, *Commento all'art. 112*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. I, 1278 ss.

<sup>203</sup> Così per riportare alcuni esempi: presi in considerazione da M. MONTANARI, P. WIDMANN, *Commento all'art. 112*, cit., 1278 ss.: condanna al risarcimento del danno a fronte della richiesta di mero adempimento del contratto (App. Roma, 18 aprile 2011); l'accertamento della proprietà a fronte di una domanda proposta come *actio negatoria servitutis* (Cass., 27 dicembre 2004, n. 23086); l'accertamento di una servitù di passaggio a fronte di una domanda di rilascio di un terreno per occupazione *sine titulo* (Cass., 9 ottobre 2017, n. 23548).

Il vizio di extrapetizione va distinto dalla corretta riqualificazione giuridica di una domanda mal formulata dalla parte, così Cass., 21 giugno 2023, n. 17710, in *Guida al diritto*, 2023, 35 ss., secondo la quale qualora l'appaltatore, in corso d'opera, chieda la risoluzione del contratto per inadempimento del committente ed il "pagamento del prezzo" dei lavori già eseguiti, la sentenza del giudice del merito, la quale, riconosciuta la fondatezza della prima domanda, accolga anche la seconda, pur rilevandone

tervento officioso sul *petitum* della domanda iniziale, per effetto del quale si avrebbe una pronuncia con una diversa qualificazione giuridica, nel caso di specie si passerebbe da una domanda cautelare ad una domanda di decisione sul merito, con conseguente pronuncia.

Qualche similitudine si potrebbe riscontrare tra il caso sopra riportato e la pronuncia resa in un giudizio di separazione fra coniugi relativa al mantenimento di figli maggiorenni non autonomi economicamente dal giudice designato per la trattazione del merito, sebbene la relativa domanda, presentata nella fase di presidenziale, non fosse stata reiterata come domanda riconvenzionale nella fase di merito. Anche qui ad un'istanza di tutela provvisoria si risponde con un provvedimento decisorio, seppur nell'apposita fase di merito, ma, comunque, manca una domanda *ad hoc* a sorregge la decisione del giudice. La Cassazione ha classificato questa ipotesi come vizio di extrapetizione<sup>204</sup>.

Va però, sottolineato che in una più recente pronuncia le conclusioni della Corte non sono mutate<sup>205</sup>. È caso in cui un giudice di pace

l'impropria formulazione in termini di versamento del corrispettivo, anziché, secondo i principi della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata o periodica, in termini di *restitutio in integrum* a mezzo di equivalente pecuniario, non incorre in violazione dell'articolo 112 del c.p.c., trattandosi di mera qualificazione giuridica della domanda, fermi restando fosse dedotti a suo fondamento. Né sussisterebbe tale vizio nel caso in cui la domanda fosse accolta per argomentazioni diverse da quelle addotte dalla parte, così Cass., 31 gennaio 2006, n. 2146, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 1.

Il vizio di extrapetizione è diverso anche dal vizio di ultrapetizione, che si verificherebbe: nei casi di pronunce su di un oggetto sostanziale più ampio rispetto a quello prospettato nella domanda; in caso di provvedimenti che abbiano un contenuto più ampio di quanto richiesto o che producano effetti più ampi rispetto a quelli prospettati nella domanda; in casi di arbitraria prospettazione di fatti contenuti nella domanda o di arbitrario allargamento della pronuncia a soggetti diversi da quelli fra i quali intercorre la domanda. Come classico esempio di ultrapetizione ci sarebbe quello della domanda di risoluzione del contratto in risposta alla quale il giudice abbia pronunciato sull'annullamento del contratto. Certo che la differenza tra i due tipi di vizi è molto sottile perché quest'ultimo potrebbe anche essere considerato un caso di extrapetizione. In ogni caso la sanzione sembra essere la stessa: l'annullamento del provvedimento o della parte del provvedimento che va *extra* o *ultrapetita*. Per approfondimenti vedi A. CARRATTA, *Commento all' art. 112*, cit., 176 ss.

<sup>204</sup> Cass., 18 febbraio 2009, n. 3908, sul quale vedi A. CARRATTA, *op. cit.*, 194.

<sup>205</sup> Cass., 7 febbraio 2022, n. 3810. Conforme a quella della giurisprudenza è l'opinione di R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 665 s., il quale considera il

che, adito per una consulenza tecnica in via preventiva, si è pronunciato nel merito, convertendo d'ufficio un procedimento volto all'assunzione di uno strumento istruttorio in via preventiva in un giudizio a cognizione piena. La Corte bolla il provvedimento come abnorme/inesistente.

A nostro parere, si può dubitare che la situazione di un giudice adito con domanda cautelare che va oltre gli effetti richiesti sia la stessa che si ha nel momento in cui il giudice delegato pronunci un decreto di acquisizione in presenza di contestazione del terzo: nel secondo procedimento manca non solo la domanda di parte, ma proprio la controparte dal quale la richiesta di accertamento negativo o positivo del diritto di proprietà dovrebbe provenire, ovvero il curatore.

È preferibile considerare il vizio esposto come una violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; un vizio di carattere procedimentale sanzionato con la nullità, non con l'inesistenza. Una domanda di tutela c'è, la parte avrebbe potuto chiedere al giudice di decidere nel merito non solo un provvedimento cautelare, ma non lo ha fatto, il giudice è andato oltre la domanda di parte, emettendo un provvedimento con effetti ulteriori rispetto a quelli domandati<sup>206</sup>.

Conseguentemente, il provvedimento nella sostanza decisorio è soggetto ad appello, anche perché esso sarebbe l'unico mezzo possibile avverso l'ordinanza del giudice di pace che, a fronte di una richiesta di istruzione preventiva, decida il merito. In mancanza di impugnazione, il provvedimento passerebbe in giudicato. Se l'impugnazione fosse accolta, tuttavia, il giudice d'appello dovrebbe annullare il provvedimento, ma non potrebbe sostituire il provvedimento decisorio con quello effettivamente richiesto, cioè un provvedimento cautelare, perché non è un giudice cautelare come il giudice del relcamo. Questo cambio del piano delle tutele, avrebbe come conseguenza quella di trasformare il

provvedimento abnorme – inesistente perché emesso da un giudice privo di potere; l'autore distingue il caso in cui al giudice sia stata rivolta tanto una domanda cautelare che una domanda di decidere nel merito e si tratti di un procedimento in cui entrambe le domande debbono essere decise con ordinanza: in questo caso il problema sarebbe quello di individuare la natura del provvedimento concretamente adottato.

<sup>206</sup> A. CARRATTA, *op. cit.*, 201 ss.

giudice d'appello in un giudice solo rescindente, come avveniva con l'originaria *querela nullitatis* all'epoca del diritto comune.

Se proprio si volesse classificare questo tipo di provvedimento come *abnorme*, lo si dovrebbe considerare tale perché frutto di un eccesso di potere del giudice, non di mancanza di potere<sup>207</sup>: al massimo si potrebbe ritenere che il giudice esorbiti dal potere attribuitogli in quella fase procedimentale; anche seguendo questa impostazione, la conseguenza sarebbe l'annullabilità del provvedimento, lo stesso risultato al quale si perviene ritenendo il provvedimento affetto dal vizio di *extrapetizione*. Una situazione analoga a quella che si potrebbe riscontrare nel processo penale, dove, però, le varie fasi sono riservate a giudici di tipo diverso. Di seguito vedremo perché è più in linea con il nostro sistema riconoscere contro simili provvedimenti appello, anziché ricorso straordinario in cassazione.

Si può dubitare che in un'altra sentenza risalente della Cassazione<sup>208</sup> venga effettivamente individuato un provvedimento *abnorme* per carenza di potere.

Va premesso che prima della riforma che ha introdotto il giudice unico di tribunale, se il procedimento di opposizione all'esecuzione fosse stato di competenza dell'ufficio al quale apparteneva il giudice dell'esecuzione, quest'ultimo avrebbe dovuto istruire la causa e rimetterla al collegio per la decisione, altrimenti avrebbe dovuto trasmetterla all'ufficio giudiziario competente (art. 616 c.p.c.). La competenza era sempre dell'ufficio giudiziario al quale apparteneva il giudice dell'esecuzione e la decisione era collegiale in caso di opposizione agli atti esecutivi, quindi, anche in questo caso il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto procedere all'istruzione della causa e poi rimetterla al collegio per la decisione (art. 618 c.p.c.).

Tornando alla pronuncia sopra menzionata, in essa veniva individuato un provvedimento *abnorme* sotto due profili: perché il giudice dell'esecuzione aveva erroneamente qualificato in modo riduttivo la domanda, ovvero come opposizione agli atti esecutivi anziché come opposizione all'esecuzione; perché egli anziché rimettere la causa per

<sup>207</sup> A questa differente categoria di *abnormità* è dedicato il § 6 del presente capitolo.

<sup>208</sup> Cass., 3 settembre 1990, n. 9102, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 9.

la decisione al collegio dopo l'istruzione aveva definito il procedimento con ordinanza dichiarando la domanda inammissibile. Questa è un'ipotesi che, come abbiamo visto (§ 1), può essere riportata nella disciplina della nullità, causata dall'errata composizione dell'organo giudicante e dalla conseguente errata scelta del provvedimento decisorio; tutte mancanze che avrebbero potute essere rimediate nella fase delle impugnazioni. Vi era, però, l'ulteriore problema che l'errore nella qualificazione del procedimento influiva sul regime di impugnazione del provvedimento finale.

Nell'ordinamento attuale l'opposizione agli atti esecutivi è affidata al medesimo ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice dell'esecuzione o che sarebbe competente per l'esecuzione, ovvero al tribunale in composizione monocratica (art. 617 c.p.c.), anche se ad un magistrato differente dopo l'inizio dell'esecuzione (art. 186 bis disp. att. c.p.c.); l'opposizione all'esecuzione al giudice che sarebbe competente secondo le regole ordinarie; perciò, può accadere che i due uffici giudiziari coincidano. Detto questo nella pratica possono sussistere incertezze nella qualificazione di un giudizio oppositorio in un senso piuttosto che nell'altro; entrambi si chiudono con sentenza, ma nell'opposizione formale il provvedimento è soggetto al solo ricorso in cassazione; nell'opposizione di merito esso è anche appellabile<sup>209</sup>.

In un caso sottoposto alla Corte di cassazione<sup>210</sup> si pone il proble-

<sup>209</sup> Sulla differenza tra le due opposizioni vedi: B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 6° ed., Torino, 2020, 433 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 8° ed., Padova, 2022, 2311 ss.

<sup>210</sup> Cass., 12 febbraio 2019, n. 3967, in *Riv. es. forz.*, 2019, 899 ss., con nota di F. DI MARZIO, *Omissa spedizione in forma esecutiva di copia del titolo esecutivo e opposizione agli atti esecutivi*. Da sottolineare come anche in questa occasione la Corte applichi il principio del pregiudizio effettivo, affermando che in base ai principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e dell'interesse ad agire, il debitore opponente non può limitarsi, a pena di inammissibilità dell'opposizione, a dedurre l'irregolarità formale in sé considerata, senza indicare quale concreto pregiudizio ai diritti tutelati dal regolare svolgimento del processo esecutivo essa abbia cagionato. Tuavvia, vedi anche la successiva, Cass., 21 gennaio 2021, n. 1096, in *Rass. es. forz.*, 2022, 531 ss., con nota di R. DONZELLI, *Il principio del pregiudizio effettivo tra nullità testuali e non*, la quale in relazione alla nullità dell'atto di precetto, espressamente comminata dall'art. 480 c.p.c. afferma: «... Tale nullità testuale esprime una valutazione preventiva ed astratta del legislatore di pregiudizio certo dei diritti di difesa del

ma dell'individuazione del tipo di opposizione con la quale si ha che fare, soprattutto, perché vengono cumulate denunce di natura diversa nel ricorso introduttivo. In verità, si tratta di una sentenza del tribunale che decide su di un vizio formale: la mancata apposizione della formula esecutiva; al contrario, vengono ritenute assorbite le denunce relative al merito<sup>211</sup>.

La sentenza viene appellata e successivamente impugnata con ricorso in cassazione. Arrivata in cassazione, la Corte ritiene di qualificare il giudizio come di opposizione agli atti esecutivi e che perciò dovesse essere rilevata dal giudice del grado precedente l'improponibilità dell'appello. Né sarebbe possibile applicare, a suo parere, il principio dell'apparenza, perché la sentenza del tribunale non conterebbe alcuna espressa qualifica del giudizio. È stato notato come la Corte d'appello avendo deciso sull'impugnazione, abbia qualificato implicitamente il tipo di giudizio avvenuto in primo grado<sup>212</sup>.

Infine, la Cassazione scioglie la questione del criterio da adottare nel momento in cui ci sia una censura relativa al rito unita ad una censura relativa al merito nello stesso atto: l'impugnazione della conse-

debitore intimato, al quale la legge intende assicurare la possibilità di raffrontare le pretese creditorie con il tenore del titolo esecutivo su cui le stesse si fondano»; si nega perciò, che la contestazione formale della mancata notificazione del titolo esecutivo dovesse essere accompagnata dalla deduzione di una specifica lesione dei diritti di difesa derivata da tale vizio. In argomento vedi N. RASCIO, *Note problematiche sulla valutazione dell'art. 485 c.p.c. e sulle sue conseguenze*, in A.a.V.v., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anzecchino*, Napoli, 2005, 543 ss., secondo il quale, quando nel processo esecutivo venga proposta opposizione avverso un provvedimento del giudice a causa di una nullità, sarebbe necessario anche indicare le ragioni per cui il giudice non dovrebbe provvedere in analogo modo, altrimenti l'opposizione dovrebbe essere respinta per carenza di interesse ad agire. Critica su quest'impostazione V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 104 ss., la quale nota che in caso di azioni tipiche vi sarebbe una sorta di presunzione relativa intorno alla sussistenza dell'interesse ad agire, conseguentemente non dovrebbe essere la parte che impugna il provvedimento nullo a dimostrare la sussistenza dell'interesse ad agire, ma la controparte a dover superare la presunzione relativa.

<sup>211</sup> Sull'eliminazione del titolo esecutivo a seguito della recente riforma vedi: S. RUSCIANO, *Addio alla spedizione in forma esecutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1037 ss.

<sup>212</sup> In proposito: B. CAPPONI, *Principi di diritto pronunciati d'ufficio su spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione*, in *Judicium*, 29 maggio 2019.

guente sentenza deve seguire il diverso regime previsto per i distinti tipi di opposizione<sup>213</sup>.

Insomma, l'errata qualificazione di un'opposizione e gli eventuali vizi procedurali a tale errore connessi, non comportano l'abnormità del provvedimento; semmai, pogono il problema dell'esatta scelta del mezzo di impugnazione, per evitare che venga ulteriormente compromesso il diritto di agire delle parti. Questo aspetto verrà approfondito nel prossimo capitolo.

In conclusione, in questa prima categoria, abnormità per carenza di potere, possono essere compresi i provvedimenti emessi dal giudice al di fuori di un procedimento effettivo e i provvedimenti che non siano in alcun modo sorretti da una domanda di parte. Il vizio di tali provvedimenti è sanzionato con l'ineistenza.

##### 5. Il provvedimento viziato da "abnormità strutturale"

Dopo aver relegato la prima categoria di provvedimenti abnormi nell'ambito dell'inesistenza, passiamo a verificare se siano individuabili nell'ambito del diritto processuale civile le due categorie di abnormità che hanno avuto origine nel sistema processualpenalistico, con tutti gli adattamenti richiesti dal differente contesto.

Iniziato dal provvedimento affetto da abnormità strutturale ovvero dal provvedimento che presenta un elemento di estraneità nel suo contenuto, tale da renderlo contrario alla *ratio* dell'istituto stesso. In particolare, Denti<sup>214</sup>, per configurare la categoria dell'abnormità nel processo civile, prese le mosse da un'ordinanza di sequestro del tribunale di Torino (4 dicembre 1953), con il quale il giudice, nello stabilire i criteri e i limiti dell'amministrazione del patrimonio ereditario sequestrato, attribuiva al custode il potere di alienare i singoli beni, al fine di estinguere i debiti ereditari, con l'accortezza di subornare di volta in volta l'alienazione all'autorizzazione del giudice.

Successivamente, gli esecutori testamentari facevano domanda al tribunale di Torino per essere autorizzati ai sensi dell'art. 703 c.c. e

<sup>213</sup> Cass., 31 maggio 2010, n. 13203; Id., 27 agosto 2014, n. 18312.

<sup>214</sup> V. DENTI, *In tema di provvedimenti giudiziari abnormi*, cit., 536 ss.

747 c.p.c. alla vendita di beni ereditari. Il tribunale (11 febbraio 1954) respingeva il ricorso per vari motivi. In primo luogo, per l'esistenza di una controversia promossa dagli esecutori testamentari stessi al fine di essere reimmessi nel possesso dell'eredità mai acquisito: il giudice spiegava, infatti, che la giurisdizione onoraria presupporrebbe un conflitto potenziale, non in atto. In secondo luogo, perché i beni ereditari erano sottoposti a sequestro, quindi, erano affidati all'amministrazione del custode.

Avverso il decreto di rigetto veniva proposto reclamo alla corte d'appello di Torino<sup>215</sup>. Tra le altre argomentazioni, il reclamante sottolineava l'abnormità del provvedimento di sequestro per il suo contenuto, contrario alla *ratio* dell'istituto, che è quella di garantire l'intangibilità dell'asse ereditario per tutta la sua durata. Dal canto suo, la corte d'appello respingeva il reclamo e metteva in evidenza come, quando un'eredità sia sottoposta a sequestro, i poteri di gestione spettino al custode e non a chi ha l'amministrazione dell'eredità; si rimarcava, inoltre, che alla corte stessa non era dato sindacare la nullità del provvedimento di sequestro, potendo essa essere fatta valere solo in sede di giudizio di convalida. Infatti, il procedimento di sequestro era originariamente articolato in due fasi: la prima era a cognizione sommaria e volta ad ottenere la concessione del provvedimento cautelare; la seconda era di convalida a cognizione piena. Con l'entrata in vigore della l. n. 353/1990, il legislatore ha soppresso l'istituto della convalida e sottoposto anche i sequestri alla disciplina del rito cautelare uniforme<sup>216</sup>.

Nel commentare la pronuncia, Denti sottolineava come bisognasse distinguere tra l'ordinanza di sequestro e i conseguenti provvedimenti con il quale il giudice nominava il custode e stabiliva i criteri e limiti di amministrazione delle cose sequestrate (art. 676, comma 1): in questo ambito, egli relegava il provvedimento con il quale il giudice del se-

<sup>215</sup> App. Torino, 8 maggio 1954, in *Giur. It.*, 1955, 532 ss.

<sup>216</sup> Vedi in proposito: A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 270 ss.; C. CECHELLA, *Il procedimento cautelare*, in C. Cecchella, B. Capponi, R. Vaccarella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 347.

questo autorizzava alla vendita dei beni sequestrati<sup>217</sup>. Ad opinione del giurista, quest'ultimo aveva natura strumentale e ordinatoria e non era soggetto a controllo in sede di convalida, ma aveva un suo regime autonomo di controlli, dallo stesso autore non meglio specificati.

Passando ad inquadrare il vizio, Denti<sup>218</sup> ha individuato il provvedimento abnorme distinguendolo dai provvedimenti frutto di difetto o eccesso di potere sia dai provvedimenti frutto di difetto funzionale, elaborando la seguente mappa: 1) sarebbe viziato per difetto di potere il provvedimento con cui il giudice ponga un precetto normativo, creando diritto positivo; 2) sarebbe viziato per eccesso di potere il provvedimento con cui il giudice pronunci decisione su materia attribuita alla pubblica amministrazione; 3) sarebbe viziato per difetto funzionale il provvedimento con cui il giudice istruttore decida una questione di merito usurpando il potere del collegio, quindi il provvedimento con il quale un certo organo svolga la funzione di altro organo, contravvenendo alle regole interne di organizzazione della giurisdizione; 4) infine, sarebbe abnorme il provvedimento con un contenuto non consentito dalla legge, in contrasto con la funzione (con il fine) dell'istituto.

Ad opinione dello studioso, l'abnormità non sarebbe che una forma di nullità assoluta: di qui il problema di individuare il mezzo di impugnazione di provvedimenti non decisori inoppugnabili<sup>219</sup>.

Per dare una risposta, egli parte dal precetto del primo comma

<sup>217</sup> Sulla necessità che il custode venga o meno autorizzato di volta in volta nello svolgimento delle attività concernenti la sua funzione vedi F. CORSINI, *Il sequestro giudiziario di beni*, in S. Chiarloni, C. Consolo (cur.), *I procedimenti sommari e speciali*, Torino, 2005, vol. II, 938

<sup>218</sup> V. DENTI, *In tema di provvedimenti giudiziari abnormi*, cit., 534 ss.

<sup>219</sup> Anche C. MANDRIOLI, *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti "abnormi"*, cit., 373 ss., conclude che l'abnormità sia riportabile sotto la categoria della nullità, per cui i provvedimenti che siano il risultato di un eccesso di potere del giudice, dovrebbero essere considerati come emessi da un giudice non legittimato e ricondotti al disposto dell'art. 158 c.p.c. Gli unici casi di provvedimenti effettivamente abnormi sarebbero quelli emessi da un non-giudice ovvero quelli emessi da un giudice nell'esercizio di poteri non giurisdizionali. Un'ipotesi che la maggior parte della dottrina comprende nella categoria dell'inesistenza, anzi, considera come caso classico di inesistenza.

dell'art. 161 c.p.c. e dai suoi limiti di applicazione<sup>220</sup>. L'incipit è il pensiero di Calamandrei<sup>221</sup>, che vuole la *querela nullitatis* non scomparsa nel nostro ordinamento giuridico ma assorbita dai mezzi di impugnazione, per poi passare ad individuare la funzione della regola posta dall'art. 161: impedire che venga compromessa la stabilità dell'accertamento effetto del giudicato. Conseguentemente, la regola varrebbe per tutti i provvedimenti astrattamente idonei al giudicato: l'azione di nullità sarebbe in tal caso assorbita dal mezzo di impugnazione loro proprio, eccezion fatta per le invalidità particolarmente gravi. Davanti a provvedimenti decisori e definitivi non soggetti ad uno specifico mezzo di impugnazione, si dovrebbe ricorrere al precetto costituzionale dell'art. 111, comma 2 (oggi 7), ovvero al ricorso straordinario in cassazione, attraverso il quale far valere anche le nullità<sup>222</sup>. Visto il significato dell'art. 161, comma 1, alla regola sfuggirebbero i provvedimenti ordinatori definitivi non impugnabili, la cui invalidità potrebbe essere fatta valere attraverso un'autonoma azione, purché i relativi vizi non siano stati sanati.

Ritornando al caso di specie, Denti ipotizzava la possibilità di disapplicazione degli effetti del provvedimento illegittimo<sup>223</sup>, in applicazione analogica dell'omologo istituto riferito agli atti amministrativi, da

<sup>220</sup> V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, cit., 26 ss.; ID., voce *Nullità*, cit., 483 ss.

<sup>221</sup> P. CALAMANDREI, *La sopravvivenza della querela di nullità*, cit., 112 ss.

<sup>222</sup> C. MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, cit., 122 ss.; ID., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, cit., 101 ss. Vedi anche F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4° ed., Roma, 1951, vol. I, 373 ss., il quale applicherebbe il principio dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame ad ogni tipo di provvedimento giudiziale anche diverso dalla sentenza, con la conseguenza che la non impugnabilità del provvedimento escluderebbe ogni rilevanza dei suoi vizi, al di fuori dell'inesistenza e della nullità assoluta. In senso analogo, R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 16, secondo il quale l'art. 161 sarebbe espressione del principio per cui ove siano predisposti particolari rimedi avverso gli atti del processo e questi rimedi non siano esperiti, non sarebbe possibile far accertare in un autonomo processo che l'atto è viziato; la non utilizzazione dei rimedi appositamente approntati avverso provvedimenti del giudice impedirebbe che il discorso possa riaprirsi fuori dalla sede endoprocessuale cui era stato riservato.

<sup>223</sup> V. DENTI, *In tema di provvedimenti giudiziari abnormi*, cit., 538.

parte del giudice della volontaria giurisdizione (corte d'appello di Torino), al quale non riconosceva potere di accertare la nullità.

Difficile, per la verità, sembra essere la percorribilità di quest'ultima strada.

L'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo<sup>224</sup> ha il suo fondamento in due disposizioni, gli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che vanno lette tra di loro in combinato disposto.

La prima disposizione disciplina il caso in cui davanti ad un giudice civile si chieda la tutela di un diritto che si pretenda leso da un atto dell'autorità amministrativa: il giudice si dovrebbe limitare a conoscere degli effetti di quest'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, senza alcun potere di revoca o modifica dello stesso. La seconda disposizione stabilisce che in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi.

In altri termini, il giudice civile adito ha il potere di conoscere *incidenter tantum* della legittimità dell'atto amministrativo o regolamento, ogni qualvolta gli effetti degli stessi vadano ad incidere sulla decisione della fattispecie sostanziale sottopostagli; se ne verifica l'illegittimità, può disapplicare l'atto amministrativo o meglio escluderne gli effetti, ma ai soli fini della tutela del diritto soggettivo sottoposto alla sua cognizione. Quest'ultimo scopo delimita i confini dell'istituto<sup>225</sup>. Per cui il giudice civile non conosce mai con efficacia di giudicato della legittimità degli atti amministrativi, non ancora consolidati.

In dottrina<sup>226</sup> si è prospettata una sorta di disapplicazione dei

<sup>224</sup> Per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, nonché per una ricostruzione critica dell'istituto vedi: A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, Roma, 2023, *passim*.

<sup>225</sup> A.D. DE SANTIS, *op. cit.*, 30 ss.

<sup>226</sup> E. ALLORIO, *A proposito di disapplicazione dei provvedimenti di «volontaria giurisdizione»*, in *Giur. it.*, 1958, 1343 ss.; G. FRANCHI, *Irreclamabilità e disapplicazione della nomina dei liquidatori sociali in sede di volontaria giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1337 ss.; F. CARNELUTTI, *Disapplicazione dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. proc. civ.*, 1959, 622 ss.; L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 591 ss., in particolare 615 s.; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 245 ss.

provvedimenti di volontaria giurisdizione. L'essenza di questa parte della giurisdizione è quella della gestione di interessi di rilevanza superindividuale, sotto alcuni profili assimilabile alla funzione amministrativa; la ricognizione dei presupposti compiuta dal giudice volontario per l'emanazione del provvedimento non è funzionale ad un accertamento con effetto di giudicato, ma solo strumentale alla miglior gestione di interessi privati da tutelare in via preventiva. Ne consegue che sarebbe sempre possibile ripercorrere quella cognizione preliminare all'emanazione dell'atto, quando utile ad ogni altro fine. Così, se nel corso di un processo contenzioso l'accertamento della situazione sostanziale fatta valere richiedesse una valutazione sul provvedimento volontario, il giudice dovrebbe considerare *ex novo* i presupposti del provvedimento, proprio perché non è espressamente previsto un limite alla sua cognizione ed un suo obbligo di conformarsi al contenuto del provvedimento volontario. In questo caso il giudice della cognizione conoscerebbe a cognizione piena non della legittimità del provvedimento in sé, ma dei suoi presupposti, funzionalmente alla tutela del diritto soggettivo<sup>227</sup>.

La tutela del diritto soggettivo fronte di provvedimenti che incidono illegittimamente su di esso è la matrice comune ai due fenomeni.

Nel caso prospettato da Denti si ha esattamente l'opposto: un provvedimento emesso in funzione della tutela di diritti, in quanto attuativo di un provvedimento cautelare, dovrebbe essere disapplicato da un giudice che svolge una funzione onoraria, di natura gestionale. Insomma, la prospettazione dell'uso della disapplicazione sarebbe contraria allo scopo prioritario della giurisdizione civile e della disapplicazione stessa: la tutela dei diritti soggettivi.

Il provvedimento del tribunale di Torino sembra proprio frutto di un *error in iudicando de iure procedendo*, ovvero un errore di giudizio

<sup>227</sup> Vedi in proposito A. CARRATTA, voce *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, ann. III, 928 ss. in particolare 945 ss., il quale rileva come, essendo ormai pacificamente riconosciuta la natura giurisdizionale dell'attività di volontaria giurisdizione, sia arduo giustificare perché il giudice nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie, in quanto contenziose, non possa sindacare con pienezza di poteri – quindi anche con possibilità di revoca e modifica – il provvedimento che in sede di volontaria giurisdizione può sempre revocare e modificare.

che cade sulla norma processuale, al di fuori dei vizi di attività riconducibili alla disciplina delle nullità procedurali; in altre parole, il giudice ha mal ricostruito o mal applicato la norma di diritto, non sostanziale ma processuale<sup>228</sup>. Non sembra che nel caso considerato il giudice vada oltre un'errata comprensione dell'istituto, che svolga un'attività effettivamente creativa: in qualche modo il giudice poteva aver ritenuto che la vendita dei beni ereditari fosse funzionale alla conservazione del patrimonio ereditario; inoltre, la scelta dei beni da vendere non sarebbe stata arbitraria, ma sottoposta di volta in volta al vaglio preventivo del giudice del sequestro stesso; insomma, il giudice aveva considerato il custode una sorta di esecutore testamentario, al quale è consentito alienare i beni ereditari per necessità dietro autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art. 703, comma 4 c.c.).

Dopo l'introduzione del rito cautelare uniforme, c'è uno strumento specifico per far valere questo tipo di illegittimità: il reclamo cautelare, un mezzo di gravame a critica libera che consente di impugnare il provvedimento cautelare e le conseguenti disposizioni che esso contenga<sup>229</sup>.

Vi è un'altra sentenza della Cassazione, piuttosto risalente, che definisce un provvedimento come abnorme per il suo contenuto, ma vi è qualche dubbio che il giudice di legittimità abbia compiuto un corretto inquadramento del vizio<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., vol. II, 281 ss.; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960, 102 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Bari, 2019, vol. II, 437; B. SASSANI, *La cassazione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, cit., vol. II, 2019, 2726 s.

<sup>229</sup> Per approfondimenti sull'istituto: C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3. Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, 376; F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., *passim*; C. PETRILLO, *Commento all'art. 669 terdecies*, in A. Briguglio, B. Capponi (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, vol. I, 232 ss.; A. CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti cautelari uniformi*, diretto da A. Carratta, Bologna, 2013, 353 ss.; C. CONSOLO, R. DONZELLI, S. RECHIONI, *Commento all'art. 669 terdecies*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. IV, 115 ss.; D. MARINI, *Commento all'art. 669 terdecies*, in N. Picardi, *Codice di procedura civile*, a cura di R. Vaccarella, 7ª ed., Milano, 2021, vol. II, 4180 ss.

<sup>230</sup> Cass., Sez. II, 17 giugno 1959, n. 1902; in *Giust. civ.*, 1959, I, 2182 ss., con nota di A. JANNUZZI, *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*; in *Giur. it.*, 1960,

Secondo la Corte sarebbe abnorme l'ordinanza *ex art. 789 c.p.c.* che dichiara esecutivo il progetto di divisione "per stralcio di quota", pur in assenza di contestazioni, ma senza il preventivo accordo delle parti sulla divisione parziale del patrimonio. Il provvedimento viene qualificato come decisorio e abnorme, non perché emesso dal giudice istruttore in assenza di potere, ma per il suo contenuto in contrasto con la *ratio* dell'istituto della divisione.

Ad opinione del giudice di legittimità, il principio dell'universalità della divisione, implicitamente sancito dall'art. 727 c.c., importa che la divisione debba condurre al definitivo e completo scioglimento della comunione sull'intero patrimonio. Questo sarebbe l'unico caso di divisione preso in considerazione dall'art. 789 c.p.c.: secondo il detto principio, si dovrebbero formare tanti lotti quanti sono i condividenti e corrispondenti all'intero patrimonio da dividere.

Tuttavia, tale principio non sarebbe assoluto e inderogabile: sarebbe possibile la divisione parziale quando intervenga un accordo fra le parti. Tale consenso non potrebbe essere presunto con un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 789 c.p.c., che non prenderebbe in considerazione siffatta ipotesi eccezionale: questa conclusione, ad opinione della Corte, sarebbe ancor più evidente nel caso in cui tutte le quote fossero uguali, perché si addosserebbe alle parti non contestanti anche la rinuncia implicita all'estrazione a sorte dei lotti formati su tutto il patrimonio. Di conseguenza, il provvedimento del giudice istruttore che dichiarasse esecutivo un progetto di divisione parziale in assenza di accordo esplicito tra le parti, pur senza contestazioni, sarebbe un provvedimento decisorio e abnorme per il suo contenuto; contro di esso sarebbe dato solo ricorso straordinario in cassazione, non essendo prevista alcuna altra forma di impugnazione.

Le critiche formulate in dottrina nei confronti di questa posizione giurisprudenziale vanno distinte a seconda del tipo di ricostruzione del giudizio di divisione presupposta.

I, 711 ss., con nota di A. SCHIAVONE, *Ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di «Stralcio di quota» e giudizio divisorio*; in *Riv. dir. proc.*, 1961, 131 ss., con nota di M. ACONE, *Note sul giudizio di divisione per stralcio di quota*; nello stesso senso Cass., 12 febbraio 1980, n. 1012, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1643.; Id., 14 giugno 1990, n. 5824, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, n. 6.

Parte della dottrina<sup>231</sup>, attribuendo carattere contenzioso al giudizio di divisione, configura il vizio dell'ordinanza emessa senza l'accordo delle parti sulla divisione parziale come un *error in procedendo*: un abuso della *potestas decidendi* al pari del caso in cui il giudice provveda *extra* o *ultra partes* in violazione dell'art. 112 c.p.c. o a contraddittorio non integro in violazione dell'art. 102 c.p.c. Insomma, il giudice emetterebbe l'ordinanza sommaria decisoria in difetto dei presupposti di legge. Il rimedio sarebbe per alcuno, in mancanza di un'espressa impugnazione, il ricorso in cassazione *ex art.* 111 Cost.<sup>232</sup>; per altri l'appello in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma<sup>233</sup>.

Patendo dal presupposto che il giudizio di divisione sia di volontaria giurisdizione, Acone<sup>234</sup> ha rilevato come la Corte non avesse chiarito se in presenza di un accordo tra le parti sulla misura della divisione, fosse possibile l'applicazione dell'art. 789 in relazione ad un progetto di divisione parziale. L'autore conclude che anche su questo punto l'accordo debba avvenire *apertis verbis*: solo in tal caso potrebbe essere emessa l'ordinanza *ex art.* 789 c.p.c., in quanto la norma non riferirebbe la non contestazione ad un progetto di divisione parziale. In assenza di espressa manifestazione di consenso, l'ordinanza *ex art.* 789 c.p.c. sarebbe adottata senza il rispetto dei presupposti di legge; perciò, non si sarebbe potuto formare regolarmente l'accordo tra le parti e l'ordinanza viziata, non soggetta a giudicato, sarebbe impugnabile con i normali mezzi negoziali.

<sup>231</sup> A. JANNUZZI, *Impugnazione del provvedimento decisivo anomalo*, cit., 2184 s.; A. SCHIAVONE, *Ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di «Stralcio di quota» e giudizio divisorio*, cit., 713 ss.

<sup>232</sup> A. JANNUZZI, *op. ult. cit.*

<sup>233</sup> A. SCHIAVONE, *op. ult. cit.*, il quale segue la dottrina di E. ALLORIO, *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, cit., 77 ss. Quest'ultimo autore considera l'ordinanza di cui al terzo comma dell'art. 789 c.p.c. come sentenza in senso sostanziale, al pari dell'ordinanza di convalida di sfratto per finita locazione; come tale impugnabile con appello se emessa al di fuori dei presupposti di legge, che ne giustificano l'immediato passaggio in giudicato.

<sup>234</sup> M. ACONE, *Note sul giudizio di divisione per stralcio di quota*, cit., 136 ss., il quale riprende la ricostruzione del giudizio di divisione di F. CARNELUTTI, *Meditazioni sul processo divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 22 ss.

In questo filone dottrinale si inserisce anche Andrioli<sup>235</sup>, critico per altri motivi nei confronti di tale giurisprudenziale. Infatti, l'autore rileva come non sia affatto detto che il codice di procedura civile sancisca il criterio della divisione universale ed espella la divisione parziale: il principio della tendenziale correlazione tra diritto sostanziale e processo, non consentirebbe di escludere lo scioglimento parziale della comunione mediante mezzi procedurali, essendo possibile realizzare tale negozio in via stragiudiziale. L'autore aggiunge di non comprendere il motivo per cui la pericolosità nel qualificare consenso la mancata contestazione sia maggiore in caso di divisione parziale piuttosto che in caso di divisione dell'intero compendio comune.

Una più recente opinione<sup>236</sup> prende in considerazione un ventaglio di ipotesi, oltre a quella dell'esplicito accordo iniziale delle parti sulla parzialità della divisione. Così, se vi fosse una domanda di divisione parziale e una successiva contestazione generica, sul presupposto che quest'ultima si riferisca alla deroga al principio di universalità della divisione, si dovrebbe avere una sentenza di rigetto alla domanda. Se a seguito di una domanda di divisione parziale, nessun convenuto avesse contestato o presentato domande riconvenzionali, potrebbe ritenersi raggiunta un'intesa di valore processuale sulla parzialità della divisione e si potrebbe procedere con la disciplina del giudizio divisorio comprensiva di tutti i suoi meccanismi: dunque, la deroga al principio dell'universalità della comunione avverrebbe a monte. Quest'eventualità si avrebbe anche per l'ipotesi in cui a seguito di domanda di divisione parziale, il convenuto o i convenuti rimanessero contumaci: seppur non sia possibile supporre un accordo di carattere processuale, neanche implicito, il solo fatto che i convenuti non si siano avvalsi delle facoltà messe loro a disposizione nel processo, consentirebbe di seguire il procedimento di cui agli artt. 784 ss. e di emettere un'ordinanza di divisione parziale *ex art. 789 c.p.c.*, sul presupposto che il fondamento della divisione senza contestazione non sia di carattere negoziale.

La giurisprudenza più recente, è nel senso che sia possibile la divi-

<sup>235</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, 3° ed., cit., vol. IV, 614 s.

<sup>236</sup> R. LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, 289 ss.

sione parziale sia quando intervenga un accordo fra le parti al riguardo, sia quando, essendo stata chiesta una tale divisione da una delle parti, le altre non amplino la domanda, chiedendo, a loro volta, la divisione dell'intero asse<sup>237</sup>.

Per inquadrare il presunto vizio dell'ordinanza *ex art.* 789, comma 3 emessa in assenza di contestazioni e di accordo tra i condividenti sulla misura della divisione, è necessario compiere una scelta intorno alla natura del giudizio di divisione. Se si parte dal presupposto del suo carattere contenzioso, nello specifico di giudizio di tutela costitutiva non necessaria, la strada appare tracciata: si seguiranno le regole del procedimento contenzioso, laddove non derogate dalla disciplina speciale del procedimento di divisione. Con la domanda di divisione può essere chiesto tutto ciò che le parti non riescono ad avere in via stragiudiziale, quindi, anche una divisione parziale. Pur senza accordo iniziale delle parti sulla misura della divisione, qualora alla citazione per divisione parziale non seguisse una contestazione specifica sul punto ovvero una domanda riconvenzionale ad ampliare l'oggetto del giudizio, il procedimento si dovrebbe svolgere in aderenza alla domanda iniziale e rispetto ad essa opererebbe il meccanismo della non contestazione. L'ordinanza di cui all'art. 789, comma 3, che dichiara esecutivo il progetto di divisione, ha il valore di sentenza passata in giudicato sull'oggetto delle domande di parte, come per qualunque procedimento decisorio sommario. Per cui essa non avrebbe in alcun modo carattere abnorme se approvasse una divisione per stralcio di quota, senza alcuna contestazione di parte.

Vi è un altro provvedimento che pur ponendosi al di fuori dello schema legale di riferimento, non sembra collocabile tra i provvedimenti abnormi.

La Corte di cassazione<sup>238</sup> qualifica come abnorme l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 696 c.p.c., che rigetta il ricorso per accertamento tecnico preventivo e condanna il ricorrente alle spese processuali, dopo aver nominato il consulente tecnico d'ufficio e dopo

<sup>237</sup> Cass., 12 gennaio 2011, n. 573, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1, 47; Id., 8 aprile 2016, n. 6931, in *Guida al diritto*, 2016, n. 19, 71; Id., 14 gennaio 2022, n. 1065, in *Diritto e giustizia*, 17 gennaio 2022.

<sup>238</sup> Cass., 30 settembre 2015, n. 19498, in *Guida al diritto*, 2015, nn. 49-50, 63.

l'avvenuto espletamento della consulenza; secondo la Corte, infatti, il giudice avrebbe esaurito il suo potere-dovere di verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge ai fini dell'ammissione del mezzo di istruzione preventiva con la nomina del c.t.u.

Il procedimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 ss. c.p.c.* si concluderebbe con il deposito della relazione di consulenza tecnica, cui seguirebbe la liquidazione del compenso al consulente nominato dal giudice, senza che possa essere adottato alcun altro provvedimento relativo al regolamento delle spese tra le parti, stante la mancanza dei presupposti, in primo luogo la soccombenza, sui quali il giudice deve necessariamente basare la propria statuizione in ordine alle spese ai sensi degli art. 91 e 92 c.p.c.<sup>239</sup>. Piuttosto, le spese della procedura di istruzione preventiva dovrebbero essere poste momentaneamente a carico del richiedente e liquidate nel successivo giudizio di merito come componente delle spese giudiziali a carico del soccombenente<sup>240</sup>.

Conseguentemente, l'eventuale provvedimento sulle spese liquidato dopo l'espletamento della c.t.u. preventiva viene qualificato come *abnorme*, perché non previsto dalla legge; inoltre, proprio perché incidente sulla posizione di diritto soggettivo della parte a carico della quale viene assunto e dotato di carattere di definitività, non essendo altrimenti impugnabile, contro di esso viene riconosciuto il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.<sup>241</sup>.

In verità, più che di un provvedimento dal contenuto non previsto dalla legge, al massimo, siamo in presenza dell'anticipazione da parte del giudice in sede cautelare di una parte della determinazione sulle spese, che dovrebbe essere adottata al termine del giudizio di merito, seguendo la soccombenza. Il giudice, in teoria competente anche per il merito, assume un provvedimento basato su uno degli elementi (la c.t.u.) che andranno a determinare la decisione di merito finale e della conseguente complessiva condanna alle spese. Si può pensare ad un'anticipazione di una condanna irritualmente emessa, che è prevista dalla legge solo in una fase successiva, quella di merito, una sorta di

<sup>239</sup> Cass., 19 novembre 2004, n. 21888, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 11.

<sup>240</sup> Cass., 15 febbraio 2000, n. 1690, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 344.

<sup>241</sup> Cass., 19 novembre 2004, n. 21888, cit.; Id., 30 settembre 2015, n. 19498, cit.

*extra petitum*. Al massimo si potrebbe parlare di indebito esercizio di un potere riservato ad altra fase, quella di merito, da parte del giudice del cautelare, quindi, di un'abnormità funzionale.

È preferibile ritenere che contro tali provvedimenti sia dato appello, basandoci sulla loro sostanza, piuttosto che ricorso straordinario in cassazione<sup>242</sup>. Il giudice d'appello dovrebbe limitarsi ad annullare un provvedimento non coperto dalla domanda di parte o comunque riservato alla successiva fase.

Si deve aggiungere un'altra riflessione. Nel momento in cui il giudice rigettasse il ricorso per l'accertamento tecnico in via preventiva, ne conseguirebbe naturalmente la condanna alle spese a carico del richiedente<sup>243</sup>. Quello preso in considerazione nella citata pronuncia<sup>244</sup> è certamente un rigetto anomalo, ma pur sempre un rigetto. Se il mezzo di impugnazione dato contro il provvedimento negativo emesso sull'istanza di cui agli artt. 692 e 696 c.p.c. è il reclamo cautelare, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale<sup>245</sup>, con tale strumento

<sup>242</sup> Cass., 29 settembre 1999, n. 10784, cit., che, però, qualifica il provvedimento di merito assunto in sede cautelare come inesistente, riconoscendo l'appello come alternativa all'*actio nullitatis* esperita in via autonoma.

<sup>243</sup> In proposito Cass., 19 agosto 1992, n. 9674, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 8-9 afferma: «L'art. 91 c.p.c., secondo il quale il giudice, con la sentenza che chiude il processo, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese, trova applicazione con riguardo ad ogni provvedimento, ancorché reso in forma di ordinanza o decreto, che, nel risolvere contrapposte posizioni, elimini il procedimento davanti al giudice che lo emette...». Sulla reclamabilità del capo sulle spese contenuto in un provvedimento cautelare *ante causam* in particolare, Cass., 24 maggio 2011, n. 11370, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 790, dove si dubita della ricorribilità in cassazione *ex art. 111 Cost.* della condanna alle spese emessa in sede di reclamo; secondo la Corte il reclamante soccombente, che non intenda iniziare il giudizio di merito ma contestare la sola liquidazione delle spese in esso contenuta, deve farlo attraverso l'opposizione al precetto intimato sulla base del detto provvedimento o all'esecuzione iniziata sulla base di esso.

<sup>244</sup> Cass., 30 settembre 2015, n. 19498, cit.

<sup>245</sup> Corte cost., 16 maggio 2008, n. 144, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 782 ss., con nota di F. CORSINI, *La reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*; in *Foro it.*, 2009, I, 2634; in *Giust. civ.*, 2009, 299 ss., con nota di R. GIORDANO, *Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della Corte costituzionale e 2357 ss.*, con nota di R. GRANATA, *Limitazione della reclamabilità ex art. 669 terdecies c.p.c. al solo provvedimento di rigetto della domanda di istruzione preventiva*, secondo la Corte sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 669 quaterdecies e 695 c.p.c., nella parte

dovrebbe essere contestata anche la statuizione sulle spese in esso contenuta.

Mettendo a confronto la giurisprudenza di cassazione da ultimo commentata con quella presa in considerazione nel precedente paragrafo<sup>246</sup>, va notato come essa passi dall'abnormità-inesistenza alla semplice abnormità, a seconda dell'ampiezza della statuizione di merito anticipata, mentre la sanzione, per coerenza sistematica, dovrebbe essere sempre la stessa.

Un recente provvedimento del tribunale di Napoli<sup>247</sup> ha un contenuto piuttosto singolare.

Davanti a questo tribunale viene proposto ricorso per un concordato preventivo di gruppo con riserva ai sensi degli artt. 44 e 284 c.c.i.i. chiedendo contestualmente termine per il deposito della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale. Successivamente viene presentata istanza di concessione di ulteriori misure protettive previste dall'art. 54, comma 2 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, così come modificato dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83<sup>248</sup>. In particolare, dato che nel frattempo è stata avviata una procedura di sfratto per un immobile concesso in loca-

in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 dello stesso codice.

<sup>246</sup> Cass., 29 settembre 1999, n. 10784, cit., Id., 7 febbraio 2022, n. 3810, cit.

<sup>247</sup> Trib. Napoli, Sez. VII, 27 ottobre 2022, in *Fall.*, 2023, 684 ss., con nota di P. FARINA, *La richiesta di misure protettive successiva alla domanda di accesso allo strumento negoziale: dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione della domanda integrativa nel registro delle imprese.*

<sup>248</sup> Si tratta di modifiche al codice della crisi volte all'adeguamento del corpo normativo alla Direttiva UE 2019/1023, cd. *Insolvency*, del 20 giugno 2019, la quale tende a valorizzare l'obiettivo del risanamento delle imprese, inquadrando la crisi come un momento che può accadere nella vita di un'impresa; per cui dovrebbe essere favorito il recupero alla normalità produttiva dell'imprenditore onesto, insolvente o sovraindebitato. Sulle ultime modifiche all'istituto del quale ci stiamo occupando vedi: L. BACCAGLINI, L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in *dirittodella-crisi.it*, 2022; A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel cci dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Riv. dir. fall.*, 2022, 589 ss.; G. LIMITONE, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi (alla prova della bolletta di luce e gas)*, in *ilcaso.it*, 4 ottobre 2022; D. LONGO, *Le misure cautelari e protettive*, in G. Trisorio Liuzzi (cur.), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023, 131 ss., in particolare 137 ss.

zione al gruppo ricorrente e utilizzato come stabilimento per l'attività produttiva, lo stesso chiede l'inammissibilità dell'azione di sfratto per morosità avviata ed in subordine la sospensione del relativo procedimento.

Il Tribunale, in persona del giudice delegato, applica nel caso di specie art. 54, 2 comma, ultimo periodo; tale norma prevede che con successiva istanza possano essere concesse misure protettive, per evitare che azioni di uno o più creditori, sin dalla fase delle trattative, possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza. La *ratio* della disposizione viene individuata nella necessità di salvaguardare il patrimonio del debitore, funzionale al disbrigo della crisi, rispetto ad iniziative dei creditori che potrebbero diminuirlo.

Per decidere sull'istanza posta, il giudice delegato mette in relazione la suddetta disposizione con un'altra di nuova introduzione: l'art. 94 bis c.c.i.i. Secondo tale articolo, i creditori interessati dalle misure protettive concesse ai sensi dell'art. 54, comma 2, non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore, per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale. Il giudice delegato individua il contenuto del beneficio accordato all'imprenditore nell'inibizione ai creditori dell'esercizio attivo di azioni volte a realizzare il proprio credito, nonché l'esercizio passivo di eccezioni difensive con le quali rifiutarsi di effettuare prestazioni a favore dell'imprenditore già inadempiente. In buona sostanza, il giudice delegato ha inteso tale disposizione non solo come impedimento all'uso degli strumenti negoziali di autotutela a fronte dell'inadempimento della controparte, ma anche dell'azione giudiziale volta alla risoluzione del contratto per inadempimento. Di conseguenza, in considerazione dell'essenzialità dell'immobile per l'attività d'impresa, il giudice dispone ai sensi dell'art. 55, comma 2 c.c.i.i. la sospensione del procedimento di convalida di sfratto per morosità.

Per verificare se questa decisione possa essere considerata o meno dal contenuto illegittimo, è necessario ricostruire la disciplina

di due istituti tra di loro collegati in questa pronuncia: le misure protettive e la disciplina dei contratti pendenti<sup>249</sup>.

Iniziamo con il primo istituto. Per quel che interessa, ci occuperemo delle misure protettive legate alla presentazione di una domanda di accesso al procedimento unitario ai sensi dell'art. 40 c.c.i.i., non delle altre tipologie presenti nel codice della crisi<sup>250</sup>.

Le misure protettive nel codice della crisi riprendono l'omonimo istituto disciplinato nella legge fallimentare all'art. 168, ma con qualche importante differenza<sup>251</sup>.

Innanzitutto, il codice della crisi contiene la definizione di misure protettive all'art. 2, lett. p)<sup>252</sup>, ovvero tali sono «le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza»<sup>253</sup>.

<sup>249</sup> In data 10 giugno 2024 è stato approvato dal Consiglio dei ministri il testo del decreto correttivo al codice della crisi. In attesa del perfezionamento dell'iter per la sua entrata in vigore, qui di seguito si fa perciò riferimento allo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14». Daremo conto delle modifiche relative alla normativa presa in considerazione nel caso di specie.

<sup>250</sup> Così quelle per la composizione assistita della crisi, su cui si rinvia A. CARRATA, *La richiesta di misure protettive successiva alla domanda di accesso allo strumento negoziale*, in *Riv. dir. fall.*, 2020, 267 ss.; oppure le misure protettive a presidio della composizione negoziata della crisi, su cui vedi: L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, in *dirittodellacrisi.it, speciale riforma*, 2021; F.S. DAMIANI, *La composizione negoziata della crisi d'impresa*, in G. Trisorio Liuzzi (cur.), *Diritto della crisi d'impresa*, cit., 59 ss.

<sup>251</sup> Su cui vedi: F.P. CENSONI, *Commento all'art. 168*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, vol. II, 2421 ss.; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. fall.*, 2013, 634 ss.; ID., *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, *ivi*, 2017, 435 ss.; S. ZIINO, *Domanda di ammissione al Concordato Preventivo e "divieto" di azioni esecutive*, *ivi*, 2014, 736 ss.; L.M. DEL MAJNO, *Le misure protettive del patrimonio del debitore in concordato preventivo: verso il CCII*, in *Fall.*, 2020, 1056 ss.

<sup>252</sup> Secondo lo schema di decreto correttivo al art. 2, comma 1, lett. p dopo le parole «determinate azioni» sono inserite le seguenti: «o condotte».

<sup>253</sup> Oltre alla dottrina citata alla nota 248, vedi: M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 849 ss.; G. SCARSELLI,

Quindi, esse non sono poste a presidio di un singolo diritto soggettivo, ma sono in funzione della conservazione del complesso produttivo dell'impresa, ai fini liquidativi ovvero al fine della continuità dell'attività aziendale.

Queste misure possono essere attivate e chieste dal debitore, a differenza dei provvedimenti cautelari, domandati dai creditori<sup>254</sup>. Potrebbe sembrare che i due istituti perseguano lo stesso scopo, visto da due punti di vista diversi; in verità, la tutela cautelare per sua natura ha di mira la salvaguardia di un diritto soggettivo, nello specifico persegue la miglior soddisfazione del diritto di credito, mentre la tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore è uno strumento per tale fine<sup>255</sup>.

Proprio per la loro peculiare funzione, le misure protettive sono

*Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi*, in *Judicium*, 2019; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, *ivi*, 2021; A.M. TEDOLDI, *Commento all'art. 54*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., 356 ss.

<sup>254</sup> All'art. 2, lett. q, c.c.i.i. troviamo la definizione di "misure cautelari": «i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza». Secondo lo schema di decreto corretti anche tale lettera sarà leggermente modificata, nell'ultima parte dove dopo alla fine verrà aggiunto l'espressione: «l'attuazione delle relative decisioni».

<sup>255</sup> Distinguono le misure protettive dalle misure cautelari: G. SCARSELLI, *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi*, cit., 1 s.; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 8; A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel cci dopo il d.lgs. n. 83/2022*, cit., 860 ss. Diversamente M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, cit., 860 e 865, che qualifica le misure protettive come di matrice cautelare. L'autore ipotizza che alla scadenza una misura protettiva possa essere sostituita da una misura cautelare, senza scadenza; specifica che pur non coincidendo le finalità delle due misure, data la duttilità delle misure cautelari, quest'ultime possono essere piegate ad altri interessi. Si tratterebbe di misure cautelari funzionali ad evitare una dispersione del patrimonio causato da iniziative dei creditori e, quindi, a richiesta del debitore. Critica su questa possibilità D. LONGO, *Le misure cautelari e protettive*, cit., 149 s., ad opinione della quale in senso contrario sarebbe decisivo l'art. 55, comma 4, come integralmente riscritto dal d.lgs. 83/2022, secondo cui il tribunale può prorogare, su istanza del debitore o di un creditore e acquisito il parere del commissario giudiziale se nominato, la durata delle misure concesse, nella ricorrenza delle condizioni indicate dalla norma.

accompagnate da accortezze procedurali volte a renderle efficienti, ma come contro altare sono temporanee e soggette a vincoli procedurali assai stringenti.

Due sono i tipi di misure protettive disciplinate dall'art. 54, comma 2, legate al procedimento unitario.

Le prime possono essere attivate dallo stesso debitore con richiesta corredata alla domanda di cui all'art. 40<sup>256</sup> e producono effetti dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese. Tali sono: l'inibizione ad iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Inoltre, una misura legata alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, senza necessità dell'istanza di parte, è l'inibizione alla pronuncia della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza.

Si possono immediatamente apprezzare diverse differenze rispetto all'art. 168 legge fall.: in primo luogo, le misure protettive non sono più legate alla sola domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ma tali misure sono legate alla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale presentata ai sensi dell'art. 40; in secondo luogo, non c'è più l'automaticità delle misure legata alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; in terzo luogo, oggetto dell'(semi)*automatic stay* non è più il "patrimonio del debitore" ma "il patrimonio o beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa"; in terzo luogo, dal punto di vista soggettivo i destinatari della misura sono genericamente "i creditori" e non più "i creditori per titolo o causa anteriore"; infine, si aggiunge un'altra misura, questa sì automatica, ovvero non può essere pronuncia la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza<sup>257</sup>.

<sup>256</sup> Secondo lo schema di decreto correttivo potranno aversi anche in caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 25 sexies), o la richiesta potrà essere contenuta in una successiva domanda.

<sup>257</sup> M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, cit., 678 ss., si poneva nel passato regime il problema della protezione contro le istanze di fallimento dei creditori.

Data l'incidenza delle misure nella sfera giuridica dei destinatari, ben si comprende perché esse siano soggette ad una serie di controlli dopo l'attivazione: debbono essere confermate o revocate da parte del giudice designato dal tribunale competente entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese, con decreto; quest'ultimo provvedimento è reclamabile ai sensi dell'articolo 669 terdecies c.p.c. (art. 55, comma 3 c.c.i.i.). La conferma o revoca delle misure protettive che scattano automaticamente non è da ritenersi automatica, ma presuppone un giudizio positivo in ordine alla possibilità che esse agevolino fin dalla fase delle trattative "il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza" ai sensi dell'art. 2, lett. p)<sup>258</sup>.

Infine, vi è un ulteriore strumento di controllo: la revoca o modifica in caso di atti in frode o quando le misure concesse non soddisfino più l'obiettivo di agevolare le trattative; lo strumento è peculiare, perché l'istanza oltre che dai creditori può essere avanzata dal commissario giudiziale e dal pubblico ministero, in caso di atti in frode, e si presenta al tribunale collegiale, non al giudice monocratico (art. 55, comma 5 c.c.i.i.)<sup>259</sup>.

Inoltre, per la loro incidenza nella sfera giuridica altrui, esse sono temporanee: inizialmente possono essere attivate per una durata massima di quattro mesi, con possibilità di proroga su istanza di parte, alle condizioni di cui all'art. 55, comma 4, per un massimo di dodici mesi anche non continuativi (art. 8 c.c.i.i.); in ogni caso, perdono efficacia al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza (art. 55, comma 3 c.c.i.i.).

Non sembra che in questo primo tipo di misura protettiva rientri l'inibizione dell'azione per la convalida di sfratto, in quanto immedia-

Tali misure vanno ovviamente adattate alle peculiarità della procedura alla quale si accompagnano: perciò, sarebbe da escludere l'automatico operare di tale misura protettiva nel caso in cui la domanda ex art. 40 sia quella di apertura della liquidazione giudiziale, vedi D. LONGO, *Le misure cautelari e protettive*, cit., 138 s.

<sup>258</sup> Così Trib. Busto Arsizio, 3 maggio 2023, in *ilcaso.it*, 17 luglio 2023, con segnalazione di M. LUPERTI.

<sup>259</sup> Sulla ricostruzione di questo tipo di revoca e del relativo procedimento pone diverse questioni G. BOZZA, *op. cit.*, 37 ss.

tamente prodromica ad un'esecuzione forzata per consegna o rilascio<sup>260</sup>. Anzi. Dottrina<sup>261</sup> e giurisprudenza<sup>262</sup> di merito formatasi in relazione all'art. 168 legge fall. erano arrivate alla conclusione che il blocco delle azioni esecutive riguardasse esclusivamente l'espropriazione forzata, in quanto insistente sul patrimonio del debitore, non anche l'esecuzione forzata in forma specifica, come l'esecuzione per consegna o rilascio, che ha ad oggetto beni di proprietà di terzi, quindi tecnicamente non rientranti nel patrimonio dell'imprenditore.

Questa posizione parte dal presupposto che l'art. 168 legge fall. abbia come scopo specifico quello della conservazione dell'integrità del patrimonio del debitore in vista della soddisfazione dei creditori, nel rispetto del principio della *par conditio creditorum*; quindi, da questo concetto di patrimonio andrebbero esclusi i beni non vincolati a tale scopo, quali quelli personali del debitore.

<sup>260</sup> Così Trib. Venezia, 27 novembre 2017, in *ilfallimentarista.it*, 27 novembre 2017, con nota di G. PATRASSI, *Divieto di azioni esecutive e risoluzione del contratto di locazione*, ha escluso che l'azione diretta alla risoluzione del contratto di locazione ed al rilascio dell'immobile locato si infranga contro divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, perché esso si riferirebbe esclusivamente alle azioni esecutive individuali; infatti, tale azione non pregiudicherebbe gli interessi degli altri creditori, perché avrebbe ad oggetto un bene estraneo al patrimonio del fallito.

<sup>261</sup> G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, 119.; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio*, cit., 637 ss.; ID., *recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti*, cit., 438 ss.; M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in A. Jorio, B. Sassani (cur.), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, vol. IV, 621 ss.; G. PATRASSI, *Divieto di azioni esecutive e risoluzione del contratto di locazione*, cit.

<sup>262</sup> In questo senso: Trib. Aosta 20 febbraio 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Bolzano 22 marzo 2013, *ivi*; Trib. Bergamo 28 dicembre 2016, *ivi*; Trib. Bari 6 ottobre 2016, in *IUS.processocivile*. Nella giurisprudenza di legittimità vedi: Cass., 1 marzo 2002, n. 3022, in *Fall.*, 2002, 734 ss., con nota di M. FABIANI, *L'esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo*, secondo la quale il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, previsto dall'art. 168, comma 1, legge fall., riguarda le azioni esecutive in senso proprio, cioè quelle volte a conseguire il soddisfacimento coattivo del credito, e non si estende alla domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'art. 2932 c.c.

Tuttavia, in tempi più vicini all'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza si è formata una posizione più aderente all'attuale funzione dell'istituto del concordato.

Si parte dalla considerazione che l'evoluzione normativa ha portato all'emersione di un interesse dell'imprenditore distinto da quello dei singoli creditori: per il primo la conservazione del patrimonio non è funzionale al solo esdebitamento, ma piuttosto alla possibilità di mantenere in vita l'impresa, soprattutto, se si parla di concordato in continuità aziendale. Allora, il "patrimonio" deve essere inteso estensivamente come l'insieme dei beni e delle utilità che si trovano nella sua legittima disponibilità e che sono funzionali all'attività imprenditoriale<sup>263</sup>.

Questa seconda sembra essere la nozione che il legislatore ha spostato nel nuovo art. 54, comma 2, laddove ha deciso di sostituire il termine "patrimonio" dell'art. 168 legge fall. con l'espressione "sul suo patrimonio (del debitore) o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa"<sup>264</sup>.

Il fatto che il divieto sancito dall'art. 54, comma 2, primo periodo, c.c.i.i. riguardi tutte le forme di esecuzione, quindi, anche quella per consegna o rilascio, non risolve di per sé il problema dell'ammissibilità o meno della relativa azione di cognizione.

Orbene, in assenza di un divieto esplicito giurisprudenza e dottrina non hanno avuto difficoltà ad ammettere azioni di cognizioni volte all'accertamento dei diritti in pendenza della domanda di accesso al concordato preventivo, in considerazione del fatto che in questa procedura non è organizzato un processo di verifica dei crediti come nella

<sup>263</sup> Così Trib. Roma, 13 agosto 2018, in *Fall.*, 2019, 518 ss., con nota adesiva di M. SPADATO, *La protezione del patrimonio del debitore in concordato preventivo, tra interpretazione estensiva dell'art. 168 legge fall. e nuove misure protettive e cautelari previste dal codice della crisi*. In questo senso vedi anche Trib. Frosinone, 24 ottobre 2014, in *Fall.*, 2015, 835; Trib. Milano, 17 luglio 2015, in *ilcaso.it*; Id., 19 agosto 2015, in *Riv. dir. fall.*, 2016, II, 539, con nota di N. ROCCO DI TORREPADULA, *Il destino dei beni in leasing nel concordato preventivo*; Trib. Udine, 24 settembre 2017, in *unijuirs.it*. In dottrina, vedi L.M. DEL MAJNO, *Le misure protettive del patrimonio del debitore in concordato preventivo: verso il CCII*, in *Fall.*, 2020, 1056 ss.

<sup>264</sup> In questo senso: L. BACCAGLINI, L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, cit., 16.

liquidazione giudiziale o nel fallimento<sup>265</sup>. Il problema si è posto per le azioni di cognizione relative ai crediti o ai diritti derivanti da contratti che sono in corso di esecuzione tra le parti al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Nell'ambito del codice della crisi troviamo una disciplina *ad hoc* per gli effetti sui contratti pendenti<sup>266</sup> derivanti dalla presentazione della domanda di concordato preventivo, ricalcata per buona parte sulla disciplina presente nella legge fallimentare, così come risultante dalle riforme operate dal d.lgs. n. 5/2006 e d.l. n. 83/2012, convertito con modifiche dalla l. n. 134/2012.

La regola generale sancita dall'art. 97 c.c.i.i. vuole che i contratti pendenti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo proseguano<sup>267</sup>. Quindi, ai contratti in corso si dovrebbe

<sup>265</sup> Così S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 493 s. in questo senso anche M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio*, cit., 648 s.; S. ZIINO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo*, cit., 749; L.M. DEL MAJNO, *Le misure protettive del patrimonio del debitore in concordato preventivo: verso il CCII*, cit., 1057 ss. In giurisprudenza: Cass., 30 marzo 2005, n. 6672, in *Riv. dir. fall.*, 2007, II, 27 ss., con nota di F. NEPPI, *Divieto di azioni esecutive se il titolo è anteriore al decreto di apertura della procedura di concordato preventivo e legittimità dell'imprenditore ad essere parte nei giudizi di cognizione ordinaria*; Trib. Padova, 23 febbraio 2015, in *Immobili e proprietà*, 2016, n. 1, 57; Trib. Venezia, 27 novembre 2017, cit.; Trib. Roma, 13 agosto 2018, cit.; Id., 8 gennaio 2019.

<sup>266</sup> si intendono per tali ai sensi dell'art. 97, comma 1 «i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo».

<sup>267</sup> Non era presente una disposizione di tal genere nella legge fallimentare. Il silenzio del legislatore veniva interpretato dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria nel senso che il concordato preventivo si poneva come un evento neutro rispetto alla sorte dei contratti, che proseguivano, salvo eccezioni alla regola generale; insomma, si applicava la comune disciplina del codice civile, vedi: A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2009, vol. XI, 2, 470 ss.; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009, 373.

Per riferimenti in ordine alla disciplina generale dei contratti pendenti nel codice della crisi e dell'insolvenza, si rinvia a A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2023, 417 s.; G. D'ATTORRE, *Manuale*, cit., 109 ss.

ro applicare le norme del codice civile relative ai rapporti contrattuali, con le eccezioni sancite dalla disciplina speciale.

La prima eccezione alla regola generale è data dalla possibilità per il debitore di chiedere, con autonoma istanza, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti, se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione.

Per i creditori, intendendosi per tali i contraenti *in bonis*<sup>268</sup>, è stata introdotta recentemente una disposizione che (al pari dell'art. 172, comma 6 per la liquidazione giudiziale) gli inibisce l'uso di strumenti di autotutela negoziale in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 c.c.i.i. e della concessione delle misure protettive o cautelari (art. 94 bis, comma 1 c.c.i.i.)<sup>269</sup>. Inoltre, gli strumenti di autotutela negoziale sono inibiti a determinati creditori ed a certe condizioni, in caso di inadempimento anche pregresso del debitore (art. 94 bis, comma 2, c.c.i.i.).

Invece, manca una disposizione generale che, al pari dell'art. 172 c.c.i.i., commi 5, stabilisca se alla parte *in bonis* sia dato o meno in caso di inadempimento del debitore in procedura concorsuale proporre un'azione giudiziale per la risoluzione del contratto. Qui cominciano le prime incertezze.

Innanzitutto, ci si è posti il problema del significato da attribuire al richiamo da parte dell'art. 96 c.c.i.i. all'art. 145, in precedenza art. 169 legge fall. all'art. 45.

L'art. 45 legge fall./145 c.c.i.i., insieme all'art. 44 legge fall./144 c.c.i.i. delinearrebbero le conseguenze dello spossessamento subito dal debitore nel fallimento/liquidazione giudiziale e garantirebbero l'effetto di cristallizzare il patrimonio del debitore per vincolarlo alla soddisfazione dei creditori della massa<sup>270</sup>, impedendo che abbiano ef-

<sup>268</sup> C. AVOLINO, *Commento all'art. 94 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, cit., 694 s.

<sup>269</sup> Secondo lo schema di decreto correttivo la congiunzione "e" dovrebbe essere sostituita da "oppure".

<sup>270</sup> Si tratterebbe di una norma corrispondente agli artt. 2914 e 2915 c.c. relativi al pignoramento. Così, a titolo esemplificativo tale disposizione impedirebbe le trascrizioni ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c. di atti o domande; di notificare cessioni di

fetto nei loro confronti atti di disposizione successivi all'apertura della procedura concorsuale o trascritti in data successiva a tale evento.

La situazione del debitore è tuttavia differente nella procedura di concordato preventivo.

Ai sensi degli artt. 46 e 96 c.c.i.i.<sup>271</sup> (art. 161 e 167 legge fall.) al momento della presentazione della domanda di concordato il debitore subisce un semi-spossessamento: egli conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, ma deve richiedere l'autorizzazione del tribunale per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione fino al decreto di apertura del concordato preventivo, e poi, comunque, l'autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione di cui al secondo comma dell'art. 94 c.c.i.i. (art. 167, comma 2 legge fall.), affinché producano efficacia nei confronti dei creditori.

crediti ai sensi dell'art. 1265 c.c. o che esse siano accettate dal debitore ceduto; l'iscrizione di ipoteche o privilegi di alcun genere. In tal senso: S. SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 161 ss.; S. PACCHI, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in A.a.V.v., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 151 ss., in particolare 164 s., ritiene che l'art. 45 legge fall. precluda, senza distinzione tra atti del debitore e dei creditori, le domande giudiziali per la cui efficacia rispetto a terzi la legge richiede la trascrizione, quali la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento. Vedi anche: P.S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2011, Padova, 320 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 7ª ed., Torino, 2015, 98 ss.

<sup>271</sup> Lo schema di decreto correttivo prevede un regime particolarmente privilegiato in caso di richiesta di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione (art. 44), quindi anche nel caso qui considerato; infatti, secondo il nuovo 1 bis. «Dalla data del deposito della domanda e sino alla scadenza del termine previsto dal comma 1, lettera a), si producono gli effetti di cui all'articolo 46. Per lo stesso periodo non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile, non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito della domanda di cui al comma 1 e salvo quanto previsto dall'articolo 20, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile». Dato che tale disposizione regola a parte gli effetti dell'istanza di cui all'art. 44, l'art. 96 nella nuova formulazione dovrebbe prevedere che dopo le parole «concordato preventivo» siano inserite le seguenti: «unitamente alla proposta, al piano e alla documentazione prevista dall'articolo 39, comma 3».

In questo contesto, il richiamo dell'art. 96 all'art. 145 c.c.i.i., dovrebbe significare che gli atti del debitore di cui agli artt. 46, comma 1 e 94, comma 2, antecedenti alla presentazione della domanda di accesso alla procedura di concordato, non producono effetti nei confronti dei creditori, se l'adempimento delle formalità necessarie per essere opponibili a terzi è compiuto dopo la presentazione della domanda di concordato. Salvo che nel frattempo non siano stati autorizzati.

Vi è da chiedersi se tale norma sia applicabile anche alle azioni giudiziarie volte alla risoluzione di un contratto intrapreso dal contraente *in bonis*. Infatti, in assenza di una disposizione analoga all'art. 172, comma 5 c.c.i.i. che implicitamente inibisca la proposizione di azioni di risoluzione dopo l'apertura della procedura o trascritte successivamente a tale evento, si genererebbe una disparità di trattamento: in applicazione dell'art. 145 c.c.i.i. sarebbe impedita la presentazione delle domande soggette a trascrizione, non delle altre.

Vediamo le soluzioni prospettate in dottrina.

Secondo alcuna dottrina<sup>272</sup>, il problema delle eventuali azioni giudiziali o stragiudiziali del contraente *in bonis* conseguenti all'inadempimento del debitore si pone particolarmente per i contratti di durata, non per i contratti ad esecuzione istantanea in corso e quindi non ancora eseguiti da ambo le parti all'apertura della procedura: in quest'ultimo caso, all'inadempimento di una delle due parti conseguirebbe l'applicazione della comune disciplina del codice civile. Per i contratti di durata, invece, bisognerebbe distinguere a seconda che l'inadempimento si riferisca ad un momento precedente ovvero successivo all'apertura del concordato, partendo dal presupposto della scindibilità dei singoli momenti della vita del contratto; non sarebbe dato al contraente *in bonis* avvalersi dell'eccezione di inadempimento ovvero agire per sciogliersi dal contratto per inadempimenti precedenti all'apertura della procedura, perché il principio di concorsualità sancito dall'art. 168 legge fall., oggi art. 54 c.c.i.i., prevarrebbe sul vincolo di sinallagmaticità. Quindi, le relative conseguenze restitutorie e risarcitorie dovrebbero essere regolate al di fuori del concorso, per la formazione del titolo (extracontrattuale, in quanto indebito oggettivo)

<sup>272</sup> Così: A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 261 ss., in particolare 266 ss.

in epoca successiva all'apertura del concordato preventivo. Per gli inadempimenti successivi si tornerebbe ad applicare la comune disciplina del codice civile.

Secondo altra impostazione<sup>273</sup>, in linea di principio, non vi sarebbero problemi ad ammettere azioni di cognizione proposte dopo la domanda di concordato a tutela di diritti soggettivi di creditori o terzi, salva la presenza di specifiche disposizioni; così, l'art. 45 legge fall./art. 145 c.c.i.i. impedirebbe l'azione di risoluzione per inadempimento a fini restitutori o quella volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica degli obblighi a contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c., intraprese o trascritte dopo l'apertura della procedura; insomma, la disposizione escluderebbe azioni costitutive che darebbero luogo a modificazioni giuridiche incidenti sulla consistenza del patrimonio del debitore dopo l'apertura della procedura.

In assenza di una disposizione come l'art. 172, comma 5 c.c.i.i. (art. 72, comma 5 legge fall.), non si vede come possa essere ammessa l'azione di cognizione volta alla condanna per il mancato pagamento di un debito pregresso e non invece l'azione volta a far valere diritti che possono comportare anziché una condanna un effetto costitutivo, quale l'azione di risoluzione contratto di locazione. In applicazione dell'art. 45 legge fall./art. 145 c.c.i.i., il vero discrimine dovrebbe essere tra le domande soggette a trascrizione e quelle che non lo sono.

Altro autore, per l'appunto, ha ipotizzato l'applicazione analogica dell'art. 72, comma 5 legge fall./art. 172, comma 5 c.c.i.i. nel procedimento di concordato<sup>274</sup>. Tale norma preclude l'azione di risoluzione del contratto promossa o trascritta dopo dell'apertura del fallimento/liquidazione giudiziale, perché presuppone un sistema alternativo per far valere i diritti nei confronti della patrimonio vincolato, ovvero presentare domanda secondo le regole concorsuali per essere ammessi allo stato passivo; nel concordato preventivo questo meccanismo non scatta, non c'è un accertamento corale dello stato passivo; non c'è altra via che quella ordinaria per avere riconosciuto il diritto alla restituzio-

<sup>273</sup> G.B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, cit., 146 s.; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio*, cit., 648 ss.

<sup>274</sup> P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 11. Marzo 2013, 4 s.

ne di una somma di denaro o di un bene ovvero il diritto al risarcimento del danno.

Infine, altra dottrina è arrivata alla conclusione che proprio l'assenza di una disposizione come l'art. 72, comma 5 legge fall. (art. 172, comma 5 c.c.i.i.) faccia concludere per la facoltà in capo al contraente in *bonis* di avvalersi di un'azione (o un'intimazione) di risoluzione per inadempimento, ovvero, ed *a fortiori*, dei rimedi *ex artt.* 1460 e 1461 c.c.<sup>275</sup>. Tale conclusione sarebbe corroborata anche dall'art. 182 quinquies legge fall. coincidente nella sostanza all'art. 100, comma 1 c.c.i.i., ai sensi del quale il debitore che presenta domanda per un concordato, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, può chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori: questi pagamenti servirebbero proprio ad evitare che il contraente *in bonis* chieda la risoluzione del contratto<sup>276</sup>.

L'art. 94 bis c.c.i.i. potrebbe essere un'ulteriore riprova della bontà di questa impostazione. Tanto nel primo che nel secondo comma della norma il legislatore fa ricorso all'avverbio "unilateralmente" per far intendere che si riferisce a strumenti di autotutela negoziale inibiti in certe condizioni ai creditori o ad una categoria di creditori.

Tanto l'art. 94 bis che l'art. 100 c.c.i.i. si riferiscono alle medesime esigenze, con strumenti differenti consentono di evitare che i contraenti *in bonis* si sciolgano unilateralmente da un contratto essenziale: certo, il nuovo disposto dell'art. 94 bis, comma 2 rende superfluo l'art. 100; il debitore non ha più necessità di chiedere di essere autorizzato a pagare tali creditori, che non possono unilateralmente risolvere il con-

<sup>275</sup> A. BRIGUGLIO, *Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente*, in *Riv. dir. fall.*, 2014, 354 ss., il quale espone anche gli inconvenienti che vi sarebbero a non accogliere questa soluzione.

<sup>276</sup> Il nuovo testo dovrebbe prevedere espressamente il riferimento al concordato di cui all'art. 44, comma 2, lett. a), ovvero in caso di domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo con successivo deposito della proposta di concordato e la relativa documentazione.

tratto<sup>277</sup>. In questo contesto, niente sembrerebbe precludere che essi possano adire un giudice per la tutela del proprio diritto.

Certo è che ottenuto il provvedimento positivo, nel caso di specie l'ordinanza di sfratto, quest'ultima non potrebbe avere esecuzione per tutta la durata delle misure protettive del primo tipo, quelle che scattano automaticamente all'istanza del debitore. Infatti, l'art. 54, comma 2, primo periodo c.c.i.i., a differenza che nel 168 legge fall., estende le misure genericamente ai "creditori", non ai "creditori per titolo o causa anteriore". L'espressione "creditori", da porsi in relazione al fine di tali misure ovvero la tutela del patrimonio o dei beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, quindi dell'entità produttiva dell'impresa, sembra proprio comprendere sia i creditori precedenti che successivi, sia i creditori di somme di denaro che di beni, i quali non si giovino di un'autorizzazione a specifici pagamenti o restituzioni di beni.

A questo punto bisogna verificare se per rendere più completa la protezione fornita all'imprenditore dall'art. 94 bis c.c.i.i., il giudice delegato possa emettere una misura protettiva successiva alla presentazione della domanda di cui all'art. 40 c.c.i.i., avente ad oggetto l'inibizione all'inizio di un giudizio di cognizione o addirittura un ordine di sospensione diretto ad altro giudice.

L'art 54, comma 2, ultimo periodo c.c.i.i.<sup>278</sup> prevede la possibilità di chiedere dopo la presentazione della domanda di cui all'art. 40 c.c.i.i. ulteriori misure, egualmente temporanee, dal contenuto atipico, vincolato allo scopo di evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza<sup>279</sup>.

<sup>277</sup> C. AVOLINO, *Commento all' art. 94 bis*, cit., 696 s. nota l'errore di coordinamento tra le due norme, che rende l'art. 100 sostanzialmente inapplicabile.

<sup>278</sup> Secondo lo schema di decreto correttivo il terzo periodo dovrebbe essere sostituito dal seguente: «Il debitore, dopo il deposito della proposta, del piano o degli accordi, unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, comma 3, può richiedere al tribunale, con successiva istanza, misure, anche diverse da quelle di cui al primo periodo, per evitare che determinate azioni o condotte di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza».

<sup>279</sup> Limitano il contenuto di questa disposizione all'inibitoria degli strumenti di autotutela negoziale: G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit.,

Ci si deve chiedere se nel rispetto del vincolo di tale scopo, la disposizione consenta di arrestare qualsiasi tipo di azione, anche la presentazione di una domanda giudiziaria o la continuazione di un giudizio di cognizione.

La risposta sembrerebbe essere negativa se si legge la norma nel contesto in cui è calata ed alla luce dei principi generali.

Sotto il primo aspetto si consideri che il legislatore ha inibito al primo periodo dell'art. 54, comma 2 c.c.i.i. genericamente di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari; mentre, laddove ha voluto impedire lo svolgimento di una tutela di cognizione non ha usato clausole generali, ma si è riferito ad uno specifico tipo: così l'art. 54, comma 2, secondo periodo stabilisce che non può essere pronunciata la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza. In questo caso l'improcedibilità avviene *ex lege*, non è certo oggetto di una misura protettiva soggetta alla concessione, conferma o revoca del giudice delegato<sup>280</sup>. Come pure in un altro contesto, ma sempre nelle procedure concorsuali, in particolare nella liquidazione giudiziale, all'apertura del concorso tra i creditori è prevista l'improcedibilità dei processi di cognizione relativi al patrimonio concorsuale, che avviene parimenti *ex lege* (art. 151 c.c.i.i.)<sup>281</sup>.

Sotto il secondo aspetto, legittimando ordini di questo genere, ammetteremmo che l'esercizio di un diritto di rango costituzionale

116 s.; L. BACCAGLINI, L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, cit., 9 s.; V. CARIDI, *Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, 301 ss., in particolare 340; P. FARINA, *La richiesta di misure protettive successiva alla domanda di accesso allo strumento negoziale*, cit., 692 s.; C. AVOLINO, *Commento all' art. 94 bis*, cit., 692 ss.

<sup>280</sup> Trib. Busto Arsizio, 3 maggio 2023, cit., secondo il quale l'improcedibilità non può essere oggetto di una misura protettiva suscettibile di conferma, trattandosi di un effetto *ex lege* derivante dalla domanda di accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi; rispetto ad essa, ai sensi dell'art. 7 comma 2 c.c.i.i., il solo tribunale in composizione collegiale è chiamato a pronunciarsi ed esclusivamente nell'ipotesi in cui la domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi diverso dalla liquidazione giudiziale risulti manifestamente inammissibile ovvero allorché il piano proposto sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati.

<sup>281</sup> Né si potrebbe pensare alla proposizione di un'azione giudiziale come ad una generica condotta dei creditori, termine introdotto all'art. 54, comma 2, terzo periodo dal futuro decreto correttivo.

(art. 24 Cost.), riconosciuto dalla stessa CEDU (art. 6) come fondamentale, venga lasciato alla valutazione discrezionale di un giudice, senza paletti ben definiti, basati su considerazioni prognostiche: sia in ordine all'individuazione dei destinatari della misura, legati ad un giudizio sull'essenzialità del contratto di cui sono parti, sia in ordine al contenuto e durata della misura<sup>282</sup>.

L'art. 94 bis, comma 2 c.c.i.i., ultimo periodo definisce essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, non individuando nello specifico tipi di contratti, se non "i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore", tali sarebbero ad esempio i contratti relativi alla fornitura di energia elettrica. A parte i contratti di base per la gestione dell'impresa, la classificazione di molti contratti come essenziali, dipende anche dal piano che viene presentato per la prosecuzione dell'attività aziendale. Quindi, il giudizio sull'essenzialità può essere più difficile e aleatorio a fronte di una domanda di accesso alla procedura con termine per il deposito della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale<sup>283</sup>.

Nel caso di specie va inoltre considerato che la sospensione solo temporanea del processo potrebbe essere superflua in considerazione dell'inibizione ad iniziare l'esecuzione forzata, seppur temporanea.

Il provvedimento del tribunale di Napoli è quindi illegittimo, dovuto ad un errore nell'interpretazione della legge processuale. Si potrebbe ritenere che presenti dei profili di abnormità, se si segue la giurisprudenza della Cassazione in materia di processo penale, secondo la quale tale sarebbe il provvedimento che costringe altro organo giurisdizionale a compiere un'attività processuale *contra legem* ed in violazione

<sup>282</sup> La norma ricalca l'art. 7, comma 4 della Direttiva UE 2019/1023.

<sup>283</sup> D. LONGO, *Le misure cautelari e protettive*, cit., 143, conclude che il riferimento dell'art. 54, comma 2 all'art. 40 stia a significare che le misure automatiche scattino esclusivamente laddove la domanda sia stata compiutamente redatta e non anche quando sia presentata con riserva della successiva presentazione della proposta, degli accordi o del piano ai sensi dell'art. 44, comma 1. Il mancato riferimento a quest'ultima disposizione permane anche dopo la modifica dell'art. 54, comma 2 operata nello schema di decreto correttivo. Seguendo questa impostazione, allora, anche le ulteriori misure protettive, presupponenti le prime proprio perché "ulteriori", dovrebbero essere in questa ipotesi precluse.

dei diritti difensivi, con un'indebita regressione, nonché la stasi del procedimento<sup>284</sup>. Tuttavia, ad escluderne l'abnormità, sempre secondo le categorie proprie della dottrina e giurisprudenza processualpenalistica, sarebbe la previsione di un rimedio espressamente previsto dalla legge, senza necessità di ricorrere a rimedi fuori dal sistema delle impugnazioni<sup>285</sup>.

In questo caso, a fronte di un provvedimento dal contenuto illegittimo, la controparte contrattuale può ricorrere agli strumenti previsti dal codice della crisi. Il procedimento per la concessione delle misure aggiuntive è articolato sulla falsariga di quello per la concessione di misure cautelari, si chiude con ordinanza soggetta a reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* (art. 55, comma 2 c.c.i.i.)<sup>286</sup>; inoltre, c'è la possibilità della particolare revoca prevista dall'art. 55, comma 5 c.c.i.i., come per le misure protettive automatiche.

Il problema potrebbe esserci se il provvedimento non fosse rapidamente impugnato o se il giudice del reclamo lo confermasse ed il giudice destinatario dell'ordine di sospensione, il giudice dello sfatto, si trovasse davanti ad esso: davanti ad un ordine di un altro giudice, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Nel processo civile un ordine può essere diretto ad altro giudice (sospensione esterna), se il primo è quello davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo, il secondo, quello davanti al quale si svolge il procedimento per l'esecuzione dello stesso (art. 623 c.p.c.). Al giudice dell'impugnazione viene lasciato il compito di temperare esigenze contrapposte: dal un lato, l'attuazione materiale del diritto nel minor tempo possibile, dall'altro, evitare un'esecuzione ingiusta, che richiederebbe l'impiego di ulteriori strumenti processuali per porvi rimedio. Il giudice dell'esecuzione non dovrà fare altro che emettere, anche d'ufficio, un provvedimento meramente ricognitivo della sospensione

<sup>284</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 2022, n. 37502, cit.

<sup>285</sup> Sul punto specifico Cass. pen., Sez. un., 18 gennaio 2018, n. 20569, cit. Inoltre, si rinvia alla dottrina ed alla giurisprudenza esaminata nel § 2.

<sup>286</sup> Secondo lo schema di decreto correttivo, al comma 2 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «In caso di misure richieste ai sensi dell'articolo 54, comma 2, terzo periodo, le disposizioni del presente comma si applicano solo se si tratta di misure diverse da quelle di cui al primo periodo del medesimo comma 2 dell'articolo 54».

avvenuta, eventualmente sollecitato dalla parte interessata ai sensi dell'art. 486 c.p.c.<sup>287</sup>.

Quando, invece, vi è un'interferenza nell'accertamento di due fattispecie tra di loro collegate per pregiudizialità dipendenza, è giudice davanti al quale pende la causa pregiudicata che verifica i presupposti della sospensione (interna), tanto in caso di sospensione necessaria (art. 295 c.p.c.) che discrezionale (art. 337, comma 2 c.p.c.), ed eventualmente la dispone per evitare giudicati tra di loro contrastanti<sup>288</sup>.

<sup>287</sup> Cass., 23 luglio 2009, n. 17267.

<sup>288</sup> Sul coordinamento e sui confini tra i due istituti si rinvia a: Cass., Sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, in *Giur. it.*, 2022, I, 1127 ss., con nota di L. DI COLA, *La sospensione necessaria e principio della ragionevole durata del processo*, di M. GABOARDI, *In attesa del giudicato: la pregiudizialità tecnica e la sospensione del processo*, di C. NOVELLA, *Il nuovo intervento delle Sezioni unite sui rapporti tra gli artt. 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.* Le Sezioni unite hanno accolto una ricostruzione restrittiva dell'istituto della sospensione necessaria: dal punto di vista oggettivo, perché riguarderebbe solo il caso in cui ci siano due differenti cause che si stiano svolgendo separatamente in rapporto di pregiudizialità tecnica tra di loro; dal punto di vista soggettivo, perché i due procedimenti dovrebbero avere le stesse parti; dal punto di vista temporale, perché la sospensione sarebbe necessaria fino alla pronuncia della sentenza di primo grado. Ove il provvedimento di primo grado fosse impugnato mentre pendesse ancora il giudizio pregiudicato, si dovrebbe eventualmente ricorrere alla sospensione di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c. Vedi anche la precedente Cass., Sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, la quale è stata oggetto di numerosi commenti: C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. giur.*, 2012, 1133 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra artt. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*, in *Giur. it.*, 2012, 1322 ss.; B. ZUFFI, *Le Sezioni unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1322 ss.; A. GIUSSANI, *Intorno alla durata della sospensione necessaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1148 ss.; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 689 ss.; J. POLINARI, *Le Sezioni unite tornano sull'art. 337, cpv., c.p.c. e riaffermano l'efficacia dichiarativa della sentenza impugnabile*, in *Giur. it.*, 2013, 615 ss.; A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria per pregiudizialità*, in *Foro it.*, 2013, I, 949 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Le Sezioni unite e la sospensione del processo per pregiudizialità, ibidem*, 946 ss. Lo stesso autore aveva commentato anche l'ordinanza di remissione alle Sezioni unite, Cass., 13 gennaio 2012, n. 407, in *Foro it.*, 2012, I, 768 ss., con nota di G. TRISORIO LIUZZI, *I rapporti tra le sospensioni per pregiudizialità ex art. 295 e art. 337, 2° comma c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*.

Nel caso in esame il giudice di una procedura concorsuale emette una misura che dovrebbe tutelare più interessi al contempo, quello del debitore e quello della massa dei creditori, non a presidio di un preciso diritto soggettivo. Tali provvedimenti sono caratterizzata da un margine di atipicità, al pari dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, per consentire al giudice di rispondere nel miglior modo alle esigenze della situazione concreta, ma certo non possono andare oltre i limiti desumibili dalla legislazione speciale e dall'ordinamento nel suo complesso, avendo come antagonisti diritti soggettivi.

Sulla base di queste considerazioni e seppur con qualche forzatura, nel caso di specie si potrebbe riconoscere al giudice del processo di cognizione la facoltà sottrarsi all'ordine dell'altro giudice, perché prospettante una sospensione non rientrante in alcuno dei tipi disciplinati. Egli potrebbe conoscere dei presupposti della misura di protezione, al fine di decidere se sia legittimo emettere il provvedimento di sospensione o meno. Opererebbe una sorta di disapplicazione degli effetti del provvedimento illegittimo, in primo luogo, funzionale alla tutela di un diritto soggettivo processuale, il diritto ad avere un provvedimento di merito senza inutili lungaggini procedurali, ma in ultima analisi, della situazione giuridica soggettiva in funzione del quale il processo è stato attivato. Questa peculiarità ascriverebbe il meccanismo supposto nella stessa tipologia degli analoghi fenomeni della "disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo" e della "disapplicazione del provvedimento di volontaria giurisdizione", pur con i dovuti distinguo, da individuare essenzialmente nella caratteristica che esse sarebbero immedia-

Per una visione ancor più restrittiva dell'istituto vedi: A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 417 ss., il quale riconoscerebbe la sospensione necessaria solo nei casi in cui vi sia il rischio di un'irrimediabile ingiustizia nella decisione della causa pregiudiziale; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 538; ID., *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giust. proc. civ.*, 2015, 633 ss. in particolare 651, il quale è arrivato alla conclusione che la pregiudizialità tecnica giustifichi la sospensione necessaria solo quando è la legge a richiedere l'accertamento del rapporto pregiudicante con efficacia di giudicato, purché non sia possibile realizzare la trattazione simultanea.

La tendenza interpretativa a restringere i confini della sospensione tipica è un sicuro argomento a favore dell'esclusione di qualunque sospensione atipica.

tamente funzionali alla tutela di un diritto soggettivo sostanziale. Anche in questo caso, però, vi sarebbe una giustificazione comune agli altri due fenomeni a sostenere l'esclusione degli effetti di provvedimento palesemente illegittimo: ritenendo il contrario si imporrebbe al secondo giudice di emettere un provvedimento illegittimo a sua volta, pur nella consapevolezza dell'illegittimità dell'ordine a lui diretto. Insomma, egli dovrebbe sospendere il processo, magari al contempo avvertendo le parti affinché impugnino il suo stesso provvedimento.

Potrebbe anche accadere che a seguito dell'ordine illegittimo, il giudice dello sfratto pronunci un provvedimento dal contenuto anormale: un ordine di sospensione del procedimento che non trova giustificazione in una disposizione di legge, errore conseguenza dell'errore di altro giudice.

Il problema sarebbe il mezzo attraverso il quale impugnare un provvedimento del tutto atipico nel contenuto, per il quale non è previsto uno specifico mezzo di impugnazione. Infatti, non sembra che una simile pronuncia abbia nulla a che fare con un'ordinanza di sospensione emessa dal giudice nei casi previsti dal codice. Non è un'inibitoria all'esecuzione, siamo in un processo di cognizione, ma neanche è riconducibile ad un'ipotesi di sospensione interna. Perciò, è difficile immaginare che il provvedimento possa essere impugnato con il regolamento necessario di competenza (art. 42 c.p.c.): tale mezzo è previsto per tipi di pronunce tassativamente indicate, per cui, impugnando un provvedimento dal contenuto così singolare, c'è l'alta possibilità che la Corte di cassazione dichiari il ricorso inammissibile.

Piuttosto, un simile provvedimento potrebbe essere ricondotto alla categoria generale delle sentenze sul rito, se non nella forma almeno nella sostanza. Anche se oggetto della pronuncia non è una questione di rito di per sé potenzialmente idonea a definire il giudizio, ma semplicemente una questione che inibisce momentaneamente il diritto di azione, non è insolito che nel nostro ordinamento simili pronunce vengano equiparate a vere e proprie sentenze di rito. È il caso della sospensione codicistica, il cui provvedimento a partire dal 1990 è impugnabile con lo stesso mezzo delle allora sentenze sulla competenza,

pronunce che oggi hanno assunto la forma di ordinanze<sup>289</sup>.

Vero è che un tale provvedimento non potrebbe rientrare nella categoria generale della sospensione necessaria codicistica, ma proprio sulla logica di tale istituto si può far leva per equiparare un tale provvedimento anomalo e atipico ad una sentenza di rito ai fini dell'individuazione del mezzo di impugnazione: lo strumento che storicamente è stato utilizzato per far valere qualunque tipo di illegittimi-

<sup>289</sup> Da considerare che nel silenzio della legge sulla forma del provvedimento da adottare per sospende il procedimento *ex* 297 c.p.c., una parte minoritaria della dottrina riteneva che dovesse essere adottato con sentenza, così P. D'ONOFRIO, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. I, 496; A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, IV, 417 ss.; ID., *Le nuove disposizioni sul processo*, cit., 124, il quale ha rafforzato questa sua posizione basandola proprio sul fatto che con la Novella del 1990 era stato riformato l'art. 42 c.p.c. e sottoposta la pronuncia sulla sospensione allo stesso mezzo di impugnazione delle sentenze sulla competenza. Questo appiglio normativo è venuto meno con riforma operata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69., a seguito della quale ormai ogni pronuncia sulla competenza avviene con ordinanza. La giurisprudenza dal canto suo, è sempre stata concorde nel ritenere che la pronuncia dovesse avvenire con ordinanza, sia prima che dopo la riforma; così, *ex multis*, prima della Novella del 1990, Cass., 17 dicembre 1986, n. 948; ID., 3 agosto 1990, n. 7821, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 8, secondo la quale il provvedimento che nega la sospensione del processo, al pari di quello che la dispone, avrebbe carattere ordinatorio e non decisorio, in quanto si limiterebbe a regolare lo svolgimento del processo senza pronunciare sulle pretese in esso dedotte; perciò, sarebbe stato solo revocabile da parte del giudice che lo ha emesso, non impugnabile, neppure mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., ancorché adottato erroneamente con la forma della sentenza. Dopo la riforma del 1990 e del 2009, è mutata, tuttavia, la percezione della natura di tale provvedimento da parte della Cassazione, assimilato piuttosto ad una pronuncia sul rito soggetta ad un termine perentorio di impugnazione: così, Cass., 25 agosto 2015, n. 17129, secondo la quale il provvedimento di sospensione del processo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., pur avendo la forma dell'ordinanza, non sarebbe revocabile dal giudice che lo ha pronunciato, poiché tale revocabilità confliggebbe con la previsione della sua impugnabilità mediante regolamento necessario di competenza. Ne conseguirebbe che, ove la parte, anziché proporre il regolamento nel termine previsto dall'art. 47, comma 2, c.p.c., presenti istanza di revoca dell'ordinanza di sospensione al giudice che l'ha emanata e questi emetta un provvedimento meramente confermativo di quello precedente, la mancata impugnazione della prima ordinanza determinerebbe l'inammissibilità del regolamento proposto avverso il secondo provvedimento, perché, altrimenti, sarebbe eluso il termine perentorio per impugnare mediante l'inammissibile proposizione di un'istanza di revoca.

tà delle sentenze sul rito, oltre sul merito, l'appello<sup>290</sup>. Ciò a prescindere dalla forma in cui il giudice destinatario dell'ordine emetterà il provvedimento, del resto, anch'essa non prevista da alcuna norma di legge. L'applicazione analogica di un mezzo di impugnazione di una pronuncia tipica ad una pronuncia atipica è la prima opzione alla quale pensò Aloisi, ideatore della categoria dell'abnormalità strutturale: quindi, egli applicò un criterio "contenutistico"<sup>291</sup>.

Pur nella loro singolarità, non sembra che simili provvedimenti possano essere qualificati inesistenti, perché l'errore nell'interpretazione di una disposizione processuale da parte del giudice, non sconfinava in un'interpretazione del tutto arbitraria, a tal punto da essere creativa: va considerata la difficoltà di lettura e coordinamento di disposizioni di nuova introduzione, oltre al fatto che il legislatore usa termini dal significato troppo onnicomprensivo, nella disciplina di strumenti processuali piuttosto invasivi. Queste riflessioni valgono per entrambi i provvedimenti, frutto di errori interpretativi concatenati tra di loro.

Perciò, il secondo provvedimento sarebbe annullabile entro il termine per impugnare.

Del resto, decorso il termine per appellare, il diritto di agire non sarebbe irrimediabilmente compromesso, ma solo ritardato perché il processo potrebbe essere riattivato alla scadenza del termine assegnato per la sospensione.

<sup>290</sup> In questo senso P. FARINA, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale*, cit., 694 s.

<sup>291</sup> U. ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, cit., 459. Su punto va tenuta in considerazione la posizione di F. AULETTA, *Nullità*, cit., 116 ss., il quale aderisce alla tesi secondo cui l'eccessivo tecnicismo delle norme processuali ne impedirebbe l'applicazione analogica: esse rientrerebbero nelle leggi che fanno eccezione, quindi, nell'ambito di applicazione dell'art. 14 delle preleggi. L'autore preferisce ritenere che la legge processuale sia suscettibile solo di interpretazione estensiva, che servirebbe a dare un senso costituzionalmente adeguato alla disposizione quando ne sarebbe priva la sua lettera.

## 6. Il provvedimento viziato da “*abnormità funzionale*”

Un terzo tipo di *abnormità* individuabile nella casistica giurisprudenziale si può assimilare a quella che in diritto processuale penale viene identificata come *abnormità funzionale*, ovvero come uno sviamento dell’attività giurisdizionale, o meglio di un tipo di attività giurisdizionale, dal fine suo proprio. Secondo la ricostruzione della dottrina processualpenalistica vi sarebbe una sorta di deviazione della funzione giurisdizionale da quelle che sono le regole di organizzazione del procedimento, che riguarderebbe anche il riparto delle funzioni tra gli organi giurisdizionali, in modo tale che il provvedimento emesso determini una regressione alla fase precedente ovvero uno stallo del procedimento. Questo tipo di *abnormità* viene individuato dalla giurisprudenza più recente della Cassazione penale come un secondo tipo o una differente manifestazione dell’*abnormità* strutturale, per indicare un potere che non è riconosciuto al giudice in un dato contesto, quindi per il modo per cui è esercitato è atipico, decontestualizzato e illegittimo.

Il vizio sopra descritto è individuabile nell’ambito del diritto processuale civile in provvedimenti del giudice dell’esecuzione con il quale egli abbia impropriamente esercitato una funzione decisoria<sup>292</sup>.

Tale fenomeno verrà trattato sotto un duplice aspetto: in relazione ai confini che vi sono tra potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell’esecuzione e potere decisivo propriamente detto; in relazione agli eccessi che il giudice dell’esecuzione possa commettere nell’interpretazione-integrazione titolo esecutivo giudiziale, svolgendo

<sup>292</sup> In argomento veda: B. CAPPONI, *Ordinanze decisorie “abnormi” del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, cit., 317 ss.; M. BOVE, *Sul regime dell’ordinanza pronunciata ai sensi dell’art. 612 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 689 ss.; D. MICALI, *Sul provvedimento “di merito” del giudice dell’esecuzione e le opposizioni. Brevi note sui concetti di provvedimento esecutivo “decisorio”, “a cognizione impropria” e “abnorme”*, *ivi*, 2018, 899 ss.; G. TOTA, *I controlli sulle decisioni “di merito” del giudice dell’esecuzione*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 1506 ss.; R. METAFORA, *Il regime di impugnazione dell’ordinanza determinativa delle modalità esecutive resa ai sensi dell’art. 612 c.p.c.*, *ivi*, 2019, 24 ss.; M. PILLONI, *Cognizione del g.e. e opposizioni esecutive*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2020, 1323 ss.

un'attività dichiarativa, più che di attuazione del comando del giudice della cognizione.

6.1. *Provvedimento anormale e il potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell'esecuzione nell'impianto originario del codice di procedura civile*

Sotto il primo profilo indicato, il fenomeno del provvedimento anormale nel processo esecutivo ha assunto via via contorni più sfumati. Per comprenderne la ragione è necessario partire dal ruolo attribuito al giudice dell'esecuzione nel codice del 1940 e seguirne l'evoluzione.

Nelle intenzioni del legislatore dell'originario codice di procedura civile il processo esecutivo doveva essere ben distinto dal processo di cognizione, secondo un preciso schema: l'esecuzione inizia sulla base di un documento, il titolo esecutivo, che racchiude le caratteristiche del diritto da attuare<sup>293</sup>; la cognizione avviene prima della formazione del titolo, se esso è di natura giudiziale, ovvero è confinata in momenti esterni ad esso, per contestare il regolare svolgimento del procedimento o il diritto di procedere ad esecuzione forzata<sup>294</sup>. Non vi sarebbe la

<sup>293</sup> In proposito: E.T. LIEBMAN, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 275 ss.; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo allo studio dell'azione e del processo*, Milano, 1955, 464; E. GARBAGNATI, *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1360 ss.; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, 25 ss. e 131 ss.; G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.

<sup>294</sup> *Relazione alla maestà del Re Imperatore, cit.*, n. 31: «... le garanzie del contraddittorio e della collegialità, che sono preziose e insopprimibili quando si tratta di decidere, si trovano impiegate fuori di luogo nel processo di esecuzione, dove non si tratta di decidere ma di operare in conformità di un titolo già di per sé esecutivo ... Il nuovo Codice, mettendosi sulla scia tracciata dagli studi, ha potuto liberare la esecuzione di tutte le sue ingombranti sovrastrutture imitate dal procedimento contenzioso e distingue il procedimento esecutivo dalle fasi di cognizione che eccezionalmente possono incidere nel suo corso. Tale distinzione è stata tenuta sopra tutto presente nel disciplinare la materia delle opposizioni del debitore e dei terzi; riservate le forme del processo di cognizione a quei soli casi in cui la opposizione rende veramente necessaria una decisione con tutte le garanzie formali ad essa inerenti, il restante procedimento esecutivo è stato sveltito e purificato dai residui delle forme contenziose, dandosi forma di

necessità delle forme contenziose per garantire equilibrio tra le posizioni delle parti, perché il debitore non avrebbe certo il ruolo proprio del convenuto nel processo di cognizione: egli non avrebbe potere di eccezione, ma potrebbe solo tutelarsi azionando le autonome fasi cognitive<sup>295</sup>.

Il nuovo codice vede istituita una nuova figura di giudice, il giudice dell'esecuzione<sup>296</sup>; quest'ultimo opera con gli stessi strumenti del giudice istruttore: può convocare le parti (art. 485 c.p.c.) e tale è necessario che faccia quando deve risolvere questioni sulle modalità di svolgimento del procedimento<sup>297</sup>; la forma del provvedimento è gene-

semplice ricorso alla domanda di autorizzazione a vendita che prima si proponeva con citazione, e forme di ordinanza e decreto a quei provvedimenti esecutivi che prima venivano rivestiti con le inutili solennità della sentenza di autorizzazione a vendere o di aggiudicazione ...». Per approfondimenti sull'evoluzione storica del processo esecutivo si rinvia a E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 2017, 117 ss.; M.P. FUIANO, *La stabilità del riparto esecutivo*, Bari, 2020, 19 ss.

<sup>295</sup> S. SATTÀ, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, 229 ss.; E. GARBAGNATI, voce *Opposizione all'esecuzione (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, vol. XI, 1068 ss.; C. MANDRIOLI, voce *Opposizione (diritto processuale civile): a) Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, vol. XXX, 431 ss.

<sup>296</sup> *Relazione alla maestà del Re Imperatore, cit.*, n. 31: «... come il giudice istruttore nel processo di cognizione, così il giudice dell'esecuzione sta al centro del processo esecutivo, per dirigere, coordinare, stimolare le attività degli interessati che vi partecipano. Anche la esecuzione forzata non si inizia senza istanza di parte: ma, mentre nella legge finora in vigore anche lo svolgimento dell'ulteriore procedimento esecutivo era lasciato quasi per intero all'iniziativa unilaterale del creditore procedente, l'attività di partecipazione del giudice servirà d'ora innanzi a chiamare a raccolta intorno a lui i vari interessati all'esecuzione e gli darà modo, prima di ordinare i più importanti atti di disposizione, di ascoltare direttamente le loro voci e di tener conto, informandosi dei vari loro punti di vista, di tutti gli aspetti del caso concreto».

<sup>297</sup> G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193 ss.; ID., *Il giusto processo di esecuzione, ivi*, 2002, 329 ss., parla di un contraddittorio attenuato nel processo esecutivo, per le modalità rapide e informali; nonché parziale perché esclude il merito delle relazioni tra le parti. Sul contraddittorio nel processo esecutivo vedi anche P. LAI, *L'intervento del creditore non titolato nell'espropriazione singolare*, Roma, 2014, 117 ss.

ralmente quella di ordinanza<sup>298</sup>, soggetta a revoca e modifica, oltre che ad un ulteriore controllo di regolarità su iniziativa di parte.

Insomma, nel sistema del codice del 1940, il giudice dell'esecuzione ha unicamente poteri di direzione del procedimento e strumentali all'attuazione materiale del diritto del creditore, mentre è privato del potere di conoscere della situazione giuridica sostanziale sottostante<sup>299</sup>.

Viene notato<sup>300</sup> come questa visione di fondo pecchi di inadeguatezza nel voler per forza eliminare qualunque fase cognitiva dall'*iter* del processo esecutivo; il giudice dell'esecuzione dovrebbe sempre accertare l'esistenza delle condizioni di fatto e di diritto che legittimano il procedimento.

Secondo la dottrina classica, al giudice dell'esecuzione è concesso verificare la sussistenza dei presupposti processuali, delle condizioni dell'azione esecutiva e delle circostanze che realizzano gli specifici presupposti formali o di pratica opportunità dei singoli provvedimenti chiesti dagli organi esecutivi, ma non le circostanze avente carattere costitutivo, modificativo od estintivo del credito oggetto di opposizione all'esecuzione<sup>301</sup>.

A fronte di un'apertura della giurisprudenza negli anni '70<sup>302</sup>, se-

<sup>298</sup> C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, cit., 451 ss. definisce i provvedimenti del giudice ordinatori-decisori, perché essi non riguarderebbero il merito dell'esecuzione ma si limiterebbero a risolvere questioni di pura opportunità che si presentino di fatto come ostacoli al progredire dell'esecuzione. Sul punto vedi le riflessioni di M. FORNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa*, Torino, 2009, 32 ss.

<sup>299</sup> E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, cit., 142 s.

<sup>300</sup> R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 29.

<sup>301</sup> E.T. LIEBMAN, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, cit., 275 ss.; G. MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963, 37 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio*, cit., 225.

<sup>302</sup> Cass., 15 gennaio 1972, n. 116, in *Foro it.*, 1972, I, 2949; Id., 3 febbraio 1975, n. 396, *ivi*, 1975, I, 12772. Sul rilievo d'ufficio della caducazione del titolo giudiziale non definitivo in seguito all'apertura dell'esecuzione: Cass., 30 maggio 1994, n. 5259; Id., Sez. un., 27 ottobre 1995, n. 11178, in *Foro it.*, 1996, I, 3468. Sui poteri di rilievo d'ufficio del giudice dell'esecuzione in ordine all'avvenuto pagamento: Cass., 18 gennaio 1983, n. 413, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1506, la quale ha assimilato il rilievo d'ufficio

condo la quale a seguito della caducazione del titolo esecutivo il debitore avrebbe potuto eccepire l'estinzione del processo esecutivo e chiedere i provvedimenti consequenziali, un autore<sup>303</sup> fece un passo in avanti rispetto alla dottrina classica. A sua opinione, pur dovendo essere mantenuta ferma la tipicità delle cause di estinzione, sarebbe individuabile un meccanismo costituito dall'alternativa tra art. 486 c.p.c. e l'opposizione all'esecuzione: il debitore potrebbe portare all'attenzione del giudice dell'esecuzione il venir meno del titolo; a questo punto ci sarebbe una biforcazione del procedimento; se non vi fosse contestazione del creditore, il giudice dovrebbe dichiarare l'improseguibilità e adottare i provvedimenti conseguenti; in caso di contestazione del creditore, l'incidente cognitivo si dovrebbe trasformare in opposizione all'esecuzione. Qualora il giudice avesse pronunciato d'ufficio l'improseguibilità, nonostante la contestazione del creditore, avverso l'ordinanza del giudice sarebbe data opposizione agli atti esecutivi, perché quest'ultima viene considerata uno strumento di controllo contro qualunque ipotesi di illegittimità.

Altro autore ha invece ipotizzato che contro una siffatta ordinanza sia dato un rimedio modellato sull'opposizione all'esecuzione per impignorabilità del bene, diretta a contestare le modalità del concreto svolgimento dell'azione esecutiva, tra le quali si porrebbe il rifiuto dell'atto esecutivo da parte del giudice dell'esecuzione<sup>304</sup>.

Infine, secondo una terza posizione, un provvedimento del giudice dell'esecuzione che su sollecitazione del debitore abbia pronunciato

da parte del giudice dell'esecuzione dell'avvenuto pagamento depositato in atti ad un'ipotesi di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione; Id., 23 gennaio 1985, n. 291, *ivi*, 1985, I, 1685, la quale ha considerato atto esecutivo e impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione rilevi il venire meno dei requisiti delle azioni del creditore precedente e dei creditori intervenuti.

<sup>303</sup> R. ORIANI, *op. cit.*, 145 ss. Al contrario, ritenevano che dovesse essere oggetto di opposizione all'esecuzione la circostanza del successivo venir meno del titolo esecutivo: E. GARBAGNATI, voce *Opposizione all'esecuzione (diritto processuale civile)*, cit., 1070 s.; C. MANDRIOLI, voce *Opposizione*, cit., 436; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo*, cit., 191 s.

<sup>304</sup> G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, 361 ss.

sulla mancanza di un valido titolo esecutivo avrebbe sostanza di sentenza dichiarativa, come se chiudesse una sorta di opposizione all'esecuzione decisa sommariamente, nel contraddittorio tra le parti; perciò, questo provvedimento dovrebbe essere impugnato con appello. In assenza di istanza di parte, tuttavia, l'ordinanza tornerebbe ad essere un atto esecutivo contestabile con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>305</sup>.

Terreno fertile per favorire l'attività valutativa - conoscitiva del giudice dell'esecuzione era dovuto ad un'altra peculiare caratteristica del codice del '40, in qualche modo in apparente contrasto con il principio *nulla executio sine titulo*. In ossequio alla *par conditio creditorum* vi era la possibilità dei creditori di intervenire per tutto l'arco del processo esecutivo<sup>306</sup>. Essi presentavano una domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata, che non doveva essere necessariamente accompagnata da un titolo esecutivo. Se l'intervento avveniva in termini (artt. 525, 551, comma 2, 563 c.p.c.), i creditori con titolo esecutivo erano equiparati al creditore pignorante perché avevano il potere di provocare atti di espropriazione; i creditori senza titolo, al contrario, potevano esclusivamente partecipare alla distribuzione della somma ricavata. Se si interveniva fuori termine, invece, a meno che il credito non fosse assistito da un privilegio, si concorrevano sulla somma che avanzava dopo la soddisfazione degli altri creditori.

Il giudice poteva svolgere un controllo formale sulla regolarità dell'intervento, che poteva anche essere provocato mediante opposizione agli atti esecutivi<sup>307</sup>. Tuttavia, la contestazione del credito o del

<sup>305</sup> G. OLIVIERI, *Opposizione all'esecuzione, sospensione interna ed esterna, poteri officiosi del giudice*, in A.a.V.v., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. II, 1275.

<sup>306</sup> Per la ricognizione dell'istituto prima della riforma del 2005 si rinvia a S. ZILINO, *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004, 15 ss.

<sup>307</sup> E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nel processo di espropriazione*, Milano, 1959, 81; L. MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 561 ss. in particolare 582; V. ANDRIOLI, voce *Intervento dei creditori nell'esecuzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, vol. XXII, 488 ss. In giurisprudenza vedi: Cass., 25 ottobre 1984, n. 5414; Id., 26 gennaio 1987, n. 714; Id., 22 maggio 1990, n. 4609. In questo senso più di recente anche A.A. ROMANO, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, 2008, 224 s.

diritto di prelazione che l'accompagnava non poteva avvenire prima della fase distributiva; in tale momento il debitore, i creditori concorrenti o il terzo assoggettato all'espropriazione potevano introdurre un vero e proprio giudizio di merito affidato al giudice competente secondo le regole ordinarie. Conseguentemente, vi era un ampio spazio nel corso del procedimento, nell'ambito del quale contro i crediti titolati intervenuti non vi era alcun strumento di controllo; il rischio era di generare danni patrimoniali nei confronti del debitore esecutato, che poteva subire un'espropriazione e una conseguente vendita di beni per un importo eccessivo; infatti, a seguito delle controversie distributive, poteva accadere che alcuni crediti venissero esclusi dal riparto e che, quindi, alcune delle operazioni esecutive risultassero essere state compiute invano.

Perciò, vi era il problema di quale potesse essere il mezzo per accertare anche sommariamente i crediti degli intervenienti prima di arrivare alla fase distributiva.

L'impostazione tradizionale non concedeva alcuno spazio alla verifica del giudice dell'esecuzione sui crediti intervenuti, seppur a soli fini endoesecutivi: la cognizione dei crediti poteva avvenire arrivati alla fase distributiva dando impulso all'apposita controversia<sup>308</sup>. È logico secondo questa ricostruzione non chiedere alcuna prova documentale del credito: il giudice dell'esecuzione non esaminava documenti relativi al merito della pretesa.

Altra dottrina, invece, è partita dalla distinzione tra fase espropriativa propriamente detta, che si sarebbe chiusa con la vendita o l'assegnazione di beni, e la fase distributiva, che si aprirebbe nel momento in cui si trattasse di distribuire la somma ricavata, per arrivare alla conclusione della natura cognitiva di quest'ultima. L'intervento dei creditori non titolati, allora, poteva essere considerato una domanda di partecipazione alla distribuzione, che in qualche modo doveva presupporre l'accertamento della loro pretesa. Nell'ambito di questa dot-

<sup>308</sup> Vedi per tutti: E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nel processo di espropriazione*, cit., 93; ID., *Espropriazione e distribuzione della somma ricavata*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 175 ss. Tra gli autori più recenti, antecedenti alla riforma, che hanno seguito questa impostazione vedi: M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, *passim*.

trina sono riscontrabili una serie di varianti, con diverse sfumature in ordine alla natura dei poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione.

Montesano<sup>309</sup>, pur identificando nella fase distributiva un giudizio, non riconosceva al giudice dell'esecuzione altri poteri che non fossero quelli della verifica dei requisiti di validità e regolarità processuale dell'intervento. Infatti, salva la possibilità di una distribuzione amichevole ammissibile nell'espropriazione mobiliare, dopo che il giudice aveva elaborato un piano di riparto, la fase distributiva sarebbe stata definita o con la conciliazione promossa dal giudice stesso ovvero in via contenziosa a seguito di opposizione.

Altra parte della dottrina attribuiva una stabilità diversa all'ordinanza del giudice dell'esecuzione con la quale si chiudeva la fase satisfattiva in caso di mancata contestazione/opposizione delle parti: sia che si trattasse di una preclusione *pro iudicato* che di un giudicato propriamente detto, un simile risultato avrebbe dovuto presupporre una cognizione seppur sommaria del giudice dell'esecuzione<sup>310</sup>.

<sup>309</sup> L. MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, cit., 578 ss. In questo senso anche L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, cit., 218 ss.

<sup>310</sup> Sembra essere esplicito sulla natura della fase distributiva S. COSTA, *L'intervento in causa*, Torino, 1953, 341 ss. L'autore vi riconosceva un procedimento sommario, di cognizione superficiale, con contraddittorio eventuale lasciato all'iniziativa del debitore, mediante il quale il creditore che vantasse un credito non esigibile avrebbe ottenuto un provvedimento con natura di cognizione; il provvedimento, a detta dell'autore, avrebbe formato cosa giudicata, ma essendo dato *incidenter tantum* la sua efficacia sarebbe stata limitata al processo esecutivo. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. III, 198, non sembrava, per la verità, presupporre un'attività cognitiva del giudice dell'esecuzione a giustificazione della stabilità del riparto: «Il reparto quando giunga a termine, sarà irrevocabile ed inoppugnabile agli effetti del procedimento in corso, in quanto assistito secondo noi da una preclusione *pro iudicato*. Ma la sua efficacia non si può estendere al di fuori di questo ambito ... il debitore aveva infatti, facoltà di sollevare a questi effetti tutte le sue contestazioni, ma non si può desumere che abbia taciuto *cum loqui potuit ac debuit* anche ad effetti per i quali al momento non era in questione, sui quali non si può ritenere che fosse provocato ad intervenire». Altro autore faceva leva sul meccanismo proprio della non contestazione, alla base dei procedimenti decisori sommari, per giustificare il passaggio in giudicato dell'ordinanza del giudice che chiudeva il riparto in caso di mancata opposizione, così: A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 450 ss. Diversamente G. VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano,

Riconoscere poteri di cognizione al giudice dell'esecuzione in sede di riparto, però, non eliminava il problema di evitare che crediti ingiustamente vantati incidessero negativamente sulla posizione del debitore nel corso dell'espropriazione.

Si ragionò sull'ampiezza dell'opposizione all'esecuzione e sul suo coordinamento con l'opposizione in fase distributiva. In proposito, va ricordata la tesi di Satta, che cercò di dare ordine ai due rimedi, concludendo che l'opposizione all'esecuzione fosse data per impugnare il titolo esecutivo del creditore precedente e degli altri creditori titolati, anche in sede soddisfattiva, quando fosse venuta meno la coincidenza tra la legittimazione ad agire in via esecutiva e l'inadempimento di un'obbligazione di pagamento; invece, l'altra opposizione sarebbe stata operante in sede di riparto per sollevare controversie da parte del debitore nei confronti dei crediti privi di titolo esecutivo, ovvero da parte dei creditori per opporsi al diritto degli altri creditori di partecipare al riparto o di essere soddisfatti con preferenza<sup>311</sup>.

Anche con questo *ecamotage* rimaneva il problema che non vi era strumento alcuno per conoscere prima della fase distributiva dei crediti non accompagnati da titolo esecutivo, mentre c'erano numerosi momenti della fase espropriativa in cui l'entità di tutti i crediti intervenuti assumeva rilevanza: in sede di riduzione dei mezzi di espropria-

1968, 82 ss., che riconosceva poteri sommari di accertamento dei crediti al giudice dell'esecuzione in sede di riparto, pur senza la stabilità del giudicato o di una preclusione *pro iudicato*. In tale ambito, quindi, a parere dell'autore poteva essere richiesta la prova del credito a meno che non ci fosse l'ammissione del debitore.

<sup>311</sup> S. SATTA, *La distribuzione del ricavato e l'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 98 ss. Altri autori individuando nell'opposizione all'esecuzione la funzione di impedire la prosecuzione dell'azione esecutiva, limitarono il rimedio alla contestazione del diritto del creditore pignorante e dei creditori intervenuti che avessero compiuto atti di impulso: A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1960, 397; I. ANDOLINA, «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, 1983, 77 ss. In questo senso in giurisprudenza: Cass., 23 aprile 2001, n. 5961, in *Riv. esec. forz.*, 2003, 78 ss., con nota di M. BELLÌ, *Opposizione all'esecuzione e contestazione dei crediti nella fase di distribuzione del ricavato*; Id., 26 ottobre 2011, n. 22310.

Per ulteriori approfondimenti sul problema e sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali dell'epoca si rinvia a: E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti*, cit., 185 ss.; M.P. FUIANO, *La stabilità del riparto esecutivo*, cit., 258 ss.

zione (art. 483 c.p.c.); di conversione del pignoramento in una somma di denaro, che doveva tenere conto dell'importo dovuto dal debitore al creditore pignorante e a tutti i creditori intervenuti (art. 495 c.p.c.); di riduzione del pignoramento che avveniva con analoghi criteri (art. 496 c.p.c.); quando si doveva valutare se disporre la cessazione della vendita fatta in più volte o più lotti al raggiungimento dell'importo di cui all'art. 495, comma 1 (art. 504 c.p.c.).

Capponi sviluppa una teoria tesa a rimediare a questo inconveniente<sup>312</sup>. Partendo dal presupposto che l'opposizione all'esecuzione non fosse strumento per contestare i crediti dei debitori *sine titulo*, l'autore concluse che l'unico mezzo idoneo a tale scopo fosse l'opposizione agli atti esecutivi, alla quale erano legittimati il debitore e tutti i creditori intervenuti; il mancato esperimento dell'opposizione nel breve termine di cinque giorni, tuttavia, non avrebbe dato luogo ad alcun accertamento del credito<sup>313</sup>.

A prescindere da queste iniziative dei soggetti coinvolti, episodi di ricognizione del credito sarebbero stati necessari per evitare un'esecuzione ingiusta quando il giudice dovesse quantificare l'importo da tenere in considerazione per la riduzione dei mezzi di espropriazione, per la conversione del pignoramento, per la riduzione del pignoramento o per la cessazione della vendita. Queste parentesi di cognizione endoesecutive venivano giustificate sul presupposto che l'interveniente fosse considerato come gravato dall'onere di dimostrare la sussistenza di un proprio credito certo liquido ed esigibile nell'espropriazione mobiliare<sup>314</sup>. Il provvedimento del giudice, che tutto sommato accerta-

<sup>312</sup> B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, 48 ss. Vedi in precedenza anche G. VERDE, *Intervento e prova del credito*, cit., 80 ss. il quale riteneva inconcepibile che un provvedimento come la conversione del pignoramento, andando ad incidere direttamente sulla posizione sostanziale del debitore, fosse emesso senza la previa cognizione dell'esistenza e dell'ammontare dei crediti.

<sup>313</sup> Vedi, in senso differente, V. ANDRIOLI, voce *Intervento dei creditori*, cit., 486 ss., in particolare 488, il quale sul presupposto dell'obiettività dei requisiti richiesti dagli artt. 525 e 563, nonché dell'onere dell'interveniente di fornire prova del credito, riteneva impugnabile con opposizione all'esecuzione i provvedimenti del giudice dell'esecuzione che prendevano in considerazione il credito durante la fase espropriativa.

<sup>314</sup> In senso contrario Cass., 1° settembre 1999, n. 9194, in *Giur. it.*, 2000, I, 1617.

va crediti a fini non dichiarativi ma esecutivi, poteva essere impugnato con l'opposizione agli atti esecutivi, un rimedio che avrebbe dato ingresso ad un giudizio a cognizione piena ed esauriente.

Proprio sulla conversione del pignoramento in epoca più risalente la Cassazione aveva affermato che la contestazione sull'entità del credito poteva essere sollevata senza alcuna formalità, anche verbalmente nell'udienza in cui il giudice dell'esecuzione doveva sentire le parti; avrebbe potuto provvedere lo stesso giudice dell'esecuzione, dopo una sommaria delibazione, con un'ordinanza sottoposta ad opposizione agli atti esecutivi; in questa sede il collegio sarebbe stato investito delle stesse questioni, ma avrebbe provveduto a cognizione piena<sup>315</sup>.

Successivamente, però, la Corte ha mutato avviso. A suo giudizio, il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione determinava, sentite le parti, la somma di denaro da versare in sostituzione delle cose pignorate, comportava una valutazione sommaria delle pretese del creditore pignorante e dei creditori intervenuti, nonché delle spese già anticipate o presumibilmente da anticipare; invece, il giudice avrebbe dovuto prescindere dalle contestazioni circa la sussistenza o l'ammontare dei singoli crediti o circa la sussistenza di diritti di prelazione, che andavano sollevate solo in sede di distribuzione, ai sensi dell'art. 512 c.p.c.<sup>316</sup>.

La Cassazione specificava anche che ove si contestasse il *quomodo* dell'esecuzione, quindi, i controlli formali e sommari compiuti dal giudice dell'esecuzione, lo strumento era l'opposizione agli atti esecutivi; al contrario, l'opposizione all'esecuzione era il mezzo attraverso il quale contestare *an* e il *quantum* della pretesa creditoria, che avesse trovato soddisfazione in sede di conversione, senza operare alcuna distinzione tra crediti muniti di titolo esecutivo e non. Solo in questo giudizio di opposizione, come in ogni normale giudizio di cognizione, il creditore opposto avrebbe dovuto fornire la prova del proprio credito e produrre i titoli su cui si fondava<sup>317</sup>.

<sup>315</sup> Cass., 18 settembre 1972, n. 2653, in *Foro it.*, 1972, I, 3411 ss., con nota di M. ACONE, *In tema di conversione del pignoramento*.

<sup>316</sup> Cass., 6 giugno 1992, n. 6994, in *Giur. it.*, 1993, I, 334 ss.

<sup>317</sup> Cass., 1° settembre 1999, n. 9194, cit. Vedi, inoltre: Cass., 16 maggio 1987, n. 5416, in *Foro it.*, 1988, I, 3040, con nota di R. ORIANI, *Brevi note sull'ambito di appli-*

Lo svuotamento del potere di accertamento del giudice dell'esecuzione comportava che i creditori intervenienti non fossero tenuti a dare antecedentemente, meno che mai in sede di conversione del pignoramento, prova della loro pretesa. Questa giurisprudenza non risolveva la questione del mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che si fosse pronunciata su di una contestazione del debitore.

Il problema dell'ampiezza dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione lo si ritrovava nell'ambito dell'espropriazione presso terzi (artt. 543 – 554 c.p.c.)<sup>318</sup>.

Nell'originario impianto del codice qualora l'esecuzione si dovesse svolgere su crediti del debitore presso terzi o di cose in possesso di terzi, il pignoramento ai sensi dell'art. 543 c.p.c. si eseguiva mediante un atto che tra le altre cose doveva contenere la citazione del terzo e del debitore a comparire ad un'udienza davanti al pretore del luogo di residenza del terzo (art. 543 c.p.c.). A seguito dell'abolizione degli uffici di pretura, il giudice davanti al quale citare il terzo per rendere la dichiarazione diventava il tribunale.

In questo contesto, il terzo veniva chiamato a rendere una dichiarazione (art. 547 c.p.c.), personalmente o tramite procuratore munito di mandato speciale, sulle cose delle quali si trovasse in possesso o sulle somme delle quali fosse debitore e sul termine di consegna o di pagamento; egli doveva, inoltre, specificare i sequestri precedentemente eseguiti presso di lui e le cessioni notificate o accettate. In seguito, il primo comma di tale articolo è stato riformato ed è stato concesso al terzo di rendere la dichiarazione anche a mezzo di raccomandata inviata al creditore precedente<sup>319</sup>.

*cazione dell'opposizione agli atti esecutivi*; in *Riv. dir. proc.*, 1989, 584 ss., con nota di B. CAPPONI, *Intorno ai rimedi «cognitivi» avverso l'accertamento dei crediti nella conversione del pignoramento*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sulla questione si rinvia a E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale*, cit., 185 ss.

<sup>318</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 182; R. VACCARELLA, voce *Espropriazione presso terzi*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.* Torino, 1994, vol. VIII, 94 ss.; M. MONTANARI, V. RINALDI, C. ONNIBONI, T. SALVIONI, *Commento agli artt. 543 – 554*, in C. Consolo, F.P. Luiso (cur.), *Codice di procedura civile, commentario*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, vol. II, 3874 ss.

<sup>319</sup> Art. 12, comma 1, legge 24 febbraio 2006, n. 52.

Se il terzo non fosse comparso all'udienza fissata o comparso si fosse rifiutato di rendere la dichiarazione o se intorno a questa fossero sorte contestazioni, su istanza di parte, il pretore avrebbe dovuto procedere all'istruzione della causa, ove il suo ufficio fosse stato competente anche per il merito, altrimenti avrebbe dovuto provvedere a rimettere la causa al giudice competente (art. 548 c.p.c.). A seguito dell'introduzione della figura di giudice unico di tribunale, era sempre il giudice davanti al quale era stato citato il terzo ad essere competente per l'istruzione della causa nel caso non fosse stato possibile accertare l'obbligo del terzo. Fino al 2012, il giudizio che ne derivava era a cognizione piena, si svolgeva ai sensi del II libro del codice di procedura civile, e veniva definito con sentenza, che fissava alle parti un termine perentorio per la prosecuzione dell'esecuzione. Quest'ultima originariamente proseguiva davanti al pretore; dopo la forma operata con il d.lgs. 51/1998 davanti al tribunale in funzione di giudice dell'esecuzione (art. 552 c.p.c.).

Ai sensi dell'art. 553 c.p.c., quando il terzo si dichiarava o era dichiarato debitore di somme esigibili immediatamente o in un termine non maggiore di novanta giorni, il giudice dell'esecuzione le assegna in pagamento ai creditori concorrenti.

Una questione che la giurisprudenza si è trovata ad affrontare è stata quella della portata dei poteri del giudice dell'esecuzione al momento di emettere l'ordinanza di assegnazione *ex art. 553*. Così ci si chiedeva se davanti ad una dichiarazione positiva del terzo il giudice dovesse limitarsi a prenderne atto e se gli fosse precluso ogni accertamento, perché questo poteva essere svolto solo nel giudizio indicato dall'art. 548 c.p.c.

In una sentenza di metà anni '90, a cui si sono conformate delle sentenze successive<sup>320</sup>, la Cassazione ha scisso due differenti aspetti.

Si distingueva il potesse del giudice nella valutazione della dichiarazione del terzo, da quello di controllare se la pretesa del creditore pignorante corrispondesse alle indicazioni del titolo esecutivo. Sul primo aspetto la Cassazione non prendeva posizione; sul secondo

<sup>320</sup> Cass., 10 settembre 1996, n. 8215, in *Foro it.*, 1997, I, 2610 ss. In senso conforme: Cass., 16 febbraio 2000, n. 1728, in *Riv. esec. forz.*, 2000, 353; Id., 8 maggio 2003, n. 7036, *ivi*, 2004, 614 ss.

aspetto, sul presupposto che l'attività svolta dal giudice dell'esecuzione fosse attività giurisdizionale, concludeva che in quanto tale essa avesse per oggetto il controllo delle situazioni giuridiche attive e passive del creditore e del debitore nell'ambito del processo esecutivo in alcuni momenti chiave. Ebbene nel momento in cui si trattasse di valutare l'eccesso nelle forme dell'espropriazione<sup>321</sup>, al giudice dell'esecuzione doveva essere riconosciuto non solo il potere di verificare l'esistenza di presupposti di legittimità formale degli atti del procedimento esecutivo, ma di compiere un esame, sia pure sommario e incompleto, dell'esistenza del credito e del suo ammontare. In quest'ordine di attività sarebbe rientrata anche quella di valutare il credito del creditore precedente beneficiario dell'assegnazione, con possibile riduzione dell'importo assegnato. Tale compito andava svolto dal giudice anche d'ufficio. Lo strumento che avrebbe avuto il creditore contro l'ordinanza del giudice sarebbe stata l'opposizione agli atti esecutivi.

Andando avanti nell'esame della giurisprudenza anteriore alla riforma dell'istituto, appare non ben delineato il confine tra poteri cognitivi consentiti al giudice dell'esecuzione e l'esercizio improprio di poteri decisorii.

Di certo venne ben presto abbandonata la posizione della giurisprudenza più risalente che considerava abnorme e revocabile in ogni tempo un'ordinanza di assegnazione, quando essa decideva implicitamente sulla questione dell'avvenuto pagamento successivo alla dichiarazione del terzo<sup>322</sup>.

In linea di principio, in diverse sentenze si è affermato che l'ordinanza di assegnazione di crediti fosse impugnabile come atto esecutivo con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, quando si trattasse di far valere vizi che si riferissero ai singoli atti esecutivi o ad essa stessa, mentre poteva essere impugnata con l'appello, quando la sua pronuncia avesse assunto natura decisoria, per aver inciso sulle posi-

<sup>321</sup> Cass., 10 settembre 1996, n. 8215, cit., erano considerati strumenti utili in tal senso la riduzione del pignoramento (art. 496); la cessazione della vendita forzata (art. 504); la sospensione della vendita dei beni non ipotecati (art. 558); la sospensione della vendita o della pronuncia del decreto di trasferimento (art. 586).

<sup>322</sup> Cass., 24 maggio 1980, n. 6245, sulla quale vedi R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 46 ss.

zioni sostanziali del creditore o del debitore; non con il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*<sup>323</sup>. In pratica, però, la distinzione tra le due situazioni non era sempre così netta.

In alcune sentenze si affermava che il giudice esercitava potere decisorio quando avesse implicitamente superato una contestazione sulla regolarità degli atti di esecuzione ovvero sull'esistenza e la pignorabilità del credito del terzo<sup>324</sup>; in altre che la questione relativa alla pignorabilità del credito era rilevabile d'ufficio dal giudice dell'esecuzione<sup>325</sup>.

Nella giurisprudenza più recente, il criterio utilizzato per distinguere tra provvedimenti impropriamente decisorii e no si è affinato: non qualsiasi ordinanza che risolvesse questioni inerenti al credito del terzo potrebbe essere appellata, ma solo quella che integrasse l'oggetto tipico di un procedimento di cognizione, cioè che decidesse sul diritto del creditore di procedere all'esecuzione o sull'esistenza ed entità del credito pignorato; non così il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione decidesse sull'operatività di una compensazione, in virtù dell'opposizione di un credito sorto prima che si perfezionasse il pignoramento<sup>326</sup>.

<sup>323</sup> Cass., 3 febbraio 1998, n. 1091, in *Giust. civ., Mass.*, 1998, 226; Id., 4 gennaio 2000, n. 14, in *Riv. es. forz.*, 650 ss. con nota di P. GRIPPO, *Ancora sulla natura e sul regime dell'ordinanza di assegnazione dei crediti*; Id., 28 giugno 2000, n. 8813, in *Foro it.*, 2002, I, 527 ss., con nota di P. GRIPPO, *La tutela del «debitor debitoris» nell'espropriazione presso terzi secondo gli attuali orientamenti della Corte di cassazione*; Id., 16 ottobre 2001, n. 12596, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, 1750; Id., 23 aprile 2003, n. 6432, *ivi*, 2003, 4; Id., 16 maggio 2005, n. 10180, *ivi*, 2005, 5; Id., 28 febbraio 2007, n. 2745, *ivi*, 2007, 2; Id., 9 marzo 2011, n. 5529, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1226; Id., 17 gennaio 2012, n. 615, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1, 38.

<sup>324</sup> Cass., 5 luglio 1989, n. 3208, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1078 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Sui rimedi esperibili dal terzo contro l'ordinanza di assegnazione*. Vedi anche i precedenti nella sentenza richiamati.

<sup>325</sup> Cass., 16 ottobre 2001, n. 12596, cit.

<sup>326</sup> Cass., 9 marzo 2011, n. 5529, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1226 ha precisato: «Il pignoramento presso terzi costituisce una fattispecie complessa che si perfeziona non con la sola notificazione dell'atto di intimazione di cui all'art. 543 c.p.c., ma con la dichiarazione positiva del terzo o con l'accertamento giudiziale del credito di cui all'art. 549 c.p.c.; ne consegue che il credito pignorato può essere individuato e determinato nel suo preciso ammontare in data anche di molto successiva a quella della notifica-

Ancora. Se giurisprudenza più risalente ha considerato implicitamente decisivo il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione assegnasse un credito sul presupposto della positiva valutazione della dichiarazione terzo, mentre essa era negativa<sup>327</sup>, altra ha ricondotto tale provvedimento ad un atto del processo esecutivo impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>328</sup>.

In sentenze più recenti sembra proprio che la Cassazione abbia affermato la possibilità da parte del giudice dell'esecuzione di penetrare anche la dichiarazione del terzo: per cui oggetto del giudizio di cognizione sarebbe quello dell'ammissibilità in astratto dell'assegnazione del credito, mentre al giudice dell'esecuzione spetterebbe l'interpretazione in concreto della dichiarazione del terzo sotto il profilo dell'entità ed esigibilità del credito; questo accertamento, valido solo a fini esecutivi, sarebbe contestabile con l'opposizione agli atti esecutivi; non potrebbero essere fatti valere con l'opposizione all'esecuzione quei medesimi vizi della menzionata ordinanza già denunciati con l'opposizione agli atti esecutivi respinta<sup>329</sup>.

In dottrina è stato osservato come nel processo esecutivo sia in realtà difficile distinguere tra attività meramente esecutive e attività cognitive, rivelandosi l'attività del giudice dell'esecuzione come un intreccio tra le due, dato che l'adozione di provvedimenti esecutivi spesso presuppone la soluzione di questioni di merito<sup>330</sup>; come rimedio onnicomprensivo contro tutti gli atti esecutivi per far valere ogni loro vizio vi sarebbe sempre l'opposizione agli atti esecutivi<sup>331</sup>.

Prima della riforma dell'istituto ad opera della l. n. 228/2012, nonché dai successivi d.l. n. 132/2014 convertito nella l. n. 162/2014 e d.l.

zione dell'atto, senza che lo si possa considerare sorto dopo il pignoramento, poiché l'indisponibilità delle somme dovute dal terzo pignorato al debitore e l'inefficacia dei fatti estintivi si producono fin dalla data della notificazione, ai sensi dell'art. 543 c.p.c.».

<sup>327</sup> Cass., 5 luglio 1989, n. 3208, cit.

<sup>328</sup> Cass., 16 maggio 2005, n. 10180, cit.

<sup>329</sup> Cass., 20 novembre 2012, n. 20310, in *Riv. es. forz.*, 2013, 200 ss.

<sup>330</sup> R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto e opposizioni*, cit., 55 ss.

<sup>331</sup> R. VACCARELLA, voce *Espropriazione presso terzi*, cit., 123; ID., *Sui rimedi esperibili dal terzo contro l'ordinanza di assegnazione*, cit., 1082 s. Vedi, in precedenza, R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 22 ss.

n. 83/2015 convertito nella l. n. 132/2015, dottrina più recente ha supposto la natura decisoria dell'ordinanza di assegnazione del credito: tale ordinanza trasferirebbe il diritto oggetto di pignoramento al creditore procedente con effetto preclusivo, quando il provvedimento non sia più attaccabile, anche dalle possibili contestazioni del terzo, incompatibili con l'accertamento contenuto nella sentenza *ex art.* 549 c.p.c. ovvero con la dichiarazione resa *ex art.* 547 c.p.c.<sup>332</sup>. Si è specificato che essa sarebbe stata l'ultima parentesi cognitiva in cui il giudice dell'esecuzione avrebbe risolto questioni relative *an* e *quantum* del credito procedente e del credito pignorato, prima della chiusura dell'esecuzione<sup>333</sup>. In quest'ottica è stato prospettato come rimedio l'opposizione all'esecuzione ogniqualvolta il giudice dell'esecuzione avesse inciso con la sua ordinanza su posizioni sostanziali di diritto soggettivo del debitore e del creditore<sup>334</sup>.

#### 6.2. *Provvedimento abnorme e il potere di accertamento endoesecutivo del giudice dell'esecuzione dopo le riforme*

Dal 2005 in poi una serie di interventi legislativi ha profondamente modificato l'originario impianto del procedimento di esecuzione. Quello che ai fini della presente ricerca interessa è la misura in cui queste riforme e il combinato lavoro giurisprudenziale hanno influito sull'espansione dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione.

Le leggi n. 80 e n. 263 del 2005 nonché la legge n. 52/2006 hanno trasformato l'istituto dell'intervento dei creditori e le fasi delle verifiche ad esso collegate<sup>335</sup>.

Allo stato attuale l'intervento nell'esecuzione forzata, promossa da

<sup>332</sup> A.L. BONAFINE, *L'ordinanza di assegnazione di crediti ex art. 553 c.p.c.: natura e possibili rimedi*, nota a Cass., 20 novembre 2012, n. 20310, in *Riv. es. forz.*, 2013, 382 ss. in particolare 390.

<sup>333</sup> R. TISCINI, *Sulla stabilità dell'ordinanza di assegnazione del credito nella procedura espropriativa presso terzi*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 10 aprile 2012, n. 2, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1350 ss.

<sup>334</sup> A.L. BONAFINE, *op. cit.*, 397 ss.

<sup>335</sup> A.A. ROMANO, *L'espropriazione forzata e contestazione del credito*, cit., 159 ss.; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., 303 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 669 ss.

altri, non è più libero ma riservato ai creditori titolati e ad alcune categorie di creditori non titolati (i creditori che, al momento del pignoramento, hanno eseguito un sequestro sui beni pignorati ovvero hanno un diritto di pegno o un diritto di prelazione risultante da pubblici registri ovvero sono titolari di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c., così l'art. 499, comma 1 c.p.c.).

La verifica dei crediti non muniti di titolo esecutivo non viene lasciata alla fase distributiva ma avviene in un'apposita udienza<sup>336</sup>, fissata dal giudice dell'esecuzione con l'ordinanza con cui è disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli articoli 530, 552 e 569 (art. 499, ultimo comma). All'udienza sono chiamati ad intervenire il debitore e i creditori non muniti di titolo esecutivo, perché opera un meccanismo di ammissione alla fase satisfattiva che fa perno sul comportamento tenuto dal debitore, senza che ci sia una cognizione pur sommaria del giudice dell'esecuzione. Il debitore può: riconoscere i crediti; non intervenire ed in tal caso tutti i crediti si intendono riconosciuti; non riconoscerli o riconoscerli in parte o non riconoscerli come privilegiati. Questi ultimi creditori non avranno diritto di partecipare alla distribuzione della somma ricavata, ma potranno avere diritto all'accantonamento se ne fanno istanza e se nel termine di trenta giorni successivi all'udienza promuovono l'azione necessaria per munirsi del titolo esecutivo. Il riconoscimento così ottenuto è valido solo ai soli effetti dell'esecuzione<sup>337</sup>.

<sup>336</sup> A.A. ROMANO, *op. cit.*, 202 ss.; B. CAPPONI, *op. cit.*, 316 ss.; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 704 ss.

<sup>337</sup> Vi è difformità di opinioni intorno alla portata del riconoscimento. A.A. ROMANO, *op. cit.*, 261 ss., inquadra la fattispecie del riconoscimento nell'ambito della cognizione del credito; essa avrebbe valore per tutta l'esecuzione, inclusa la fase distributiva, posizione che impedirebbe al debitore di sollevare una controversia in sede di distribuzione in contraddizione con il comportamento precedentemente tenuto; per cui egli non potrà rimettere in discussione il credito, a meno che la sua contestazione non sia basata su fatti successivi al riconoscimento, in sede distributiva; possibilità che, invece, non viene preclusa agli altri creditori. La formula usata dal legislatore nell'art. 499, ultimo comma non escluderebbe che ad esecuzione chiusa, il pagamento effettuato al creditore riconosciuto possa essere rimesso in discussione in un successivo giudizio a cognizione piena. P. LAI, *L'intervento del creditore non titolato*, cit., 155 ss., considera le verifiche che si svolgono a seguito degli interventi dei creditori non titolati

Prima di ragionare sullo spazio lasciato dal nuovo sistema all'eventuale potere di cognizione dei crediti da parte del giudice dell'esecuzione, è bene esaminare anche le novità che riguardano le controversie distributive. Tali controversie sono state poste all'interno dell'esecuzione forzata, perché la loro risoluzione è affidata al giudice dell'esecuzione, che provvede con ordinanza soggetta ad opposizione agli atti esecutivi. In prima battuta vi è un giudizio sommario, il giudice provvede sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti sul medesimo oggetto del giudizio abrogato: «la sussistenza o l'ammontare di uno o più crediti o la sussistenza di diritti di prelazione» (art. 512, comma 1 c.p.c.). Il provvedimento del giudice dell'esecuzione è impugnabile mediante opposizione agli atti esecutivi. Anche quest'ultimo mezzo sembra fare un balzo in avanti: diviene un procedimento di cognizione idoneo ad accogliere una controversia su diritti.

Diverse sono state le chiavi di lettura di questa novità.

Secondo una prima e maggioritaria posizione la riforma avrebbe prodotto come risultato quello di mutare la natura e l'oggetto delle controversie distributive: si tratterebbe, in sostanza, di un episodio interno al processo esecutivo avente ad oggetto il diritto al concorso, mentre il giudice conoscerebbe solo incidentalmente dei diritti contestati. Il risultato sarebbe un accertamento con efficacia esclusivamente endoesecutiva, utile cioè per l'attività di gradazione ma senza alcun effetto esterno; tali conclusioni non muterebbero nel momento in cui il

come un'anticipazione delle controversie in fase distributiva e qualifica il diritto del creditore riconosciuto come diritto di partecipare alla distribuzione, non contestabile nuovamente in fase distributiva, almeno da parte del debitore esecutato. Secondo altra impostazione, B. CAPPONI, *op. cit.*, 395, bisognerebbe distinguere tra fase espropriativa propriamente detta, durante la quale varrebbe il riconoscimento, e fase distributiva, nell'ambito della quale il credito riconosciuto potrebbe essere rimesso in discussione anche dal debitore.

Nel senso dell'equiparazione del credito riconosciuto al credito titolato sembra essere la giurisprudenza: Cass., 19 gennaio 2016, n. 774, in *Riv. es. forz.*, 2018, 603 ss. secondo la quale in caso di riconoscimento della pretesa (oppure di mancato disconoscimento espresso) il creditore intervenuto non titolato acquista la facoltà di partecipare alla distribuzione della somma ricavata per l'intero (ovvero limitatamente alla parte di credito per la quale vi sia stato riconoscimento parziale) ed in modo pieno, ossia al pari di un creditore titolato e senza necessità di munirsi di titolo esecutivo, almeno ai fini di quel processo esecutivo.

giudizio si chiudesse con la sentenza dell'opposizione *ex art.* 617 c.p.c., la quale comunque avrebbe ad oggetto un diritto di natura processuale<sup>338</sup>. Questa posizione si imporrebbe per il ruolo del giudice dell'esecuzione, che non sarebbe quello di accertare diritti ma di attuarli, nonché per la natura del giudizio di opposizione agli atti.

Altra parte della dottrina individua il *thema decidendum* come più ampio rispetto al diritto sostanziale; analogamente al diritto di procedere ad esecuzione forzata esso sarebbe un diritto di natura processuale, il diritto di partecipare al riparto, che dipenderebbe dall'esistenza del diritto sostanziale e delle condizioni di cui all'art. 499, comma 1 c.p.c. In prima battuta, le controversie sarebbero risolte con un atto esecutivo, un'ordinanza del giudice dell'esecuzione, senza una vera e propria azione di accertamento dietro il provvedimento: i limiti dei poteri conoscitivi del giudice dell'esecuzione impedirebbero di attribuire alla sua ordinanza gli effetti del giudicato. Al contrario, solo con l'opposizione agli atti si avrebbe l'apertura di un autentico giudizio a cognizione piena con effetti dichiarativi e con l'idoneità al giudicato della sentenza finale<sup>339</sup>.

<sup>338</sup> C. CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla l. n. 80/2005)*, in *Corr. giur.*, 2005, 896 ss.; E. MERLIN, *Le controversie distributive*, in A.a.V.v., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, vol. II, 198 ss.; S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, cit., 895 ss.; S. ZIINO, *Le innovazioni in tema di pignoramento e di distribuzione del ricavato*, in *Judicium*, 2006; S. VINCRE, *Profili delle controversie della distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova, 2010, 102, parla di diritto al ricavato di un concorrente, configurata come una situazione giuridica autonoma, ma legata alle precedenti da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza; E. CAVUOTO, *op. cit.*, 253 ss.; M.P. FUIANO, *op. cit.*, 329 ss. Va distinta da quella citata la dottrina che considera le controversie distributive attinenti piuttosto alla ritualità formale degli interventi, così A.M. TEDOLDI, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1297 ss.

<sup>339</sup> A.A. ROMANO, *op. cit.*, 315 ss. Nello stesso senso B. CAPPONI, *Manuale di diritto*, cit., 390 ss., secondo il quale l'oggetto del giudizio dipenderà dalla contestazione avanzata, che potrebbe essere di rito o riguardare il merito di una pretesa; piuttosto, a mutare non sarebbe stato l'oggetto, ma le modalità di svolgimento: l'opposizione distributiva avrebbe cessato di essere un ordinario giudizio di cognizione articolato nel duplice grado di merito per assumere le forme dell'opposizione agli atti, che comunque veicolerebbe sempre la cognizione ordinaria; l'accesso a tale mezzo sarebbe filtra-

Altra dottrina conclude che a mutare non sarebbe stato l'oggetto delle controversie distributive, il quale rimarrebbe la sussistenza o l'ammontare dei diritti di credito o dei diritti di prelazione come indicato dalla prima parte dell'art. 512, ma piuttosto la struttura del giudizio di cognizione. Infatti, quest'ultimo sarebbe articolato come un procedimento sommario di cognizione, precisamente sommario decisorio: la prima fase sommaria si svolgerebbe davanti al giudice dell'esecuzione e si chiuderebbe con un'ordinanza, che se non opposta sarebbe idonea al passaggio in giudicato; la seconda fase, modellata sul procedimento di opposizione agli atti esecutivi, sarebbe la fase eventuale a cognizione piena e si chiuderebbe con sentenza<sup>340</sup>.

La seconda ricostruzione non convince, perché la fase distributiva sarebbe a stabilità variabile: paradossalmente, se chi contesta vuole evitare future azioni di accertamento, dovrebbe sperare che il giudice dell'esecuzione in prima battuta respinga la sua contestazione per poi opporsi e avere un provvedimento idoneo al giudicato. Ricoscergli il diritto di opporsi anche in caso di provvedimento positivo del giudice dell'esecuzione, solo per avere un accertamento con efficacia maggiore, sarebbe troppo "macchinoso": difficile sarebbe riscontrare una sorta di soccombenza e quindi di interesse ad agire/impugnare.

L'ultima ricostruzione parrebbe la più conveniente, perché andrebbe a garantire la stabilità della distribuzione, almeno nel momento in cui sorgessero delle controversie, senza il rischio di vedere aperte nuove parentesi cognitive chiusa l'esecuzione. Tuttavia, l'impronta data dal legislatore al processo di esecuzione è nel senso di aumentare i poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione, ma non fino al punto di arrivare ad una rottura rispetto all'idea di fondo che vi era nel codice del '40: il giudice dell'esecuzione non può conoscere a fini dichiarativi, ma solo allo scopo di condurre e portare a termine nel miglior modo possibile il processo esecutivo. Una scelta che sembrerebbe es-

to dal provvedimento del giudice dell'esecuzione, che opererebbe facendo uso dei normali poteri ordinatori o meglio di accertamento a fini non dichiarativi.

<sup>340</sup> A. CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva fra «diritto al concorso» e «sostanza» delle ragioni creditorie*, in *Corr. giur.*, 2009, 559 ss.; in questo senso sembra anche R. TISCINI, *Controversie distributive di nuova generazione. Riflessioni sulla natura e i rapporti con gli altri incidenti cognitivi*, in *Riv. es. forz.*, 2015, 1 ss., in particolare 21 s.

sere dettata dalla necessità di garantire la ragionevole durata del procedimento anche in questa sede, ma che se vista da lontano, potrebbe non mettere affatto fine alla complessa vicenda di riconoscimento e soddisfazione del diritto sostanziale.

Quindi, il giudice dell'esecuzione risolve le controversie e se necessario conosce della posizione sostanziale dei creditori con effetti limitati all'esecuzione in corso, come avviene per le controversie che riguardano la posizione sostanziale del terzo nell'esecuzione presso terzi. Perciò, le controversie distributive non potrebbero sovrapporsi ad eventuali giudizi di cognizione in corso aventi ad oggetto i crediti non riconosciuti in tutto o in parte.

Questa nuova struttura degli interventi e delle verifiche ad essa correlate non escluderebbe secondo parte della dottrina il potere di delibazione dei crediti del giudice dell'esecuzione in momenti chiave, quali la conversione del pignoramento<sup>341</sup>. Essendo quella del giudice dell'esecuzione una valutazione sommaria funzionale a evitare l'abuso dei mezzi di espropriazione, essa non dovrebbe ostacolare o sovrapporsi all'accertamento del credito nelle fasi cognitive a tal scopo dedicate<sup>342</sup>.

In una sua pronuncia la giurisprudenza di Cassazione<sup>343</sup> ha cercato di mettere in ordine i rimedi avverso l'accertamento compiuto dal giudice nell'ordinanza di conversione dopo le riforme.

Si parte con il ribadire i punti fermi nell'elaborazione giurisprudenziale. Essendo l'ordinanza di conversione un atto del processo esecutivo, essa sarebbe soggetta ad opposizione agli atti esecutivi per gli errori procedurali o di calcolo; ove si volesse contestare l'*an* o il *quantum* del credito del creditore precedente o quello intervenuto munito di titolo esecutivo, vi sarebbe il rimedio dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

<sup>341</sup> B. CAPPONI, *La verifica anticipata dei crediti nell'espropriazione forzata: vecchie soluzioni, nuovi problemi*, in *Riv. es. forz.*, 2010, 329 ss.; ID., *Manuale*, cit., 328 ss. R. TISCINI, *op. cit.*, 12 ss.; E. CAVUOTO, *op. cit.*, 269 ss.; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 650 ss. *Contra* A.A. ROMANO, *op. cit.*, 224, secondo il quale, il giudice dell'esecuzione, quando gli è offerta l'occasione, può svolgere solo verifiche formali intorno alla legittimità degli interventi, non sul merito.

<sup>342</sup> R. TISCINI, *op. cit.*, 13; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 654.

<sup>343</sup> Cass., 28 settembre 2009, n. 20733, in *Riv. es. forz.*, 2010, 329 ss.

Il problema sarebbe quello di individuare lo strumento idoneo a contestare l'accertamento presupposto dall'ordinanza di conversione in ordine all'ammontare degli altri crediti, da parte del debitore e da parte dei creditori che abbiano visto ridotto o non riconosciuto il loro credito.

Essendo l'accertamento parte costitutiva dell'ordinanza, sia pure in funzione della determinazione del bene che verrà assoggettato ad esecuzione, sarebbe logico, ad opinione della Corte, poter contestare la legittimità del provvedimento anche sotto questo aspetto, non diversamente dai profili formali di inosservanza delle regole di cui all'art. 495 c.p.c. con l'opposizione agli atti esecutivi. L'accertamento successivo all'opposizione sarebbe valido solo ai fini della modifica del bene oggetto di esecuzione, non al di fuori del processo esecutivo. Conseguentemente sarebbe sempre proponibile un giudizio di cognizione sul medesimo oggetto.

Al contrario, secondo la Corte, resterebbe preclusa la possibilità di riproporre ai sensi dell'art. 512 c.p.c. le questioni decise dall'opposizione agli atti esecutivi in sede di distribuzione della somma di conversione. Tale effetto preclusivo si giustificerebbe per la ragione che esse sarebbero oramai definite nel processo esecutivo dal giudicato derivante dall'opposizione formale e la distribuzione riguarderebbe la somma acquisita per effetto della conversione per come determinata<sup>344</sup>. Qualora l'ordinanza non sia stata impugnata con l'opposizione agli atti esecutivi, non è chiaro in questa prima pronuncia se la Corte consideri preclusa o meno la possibilità di proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 512 c.p.c. La risposta sarebbe essere negativa se si segue quella dottrina che applica la regola di cui al primo comma dell'art. 161 ad ogni provvedimento nei confronti dei quali sia previsto un mezzo di impugnazione a prescindere dalla sua idoneità al giudicato<sup>345</sup>.

<sup>344</sup> B. CAPPONI, *Manuale*, cit., 484 s., sembra propenso a considerare il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi come strumento di controllo anche dell'esercizio di poteri cognitivi da parte del giudice dell'esecuzione in una fase antecedente a quella soddisfattiva.

<sup>345</sup> F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4° ed., cit., vol. I, 373 ss.; R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 38 ss.; ID., voce *Nullità*, cit., 16, il quale coerentemente con il suo pensiero di fondo nega che i vizi degli atti esecutivi possano essere fatti valere al di fuori del processo esecutivo.

In una successiva pronuncia sembra esserci una sorta di fusione tra il rimedio dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* e il rimedio dell'opposizione *ex art. 512*, con l'effetto di spostare quest'ultimo dopo la chiusura della fase distributiva. La Corte stabilisce che il debitore, istante per la conversione, non avrebbe l'onere di proporre tempestivamente opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza che determini le somme da lui dovute per la conversione; egli potrebbe aspettare fino alla chiusura della fase distributiva per presentare tali contestazioni attraverso l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso l'ordinanza di distribuzione od attribuzione delle somme versate in ottemperanza della precedente ordinanza determinativa del dovuto<sup>346</sup>.

Un'altra riforma importante per l'ampiamiento dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione ha riguardato l'esecuzione presso terzo, rimodellata a seguito di una serie di interventi legislativi (l. n. 228/2012; d.l. n. 132/2014 convertito nella l. n. 162/2014; d.l. n. 83/2015 convertito nella l. n. 132/2015)<sup>347</sup>. Le novità di maggior interesse concernono proprio il cuore dell'istituto, l'accertamento dell'obbligo del terzo che viene facilitato in diversi modi. In primo luogo, ai sensi dell'art. 548, comma 2 c.p.c. non è più richiesta una sua positiva dichiarazione: se questi non compare due volte di seguito in udienza o, comparendo, rifiuta di fare la dichiarazione, il credito del debitore o il possesso del bene di appartenenza del debitore, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione, purché l'allegazione del creditore consenta l'identificazione del credito o dei beni di appartenenza del debitore in possesso del terzo<sup>348</sup>.

<sup>346</sup> Cass., 1° aprile 2014, n. 7537, in *Guida al diritto*, 2014, 27, 79.

<sup>347</sup> Vedi in proposito: A. CARRATTA, *Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Giur. it.*, 2014, 1034 ss.; G. TOTA, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, Napoli, 2014, *passim*; A. MERONE, *Opposizioni del terzo pignorato avverso l'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553*, in *Riv. es. forz.*, 2017, 210 ss.; B. CAPPONI, *Manuale*, cit., 222 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale*, cit., 1108 ss.

<sup>348</sup> Critico sul punto B. CAPPONI, *op. cit.*, 237, il quale nota come, da un lato, non potrebbe essere applicato il modello della "non contestazione" al terzo; dall'altro come la non contestazione non operi neanche nei confronti del contumace nel processo

In secondo luogo, se sulla dichiarazione sorgono contestazioni o se a seguito della mancata dichiarazione del terzo non è possibile l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo, il relativo giudizio di accertamento si svolge davanti al giudice dell'esecuzione (art. 549 c.p.c.). Si tratta di un procedimento a carattere semplificato, in contraddittorio tra le parti, con un'istruttoria che potrebbe anche rivelarsi articolata<sup>349</sup>; in ogni caso, esso non preclude un futuro giudizio di merito sul medesimo oggetto, perché per espressa dichiarazione di legge si arriva alla formazione di un titolo esecutivo giudiziale che spiega i suoi effetti ai soli fini in dell'esecuzione corso. L'ordinanza con cui il giudice decide, come qualunque altro atto esecutivo, è impugnabile con l'opposizione *ex art.* 617.

Una recente sentenza della Corte costituzionale<sup>350</sup> ha escluso l'illegittimità costituzionale del nuovo articolo 549 in relazione agli artt. 2, 3, 24, commi 1 e 2, 81 e 111, commi 1, 2, 6 e 7, Cost., facendo precisazioni importanti. Così, è stato specificato che non risultano violati gli artt. 111, comma 2, e 24 Cost., dal momento che la norma censurata presuppone chiaramente l'indispensabilità dell'impulso di parte, che deve necessariamente enunciare le ragioni dell'istanza, in modo da garantire il diritto di difesa dei convenuti attraverso l'individuazione del rapporto assunto come esistente tra il debitore e il terzo, oltre che del *quantum* dell'obbligo, almeno nel suo ammontare massimo. In ordine alla fase istruttoria si è sottolineato come le relative modalità siano demandate al giudice dell'esecuzione, ma gli accertamenti da quest'ultimo reputati necessari debbano essere compiuti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo e nel rispetto dei principi generali di cui agli artt. 3 e 24 Cost. Né sarebbe violato l'obbligo di motivazione, perché il procedimento in questione si conclude con un'ordinanza *ex art.* 134 c.p.c., succintamente motivata e impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c., oltre che con ricorso in cassazione. È importante che la Corte abbia rimarcato come non sia prevista una limitazione delle ragioni impugnatrici.

dichiarativo. Perciò, al terzo verrebbe applicato un trattamento peggiore rispetto alla parte in un giudizio di cognizione.

<sup>349</sup> In proposito G. TOTA, *op. cit.*, 288 ss.

<sup>350</sup> Corte cost., 10 luglio 2019, n. 172, in *Giur. cost.*, 2019, 4, 2034.

Venendo all'ordinanza di assegnazione del credito emessa dal giudice *ex art. 553*, la Cassazione ha precisato che tale provvedimento, pur non essendo idoneo al giudicato, costituisce un titolo di formazione giudiziale, impugnabile con gli strumenti suoi propri, ovvero con l'opposizione agli atti esecutivi, in ordine ai fatti anteriori alla sua formazione<sup>351</sup>.

In un inciso, la Corte limita i casi di provvedimento abnorme, che fuoriuscirebbero dalla regola enunciata, a quelli in cui il giudice dell'esecuzione emetta l'ordinanza di assegnazione in assenza di una qualsiasi dichiarazione del terzo: è chiaro che questa pronuncia si riferisce alla disciplina *ante* riforma, perché allo stato attuale in caso di mancata comparizione o dichiarazione viene applicato il meccanismo della non contestazione.

In un provvedimento più recente della Cassazione<sup>352</sup>, si continua a ribadire il principio secondo il quale l'ordinanza di assegnazione di un credito, come atto esecutivo è impugnabile con opposizione agli atti esecutivi, mentre va impugnata con l'appello qualora il contenuto di tale ordinanza, esulando da quello ad essa proprio, decida questioni che integrano l'oggetto tipico di un procedimento di cognizione.

Queste affermazioni dopo la riforma meritano delle precisazioni.

Vanno distinti due aspetti dell'ordinanza di assegnazione: quello concernente l'interpretazione della dichiarazione del terzo e quelli concernenti l'esistenza e l'ammontare del credito o dei crediti per i quali si procede.

In ordine al primo profilo, potrebbe accadere che il giudice risolva una questione che doveva essere affrontata in sede di giudizio *ex art. 549 c.p.c.*; essendo tale controversia interiorizzata e culminando con un'ordinanza soggetta ad opposizione agli atti esecutivi, non c'è dubbio che l'ordinanza di assegnazione sia contestabile anch'essa con

<sup>351</sup> Cass., 25 febbraio 2016, n. 3712, in *Riv. es. forz.*, 2017, 207 ss. *Contra* A. MERONE, *op. cit.*, 216, secondo il quale atteso che oggi l'indagine che ha ad oggetto la sussistenza e la quantificazione del credito, per quanto sommaria, è rimessa al giudice dell'esecuzione, sarebbe più coerente riconoscere la natura decisoria e l'idoneità al giudicato del provvedimento che ne è l'esito.

<sup>352</sup> Cass., 26 febbraio 2019, n. 5489.

l'opposizione agli atti esecutivi. Con tale strumento si potrà far valere l'illegittimità procedimentale del provvedimento.

Sotto il secondo aspetto, è frequente nella giurisprudenza di Cassazione l'affermazione per cui in sede di assegnazione il giudice non debba limitarsi a determinare l'ammontare del credito, ma debba esercitare, anche d'ufficio e al di fuori di una specifica contestazione sorta tra le parti, poteri di valutazione e di eventuale riduzione di quanto domandato, ferma restando la possibilità del creditore, sul quale grava l'onere della prova dell'esistenza e dell'ammontare del credito, di impugnare detto provvedimento con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>353</sup>.

Ove si riconosca al giudice dell'esecuzione il potere di valutare le pretese dei creditori intervenuti privi di titolo esecutivo, funzionale ad evitare l'abuso dei mezzi di impugnazione, è giocoforza che si riscontri una simile capacità anche in questa sede, ovviamente a soli fini endoesecutivi. Di contro, non si può non tenere conto dell'esistenza di un sistema di verifiche del credito, per cui è preferibile ritenere che la cognizione endoesecutiva si collochi negli spazi residui, secondo il seguente schema: se il credito è stato riconosciuto o è già stato avviato dal creditore disconosciuto un giudizio di cognizione, il giudice dell'esecuzione deve limitarsi alle verifiche formali; se il credito è stato disconosciuto e non è stato ancora avviato il giudizio di cognizione, ma non è neanche scaduto il termine per avviarlo, c'è spazio per la sua cognizione, funzionale all'equità del processo esecutivo.

La ricostruzione proposta parte dal presupposto che il riconoscimento del credito da parte del debitore abbia efficacia per tutta l'esecuzione forzata, inclusa la fase distributiva, perché nessun limite interno al procedimento esecutivo pone l'art. 499, ultimo comma quando dispone che «il riconoscimento rileva comunque ai soli effetti dell'esecuzione». Anzi, si prosegue nel periodo successivo specificando che «i creditori intervenuti i cui crediti siano stati riconosciuti da parte del debitore partecipano alla distribuzione della somma ricavata...». Piuttosto, sono gli altri creditori che possono contestare il credito riconosciuto, in sede di distribuzione della somma ricavata e purché ne abbiano un effettivo vantaggio. Si può equiparare il riconosci-

<sup>353</sup> Tra le più recenti vedi: Cass., 19 aprile 2012, n. 5895; Id., 20 novembre 2012, n. 20310, cit.

mento ad un titolo esecutivo<sup>354</sup> di carattere particolare: una ricognizione di credito ricevuta da un pubblico ufficiale, che per evitare contraddizioni del sistema, non dovrebbe consentire al debitore di aprire parentesi di cognizione sul credito. Certo il riconoscimento del debito non può impedirgli di far valere eventi estintivi e modificativi successivi ad esso con l'opposizione all'esecuzione o in sede di distribuzione della somma ricavata, ovvero, come vedremo di qui a breve, più semplicemente, di prospettare eventuali eventi estintivi o modificativi del credito riconosciuto al giudice dell'esecuzione.

Altra questione è quella dei limiti d'indagine del giudice dell'esecuzione intorno alla condizione che legittima l'esecuzione o la partecipazione alla stessa dei creditori muniti di titolo.

Giurisprudenza<sup>355</sup> e dottrina<sup>356</sup> ammettono il controllo d'ufficio sull'esistenza del titolo esecutivo, quale documento legittimante l'esecuzione forzata, che in quanto tale deve rimanere in vita per tutto il corso del processo esecutivo; piuttosto, il problema sembra essere l'ampiezza di tale controllo. Secondo l'impostazione tradizionale, ancor oggi seguita da parte della dottrina<sup>357</sup>, il controllo del giudice ri-

<sup>354</sup> A.A. ROMANO, *op. cit.*, 261 ss.

<sup>355</sup> *Ex multis*: Cass., 26 maggio 2003, n. 4491; Id., 19 maggio 2011, n. 11021; Id., 28 luglio 2011, n. 16610.

<sup>356</sup> Sui controlli del giudice dell'esecuzione vedi: G. OLIVIERI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 1228 ss.; A.A. ROMANO, *L'espropriazione forzata e contestazione del credito*, cit., 23 ss.; M. PILLONI, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011, 19 ss.; ID., *Cognizione del g.e.*, cit., 1323 ss.; E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale*, cit., 25 ss.; P. FARINA, *Il nuovo art. 615 tra discutibili esigenze sistematiche e rischi di un'esecuzione ingiusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 259 ss., in particolare 276; G. TOTA, *I controlli sulle decisioni di «merito»*, cit., 1506 ss.; D. MICALI, *Sul provvedimento «di merito» del giudice dell'esecuzione e le opposizioni*, cit., 899 ss.; M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, in *Riv. es. forz.*, 2019, 250 ss.; L. IANNICELLI, *Sul provvedimento del g.e. che dichiara improcedibile il processo esecutivo rilevando il pagamento del credito portato dal titolo azionato, ibidem*, 608 ss.; B. CAPPONI, *Manuale*, cit., 116 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale*, cit., 93 ss.

<sup>357</sup> G. OLIVIERI, *op. ult. cit.*; A.A. ROMANO, *op. cit.*, 31 secondo il quale non tutte le verifiche concernenti l'esistenza del titolo possono essere effettivamente compiute dall'ufficio; infatti, molti vizi che riguardano l'esistenza del titolo possono rendersi palesi solo dopo una più approfondita indagine; D. MICALI, *op. cit.*, 906 ss.; M. CIRULLI, *op. cit.*, 269, seppur con qualche precisazione; R. METAFORA *Il regime di impugnazione dell'ordinanza determinativa delle modalità esecutive resa ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, in

guarda l'estrinseco del titolo; mai l'intrinseco, in particolare, il venir meno del credito per effetto di eventi sopravvenuti.

Non vi è difficoltà ad ammettere che il giudice dell'esecuzione possa rilevare d'ufficio il venir meno del titolo per effetto dell'accoglimento di un'opposizione all'esecuzione<sup>358</sup> o di un'impugnazione<sup>359</sup>, perché si tratta di una verifica documentale che egli può compiere agevolmente, su titoli di formazione giudiziale successivi e inerenti al titolo esecutivo originario, sempre nel contraddittorio tra le parti. Si potrebbe pensare sia ad un controllo di carattere formale sulla permanenza in vita del titolo esecutivo, sia, in alcuni casi, alla necessità di una più difficile interpretazione un titolo esecutivo di formazione giudiziale (ad esempio quando l'accoglimento dell'impugnazione sia stato parziale); si tratta, comunque, di un'attività valutativa tipica del giudice dell'esecuzione, la cui decisione con ordinanza è soggetto ad opposizione agli atti esecutivi.

Secondo l'impostazione classica<sup>360</sup>, sembrerebbe difficile attribuire al giudice dell'esecuzione poteri di rilievo d'ufficio del venir meno del titolo esecutivo per effetto di fatti sopravvenuti successivi alla forma-

*Riv. es. forz.*, 2019, 24 ss. in particolare 35, secondo la quale il controllo del giudice dell'esecuzione potrebbe esercitarsi soltanto sul titolo e sulle sue vicende connesse a provvedimenti giudiziari successivi (caducazione, sospensione etc.) con esclusione di tutte quelle questioni che, coincidendo con fatti impeditivi, modificativi, estintivi sopravvenuti, possono formare oggetto di opposizione all'esecuzione.

<sup>358</sup> Cass., 13 febbraio 2009, n. 3531, in *Giust. civ.*, 2010, 2033, con nota di P. FARINA, *Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata?*; Id., Sez. un., 28 novembre 2012, n. 21110, in *Foro it.*, 2013, I, 1224, con nota di D. LONGO, *Carenza del titolo esecutivo, vendita forzata e salvezza dell'acquisto del terzo*; in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1551 ss., con nota di S. VINCRE, *La stabilità della vendita forzata: un «dogma» riaffermato.*; Id., 7 gennaio 2014, n. 61, in *Diritto e giustizia*, 2014, 25, con nota di A.M. BASSO, *Tanti creditori titolati: l'illegittimità sopravvenuta dell'originaria azione esecutiva produce effetti ex nunc.*

<sup>359</sup> Vedi retro R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 145 ss.

<sup>360</sup> E.T. LIEBMAN, *I presupposti dell'esecuzione forzata*, cit., 275 ss.; G. MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, cit., 37 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio*, cit., 225; E. GARBAGNATI, voce *Opposizione all'esecuzione (diritto processuale civile)*, cit., 1070 s.; C. MANDRIOLI, voce *Opposizione*, cit., 436; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo*, cit., 191 s.

zione del titolo, perché sarebbe necessario un accertamento a cognizione piena, introdotto attraverso l'opposizione all'esecuzione.

Contrariamente agli insegnamenti tradizionali, la frequente pratica della chiusura in rito del procedimento esecutivo per il riscontro della mancanza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo ha ricevuto riconoscimento in Cassazione<sup>361</sup>. Il provvedimento sarebbe un atto del processo esecutivo, di "estinzione atipica"<sup>362</sup>, che avrebbe trovato fondamento legislativo nel nuovo art. 187 bis disp. att. c.p.c., introdotto dalla l. n. 80/2005, e nel nuovo art. 164 disp. att. c.p.c., introdotto dalla l. n. 132/2014.

La Cassazione specifica che il provvedimento di chiusura del giudice dell'esecuzione non è adottato in via né sommaria né provvisoria, ma a definitiva chiusura della procedura esecutiva; tale ordinanza avrebbe natura di provvedimento emesso dal giudice dell'esecuzione, quindi, sarebbe efficace solo ai fini dell'esecuzione in corso, e sarebbe impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>363</sup>. Per cui, nel momento in cui il giudice rilevasse, ad esempio, l'avvenuto pagamento risultante dagli atti o portato alla sua attenzione dal debitore, egli potrebbe anche accertare il venir meno del credito in via sommaria, ma il relativo provvedimento non varcherebbe i confini del processo esecutivo e avrebbe come unico risultato quello di chiuderlo definitivamente; non certo quello di impedire di istaurare un processo di cognizione sul medesimo oggetto, ma neanche quello di precludere l'inizio di un nuovo procedimento di esecuzione forzata sulla base del medesimo titolo.

<sup>361</sup> Vedi: Cass., 22 giugno 2017, n. 15605, in *Giur. it.*, 2017, 2385 ss., con nota di G. FELLONI, *Esecuzione forzata – interferenze tra improcedibilità dell'esecuzione e sospensione ex art. 624 c.p.c.*; in *Riv. es. forz.*, 2018, 1651 ss., con nota di S. VINCRE, *L'«improcedibilità» dell'esecuzione e l'opposizione all'esecuzione*; Id., 20 febbraio 2019, n. 4961, *ivi*, 2019, 606 ss., con nota di L. IANNICELLI, *Sul provvedimento*, cit. Su questa giurisprudenza vedi anche P. FARINA, *Note (minime) sul sistema dei controlli degli atti nel processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 476 ss., in particolare 485 s.

<sup>362</sup> Trattasi di un istituto di creazione pretoria: L. IANNICELLI, *Note sull'estinzione nel processo esecutivo*, Salerno, 2004, 78 ss.; M.C. GIORGETTI, *L'estinzione atipica nel processo esecutivo e i suoi rimedi*, in *Riv. es. forz.*, 2005, 680 ss.; R. BELLÈ, *Estinzione atipica e chiusura atipica del procedimento esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 433 ss.

<sup>363</sup> Cass., 22 giugno 2017, n. 15605, cit., 1653.

Il problema si pone nel momento in cui il giudice dell'esecuzione si trovi davanti ad una controversia sull'esistenza del titolo o credito o sulla pignorabilità del bene<sup>364</sup> e decida con ordinanza<sup>365</sup>. In questi casi il giudice sembrerebbe emettere una sentenza in senso sostanziale senza averne il potere o meglio esorbitando dai limiti del suo potere.

La giurisprudenza ha dato una soluzione anche a questo problema, differenziando tale ipotesi da quella precedentemente esaminata. Il provvedimento sommario adottato dal giudice dell'esecuzione a seguito di contestazioni del debitore avrebbe valore di provvedimento di provvisorio arresto del corso del processo esecutivo, impugnabile mediante reclamo *ex art. 624 c.p.c.*: corrisponderebbe in sostanza al provvedimento di chiusura della prima fase del procedimento di opposizione all'esecuzione<sup>366</sup>.

<sup>364</sup> Ovviamente nei casi in cui non è prevista la possibilità del rilievo d'ufficio dell'impignorabilità, vedi P. FARINA, *Il nuovo art. 615 c.p.c.*, cit., 278 s.

<sup>365</sup> G. TOTA, *I controlli sulle decisioni*, cit., 1514; D. MICALI, *Sul provvedimento di "merito"*, cit., 923 ss.

<sup>366</sup> Cass., 22 giugno 2017, n. 15605, cit.; Id., 20 febbraio 2019, n. 4961, cit. La precedente Cass., 24 ottobre 2011, n. 2033 ha escluso che il provvedimento del giudice dell'esecuzione emesso a chiusura della fase sommaria delle opposizioni di cui all'art. 615 c.p.c., comma 2, artt. 617 e 619 c.p.c. possa assumere carattere decisorio, anche se provveda sulle spese e non fissi il termine per l'introduzione del giudizio di merito, spiegando che: «L'errore del giudice, consistito nel negare la progressione del procedimento e, quindi, dell'azione dalla fase sommaria a quella a cognizione piena, in altri termini non può avere il valore di decisione definitiva sul modo di essere del diritto fatto valere con l'opposizione, perché, se è concepibile che il giudice civile, allorché abbia la *potestas* di decidere in via definitiva su diritti, la possa esercitare con forme irrituali sì che il suo provvedimento, ancorché non adottato secondo le forme previste, abbia comunque quell'attitudine, perché è espressione del potere di un giudice che poteva rendere una decisione definitiva e l'ha soltanto fatto seguendo forme irrituali, non è, invece, concepibile che l'errore del giudice nell'applicare le forme del procedimento, allorché venga compiuto in una fase processuale nella quale il giudice, secondo il modello procedimentale, non poteva rendere decisione definitiva, possa fare assurgere al suo provvedimento irrituale il carattere della definitività sul diritto coinvolto». Nello stesso senso Cass., 23 novembre 2009, n. 20532, in *Guida al diritto*, 2010, n. 4, 38; Id., 24 ottobre 2011, n. 22033, cit., che escludono ricorso in cassazione avverso il provvedimento negativo o positivo emesso dal giudice dell'esecuzione al termine della fase sommaria delle opposizioni senza la fissazione della fase per il merito.

Dalle parole della Corte sembrerebbe che la presentazione di una formale domanda di opposizione o meno sia indice della natura dell'incidente cognitivo; in verità, essa adotta come dirimente un altro criterio per distinguere le due ipotesi: decisivo sarebbe che il giudice abbia disposto, anche implicitamente, ma inequivocabilmente la liberazione dei beni pignorati<sup>367</sup>.

Con il provvedimento con il quale sospende l'esecuzione il giudice dovrebbe anche fissare il termine per l'inizio dell'esame del merito; ove non lo faccia, secondo la Corte, è possibile per la parte interessata chiedere l'integrazione del provvedimento *ex art. 289 c.p.c.*, ovvero procedere direttamente all'istaurazione del giudizio di merito<sup>368</sup>. Tra l'altro, in caso di mancato reclamo avverso l'ordinanza di sospensione (art. 624, comma 2 c.p.c.) ed in assenza di un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di merito, il processo di opposizione rischierebbe di rimanere pendente *sine die*, stando alla lettera del terzo comma dell'art. 624. La Cassazione in proposito ha specificato che, anche senza la fissazione dell'istanza di integrazione nel termine di cui all'art. 289 c.p.c., si determinerebbe l'estinzione del processo ai sensi

Per quel che concerne la natura del provvedimento di sospensione: R. ORIANI, *La sospensione dell'esecuzione (sul combinato disposto degli artt. 615 e 624 c.p.c.)* in *Riv. es. forz.*, 2006, 209 ss., attribuisce al provvedimento natura cautelare; diversamente D. LONGO, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, Pisa, 2018, vol. I, 91 ss., la quale considera il provvedimento di sospensione di carattere ordinatorio, comunque, appartenente al processo esecutivo. Sull'istituto della sospensione dell'esecuzione ed in particolare della sospensione dell'esecuzione a seguito delle opposizioni vedi anche: G. OLIVIERI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 1274; R. METAFORA, voce *Sospensione dell'esecuzione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2007, agg. II, 1224, in particolare § 7; F. COSSIGNANI, *L'art. 624 dopo la l. n. 69/2009: i nuovi interrogativi e le questioni irrisolte*, in *Giur. it.*, 2014, 1055 ss.; M. CIRULLI, *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 2015, 265 ss. B. CAPPONI, *Manuale*, cit., 489 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale*, cit., 2427 ss.

Secondo Cass., 18 settembre 2008, n. 23847, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1371 ss., con nota di L. DITTRICH, "Litispendenza esecutiva", giudice "competente" a disporre la sospensione dell'esecuzione *ex art. 624 c.p.c.* e a decidere della sospensione all'esecuzione, l'eventuale provvedimento di sospensione adottato da un giudice diverso da quello dell'esecuzione sarebbe affetto da un vizio di costituzione del giudice *ex art. 158 c.p.c.*

<sup>367</sup> Cass., 22 giugno 2017, n. 15605, cit.; Id., 20 febbraio 2019, n. 4961, cit.

<sup>368</sup> Cass., 23 novembre 2009, n. 20532, cit.; Id., 24 ottobre 2011, n. 22033, cit.; Id., 20 febbraio 2019, n. 4961, cit.

dell'art. 307 c.p.c., comma 3, per mancata prosecuzione, in caso di inattività delle parti<sup>369</sup>.

Infine, nella ricostruzione della Corte, non sarebbe preclusa al giudice dell'esecuzione la chiusura del procedimento in rito per i motivi sopra esaminati, dopo la formale introduzione dell'opposizione all'esecuzione: chiuso il procedimento con la liberazione dei beni pignorati, la sentenza che decide sull'opposizione all'esecuzione potrebbe fare stato per il futuro, senza consentire la riapertura della procedura esecutiva perentoria.

In conclusione, la Cassazione indica un criterio casistico per determinare la natura del provvedimento che il giudice emette davanti alla prospettazione del venir meno del titolo esecutivo o del credito: se il giudice decide con liberazione dei beni pignorati, egli risolve un conflitto tra le parti ai soli fini endoesecutivi, perché non ha poteri dichiarativi; invece, se non si dispone la liberazione dei beni pignorati, siamo davanti alla fase sommaria di un giudizio di cognizione che può proseguire su impulso di parte.

Questa giurisprudenza è in linea con l'accrescimento dei poteri di cognizione endoesecutivi del giudice dell'esecuzione, che, innanzitutto, il legislatore ha voluto. Essa, però, non appiana tutte le incertezze intorno ai casi di usurpazione da parte del giudice dell'esecuzione di poteri decisori riservati al giudice della cognizione ed ai conseguenti rimedi.

Infatti, questa giurisprudenza di Cassazione ha dato adito a diverse critiche.

In primo luogo, è stato messo in evidenza come sia difficile immaginare che il provvedimento del giudice dell'esecuzione possa rappresentare la chiusura della prima fase dell'opposizione all'esecuzione quando la contestazione provenga dal creditore; questa eventualità, ad esempio, si può avere in ordine alle modalità di realizzazione dell'attività sostitutiva da svolgersi nell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare<sup>370</sup>.

In secondo luogo, si è notato come la giurisprudenza esposta sia

<sup>369</sup> Cass., 24 ottobre 2011, n. 2033, cit.

<sup>370</sup> M. BOVE, *Sul regime dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, cit., 689 ss., in particolare 704 ss. CAPPONI, *Manuale*, cit., 427; SOLDI, *op. cit.*, 2291 s.

contraria al principio della domanda, perché per introdurre la fase sommaria del procedimento di cui all'art. 615 c.p.c. ci vorrebbe comunque il ricorso di parte; inoltre, che il provvedimento di cui all'art. 624 c.p.c. ha un contenuto peculiare che potrebbe non essere quello dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione<sup>371</sup>.

Verifichiamo se sia possibile razionalizzare questa giurisprudenza, tendendo conto dell'evoluzione dei poteri del giudice dell'esecuzione e delle modifiche legislative intervenute in questi anni, ma anche di quelli che sono ancora i cardini del processo esecutivo.

È sicuramente rispondente all'esigenza di evitare abusi nel processo esecutivo l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di constatare l'inesistenza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo.

Si potrebbe trattare di verifiche formali sul titolo esecutivo ovvero di un evento risultante dagli atti o prospettato dal debitore, che comporti la cognizione seppur incidentale sul credito del giudice dell'esecuzione, da compiersi nel contraddittorio tra le parti. Se non c'è conflitto sul punto, non si vede perché non possa essere chiuso d'ufficio un processo esecutivo oramai inutile, oppure perché il giudice non possa escludere dal procedimento un credito, seppur riconosciuto, che risulti ormai pagato<sup>372</sup>.

<sup>371</sup> M. BOVE, *op. ult. cit.*; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 2291.

<sup>372</sup> La dottrina ammette questa possibilità in maniera più o meno ampia. M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, cit., 269, ad opinione del quale il giudice potrebbe pronunciare su fatti estintivi, anche integranti un eccezione in senso lato, solo a seguito dell'iniziativa del debitore; in tal caso, il giudice dovrebbe provocare il contraddittorio tra debitore e creditore; se il creditore non contestasse, è come se rinunciasse agli atti ed il processo si estinguerebbe; se vi fosse contestazione, tuttavia, il giudice dovrebbe procedere con la riqualificazione dell'istanza endoesecutiva come opposizione all'esecuzione e provvedere sull'eventuale istanza di sospensione; L. IANNICELLI, *Note sull'estinzione nel processo esecutivo*, cit., 78 ss.; M.C. GIORGETTI, *L'estinzione atipica nel processo esecutivo e i suoi rimedi*, cit., 619 ss. nega che il giudice dell'esecuzione possa andare oltre le verifiche cognitive endoprocessuali funzionali alla sua attività, sostituendo il giudice dell'accertamento; egli potrebbe prendere atto dell'estinzione della posizione di vantaggio sostanziale in alcune ipotesi residuali nella pratica, in cui i suoi poteri d'accertamento non incrinerebbero l'astrattezza del titolo esecutivo (ad esempio, in caso di rinuncia all'azione o al credito non seguita da una rituale rinuncia agli atti); in tali ipotesi, in cui si tratti di valorizzare non accertare il venir meno del titolo esecutivo, sarebbe superfluo l'incardinamento di

Il debitore potrebbe sempre veder respinta la sua istanza, nonostante la mancata opposizione del creditore o la sua assenza: il giudice dell'esecuzione rimarrebbe libero di decidere se sussistano o meno le condizioni dell'arresto del procedimento in rito, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione e controllo della regolarità del processo esecutivo *ex art.* 484 c.p.c. Perciò, la sua cognizione sarebbe solo endoesecutiva, funzionale alla determinazione della possibilità di prosecuzione del procedimento. In questo caso lo strumento avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione sarebbe l'opposizione agli atti esecutivi. Con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>373</sup> si difenderebbe il proprio diritto processuale a continuare il procedimento di esecuzione forzata<sup>374</sup>.

un giudizio di cognizione. Meno possibilista D. AMADEI, *Nuovi orizzonti dell'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1277 ss., il quale rileva come il potere di rilievo d'ufficio del giudice del venir meno del titolo esecutivo ovvero della sua efficacia sia incompatibile con la previsione introdotta nel 2016, in virtù della quale l'opposizione nell'esecuzione per espropriazione forzata è inammissibile se proposta dopo che sia stata disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli artt. 530, 552 e 569 c.p.c., salvo che l'opposizione sia fondata su fatti sopravvenuti ovvero l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile (art. 615, ultimo comma).

<sup>373</sup> Cass., 24 ottobre 2011, n. 22033, *cit.*, ha ben definito l'oggetto dell'azione di cui all'art. 617 c.p.c.: una sorta di diritto soggettivo di natura processuale, cioè la pretesa del soggetto opponente coinvolto in esso a che il processo esecutivo si svolga nell'osservanza delle sue regole. Sull'istituto in dottrina: R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, *cit.*, *passim.*; C. DELLE DONNE, *Delle opposizioni agli atti esecutivi*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Milano, 2014, vol. VII, 299 ss.; F. PALADINI, *Delle opposizioni agli atti esecutivi*, in *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, diretto da G. Stella Richter e P. Stella Richter, Milano, 2017, 237 ss.; P. FARINA, *Note (minime) sul sistema dei controlli degli atti nel processo esecutivo*, *cit.*, 246 ss.; B. CAPPONI, *Manuale*, *cit.*, 464 ss.; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 2521 ss.

<sup>374</sup> La giurisprudenza ha escluso che il provvedimento che dichiara l'estinzione del giudizio per cause diverse da quelle tipiche sia impugnabile con reclamo *ex art.* 630 c.p.c., previsto per la dichiarazione di estinzione tipica, per cui il suo mezzo di critica sarebbe l'opposizione agli atti esecutivi, così Cass. 1° aprile 2004 n. 6391, in *Ragiusan*, 2004, 247; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3276, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2528; Id., 2 novembre 2013, n. 25421, la quale ha specificato che in caso di declaratoria di estinzione del processo esecutivo in ipotesi diverse da quelle tipizzate dal codice, è inammissibile il reclamo ai sensi dell'art. 630 c.p.c., e ciò anche quando il provvedimento da impugnare indichi la necessità di tale rimedio. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Roma 21

Avendo la chiusura in rito solo efficacia endoesecutiva, al creditore sarebbe sempre data la possibilità di far valere le sue ragioni in un autonomo giudizio di cognizione o di iniziare un nuovo procedimento esecutivo.

Se convocate le parti nascesse una controversia sulla persistenza della pretesa creditoria o su parte di essa, il debitore dovrebbe opporsi nel merito.

Pur in mancanza di una domanda formale del debitore, tuttavia, si potrebbe egualmente aderire alla giurisprudenza esposta con qualche forza ricostruttivo<sup>375</sup>.

Il debitore che rappresenti un evento modificativo o estintivo al giudice dell'esecuzione, nella sostanza, si oppone all'esecuzione per motivi di merito; se la controparte contesta, il giudice dell'esecuzione si trova a tutti gli effetti davanti ad una controversia e l'istanza origina-

settembre 2000, in *Giurisprudenza romana*, 2000, 407; Trib. Salerno 6 giugno 2002 n. 1799, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 1373, con nota di V. PETRELLA, *L'estinzione atipica del processo di esecuzione: un istituto di creazione giurisprudenziale e la sua evoluzione alla luce di moderni principi*. In senso differente, Cass. 16 giugno 2003 n. 9624, in *Giust. civ.*, I, 713 ss., con nota di L. IANNICELLI, *L'autonomia dell'eccezione di estinzione del processo esecutivo rispetto alle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi*; Id., 17 marzo 2005 n. 5789, *ivi*, 2006, I, 169 ss., secondo la quale la disposizione di cui all'art. 630, ultimo comma, c.p.c. si riferirebbe non solamente alle ordinanze di estinzione per inattività delle parti ed alle ordinanze di estinzione per rinuncia agli atti, bensì a tutte le ordinanze per cause di estinzione previste da particolari disposizioni di legge non diversamente disciplinate da normative speciali.

In caso di errore nella scelta del mezzo di impugnazione la Cassazione ritiene che il reclamo *ex art. 630* debba essere dichiarato inammissibile, Cass., 29 aprile 2020, n. 8404, in *Giuda al diritto*, 2020, n. 31, 74; né il reclamo potrebbe essere convertito in opposizione agli atti esecutivi, perché non sussisterebbero i necessari requisiti di sostanza e di forma, in ragione del mancato svolgimento della preliminare fase sommaria prevista dall'art. 617, comma 2, c.p.c., senza la quale non sarebbe possibile l'instaurazione del giudizio a cognizione piena, così Cass., 18 marzo 2022, n. 8905. Su tale problematica R. ORIANI, *"Essere" e "dover essere"*, cit., 273 ss. In generale sulla possibilità di convertire il mezzo di critica erroneamente esperito nel mezzo di critica corretto si rinvia al prossimo capitolo, §§ 14-15.

<sup>375</sup> Favorevole ad un'interpretazione ampia de "l'istanza del debitore" nonché del contenuto del provvedimento del giudice dell'esecuzione R. METAFORA, *Il regime di impugnazione dell'ordinanza determinativa delle modalità esecutive resa ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, cit., 38 ss.

ria deve trovare soddisfazione in un giudizio di merito. È lecito fare lo sforzo di considerare tale istanza informale quale introduttiva di un'opposizione nel merito se solo si riflette sul dato che viene presentata anch'essa al giudice dell'esecuzione, come il ricorso che formalmente introduce l'opposizione all'esecuzione in prima battuta (art. 615, comma 2 c.p.c.). Inoltre, tale modo di ragionare ci sembra sia rispettoso dei principi sanciti dagli artt. 156, cpv e 159 cpv che consentono il recupero di un atto non avente la forma prescritta purché sia idoneo a perseguire lo scopo dell'altro previsto dalla legge<sup>376</sup>.

Se anche l'istanza fosse stata presentata oralmente in udienza al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 486 c.p.c., di essa sarebbe redatto processo verbale<sup>377</sup>: se essa mancasse o fosse indeterminata in alcuno dei suoi elementi essenziali, il giudice dell'esecuzione ne potrebbe ordinare l'integrazione in applicazione analogica dell'art. 164 c.p.c. Nel caso in cui il giudice dell'esecuzione non l'avesse fatto in prima battuta, fissata l'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito, la rinnovazione dell'atto introduttivo potrebbe essere disposta dal giudice del merito, salvo che il debitore non abbia integrato l'istanza introduttiva con l'atto di riassunzione (art. 616 c.p.c.).

In secondo luogo, si dovrebbe fare lo sforzo di interpretare il contenuto del provvedimento del giudice dell'esecuzione che esprimesse valutazioni di merito alla luce della funzione deputatagli, quella della "sospensione": un provvedimento che contenesse una valutazione negativa nella sostanza avrebbe negato la sospensione; il provvedimento che chiudesse il procedimento esecutivo avrebbe accolto la sospensione, quindi lo sospenderebbe solo, non lo eliminerebbe del tutto. L'eventuale disposto di liberare i beni pignorati sarebbe un contenuto atipico o meglio abnorme di questo tipo di provvedimento; per contestalo ci sarebbe il reclamo di cui all'art. 624, comma 2 c.p.c.<sup>378</sup>.

<sup>376</sup> R. POLI, *Nullità ed equipollenza*, cit., 550 fa il classico esempio del ricorso proposto al posto dell'atto di citazione.

<sup>377</sup> Non è estranea al nostro ordinamento la presentazione di una domanda di tutela in forma verbale, così avviene davanti al giudice di pace (art. 316, comma 2).

<sup>378</sup> R. ORIANI, *"Essere" e "dover essere"*, cit., 632 ss., partendo dal presupposto che al giudice dell'esecuzione non possa dopo la riforma operata dalla legge n. 52/2006 essere giudice della cognizione neanche nel procedimento di opposizione agli atti esecutivi, considera il provvedimento decisorio emesso nella fase sommaria delle

La soluzione esposta in qualche modo consentirebbe di “normalizzare” un provvedimento che se considerato decisivo sarebbe frutto di un eccesso di potere e, perciò, da annullare con il mezzo di impugnazione suggerito dalla sua sostanza. Il problema è che, non trattandosi di un caso di inesistenza, se non annullato passerebbe in giudicato.

La fattispecie appena descritta potrebbe sembrare avere dei punti in comune con l’ordinanza possessoria “secca”, che nel primo paragrafo abbiamo ritenuto correttamente sottoponibile ad appello. Una fondamentale differenza per la verità c’è: in un caso avevamo un unico procedimento diviso in fasi affidate entrambe al giudice di merito; nel caso appena esaminato un procedimento affidato a giudici con poteri diversi, l’uno deputato all’esecuzione al quale viene affidata una fase-ponte tra merito ed esecuzione, l’altro deputato alla cognizione. Nel primo caso l’appello darebbe luogo ad una pronuncia sostitutiva; nel secondo caso solo ad un annullamento per eccesso di potere del giudice dell’esecuzione. Perciò, è preferibile cercare di riportare il provvedimento del giudice dell’esecuzione entro i limiti del suo potere, evitando per quanto possibile che il procedimento “abortisca” con un mero annullamento.

Per completezza, prendiamo in considerazione anche il caso in cui in sede di riduzione dei mezzi di espropriazione, di conversione del pignoramento, di riduzione del pignoramento ovvero quando si deve valutare se disporre la cessazione della vendita fatta in più volte o più lotti, venga prospettato al giudice dell’esecuzione un evento riguardante la posizione sostanziale di un creditore interveniente.

Sono da considerare un ventaglio di ipotesi. Se si tratta di un credito munito di titolo esecutivo, ogni evento successivo alla formazione del titolo esecutivo dovrebbe essere denunciato dal debitore con opposizione nel merito, essendo tali creditori equiparati al precedente<sup>379</sup>.

opposizioni come abnorme, reclamabile e decorso il termine per il reclamo soggetto ad *actio nullitatis*, senza limiti di tempo, al pari del provvedimento inesistente. Si tratterebbe, tuttavia, di un’inesistenza relativa, per cui l’*actio nullitatis* dovrebbe condurre ad una sorta di riassunzione del procedimento per la sua prosecuzione.

<sup>379</sup> Sul punto A.A. ROMANO, *Espropriazione e contestazione del credito*, cit., 356 ss., il quale rileva come non solo il creditore che esegua un pignoramento successivo eserciterebbe azione esecutiva, ma anche il creditore interveniente munito di titolo esecutivo; quest’ultimo, infatti, fin da principio metterebbe in gioco il proprio titolo

Se l'evento risulta dagli atti o viene prospettato dal debitore al giudice dell'esecuzione, quest'ultimo dovrebbe procedere come sopra visto ovvero convocare le parti e valutare se escludere o ridurre il credito dal computo, ove non ci sia contestazione. Se c'è contestazione del creditore, il giudice dell'esecuzione dovrebbe invitare il debitore a proseguire con un'opposizione di merito; in caso contrario, la sua eventuale decisione dovrebbe essere riqualificata come prima fase del procedimento di opposizione all'esecuzione, con le accortezze sopra esposte.

Se si tratta di un credito riconosciuto dal debitore, un titolo con sola efficacia endoesecutiva, sembra eccessivo lo strumento dell'opposizione all'esecuzione per far valere eventuali fatti estintivi o modificativi, cioè di un giudizio che invece dà luogo ad un provvedimento idoneo al giudicato. Piuttosto, essi potranno dal debitore essere prospettati al giudice dell'esecuzione e quest'ultimo li potrà conoscere ai

esecutivo, che legittimerebbe la sua partecipazione all'esecuzione forzata, oltre a sottrarlo al procedimento di verifica. Il venire meno del titolo esecutivo, comporterebbe la sua esclusione anticipata dall'esecuzione. Vedi anche CAPPONI, *Manuale*, cit., 459.

Questa posizione è rafforzata dall'attuale giurisprudenza secondo la quale, se dopo l'intervento di un creditore munito di titolo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva intrapresa dal creditore precedente, il pignoramento, se originariamente valido, non sarebbe caducato, bensì resterebbe quale primo atto dell'iter espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto, che anteriormente ne era partecipe accanto al creditore pignorante, così Cass. Sez. un., 7 gennaio 2014, n. 61, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 481 ss., con nota di B. CAPPONI, *Le Sezioni Unite e l'"oggettivizzazione" degli atti dell'espropriazione forzata*; in *Riv. es. forz.*, 2014, 191 ss., nonché *ivi*, 297 ss., con note di G. MONTELEONE, *Note sulle sentenze della Cass., S.U., 7-1-2014, n. 61*; M. PILLONI, *L'esecuzione forzata: tra oggettivizzazione degli atti esecutivi ed esigenze di efficienza della giurisdizione esecutiva*; F. RUSSO, *Le conseguenze dell'oggettivizzazione (del pignoramento). Ricadute sull'intervento nell'esecuzione forzata della decisione Cass., S.U., 7-1-2014, n. 61*; V. MONTELEONE, *L'oggettivazione del pignoramento: tramonta la concezione astratta del titolo esecutivo?*; in *Corr. giur.*, 2014, 979 ss., con nota di R. METAFORA, *Le Sezioni Unite e la sorte dell'espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*. L'impostazione delle Sezioni unite si basa sul presupposto che i creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo esercitino una loro propria azione esecutiva. Sul punto si vedano anche le osservazioni di D. MICALI, *Titolo esecutivo e "conflitti esecutivi": alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Riv. es. forz.*, 2013, 402 ss. in particolare 421 ss.

fini del processo esecutivo con ordinanza soggetta ad opposizione agli atti, in linea con l'istituto del riconoscimento/disconoscimento come attualmente disciplinato e con la sua efficacia solo endoesecutiva. Ciò non toglie che il debitore possa da subito iniziare un'opposizione all'esecuzione per ottenere un accertamento negativo con efficacia di giudicato.

Se l'evento successivo riguarda un credito contestato, per la cui verifica non è stato ancora iniziato il procedimento di cognizione, il giudice dell'esecuzione ha poteri valutativi per potare avanti l'esecuzione e le sue decisioni in proposito saranno soggette ad opposizione agli atti esecutivi. Invece, se è stato iniziato il giudizio di cognizione ogni fatto deve essere prospettato al giudice di quest'ultimo; conseguentemente, ogni provvedimento del giudice dell'esecuzione che, incidentalmente, affronti il punto si andrebbe a sovrapporre alla cognizione del giudice del merito in corso. Non ci sono più i presupposti processuali per tale potere del giudice dell'esecuzione, per la precedenza che la cognizione ha rispetto all'esecuzione, nel momento in cui le due fattispecie processuali si intrecciano. Questo provvedimento del giudice dell'esecuzione, con il quale egli esercita impropriamente il suo potere conoscitivo endoesecutivo, è impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi. Infatti, l'opposizione agli atti esecutivi per volontà dello stesso legislatore e grazie all'evoluzione giurisprudenziale è divenuto lo strumento per far valere qualunque vizio dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione, persino di carattere sostanziale. È ovvio che l'istituto si sia evoluto con l'evolversi dei poteri valutativi del giudice dell'esecuzione, che sono funzionali ad un esito non solo formalmente legittimo, ma il più possibile equo del processo esecutivo. In linea con il ruolo dell'istituto, anche la sua struttura del procedimento si è raffinata: oltre ad avere due gradi di giudizio, oggi esso ha una fase preliminare sommaria, affidata al giudice dell'esecuzione, che adotta i provvedimenti indilazionabili e a seguito della riforma operata dalla l. n. 52/2006 può anche sospendere la procedura, analogamente che nella fase sommaria dell'opposizione all'esecuzione<sup>380</sup>; segue la fase di meri-

<sup>380</sup> Prima di questa modifica normativa non era chiaro se il giudice dell'esecuzione tra i provvedimenti indilazionabili potesse adottare quello di sospensione della proce-

to che ha luogo davanti allo stesso ufficio del giudice dell'esecuzione, ma non davanti allo stesso giudice persona fisica (art. 618 c.p.c.).

Infine, vi potrebbe essere l'eventualità che in queste sedi le contestazioni provengano dagli altri creditori intervenuti e che il giudice dell'esecuzione implicitamente decida su di esse. Si potrebbe pensare ad una sorta di anticipazione della risoluzione delle controversie distributive, con il relativo provvedimento impugnabile come in quella sede con opposizione agli atti esecutivi.

In conclusione, anche se il progresso del processo esecutivo nel suo complesso ha portato all'ampliamento dei cosiddetti poteri valutativi del giudice dell'esecuzione, è rimasto il punto fermo della mancanza in capo al giudice dell'esecuzione di poteri di accertamento su diritti in funzione del giudicato. A fronte di quelli che in passato potevano essere inquadrati come provvedimenti abnormi oggi ci sono istituti o solo mutamenti nella concezione di alcuni istituti, che consentono di ridimensionarli ad accertamenti endoesecutivi o provvisori. Così qualificati, tali provvedimenti non precludono ai titolari di diritti incisi la via della cognizione piena.

Questa operazione è perfettamente in linea con gli insegnamenti della dottrina processualpenalistica, per cui si devono cercare soluzioni all'interno del sistema, prima arrivare a classificare un provvedimento come abnorme. Difficile sarebbe immaginare che si possa riportare allo schema sopra disegnato il caso in cui il giudice dell'esecuzione si pronunci d'ufficio, senza nessuna istanza neanche informale di parte, su un tipico oggetto di opposizione all'esecuzione. Qui sì, egli andrebbe oltre i suoi poteri endoesecutivi, comportandosi come un giudice della cognizione, inoltre, senza domanda di parte. Si configurerebbe un'ipotesi analoga a quelle esaminate nel paragrafo n. 4, da sanzionare con abnormità/inesistenza. Il rimedio sarebbe l'*actio nullitatis*, ma anche l'appello in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Rimangono fuori ancora due tipologie di provvedimenti presumibilmente abnormi: le decisioni del giudice dell'esecuzione sulle contestazioni sollevate dal creditore e l'attività di "completamento" del giu-

dura, in senso contrario a tale possibilità sembra Cass., 18 settembre 2008, n. 23847, cit.

dice dell'esecuzione del titolo esecutivo, che potrebbe sfociare in decisioni su aspetti di merito non ben individuati dal titolo. Queste altre due sfaccettature del fenomeno dell'abnormità funzionale verranno chiariti nel paragrafo che segue.

### 6.3. *Provvedimento abnorme e interpretazione del titolo esecutivo*

Altri provvedimenti abnormi si collocano nell'ambito dell'attività valutativa svolta dal giudice dell'esecuzione, nello specifico, nei momenti in cui si accinge all'interpretazione del titolo esecutivo, di cui potrebbe impropriamente travalicare i confini.

Questo punto dolente si manifesta con particolare evidenza nell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare, perché essa non inizia con l'azione dell'organo esecutivo, ma con un'istanza al giudice dell'esecuzione, per stabilire le modalità di attuazione della prestazione individuata nel titolo esecutivo giudiziale. In questo contesto può accadere che egli decida aspetti della situazione sostanziale non determinati nel titolo o fissi delle modalità di attuazione in contrasto con quanto deciso nel titolo stesso.

Andiamo con ordine e partiamo dal problema dei confini entro i quali si svolge l'attività di determinazione delle modalità dell'esecuzione del giudice dell'esecuzione ai sensi del primo comma dell'art. 612 c.p.c.; il rovescio della medaglia è stabilire come l'obbligo di fare o non fare debba essere individuato dal giudice della cognizione.

Per rispondere a questo interrogativo si deve partire dal presupposto che l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 612 c.p.c. dovrebbe far conseguire un'utilità equivalente a quella ottenibile in via di spontaneo adempimento<sup>381</sup>. In base a questo punto fermo, si dovrebbe trovare una via di mezzo tra le due soluzioni estreme.

<sup>381</sup> Vedi sull'argomento: V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 321 ss.; L. MONTESANO, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, cit., 941 ss.; ID., voce *Esecuzione specifica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1966, vol. XV, 533 ss. G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., *passim*; C. MANDRIOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1991, vol. VII, 549 ss.; R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2012, 444 ss.; ID., *Il regime di impugnazione dell'ordinanza determinativa delle modalità esecutive resa ai sensi dell'art. 612*

Da un lato, vi è la giurisprudenza più risalente<sup>382</sup>, che voleva l'attività del giudice dell'esecuzione limitata alla scelta dell'ufficiale giudiziario ed ai terzi che dovevano partecipare alla realizzazione o demolizione dell'opera.

Dal lato opposto, vi è quella dottrina<sup>383</sup>, la quale, partendo dal presupposto della prestazione dell'obbligo di fare come caratterizzata da un certo margine di atipicità e indeterminatezza, ritiene che il giudice della cognizione possa non fissare a priori tutti gli aspetti del *modus satisfaciendi*; per cui si avrebbe una sorta di progressiva specificazione della pretesa creditoria, mediante la determinazione delle modalità operative da parte del giudice dell'esecuzione.

Altra dottrina<sup>384</sup> attribuisce al titolo esecutivo il compito di indica-

*c.p.c.*, cit., 24 ss.; M. BOVE, *Sul regime dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, cit., 689 ss.; S. CAPRIO, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di impugnazione dell'ordinanza emessa al di fuori dei limiti di legge*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 808 ss.; B. CAPPONI, *Manuale*, cit., 417 ss.; A.M. SOLDI, *Manuale*, cit., 2244 ss.

<sup>382</sup> Cass., 12 luglio 1951, n. 1925, in *Foro it. Rep.*, 1951, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, n. 2 e 3; Id., 21 maggio 1964, n. 1249, in *Foro it.*, 1984, I, 2011; Id., 21 luglio 1969, n. 2742, in *Foro it. Rep.*, 1951, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, nn. 11 e 12. In questo senso pare concludere anche V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 331.

<sup>383</sup> G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 210 ss. Più sfumata la posizione di C. MANDRIOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit., 562, il quale distingue a seconda che le modalità dell'adempimento siano o meno individuate nel titolo esecutivo; nel primo caso il giudice dell'esecuzione sarebbe chiamato ad un completamento delle statuizioni del provvedimento, con riferimento agli aspetti contingenti della realtà di fatto; nel secondo caso il giudice dell'esecuzione dovrebbe procedere ad una vera e propria integrazione del titolo con parti mancanti in esso.

<sup>384</sup> B. CAPPONI, *op. cit.*, 418. In questo senso Cass., 4 giugno 2004, n. 10649, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6, secondo la quale, in tema di esecuzione forzata di obblighi di fare, ove il titolo esecutivo sia costituito da una sentenza di condanna all'esecuzione di opere rappresentanti un *quid novum*, la mancata indicazione specifica delle singole opere da eseguire non si tradurrebbe in un difetto di certezza e di liquidità del diritto riconosciuto dalla sentenza allorché, anche a seguito dell'integrazione del dispositivo con le altre parti della sentenza, compresa l'esposizione dei fatti, le opere da eseguire venissero "qualificate" dal loro preciso riferimento alle finalità della loro imposizione e, in particolare, all'eliminazione di un pregiudizio ben individuato, nonché ad una situazione di fatto sufficientemente precisata che valga ad individuare il "tipo" dell'intervento; in tali ipotesi sarebbe rimessa al giudice dell'esecuzione la determina-

re il risultato delle operazioni esecutive, mentre al provvedimento del giudice dell'esecuzione quello di stabilire le modalità concrete di realizzazione del risultato. Impostazione che lascierebbe un certo margine di discrezionalità al giudice dell'esecuzione soprattutto quando si tratti di un *facere* comportante un *quid novum*.

Altra opinione<sup>385</sup> lascia, oltre che al titolo, anche al precetto il compito di individuare gli aspetti non precisati nel provvedimento del giudice, mentre al giudice scegliere i modi più adatti per attuare concretamente il diritto del creditore con il minor sacrificio del debitore.

Ci sembra che la soluzione più ragionevole sia quella vuole che nel titolo esecutivo siano determinati tutti gli elementi necessari a consentire al debitore lo spontaneo ed esatto adempimento<sup>386</sup>. Tuttavia, va

zione delle concrete modalità dell'opera o la scelta tra diverse articolazioni concrete di opere aventi comuni finalità e connotazioni. Vedi anche: Cass., 5 giugno 2007, n. 13071, in *Guida al diritto*, 2007, n. 29, 71; Id., 6 maggio 2010, n. 10959, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, n. 5, 686,

<sup>385</sup> L. MONTESANO, *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, cit., 983 ss. Critico su questa impostazione G. BORRÈ, *op. cit.*, 183, secondo il quale non con il precetto ma con lo svolgimento dell'attività esecutiva avviene la progressiva determinazione del contenuto della prestazione; nonché R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, cit., 479, la quale sottolinea come a differenza dell'esecuzione per consegna o rilascio, dove l'art. 605 c.p.c. prevede l'obbligo per il creditore di indicare nel precetto la descrizione sommaria dei beni oggetto della procedura, in questo tipo di esecuzione in forma specifica non si preveda affatto l'onere per il creditore di svolgere un'analoga specificazione; M. BOVE, *Sul regime dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, cit., 695 ss., che riserva al precetto il solo compito di operare un'attualizzazione del titolo esecutivo, ad esempio quando vi sia stato un parziale adempimento

<sup>386</sup> Così; M. BOVE, *op. cit.*, 694 s.; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 2252, rifacendosi alla giurisprudenza (*ex multis*: Cass., 13 marzo 1995, n. 2911; Id., 22 luglio 1999, n. 7887), l'autrice ritiene che per stabilire se il titolo esecutivo abbia il requisito della liquidità occorra distinguere a seconda che esso rechi la condanna ad un *quid novi* ovvero disponga di fare alcunché per il ripristino della situazione preesistente; nella prima ipotesi il giudice della cognizione avrebbe l'obbligo di precisare in tutte le sue modalità la prestazione dovuta, la cui concretezza non potrebbe che essere ricavata dal giudicato; nella seconda ipotesi l'ordine di fare troverebbe un momento di raffronto nella situazione anteriore da ripristinare, dalla quale sarebbe dato desumere la portata ed i limiti del *quid faciendum*, in modo tale che la condanna avrebbe il requisito della liquidità anche ove si limitasse a disporre di ripristinare la situazione pregressa.

sottolineato come l'eccessivo dettaglio nella fissazione delle modalità di attuazione da parte del giudice della cognizione potrebbe portare delle difficoltà nella realizzazione dell'obbligo, se queste non fossero più in concreto praticabili per un mutamento della realtà materiale<sup>387</sup>.

Insomma, non c'è dubbio che la scelta dell'uno o dell'altra impostazione condizioni anche il tema degli abusi da parte del giudice dell'esecuzione, il quale potrebbe sconfinare nella cognizione con l'ordinanza *ex art.* 612, stabilendo aspetti della situazione sostanziale non di sua competenza.

Ci si muove su un terreno molto impervio, nell'ambito del quale un ruolo fondamentale gioca anche il potere riconosciuto al giudice dell'esecuzione nell'interpretazione del titolo esecutivo. Perciò, è opportuno prendere in considerazione quella giurisprudenza della Corte di cassazione che sembra aver aperto le porte ad una "sorta di integrazione" del titolo, sia da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione che da parte del giudice dell'esecuzione, sposando una filosofia diametralmente opposta rispetto a quella che animava il legislatore del '40, ovvero della separazione tra esecuzione e cognizione.

Secondo l'impostazione classica<sup>388</sup> i requisiti di certezza e liquidità ed esigibilità del credito dei quali si chiedi l'esecuzione, devono risul-

<sup>387</sup> R. METAFORA, *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, cit., 471, sottolinea come nella pratica sia difficile individuare il limite tra la funzione di direzione del giudice del processo esecutivo e la sfera della pretesa materiale; B. CAPPONI, *op. cit.*, 423 ad ulteriore esplicitazione di tale concetto, cita come esempio il caso in cui il giudice dell'esecuzione individui modalità differenti di realizzazione della pretesa rispetto a quelle indicate nel titolo, perché le ultime non sono ormai più realizzabili nella pratica.

<sup>388</sup> E. GARBAGNATI, *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, cit., 1360; I. ANDOLINA, *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano, 1982, *passim*; G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, cit., 963 ss.; E. GRASSO, voce *Titolo esecutivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, vol. XLIV, 700 ss.; R. VACCARELLA, voce *Titolo esecutivo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, vol. XXXI; ID., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 83 ss.; ID., *Esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 1 ss.; A.A. ROMANO, voce *Titolo esecutivo*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2010, agg. V, 973 ss.; B. CAPPONI, *op. cit.*, 165 ss.; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 39 ss.

tare esclusivamente dal titolo, senza possibilità di indagare sulla situazione giuridica sottostante<sup>389</sup>.

Il giudice dell'esecuzione può rilevare d'ufficio la mancanza delle condizioni per procedere ad esecuzione, come pure l'inesistenza stessa del titolo esecutivo, quando risulti dal documento, mentre gli dovrebbe essere precluso l'esame di ogni vicenda sostanziale, riservata al giudice della cognizione. Per cui davanti ad un titolo esecutivo che non esprima in termini di sufficiente certezza i contorni della pretesa creditoria, il giudice dell'esecuzione dovrebbe chiudere l'esecuzione in atti, dopo aver convocato le parti. In buona sostanza, la valutazione del giudice dell'esecuzione dovrebbe essere riservata all'estrinseco del titolo esecutivo. Tuttavia, i recenti sviluppi giurisprudenziali hanno messo in crisi questa impostazione di fondo.

Abbiamo constatato nel precedente paragrafo come la giurisprudenza di Cassazione abbia attribuito al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare d'ufficio la mancanza originaria o sopravvenuta del titolo, ammettendo anche l'esame di vicende successive del credito, tipico oggetto di opposizione all'esecuzione<sup>390</sup>. A completare questo quadro c'è la giurisprudenza che ha dato ingresso alla possibile valutazione del giudice dell'esecuzione di alcuni aspetti dell'intrinseco del titolo esecutivo.

<sup>389</sup> In ordine al requisito della certezza, in particolare, la dottrina sottolinea come sia tale la pretesa correttamente identificata dalla prestazione dovuta, dal soggetto tenuto ad eseguirla e da quello che ha diritto di riceverla, così B. CAPPONI, *op. cit.*, 180. Vedi sul punto: E. GRASSO, voce *Titolo esecutivo*, cit., 700-701; G. VERDE, *Attualità*, cit., 965; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, ci., 155 s.; A.A. ROMANO, voce *Titolo esecutivo*, cit., 999 s. Differente la posizione di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 9ª ed., Milano, 2017, vol. III, 22 ss. che riferisce il requisito della certezza solo alla pretesa sostanziale presupposto delle esecuzioni in forma specifica. Non è priva di ragione questa posizione, se si pensa che il diritto di credito consacrato in un titolo esecutivo deve essere nella sua oggettività attualizzato ai fini dell'espropriazione; va considerato, però, la certezza dovrebbe riguardare i criteri sulla base dei quali svolgere tale operazione.

<sup>390</sup> Così, Cass., 22 giugno 2017, n. 15605, cit.; Id., 20 febbraio 2019, n. 4961, cit.

Ponendo fine ad un contrasto insorto in seno alla giurisprudenza di Cassazione<sup>391</sup>, nel 2012 le Sezioni unite<sup>392</sup> sono intervenute sancendo sostanzialmente la possibilità de “l’eterointegrazione del titolo esecutivo”. È del tutto dirimpante l’affermazione secondo la quale: «Il titolo esecutivo giudiziale, ai sensi dell’art. 474, 2° comma, n. 1, c.p.c., non si identifica, né si esaurisce, nel documento giudiziario in cui è consacrato l’obbligo da eseguire, essendo consentita l’interpretazione extratestuale del provvedimento, sulla base degli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui esso si è formato».

In particolare, il problema all’attenzione delle Sezioni unite riguarda la possibilità che a fronte di un credito non specificatamente determinato nel provvedimento giudiziale – titolo esecutivo, si proceda egualmente ad esecuzione forzata in virtù di calcoli riportati nel precetto, effettuati sulla base di dati desumibili da atti e documenti prodotti nel giudizio e non contestati dall’altra parte. Altro punto interessante è che la ricorrente sottolinea come lo sviluppo del calcolo, come eseguito nel precetto, avrebbe potuto essere verificato se il giudice avesse attivato il contraddittorio tra le parti.

La Corte registra differenti posizioni giurisprudenziali sui poteri del giudice dell’opposizione all’esecuzione, nonché del giudice dell’esecuzione, in ordine alla ricostruzione della portata del comando che dovrebbe scaturire dal titolo esecutivo.

Secondo alcune decisioni il giudice nel compiere tale operazione potrebbe servirsi non solo delle domande delle parti, che del resto so-

<sup>391</sup> La rimessione avviene ad opera di Cass., 14 dicembre 2011, nn. 26943-26944, in *Riv. es. forz.*, 2012, 141 ss., con nota di A. MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell’opposizione all’esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*.

<sup>392</sup> Cass., Sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067, in *Corr. giur.*, 2012, 1166 ss., con nota di B. CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*; in *Riv. es. forz.*, 2013, 73 ss., *Le Sezioni Unite riscrivono i requisiti (interni ed esterni) del titolo esecutivo: opinioni a confronto intorno a Cass., S.U., 11067/2012*, con commenti di B. SASSANI, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, E. FABIANI, C. DELLE DONNE, M. PILLONI, R. BELLÈ. Vedi su tale giurisprudenza i commenti di: G. DELLA PIETRA, *L’outsourcing del titolo esecutivo (e dei provvedimenti giudiziari in genere): si parva licet componere magnis*, in *Judicium*, 2012; D. MICALI, *Tito esecutivo e “conflitti esecutivi”*, cit., 407 ss.

no riportate nel testo della sentenza, ma anche degli atti del processo in cui la sentenza è stata pronunciata<sup>393</sup>. In particolare, nel campo dell'esecuzione forzata per obblighi di fare o non fare, vi sono decisioni che ammettono il ricorso alle relazioni di consulenza del processo di cognizione<sup>394</sup>.

Al contrario, altro indirizzo formatosi nella Sezione lavoro negherebbe valore di titolo esecutivo alla decisione di condanna quando il documento cui questa è inclusa non contenga gli elementi sufficienti a rendere liquido il credito con calcolo puramente matematico; nonché che si possa fare riferimento ad elementi esterni, non desumibili dal titolo, pur se presenti nel processo in cui si è formata la condanna<sup>395</sup>.

La Corte aderisce al primo orientamento con un balzo in avanti piuttosto ardito.

Si parte dal presupposto che l'attribuzione di titolo esecutivo ad un provvedimento giudiziale dipenda dalle caratteristiche del procedimento in cui esso si è formato, primo fra tutti il rispetto del principio del contraddittorio, per arrivare ad una conclusione dirompente. Perché un provvedimento possa accedere all'azione esecutiva è necessario che il diritto in esso rappresentato sia esattamente individuato, ma non è necessaria la completezza del documento giudiziario: si può ricorrere agli atti del processo in cui il provvedimento si è formato, perché sulla base di essi il giudizio è stato espresso.

<sup>393</sup> Cass., 26 giugno 1991, n. 7186, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 6; Id., 10 giugno 1995, n. 6559, *ivi*, 1995, 6; Id., 26 luglio 1996, n. 6751, *ivi*, 1996, 1056; Id., 27 aprile 1996, n. 3916, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 24; Id., 11 marzo 2004, n. 4983, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 23, 106; Id., 23 novembre 2005, n. 24594, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11; Id., 7 febbraio 2007, n. 2721, *ivi*, 2007, 2; Id., 18 marzo 2010, n. 6597, *ivi*, 2010, n. 3, 395; Id., 20 luglio 2011, n. 15902, *ivi*, 2011, n. 9, 1216.

<sup>394</sup> Cass., 4 marzo 2003, n. 3786, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 523; Id., 22 febbraio 2008, n. 4651, *ivi*, 2008, n. 2, 285.

<sup>395</sup> Cass., 21 novembre 2006, n. 24649, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2007, 1; Id., 23 aprile 2009, n. 9693, in *Guida al diritto*, 2009, n. 25, 47; Id., 28 aprile 2010, n. 10164, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, n. 4, 1139; Id., 5 febbraio 2011, n. 2816, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 2, 187. Questa giurisprudenza ammette l'integrazione per il tramite di coefficienti ufficiali, quali il saggio legale degli interessi, la misura dell'iva, gli indici Istat di rivalutazione monetaria, ecc. *Contra*: Cass., 8 maggio 2003, n. 6983, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; Id., 29 novembre 2004, n. 22427, *ivi*, 2005, 1; Id., 15 marzo 2006, n. 5683, *ivi*, 2006, 3; Id., 17 aprile 2009, n. 9245, *ivi*, 2009, 4, 642.

Questa operazione di eterointegrazione del titolo esecutivo potrebbe essere compiuta dal creditore nel precetto. In tal caso, gli strumenti a disposizione del debitore sarebbero sia la contestazione del contenuto del precetto attraverso l'opposizione agli atti esecutivi, sia l'opposizione all'esecuzione per contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata; in questo quadro il giudice potrebbe rilevare d'ufficio l'illiquidità del credito, attivando sul punto il contraddittorio tra le parti. Vi sarebbe, poi, un'altra possibilità: a processo esecutivo iniziato sollecitare il giudice dell'esecuzione al controllo dell'esistenza dei requisiti del titolo esecutivo.

Questa giurisprudenza dà un duro colpo al concetto di titolo esecutivo quale unico documento dalla cui interpretazione si dovrebbe trarre il comando del giudice, per cui, al massimo, nel determinare il dettato del dispositivo, ci si dovrebbe aiutare con la motivazione o con le altre parti del provvedimento<sup>396</sup>.

Prontamente sottolineato è stato come in questa nuova impostazione il titolo esecutivo venga identificato con l'intero giudizio in cui il documento si è formato<sup>397</sup>: il risultato sarebbe un titolo aperto, suscettibile di integrazione, non solo di attualizzazione ad opera del precetto<sup>398</sup>. In tal modo si verrebbe ad incidere sull'autonomia e astrattezza del titolo esecutivo<sup>399</sup>, ma anche sull'accertamento contenuto nella sentenza<sup>400</sup>. In altre parole, verrebbe meno la cesura che il titolo esecutivo crea tra cognizione ed esecuzione, perché il credito sarebbe ancora in via di definizione.

Da rilevare che sia il giudice dell'opposizione sia il giudice

<sup>396</sup> E. GRASSO, voce *Titolo esecutivo*, cit., 700; B. SASSANI, *op. cit.*, 81.

<sup>397</sup> Sottolineano questo passaggio della sentenza M. FABIANI, *op. cit.*, 95 s.; M. PILLONI, *op. cit.*, 121 s.

<sup>398</sup> Così nota B. SASSANI, *op. cit.*, 81 s. Secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 84, in tal modo si incentiva una minore analiticità del dispositivo, che al contrario dovrebbe essere potenziata, di fronte ad una crescente, e auspicata dal recente legislatore, sintesi della motivazione.

<sup>399</sup> Perché il titolo esecutivo non sarebbe più sganciato dalla vicenda sostanziale che ha determinato l'insorgere del credito, né il provvedimento troverebbe più in sé la forza per sorreggere l'esecuzione forzata, sul punto B. CAPPONI, *Autonomia*, cit., 1169 ss. in particolare 1176.

<sup>400</sup> E ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 86 s.

dell'esecuzione potrebbero completare la delimitazione del credito in contraddittorio tra le parti. Questa attività comporterebbe un certo margine di discrezionalità, perché il giudice dovrebbe entrare negli atti del processo di cognizione e andare a constatare di volta in volta se il giudice della cognizione abbia preso in considerazione un risultato dell'attività istruttoria, un fatto e se esso sia stato o meno contestato dalla controparte. Ovviamente, mentre l'accertamento compiuto dal giudice dell'opposizione sarebbe valido ad ogni effetto, tale non sarebbe quello del giudice dell'esecuzione con effetti solo endoesecutivi.

Un autore<sup>401</sup> ha mostrato apprezzamento per il *dictum* del giudice. Egli è partito dal presupposto che per titolo esecutivo debba intendersi non solo il documento abilitato a sorreggere l'esecuzione forzata, ma più latamente la situazione sostanziale di chi, munito di uno di quei documenti, sia per ciò legittimato ad attuare quanto in esso, anche in via interpretativa, si deve avere per certo compreso; tale impostazione troverebbe appiglio nel dettato dal l'art. 480, comma 1, secondo cui il precetto contiene l'intimazione ad «adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo». Il limite dell'operazione di eterointegrazione sarebbe dato da fatti nuovi, non valutati nel processo di cognizione. Questo *escamotage* consentirebbe di superare la mancanza di completezza dei nuovi titoli di formazione giudiziale, frutto di procedimenti sommari e accelerati, e perciò redatti in maniera più sbrigativa.

Alle Sezioni unite del 2012 è seguita una sentenza resa dalla Sezione III, che ha delineato meglio i limiti dell'eterointegrazione<sup>402</sup>.

Innanzitutto, la Corte ha precisato che il nuovo orientamento delle Sezioni unite in materia di eterointegrazione del titolo esecutivo sarebbe applicabile anche nell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare. Poi, ha limitato da un lato, ma ampliato dall'altro, gli atti ai quali è passibile far riferimento per tale operazione: essi debbono essere relativi a questioni trattate nel corso del processo e qui univocamen-

<sup>401</sup> R. BELLÉ, *op. cit.*, 126 ss. Sui vantaggi di questa giurisprudenza vedi anche R. TISCINI, *L'eterointegrazione del titolo esecutivo nei suoi primi anni di esperienza applicativa. Un bilancio*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 233 ss.

<sup>402</sup> Cass., 17 gennaio 2013, n. 1027, in *Riv. es. forz.*, 2013, 137 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Eterointegrazione del titolo esecutivo e ragionevole durata del processo*. Nello stesso senso Cass., 27 aprile 2015, n. 8480.

te definite; essi possono essere atti del processo o, in via ancora più eccezionale, atti ad esso esterni, purché in modo idoneo richiamati o presupposti nei primi. Con questa operazione si dovrebbe supplire alla mancata estrinsecazione delle soluzioni raggiunte nel corso del processo nel documento che costituisce titolo esecutivo, purché sussistano due condizioni: che il documento non sia intrinsecamente contraddittorio; che tale operazione sia sufficientemente univoca e possibile senza autentiche attività cognitive suppletive od integrative, da espletarsi *ex novo*.

Vi sono state successive pronunce che si sono allineate alla pronuncia n. 11066/2012<sup>403</sup>.

Va segnalata una recente pronuncia delle Sezioni unite<sup>404</sup> che ha riconosciuto un ampio sindacato al giudice di legittimità in ordine alle questioni sull'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale risolte dal giudice dell'opposizione all'esecuzione o dell'opposizione agli atti esecutivi. La Cassazione avrebbe il potere/dovere di interpretare il titolo esecutivo corrispondente al giudicato al fine di stabilire se esso supporti ed in quali limiti il diritto del creditore istante di procedere ad esecuzione forzata o la legittimità dell'atto esecutivo. Infatti, sul presupposto che il giudicato fornisca la regola del caso concreto, esso come una norma di legge verrebbe interpretato dal giudice ogniqualvolta si trovi a risolvere un conflitto in sede di esecuzione. Perciò, l'errata interpretazione del titolo esecutivo/giudicato in sede di opposizione all'esecuzione o di opposizione agli atti esecutivi sarebbe denunciabile

<sup>403</sup> Cass., 1° ottobre 2015, n. 19641, in *Foro it.*, 2016, I, 2212; Id., 21 dicembre 2016, n. 26567; Id., 26 novembre 2020, n. 26935.

<sup>404</sup> Cass., Sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5633, in *Riv. es. forz.*, 2022, 1039 ss. con nota di F. TIZI, *Le Sezioni Unite ammettono il sindacato di legittimità in ordine al titolo esecutivo costituito dalla sentenza passata in giudicato*. Le Sezioni unite riprendono la giurisprudenza della stessa Corte in materia di giudicato esterno, Cass., Sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2825; in *Corr. giur.*, 2001, 1462, secondo la quale «...Il giudicato non deve essere incluso nel fatto e, pur non identificandosi nemmeno con gli elementi normativi astratti, è da assimilarsi, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, a tali elementi normativi. La conseguenza è che l'interpretazione del giudicato deve essere trattata piuttosto alla stregua dell'interpretazione delle norme che non alla stregua dell'interpretazione dei negozi e degli atti giuridici».

in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3 e come l'errata interpretazione di una norma di diritto sindacabile dalla Corte. Tale potere non sarebbe dato alla Corte ove la stessa considerasse il giudicato come un mero presupposto di fatto dell'esecuzione, in quanto il suo contenuto non sarebbe più *sub iudice*, ne dovrebbe essere solo stabilita la portata e i limiti dal giudice dell'esecuzione e, in caso di conflitto tra le parti, dal giudice dell'opposizione all'esecuzione<sup>405</sup>.

Tirando le somme in ordine alla delimitazione delle spettanze del giudice della cognizione e del giudice dell'esecuzione degli obblighi di fare o non fare, sulla base della dottrina e giurisprudenza esposta, possiamo concludere che: al primo spetta il compito di determinare non solo il risultato, ma gli aspetti del comportamento del debitore necessari a far ritenere adempiuta l'obbligazione, purché prevedibili a priori<sup>406</sup>; al secondo le modalità di attuazione dell'obbligo indispensabili per avere analoga soddisfazione del creditore senza la collaborazione del debitore. Ove nel frattempo eventuali aspetti del percorso da seguire per ottenere il risultato voluto, indicati nel titolo esecutivo, siano divenuti irrealizzabili nella pratica, il giudice dell'esecuzione può modificarli, trovando un modo di realizzazione dell'opera equivalente, con il limite di non andare contro o oltre il contenuto del titolo esecutivo.

Il giudice dell'esecuzione, dal canto suo, non può considerare il dispositivo incerto ove questo non contenga tutte le informazioni utili per poter procedere con l'esecuzione forzata, nel caso in cui questi elementi possano essere tratti non solo dal testo della sentenza, ma anche da atti del processo, purché essi siano richiamati nel documento-titolo esecutivo esattamente, secondo l'impostazione preferibile. Infatti, darebbe luogo ad un risultato imponderabile rimette al debitore che

<sup>405</sup> In proposito si vedano le argomentazioni di F. TIZI, *op. cit.*, 1055 s.

<sup>406</sup> Secondo Cass., 6 maggio 2010, n. 10959, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, n. 5, 686, ad esempio, qualora, con riguardo all'esecuzione di una sentenza di condanna alla demolizione di opere edili, in sede di comparizione delle parti davanti al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c. insorgano contestazioni circa la necessità o meno del rilascio di apposita concessione amministrativa per il compimento dei lavori, ovvero in ordine all'individuazione del soggetto tenuto a richiedere il provvedimento concessorio, le relative questioni non investono l'esistenza del titolo ed il diritto dell'esecutante, ma attengono alle modalità dell'esecuzione stessa.

voglia adempiere l'onere di andare a consultare e interpretare gli atti del processo, per stabilire quando una questione, pur non richiamata nel titolo, possa dirsi univocamente risolta.

Il provvedimento del giudice dell'esecuzione relativo alle modalità dell'esecuzione è impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>407</sup>, oltre che revocabile e modificabile ai sensi dell'art. 487 c.p.c., fino a quando ad esso non sia stata data esecuzione, come ogni altro atto esecutivo.

Differente il caso in cui il giudice dell'esecuzione travalichi i limiti posti dal titolo esecutivo nell'interpretazione dello stesso.

Per giurisprudenza risalente il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione disponeva il compimento di opere in contrasto con il titolo esecutivo costituiva un provvedimento abnorme e come tale impugnabile con appello<sup>408</sup>.

In teoria, in dottrina<sup>409</sup> si distingue l'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione abbia statuito su aspetti della situazione sostanziale non determinati dal titolo esecutivo o modalità di attuazione contro il tenore del titolo, da quelle in cui il giudice abbia risolto questioni insorte tra le parti e tipico oggetto di opposizione all'esecuzione: nel primo caso si avrebbe un abnorme invasione del potere cognitivo, nel secondo caso, la risoluzione di una controversia *ex art. 615 c.p.c.* anche quest'ultimo si può considerare una forma di provvedimento abnorme

In pratica, la giurisprudenza ha accomunato le due ipotesi; per cui tanto che il giudice dell'esecuzione disponga il compimento di opere contrastanti con il titolo esecutivo, che risolva questioni sorte tra le parti circa la rispondenza delle pretese esecutive al contenuto del titolo o dichiarare la conformità (o non) al titolo delle opere già eseguite spontaneamente dall'obbligato, oppure affronti una controversia insorta tra

<sup>407</sup> Così *ex multis*: Cass., 18 marzo 2003, n. 397, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 538; Id., giugno 2007, n. 13071, cit.; Id., 6 maggio 2010, n. 10959, cit.; Id., 23 giugno 2014, n. 14208, in *Guida al diritto*, 2014, n. 43, 60; Id., 28 dicembre 2016, n. 27185, in *Riv. es. forz.*, 2018, 816 ss.

<sup>408</sup> Così, Cass., 21 maggio 1964, n. 1249. Sulla giurisprudenza di quel periodo vedi G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit., 203.

<sup>409</sup> Sul punto vedi R. METAFORA, *Il regime di impugnazione dell'ordinanza determinativa*, cit., 30 s. e 38 ss.

le parti sulla portata sostanziale dello stesso titolo esecutivo, il provvedimento perderebbe natura esecutiva per assumere quella di una statuizione cognitiva.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale più risalente, in tutti i casi in cui il provvedimento del giudice dell'esecuzione abbia inciso sulla posizione giuridica sostanziale delle parti, esso sarebbe appellabile<sup>410</sup>.

In dottrina sono state mosse diverse critiche a questa impostazione.

In primo luogo, è stato notato come sia incappata in un'evidente contraddizione la giurisprudenza di Cassazione, perché se è vero che il giudice dell'esecuzione non può svolgere funzione dichiarativa ai sensi dell'art. 612 c.p.c., riconoscere l'appellabilità dell'ordinanza che abbia risolto controversie sostanziali in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma significherebbe negare l'assunto di partenza<sup>411</sup>.

In secondo luogo, si è sottolineato come ritenere che il giudice dell'esecuzione possa aver risolto una controversia tra le parti, senza che sia stata formalmente introdotta un'opposizione all'esecuzione, sa-

<sup>410</sup> Cass., 14 maggio 1991, n. 5370, in *Foro it.*, 1992, I, 1868, secondo la quale: «Il provvedimento che il pretore emette a norma dell'art. 612 c.p.c., in tema di esecuzione di obblighi di fare o di non fare, ha natura di ordinanza se ed in quanto diretto a determinare esclusivamente le modalità dell'esecuzione; qualora, però, il pretore, oltrepassando i limiti fissati dal titolo, disponga che le opere siano eseguite con modalità con esso contrastanti o, comunque, destinate ad incidere su posizioni di diritto soggettivo, oppure decida una controversia circa la conformità o meno al titolo esecutivo delle opere che la parte vittoriosa pretende siano eseguite, o circa la già avvenuta esecuzione in conformità con il titolo esecutivo, affermata dalla parte soccombente, il relativo provvedimento, pur conservando la forma di ordinanza, ha natura di sentenza, in quanto risolve un vero e proprio giudizio di merito, ed è, come tale, impugnabile mediante appello». A sostegno di questo orientamento vedi: Cass., 22 giugno 2007, n. 14591, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6; Id., 15 luglio 2009, n. 16471, in *Guida al diritto*, 2010, Dossier 2, 19; Id., 18 luglio 2011, n. 15727, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 9, 1212; Id., 9 marzo 2012, n. 3720; Id., 9 agosto 2013, n. 19877; Id., 5 marzo 2014, n. 5226; Id., 23 giugno 2014, n. 14208, in *Guida al diritto*, 2014, n. 43, 60; Id., 8 dicembre 2016, n. 27185, cit.

<sup>411</sup> M. BOVE, *Sul regime dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, cit., 701 s.

rebbe contrario al fondamentale principio della domanda, necessario per garantire la terziarietà del giudice<sup>412</sup>.

La legge n. 52/2006 aveva eliminato l'appello come mezzo di impugnazione delle sentenze conclusive dell'opposizione all'esecuzione, soggette solo a ricorso straordinario in cassazione fino a quando la legge n. 69/2009 non ha reintrodotto questo mezzo di impugnazione (dal 1° marzo 2006 fino a tutto il 3 luglio 2009); perciò, seguendo la giurisprudenza esposta, il mezzo di impugnazione dei provvedimenti decisorii del giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto essere il ricorso straordinario in cassazione. Forse si sarebbe potuto distinguere tra la mera eccedenza dai confini del titolo esecutivo e la vera e propria risoluzione di una controversia tra le parti, riconoscendo nel primo caso appello, nel secondo caso ricorso straordinario in cassazione, ma come abbiamo visto la giurisprudenza non distingueva queste due differenti situazioni.

Proprio in questo periodo prese corpo la nuova corrente giurisprudenziale che abbiamo nel precedente paragrafo già esaminato, probabilmente motivata dalla necessità di limitare i ricorsi in cassazione.

Si parte dal presupposto che il provvedimento giudiziale assunto in forma d'ordinanza ai sensi dell'art. 612 c.p.c. al fine di determinare le modalità di esecuzione degli obblighi di fare non sia qualificabile come sentenza relativa all'opposizione all'esecuzione o provvedimento conclusivo di un'opposizione agli atti esecutivi, ove il giudizio non si sia chiuso con la risoluzione di una controversia relativa al titolo esecutivo o al diritto d'intraprendere l'esecuzione forzata o di una questione relativa alla validità del titolo idonea a definire il giudizio, oltre ad un'espressa statuizione sulle spese di lite. Al massimo, quando con esso il giudice dell'esecuzione abbia incidentalmente travalicato la sua competenza nello stabilire le modalità dell'esecuzione, il suo provvedimento potrebbe essere considerato come conclusivo della prima fase, quella sommaria dell'opposizione all'esecuzione, quindi, ordinatorio e integrabile, in caso di mancanza di termine per la prosecuzione del giudizio di merito, attraverso l'istanza formulabile ai sensi dell'art.

<sup>412</sup> M. BOVE, *op. cit.*, 703.

289 c.p.c., o mediante iscrizione direttamente eseguita dall'interessato; non certo un provvedimento idoneo a concludere il giudizio<sup>413</sup>.

In pronunce successive si va oltre, riconoscendo natura ordinatoria anche all'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 612 che abbia illegittimamente risolto una questione in ordine alla portata sostanziale del titolo esecutivo ed all'inammissibilità dell'azione esecutiva intrapresa, dunque, che abbia espressamente esorbitato dalla funzione che la legge assegna al giudice dell'esecuzione. Tuttavia, essa non sarebbe qualificabile come sentenza in senso sostanziale anche nel caso in cui avesse liquidato le spese giudiziali: di nuovo, il provvedimento del giudice dell'esecuzione sarebbe qualificabile come conclusivo della fase sommaria del giudizio di opposizione all'esecuzione. Perciò, la parte interessata potrebbe tutelarsi introducendo il giudizio di merito *ex art.* 616 c.p.c.<sup>414</sup>.

Le critiche mosse a questa giurisprudenza sono le medesime viste nel paragrafo precedente. Innanzitutto, la giurisprudenza non porrebbe attenzione al contenuto del provvedimento del giudice dell'esecuzione, che non è detto che sia di sospensione<sup>415</sup>. In secondo luogo, vi sarebbe la mancanza di una domanda di parte e l'inizio d'ufficio del provvedimento. Infine, la difficoltà di adattare questo schema al caso in cui la contestazione provenga dal creditore<sup>416</sup>.

Le posizioni della dottrina sullo strumento di impugnazione del provvedimento del giudice dell'esecuzione che abbia inciso sulla posizione sostanziale delle parti sono state varie.

La dottrina<sup>417</sup> più risalente ammetteva contro i provvedimenti impropriamente decisori del giudice dell'esecuzione appello: infatti, si riteneva che per qualunque indagine relativa al diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata si dovesse dare ingresso all'op-

<sup>413</sup> Cass., 16 settembre 2010, n. 19605, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, n. 9, 1231

<sup>414</sup> Cass., 21 luglio 2016, n. 15015; Id., 23 marzo 2017, n. 7402, entrambe in *Riv. es. forz.*, 2018, 808 ss., con nota di S. CAPRIO, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di impugnazione dell'ordinanza emessa al di fuori dei limiti di legge*, cit.; Id., 9 marzo 2018, n. 5642, in *Guida al diritto*, 2019, n. 21, 46.

<sup>415</sup> M. BOVE, *op. cit.*, 704.

<sup>416</sup> M. BOVE, *op. cit.*, 704 ss.; CAPPONI, *Manuale, cit.*, 427; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 2291 s.

<sup>417</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 331.

posizione di merito; quindi, i rimedi contro le sentenze del giudice dell'opposizione venivano traslati nei confronti dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione decisori.

La dottrina più moderna<sup>418</sup>, inserita in questo stesso filone, distingue. Qualora davanti al giudice dell'esecuzione vi sia una contestazione anche informale del debitore, si potrebbe considerare il provvedimento del giudice dell'esecuzione come paragonabile all'ordinanza con cui egli in pendenza di un'opposizione all'esecuzione rigetti la richiesta di sospensione, in modo che la parte interessata possa procedere ad iscriverne a ruolo la causa. Invece, se il giudice dell'esecuzione travalicasse il contenuto del titolo esecutivo, si avrebbe un provvedimento abnorme e come tale impugnabile con appello. Quest'ultimo sarebbe l'unico rimedio capace nello stesso tempo di denunciare lo scostamento dell'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione dal suo paradigma legale e di tutelare la sfera soggettiva della parte incisa da tale provvedimento. Il giudice del secondo grado, tuttavia, sarebbe investito della controversia solo per quanto riguarda il suo contenuto decisorio, escludendosi che egli possa statuire anche in ordine alle modalità dell'esecuzione disposte dal tribunale. Il rischio sarebbe quello di far confusione tra appello e opposizione agli atti esecutivi, ma in questa eventualità vi sarebbe la possibilità della rimessione in termini.

Secondo altra impostazione, che non ha avuto alcun seguito in giurisprudenza, contro i provvedimenti impropriamente decisori del giudice dell'esecuzione sarebbe dato tanto al debitore che al creditore un rimedio modellato sull'opposizione all'esecuzione, quale strumento per contestare non solo il diritto di procedere ad esecuzione, ma anche per tutelarsi dalle lesioni materiali dovute al concreto articolarsi dell'azione degli organi esecutivi<sup>419</sup>.

Infine, un'ultima dottrina, partendo dal presupposto che al giudice dell'esecuzione non possano mai riconoscersi poteri cognitivi a fini dichiarativi, conclude che l'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione esorbiti dai limiti tracciati dal titolo esecutivo, eventualmente

<sup>418</sup> R. METAFORA, *Il regime di impugnazione*, cit., 38 ss.

<sup>419</sup> G. BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., 218 ss.; ID., *Recenti orientamenti in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Foro it.*, 1968, I, 2842 ss.; C. MANDRIOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, cit., 562.

anche risolvendo un contrasto tra le parti sulla sua portata, rimanga comunque un atto esecutivo e come tale debba essere impugnato con l'opposizione agli atti esecutivi<sup>420</sup>. Questo strumento sembrerebbe essere il più adatto a consentire il contemporaneo controllo dei vari aspetti dell'ordinanza *ex art.* 612 c.p.c., che potrebbero essere strettamente legati, senza costringere il soggetto leso a ricorrere a diversi rimedi. Inoltre, seguendo l'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>421</sup>, con il ricorso straordinario avverso la decisione del giudice dell'opposizione agli atti, ai sensi del n. 3 dell'art. 360, sarebbe controllabile in cassazione la corretta "intepretazione" da parte del giudice stesso del titolo costituito dal giudicato.

Le conclusioni in ordine allo strumento per rimuovere questi provvedimenti sono solo in parte analoghe a quelle formulate a chiusura del paragrafo precedente; in parte ne differiscono per le peculiarità proprie dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare.

Ai sensi dell'art. 612, comma 2 c.p.c. il giudice dell'esecuzione prima di provvedere, deve sentire la parte obbligata: quindi, stando alla lettera di tale disposizione, il giudice non dovrebbe necessariamente convocare anche il creditore. Tuttavia, è preferibile ritenere che il principio del contraddittorio sia applicabile anche nel processo dell'esecuzione<sup>422</sup>, in quanto espresso tra principi generali del codice di procedura civile e che, perciò, il giudice sia tenuto a disporre l'audizione di entrambe le parti prima di determinare le modalità dell'esecuzione. Anche perché al debitore è data, oltre che l'opposizione agli atti esecutivi, l'opposizione all'esecuzione, al creditore

<sup>420</sup> L. MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, cit., 549, ritiene che l'ordinanza di cui all'art. 612 sia sempre impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi, anche quando abbia contenuto decisivo, in quanto la proposizione del rimedio *ex art.* 617 consentirebbe di operare una verifica in sede cognitiva sulla correttezza e opportunità di tale provvedimento, a prescindere dal tenore delle questioni esaminate. Nello stesso senso: M. BOVE, *op. cit.*, 706 ss.; S. CAPRIO, *op. cit.*, 825 s.; CAPPONI, *op. cit.*, 422 ss.

<sup>421</sup> Cass., Sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5633, cit.

<sup>422</sup> G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, cit., 193 ss.; ID., *Il giusto processo di esecuzione*, cit., 329 ss.; P. LAI, *L'intervento del creditore non titolato nell'espropriazione singolare*, cit., 117 ss.

no, come aveva intuito quella dottrina che prospettava una simile possibilità per entrambe le parti<sup>423</sup>.

In questa sede il giudice dell'esecuzione dovrebbe esporre alle parti le modalità dell'esecuzione, che rivelino anche il suo modo di intendere la portata del titolo esecutivo, proprio per evitare sue decisioni a sorpresa, e provocare il contraddittorio su tali punti: si tratterebbe di un adattamento al processo esecutivo del principio espresso dal secondo comma dell'art. 101 c.p.c., che in questo contesto giustificerebbe un'attivazione del confronto con e tra le parti con modalità più rapide.

A questo punto potrebbe accadere che sorga un conflitto tra le parti: allora, l'istanza o la contestazione proveniente dal debitore potrebbe essere qualificata come introduttiva di un'opposizione all'esecuzione; quindi, il provvedimento del giudice dell'esecuzione potrebbe essere considerato come chiusura della prima fase del giudizio, come prospettato nel paragrafo precedente.

Però, ove non ci sia conflitto tra debitore e creditore, ma solo la contestazione di uno di essi rivolta alle intenzioni del giudice, ovvero il giudice sia laconico su aspetti che coinvolgono l'interpretazione del titolo esecutivo, le parti si potrebbero trovare davanti ad un provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione, esorbitando dai limiti dalla propria attività valutativa, abbia disposto in contrasto con il titolo esecutivo ovvero lo abbia integrato nelle sue parti mancanti.

Un simile provvedimento è il risultato di un eccesso di potere del giudice dell'esecuzione, che decide questioni di merito, non pondera il modo migliore di procedere ad esecuzione forzata in armonia con il significato del titolo esecutivo.

La scelta è tra l'opposizione agli atti esecutivi, che consente di far valere la legittimità di un provvedimento esecutivo sotto ogni profilo, e l'appello.

Sul primo strumento è caduta la scelta di gran parte della dottrina, partendo dal presupposto che al giudice dell'esecuzione manchi potere decisorio e che, conseguentemente, non possano essere decisori sui diritti i suoi provvedimenti: essi rimangono atti del processo di esecuzione e come tali vanno impugnati. In caso di mancata impugnazione,

<sup>423</sup> G. BORRÉ, *op. ult. cit.*; C. MANDRIOLI, *op. ult. cit.*

avendo il provvedimento solo efficacia endoesecutiva, potrebbero essere sempre rimediati in un momento successivo gli effetti di un'esecuzione forzata ingiusta.

Non è pacifico che si possano mettere in discussione i risultati dell'esecuzione forzata ove non ci si sia avvalsi degli strumenti predisposti a procedimento in corso: secondo parte della, le preclusioni che scatterebbero durante il procedimento darebbero luogo ad una sorta di consolidamento di quanto ciascuno dei partecipanti abbia ottenuto alla sua chiusura<sup>424</sup>.

In ogni caso, a prescindere dalla posizione che si assuma, potrebbe essere difficile rimuovere i risultati di un'esecuzione di un obbligo di fare o non fare. Potrebbe rimanere solo la strada del risarcimento del danno per equivalente. Un rischio insito in un'esecuzione forzata che si basi su un titolo esecutivo giudiziale non ancora definitivo, o su di un titolo esecutivo stragiudiziale, ma che non si giustifica per eccessi di potere del giudice dell'esecuzione.

Per scegliere tra l'alternativa posta, a nostro parere si dovrebbe ragionare nel seguente modo.

<sup>424</sup> Con riferimento alla stabilità del riparto degli effetti dell'espropriazione forzata, vedi in dottrina con varie sfumature: S. COSTA, *L'intervento in casusa*, cit., 341 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 3; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. III, 198; R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 56 ss.; A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 450 ss.; S. VINCRE, *Profili delle controversie della distribuzione del ricavato*, cit., 200 ss.; P. LAI, *L'intervento del creditore non titolato nell'espropriazione singolare*, cit., 121 ss.; M.P. FUIANO, *La stabilità del riparto esecutivo*, cit., 365 ss. sulla stabilità degli effetti dell'esecuzione vedi: Cass., 30 novembre 2005, n. 26078, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1778 ss.; Id., 18 agosto 2011, n. 17371, in *Riv. es. forz.*, 2012, 189 ss., Id., 14 giugno 2016, n. 12242, in *IUS.proces-socivile*. In senso contrario: E. GARBAGNATI, *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, cit., 1331 ss.; ID., *Esecuzione ingiusta e ripetizione dell'indebito*, in *Foro pad.*, 1971, I, 15 ss.; ID., *Sulla tutela cognitiva, dell'espropriato contro i risultati dell'assegnazione e della distribuzione forzata*, in *Riv. trim proc. civ.*, 1970, 292, ss.; M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 157 ss., i quali riconoscono la possibilità di agire per la ripetizione dell'indebito; B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, cit., 211 non ammette l'azione di ripetizione dell'indebito, ma l'azione di ingiustificato arricchimento sul presupposto che nell'esecuzione non si sia verificato alcun pagamento. Negano la stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata ingiusta anche A.A. ROMANO, *espropriazione forzata*, cit., 261 ss.; P. FARINA, *Il nuovo art. 615 c.p.c.*, cit., 266.

Ci si deve porre dal punto di vista della natura del potere esercitato dal giudice dell'esecuzione, per determinare il tipo di provvedimento che si ha davanti ed il vizio dal quale è affetto: un provvedimento formalmente esecutivo con cui si esercita un potere sostanzialmente decisorio, quindi viziato per eccesso di potere.

Ci si deve porre dal punto di vista del titolare del diritto inciso, per determinare lo strumento più congruo per la tutela del suo diritto.

Non darebbe un'adeguata garanzia di diritti uno strumento attraverso il quale sottoporre l'eccesso di potere del giudice dell'esecuzione allo stesso ufficio giudiziario, seppur in persona di altro giudice.

Inoltre, si genererebbe una disparità di trattamento tra le parti. Infatti, se il provvedimento fosse sfavorevole al debitore, quest'ultimo oltre al rimedio dell'opposizione formale, avrebbe ancora la possibilità di tutelarsi con opposizione all'esecuzione, dove potrebbe contestare che il titolo esecutivo, così come interpretato o integrato, legittimi l'esecuzione in corso o prospettata. La giurisprudenza ammette che tali controversie possano avere ad oggetto la portata del titolo esecutivo<sup>425</sup>.

Invece, ove il provvedimento fosse sfavorevole al creditore, egli avrebbe solo l'opposizione agli esecutivi; dovrebbe attendere la fine dell'esecuzione per andare davanti ad un giudice di merito e prospettare un'esecuzione ingiusta, non fondata nei fatti su un titolo esecutivo, con tutte le difficoltà che un giudizio del genere comporterebbe.

Riconoscere lo strumento dell'appello in casi del genere garantisce equamente le posizioni sostanziali di ambo le parti: infatti, entrambi avrebbero la possibilità di sottoporre l'abuso del giudice dell'esecuzione ad un giudice superiore, deputato alla tutela dei diritti.

La soluzione da ultimo proposta è anche in linea con le ultime conclusioni della dottrina processualpenalistica, perché la qualificazione di abnormemente decisorio data al provvedimento del giudice dell'esecuzione esorbitante dai limiti del suo potere non è l'unica possibile, ma è la sola che consente di ripristinare la parità dei rimedi tra le parti; le altre soluzioni creerebbero uno squilibrio tra gli strumenti a loro disposizione.

<sup>425</sup> Cass., 16 settembre 2010, n. 19605, cit.; Id., 21 luglio 2016, n. 15015, cit.; Id., 23 marzo 2017, n. 7402, cit.; Id., 9 marzo 2018, n. 5642, cit.

Per cui al giudice dell'appello sarebbe dato di conoscere il provvedimento del giudice dell'esecuzione per annullare il disposto del giudice dell'esecuzione che abbia "invaso" il merito; mentre esso, per i profili relativi alle modalità dell'esecuzione, dovrebbe essere contestato con l'opposizione agli atti esecutivi.

In sostanza, il giudice d'appello andrebbe a controllare il modo in cui il giudice dell'esecuzione ha interpretato il titolo esecutivo. La sentenza d'appello potrebbe essere a sua volta impugnata in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3 per controllare che il giudice d'appello abbia correttamente interpretato il titolo esecutivo-giudicato<sup>426</sup>; ove la sentenza non sia passata in giudicato, il mancato rispetto delle regole procedimento di interpretazione<sup>427</sup>.

Annullato il provvedimento, il procedimento dovrebbe proseguire davanti al giudice dell'esecuzione con l'adozione di una nuova ordinanza che stabilisca le modalità dell'esecuzione.

Analoghe problematiche presentano i provvedimenti volti alla determinazione della somma dovute per inadempimenti o ritardi

<sup>426</sup> Così basandosi su un'interpretazione estensiva dell'art. su Cass., Sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5633, cit.

<sup>427</sup> In proposito è significativa Cass., 12 dicembre 2018, n. 32196, secondo la quale: «In materia di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare spetta al giudice dell'esecuzione accertare la portata sostanziale della sentenza di cognizione e determinare le modalità di esecuzione dell'obbligazione idonee a ricondurre la situazione di fatto alla regolamentazione del rapporto ivi stabilita, nonché verificare la corrispondenza a tale regolamentazione del risultato indicato dalla parte istante nel precetto, e, se del caso, disporre le opere necessarie a realizzarlo, con provvedimento impugnabile con l'appello là dove si discosti da quanto stabilito nel titolo da eseguire, giacché in tale caso esso non costituisce più manifestazione dei poteri del giudice dell'esecuzione e conseguentemente non è impugnabile nelle forme proprie degli atti esecutivi. La sentenza che decide sull'appello in ordine a tale questione è a sua volta ricorribile per cassazione per motivi concernenti l'interpretazione fornita dal giudice del merito circa l'accertamento compiuto e l'ordine impartito dal giudice della cognizione nella sentenza della cui esecuzione si tratta, la cui disamina non attribuisce tuttavia alla Suprema Corte il potere di valutarne direttamente il contenuto, bensì solamente quello di stabilire se l'interpretazione della sentenza è conforme ai principi che regolano tale giudizio, nonché funzionale alla concreta attuazione del comando in essa contenuto».

nell'adempimento, di cui all'art. 614 bis c.p.c., con qualche necessaria precisazione<sup>428</sup>.

La disposizione è stata modificata dal l.gs n. 149/2022, con un ampliamento delle prerogative del giudice dell'esecuzione<sup>429</sup>.

Nel vecchio regime era esclusiva del giudice della cognizione una misura coercitiva per far leva sul soccombente al fine di evitare violazioni o inosservanze successive ovvero ritardi nell'esecuzione del provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 614 bis, la quantificazione del dovuto avveniva sulla base di una serie di criteri: valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. Tale disposizione, attualmente terzo comma leggermente modificato, non specifica quale giudice debba presiedere all'operazione, ma, per non svilire il senso della misura, è da ritenere che esso debba essere il giudice dell'esecuzione; altrimenti concludendo, avvenuta la violazione si dovrebbe tornare di nuovo davanti al giudice della cognizione, con perdita di incisività della misura. Questa sembra essere la posizione sposata dal legislatore che ha riformato l'art. 614 bis, espressa nell'ultimo comma; da esso si arguisce la possibilità di iniziare direttamente il procedimento di esecuzione forzata, al verificarsi di ogni violazione, inosservanza o ritardo, a prescindere dalla provenienza della misura coercitiva, sia del giudice dell'esecuzione che del giudice della cognizione.

<sup>428</sup> In argomento: B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 323 ss.; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1547; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Judicium*, 2010; C. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli art. 614 bis c.p.c. e 114, 4° comma, lett. e)*, codice del processo amministrativo, in B. Capponi (cur.), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, 123 ss.; C. CONSOLO, F. GODIO, *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo cit., vol. III, 1332 ss.

<sup>429</sup> S. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 195 ss.; G. CARUSO, *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, in *Judicium.*, 2023; G. CICALESSE, *Le misure coercitive*, in *Riv. es. forz.*, 2023, 203 ss.; S. VINCRE, *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 700 ss.

Secondo alcuna dottrina<sup>430</sup>, sarebbe preferibile davanti a titoli giudiziali con un aspetto indeterminato per loro natura, come quelli relativi agli obblighi di mantenimento, che l'operazione di completamento avvenga tramite il precetto, piuttosto che affidare la verifica dei presupposti della pretesa creditoria al giudice dell'esecuzione. Il precetto sarebbe una sorta di *provocatio ad opponendum*, per cui spetterebbe all'iniziativa della controparte l'introduzione dell'incidente cognitivo volto alla verifica dei presupposti della pretesa creditoria.

È da preferire la prima soluzione, perché quella da ultimo esposta, imporrebbe un onere al creditore non previsto da una specifica disposizione.

In applicazione del principio del contraddittorio, anche in questo caso il giudice, prima di procedere alla quantificazione del dovuto, dovrebbe convocare le parti.

Oltre all'ipotesi esposta, la nuova formulazione dell'art. 614 bis, al secondo comma prevede la possibilità che si avanzi direttamente al giudice dell'esecuzione domanda di una somma di denaro a carico dell'obbligato, per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero se il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna.

Il giudice compirebbe questa operazione sulla base di fattori che presentano un certo margine di discrezionalità; a quelli enunciati dall'abrogato comma secondo si aggiunge: il vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento (614 bis, comma 3).

Scarse sono le disposizioni relative al procedimento per la presentazione dell'istanza: vi deve essere il ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. La disposizione fa riferimento anche al procedimento di cui all'art. 612 c.p.c. come visto piuttosto essenziale. Il primo comma dell'art. 612 ripete quanto già disposto dall'art. 614 bis, secondo comma, primo periodo. L'unica disposizione applicabile è quella del secondo comma dell'art. 612 c.p.c., che deve essere integra-

<sup>430</sup> B. CAPPONI, *Autonomia*, cit., 1175; ID., *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 370 ss.

ta nel senso di prevedere la convocazione da parte del giudice di entrambe le parti<sup>431</sup>. Il giudice provvede con ordinanza.

Il quarto comma dell'art. 614 bis dispone che il provvedimento costituisca titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo. Non essendo altro specificato, la disposizione deve essere riferita sia al provvedimento del giudice della cognizione di cui al primo comma, che all'ordinanza del giudice dell'esecuzione di cui al secondo comma.

In linea con le riforme che hanno portato all'evoluzione del potere cognitivo del giudice dell'esecuzione, è da ritenere che il suo provvedimento di "condanna" abbia carattere di titolo esecutivo con efficacia endoesecutiva, accessorio rispetto al titolo esecutivo giudiziale<sup>432</sup>. Esso non conterrebbe, invece, alcun accertamento dell'eventuale violazione dell'obbligo stabilito nel provvedimento giudiziale o nel titolo esecutivo stragiudiziale.

Dal principio sopra fissato deriverebbero una serie di corollari.

Il primo corollario è che potrebbe essere sempre istaurato un giudizio a cognizione piena, anche con l'opposizione all'esecuzione, da parte del debitore per far accertare che non ha violato il comando del giudice.

Il secondo corollario è che il provvedimento del giudice

<sup>431</sup> Nella *Relazione illustrativa dello schema del decreto attuativo della legge delega 26 novembre 2021, n. 206*, cit., 104, si stabilisce: «In ossequio alla legge delega, che imponeva di attribuire tale potere al giudice dell'esecuzione, la norma richiama le disposizioni di cui all'esecuzione per obblighi di fare. Dopo la notificazione del precetto, l'avente diritto presenta il ricorso al giudice dell'esecuzione competente, il quale – sentite le parti – provvede a determinare la misura esecutiva».

<sup>432</sup> Vedi A. CARRATA, *Le riforme del processo civile*, cit., 198 s., secondo il quale la richiesta avanzata dal creditore ex art. 614 bis, comma 2, non può essere assimilata alla domanda di condanna accessoria di cui al primo comma; invece, essa sarebbe da considerare una vera e propria domanda di condanna. Tuttavia, l'autore specifica che con l'ordinanza ex art. 614 bis, comma 2, il giudice dell'esecuzione assolverebbe alla funzione di integrazione del titolo esecutivo giudiziale, come nel caso dell'ordinanza di determinazione delle modalità dell'esecuzione degli obblighi di fare o non fare. Questo provvedimento sarebbe accomunato all'analoga condanna del giudice della cognizione dalla sua qualità di titolo esecutivo. S. VINCRE, *Le nuove norme sul processo esecutivo*, cit., 734, considera, in generale, le misure coercitive come aventi natura esecutiva.

dell'esecuzione non potrebbe contenere una misura coercitiva per futuri inadempimenti. Del resto nel secondo comma non è previsto che il giudice dell'esecuzione fissi la durata massima del suo provvedimento, come il giudice della cognizione (comma 1).

Di conseguenza, il disposto dell'ultimo comma dell'art. 614 bis secondo il quale «Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo», rispetto al provvedimento del giudice dell'esecuzione dovrebbe essere inteso come riferito a violazioni, inosservanze e ritardi avvenuti prima del momento della presentazione dell'istanza di cui al secondo comma al giudice dell'esecuzione stesso.

Nella relazione illustrativa allo schema di d.lgs. 149/2022<sup>433</sup>, viene specificato che: «Avverso tale provvedimento (l'ordinanza del giudice dell'esecuzione) resta ovviamente proponibile l'opposizione agli atti esecutivi, mentre l'opposizione all'esecuzione può essere utilizzata nelle ipotesi di cui all'art. 615 c.p.c., anche nelle forme dell'opposizione a precetto». Per cercare di dare un senso a queste parole si dovrebbe pensare che sia contestabile con l'opposizione agli atti esecutivi ogni aspetto concernente sia la legittimità che il merito dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione, come di ogni provvedimento espressione del suo potere endoesecutivo: così, in ordine al merito, potrebbero essere contestato che il giudice dell'esecuzione non abbia tenuto in adeguato conto dei fattori indicati nel terzo comma dell'art. 614 bis (natura della prestazione dovuta, del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile). Con l'opposizione all'esecuzione dovrebbe essere contestato il diritto di procedere ad esecuzione: l'effettiva insorgenza dei presupposti per la concessione della misura esecutiva<sup>434</sup>.

<sup>433</sup> *Relazione illustrativa*, cit., 104.

<sup>434</sup> Diversamente A. CARRATTA, *op. cit.*, 199, secondo il quale vi sarebbe l'opposizione agli atti esecutivi per motivi formali; mentre l'opposizione all'esecuzione ove si intenda contestare il merito del provvedimento. Si interroga sulla possibilità della concessione del rimedio dell'opposizione all'esecuzione contro tali provvedimenti S. VINCRE, *op. cit.*, 735, in nota 125, che sottolinea come la Relazione illustrativa si riferisca all'opposizione all'esecuzione promossa contro l'esecuzione preannunciata della misura coercitiva; infatti, secondo il nuovo iter quando viene notificato il precetto, la

Anche nelle ipotesi contemplate dell'art. 614 bis (sia che il giudice dell'esecuzione quantifichi solo il dovuto a fronte di un precedente provvedimento del giudice della cognizione; sia che egli stesso determini la somma dovuta) si ripropone lo schema sopra descritto se il giudice dell'esecuzione esorbita dai suoi poteri endoesecutivi. Se il giudice dell'esecuzione decide una controversia tra le parti, si deve cercare di riportare il tutto alla prima fase dell'opposizione all'esecuzione; negli altri casi, se nell'interpretazione del titolo esecutivo travalica dalle sue competenze, adottando provvedimenti contrari al suo contenuto o riempitivi ove questo sia lacunoso, avverso le sue ordinanze è dato appello, al solo scopo di annullarlo<sup>435</sup>, per poi tornare davanti al giudice dell'esecuzione.

#### *7. La Cassazione che decide nel merito e l'abnormità funzionale*

L'art. 66 della legge 26 novembre 1990, n. 353 ha modificato l'originario testo dell'art. 384 c.p.c., prevedendo che quando la Corte di cassazione accolga un ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, oltre ad enunciare il principio di diritto, decida nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Con l'art. 12 della novella 2 febbraio 2006, n. 40 la disposizione è stata emendata, estendendo la possibilità di immediata decisione nel merito anche ai casi in cui la Corte accogliendo il ricorso per altri motivi, risolve una questione di diritto di particolare importanza.

In ordine al significato da attribuire all'espressione «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto», la dottrina maggioritaria, prima della novella del 2006, considerava sussistente tale requisito, non solo ove non fosse necessario procedere ad ulteriori accertamenti istruttori, ma anche quando non si dovessero prendere in considerazione prove acquisite, ma non valutate nella sentenza impugnata, nonché quando

misura coercitiva ancora non sarebbe stata (concessa e) determinata dal giudice dell'esecuzione. Nel senso accolto nel testo sembra G. CICALÈSE, *op. cit.*, 209.

<sup>435</sup> A. CARRATTA, *op. cit.*, 199, considera proponibile l'appello avverso le ordinanze del giudice dell'esecuzione che contengono statuizioni contrastanti con il titolo esecutivo o decidano controversie nel merito sulla situazione giuridica sostanziale sottostante.

non si dovessero rivalutare dei fatti già oggetto di considerazione da parte del giudice di merito<sup>436</sup>. In tal modo la Corte sarebbe stata vincolata anche nella fase rescissoria agli accertamenti compiuti nella sentenza cassata.

Gli argomenti a sostegno di questa tesi erano diversi<sup>437</sup>. Oltre alla necessità di garantire il diritto di difesa delle parti e di valorizzare il ruolo nomofilattico della Corte suprema<sup>438</sup>, ve ne era uno che faceva leva proprio sull'esclusione dal raggio di applicazione della norma della possibilità di decidere nel merito a seguito della cassazione del provvedimento per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c.: il legislatore avrebbe previsto che l'immediata decisione della causa potesse avvenire solo a seguito dei ricorsi accolti ai sensi del n. 3 art. 360 c.p.c., perché la cassazione di una decisione negli altri casi avrebbe comportato sempre un'autonoma valutazione ricostruttiva della situazione di fatto<sup>439</sup>.

<sup>436</sup> A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 181; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 269 s.; M. TARUFFO, *Il controllo del diritto e del fatto in Cassazione*, in M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo, Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna, 1991, 131 ss.; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 472; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 282 ss.; R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1996, 271 ss.; A.M. TEDOLDI, *Note intorno all'istruzione probatoria nelle impugnazioni a critica vincolata*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1131 ss.; R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, 536 ss.; A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, cit., vol. II, 810 ss.

<sup>437</sup> Per l'esposizione completa e dettagliata delle ragioni a sostegno di tale posizione si rinvia a A. PANZAROLA, *La cassazione*, cit., vol. II, 826 ss.

<sup>438</sup> R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana*, cit., 280 ss. sottolineava come l'ampliamento di tale possibilità andasse a scapito del ruolo nomofilattico riservato alla Corte, perché sarebbe stato più difficile applicare *de futuro* decisioni riferite al singolo caso concreto.

<sup>439</sup> A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 180 s.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 269 s.; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 472 ss.; R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana*, cit., 279 metteva in evidenza che la differenza tra decisione nel merito della Corte suprema in conseguenza dell'accoglimento del ricorso ai sensi del n. 4 o del n. 5 e la decisione nel merito dopo la cassazione per il n. 3 dell'art. 360 c.p.c. consisterebbe nel fatto che nelle prime due ipotesi la ripetizione del giudizio

A questa interpretazione restrittiva, se ne contrapponeva un'altra più estensiva<sup>440</sup>, che facendo leva anche sulla valorizzazione del principio di economia processuale, identificava il limite posto dall'art. 384, comma 1 nell'attività di raccolta delle prove. Seguendo questa impostazione, allora, alla Corte non potrebbe negarsi non solo il potere di dare una diversa qualificazione giuridica ai fatti accertati, ma neanche di ricostruire autonomamente la situazione di fatto rilevante, distaccandosi dalla valutazione delle prove compiuta dal giudice del merito. Infatti, secondo tale autore, non vi sarebbe alcuna ragione giuridica che imponga alla Corte Suprema di astenersi da valutazioni probatorie nel momento rescissorio, perché, almeno in linea di principio, essa non sarebbe sfornita della capacità strutturale di compierle. La sola attività strutturalmente incompatibile con sarebbe quella di raccolta delle prove.

L'autore suggeriva un uso non indiscriminato di tale potere della Corte, piuttosto, ponderato in relazione al caso di specie, al fine di trovare il giusto equilibrio tra la cura dell'interesse generale ed il diritto ad una decisione rapida. In sostanza, bisognerebbe far leva sulla complessità delle valutazioni di fatto da operare: la Corte andrebbe a decidere immediatamente le cause in cui la soluzione appaia evidente; mentre dovrebbe disporre il rinvio, quando la complessità delle valutazioni sia tale da rendere eccessivamente gravoso il suo compito.

Seguendo questa ricostruzione, l'art. 384, comma 1 *ante* riforma sarebbe stato applicabile in tutti i casi in cui non fosse stata necessaria ulteriore attività istruttoria e le valutazioni di fatto da compiere fossero semplici, anche nei casi in cui la cassazione della sentenza impugnata avvenisse per motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 360 c.p.c.

Le ulteriori modifiche apportate all'art. 384, in particolare, il nuovo primo comma, sembrerebbero conformare l'accoglimento della seconda impostazione da parte del legislatore, quantomeno da parte di

di fatto sarebbe un passaggio necessario, mentre in quest'ultima ipotesi un'autonoma valutazione della situazione di fatto rilevante ad opera della Corte di cassazione sarebbe solo possibile.

<sup>440</sup> M. BOVE, *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 707 ss., in particolare 718 ss.; ID., *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 947 ss.

quello della riforma, perché sarebbe venuto meno uno dei principali argomenti a favore della tesi più restrittiva<sup>441</sup>.

La maggior parte della dottrina successiva alla riforma<sup>442</sup> si è attestata su posizioni più caute con varie sfumature, tendenti ad escludere il rinvio quando non siano necessari ulteriori accertamenti istruttori, nonché quando i fatti sulla base dei quali la Corte debba decidere siano non controversi. Queste conclusioni sono perlopiù supportate dall'argomento del ruolo di giudice di legittimità, non ancora di giudice di terza istanza, che viene riservato alla Corte di cassazione nel nostro ordinamento giuridico; ruolo che sarebbe incompatibile con un'attività volta non solo all'accertamento, ma anche alla qualificazione dei fatti rilevanti per la decisione.

La giurisprudenza di Cassazione, dal canto suo, sottolinea come la decisione nel merito sia possibile quando si debbano risolvere questio-

<sup>441</sup> M. BOVE, *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 765 ss. A favore della possibilità di una rivalutazione delle risultanze istruttorie sembra essere, con dei limiti, R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione di merito*, in *Foro it.*, 2007, V, 129 ss., secondo l'autore la scelta tra decisione della causa e rinvio dovrebbe dipendere da un'ulteriore valutazione, che dà un esito favorevole alla prima alternativa: se la ricostruzione della situazione di fatto rilevante si riveli come uno sbocco pronto e univoco del controllo sull'applicazione del diritto compiuto nella fase rescindente, cosicché l'impiego di energie di lavoro e il margine di apprezzamento della Corte per decidere la causa nel merito siano minimi.

<sup>442</sup> A.M. TEODOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, 2002 ss.; A. CARRATTA, *Commento all'art. 384 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2007, 495 ss.; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 23 ss.; A. PANZAROLA, *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 430 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 303 ss.; R. TISCINI, *Il giudizio di cassazione*, in F.P. Luiso, R. Vaccarella (cur.), *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, 462; L. LOMBARDO, *Giudizio di cassazione e decisione della causa nel merito*, in *Giustiziacivile.com*, 2015, § 2; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 384*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. II, 1753 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 489 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 578 ss.; B. SASSANI, *La cassazione*, cit., 2751.

ni di diritto, sulla base di fatti accertati nelle fasi di merito ed esposti nel ricorso per cassazione e nella stessa sentenza impugnata<sup>443</sup>.

Si ammette la possibilità che la Corte possa utilizzare fatti accertati nella sentenza di primo grado, la cui ricostruzione non sia stata oggetto di motivi d'appello e censurata nella sentenza di secondo grado<sup>444</sup>.

Al Contrario, si dubita che possano essere presi in considerazione i cosiddetti *obiter dicta*, fatti che non si erano ritenuti rilevanti al momento della decisione nei gradi di merito, visti sotto altra luce dopo la pronuncia della Corte di cassazione<sup>445</sup>. In questo caso, sarebbe opportuno un rinvio per dare ancora alle parti la possibilità di dibattere sul punto.

Il potere della Corte di rilevare le questioni d'ufficio, allora, dovrebbe essere limitato alle questioni di ammissibilità o procedibilità del ricorso, alle questioni pregiudiziali di rito e alle questioni di diritto sostanziale, che non richiedano ulteriori accertamenti in punto di fatto<sup>446</sup>.

Per quel che concerne i motivi che hanno dato luogo a cassazione della precedente decisione, oltre al motivo di cui all'art. 360, n. 3, con riferimento al n. 4 si ammette che possa avvenire l'immediata decisione di merito quando oggetto del ricorso sia solo una questione attinente alla corretta interpretazione e applicazione di una norma processuale, un *error in iudicando de iure procedendo*<sup>447</sup>; quando si tratti della riqua-

<sup>443</sup> Cass., 22 maggio 2006, n. 11928, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; Id., 19 agosto 2020, n. 17315; Id., 1° marzo 2022, n. 6728, in *Giuda al diritto*, 2022, 16.

<sup>444</sup> M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 384*, cit., 1760; G. BALENA, *Istituzioni*, cit., vol. II, 492.

<sup>445</sup> Così, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., vol. II, 897; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 384*, cit., 1761. Concludono in senso differente: A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 181; R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana*, cit., 291. Secondo Cass., 8 agosto 2002, n. 11937, in *Giur. it.*, 2003, 1125 ss., con nota di A. RONCO, la Corte di cassazione non potrebbe pronunciare nel merito qualora la decisione coinvolga la soluzione di questioni che il giudice d'appello aveva ritenuto assorbite e sulle quali non si era quindi pronunciato; in tale ipotesi la sentenza di secondo grado andrebbe annullata con rinvio.

<sup>446</sup> M. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, cit., *passim*; G. F., RICCI, *Il Giudizio civile di Cassazione*, cit., 505 ss.

<sup>447</sup> Ad esempio quando non sia stata correttamente applicata la norma sulle spese di giudizio, così Cass., 20 ottobre 2017, n. 24866.

lificazione giuridica di fatti sulla base di norme vincolanti poste a motivo del ricorso, quali quelle sulle prove legali o sull'onere della prova, salvo che la loro applicazione non dia luogo ad una pluralità di sbocchi differenti<sup>448</sup>.

Invece, è più difficile che possa darsi luogo ad immediata decisione del merito nei casi in cui l'accoglimento del ricorso sia avvenuto sulla base dei motivi di cui al n. 5, soprattutto dopo la nuova formulazione della norma intervenuta con la l. n. 143/21012. Infatti, quest'ultima disposizione prevede come motivo per l'accoglimento del ricorso la prospettiva di un fatto non esaminato dai giudici dei gradi di merito o non esaminato in maniera approfondita dai giudici dei gradi di merito, perché non preso in considerazione per la decisione; perciò, è difficile che su di esso si sia formato un accertamento univoco. Questa possibilità era difficile da configurare anche con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 360, n. 5 perché attraverso la motivazione si andava a censurare la ricostruzione del giudizio sul fatto compiuto dal giudice del merito, il cattivo uso delle regole metodologiche che ad esso presiedono<sup>449</sup>.

In conclusione, la necessità di garantire il diritto di difesa delle parti fa propendere per il ricorso al giudice del rinvio ogniqualvolta sulla base fattuale della decisione non si sia formata una qualificazione inequivoca dei giudici dei precedenti gradi di merito; infatti, è da ritenere

<sup>448</sup> L. LOMBARDO, *Giudizio civile di cassazione*, cit., 5 sottolinea che in situazioni come quella nelle quali il fatto deve essere ricostruito sulla base di criteri di puro diritto, dimodoché la *quaestio facti* ammetta una sola soluzione e quest'ultima sia stata oggetto di contraddittorio tra le parti, non c'è ragione per negare alla Corte di cassazione la possibilità di procedere all'accertamento del fatto, da porre a base della decisione nel merito in luogo di quello contenuto nella sentenza cassata.

<sup>449</sup> Ritengono che non possa avere luogo immediata decisione nel merito a seguito di cassazione del provvedimento per il motivo di cui all'art. 360, n. 5: A.M. TEODOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, cit., 2013; A. PANZAROLA, *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, cit., vol. II, 430 ss.; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, cit., 23 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 303 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 557 ss.; R. TISCINI, *Il giudizio di cassazione*, cit., 462; L. LOMBARDO, *Giudizio di cassazione*, cit., 2 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 384*, cit., 1771. In senso contrario: M. BOVE, *La decisione nel merito della Corte di Cassazione dopo la riforma*, cit, 775 ss.; R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito*, cit., 130 ss.

che non si addica al ruolo riservato alla Corte la funzione di qualificazione o riqualificazione di fatti attinenti alla questione giuridica sostanziale.

Se si guarda a quest'ultimo grado di giudizio nel suo complesso, dall'introduzione fino al momento della decisione, non si ha difficoltà a considerarlo come un unico procedimento diviso per fasi, affidato a due giudici strutturalmente differenti: due momenti del giudizio distinti ma complementari<sup>450</sup>. Ragioni di economia processuale coniugate con il diritto di difesa delle parti, suggeriscono di riservare alla Corte di cassazione il ruolo di giudice del merito solo quando essa, come il giudice del rinvio, non debbano far altro che trarre la sintesi tra giudizio di fatto e giudizio di diritto. La sua decisione nel merito in altre ipotesi apparirebbe come una violazione delle regole di organizzazione che governano il procedimento, una sorta di eccesso di potere frutto di una deviazione dalla propria funzione istituzionale: la Cassazione assumerebbe le vesti di giudice del rinvio.

In questi casi l'unico strumento possibile, visto il giudice che con il quale si ha a che fare e visto il tipo di limite – quello dell'accertamento del fatto – che esso va a travalicare, è la revocazione ai sensi dell'art. 391 bis c.p.c.<sup>451</sup>. Non si può immaginare una sentenza della Cassazione a sua volta soggetta a cassazione con lo stesso ventaglio di motivi di ricorso alla quale sarebbe soggetta una sentenza di un giudice di rinvio: si rischierebbe di scardinare uno dei pilastri del nostro sistema, il giudicato, dando luogo ad una spirale di decisioni.

L'art. 391 bis c.p.c. prevede che la sentenza di cassazione possa essere revocata per errore di fatto ai sensi dell'art. 395, n. 4.

Bisogna, quindi, far riferimento al generale errore di fatto revocatorio<sup>452</sup>, che delimitiamo solo per quel che in questa sede interessa.

<sup>450</sup> G. BALENA, *Istituzioni*, cit., vol. II, 482 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 490 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. II, 535 ss.

<sup>451</sup> Cass., 8 agosto 2002, n. 11937, in *Giur. it.*, 2003, 1125 ss., con nota di A. RONCO; Id., 22 ottobre 2014, n. 22373.

<sup>452</sup> Per approfondimenti sull'istituto si rinvia a: V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 629 ss.; A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, *passim*; V. COLESANTI, voce *Sentenza civile (Revocazione della)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, vol. XVI, 1165 s.; E. FAZZALARI, voce *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enci-*

Esso consiste in una svista<sup>453</sup> nella percezione di un fatto, dovuta all'errata lettura dei documenti o atti di causa, per cui si percepisce come esistente un fatto risultante come inesistente o viceversa. Dunque, non si tratta di un vizio di ragionamento, ma di un "vizio di assunzione che è dissociata dal ragionamento"<sup>454</sup>. Vi sono due rappresentazioni divergenti: quella che si è formata nel giudice e quella risultata dagli atti di causa: l'errore deve emergere dal confronto tra i due ordini di documenti, la sentenza impugnata e documentazione relativa al procedimento in cui il giudizio di fatto si è formato. Inoltre, il fatto oggetto di errore non deve essere controverso tra le parti e deve essere decisivo per il giudizio<sup>455</sup>. La giurisprudenza di Cassazione ha ammesso che l'errore di fatto possa sussistere anche sull'inesistenza e presumibilmente anche sull'esistenza di un documento necessario per il giudizio<sup>456</sup>. In generale, l'errore del giudice può cadere anche su di un fatto a carattere procedimentale, come, ad es., la non corretta notifica dell'atto introduttivo<sup>457</sup> ovvero l'avvenuta integrazione del contraddittorio<sup>458</sup>.

A questo punto andiamo ad applicare la nozione sopra delineata

*clopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, 293 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 385; G. IMPAGNATIELLO, *Concorso tra cassazione e revocazione*, Napoli, 2013, 163 ss.; F. GODIO, C. ONNIBONI, *Commento all'art. 395*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. III, 80 ss.; A. VILLA, *La revocazione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, cit., vol. II, 2799 ss.

<sup>453</sup> C. CONSOLO, *op. cit.*, 385.

<sup>454</sup> V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 630; V. COLESANTI, *op. cit.*, 1168.

<sup>455</sup> Un punto controverso sul quale la dottrina ha avuto molto da dibattere è stata la distinzione tra il vizio in questione e quello di cui all'art. 360, n. 5 c.p.c., che per l'argomento trattato nel testo non è di nostro interesse e per l'approfondimento del quale si rinvia, oltre che alla dottrina citata nelle note precedenti a G. IMPAGNATIELLO, *Concorso tra cassazione e revocazione*, cit., *passim*.

<sup>456</sup> Così Cass. 25 maggio 2011, n. 11453, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 5, 797 ha stabilito che qualora il giudice fondi la propria decisione sull'affermazione dell'inesistenza agli atti di causa di un documento la cui acquisizione agli atti risulti, al contrario, positivamente stabilita, la sentenza è viziata da un errore di fatto ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., sempreché la questione dell'esistenza del documento non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciarsi. Così anche Cass., Sez. un., 20 maggio 1992, n. 6082, in *Giur. it.*, 1993, I, 1031 ss.

<sup>457</sup> Cass., 14 novembre 2016, n. 23173.

<sup>458</sup> Cass., 18 luglio 2008, n. 19924, in *Guida al diritto*, 2008, n. 40, 49.

alla revocazione per errore di fatto delle sentenze della Corte di cassazione; in particolare, al caso in cui tale errore avvenga nel momento di decidere se rimettere o meno la causa al giudice di rinvio, sulla base della ritenuta ed erronea sussistenza del presupposto della “sufficienza degli accertamenti di fatto”<sup>459</sup>.

Dunque, si deve trattare di un errore di percezione del giudice di legittimità nella lettura degli atti processuali relativi alla base fattuale del giudizio. Ovviamente, si deve trattare dei documenti alla quale le parti abbiano fatto riferimento nei loro atti introduttivi, funzionali al supporto delle censure mosse al provvedimento impugnato.

Perché lo strumento della revocazione *ex art. 391 bis c.p.c.* possa essere considerato utile per censurare l’indebito esercizio di potere da parte della Corte di legittimità, è necessario che si possa far valere l’errore di percezione in ultima analisi sul presupposto processuale per la decisione nel merito. Per chiarire meglio: è sicuramente data la revocazione della sentenza di cassazione che decide nel merito quando questa abbia considerato un fatto sostanziale esiste come inesistente e viceversa; tuttavia, tale rimedio dovrebbe essere concesso anche quando la Corte abbia percepito un fatto come accertato e considerato dal giudice del merito per il giudizio, invece esso è stato oggetto di un *obiter dicta*; ovvero quando un fatto decisivo per il giudizio non è stato proprio oggetto di valutazione nella sentenza impugnata di secondo grado né, tanto meno, da parte del giudice di primo grado, a differenza di quanto supposto dalla Corte.

Solo in questo modo lo strumento della revocazione per motivi di fatto può essere utile contro gli eccessi di potere del giudice di legittimità, considerando che è l’unico strumento a disposizione.

<sup>459</sup> Vedi su questo specifico tipo di revocazione: C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Corte di cassazione e formazione del giudicato*, Padova, 1989, *passim*; A. CARRATTA, *Commento all’art. 391 bis*, in *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da S. Chiarloni, cit., 530 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 393 ss.; C. CONSOLO, A. PARISI, *Commento all’art. 391 bis*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., 6 ss.; F. COSSIGNANI, *L’art. 391 bis c.p.c. di riforma in riforma*, in *Giur. it.*, 2018, 772 ss.; L. SALVANESCHI, *Sulla natura della revocazione per errore di fatto delle pronunce della Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1461 ss.; A. VILLA, *La revocazione*, cit., 2821 ss.

## 8. Conclusioni

È giunto il momento di trarre delle prime conclusioni, che mettano in evidenza l'utilità delle classificazioni svolte in questo e nel precedente capitolo.

Innanzitutto, abbiamo individuato il macro-settore dei provvedimenti anomali (capp. V e VI), in cui far rientrare tutti i provvedimenti aventi una forma non prescritta dall'ordinamento giuridico.

Seguendo il filo conduttore sin qui tracciato, in primo luogo abbiamo definito la categoria dei provvedimenti anomali in senso stretto (cap. V): in essa abbiamo fatto confluire tutti i provvedimenti che per vizi procedurali, sanzionati con la nullità (artt. 156 ss. c.p.c.), presentano una forma differente da quella alla quale avrebbe portato l'ordinato svolgimento del procedimento fino in fondo.

Nell'attuale ordinamento giuridico l'art. 156, ultimo comma c.p.c., ha assunto il ruolo di una clausola generale di salvaguardia: questo articolo rappresenta il frutto dell'evoluzione secolare della disciplina delle forme processuali; esse ormai non sono più fini a sé, ma funzionali alla realizzazione dei principi cardine dell'ordinamento giuridico, primo fra tutti il contraddittorio. Questo vuol dire che il provvedimento dalla forma anomala non può essere dichiarato nullo se i vizi procedurali dal quale è affetto, propri o derivati, non ne compromettano la funzionalità. Del resto, il nostro sistema processuale è disseminato di meccanismi di sanatoria: oltre al carattere relativo di una categoria di nullità considerate meno gravi (art. 157 c.p.c.), il meccanismo che consente all'atto nullo di produrre gli effetti ai quali è idoneo, anche quelli di atto equipollente, dei quali abbia i requisiti necessari per il conseguimento del suo scopo tipico (art. 156 cpv e 159 cpv); infine, la conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame (art. 161), che non sopravvivono al giudicato<sup>460</sup>.

In questo contesto in cui le forme sono funzionali allo scopo, appare del tutto coerente con l'evoluzione storica del sistema consentire

<sup>460</sup> P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in P. Calamandrei, *Studi su processo civile*, Padova, 1930, vol. I, 178, afferma che nella realtà dei diritti positivi il processo tende a correggere se stesso, i propri vizi, quasi esercitando una specie di autocontrollo.

l'impugnazione di un provvedimento secondo la sostanza che accoglie e non secondo la forma, dovuta ad un errore del giudice. Quest'ipotesi formuliamo in via provvisoria, in queste nostre prime più ampie conclusioni, ma verrà verificata nel prossimo capitolo.

I vizi procedurali potranno essere motivi di impugnazione con certe accortezze.

Un provvedimento decisorio adottato in forma di ordinanza o decreto in primo grado, anziché di sentenza, è impugnabile con appello: questa impugnazione va tendenzialmente a sostituire il provvedimento impugnato con altra decisione, a meno che non si tratti di casi di rinvio al primo giudice, comunque, finalizzata ad una decisione di merito. Perciò, è lecito concludere che la denuncia dei vizi procedurali debba veicolare una lamentela intorno al pregiudizio che al proprio diritto di difesa è stato arrecato, prospettando l'attività processuale che è stata compromessa e che avrebbe potuto influire sulla decisione di merito; altrimenti, annullata la decisione per vizi di rito, si rischierebbe di veder confermata la decisione nel merito.

Questa impostazione consente di rimediare agevolmente ad errori di procedura che possono essere più frequenti nella realtà storica attuale, caratterizzata da un'estrema complicazione di forme procedurali e riforme che temporaneamente si sovrappongono tra di loro, con due vantaggi: garantire la miglior difesa di colui che è stato pregiudicato, ma al contempo evitare impugnazioni pretestuose.

In questo settore abbiamo ritenuto di far confluire anche i provvedimenti decisorii emessi da giudice monocratico al posto del giudice collegiale, all'interno di un procedimento di competenza del giudice collegiale: infatti, il vizio è riportabile ad un'errata composizione dell'organo giudicante (art. 50 quater c.p.c.). Si potrebbe aggiungere l'eventuale pregiudizio processuale dovuta alla mancanza di una parte del procedimento, così lo scambio di memorie *ex art. 189 c.p.c.* Perciò, anche in questo caso il provvedimento di primo grado sarà impugnabile con appello, con il giudice d'appello che procederà alla sostituzione della decisione viziata. Dato che è difficile configurare un pregiudizio al diritto di difesa della parte impugnante in caso di violazione dell'art. 50 quater, è consigliabile formulare delle censure di merito del provvedimento impugnato, oltre a quelle di rito, per evitare che il giudice d'appello si limiti a sostituire la decisione di

primo grado con una decisione gemella presa in secondo grado, solo da un giudice differente.

Del resto, pur tenendo conto della diversità di struttura rispetto all'appello, la stessa impostazione sarebbe da seguire davanti ad un provvedimento emesso in secondo o in unico grado da impugnare in cassazione in virtù del principio della prevalenza della sostanza sulla forma; in caso contrario, ovvero se non sia prospettato un pregiudizio al diritto di difesa o, congiuntamente al motivo di rito, delle censure di merito, la Corte stessa, ove non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, ovvero il giudice del rinvio potrebbe limitarsi a confermare la decisione adottata in secondo o unico grado.

Lasciato il terreno della nullità, in questo capitolo ci siamo addentrati in campo dai confini meno definiti, fatto di atipicità. Atipica è la categoria dei provvedimenti inesistenti come pure di quella dei provvedimenti abnormi; inoltre, le due categorie possono anche intersecarsi tra di loro: l'inesistenza diventa la sanzione dell'abnormità nei casi in cui il vizio si presenta come più grave. Proprio per la peculiare caratteristica di tali categorie, vi è il monito proveniente dalla dottrina e dalla giurisprudenza processualpenalistica di non ricorrere a soluzioni creative, laddove ci siano rimedi adeguati nel sistema, in grado di dare la stessa utilità.

La prima categoria di abnormità tratta dalla casistica giurisprudenziale, viene sanzionata con l'inesistenza del provvedimento, perché siamo in presenza di provvedimenti emessi da un giudice al di fuori di un procedimento vero e proprio, sorretto da una domanda di tutela, seppur viziata. È evidente che sia adottato in carenza di potere il provvedimento da parte di un giudice davanti al quale il procedimento non penda più; come è evidente che sia adottato in carenza di potere il decreto di acquisizione da parte del giudice delegato, quando decide sul diritto del terzo opponente, non solo senza una domanda di parte, ma senza neanche una controparte.

Correttamente la Corte di cassazione (§ 4) ha individuato come la sanzione per vizi più gravi l'inesistenza, da far valere con autonoma azione di mero accertamento ovvero con il mezzo di impugnazione che dovrebbe essere individuato sulla base della sostanza del provvedimento, al solo fine di eliminare l'atto. In tal modo, da un lato verrebbe agevolata la parte e, al contempo, sanato l'ordinamento nel suo complesso da un provvedimento viziato irrimediabilmente.

Più complicato è stato delineare le altre due categorie di abnormità: corrispondenti grosso modo alle categorie processualpenalistiche, con necessarie precisazioni.

Nella seconda categoria (§ 5) abbiamo posto i provvedimenti affetti da abnormità strutturale ovvero caratterizzati da un contenuto atipico.

I provvedimenti viziati da un errore interpretativo della legge processuale sono impugnabili con i rimedi loro propri; salvo che l'interpretazione del giudice non sconfini nel "diritto libero", intendendosi per tale un'attività, più che cognitiva creativa del giudice, come se egli fosse un vero e proprio legislatore: in questo caso la sanzione sarebbe quella dell'inesistenza perché il giudice avrebbe esercitato un potere non proprio, da far valere anche con *actio nullitatis*. Si tratta di casi rari: l'ipotesi più frequente è che il giudice sbagli in uno dei passaggi che portano all'applicazione al caso di specie della norma generale e astratta.

Il problema si pone quando il giudice emette un provvedimento dal contenuto atipico, fuori dagli istituti codicistici tanto che per esso non è previsto uno specifico mezzo di impugnazione. Allora, più che all'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma propriamente detto, si tratterebbe di ricorrere ad un'interpretazione analogia, applicando il mezzo di impugnazione previsto per i provvedimenti ai quali è assimilabile quello abnorme, in base alle categorie generali<sup>461</sup>.

Se il provvedimento è qualificabile come decisorio di primo grado lo strumento è l'appello, che può veicolare qualunque tipo di illegittimità. In questo caso il provvedimento sarebbe annullato, proprio perché non contemplato da alcuna norma. Decorso inutilmente il termine per impugnare il provvedimento passerebbe in giudicato, a meno che non siano riscontrabili gli estremi dell'inesistenza.

Se si tratta di un provvedimento inidoneo al giudicato, si può pensare ad una sorta di *actio nullitatis*, senza che si ponga il problema

<sup>461</sup> M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit., 528 ss.; N. BOBBIO, *Analogia (1957)*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., 6 ss.; A. CERRI, *L'analogia nel sistema del diritto positivo*, cit., 401 ss.

dell'assorbimento del vizio in uno specifico mezzo di critica, che neppure vi sarebbe<sup>462</sup>.

<sup>462</sup> Sul problema dell'impugnabilità con *actio nullitatis* degli atti non idonei al giudicato, oltre alla dottrina citata al § 4, vedi in materia di atti esecutivi R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 38 ss.

In ordine alla possibilità di far valere i vizi dei provvedimenti di volontaria giurisdizione al di fuori del procedimento, attraverso un'apposita *actio nullitatis* vedi: E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova, 1953, 184 e 360, il quale preclude la possibilità di esercitare l'*actio nullitatis* al titolare della situazione tutelata che abbia ottenuto un provvedimento conforme alla sua domanda; E.T. LIEBMAN, *Impugnazione in sede contenziosa del provvedimento di giurisdizione volontaria*, in E.T. Liebman, *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 445 ss.; M.F. GHIRGA, *Sulla proponibilità dell'«actio nullitatis» contro il provvedimento camerale*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1160 ss., la quale distingue tra le parti in senso sostanziale e le parti in senso processuale, riconoscendo solo alle prime legittimazione all'*actio nullitatis*; M. PAGANO, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1989, 50 ss. in particolare 68. Diversamente, L. MONTESANO, voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XV, 11, secondo il quale si dovrebbe parlare non di impugnazione ma di sindacato contenzioso a tutela dei diritti indirettamente incisi dal provvedimento non contenzioso; analogamente A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 676 sembra ammettere l'accertamento in via incidentale dell'ingiustizia e dell'illegittimità del provvedimento di volontaria giurisdizione nel momento in cui si agisca per la tutela del diritto illegittimante inciso dal provvedimento camerale. A CARRATTA, *Sulla tutela del diritto di natura processuale «inciso» dal provvedimento camerale*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 751 ss., in particolare 763, ammette autonoma *actio nullitatis* in alcune ipotesi in cui sia l'unico rimedio a tutela del diritto processuale delle parti, come quando l'invalidità riguardi un provvedimento di rigetto del ricorso di un precedente provvedimento di accoglimento, con una pronuncia di rito; ad opinione dell'autore, tale provvedimento sarebbe lesivo di una facoltà processuale della parte non altrimenti rimediabile. Altri autori ritengono che i vizi del provvedimento di volontaria giurisdizione non più reclamabile possano essere fatti valere attraverso la sollecitazione alla revoca così: G.A. MICHELI, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 190 ss.; G. FRANCHI, *Sulla revoca dei procedimenti di giurisdizione volontaria e sull'opponibilità dei motivi di revoca al terzo acquirente*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, 209 ss.; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, cit., 246; R. DONZELLI, *La tutela dei diritti violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 172 ss.; questa dottrina parte dal presupposto che la revoca sia ammissibile sia per vizi di merito che di legittimità. Queste conclusioni dovrebbero valere anche per il provvedimento di volontaria giurisdizione emesso in sede di reclamo. Sulla revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione sia consen-

Infine, abbiamo individuato una terza categoria di provvedimenti abnormi, frutto di un eccesso di potere del giudice.

Questa abnormità è dovuta ad una deviazione della funzione giurisdizionale nello specifico esercitata da quello che è il suo scopo e dall'esorbitanza dai suoi limiti, tanto che si va ad invadere la sfera di un altro tipo di attività giurisdizionale.

Di qui la differenza con l'eccesso di potere amministrativo, che concerne lo svolgimento dell'attività amministrativa per la persecuzione di un fine diverso da quello istituzionale assegnato all'ente amministrativo.

Differenza vi è anche con la abnormità nel diritto processuale penale, dalla quale la nostra omonima categoria ha preso le mosse. L'abnormità nel diritto processuale penale riguarda essenzialmente il superamento delle sfere di attribuzione dei vari tipi di giudice nelle varie fasi del processo penale, marcatamente differenziate, concatenate

tito rinviare anche L. DI COLA, *La revoca nel procedimento in camera di consiglio*, in *Giur. it.*, 2020, 2793 ss. in particolare 2795 ss.

Intorno alla possibilità di applicare la regola di cui all'art. 161 ai provvedimenti cautelari vedi F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 155 ss. Secondo l'autore dall'art. 161 c.p.c. sarebbe ricavabile un principio più generale immanente nel nostro sistema, il principio secondo cui quando l'ordinamento predispone un determinato mezzo di impugnazione per far valere i vizi di un provvedimento, suscettibile o meno di acquisire la forza di giudicato, se tale mezzo non viene concretamente esperito, si ha la sanatoria dei vizi che con quell'impugnazione avrebbero potuto essere sollevati. Tale regola dovrebbe essere di generale applicazione, salvo il caso in cui non ci sia una contraria previsione di legge. Varie sono le ragioni addotte dall'autore a sostegno di questa sua operazione ermeneutica. In primo luogo, viene messo in evidenza come tale articolo dovrebbe essere considerato sostanzialmente inutile se si riferisse ai soli mezzi di impugnazione propri delle sentenze, perché la stessa regola potrebbe essere tratta dal complesso delle disposizioni inserite nell'ambito della disciplina generale dei mezzi di impugnazione delle sentenze, gli artt. 324, 325 e 327 c.p.c. In secondo luogo, si nota che la disposizione, coerentemente con la sua collocazione presso il primo libro del codice di procedura civile, dovrebbe avere una valenza di carattere generale. Infine, si sottolinea come mancherebbe ragionevolezza alla previsione di un termine perentorio per impugnare, se il suo inutile decorso non recasse alcuna conseguenza.

Va specificato che i risultati alla quale è giunta la dottrina sono limitatamente utili per sciogliere il problema posto nel testo, perché nell'eventualità considerata non abbiamo proprio alcuno strumento di gravame, per cui non si potrebbe far altro che ammettere un'azione come l'*actio nullitatis*.

ma indipendenti tra di loro, culminati con provvedimenti che segnano il passaggio alla fase successiva<sup>463</sup>. Di tanto in tanto, ad imitazione della giurisprudenza e dottrina processualpenalistica, questa etichetta è stata riservata anche a provvedimenti che nel sistema del processo civile abbiamo classificato come anomali, le ordinanze del giudice istruttore a carattere impropriamente decisorio, alle quali non segua una sentenza del collegio sul medesimo oggetto.

Nel processo penale il ricorso all'abnormità è stato utilizzato per consentire l'impugnazione di provvedimenti decisori, ma soprattutto di altri provvedimenti che, per la loro "stravaganza" procedimentale, non consentano la prosecuzione del procedimento complessivamente considerato o la consentano solo con atti illegittimi: decisorietà nel senso di definitiva chiusura, per causa di forza maggiore, del procedimento. Così, per provvedimenti extra ordine si è pensato di ricorrere allo strumento extra ordine del ricorso straordinario in cassazione, a fronte della tipicità del sistema delle impugnazioni e dell'impossibilità di ricorrere all'istituto della nullità, nella quale lo specifico caso non rientra<sup>464</sup>.

Nel processo civile, l'abnormità funzionale la si può individuare nell'invasione delle attribuzioni di altro giudice, quando le loro rispettive sfere di azione vadano ad interagire, come accade al giudice dell'esecuzione che usurpa le funzioni del giudice della cognizione ovvero alla Corte di cassazione che svolge le funzioni del giudice di rinvio. Nel primo caso, l'interazione tra le due differenti sfere di attribuzione è eventuale e parallela. Nel secondo caso, l'interazione tra le due sfere di attribuzione è eventuale e consecutiva, dando luogo un fenomeno più simile a quello dell'abnormità nel processo penale.

La tutela dei diritti incisi dai provvedimenti del giudice deve essere il faro che guida la ricostruzione dei rimedi avverso tali tipi di provvedimen-

<sup>463</sup> AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, 2023, 431 ss.

<sup>464</sup> Lo stesso G. CONSO, *Il concetto e la specie*, cit., 32 s. avvertiva: «Comunque sia, in corrispondenza alla frequente varietà delle cause di sanatoria, gli atti imperfetti non irrilevanti vengono a trovarsi sottoposti a trattamenti diversi, i quali mutano da ordinamento a ordinamento, secondo le esigenze del rispettivo ambiente e l'atteggiamento che il legislatore adotta in conseguenza, sicché riesce possibile delinearli soltanto attraverso un'indagine di diritto positivo». Noi aggiungeremo che muta di sistema in sistema.

ti, ma anche l'esigenza di evitare inutili sprechi di attività processuale. Sulla base di tale linea conduttrice si è cercato di individuare le soluzioni davanti a provvedimenti in apparenza abnormemente decisori del giudice dell'esecuzione, tenendo conto dell'evoluzione dei suoi poteri endoprocedimentali e di nuovi istituti presenti nell'esecuzione forzata o semplicemente di istituti "storici" con una nuova disciplina.

Per cui, quando il giudice dell'esecuzione decida una controversia, si può cercare di portare il suo procedimento all'interno della fase di raccordo tra l'esecuzione e la cognizione, quella fase sommaria affidata al giudice dell'esecuzione, volta a accordare o meno la sospensione del procedimento. Tuttavia, quando questa operazione non sia possibile si deve dare alla parte lo strumento necessario per la tutela dei suoi diritti incisi, l'appello, anche solo allo scopo dell'annullamento del provvedimento.

Spiegheremo nell'ultimo capitolo, perché anche in caso di provvedimenti abnormemente decisori sia opportuno seguire il principio sostanzialistico e preferire quindi l'appello al ricorso straordinario in cassazione davanti a provvedimenti, diciamo di primo grado.

Infine, è chiaro che i provvedimenti della Corte di cassazione, che travalichino i limiti posti dall'art. 384, comma 2, visto il ruolo di questo giudice, non potranno che essere impugnati con lo strumento predisposto dal legislatore a chiusura del sistema, al massimo, si può cercare di forzare i suoi limiti per farci rietrare i casi di provvedimenti abnormemente decisori della Corte stessa.



## CAPITOLO VII

### L'IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI ANOMALI E DI QUELLI ABNORMI

SOMMARIO: 1. Il problema dell'impugnazione dei provvedimenti anomali e abnormi. – 2. La teoria della prevalenza della sostanza sulla forma. – 3. L'applicazione del principio sostanzialista nell'ambito dei procedimenti speciali e la "concorrenza" con il ricorso straordinario in cassazione. – 4. (... segue) L'alternanza di due criteri nell'impugnazione dei provvedimenti non idonei al giudicato. – 5. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e le pronunce sulla competenza: un nuovo uso del principio sostanzialistico. – 6. Un'applicazione distorta del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. – 7. La teoria dell'apparenza. – 8. La teoria di Mandrioli. – 9. Le incertezze della giurisprudenza di Cassazione. – 10. L'ultrattività del rito intrapreso in primo grado nella fase delle impugnazioni. – 11. L'opzione ragionata a favore del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. – 12. L'errore di qualificazione di un provvedimento da parte del giudice e la salvaguardia del potere di impugnare nell'ordinamento giuridico francese. – 13. *L'inkorrekte Entscheidung* ed il *Meistbegünstigungsprinzip*. – 14. La conservazione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto nel processo penale. – 15. La conversione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto nel processo civile. – 16. La rimessione in termini in caso di errore scusabile nella scelta del mezzo di impugnazione. – 17. L'impugnazione del provvedimento abnorme. – 18. Conclusioni.

#### 1. *Il problema dell'impugnazione dei provvedimenti anomali e abnormi*

La teoria del provvedimento anomalo e abnorme ruota intorno a due problematiche: la rilevanza e gravità del vizio, ai fini della determinazione delle condizioni alle quali il provvedimento può sopravvivere nell'ordinamento; l'individuazione del mezzo per impugnarli.

Sono eminentemente a carattere decisorio o comunque definitivo, i provvedimenti anomali e abnormi, che hanno catalizzato l'attenzione

della giurisprudenza e che sono stati l'oggetto privilegiato dell'elaborazione dottrinale.

La questione è emersa in tempi relativamente recenti.

Risalendo a ritroso nel tempo, fino ai sistemi processuali nei quali era in qualche modo prevista una struttura gerarchica tra giudicanti e in cui si poteva ipotizzare una figura di mezzo di impugnazione, si può constatare che un ruolo di primo piano era attribuito alla categoria della nullità. Qualsiasi violazione di forme processuali prescritte dalla legge dava, infatti, luogo a nullità nel diritto romano imperiale. Neppure all'epoca del diritto comune era concepibile un provvedimento decisorio che potesse essere considerato valido se non fossero state rispettate tutte le forme per arrivare alla sua promulgazione: ogni errore, omissione o inversione formale, difetto di composizione dell'organo giudicante o incompetenza era irrimediabilmente causa di nullità.

La nullità aveva un suo mezzo di impugnazione, la *querela nullitatis*; in più, si è presunto che si potesse agire in via autonoma per il suo accertamento ovvero che potesse essere fatta valere in via di eccezione. Sotto l'influenza del processo canonico, vi fu una vera e propria esplosione dell'istituto della nullità: le nullità processuali erano accomunate a quelle sostanziali e esse, nel complesso, si ampliarono a tal punto da rendere difficile ottenere un giudicato stabile.

Fu naturale, ad un certo momento, reagire agli abusi che questo stato di cose creava, sia perché vi era una classe forense pronta, in ogni momento, ad approfittare del cavillo; sia perché i vizi formali erano diventati talmente impalpabili, da suscitare sovente il sospetto di avere davanti un provvedimento "infetto". Il tutto si riverberava inevitabilmente nella certezza del diritto e, conseguentemente, nella vita sociale ed economica dell'epoca. Non è, quindi, un caso se i Comuni, nei propri statuti, tentarono di limitare il dilagare della nullità, ponendo un freno alla sua opponibilità.

Il passaggio fondamentale si ha con il codice di procedura civile adottato da Napoleone, che scinde nettamente il regime della nullità sostanziale dalla nullità processuale, con l'idea guida che le forme non sono un valore in sé, ma sono funzionali al raggiungimento di una valida ed equa decisione di merito. Le forme, seppur complesse, sono uno strumento di difesa in mano delle parti, la cui violazione deve es-

sere opposta in un breve lasso di tempo, senza che si comunichi, di regola, all'atto finale. Discende da questo assunto che i cavilli non possono essere causa di annullamento, ma lo possano essere solo i vizi che rechino un effettivo pregiudizio al diritto di difesa ovvero ai principi generali su cui si basa il processo; che le classificazioni errate non possono essere motivo di esclusione di un mezzo di impugnazione.

Il sistema si complica, poi, con l'introduzione di provvedimenti diversi dalla sentenza per disporre mezzi di prova, in assenza di contestazione, per dare esecuzione ad accordi delle parti ed esercitare in via d'urgenza il potere decisorio, con una disciplina maggiormente particolareggiata nel codice di procedura civile per gli Stati Sardi e nel codice di procedura civile del Regno d'Italia.

La nullità degli atti processuali diviene, perlopiù, sanabile tranne la nullità della sentenza da far valere con appello o opposizione contumaciale.

Allora si comincia a presentare il fenomeno oggetto di questo studio e si pongono due problemi, strettamente legati tra di loro: come impugnare il provvedimento emesso in forma errata e, in secondo luogo, se considerare le sue carenze formali come motivo di impugnazione, per annullarlo senza alcun esame del merito.

Andando avanti con le codificazioni e con le riforme, il problema da un lato è stato complicato dalla previsione di una pluralità di procedimenti diversi e dall'impiego di provvedimenti con forma di ordinanza e decreto al termine di essi; dall'altro vi è stato un tendenziale ravvicinamento nelle forme dei vari provvedimenti e nell'iter della loro adozione, che ha semplificato di molto il superamento dell'eventuale vaglio formale del provvedimento concretamente adottato in luogo di quello che avrebbe dovuto essere emesso per legge.

Nei capitoli precedenti abbiamo cercato di delineare due differenti categorie all'interno dei provvedimenti anomali in senso lato: i provvedimenti anomali in senso stretto, sono in qualche modo un frutto della categoria delle nullità formali, pur non rientrandoci a prima vista; i provvedimenti abnormi, invece, sono affetti da una patologia più grave, che riguarda la sussistenza o meno del potere esercitato dal giudice di emettere un certo provvedimento o un certo tipo di provvedimento.

Mentre la patologia del provvedimento anomalo in senso stretto è

di forma-contenuto; quella del provvedimento abnorme riguarda i presupposti di esistenza del potere del giudice.

Sulla natura e rilevanza delle due categorie di vizio si è parlato nei capitoli precedenti; ora è tempo di determinare come impugnarli.

Il problema si pone per i provvedimenti anomali come per i provvedimenti abnormi emessi in una forma non corrispondente alla sostanza che accolgono.

È chiaro che il mezzo di impugnazione per i provvedimenti abnormi con forma e sostanza di sentenza che abbiamo descritto nel capitolo VI (§ 4) siano l'appello e il ricorso in cassazione: in relazione ad essi, pertanto, si pone solo il problema di stabilire se sia esperibile l'autonoma querela di nullità.

Iniziamo con il delineare le due le teorie che sono state elaborate per cercare di dare una soluzione al problema dell'impugnazione del provvedimento dalla forma errata: quella della prevalenza della sostanza sulla forma e quella dell'apparenza o affidabilità.

Noteremo come i due principi abbiano assunto un sapore nuovo davanti a provvedimenti decisori della stessa forma, ma soggetti a mezzi di impugnazione differenti, a seconda della natura del procedimento che concludono oppure dalla stessa forma ma di natura diversa.

Dopo aver constatato quale principio meglio si adatti alla soluzione del problema, andremo a verificare se la soluzione raggiunta possa essere utilizzata anche nell'impugnazione del provvedimento abnorme.

## 2. La teoria della prevalenza della sostanza sulla forma

La prima teoria emerse già sotto la vigenza del codice di procedura civile per gli Stati Sardi e prese decisamente piede sotto la vigenza del codice del 1865 e del codice attuale<sup>1</sup>. Essa ebbe origine dalla necessità

<sup>1</sup> F.S. GARGIULO, *Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., vol. III, 243; GF. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, cit., vol. II, 382 s.; G. PISANELLI, *Disposizioni generali* in G. Pisanelli, A. Scialoja, P. S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, cit., vol. I, 387 s.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., vol. IV, 12 s.; L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 4ª ed., cit., vol. IV, 326; R. PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili, secondo la nuova legislazione*, cit., 19 s.;

di evitare che l'impiego di un provvedimento formalmente errato privasse le parti della garanzia dei mezzi di impugnazione ordinari, in particolare dell'appello, oltre che di una forma più elaborata.

Sotto la vigenza del codice di procedura civile per gli Stati Sardi, si pose il problema dell'impugnazione dei provvedimenti del giudice monocratico con contenuto di sentenza, assunti in forma di ordinanza, dato che non vi era un organo collegiale di controllo al quale rivolgersi<sup>2</sup>.

Nel processo davanti al tribunale collegiale non veniva mai considerata sentenza l'ordinanza del presidente o del giudice commesso. L'eventuale contenuto decisorio di tale provvedimento era ritenuto un abuso di potere dell'organo monocratico, al quale poteva porsi rimedio mediante lo strumento del richiamo al collegio. Quest'ultimo, dal canto suo, prendeva tutte le sue decisioni con provvedimenti dalla forma di sentenza<sup>3</sup>.

Sotto la vigenza del codice di procedura civile del 1865, le Corti regionali di cassazione e, poi, la Corte di cassazione del Regno<sup>4</sup> conclusero che si dovesse avere riguardo al contenuto del provvedimento per

L. MONTESANO, *Rassegna di giurisprudenza*, cit., 280 ss.; ID., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, cit., 148 ss.; S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. II, 1, 338 s.; A. CERINO CANOVA, C. CONSOLO, voce *Impugnazioni: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1987, vol. XVIII, 11; A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, cit., 924 ss.; ID., "Sostanza" del provvedimento abnorme e impugnazioni: le "sopravalutazioni formalistiche" della cassazione per quanto riguarda il problema della firma dell'ordinanza adottata in luogo di sentenza, cit., 1594 ss.; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 80 ss.; ID., *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 465 ss. Aderisce limitatamente a tale principio F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, cit., 59 ss., il quale ha visto come limite alla sua applicazione la scelta esplicita per una certa forma del provvedimento da parte del giudice, in virtù della quale non si potrebbe, in base all'art. 177, 1° comma, trascurare la sua consapevole opzione pretendendo dalle parti una diligenza maggiore di quella che assiste il magistrato.

<sup>2</sup> G. PISANELLI, *Disposizioni generali*, cit., 384 s.

<sup>3</sup> Per più ampi riferimenti vedi cap. II, § 11.

<sup>4</sup> Così: Cass. del Regno, Sez. III civ, 18 febbraio 1932, in *Riv. dir. proc.*, 1933, II, 59 ss.; ID., sez. I, 23 gennaio 1936, n. 277, in *Foro it.*, 1936, I, 1326, oltre alle molte pronunce delle Corti di cassazione regionali, per le quali si rinvia al cap. III, § 7.

consentire di impugnarlo mediante appello, se decisorio. Anche sotto il vigore del codice di procedura civile del Regno d'Italia continuò ad essere trattato nello stesso modo il problema dell'impugnazione dei provvedimenti emessi dal giudice monocratico con forma di ordinanza e sostanza di sentenza: le ordinanze del pretore sia che fossero emesse nel corso del processo ordinario che al termine dei procedimenti speciali, vennero ritenute appellabili, in virtù del loro carattere decisorio, a volte forzando anche la mano. Meno problematiche erano sotto questo profilo le decisioni del conciliatore, perché non erano appellabili.

Difficile era che vi fosse la pronuncia di un provvedimento decisorio con forma di ordinanza del tribunale per come era strutturato il processo davanti ad esso: solo in caso di accordo tra le parti il mezzo di prova era disposto con ordinanza del presidente; in tutti gli altri casi, quindi, anche dove una delle parti fosse contumace o si dovesse procedere d'ufficio, la dottrina era propensa a ritenere che le prove si dovessero disporre con sentenza. Vi era possibilità che il collegio emettesse ordinanza, ma aveva perlopiù carattere meramente ordinatorio, tipo la disposizione del passaggio da un rito all'altro.

Vi potevano essere delle ordinanze del presidente, con le quali questo organo esercitava provvisoriamente il potere decisorio del collegio: contro di esse era dato reclamo al collegio.

Dal momento che tutte le questioni, astrattamente suscettibili di porsi nell'ambito di un processo, venivano risolte con una sentenza, l'appello come mezzo di impugnazione godette di una diffusione particolarmente ampia.

Il riferimento alla sostanza del provvedimento si rivelò, tuttavia, generatore di diversi problemi applicativi, primo fra tutti quello dell'individuazione del termine per impugnare.

Nel codice del 1865 tutte le sentenze, interlocutorie e definitive, erano contestabili entro trenta o sessanta giorni (il termine era di trenta giorni per appellare una sentenza emessa in una causa civile dal pretore e dal tribunale in materia commerciale e di sessanta giorni per impugnare le sentenze del tribunale in materia civile) dalla loro notifica, che avveniva d'ufficio e doveva essere indirizzata alla parte personalmente. Solo le sentenze del pretore si intendevano notificate con la lettura in udienza, se le parti erano presenti personalmente. Difatti, la pubblicazione nel codice del 1865 era un atto al quale partecipava an-

che il cancelliere, che firmava il verbale dell'udienza predisposta per la lettura di parti della sentenza.

Le ordinanze non andavano notificate, salvo casi eccezionali, né comunicate, ma lette in udienza e, nelle cause di competenza del tribunale, notificate al procuratore che non fosse stato presente in udienza.

Così, poteva accadere che un'ordinanza con sostanza decisoria non risultasse notificata se considerata sentenza e, quindi, fosse impugnabile a tempo indeterminato.

Una volta che il provvedimento dalla forma anomala fosse arrivato in appello, esso veniva prima passato ad un vaglio formale: il giudice d'appello avrebbe dovuto annullare il provvedimento se mancante dei requisiti previsti a pena di nullità per le sentenze.

Un fattore che generò incertezza fu le diverse interpretazioni che le Corti regionali di cassazione diedero dei requisiti previsti a pena di nullità per la sentenza, cioè il modello al quale il giudice doveva aver riguardo per decidere se un provvedimento anomalo fosse o meno legittimo dal punto di vista formale.

Nonostante gli inconvenienti segnalati, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ha continuato ad essere seguito anche con l'entrata in vigore del codice attuale, in prima battuta, soprattutto, con la specificazione che l'organo, che aveva emesso il provvedimento dalla forma errata, doveva avere il potere di farlo<sup>5</sup>.

Le sue prime applicazioni le troviamo all'interno del processo ordinario.

Così, nei confronti dei provvedimenti dei giudici monocratici, il principio viene speso senza problemi, grazie anche alle minori differenze che i provvedimenti recano dal punto di vista formale in un pun-

<sup>5</sup> Vedi per le sue prime applicazioni: Cass., 18 giugno 1942, n. 405, cit.; Id., 24 settembre 1946, cit.; Id., 1° marzo 1947, cit.; Id., Cass., 5 marzo 1947, n. 317, cit.; Id., 27 dicembre 1947, n. 1739, cit.; Id. 6 agosto 1947, cit.; Id. 6 aprile 1949, n. 816, cit.; Id. 16 giugno 1951, n. 1591, cit.; Id., 18 giugno 1951, cit.; Id. 29 luglio 1953, n. 87 e 21 dicembre 1953, n. 3753, in *Foro it. Rep.*, 1953, voce *Sentenza*, n. 12 e n.13; Id. 15 gennaio 1954, n. 72 e 4 agosto 1954, n. 2856, *ivi*, 1954, voce cit., n. 8 e 10; Id. 21 ottobre 1954, n. 39; Id. 21 ottobre 1954, in *Giust. civ.*, 1954, 2597.

to considerato spesso dirimente per determinare o meno la validità dell'ordinanza – sentenza, la sottoscrizione<sup>6</sup>.

Inoltre, si cominciano a diffondere maggiormente anche i provvedimenti di forma anomala del collegio, perché nel nuovo codice muta la disciplina dei provvedimenti collegiali.

Fino alla riforma del 1998, il tribunale pronunciava esclusivamente in composizione collegiale. All'interno del procedimento davanti al tribunale in composizione collegiale è stato aggiunto un nuovo organo, il giudice istruttore, con poteri propri. Il legislatore cerca di semplificare il giudizio prevedendo l'uso dell'ordinanza al posto della sentenza per le questioni di carattere meramente istruttorio, oltre che per il giudice istruttore, anche per il collegio (art. 279).

Ebbene, un punto critico di questa nuova struttura sono confini tra sentenze non definitive e ordinanza del collegio.

Nell'originario impianto del codice del '40, la categoria delle sentenze interlocutorie non è più prevista: oltre alle sentenze definitive, erano disciplinate le sentenze parziali di merito (artt. 277 e 278) ovvero di rito (art. 279)<sup>7</sup>; mentre, non chiara era la forma che dovesse assumere la decisione su una questione preliminare di merito a seguito di remissione da parte del giudice istruttore al collegio, quando la causa proseguiva per la decisione e al contempo venivano adottate determinazioni istruttorie<sup>8</sup>.

Nonostante, in virtù del richiamo dell'art. 177 c.p.c. contenuto nell'ultimo comma dell'art. 280, prima della novella del 1950, si escludesse che le ordinanze collegiali potessero pregiudicare il merito della

<sup>6</sup> Cass., 22 giugno 1948, n. 981, cit.; Id, 12 marzo 1953, n. 594, cit.; Id., 14 maggio 1955, n. 1379, cit.

<sup>7</sup> *Relazione alla maestà del Re Imperatore*, cit., 4020-21. Sul punto: V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 206 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, 81 ss.

<sup>8</sup> All'indomani dell'entrata in vigore del codice, in dottrina si ritenne che le questioni preliminari di merito, quando non si chiudesse la causa, nonché quelle relative all'ammissibilità o meno di un mezzo di prova che apparisse dirimente dovessero essere decise con sentenza, così V. ANDRIOLI, *Commento*, 2<sup>o</sup> ed., cit., vol. II, 213; S. SATTI, *Diritto processuale civile*, cit., 210 s. Secondo R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit, 516 ss. la seconda conclusione non si può desumere dai lavori preparatori del codice.

causa, si cominciava a prospettare il problema della possibile impugnazione delle ordinanze decisorie del collegio e prendeva corpo l'idea di impugnarle come le ordinanze di analoga natura del giudice monocratico cioè applicando il principio sostanzialistico.

Con legge 14 luglio 1950, n. 581 viene modificata la disciplina dei provvedimenti<sup>9</sup>.

Dopo un travagliato iter legislativo è stato introdotto un nuovo testo dell'art. 279, molto simile a quello attuale<sup>10</sup>, che ha posto sotto altra luce la questione della forma delle pronunce interlocutorie.

Nel dibattito che precede la riforma emerse la volontà di porre un freno all'uso del criterio della prevalenza della sostanza sulla forma. La nuova formulazione dell'art. 279, comma 4 dovrebbe dovuto rappresentare un argine contro questa pratica giurisprudenziale.

Il coordinamento tra l'art. 279, comma secondo, n. 4 ed il nuovo quarto comma del medesimo articolo sono stati oggetto di dibattito in dottrina: ad apparire problematica è la forma che debbano assumere i provvedimenti del giudice nel momento in cui al collegio sia rimessa una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito e questa sia risolta negativamente con la contestuale disposizione della prosecuzione dell'istruzione probatoria e dell'ammissione di eventuali mezzi di prova.

Alcuna dottrina<sup>11</sup>, anche degli autori che aderiscono alla teoria che si sta esponendo<sup>12</sup>, hanno individuato nella disposizione in esame una deroga alla regola generale stabilita dall'art. 131, comma 1, in virtù della quale al collegio sarebbe riconosciuta la facoltà di pronunciare con ordinanza congiuntamente su questioni di merito o di rito, costituenti in teoria oggetto di sentenza, e su questioni istruttorie. Tale provvedimento sarebbe sottratto per volontà del legislatore ai mezzi di impugnazione propri delle sentenze, ma sarebbe un caso eccezionale; negli altri casi indicati dall'art. 279, comma secondo si dovrebbe tornare alla regola generale, inclusa per alcuni l'ipotesi in cui il collegio abbia pro-

<sup>9</sup> Cap. IV, § 4.

<sup>10</sup> La differenza è che fino alla legge 18 giugno 2009, n. 69, le questioni relative alla competenza andavano decise con sentenza.

<sup>11</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. II, 266 s.

<sup>12</sup> Si rinvia alla dottrina citata nella prossima nota.

nunciato esclusivamente su di una questione pregiudiziale o preliminare, senza nessuna disposizione di carattere istruttorio<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> E. GARBAGNATI, *Limiti all'appellabilità dell'ordinanza per convalida di sfratto*, cit.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol II, 1, 338 s. In senso analogo G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2012, vol. II, 269 s.; R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 522 ss. Non è chiara la posizione di quest'ultimo autore sulla qualifica da attribuire alle sentenze non definitive su questioni di merito nel processo del lavoro. L'autore, infatti, sembra aderire alla dottrina che non considera pronunciabili nel processo del lavoro sentenze non definitive su questioni preliminari di merito in virtù del disposto dell'art. 420, comma 4 c.p.c. Da tale disposizione, infatti, si arguirebbe che il giudice possa rimettere la causa in decisione quando essa sia matura in tal senso e nel caso in cui sorgano questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali idonee a definire il giudizio. In questa seconda ipotesi potrebbe accadere che il giudice ove ad un più approfondito esame non ritenga di definire il giudizio, emetta una sentenza non definitiva. Dalla lettera della norma sembrerebbe che tale eventualità sia esclusa ove si tratti di questioni preliminari di merito, che quindi dovrebbero essere decise in positivo o negativo solo con la sentenza definitiva. Oriani considera il caso in cui sia pronunciata una sentenza non definitiva su questioni preliminari di merito dal giudice del lavoro. In particolare, l'autore denuncia il rischio di diniego di giustizia sia che si consideri la sentenza non definitiva come tale e quindi impugnabile con appello, sia che la si consideri ordinanza non decisoria; la parte, infatti, correrebbe il rischio di non avere una pronuncia definitiva sulla domanda oggetto di sentenza non definitiva, sia che quest'ultima venga annullata in appello e non sostituita in applicazione analogica dell'art. 279, comma 4, sia che l'appello venga dichiarato inammissibile perché proposto contro un provvedimento con sostanza ordinatoria. Analogo discorso varrebbe per le sentenze non definitive emesse nel processo tributario a fronte del divieto di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 546/1992. Diversa l'impostazione di altra dottrina: A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 821, conclude che l'espressione «altre questioni pregiudiziali» di cui all'art. 420, comma 4 sia talmente generica, che possa riferirsi indistintamente a qualsiasi questione pregiudiziale sia di rito che di merito, suscettibile o non di costituire oggetto di una autonoma domanda; in caso di eccezione sollevata dal convenuto apparentemente idonea a definire il giudizio, ove non ritenesse dirimente la questione, il giudice potrà, non dovrà, deciderla immediatamente con sentenza o accantonarla e deciderla in seguito; D. DALFINO, G. TRISORIO LIUZZI, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 98 ss., i quali dopo aver vagliato le varie tesi sul punto ammettono la possibilità di sentenze non definitive su questioni preliminari di merito nel processo del lavoro in considerazione del fatto che «... se è vero che un eccessivo frazionamento del momento decisorio, con conseguente emissione di sentenze non definitive suscettibili di impugnazione, sembrerebbe costituire un ostacolo alla più pronta definizione della causa, è anche vero che quando la questione si rivela non solo astrattamente, ma anche

La Cassazione, dal canto suo, ha continuato ad applicare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, al limite riconoscendo come eccezione il caso individuato dall'interpretazione del "nuovo" disposto dell'art. 279 c.p.c., per cui le eventuali ordinanze a carattere decisorio emesse nel corso del giudizio non sarebbero soggette ai mezzi di impugnazione propri delle sentenze perché «I provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza, comunque motivati, non possono mai pregiudicare la decisione della causa»<sup>14</sup>.

In verità, nella lettura combinata dei commi secondo, n. 4 e quarto, andrebbe inserito anche il terzo comma dell'art. 279 c.p.c. Quest'ultimo, infatti, disponendo «I provvedimenti per l'ulteriore istruzione, previsti dai numeri 4 e 5, sono dati con separata ordinanza», sembra scindere la decisione su questioni (n. 4) ovvero su di una domanda fino a quel momento riunita ad altre (n. 5), dalle disposizioni relative all'istruzione della causa: le prime debbono essere assunte con sentenza; le seconde con ordinanza e solo alle seconde si riferisce la disposizione di cui al comma quarto. Se si seguisse la teoria esposta, si dovrebbe supporre che possano essere adottate con ordinanza in luogo di sentenza ai sensi dell'art. 279, 3° comma, tanto le sentenze non definitive di cui al n. 4, che le sentenze definitive di cui al n. 5 del 2° comma del medesimo articolo e che ad entrambi i casi vada applicata l'eccezionale regola che è stata desunta dall'art. 279, comma 4.

concretamente idonea a definire il giudizio ... il risparmio di attività processuali (in particolare, di tipo istruttorio) è notevole». Quindi si potrebbe anche correre il rischio di una valutazione preliminare di decisorietà rivelatasi poi errata.

<sup>14</sup> Cass., 7 luglio 1956, n. 2528, cit., 29. Vedi però, più di recente: Cass., 20 dicembre 2005, n. 28233, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12, secondo la quale: «al fine di stabilire se un determinato provvedimento abbia carattere di sentenza ovvero di ordinanza e sia, pertanto, soggetto o meno ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze, è necessario avere riguardo non già alla forma esteriore e alla denominazione adottata dal giudice che lo ha pronunciato, bensì al contenuto sostanziale del provvedimento stesso e, conseguentemente, all'effetto giuridico che esso è destinato a produrre. Costituiscono, pertanto, sentenze – soggette agli ordinari mezzi di impugnazione e suscettibili, in mancanza, di passare in giudicato – i provvedimenti che, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., contengono una statuizione di natura decisoria (sulla giurisdizione, sulla competenza, ovvero su questioni pregiudiziali del processo o preliminari di merito) anche quando non definiscono il giudizio»; Id., 19 dicembre 2014, n. 27127; Id., 19 febbraio 2018, n. 3945.

Certo nella pratica il contenuto del provvedimento potrebbe essere ambiguo, perché la disposizione di mezzi di prova con ordinanza potrebbe essere accompagnata da considerazioni circa la fondatezza o meno di un'eccezione sollevata: allora bisognerebbe andare a verificare che le considerazioni relative alla questione posta all'attenzione del giudice non siano solo funzionali alle successive disposizioni di carattere istruttorio e venga rimandata la decisione sulla questione preliminare di merito o di rito, ovvero ci sia una vera e propria decisione su questa con le conseguenti determinazioni sui profili istruttori della causa.

Garbagnati<sup>15</sup> ha individuato proprio nell'art. 279, la norma di riferimento ai fini dell'identificazione dei provvedimenti soggetti alle impugnazioni ordinarie. Il legislatore con artt. 323 ss. avrebbe inteso sottoporre agli ordinari e straordinari mezzi di impugnazione ivi disciplinati soltanto quei provvedimenti giurisdizionali per cui sia prescritta la forma della sentenza, in considerazione della natura giuridica del potere esercitato. L'art. 279 disciplinerebbe i casi in cui il provvedimento debba essere emesso in forma di sentenza e quelli in cui debba essere emesso in forma di ordinanza: grossomodo i primi corrisponderebbero all'esercizio del potere decisorio, i secondi all'esercizio del potere ordinario. Tuttavia, ciò che rileverebbe ai fini dell'impugnazione, non sarebbe la forma con la quale venga in concreto emanato un provvedimento, ma la forma che il legislatore ha prescritto per esso ai sensi dell'art. 279 c.p.c. Nel momento in cui venga utilizzata in violazione dell'art. 279 la forma dell'ordinanza, non verrebbe alterata la natura del potere esercitato, da individuare non in base alla forma, ma alla funzione del provvedimento del giudice. Il giurista compie queste specificazioni per distinguere tale fenomeno processuale da quello in cui il provvedimento abbia natura decisoria e sia per legge sottratto alle impugnazioni ordinarie, avendo una forma differente da quella della sentenza.

Il vantaggio dell'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma è di consentire di porre rimedio agli errori del giudice<sup>16</sup>, ma anche sotto la vigenza dell'attuale codice seguire tale cri-

<sup>15</sup> E. GARBAGNATI, *Sull'appellabilità di un'ordinanza collegiale di rigetto di una eccezione di prescrizione*, cit., 1715; ID., *Ancora sull'impugnazione di provvedimenti giurisdizionali decisorii emanati in procedimenti speciali di cognizione*, cit., 198 ss.

<sup>16</sup> A. CERINO CANOVA, voce *Impugnazioni*, cit., 11.

terio ha portato degli inconvenienti, in parte già esposti nei capitoli precedenti.

Innanzitutto, le parti, ingannate dalla forma, possono far decorrere inutilmente il termine per impugnare il provvedimento con contenuto di sentenza ovvero per riservarsi di impugnarlo<sup>17</sup>.

Certo ad agevolare il tutto c'è stato il passaggio dalla notifica alla pubblicazione della sentenza per far decorrere il termine lungo di impugnazione, non essendo più la pubblicazione un adempimento richiedente la collaborazione del cancelliere come nel passato codice, ma venendo a coincidere secondo la normativa tradizionale con il deposito del provvedimento nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata. Il cancelliere si limita a dare atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma (art. 133, comma 2 c.p.c.): un'attività meramente certificativa dell'avvenuto deposito<sup>18</sup>.

Seppur non rilevante ai fini dell'impugnazione, va sottolineato che per entrambi i provvedimenti in relazione ai quali più di frequente avveniva lo scambio di forme, almeno nel processo ordinario, sentenza e ordinanza, è prevista la comunicazione alle parti se emessi fuori udienza (rispettivamente 133, comma 2 e 134, comma 2).

In proposito va ricordato che secondo lo schema di decreto legislativo correttivo e integrativo al d.lgs. n. 149/2022, «la sentenza è resa

<sup>17</sup> R. PROVINCIALI, *Sistema*, cit., 319 s.

<sup>18</sup> Cass., Sez. un., 1° agosto 2012, n. 13794, in *Diritto e giustizia*, 3 agosto 2012, con nota di V. FLOCCARI, *Attenzione alla duplice attestazione di deposito e di "pubblicazione" da parte del cancelliere. È solo dalla prima che decorre il termine*, secondo la quale, a norma dell'art. 133 c.p.c., la consegna dell'originale completo del documento-sentenza al cancelliere, nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata, avvia il procedimento di pubblicazione, il quale si compie, senza soluzione di continuità, con la certificazione del deposito mediante l'apposizione, in calce al documento, della firma e della data del cancelliere, che devono essere contemporanee alla data della consegna ufficiale della sentenza, in tal modo resa pubblica per effetto di legge. Sarebbe, pertanto, da escludere che il cancelliere, preposto, nell'espletamento di tale attività, alla tutela della fede pubblica (art. 2699 c.c.), possa attestare che la sentenza, già pubblicata, ai sensi dell'art. 133 c.p.c., alla data del suo deposito, venga pubblicata in data successiva, con la conseguenza che, ove sulla sentenza siano state apposte due date, una di deposito, senza espressa specificazione che il documento contiene soltanto la minuta del provvedimento, e l'altra di pubblicazione, tutti gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione della sentenza decorrerebbero già dalla data del suo deposito.

pubblica mediante deposito telematico, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici» (art. 133, comma 1). In altre parole, tale adempimento non richiede più la collaborazione del cancelliere, neppure a scopo meramente ricognitivo, e andrà a coincidere con il deposito telematico previsto anche per gli altri due tipi di provvedimenti.

Vi è, poi, il problema del passaggio al vaglio formale dei requisiti minimi indispensabili affinché si possa arrivare all'esame del merito: la natura sostanziale di sentenza sarebbe indice della sottomissione del provvedimento alle impugnazioni ordinarie, ma, al contempo, imporrebbe di commisurare i suoi requisiti formali di validità alla disciplina dettata dall'art. 132 c.p.c.<sup>19</sup>.

Come abbiamo visto<sup>20</sup>, le pronunce della Corte di cassazione si sono concentrate, più che altro, sulla questione sottoscrizione del provvedimento del giudice collegiale, data la difformità tra le modalità di pronuncia e sottoscrizione "classica" dei due provvedimenti. La giurisprudenza non è mai uscita dal confronto formale tra i due provvedimenti, pur cercandone di attenuarne in alcune occasioni gli effetti<sup>21</sup>.

Vi sono state altre circostanze che hanno progressivamente limitato i casi di pronunce di inesistenza per mancanza della doppia sottoscrizione: l'attenuarsi del rigore stesso con cui la giurisprudenza ha inteso il difetto della doppia sottoscrizione per le sentenze formali; la progressiva diminuzione del numero delle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale; l'approssimazione dei requisiti di forma-

<sup>19</sup> In questo senso G. VERDE, *Profili del processo civile*, cit., vol. I, 354; A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, cit., 274 s. Diversamente A. CERINO CANOVA, *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento del giudice*, cit., 282, A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, cit., 924 ss.; ID., "Sostanza" del provvedimento abnorme e impugnazioni: le "sopravalutazioni formalistiche" della cassazione per quanto riguarda il problema della firma dell'ordinanza adottata in luogo di sentenza, cit., 1594 ss. In senso ancora differente E. GARBAGNATI, *Sull'appellabilità di un'ordinanza collegiale di rigetto di una eccezione di prescrizione*, cit., 1713 ss.

<sup>20</sup> Cap. V, § 8.3.

<sup>21</sup> Una pronuncia fuori dal coro più volte ricordata è Cass., Sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16727, cit.

contenuto soprattutto di sentenza e ordinanza, nonché l'introduzione di un nuovo modo di pronunciare e redigere la sentenza in udienza, molto più simile a quello della pronuncia e redazione di un'ordinanza. Da ultimo, anche in questo contesto, va sottolineata ancora una volta la "rivoluzione" che potrebbe portare il decreto correttivo sopra menzionato, che nel caso di ordinanze e decreti collegiali imporrebbe se emessi fuori udienza la doppia sottoscrizione del giudice, del presidente e dell'estensore, come per le sentenze (artt. 134 e 135 c.p.c.)

In teoria, nel processo ordinario delle origini non avrebbero dovuto creare particolare problema le ordinanze del giudice istruttore che risolvessero questioni di merito nell'ammettere un mezzo di prova o, comunque, adottate nel corso del procedimento: oltre ad essere revocabili e modificabili dal giudice che le aveva emesse, esse erano reclamabili al collegio fino al 1990, seppur limitatamente all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova (art. 178, comma 2), proprio quelle questioni che nel passato codice erano oggetto di sentenze interlocutorie<sup>22</sup>. Per cui quelle che potevano essere prese per decisioni del giudice istruttore su questioni preliminari o pregiudiziali con la contestuale ammissione di mezzi di prova, potevano essere convertite in considerazioni preliminari alle disposizioni istruttore, con possibilità di sottoporle al collegio in due modi (al momento della rimessione della causa in decisione o mediante reclamo).

Piuttosto, è in alcune pronunce emesse in riti speciali che il problema delle ordinanze decisorie del giudice istruttore è stato affrontato dalla Cassazione, come abbiamo visto nel capitolo precedente e come vedremo nel paragrafo quattro<sup>23</sup>.

Abbondante è la giurisprudenza di Cassazione intorno alle sentenze aventi contenuto ordinatorio o istruttorio<sup>24</sup>: la conclusione è nel

<sup>22</sup> Cap. V, § 4.

<sup>23</sup> Cap. VI, § 1.

<sup>24</sup> Cass., 6 febbraio 1959, n. 574, in *Foro it.*, 1959, I, 352; Id., 12 maggio 1962, n. 975, in *Giust. civ.*, 1962, I, 2180, con nota di C. SAMMARCO, *Impugnabilità dei provvedimenti del giudice emessi in forma diversa da quella prescritta dalla legge*; Id., 11 gennaio 1971, n. 27, in *Foro it.*, 1971, I, 1320; Id., 10 maggio 1972, n. 1420, in *Giur. it.*, 1973, I, 589; Id., 11 aprile 1986, n. 2574; Id., 5 aprile 2001, n. 5068, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 714, la quale statuisce che è inammissibile l'impugnazione avverso il capo di sentenza con il quale si sospende la decisione su alcuna delle domande sino all'esito

senso di sottrarre ad appello le sentenze con contenuto di ordinanza, anche per il caso in cui ci siano delle considerazioni di merito, purché esse siano prodromiche a successive disposizioni ordinatorie<sup>25</sup>. Addi-

dell'istruttoria disposta con separata ordinanza, giacché questo non sarebbe idonea a pregiudicare, rispetto alla questione riservata, l'esito della causa, potendo essere riesaminata dallo stesso giudice che la ha emessa e, dato il carattere ordinatorio di detto provvedimento, l'eventuale illegittimità di esso potrebbe essere dedotta come motivo d'impugnazione avverso la sentenza di accoglimento della domanda in ordine alla quale era stata disposta l'istruttoria; Id., 28 febbraio 2007, n. 4333, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7 s.; Id., 19 maggio 2014, n. 6426; Id. 22 dicembre 2014, n. 27229; Id., 11 novembre 2015, n. 23014, in *Foro it.*, 2016, I, 589; Id., 6 luglio 2018, n. 17698.

<sup>25</sup> Cass., 22 ottobre 1997, n. 10 387, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1989, secondo la quale i provvedimenti istruttori del giudice di appello, pur se difformi dalla decisione del giudice di primo grado e pure quando affrontino questioni processuali e di merito, nonché pur quando vengano assunti impropriamente sotto la veste di "sentenza parziale" ex art. 279, comma 2, sub 4) c.p.c. mantengono natura meramente ordinatoria anche sul piano sostanziale, se il relativo esame viene svolto al limitato fine di giustificare lo sviluppo della ulteriore istruttoria; perciò, non sono impugnabili mediante ricorso in cassazione; Cass. 19 gennaio 2004, n. 709, in *Giur. it.*, 2004, I, 2049 ss., con nota critica di C. SPACCAPELO, *Ancora (ma in diversa direzione e con opposta conseguenza) sulla prevalenza del contenuto sostanziale rispetto alla forma*, la quale in applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma ha qualificato come ordinanza il provvedimento formalmente denominato "sentenza non definitiva" col quale il giudice del merito si è nel caso limitato ad enunciare principi generali senza decidere in concreto nessuna delle questioni sottopostegli, con dispositivo formulato espressamente nei termini: «accerta che il presupposto oggettivo della contiguità dei fondi va inteso non soltanto come adiacenza di confini, ma anche come potenziale unificazione funzionale dei fondi», senza alcun riferimento alla specifica condizione dei due fondi in contestazione; la Cassazione ha al riguardo posto in rilievo che «la volontà del tribunale di non decidere una qualsiasi questione preliminare di merito oggetto di controversia.. ma soltanto di "fissare i principi di diritto ai quali il collegio ritiene di attenersi per la ulteriore fase di giudizio all'esito dell'integrazione del contraddittorio" è apertamente enunciata ... nella motivazione del provvedimento, a conferma della sua natura *latu sensu* ordinatoria; ulteriormente ribadita dalla necessità ... di disporre, "in via pregiudiziale", l'integrazione del contraddittorio. In questo contesto, anche l'affermata "effettiva anche se non fisica adiacenza" dei due fondi, nonostante la presenza della strada di proprietà dell'Ente di riforma aperta al pubblico transito, deve intendersi non come anticipazione di un giudizio, avente efficacia immediata sulle posizioni giuridiche contrapposte, ma come semplice predisposizione di un criterio orientativo da tener presente nel prosieguo del giudizio, in sede di decisione della causa, soltanto "all'esito dell'integrazione del contraddittorio"».

rittura in giurisprudenza si è arrivati a considerare fonte di responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.* la proposizione di appello avverso un provvedimento meramente ordinatorio, in presenza di consolidata giurisprudenza che escluda l'ammissibilità di tale mezzo d'impugnazione<sup>26</sup>.

Va accolta l'impostazione di Oriani<sup>27</sup>, che correttamente qualifica come sentenza in senso formale e sostanziale il provvedimento di tale forma che anziché disporre la rinnovazione della citazione o della notificazione di essa ovvero dare i termini per sanare eventuali difetti di rappresentanza o di autorizzazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., chiuda il processo, dando al provvedimento un contenuto errato secondo quella che è la classificazione operata dall'art. 279, comma 2 c.p.c. In verità si potrebbe pensare a questo provvedimento come l'equivalente di una sentenza che dichiara l'estinzione del processo per mancato rispetto di termini perentori o per inattività delle parti, emessa omettendo i passaggi necessari e fondamentali per arrivare a tale tipo di pronuncia. Perciò, è corretta la considerazione che il medesimo provvedimento andrebbe impugnato con appello, con reclamo al collegio se emesso dal giudice istruttore seppur in forma di sentenza.

### *3. L'applicazione del principio sostanzialista nell'ambito dei procedimenti speciali e la "concorrenza" con il ricorso straordinario in cassazione*

Ampio è stato l'uso di questo principio anche nell'ambito dei procedimenti speciali, sia con riferimento a provvedimenti decisori assunti in forma diversa dalla sentenza, sia con riguardo a provvedimenti ritenuti non decisori ove assunti nella forma corretta<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Cass., 3 agosto 2001, n. 10731, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1544.

<sup>27</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 552 ss.

<sup>28</sup> Secondo E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit., 387 al principio formulato dalla Corte di cassazione si dovrebbe sostituire il seguente principio generale: «sono impugnabili coi mezzi di impugnazione delle sentenze i provvedimenti giurisdizionali di natura decisoria, che siano stati erroneamente emessi in forma di ordinanza, mentre la legge prescriveva la sentenza; non sono invece giuridicamente qualificabili come sentenze, agli effetti della loro impugnazione, quei provvedimenti decisori, che siano pronunciati in forma di ordinanza, in confor-

Alla prima categoria appartengono i provvedimenti decisori somari (decreto ingiuntivo; ordinanza per convalida di sfratto), che sono dalla forma sottratti alle impugnazioni ordinarie e sono immediatamente idonei al passaggio in giudicato. Nella seconda categoria si sono fatti rientrare provvedimenti di natura diversa, accomunati dall'elemento di non essere decisori su diritti, almeno secondo la giurisprudenza, se assunti alle condizioni di legge (i provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione in caso di non contestazione delle parti; l'ordinanza possessoria che prima della riforma operata dalla l. n. 80/2005 chiudeva la fase sommaria; i provvedimenti di volontaria giurisdizione, con alcune particolarità nella parte in cui condannano alle spese).

In entrambi i casi, ci si è chiesti quale sia il mezzo di impugnazione idoneo per il provvedimento assunto senza i presupposti di legge; quando si è individuata la natura di sentenza o comunque decisoria, la giurisprudenza lo ha ritenuto contestabile in due modi: con appello ovvero mediante ricorso straordinario in cassazione.

Prima di addentrarci nell'uso fatto dalla giurisprudenza di tali strumenti è bene richiamare la differenza tra i due meccanismi attraverso i quali si arriva a sottoporre un provvedimento ad appello piuttosto che a ricorso straordinario in cassazione: il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma e il criterio dell'individuazione di una sentenza in senso sostanziale<sup>29</sup>.

In teoria, il campo di applicazione dei due principi dovrebbe essere ben distinto<sup>30</sup>: mentre il primo criterio dovrebbe attrarre i casi di provvedimenti emessi in una forma errata dal giudice, come abbiamo bene compreso, il secondo criterio dovrebbe riguardare i casi di provvedimenti decisori sottratti per disposto legislativo, anche in via mediata, alla garanzia costituzionale del ricorso in cassazione. Presupposto dell'impugnabilità mediante ricorso straordinario in cassazione do-

mità ad una norma che ciò espressamente stabilisca». Il riferimento dello studioso è sia al provvedimento che convalida la licenza o sfratto per finita locazione, ma anche all'ordinanza di liquidazione dei compensi professionali di avvocati e procuratori o decisoria sull'opposizione a decreto ingiuntivo sempre nella stessa materia.

<sup>29</sup> R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 92 ss. mette a confronto l'uso dei due principi.

<sup>30</sup> Cass., 7 luglio 1956, n. 2528, cit., 24 ss.; Id., 25 marzo 1966, n. 795, cit., 23 ss.

vrebbe essere la decisorietà del provvedimento, nel senso che con esso si dovrebbe decidere su di un diritto soggettivo o su di uno status, e la definitività, nel senso che avverso il provvedimento non dovrebbero essere dati ulteriori mezzi di impugnazione. Alle sentenze sostanziali di merito sono equiparabili le sentenze sostanziali di rito<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Per tutti i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali si rinvia al cap. IV, § 5, note 84 e 92.

Trascureremo perché non funzionale in questo contesto, l'esame di alcuni modi in cui è stata intesa la decisorietà dalla Corte di cassazione, così ad esempio come incidenza sul diritto di azione a prescindere da un riscontro di carattere sostanziale: in tale senso Cass., 24 marzo 1982, n. 1857; Id., 1° aprile 1982, n. 2004; Id., 3 maggio 1991, n. 4839, in *Giur. it.*, 1993, I, 209 ss., con nota di E. DALMOTTO, *Contro la strategia dilatoria nel corso dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale*; Id., 11 febbraio 1997, n. 1278, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 226; Id., 10 marzo 1997, n. 2141, in *Giur. comm.*, 1999, 5 ss., con nota di S. ALVARO, *Limiti e finalità del sindacato giudiziario-contenzioso sul provvedimento camerale con cui il Tribunale revoca amministratori e sindaci ex art. 2409 c.c.*; Id., 23 febbraio 1999, n. 1493, in *Giust. civ.*, 1999, 3018 ss., con nota di R. TRIOLA; Id., 15 dicembre 2000, n. 15834, *ivi*, 2001, I, 632. Contro questa impostazione Cass., 30 agosto 1995, n. 9151, in *Giur. it.*, 1996, 751 ss., con nota di A. CARRATA, *Sulla tutela del diritto di natura processuale. "inciso" dal provvedimento camerale*, cit.; Id., Sez. un., 15 luglio 2003, n. 11026, in *Famiglia e diritto*, 2004, 165 ss., con nota di R. DONZELLI, *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, cit., secondo la quale quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale, il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111, comma 7, Cost. non è ammissibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso; ciò perché la pronuncia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi e i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato; essa, pertanto, non può avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, se di tali caratteri quell'atto sia privo, stante la natura strumentale della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione sul merito. Nello stesso senso Cass., Sez. un., 3 marzo 2003, n. 3073, in *Corr. giur.*, 2004, 1209 ss., con nota di R. TISCINI, *Le Sezioni Unite restringono la decisorietà ex art. 111 Cost. alle statuzioni di consistenza sostanziale*; Id., 8 settembre 2008, n. 22639, in *Famiglia e diritto*, 2009, 345 ss., in *Giur. it.*, 1996, I, 751 ss., con nota di M. GIORGETTI, *Provvedimenti camerali e inammissibilità del ricorso straordinario in cassazione per motivi processuali*. Di recente, V. Capasso, *Nullità degli atti e offensività necessaria*, cit., 365 ss., ha ripreso l'argomento della ricorribilità in cassazione ex art. 111 Cost. per la tutela di un diritto di natura processuale; l'autrice, argomentando anche dai lavori preparatori della Costituzione, esclude che tale norma ponga limitazioni a seconda del tipo di diritto processuale o sostanziale che si voglia tutelare: tali diritti non sarebbero preesistenti al processo, ma sorgerebbero nel corso di esso, tuttavia al pari di quello

La prima soluzione, l'appello, è quella abitualmente preferita per impugnare l'ordinanza di convalida irregolarmente assunta. Infatti, se il provvedimento non fosse adottato nel rispetto di tutte le condizioni di legge, verrebbero meno i presupposti che giustificano l'adozione di una decisione in una forma più snella, sottratta alle impugnazioni ordinarie e presumibilmente idonea ad acquisire la stabilità propria del giudicato<sup>32</sup>.

Va precisato che il provvedimento sommario decisorio emesso in presenza di tutte le condizioni di legge, è inoppugnabile e non può essere perciò considerato soggetto a ricorso straordinario in cassazione, in quanto chi non si è opposto ha rinunciato ad aprire la fase a cognizione piena, con l'appendice delle impugnazioni ordinarie<sup>33</sup>.

Si potrebbero presentare due macro-aree.

Vi potrebbe essere il caso in cui pur essendosi opposto l'intimato<sup>34</sup>, il giudice abbia pronunciato ordinanza di convalida, anche al posto

che ha mosso il processo meriterebbero eguale tutela; tantopiù che il diritto di difesa sarebbe un diritto a copertura costituzionale (art. 24 Cost.).

Trascureremo pure alcune deviazioni dal concetto di definitività, che per sottoporre a ricorso straordinario in cassazione provvedimenti di per sé non definitivi, lo hanno inteso non in senso processuale, ma come capacità di incidere sopra interessi di carattere particolarmente sensibile in via definitiva, pur avendo i provvedimenti carattere provvisorio, così, ad esempio, i provvedimenti provvisori e urgenti limitativi o ablativi della potestà parentale, per i quali si rinvia alla giurisprudenza citata al cap. IV, § 6, nota 211 ss. Per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in proposito, vedi R. COLETTA, *Sulla definitività «liquida» nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti de potestate*, cit., 239 ss.

<sup>32</sup> Cass., 20 novembre 1951, n. 2670, cit.; Id., 21 aprile 1953, n. 1068, cit.; Id., 5 maggio 1956, n. 1440, cit.; Id., 10 maggio 1961, n. 1110, cit.; Id., 10 aprile 1965, n. 637, cit.; Id., 16 giugno 1969, n. 2157, cit.; Id., 17 maggio 1985, n. 3026, cit.; Id., 22 novembre 1985, n. 5776, cit.; Id., 24 febbraio 1986, n. 1127, cit.; Id., 16 settembre 1986, n. 5634, cit.; Id., 3 febbraio 1987, n. 962, cit.; id., 23 gennaio 1988, n. 566, cit.; Id., 23 novembre 1993, n. 11565, cit.; Id., 23 gennaio 2006, n. 1222, cit.; Id., 16 maggio 2006, n. 11380, cit.; Id., 27 maggio 2010, n. 12979, cit.; Id., 23 ottobre 2014, n. 22531, cit.; Id., 13 giugno 2017, n. 14625, cit. Per i riferimenti dottrinali si rinvia al cap. V, § 1, note 5 – 8 e 10.

<sup>33</sup> Questa è la soluzione che si preferisce, ma non è pacifica in dottrina, oltre che la dottrina di cui al cap. V, § 1, nota 10, vedi anche di seguito le distinzioni di Garbagliati, per i quali si rinvia ai riferimenti a note 39 e 50.

<sup>34</sup> Vedi, Cass., 3 luglio 2014, n. 15230, che in caso di comparizione dell'intimato richiede che egli dichiari di “non opporsi” perché sussistano i presupposti per emettere l'ordinanza di convalida.

dell'ordinanza con riserva delle eccezioni del convenuto ai sensi dell'art. 665 c.p.c.<sup>35</sup>: qui manca una parte del procedimento, che dopo l'opposizione si sarebbe dovuto svolgere a cognizione piena e chiudere con sentenza<sup>36</sup>. In questa stessa categoria rientrerebbero anche i casi in cui si sia impedito la potenziale opposizione e quindi il potenziale svolgimento del procedimento di cognizione piena, non rientranti nel raggio di applicazione dell'opposizione tardiva alla convalida, ad esempio, per nullità dell'atto di citazione<sup>37</sup>. Al posto di convalidare, il

<sup>35</sup> Cass., 22 febbraio 1959, n. 1598; id., 2 aprile 1966, n. 795, qualifica l'ordinanza di convalida che chiude il procedimento emessa al posto di ordinanza con riserva delle eccezioni del convenuto come una sentenza che rigetta implicitamente le eccezioni del convenuto.

<sup>36</sup> Singolare una pronuncia risalente della pretura di Matera, pret. Matera, 13 luglio 1950, in *Giur. it.*, 1950, I, 743 ss., con nota di E. GARBAGNATI, *In tema di appello contro un'ordinanza di convalida di sfratto*, cit., secondo la quale non sarebbe appellabile l'ordinanza che convalida una licenza emessa dal conciliatore, nonostante l'opposizione dell'intimato, perché verrebbe considerata inesistente, *tam quam non esset*, l'opposizione del conduttore che non indichi i motivi. Critico Garbagnati nei confronti di questa pronuncia; egli osserva che come la sentenza priva di motivi non potrebbe essere considerata inesistente, ma nulla, allo stesso modo l'opposizione senza l'esposizione di motivi, pur essendo nulla, avrebbe dovuto comportare l'apertura della fase a cognizione piena e la chiusura con la pronuncia sul merito. Sembra corretta la posizione del giurista, anche in considerazione della più recente giurisprudenza, secondo la quale nel giudizio per convalida di sfratto, l'opposizione dell'intimato a norma dell'art. 665 c.p.c. comporta la conclusione del procedimento sommario e l'introduzione di un nuovo e autonomo giudizio con rito ordinario, dove le parti possono esercitare tutte le facoltà connesse alle rispettive posizioni, finanche per il locatore la possibilità di porre a fondamento della domanda una *causa petendi* differente da quella inizialmente avanzata e, per il conduttore, la possibilità di dedurre nuove eccezioni e di proporre domanda riconvenzionale, così da ultimo Cass., 19 luglio 2023, n. 1130. Tornando al caso della pretura di Matera, aperto il giudizio a cognizione piena, il giudice avrebbe dovuto disporre l'integrazione dell'atto introduttivo nullo, nella parte in cui fosse carente per la *causa petendi* mancante, incompleta, indeterminata.

<sup>37</sup> Non equipara questa seconda ipotesi alla prima esposta nel testo N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 226 ss. Singolare la posizione di V. ANSELMI BLAAS, *Il procedimento per convalida di licenza o sfratto*, cit., 247 s., il quale compie un'applicazione ibrida e limitata tanto del principio dell'apparenza, argomento di prossimi paragrafi, che del principio della prevalenza della forma sulla sostanza: nel caso in cui il giudice pronunci sentenza al posto di ordinanza di convalida, quando ricorrano tutti i presupposti di quest'ultima, il provvedimento avrebbe co-

giudice avrebbe dovuto disporre per rimediare ai vizi procedurali e per consentire l'eventuale opposizione.

Differente da quelli citati è il caso in cui il provvedimento di accoglimento sia stato pronunciato senza un presupposto processuale, come l'attestazione della persistente morosità<sup>38</sup>, che avrebbe comportato una pronuncia di rito, non la prosecuzione del procedimento a cognizione piena. In questa diversa ipotesi la finzione che porta alla sottoposizione del provvedimento di accoglimento nel merito ad appello è più articolata: fuori dalle condizioni di legge è come se il giudice ritornasse ad essere sottoposto alle regole proprie del procedimento a cognizione piena, perciò, la sua pronuncia di merito equivale ad una sentenza formale, adottata a seguito di rito sbagliato, con tutte le conseguenze.

L'equiparazione di queste due macro-aree è corretta dal punto di vista equitativo, perché il tutto si riduce ad un mal funzionamento del meccanismo della "non contestazione", il solo che giustifica l'impugnabilità di un provvedimento decisorio sommario. L'errore nella scelta del procedimento si ha sia che esso dovesse essere convertito in rito a cognizione piena, a seguito di un preciso evento ovvero l'opposizione, ma non si è dato seguito ad essa ovvero non si è data

munque accertato un diritto e perciò dovrebbe essere impugnato con i mezzi propri della sentenza in senso formale; ove vi sia stata opposizione ed il successivo giudizio si sia compiutamente svolto, qualora il giudice pronunci ordinanza e non sentenza, sarebbe evidente la sostituzione tra i due provvedimenti; conseguentemente quest'ultimo dovrebbe essere impugnato con i mezzi di impugnazione propri delle sentenze. In conclusione, entrambi i principi vengono applicati solo a favore del provvedimento con sostanza e/o forma di sentenza per renderlo impugnabile con i mezzi suoi propri, per ulteriori approfondimenti sul pensiero dell'autore si rinvia al cap. V, § 1, note 5 e 10. Diverse le posizioni di G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 73 ss.; C. MANDRIOLI, *L'assorbimento*, cit., 79, nota 33; ID., *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto o di licenza*, cit., 34 ss.; S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziari civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, cit., 1673 ss., sulla quale ci siamo già soffermati nel cap. V, § 1 nota 10 e che approfondiremo per altri aspetti nei paragrafi successivi.

<sup>38</sup> Cass., 21 aprile 1953, in *Foro it.*, I, 937; Id., 26 agosto 1954, n. 3009; Id., 26 novembre 1957, n. 4491; Id., 25 febbraio 1959, n. 547; Id., 5 maggio 1960, n. 1017.

proprio la possibilità di proporla, sia che esso dovesse essere fin da principio iniziato con il rito ordinario o con un rito differente.

Un esempio di errore di quest'ultimo tipo è l'uso del procedimento per convalida di licenza o sfratto per finita locazione in relazione al no-letto di un bene mobile: in questo caso ci sarebbe uno scambio di procedimenti ed in teoria il provvedimento conclusivo dovrebbe essere una sentenza soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione.

Così, è da ritenere un provvedimento di convalida emesso al di fuori delle condizioni specifiche, perciò anomalo e impugnabile mediante appello, non mediante ricorso straordinario in cassazione, anche l'ordinanza di convalida con la quale il giudice abbia erroneamente concesso al conduttore un termine di grazia, pur non trattandosi di un immobile locato ad uso abitazione<sup>39</sup>. Corretta è la posizione della Cassazione, perché nella sostanza il provvedimento emanato al di fuori dei presupposti di legge equivale ad una sentenza di condanna al rilascio, subordinata alla condizione del mancato adempimento di un obbligo imposto alla controparte: insomma, si è al di fuori del procedimento sommario decisorio. Un altro aspetto del fenomeno va sottolineato: la pronuncia correttamente assunta avrebbe avuto natura processuale, quella erroneamente assunta ha sostanza di decisione nel merito.

In conclusione, nel momento in cui il giudice decida in mancanza dei presupposti di legge con un provvedimento decisorio sommario, egli non emetterebbe un provvedimento esorbitando dal suo potere processuale, ma eserciterebbe il suo potere con forme errate<sup>40</sup>.

La giurisprudenza ha coordinato i due strumenti di critica tra di loro potenzialmente concorrenti, l'appello e l'opposizione tardiva alla convalida di sfratto. Quest'ultima sarebbe limitata alle ipotesi indicate dall'art. 668 c.p.c., come una sorta di impugnazione straordinaria o di

<sup>39</sup> Cass., 23 marzo 1978, n. 1421, in *Giur. it.*, I, 1, 2340 ss., con nota critica di E. GARBAGNATI, *L'impugnazione da parte del locatore di un'ordinanza di convalida di sfratto*. Secondo l'annotatore non si tratterebbe di un provvedimento di convalida emesso al di fuori dei presupposti processuali, ma di un errore di diritto del giudice da far valere mediante ricorso straordinario in cassazione.

<sup>40</sup> Diversamente come visto nel precedente capitolo S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziari civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, cit., 1673 ss.

rimessione in termini a seconda della ricostruzione che dell'istituto si preferisca; l'appello sarebbe accessibile in tutti gli altri casi di mancanza di presupposti processuali<sup>41</sup>.

La giurisprudenza ha escluso l'appellabilità dell'ordinanza non illegittima in rito, ma ingiusta ad esempio perché il giudice nell'emettere la convalida ha escluso di considerare delle eccezioni rilevabili d'ufficio: in questo caso non è il meccanismo della non contestazione o la mancanza di presupposti processuali a togliere fondamento di legittimità alla cognizione sommaria; piuttosto, si tratta di una pronuncia errata nel merito, un rischio che non costituendosi il conduttore citato deciderebbe liberamente di affrontare<sup>42</sup>.

Secondo la Cassazione, davanti ad un quadro normativo che fonda la convalida sulla mancanza di opposizione da parte del conduttore, l'accertamento demandato al giudice sarebbe circoscritto alla verifica dei presupposti generali dell'azione e dei presupposti specifici, indicati nel primo e nel terzo comma dell'art. 663 c.p.c. Il giudice, in buona sostanza, dovrebbe compiere un controllo esterno, senza entrare nel merito della domanda, quindi, senza preoccuparsi di eventuali eccezioni rilevabili d'ufficio. Solo in caso di opposizione il giudice tornerrebbe a svolgere la normale attività di cognizione.

Se si segue la posizione della Cassazione, il provvedimento di rigetto emesso nonostante la mancata opposizione dell'intimato, sarebbe sempre una pronuncia di rito e non potrebbe precludere la riproposizione dell'azione, quantomeno in via ordinaria.

Vediamo quali sono le principali posizioni dottrinali sul punto.

La dottrina generalmente ammette che il giudice non sia costretto a convalidare per effetto della mancata opposizione dell'intimato<sup>43</sup>. Nel silenzio della legge, sono state formulate differenti teorie intorno all'efficacia della pronuncia di rigetto della domanda di convalida dell'intimazione di licenza o sfratto per finita locazione o morosità emessa senza l'opposizione dell'intimato.

Chi aderisce alla teoria della natura contenziosa del procedimento di convalida, ammette il rigetto tanto per la mancanza dei presupposti

<sup>41</sup> Vedi cap. V, nota 12.

<sup>42</sup> Cass., 3 luglio 2014, n. 15230.

<sup>43</sup> Si rinvia alla dottrina citata nelle prossime note.

processuali per l'accesso alla procedura speciale, che per motivi di merito; tanto più, che se non si attribuisce alla non opposizione l'effetto di produrre una prova legale, ma di *relavatio ab onere probandi*, come la non contestazione, il giudice rimane libero di valutare la congruenza delle affermazioni dell'istante<sup>44</sup>. Di qui le divergenze intono alla modalità di chiusura del procedimento. Parte della dottrina ha concluso che debba essere emessa ordinanza non impugnabile<sup>45</sup>, come nel caso di accoglimento, pur non chiarendo quale sia l'efficacia di questo provvedimento. Secondo altri<sup>46</sup> il rigetto non richiederebbe neanche un formale provvedimento, perché tanto non precluderebbe la riproposizione dell'azione. Alla stessa conclusione di quest'ultima dottrina perviene chi<sup>47</sup> attribuisce natura di provvedimento di volontaria giurisdizione parimenti all'ordinanza di convalida e al provvedimento negativo, con la differenza che i controlli vengono limitati ai soli aspetti formali del procedimento; infatti, secondo questa dottrina, ove il giudice neghi i requisiti di accesso alla procedura, si avrebbe una vera e propria pronuncia di merito, che come tale, dovrebbe precludere la riproposizione dell'azione. Non chiaro se questo autore sottopone tale pronuncia ad un mezzo di impugnazione.

Diversa la posizione di chi, per vie differenti, conclude che il provvedimento negativo assuma la forma di sentenza. Secondo una prima ricostruzione<sup>48</sup>, il giudice quando respinge la domanda di convalida, dichiarando che la domanda stessa è improponibile o infondata in diritto, esercita una cognizione non sommaria, perché non pronuncia con riserva o salvezza di questioni, non lascia adito ad un esame ulteriore o più approfondito, ma realizza un giudizio pieno che tiene conto di tutti gli aspetti della controversia. Per cui il procedimento sarebbe speciale nel momento in cui accogliesse la domanda, mentre sarebbe ordinario nel momento in cui la respingesse; conseguentemente il provvedimento che respingesse la domanda dovrebbe essere una sen-

<sup>44</sup> Sul punto vedi cap. V, § 1, nota 7.

<sup>45</sup> V. ANDRIOLI, *Commento*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. III, 131; così anche G. TRISORIO LIUZZI, voce *Procedimenti in materia di locazione*, cit., 498, il quale esclude che il provvedimento possa impedire la riproposizione della citazione.

<sup>46</sup> M. DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 137 s.

<sup>47</sup> V. ANSELMINI BLASS, *Il procedimento per convalida di licenza o sfratto*, cit., 174 ss.

<sup>48</sup> N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 178 s. e 251 s.

tenza, ma anche se fosse un'ordinanza sarebbe una sentenza in senso sostanziale e dovrebbe essere soggetta ad appello.

Altro autore<sup>49</sup> arriva alla stessa conclusione in ordine alla forma del provvedimento con un differente ragionamento: dal disposto degli artt. 663 e 667 si arguirebbe la sussistenza di due sole alternative possibili, la convalida o la prosecuzione del processo a cognizione piena; perciò, ove il giudice non volesse convalidare, non gli rimarrebbe che proseguire a cognizione piena per poi pronunciare sentenza.

Indubbiamente il vuoto normativo sul punto lascia aperte varie possibilità, ma cerchiamo di vedere se c'è una soluzione che meglio si armonizzi con il resto della disciplina, anche tratta dalla disciplina di altro procedimento sommario decisorio.

In primo luogo, dall'art. 640 c.p.c. si arguisce che il giudice pur nella fase sommaria del procedimento esprime un giudizio sul merito della domanda: infatti, il giudice rigetta la domanda nel momento in cui non sia ancora sufficientemente giustificata, nonostante l'invito rivolto al ricorrente, ovvero laddove il decreto non sia accoglibile, non quando manchino i presupposti di legge. Questo vale per il decreto ingiuntivo e allo stesso modo deve valere per i procedimenti di eguale natura.

L'ultimo comma dell'art. 640 specifica che il decreto negativo non pregiudica la riproposizione della domanda, anche in via ordinaria. Allora, ci si deve chiedere se questa disposizione trovi applicazione in via analogica anche nel procedimento per convalida nonostante alcune differenze. Nel procedimento per decreto ingiuntivo non è ancora scattato il meccanismo della non opposizione nel momento in cui il giudice emette il provvedimento negativo; nel procedimento per convalida di sfratto c'è già stata la non contestazione, ma può quest'ultima sorreggere un provvedimento negativo sul merito idoneo all'immediato passaggio in giudicato? Stando al disposto dell'art. 663 la risposta dovrebbe essere negativa, perché la disposizione si occupa solo del caso del provvedimento sommariamente adottato al favore dell'attore.

Sembrerebbe proprio che questi due tipi di procedimenti sommari decisorii siano pensati come una sorta di "privilegio" per il creditore o

<sup>49</sup> E. GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., 319,

locatore, consistente nel poter conseguire rapidamente un provvedimento positivo idoneo al passaggio in giudicato; non così per l'ingiunto o l'intimato, che rimanendo passivo non può sperare di ottenere un provvedimento negativo di eguale efficacia. Né il procedimento può essere trasformato in cognizione piena senza l'opposizione dell'intimato, perché il funzionamento di questi procedimenti decisorii sommari di "vecchio conio" si basa tutto sul comportamento della controparte. Spicca la differenza tra questi procedimenti e altri che sono ispirati alla stessa filosofia della trasformazione del procedimento sommario in procedimento a cognizione piena, ma lasciano la scelta al giudice, che valuta il modo migliore di decidere la controversia: così era nell'abrogato rito sommario di cognizione, così nell'attuale procedimento semplificato. Perciò, a nostro parere il provvedimento negativo deve assumere la forma di ordinanza e non può precludere la riproposizione dell'istanza al pari del decreto che rigetti il ricorso per decreto ingiuntivo. Una decisione negativa che verrebbe equiparata nell'efficacia ad una pronuncia in rito.

Diversa ancora sarebbe l'ipotesi dell'ordinanza di convalida che contenesse un errore di merito o ad esempio una decisione sulle spese che non appaghi l'attore, che pur ha avuto il provvedimento richiesto. Due sono le soluzioni possibili: o ritenere che l'attore debba affrontare parimenti il rischio dell'immediato passaggio in giudicato del provvedimento, anche quando non lo soddisfi appieno, ovvero ritenere il provvedimento non altrimenti impugnabile per volontà del legislatore soggetto a ricorso straordinario in cassazione, ma solo per motivi di merito<sup>50</sup>. Quest'ultima soluzione sarebbe la più equa, ma potrebbe non

<sup>50</sup> Così E. GARBAGNATI, *L'impugnazione da parte del locatore di un'ordinanza di convalida di sfratto*, cit., 2340 ss.; ID., *Ancora sull'impugnazione di provvedimenti giurisdizionali decisorii emanati in procedimenti speciali di cognizione*, cit., 195 ss. Secondo N. PREDEN, voce *Sfratto (procedimento per convalida di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, vol. XLII, 429 ss., in particolare 450, anche contro l'ordinanza affetta da un simile vizio dovrebbe essere dato appello, essendo quest'ultimo un mezzo di impugnazione a critica libera, mentre l'unico limite sarebbe l'impossibilità di contestare l'accertamento del fatto, avvenuto sulla base di una prova legale, a meno che la contestazione non sia diretta avverso i presupposti stessi della *ficta confessio*, Proprio in relazione a tale problematica A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 431 s. ha ritenuto che la disciplina vigente dovesse essere sostituita con una dispo-

conciliarsi con il meccanismo sulla quale si basano i procedimenti decisori sommari che sembrano prevedere un “aut aut” nella ricorrenza delle specifiche condizioni processuali della non contestazione. Inoltre, potrebbero intrecciarsi due differenti mezzi di impugnazione contro il medesimo provvedimento, l'appello per i profili processuali, il ricorso straordinario in cassazione per le questioni di merito.

Nell'appello, mosso da motivi procedurali una volta accolto, dovrebbero essere espletate tutte le attività che le parti non hanno avuto modo di compiere nel giudizio che seguire all'opposizione, anche l'originario attore, il quale da convenuto potrebbe in questo procedimento di appello-opposizione contestare gli eventuali aspetti dell'ordinanza che non fossero di suo gradimento. Il giudice d'appello, prima di dare seguito all'appello-opposizione dovrebbe disporre il mutamento del rito ai sensi dell'667 c.p.c.

Invece, davanti ad un'ordinanza di convalida con sostanza di sentenza, difficile sarebbe ipotizzare che l'originario locatore/attore possa avere legittimazione ad impugnare per la mancanza di una parte del procedimento che non era in suo potere attivare.

Le conclusioni raggiunte intono all'impugnazione dell'ordinanza di convalida emessa in mancanza dei presupposti di legge sono in teoria applicabili a tutti i procedimenti decisori sommari funzionanti con il medesimo meccanismo.

Potrebbe sembrare non necessario ricorrere ai principi enunciati per il procedimento di convalida di sfratto con riferimento al ricorso per decreto ingiuntivo, perché il provvedimento viene emesso e dalla sua notifica inizia a decorrere il termine per l'opposizione, che si configura al contempo come un'impugnazione del provvedimento e una prosecuzione del giudizio. Vi è però, un caso specifico preso in considerazione dalla giurisprudenza di Cassazione: l'eventualità in cui il giudice dell'opposizione la dichiara inammissibile per motivi procedu-

sione di tale tenore: «Se l'intimato non compare o comparendo non si oppone alle domande dell'attore, il giudice, ove non si oppongano questioni di giurisdizione, di competenza o altre questioni pregiudiziali di rito rilevabili d'ufficio, ove la legge sostanziale lo consenta, accoglie la domanda dell'attore con sentenza immediatamente esecutiva redatta in calce alla citazione e contenente la sola indicazione del dispositivo e la succinta esposizione della motivazione».

rali. La mancanza di un rimedio avverso il provvedimento di natura procedurale avrebbe come immediata conseguenza il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo, considerato non opposto; perciò, la Cassazione<sup>51</sup> ha individuato nel decreto di inammissibilità dell'opposizione, adottato per il riscontrato difetto di rituale costituzione dell'opponente, valore sostanziale di sentenza e, conseguentemente, ha concluso che sia suscettibile di impugnazione mediante appello. Con tale mezzo si realizzerebbe, attraverso la normale garanzia giurisdizionale e nel contraddittorio delle parti interessate, un controllo circa la sussistenza dei presupposti legittimanti la dichiarata inammissibilità.

Questa giurisprudenza della Cassazione è condivisibile, alla luce della considerazione che oggetto del provvedimento è una tipica questione di rito di per sé idonea a definire il giudizio, quindi, rientrando nella categoria delle sentenze di rito, in questo caso, data la forma del decreto, in senso sostanziale; basta avere in mente che l'improcedibilità per mancata costituzione in termini in appello viene dichiarata con sentenza dal collegio o, se nominato, con ordinanza del giudice istruttore, reclamabile nelle forme e nei termini previsti dal terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 178, in combinato disposto con l'art. 308, comma 2 (art. 348 c.p.c.). Non essendo prevista la rimessione al primo giudice, anche in questo caso, riformata la sentenza, il giudice d'appello dovrebbe procedere con il procedimento di opposizione non avvenuto in primo grado.

Un provvedimento di carattere decisorio che potrebbe essere usato come prototipo per delineare i confini tracciati dalla giurisprudenza tra ricorso straordinario in cassazione e principio sostanzialistico è quello reso a conclusione del procedimento speciale per la liquidazione degli onorari di avvocato<sup>52</sup>, per due motivi bene evidenti: da un lato, tale provvedimento è quello dal quale ha avvio la creazione dell'istituto del ricorso straordinario in cassazione di marca prettamente giurisprudenziale<sup>53</sup>; dall'altro, perché anche per esso si pone il pro-

<sup>51</sup> Cass., 15 dicembre 1982, n. 6908; Id., 12 maggio 2016, n. 9772.

<sup>52</sup> Per quel che riguarda il suo ambito di applicazione si rinvia al cap. VI, § 1, note 8-16.

<sup>53</sup> Cass., Sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, cit.

blema dell'impugnazione quando sia stato emesso al di fuori dei presupposti di legge.

L'originaria ordinanza con la quale si chiudeva lo scarno procedimento di cui agli artt. 28-30 l. n. 794/1942, era dichiarata dalla legge espressamente non impugnabile, pur essendo ritenuta un provvedimento di carattere decisorio; perciò, la Cassazione, partendo dalla nota interpretazione dell'art. 111, comma 7 (ex 2), concluse per la sua impugnabilità mediante ricorso straordinario in cassazione.

Il procedimento per la liquidazione degli onorari degli avvocati è stato riformato per ben due volte: prima con il d.lgs. n. 150/2011, recante disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione; in un secondo momento, si è intervenuti ancora su questo stesso procedimento con il d.lgs. n. 149/2022 per coordinare le modifiche del codice di procedura civile con il disposto del primo d.lgs. Dai due interventi ne è risultato un procedimento più articolato, strutturato sulla falsa riga del rito sommario prima e del rito semplificato poi, con alcune differenze, tra le quali quella di nostro interesse è il regime di impugnabilità del provvedimento finale. Quest'ultimo prima aveva la forma di ordinanza, poi di sentenza; entrambe sono state disciplinate come non appellabili, a differenza degli analoghi provvedimenti conclusivi dei rispettivi procedimenti disciplinati nel codice di procedura civile.

Il legislatore non ha chiarito ancora fino in fondo il regime di impugnabilità di questo provvedimento, che ha carattere decisorio e definitivo, come invece ha fatto in altre occasioni, davanti a provvedimenti pure di dubbia natura (art. 14, ultimo comma, d.lgs. 150/2011)<sup>54</sup>.

È da supporre che questi provvedimenti, l'ordinanza non appellabile prima e la sentenza non appellabile poi, al pari dell'originaria or-

<sup>54</sup> Il pensiero corre ai provvedimenti temporanei di cui agli artt. 473 bis 22, comma 1 e 473 bis 24, comma 2 emessi nel procedimento speciale in materia di persone, famiglie e minorenni, che pur non idonei al giudicato neanche *rebus sic stantibus*, per espressa disposizione di legge sono reclamabili alla corte d'appello e successivamente ricorribili in cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione.

dinanza di liquidazione degli onorari degli avvocati siano soggetti a ricorso straordinario in cassazione<sup>55</sup>.

Un'altra fondamentale differenza vi è stata nel passaggio da una disciplina all'altra: prima dell'ultima riforma il rito era affidato al tribunale in composizione collegiale; oggi è di competenza del tribunale in composizione monocratica.

Lo stesso procedimento viene seguito sia che la domanda di liquidazione degli onorari per compensi professionali sia proposta sin da principio nelle forme del rito speciale, sia che si proceda con il ricorso per decreto ingiuntivo e successivamente venga fatta opposizione.

Ora il problema si pone per il caso in cui il giudice decida con la stessa sentenza su un rapporto giuridico non rientrante nella specifica materia del procedimento speciale, nel quale oggi la giurisprudenza comprende le contestazioni relative all'*an* ad al *quantum*, ma non le controversie su prestazioni stragiudiziali<sup>56</sup>, prestazioni professionali rese in giudizi diversi da quelli civili ovvero le eventuali domande riconvenzionali esorbitanti dal suo ambito<sup>57</sup>.

Nel passato la giurisprudenza era ferma nel ritenere che se fosse stato domandato con lo speciale procedimento un compenso per prestazioni stragiudiziali, il relativo provvedimento emesso in forma di ordinanza avrebbe avuto valore di sentenza, perché quella domanda avrebbe dovuto essere trattata con rito ordinario<sup>58</sup>.

Ad analoga conclusione si doveva giungere se l'ordinanza avesse deciso al contempo su prestazioni giudiziali e stragiudiziali: sulla domanda per prestazioni stragiudiziali si sarebbe dovuto decidere a seguito di processo ordinario, mentre sulla domanda per prestazioni giudiziali a seguito di procedimento speciale; ove le due domande fossero state cumulate, ad esempio, in un unico decreto ingiuntivo, in caso di opposizione si sarebbe dovuto seguire per entrambe il processo

<sup>55</sup> Così *ex multis* Cass., 23 giugno 2021, n. 18004, cit., con riferimento all'ordinanza non appellabile di cui all'art. 14, ultimo comma, d.lgs. 150/2011 prima dell'ultima riforma.

<sup>56</sup> Cass., 14 febbraio 2022, n. 4665, cit.

<sup>57</sup> Cass, Sez. un., 23 febbraio 2018, n. 4485, cit.

<sup>58</sup> Cass., 25 giugno 1955, n. 1891, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1818 ss.; Id., 28 giugno 1956, n. 2398, *ivi* Mass., 1956, 809; Id., 11 marzo 1959, n. 708, *ibidem*, 1959, 242.

ordinario che avrebbe attratto il rito speciale ai sensi dell'art. 40 c.p.c.<sup>59</sup>.

Pure nel caso di domande riconvenzionali o eccezioni che portassero ad ampliare l'oggetto del giudizio, la posizione della Cassazione era nel senso che esse non dovessero avere ingresso nell'ambito del procedimento speciale; al massimo, in caso di connessione, entrambe le domande, principale e riconvenzionale, avrebbero dovuto essere trattate con rito ordinario. Per cui ove eventualmente esse fossero state decise con ordinanza non impugnabile, quest'ultima avrebbe avuto valore di sentenza, soggetta alle impugnazioni ordinarie<sup>60</sup>.

Questi stessi principi secondo parte della giurisprudenza<sup>61</sup>, sarebbero stati da applicare ove ci fosse stata una controversia inerente al rapporto giuridico fondamentale.

Prima delle due riforme legislative che sopra abbiamo accennato veniva applicato il principio della prevalenza della sostanza sulla forma anche in caso di scambio del rito ordinario o altro speciale a scapito del rito speciale previsto per la liquidazione di onorari di avvocati<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Cass., 7 luglio 1956, n. 2528, cit.; Id., 17 aprile 1958, n. 1264, cit.; Id., 30 giugno 1958, n. 2337, cit.

<sup>60</sup> Cass., 10 giugno 1954, n. 4554, in *Giust. civ.*, 1954, 2904; Id., 26 febbraio 1958, n. 646, *ivi Mass.*, 1958, 228; Id., 30 ottobre 1959, n. 3211, *ivi*, 1959, 1091; Id., 15 luglio 1964, n. 1901, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 1321. In questo senso anche le più recenti: Cass., 23 dicembre 1993, n.12748, in *Giur. it.*, 1994, I, 1167, secondo la quale quando l'opponente avesse introdotto, ampliando il *thema decidendi*, un'eccezione di compensazione per credito non liquido o non esigibile o una eccezione o domanda riconvenzionale sulla quale il giudice investito della domanda del professionista ritenesse di pronunciarsi, il giudizio di opposizione non poteva procedere con il rito semplificato speciale e doveva essere definito con sentenza impugnabile con i normali mezzi; Id., 7 novembre 2000, n. 14489, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2506, secondo la quale proposta querela di falso nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto da un avvocato per onorari professionali ai sensi dell'art. 29 l. 13 giugno 1942 n. 794, il rito si trasformerebbe da speciale in ordinario e la decisione dell'intera controversia, indipendentemente dalla forma assunta, avrebbe natura di sentenza, e sarebbe impugnabile con l'appello, non con il ricorso in cassazione.

<sup>61</sup> Così, *ex multis*, Cass., 16 febbraio 1993, n. 1920, cit.; Id., 12 settembre 1995, n. 9628, cit.; Id., 21 aprile 2004, n. 7652, cit.; Id., 4 gennaio 2006, n. 29; Id., 4 giugno 2010, n. 13640, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6, 869.

<sup>62</sup> Cass. 14 gennaio 1966, n. 209, in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, 263; Id., 18 luglio 1991, n. 7993 ss., in *Giust. civ.*, 1992, I, 732, con nota di M. FINOCCHIARO, *Alcune*

In questo quadro comincia a far capolino, tuttavia, il principio dell'apparenza<sup>63</sup>, seppur interpretato in maniera particolare: il riferimento non è solo alla "qualificazione" che il giudice *a quo* abbia dato al suo provvedimento<sup>64</sup>; si dà importanza alla forma del provvedimento, purché frutto di una consapevole scelta del giudice, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento.

A seguito della prima riforma del rito speciale per la liquidazione degli onorari, l'atteggiamento della Corte si è rafforzato a favore del principio dell'apparenza, verosimilmente favorito anche dalla posizione assunta dalle Sezioni unite n. 4485/2018<sup>65</sup>.

Queste ultime hanno chiarito che il rito speciale arriva a coprire anche le controversie sull'*an* e hanno tracciano una mappa differente dal passato sullo svolgimento delle controversie soggette al rito specia-

*considerazioni sul «rito speciale» in caso di ingiunzione per il pagamento degli onorari per prestazioni professionali di esercenti l'attività di procuratore ed avvocato; Id., 15 marzo 2010, n. 6225, in Giust. civ. Mass., 2010, 3, 370.*

<sup>63</sup> Cass., Sez. un., 12 gennaio 2011, n. 390, in *Giust. civ.*, 2011, 623, in *Corr. mer.*, 2011, 493 ss. con nota di G. TRAVAGLINO, *Compensi professionali liquidati ex lege n. 794/42 e regime delle impugnazioni*, la quale ha cassato una sentenza del giudice d'appello che aveva dichiarato sulla base del principio della prevalenza della sostanza sulla forma inammissibile l'appello proposto avverso una sentenza che chiudeva un'opposizione a decreto ingiuntivo emesso in materia di compensi professionali, perché la sentenza sarebbe stata un'ordinanza non impugnabile con appello ma ricorribile in cassazione.

<sup>64</sup> Prima delle Sezioni unite n. 390/2011 due pronunce vi erano state a favore del principio dell'apparenza, contro la valanga di pronunce a favore del principio sostanzialistico. Il loro tenore era differente da quello delle Sezioni unite n. 390/2011: così Cass., 13 maggio 1967, n. 1131, in *Foro it.*, 1967, I, 1440; Id., Sez. un., 23 marzo 1999, n. 182, secondo la quale il tipo di rimedio contro le decisioni rese, ai sensi della l. 13 giugno 1942, n. 794, in sede di opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso a favore di avvocati e procuratori, dipenderebbe unicamente dalla qualificazione che, a torto o a ragione, il giudice abbia dato al suo provvedimento; nella stessa logica andrebbe determinata l'ultrattività del rito in forza della quale, ove una controversia sia stata trattata in primo grado con il rito ordinario anziché con quello speciale o viceversa, andrebbero seguite le forme ordinarie o speciali scelte anche per la proposizione del relativo gravame. *Contra*: Cass., 3 febbraio 2012, n. 1666, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, 127.

<sup>65</sup> Cap. VI, § 1, nota 16.

le di cui agli artt. 3 e 14 del d.lgs. 150/2011 insieme alle controversie esorbitanti da tale contesto<sup>66</sup>.

Se la domanda rientra nella competenza del giudice adito, il giudice dovrebbe vagliare che la domanda del convenuto possa essere trattata con il rito sommario, oggi semplificato; se la risposta è positiva, si procede con il rito sommario/semplificato. In caso di risposta negativa nella vigenza del passato regime, la Corte individuava come ostacolo all'applicazione dell'art. 40 c.p.c., commi 3 e 4, quindi alla trattazione con il rito ordinario, l'art. 702 ter, comma 4, ai sensi del quale quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale richiedeva un'istruzione non sommaria, il giudice ne disponeva la separazione. Questa disposizione non è stata riprodotta nel rito semplificato, anzi: il nuovo art. 281 duodecies, comma 1 stabilisce che «il giudice se rileva che per la domanda principale o per la domanda riconvenzionale non ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281 decies, dispone con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario». Continuando a seguire le indicazioni della Corte, ove la domanda introdotta dal cliente convenuto non appartenga alla competenza del giudice adito ai sensi dell'art. 14 c.p.c., in aggiunta al problema del rito, dovrebbero essere considerate le norme sulle modifiche della competenza per ragioni di connessione, che eventualmente potrebbero comportare lo spostamento della competenza sulla domanda ai sensi dell'art. 14: ciò non potrebbe accadere nel caso in cui il giudizio sia partito con il procedimento monitorio, perché secondo l'interpretazione consolidata non sarebbe possibile lo spostamento della competenza sul giudizio di opposizione e occorrerebbe separare le cause.

Infine, secondo la Corte, nel caso in cui venga adita la corte d'appello per la liquidazione dei compensi professionali, essendo questa di norma giudice competente in secondo grado, non potrebbe in alcun modo considerarsi competente sulla riconvenzionale, introdotta come domanda di primo grado. Dunque, non si potrebbe ipotizzare che, anche qualora la riconvenzionale si presti ad un'istruzione sommaria, quella corte possa trattarla; perciò, sarebbe da ipotizzare sempre la necessaria separazione della riconvenzionale e la rimessione al

<sup>66</sup> Cass., Sez. un., 23 febbraio 2018 n. 4485, cit., § 13.1.

giudice competente in primo grado, con le conseguenti decisioni *ex art. 295 c.p.c.* sulla sorte del giudizio *ex art. 14* ove la riconvenzionale abbia efficacia pregiudicante.

Infine, se la domanda abbia ad oggetto la deduzione di una richiesta di compensazione sarebbe possibile ipotizzare ai sensi dell'art. 35 c.p.c. l'eventuale condanna con riserva<sup>67</sup>.

Attualizzando i principi dettati dalla Corte: se la controversia "estranea" può essere trattata con rito semplificato si procede con cognizione sommaria; se necessaria la cognizione piena ai sensi del nuovo art. 281 duodecies, comma 1 entrambe le cause debbono essere trattate con il rito ordinario, applicando i principi in materia di connessione di cui all'art. 40, comma 3 c.p.c. Ovviamente purché entrambe le cause siano di competenza del medesimo ufficio giudiziario. In questo caso si dovrà verificare che siano applicabili i principi in materia di connessione.

Ebbene, per lo stato della disciplina antecedente all'ultima riforma, il problema si poneva per il caso in cui entrambe le cause fossero state trattate con il rito sommario, infatti: i due riti sommari erano affidati a giudici di composizione diversa (collegiale quello di cui al d.lgs. n. 150/2011, monocratico quello codicistico) e, soprattutto, le due ordinanze conclusive avevano regimi di impugnazione ben differenti; la prima non appellabile ma solo ricorribile in cassazione; la seconda soggetta alle impugnazioni ordinarie<sup>68</sup>.

A districare la matassa è intervenuta la Cassazione stessa in una serie di pronunce successive alle Sezioni unite n. 4485/2018.

<sup>67</sup> M. METAFORA, *Il procedimento per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, cit., 199 ss. a critica di questa giurisprudenza, nota come anche se lo svolgimento di difese o la stessa proposizione di domande riconvenzionali siano in grado di determinare un aggravamento del procedimento in corso sul piano istruttorio, il procedimento sommario rappresenti un modello processuale sufficientemente duttile, per potersi adattare a controversie più complicate. L'autrice aggiunge che la sperimentazione sul campo delle liti in esame dimostra come di frequente nelle controversie attinenti alla liquidazione degli onorari la relazione tra domanda principale e riconvenzionale si atteggi in termini di incompatibilità; più in generale, sussisterebbe tra di esse un nesso di pregiudizialità-dipendenza che potrebbe condurre, in caso di separazione delle cause, a giudicati contraddittori.

<sup>68</sup> Per le modifiche legislative di tale rito vedi cap. VI, § 1, nota 16.

È comprensibile che la difficoltà di distinguere tra due riti speciali così simili, ma diversi in un punto fondamentale, abbia spinto la Corte a rafforzarsi nell'attaccamento più che alla forma del provvedimento alle modalità secondo le quali si è svolto il procedimento per decidere il regime di impugnazione del provvedimento<sup>69</sup>.

C'è una recente pronuncia<sup>70</sup>, tuttavia, che applica in maniera non corretta questo differente principio che approfondiremo nei prossimi paragrafi.

Presupposto dal quale parte la Corte è che assuma rilevanza la forma del provvedimento adottata dal giudice, frutto della qualificazione data, implicitamente o esplicitamente, all'azione esercitata dalla parte; essa respinge il ricorso in cassazione promosso avverso un'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., perché il dato che il provvedimento fosse stato emesso dal giudice monocratico avrebbe fatto supporre che si trattasse del rito sommario codicistico o "ordinario", quindi, il provvedimento conclusivo avrebbe dovuto essere impugnato con appello.

Se si esamina la vicenda processuale da vicino c'è qualcosa che sembra non tornare. Si trattava di una controversia in cui il convenuto in via riconvenzionale chiedeva il risarcimento dei danni alla contro-

<sup>69</sup> Cass., 5 ottobre 2018, n. 24515, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, 1987 ss.; Id., 8 gennaio 2019, n. 210, in *IUS.processocivile*, 20 febbraio 2019, con nota di R. METAFORA, *Principio di apparenza e impugnazione dell'ordinanza conclusiva del procedimento di liquidazione dei compensi degli avvocati*; in *Foro it.*, 2019, I, 4071 ss. con nota di M. TERESI, *L'impugnazione del provvedimento di liquidazione degli onorari di avvocato, tra ultrattività e semplificazione dei riti*. In quest'ultima pronuncia la Cassazione ha cassato con rinvio il provvedimento della corte d'appello che ha dichiarato inammissibile, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, il gravame avverso l'ordinanza monocratica resa secondo le norme sul procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis e ss. c.p.c. e senza disporre alcun mutamento del rito. Così anche Cass. 28 giugno 2022, n. 20791, la quale in termini più generali afferma che le parti nella scelta del mezzo di impugnazione devono essere orientate dal principio dell'apparenza, ovvero dalle regole seguite nella conduzione e decisione della controversia. In termini leggermente differenti Cass., 30 ottobre 2020, n. 24129, in *Guida al diritto*, 2021, 1 ss., che fa riferimento al criterio della qualificazione data dal giudice *a quo* per la determinazione del corretto mezzo di impugnazione, a prescindere dalla sua esattezza.

<sup>70</sup> Cass., 21 marzo 2023, n. 8040.

parte per responsabilità professionale; siamo perciò di fronte ad una materia esorbitante dallo specifico ambito di applicazione del procedimento di cui all'art. 14 d.lgs. n. 150/2011: vero è che entrambi i procedimenti si svolgevano con il rito sommario, ma è da supporre che fosse il rito sommario codicistico ad avere la prevalenza sul rito sommario speciale e che entrambe le cause dovessero con esso essere trattate, in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 40, comma 3 c.p.c. Infatti, si può ritenere che il rito sommario generale codicistico non fosse altro che un'articolazione semplificata del rito ordinario, come è confermato dalla mutazione che esso ha avuto con l'ultimissima riforma (d.lgs. n. 149/2022): il procedimento ordinario è semplificato e adattato alla complessità della controversia con l'introduzione o il passaggio al rito semplificato; ma la semplificazione non dipende da una rinuncia alla cognizione piena, piuttosto ad orpelli processuali inutili per la causa che si ha davanti. Se questo è vero, era il rito sommario codicistico e oggi il rito semplificato "ordinario" a dover accogliere anche la controversia sugli onorari. Il provvedimento conclusivo avrebbe dovuto essere un'ordinanza appellabile, e oggi dovrebbe essere una sentenza appellabile. Ritenere che quel provvedimento non debba essere sottoposto a ricorso straordinario in cassazione, ma ad appello è ragionare secondo la sostanza del provvedimento, non secondo la forma.

Solo il riferimento alla materia accolta della sentenza che decide cumulativamente le due cause eterogenee può illuminare sul regime di stabilità del provvedimento finale, visto che oggi i due procedimenti semplificati non possono essere neanche più distinti sulla base della composizione dell'organo giudicante, che è sempre monocratica. Salvo voler dare rilievo ad un dato formale: la presenza di un'ordinanza di mutamento del rito di cui all'art. 4 d.lgs. n. 150/2011, che potrebbe mancare per errore del giudice, pur nelle sue intenzioni di proseguire con rito speciale o perché egli abbia ritenuto il procedimento introdotto con rito corretto.

Il principio sostanzialistico ritorna in alcune sentenze della Cassazione successive alla riforma<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Cass., 5 ottobre 2015, n. 19873; Id., 5 giugno 2020, n. 1064, richiama il principio dell'apparenza, ma sembra conseguire i risultati ai quali si arriverebbe applicando

È possibile individuare un'alternanza di due rimedi l'uno dettato dal principio sostanzialistico, l'altro dall'applicazione dell'art. 111, comma 7 Cost. nel contesto del subprocedimento speciale vigente fino a febbraio 2023 e noto come "filtro" in appello<sup>72</sup>. Ebbene dopo un periodo di incertezza la giurisprudenza<sup>73</sup> era arrivata alla conclusione che il provvedimento fosse impugnabile con ricorso straordinario in cassazione se contenente un giudizio prognostico emesso al di fuori dei casi previsti dalla legge; al contrario, dovesse essere impugnato con ricorso ordinario in cassazione ove emesso al posto di una sentenza di inammissibilità, così nel caso in cui l'atto d'appello introduttivo non avesse avuto i requisiti di cui all'art. 342 c.p.c.

In mezzo a queste due possibilità se ne è inserita una terza, decisamente meno netta: nell'ipotesi in cui l'ordinanza di inammissibilità del gravame, pronunciata ex artt. 348 bis e 348 ter c.p.c, indichi ulteriori *rationes decidendi*, del tutto assenti nella sentenza di primo grado, con le quali il giudice di appello abbia corroborato la propria decisione, questa risulterà autonomamente impugnabile nella parte in cui ha aggiunto e integrato la motivazione del giudice di prime cure<sup>74</sup>. In tal caso, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma lo strumento per impugnare l'ordinanza di inammissibilità do-

il principio sostanzialistico: per cui non sarebbe appellabile, ma ricorribile per cassazione la decisione adottata all'esito dell'opposizione a decreto ingiuntivo, emesso per crediti derivanti da prestazioni giudiziali di un avvocato, perché il relativo giudizio, sebbene introdotto con atto di citazione e deciso in forma di sentenza, in concreto si sarebbe svolto secondo quanto stabilito dall'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, per effetto del mutamento del rito da ordinario a sommario, e la decisione sarebbe stata resa dal collegio. Applica il principio della prevalenza della sostanza sulla forma Cass., 14 febbraio 2022, n. 4665, cit. In questo senso in dottrina: A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo*, cit., 57 ss.; B. SASSANI, R. TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, cit., 133;

<sup>72</sup> Vedi cap. IV, § 5.

<sup>73</sup> Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, cit.

<sup>74</sup> Cass., 9 marzo 2018, n. 5655. Diversamente aveva concluso Cass., 6 luglio 2015, n. 13923, che aveva ritenuto censurabile la sola sentenza di primo grado pur davanti ad una pronuncia di inammissibilità ex art. 340 bis che nella sostanza fosse una sentenza di merito, proprio per la mancanza di definitività di quest'ultimo provvedimento. Su questa giurisprudenza vedi: R. TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma*, cit., 470; R. ORIANI, *"Essere" e "dover essere"*, cit., 599 ss.

vrebbe essere il ricorso ordinario in cassazione, non quello straordinario.

Ci si potrebbe chiedere quale sia la conseguenza della scelta del ricorso ordinario in luogo di quello straordinario, dato che in virtù dell'art. 360 ultimo comma i due mezzi di impugnazione vanno a coincidere nei motivi esperibili e nello svolgimento del procedimento. È stata messa in evidenza un'importante differenza che vi sarebbe nel caso di scelta del ricorso straordinario in luogo di quello ordinario nell'ipotesi di scambio della forma dell'ordinanza con quella della sentenza collegiale: non si porrebbe il problema della doppia sottoscrizione del giudice<sup>75</sup>. Questa conclusione si basa sui differenti presupposti dei due istituti come sopra delineati: al primo sarebbero soggetti i provvedimenti sulla base della loro sostanza decisoria, non della loro forma; al secondo i provvedimenti che nella sostanza siano sentenze e che tali avrebbero dovuto essere anche nella forma. Questa opinione, tuttavia, non tiene conto che anche quando si impugni un provvedimento emesso in forma sbagliata e sulla base della qualificazione del giudice si segua il principio dell'apparenza, arrivando paradossalmente ad impugnare con uno strumento creato per superare le forme e rispondere a problemi di giustizia sostanziale (così il ricorso straordinario in cassazione), ugualmente potrebbero essere denunciati vizi di rito.

#### 4. (... segue) *L'alternanza di due criteri nell'impugnazione dei provvedimenti non idonei al giudicato*

Poco lineare è stata la giurisprudenza nei casi di provvedimenti, a suo giudizio, non idonei alla stabilità del giudicato se emessi nella ricorrenza delle condizioni di legge.

Molto abbondante è stata la giurisprudenza della Cassazione sui provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione, in particolare, sull'ordinanza prevista dall'art. 789, che chiude il giudizio in assenza di contestazioni<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Così R. ORIANI, *op. cit.*, 598.

<sup>76</sup> All'occorrenza, le soluzioni trovate per l'impugnazione del provvedimento al di

La Cassazione non ha mai riconosciuto la natura decisoria dell'ordinanza di cui all'art. 789, quando adottata dal giudice in maniera regolare; piuttosto, a sua opinione, si tratterebbe di un provvedimento ordinatorio al quale sono state attribuite varie funzioni ed in relazione ad esse il provvedimento è stato considerato impugnabile in diverso modo.

Una parte minoritaria della Cassazione è partita dalla considerazione del provvedimento come omologa dell'accordo concluso tra i dividendi e ne ha dedotto l'impugnabilità dell'ordinanza difettosa come parte di un negozio giuridico, cioè con l'*actio nullitatis* o con altri mezzi di tutela negoziali, quale l'azione di rescissione<sup>77</sup>. In una delle pronunce a sostegno di questo indirizzo, Cass. n. 2913/1997, si distingue dagli altri il caso in cui il giudice istruttore in presenza di contestazioni, invece di rimettere la causa al collegio come prescritto dal terzo comma dell'art. 789 c.p.c., si pronuncia su di esse: secondo la Corte, egli avrebbe preso una decisione a tutti gli effetti, perciò l'ordinanza con sostanza di sentenza dovrebbe essere impugnata con i normali mezzi di impugnazione (appello ecc.).

Secondo altra giurisprudenza, invece, il progetto divisorio predisposto e depositato dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 789 c.p.c. diventerebbe vincolante per i dividendi in virtù del combinato effetto del loro comportamento e dell'ordinanza con cui il giudice, nel dichiararlo esecutivo, esplicitamente o implicitamente, darebbe atto della non insorgenza di contestazioni e insieme sugellerebbe la regolarità degli atti precedenti necessari per giungere ad un titolo esecutivo. Il vincolo che si formerebbe, insomma, avrebbe carattere prettamente processuale, dando luogo ad una preclusione analoga a quella del giudicato formale, ma senza gli effetti propri del giudicato sostanziale. Ne

fuori dei presupposti di legge sono state adattate anche agli altri provvedimenti: L. DI COLA, *L'impugnazione dei provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione*, cit.

<sup>77</sup> Cass., 17 giugno 1959, n. 1902, in *Giust. civ.*, 1959, I, 2181; Id., 2 maggio 1969 n. 1415, in *Foro it.*, I, 1718 ss.; Id., 26 marzo 1981, n. 1779, *ivi Rep.*, 1981, voce *Divisione*, n. 53; Id., 4 aprile 1997, n. 2913, *ivi*, 1997, voce cit., n. 9. È nelle parole della stessa Corte che si trovano gli argomenti per demolire la tesi negoziale: è difficile configurare la conclusione di un accordo quando le parti non debbono essere presenti personalmente, ma possono essere anche contumaci, e quando l'eventuale non contestazione possa provenire dal difensore, non dalla persona della parte.

conseguirebbe che il progetto dichiarato esecutivo si sottrarrebbe agli strumenti d'impugnazione degli atti negoziali; le eventuali irregolarità o nullità dovrebbero essere fatte valere o con ricorso per cassazione o con *querela nullitatis* avverso l'ordinanza decisoria del giudice istruttore. Non deve ingannare il nome, perché la Corte specifica che quest'ultimo strumento sarebbe esperibile negli stessi casi in cui sarebbe dato avverso le sentenze formali<sup>78</sup>.

È in un'altra pronuncia<sup>79</sup> che la Cassazione conclude per l'abnormità – inesistenza del provvedimento emesso dal giudice istruttore, quando egli pronunci l'ordinanza di cui all'art. 789, comma 3 in difetto dei presupposti di sostanza (presenza di contestazioni o mancanza dell'accordo delle parti) e/o di forma (irritualità del procedimento o viziata formazione dell'accordo); conseguentemente, nei suoi confronti sarebbe esperibile l'*actio nullitatis*, ovvero un'ordinaria azione di accertamento per la declaratoria di inefficacia dei provvedimenti adottati dagli organi giurisdizionali al di fuori delle loro attribuzioni.

Del problema dell'abnormità piuttosto che della semplice anomalia del provvedimento decisorio illegittimamente emesso dal giudice istruttore in luogo del collegio si è già trattato ed è già stato constatato come esso sia stato progressivamente e definitivamente risolto dall'evoluzione legislativa<sup>80</sup>. Quello che si vuole rimarcare è come già la giurisprudenza di Cassazione avesse dubitato che in queste ipotesi si potesse parlare di provvedimento abnorme, avendo identificato tale

<sup>78</sup> Cass., 4 aprile 1987, n. 3262, cit., specifica: «...Per quanto riguarda - infine - quegli elementi o presupposti la cui mancanza rende il provvedimento inesistente o "inutiliter" dato (ad es. difetto di sottoscrizione del giudice, non integrità del contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario, mancata partecipazione all'udienza di discussione dipendente da omessa o nulla comunicazione del decreto di comparizione dei condividenti ex art. 789, comma 2) valgono gli stessi rimedi (come la *querela nullitatis*, sia da esperirsi in separato normale giudizio cognitivo, sia da esperirsi per quelle nullità che non si potute dedurre nel giudizio divisorio, anche in sede di opposizione all'esecuzione) che, ammessi dall'ordinamento contro i provvedimenti giurisdizionali suscettibili, siccome decisorii, di passare in giudicato, non c'è motivo che non lo siano anche contro l'ordinanza *de qua*, che, anche se natura decisoria in senso proprio non ha, si vede attribuire dalla legge la stessa o un'analogo efficacia».

<sup>79</sup> Cass., 10 giugno 2004, n. 10995, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6.

<sup>80</sup> Vedi cap. VI, § 1.

fenomeno piuttosto con un provvedimento «(in) contrasto insanabile con i principi generali dell'ordinamento»<sup>81</sup>.

La giurisprudenza fino ad una decina di anni fa maggioritaria era ferma sulla posizione secondo la quale l'ordinanza *ex art. 789* pronunciata in assenza dei presupposti di legge, intendendosi per tali anche la mancata conoscenza del deposito del progetto di divisione presso la cancelleria, per nullità della notificazione ovvero della comunicazione, si risolvesse in «un anomalo provvedimento giurisdizionale decisorio impugnabile, in mancanza di altri mezzi previsti, per cassazione a sensi dell'art. 111 Cost.»<sup>82</sup>.

In una sentenza<sup>83</sup> successiva alla riforma del giudice unico e prodromica rispetto ad un nuovo filone giurisprudenziale ritorna il tema del provvedimento *abnorme*: è stata considerata *abnorme* l'ordinanza (nella fattispecie quella di cui all'art. 788 c.p.c.) emessa in presenza di contestazioni dal giudice istruttore, privo di potere decisorio a fronte della competenza del collegio; mentre anomala l'ordinanza emessa dal giudice monocratico in presenza di contestazioni, dopo la riforma del 1998, perché il giudice munito di potere decisorio avrebbe irritualmente pronunciato un provvedimento con sostanza di sentenza, impugnabile perciò con appello.

Insomma, la giurisprudenza di Cassazione sembrerebbe paventare un uso del ricorso straordinario in cassazione simile a quello che si è sviluppato all'interno della giurisprudenza processualpenalistica: uno strumento per impugnare provvedimenti non altrimenti impugnabili, che si pongono fuori dal sistema in quanto frutto di un abuso di potere

<sup>81</sup> Cass., Sez. un., 1° marzo 1995, n. 2317, cit.

<sup>82</sup> Cass., 12 febbraio 1980, n. 1012, cit.; Id., 24 aprile 1981, n. 4984, cit.; Id., 22 ottobre 1981, n. 5548, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Divisione*, n. 24; Id., 24 maggio 1990, n. 4699, *ivi*, 1990, voce *cit.*, n. 23; Id., 14 giugno 1990, n. 5824, cit.; Id., 7 maggio 1991, n. 5014, cit.; Id., 10 ottobre 1997, n. 9849, cit.; Id., 1° settembre 1993, n. 9247, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 568 ss.; Id., 7 marzo 1996, n. 1818, in *Foro it. Rep.*, 1996, voce *Divisione*, n. 20.; Id., 25 marzo 2001, n. 7129, in *Giur. it. Mass.*, 2001; Id., 21 luglio 2003, n. 11328, *ivi*, 2003; Id., 30 luglio 2004, n. 14575, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8; Id., 28 settembre 2006, n. 21064, in *Foro it.*, 2007, I, 810; Id., 24 aprile 2008, n. 10746, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, n. 4, 635.

<sup>83</sup> Cass., 22 febbraio 2010, n. 4245, cit.

del giudice. Un impiego del ricorso straordinario in cassazione diverso da quello voluto dalla concezione classica della giurisprudenza.

Nella giurisprudenza più recente prende corpo una svolta, che, però, non si può considerare una piena adesione al principio della prevalenza della sostanza sulla forma: in una pronuncia del 2012<sup>84</sup> sono contenute affermazioni assai progressiste in ordine all'operatività del detto principio, con un'esaltazione del profilo della sostanza del provvedimento e uno sminuimento della forma che esso avrebbe dovuto assumere nella realtà.

Partendo dal precedente della II Sezione civile nel 1997<sup>85</sup>, le Sezioni unite hanno distinto dalle altre le ordinanze adottate nel corso del giudizio di divisione in presenza di una contestazione espressa e le hanno considerate appellabili, perché terrebbero luogo della sentenza che doveva seguire ad una regolare istruzione *ex art.* 187 ss.; a questa ipotesi è equiparabile quella in cui il giudice non abbia provveduto affatto sulle contestazioni formalizzate, commettendo egualmente un errore procedimentale, un'omissione di pronuncia. Invece, non viene individuata alcuna soluzione per le ipotesi in cui non ci sono state contestazioni, perché colui che avrebbe potuto muoverle non è stato messo nella condizione di esprimerle. In questi casi l'ordinanza, che dichiara esecutivo il progetto di divisione è parimenti frutto di un errore procedimentale.

<sup>84</sup> Si tratta di una sentenza che abbiamo considerato da altri punti di vista (vedi cap. V, § nota 200; cap. VI, § 1, nota 21) e che di nuovo verrà in considerazione per le molteplici sfaccettature delle argomentazioni della Corte: Cass., Sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16727, cit. Nello stesso senso Cass., 27 gennaio 2014, n. 1619, *Guida al diritto*, 2014, n. 17, 71; Id, 12 luglio 2016, n. 14223, in *IUS.processocivile*, 9 marzo 2017. Vedi anche l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, Cass., 22 giugno 2011, n. 13701, in *Foro it.*, 2011, I, 3020 ss., con nota di R. LOMBARDI, *Ancora sull'impugnazione dell'ordinanza di approvazione del progetto di divisione*. In ordine alla problematica dell'appello avverso l'ordinanza di cui all'art. 789, comma 3 vedi: M.R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1998, 268; M. CRISCUSOLO, *Il contenzioso in tema di scioglimento delle comunioni: tecniche di conduzione*, in *Archivio civile*, 2000, 945 ss., in particolare 953; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario*, cit., 230; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio*, cit., 260 s.; L. DI COLA, *L'oggetto del giudizio di divisione*, cit., 475 ss.; ID., *L'impugnazione dei provvedimenti emessi ne corso del giudizio di divisione*, cit.

<sup>85</sup> Cass. 4 aprile 1997, n. 2913, cit.

Il dubbio che anche in queste ipotesi il mezzo per impugnare il provvedimento sia l'appello è del tutto fugato se si ragiona sul fatto che le ordinanze messe nel corso del giudizio di divisione, qualunque sia la stabilità ad esse riconosciuta, sono un'alternativa alla prosecuzione del giudizio a cognizione piena sulla base del corretto funzionamento del meccanismo della non contestazione.

Diciamo che con il suo atteggiamento cauto la Corte sembra voler limitare l'applicazione nel principio in esame, adottandolo solo dove a suo parere lo scambio tra le due forme procedurali appaia più evidente. La sua esitazione sembrava fosse dovuta alla supposta mancanza di potere decisorio del giudice istruttore nei giudizi divisorii affidati al tribunale in composizione collegiale, a fronte della permanenza in capo allo stesso giudice della competenza a conoscere sia della fase a cognizione piena che della fase sommaria nei procedimenti possessori. Tuttavia, la timidezza della Cassazione è rimasta nell'applicazione di tale principio anche dopo che il giudizio di divisione è stato affidato al tribunale monocratico, che quindi emette tutti i provvedimenti.

In applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, prima della riforma operata dalla legge n. 80/2005 è stata considerata appellabile l'ordinanza possessoria "secca", ovvero quella che non conteneva la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito a cognizione piena, perché si è supposto che il procedimento con essa si chiudesse nel merito<sup>86</sup>.

Nel procedimento possessorio il principio della prevalenza della sostanza sulla forma è stato applicato dalla giurisprudenza a provvedimenti che per un errore del giudice mutano pelle, da provvisori a decisori, senza l'imbarazzo che si è avuto davanti ai provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione.

Interessante è la conversione che la Cassazione opera non solo di un provvedimento sulla base della sua sostanza, ma di un intero procedimento: nel momento in cui viene impugnata con reclamo l'ordinanza possessoria secca ed il tribunale in composizione collegiale non rigetta l'impugnazione ma la decide, la Cassazione qualifica come sentenza

<sup>86</sup> Cass., 28 ottobre 1994, n. 8896, cit.; Id., Sez. un., 24 febbraio 1998, n. 1984, cit.; Id., 5 settembre 1998, n. 8838, cit.; Id., Sez. un., 20 luglio 1999, n. 480, cit.; Id., 6 novembre 2006, n. 23619, cit.; Id., 19 giugno 2007, n.14281, cit.

l'ordinanza emessa al termine del procedimento di reclamo, di conseguenza anche quest'ultimo è riqualificato come appello<sup>87</sup>. La condizione perché questa operazione di "conversione" venga ritenuta possibile è che siano rispettati i termini di decadenza propri dell'appello ordinario<sup>88</sup>.

Il dato che deve essere rimarcato è che il provvedimento emesso dal tribunale in composizione collegiale al termine del reclamo viene identificato sostanzialmente come sentenza di secondo grado anche in mancanza di una vera e propria differenza di grado tra giudice *a quo* e giudice *ad quem*, essendo stato pronunciato il primo provvedimento dal pretore in un caso<sup>89</sup> e dal tribunale monocratico in un altro caso<sup>90</sup>, non dal giudice di pace.

Vanno segnalati dei casi in cui sembra non esserci una chiara linea della giurisprudenza in ordine all'applicazione dell'art. 111 Cost. piuttosto che del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Il primo caso<sup>91</sup> riguarda un provvedimento di condanna alle spese emesso al termine di un procedimento attivato a seguito del rifiuto del conservatore dei registri immobiliari di ricevere un atto.

Come previsto dall'art. 113 bis disp. att. c.c., un privato, in caso di rifiuto del conservatore, può avvalersi del procedimento *ex art. 745 c.p.c.*, e, ai sensi del secondo comma di detto articolo, ricorrere al presidente del tribunale nella cui circoscrizione esercita le sue funzioni il depositario dei registri immobiliari. La Corte qualifica come di volontaria giurisdizione il procedimento e specifica non ci sarebbe una contrapposizione di interessi: infatti, il presidente del tribunale si limiterebbe a sentire il conservatore; non vi sarebbe una parte vittoriosa o soccombente.

Pur non essendo il provvedimento conclusivo idoneo al giudicato,

<sup>87</sup> Cass., 4 febbraio 2000, n. 1254, cit.; Id., 12 novembre 2007, n. 23495, cit.

<sup>88</sup> S. CHIARLONI, *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica*, cit., 2243 è critico nei confronti di questa impostazione della giurisprudenza; infatti, a suo parere, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma dovrebbe essere seguito anche a favore della parte impugnate fuori termine, alla quale si dovrebbe riconoscere la corretta introduzione del giudizio di impugnazione ove l'atto introduttivo abbia i requisiti propri di quello suggerito dalla forma del provvedimento errato dal giudice.

<sup>89</sup> Cass., 4 febbraio 2000, n. 1254, cit.

<sup>90</sup> Cass., 12 novembre 2007, n. 23495, cit.

<sup>91</sup> Cass. 20 settembre 2015, n. 15131, in *Giustiziacivile.com*, 3 giugno 2016.

ove il giudice emetta una condanna alle spese sull'erroneo presupposto che vi sia contrapposizione di interessi, il relativo provvedimento o capo del provvedimento assumerebbe valenza decisoria e sarebbe ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Ora a prescindere dai dubbi che si possono avere sull'effettiva esistenza o meno di una contrapposizione di interessi<sup>92</sup>, quello che importa in questa sede è la coerenza che la Cassazione ha usato nell'individuare il mezzo di impugnazione. È pacifico che il capo sulle spese abbia carattere decisivo e laddove non sia altrimenti impugnabile contro di esso sia dato ricorso straordinario in cassazione: questa conclusione vale anche avverso i provvedimenti emessi al termine dei procedimenti in camera di consiglio, sempre che ci sia stata una contrapposizione di interessi; in mancanza di tale condizione il provvedimento sarebbe illegittimamente decisivo e impugnabile egualmente con ricorso straordinario in cassazione, per mancanza di altro mezzo idoneo previsto dalla legge<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> D. TURRONI, *I procedimenti camerali «senza diritti»*, cit., 118 ss., il quale dubita che possa parlarsi di un'effettiva assenza di una contrapposizione di interessi, rilevando la sussistenza di un conflitto tra l'amministrazione e il privato sul compimento di un atto amministrativo; il procedimento servirebbe a disciplinare le rispettive posizioni, con un provvedimento che stabilisca se l'atto richiesto dal privato vada compiuto o no.

<sup>93</sup> Vedi Cass., 23 febbraio 2012, n. 2757, in *Foro it.*, 2012, I, 3140, secondo la quale è legittima la condanna al pagamento delle spese processuali nei procedimenti camerali destinati a concludersi con decreto non direttamente incidente su posizioni di diritto soggettivo, specificando che «... Una siffatta condanna innegabilmente ha carattere decisivo, perché risolve il conflitto tra le parti in ordine al diritto soggettivo dell'una o dell'altra ad ottenere il rimborso delle spese sostenute nel procedimento, ed ha altresì carattere definitivo, giacché rientra nell'esclusiva competenza del giudice di quel procedimento e non sarebbe modificabile né revocabile neppure in un eventuale procedimento diverso. Per le medesime ragioni questa Corte, superando alcune precedenti incertezze, è oggi nettamente orientata a ritenere che il decreto con cui il giudice d'appello abbia deciso sul reclamo proposto avverso il provvedimento reso a norma dell'art. 2409 c.c., pur se non impugnabile nel merito con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., lo è invece per la parte in cui rechi condanna alle spese del procedimento...»; in questo stesso senso la precedente Cass., 23 gennaio 1996, n. 498, in *Foro it.*, 1996, I, 857 *contra* Cass. 16 dicembre 1983, n. 7424, la quale ha escluso l'applicabilità dell'art. 91 c.p.c. al procedimento di cui all'art. 2409 c.c., collocato all'intero della volontaria giurisdizione e ha concluso che le spese debbano sem-

Fin qui *nulla questio*. A destare perplessità è un'altra singolare pronuncia della Cassazione che ammette appello avverso l'ordinanza di convalida che non contenga la condanna alle spese. Il mancato riconoscimento del diritto al rimborso delle spese del giudizio di convalida si risolverebbe in un vizio di omissione di pronuncia che renderebbe l'ordinanza, in virtù del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, impugnabile con il rimedio dell'appello<sup>94</sup>. In questo caso abbiamo un uso distorto del principio sostanzialistico perché non è previsto alcun mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza emessa nella ricorrenza dei presupposti di legge. Il ragionamento dà fare sembrerebbe, piuttosto, essere il seguente: la contestazione del meccanismo proprio di tale procedimento decisorio sommario sembrerebbe non essere direttamente riferita alla condanna alle spese; se così fosse, questo capo condannatorio, che deve essere necessariamente esistente a favore dell'attore, sarebbe da considerare non passato in giudicato, ma ancora *sub iudice*. Nel silenzio del legislatore lo strumento per impugnarlo dovrebbe essere il ricorso in cassazione *ex art. 111*, comma 7 Cost. Sopra abbiamo già escluso questa soluzione, che sembrerebbe essere la più logica, ma solo perché da ritenersi incompatibile con le modalità di funzionamento dei procedimenti decisorii sommari "classici". Di nuovo si ribadisce, nella loro logica, il locatore che intraprenda il procedimento sommario per il rilascio dell'immobile affronta il rischio che il giudice non liquidi adeguatamente le spese; solo se la controparte fa appello/opposizione nei casi consentiti può anche lui far valere questo difetto del procedimento sommario decisorio.

Abbiamo un altro esempio di uso non corretto dei due principi, il principio dell'impugnabilità del provvedimento decisorio su diritti non

pre rimanere a carico del soggetto che le ha anticipate e che, nel proprio interesse, ha ritenuto di prospettare al giudice le proprie tesi. È preferibile ritenere che l'art. 91, essendo collocato nel primo libro del codice di procedura civile, sia una norma generale da applicare in ogni caso in cui un provvedimento risolva situazioni contrapposte e chiuda al contempo un procedimento. Per approfondimenti vedi: G. SCARSELLI, *Spese giudiziali civili*, Milano, 1998, 156 ss.

<sup>94</sup> Cass., 22 marzo 1999, n. 2675, in *Foro it.*, 1999, I, 3342 ss., con nota critica di R. TISCINI, *Appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto priva di pronuncia sulle spese e ruolo della Corte di cassazione*.

altrimenti impugnabile ed il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

La Cassazione ha qualificato come abnorme e impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione il provvedimento di condanna alle spese emesso al termine del procedimento per l'assunzione di una consulenza tecnica in via preventiva, perché solo nella fase di merito il giudice avrebbe a disposizione gli elementi di cui agli art. 91 e 92 c.p.c. per formulare scientemente tale giudizio<sup>95</sup>. Questa giurisprudenza appare in contrasto con altra giurisprudenza che, pur qualificando come abnorme/inesistente il provvedimento con il quale il giudice in sede cautelare anticipi una determinazione di merito, come può essere considerata la condanna alle spese, ammette contro di essa l'appello, a prescindere dalla forma assunta dal provvedimento<sup>96</sup>.

Il giudice che "travalichi" la fase cautelare, esorbita dall'ambito dello specifico procedimento ad esso assegnato, entrando in una fase, quella di merito, non sorretta dalla domanda introduttiva. Il suo provvedimento di natura decisoria è una conseguenza del suo errore procedimentale, una sorta di extrapetizione: perciò, coerentemente con quanto fin ora detto, si dovrebbe applicare il principio sostanzialistico.

In conclusione, mentre il principio sostanzialistico vuole rimediare ad un errore procedimentale; il ricorso straordinario in cassazione rappresenta un'estrema *ratio* al quale ricorrere quando non sia data altra, perché non prevista dalla legge.

##### *5. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e le pronunce sulla competenza: un nuovo uso del principio sostanzialistico*

Un ambito nel quale il principio sostanzialistico è stato molto utilizzato è quello delle pronunce sulla competenza, che fino al 2009 dovevano essere assunte con la forma di sentenza<sup>97</sup>. Nessun dubbio vi era

<sup>95</sup> Cass., 19 novembre 2004, n. 21888, cit.; Id., 30 settembre 2015, n. 19498, cit.

<sup>96</sup> Cass., 29 settembre 1999, n. 10784, cit.; Id., 7 febbraio 2022, n. 3810, cit.

<sup>97</sup> Cass., 24 settembre 1946, n. 1283, cit.; Id., 31 gennaio 1949, n. 151, cit.; Id., 4 febbraio 1949, n. 171, cit.; Id., 4 febbraio 1949, n. 171, cit.

sul fatto che se il giudice per errore avesse deciso con ordinanza anziché con sentenza, il provvedimento fosse impugnabile come una sentenza sulla competenza in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Un problema che affrontò la Cassazione negli anni '90<sup>98</sup> fu se davanti ad un'ordinanza del giudice monocratico, che a fronte di un'eccezione di incompetenza, avesse disposto i mezzi di prova, si potesse ritenere che egli avesse, anche implicitamente, deciso sulla questione di competenza; di conseguenza, se un provvedimento apparentemente solo ordinatorio potesse essere impugnato sotto tale profilo con regolamento di competenza.

In un primo momento la Cassazione fu netta: per avere una sentenza implicita sulla competenza, impugnabile con istanza di regolamento, si ritenne indispensabile un provvedimento che, oltre a comportare una decisione irretrattabile ed a provenire da un organo giudiziario dotato di potere decisorio, presupponesse l'affermazione o la negazione della competenza, mentre non avrebbe potuto configurarsi una implicita statuizione al riguardo nel caso di provvedimenti ordinatori, che pure non rispettassero "l'ortodossia" processuale, perché, ad esempio, il giudice monocratico aveva ommesso di provvedere immediatamente sull'eccezione di competenza<sup>99</sup>.

Ovviamente una decisione implicita si poteva supporre esistente su qualunque questione pregiudiziale o preliminare di rito o di merito, allorquando davanti ad un'eccezione di parte il giudice avesse dispo-

<sup>98</sup> Per la ricostruzione del quadro giurisprudenziale e dottrinale sull'argomento si rinvia a R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 102 ss.

<sup>99</sup> Cass., Sez. un., 8 gennaio 1992, n. 117. Ancor più rigorosa Cass., 2 aprile 1997, n. 2876, in *Foro it.*, 1999, I, 307 ss., con nota di I. RAIOLA, *Provvedimento ordinatorio e pronuncia implicita sulla questione di competenza*, in *Foro it.*, 1992, I, 3032 ss., con nota di L. IANNICELLI, *Ostracismo al regolamento di competenza avverso i cd. Provvedimenti decisori impliciti?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 772 ss., P. DELLA VEDOVA, *Provvedimenti ordinatori e pronuncia implicita sulla competenza*, sottolineava: «I provvedimenti di carattere ordinatorio, in quanto retrattabili o comunque inidonei a pregiudicare la decisione della causa, non hanno natura di sentenze implicite sulla competenza, per la cui configurabilità si richiede che il provvedimento (a prescindere dalla forma adottata) presupponga necessariamente l'affermazione o la negazione della propria competenza da parte del giudice che lo ha pronunciato, mentre è irrilevante che esso comporti sul punto un'inespressa opinione da parte dello stesso giudice».

sto la prosecuzione con ordinanza, senza una decisione esplicita sul punto.

La necessità di statuire quando sussistesse una decisione su un'altra questione pregiudiziale di rito, quella relativa alla giurisdizione, fu motivo di una pronuncia a Sezioni unite nel 2002<sup>100</sup> di carattere molto peculiare. Quest'ultima ha individuato un preciso indice procedurale della sussistenza di una decisione implicita sull'eccezione prospettata, quando il giudice si limiti a rinviare ad altra udienza, omettendo una pronuncia esplicita sul punto, ma semplicemente presupponendo la propria giurisdizione e/o competenza: se le parti, concordemente o su invio del giudice, hanno provveduto alla precisazione delle conclusioni, in virtù del combinato disposto degli art. 187, comma 3, 188 e 189, l'ordinanza avrebbe natura di sentenza non definitiva e sarebbe immediatamente impugnabile; in caso contrario, il giudice avrebbe espresso unicamente il convincimento che la causa non è matura per la decisione sulla questione a lui prospettata.

Questa soluzione non tiene conto degli eventuali errori procedurali del giudice, il quale potrebbe aver omesso gli adempimenti

<sup>100</sup> Cass., Sez. un., 10 dicembre 2002, n. 17549, in *Giur. it.*, 2003, 1113 ss., con nota di D. TURRONI, *Forma e sostanza dell'ordinanza che nega la decisione immediata sulle eccezioni (art. 187 c.p.c.)*. Nello stesso senso Cass., 24 febbraio 2005, n. 3816; Id., 13 luglio 2005, n. 14693, entrambe in *Giur. it.*, 2006, 1674 ss. con nota di P. BIORCI, *L'incidenza (?) della precisazione delle conclusioni sulla natura delle ordinanze contenenti statuizioni decisorie*; Id., Sez. un., 10 dicembre 2009, n. 25798, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, n. 12, 1676; Id., 13 agosto 2010, n. 18673, in *Foro it.*, 2010, I, 3347. Sempre in materia di pronunce sulla giurisdizione, viene considerata come un'affermazione del principio dell'apparenza la successiva Cass., Sez. un., 16 aprile 2007, n. 8949, in *Giust. civ.*, 2008, I, 197 ss.; in *Foro it.*, 2008, I, 197, secondo la quale al fine di accertare se nell'ambito della causa la giurisdizione sia stata definitivamente determinata e non possa più essere posta in discussione, ove il giudice abbia dichiarato la propria giurisdizione con ordinanza interlocutoria, l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile andrebbe comunque operata in base alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta, alla controversia e alla decisione, a prescindere dalla sua esattezza. Da notare che il risultato che si consegue avendo riguardo alla qualificazione data dal giudice coincide con quello che si avrebbe applicando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, perché il giudice ha sbagliato la forma, ma ha correttamente individuato la natura della questione a lui sottoposta.

preliminari, cosa che potrebbe accadere anche quando il giudice pronunci esplicitamente sulla questione pregiudiziali di rito<sup>101</sup>.

Anche quando con la riforma operata dalla l. n. 69/2009 la pronuncia sulla competenza ha assunto la forma di ordinanza, la Corte<sup>102</sup> non ha abbandonato queste sue posizioni, a favore della più semplice soluzione di considerare possibile l'impugnazione di una pronuncia implicita del giudice su un'eccezione di incompetenza, a prescindere dagli adempimenti preliminari alla rimessione in decisione<sup>103</sup>. Per cui, l'ordinanza non viene considerata decisoria sulla competenza, se non è preceduta dalla rimessione della causa in decisione e dal previo invito alle parti a precisare le rispettive integrali conclusioni anche di merito, proprio perché la riforma non avrebbe mutato il quadro normativo di riferimento del procedimento<sup>104</sup>. Pur quando il giudizio sia affidato ad

<sup>101</sup> Così P. BIORCI, *L'incidenza (?)*, cit., 1679.

<sup>102</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 2044, in *Giust. civ.*, 2015, 89 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *L'ordinanza «decisoria» sulla competenza ed il modo di giungervi*; in *Giur. it.*, 2015, 80 ss.; con nota di D. CASTAGNO, *Le possibili diverse sorti dell'ordinanza che si pronuncia sulla competenza*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, 545 ss., con nota di R. TISCINI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza in materia di competenza*. Nello stesso senso: Cass., 21 settembre 2016, n. 18535; Id., 2 ottobre 2016, n. 20608; Id., 7 giugno 2017, n. 14223; Id. 3 febbraio 2020, n. 2338.

<sup>103</sup> Parte della dottrina sembrava propensa a ritenere che la semplificazione nella forma del provvedimento avesse al contempo comportato anche una semplificazione dell'iter che porta alla pronuncia dello stesso, con l'omissione dello scambio di compare conclusionali, memorie di replica e dell'eventuale discussione orale. Questa impostazione sarebbe stata maggiormente concorde con il principio del giusto processo o meglio della ragionevole durata del procedimento. In questo senso: S. BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del codice di procedura civile*, in A.a.V.v., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 221 ss.; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo di cognizione, nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 259 ss., in particolare 262 s.; F. DANOVÌ, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1352 ss., in particolare 1350; M.A. LUPOI, *Le riforme in materia di competenza della legge n. 69/2009*, in *Giur. it.*, 2011, 213 ss., in particolare 216. In senso difforme: R. FRASCA, *Il regolamento di competenza*, Milano, 2012, 66 s.; M. BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1306 ss., in particolare 1310.

<sup>104</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 2044, cit., a sostegno della sua tesi specifica: «... quando il legislatore ha voluto attribuire al giudice il potere di decidere su

un giudice monocratico, tale adempimento lascerebbe ben distinte le funzioni decisorie dalle funzioni meramente ordinatorie del giudice, che in presenza della competenza del giudice collegiale sarebbero affidate a due organi differenti. Insomma, ad essere stata modificata sarebbe la forma del provvedimento, non il procedimento che porta alla sua pronuncia.

A fare eccezione a questa regola generale sarebbero due ipotesi: in primo luogo, quella in cui pur non essendoci stati gli adempimenti precedenti alla rimessione della causa in decisione, il giudice abbia declinato la competenza chiudendo il giudizio, perché in questo caso il giudice avrebbe messo un provvedimento inequivocabilmente decisorio<sup>105</sup>; in secondo luogo, quella in cui il giudice adito, senza seguire l'iter detto, abbia disposto la prosecuzione del giudizio davanti a sé dopo aver affermativamente deliberato il tema della competenza e abbia qualificato questa sua enunciazione come una decisione in materia di competenza; in relazione a questa seconda ipotesi la Corte aggiunge

questioni processuali idonee a definire il giudizio senza passare per una previa precisazione delle conclusioni, lo ha previsto espressamente, come nel caso dell'ordinanza di estinzione del processo *ex art. 307 c.p.c.*, comma 4, ovvero nell'ipotesi del rilievo dell'errore nella scelta del rito di cui agli artt. 426 e 427 c.p.c., che può chiudere il processo innanzi al magistrato che lo ha rilevato o innanzi al quale è stato eccepito». Cass., 9 ottobre 2020, n. 21849 ha affermato analoghi principi nell'ambito del processo del lavoro, ove non è prevista un'udienza di precisazione delle conclusioni e ogni udienza è destinata alla discussione orale e alla conseguente pronuncia della sentenza mediante lettura del dispositivo; per cui al fine di conferire natura decisoria ai provvedimenti sulla competenza, in funzione della relativa impugnazione mediante lo strumento di cui all'art. 42 c.p.c., sarebbe sufficiente che il giudice abbia preventivamente invitato le parti alla discussione *ex art. 420*, comma 4, c.p.c.

Vedi, in senso analogo, in materia di giurisdizione Cass., Sez. un., 24 gennaio 2020, n. 1605, secondo la quale, dato che la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione è preclusa nell'ipotesi in cui il giudice abbia emesso un provvedimento non modificabile o revocabile in tema di giurisdizione, tale preclusione non opera allorché egli abbia statuito sulla giurisdizione "allo stato degli atti" con l'ordinanza contenente il rinvio per la precisazione delle conclusioni, la quale non concreta una deliberazione sulla giurisdizione insuscettibile di ripensamento.

<sup>105</sup> In questo senso anche Cass., 9 luglio 2015, n. 14369, in *Foto it.*, 2015, I, 3876, con nota di G. NICCOLINI.

che la deroga alla regola generale sarebbe in ossequio al principio dell'apparenza<sup>106</sup>.

Lasciando momentaneamente da parte il principio dell'apparenza, è interessante notare l'evoluzione nell'uso del principio sostanzialistico in due sensi. Da un lato, si pone un "freno" allo stesso in ipotesi limite, le pronunce implicite, facendo riferimento ad un indice esterno al provvedimento, le modalità di svolgimento dell'iter che porta alla sua adozione. Dall'altro, viene impiegato non per superare problemi di difformità tra forma e sostanza, ma per identificare la sostanza del provvedimento, data la pluralità di usi diversi della medesima forma di provvedimento, l'ordinanza, nell'ambito dello stesso procedimento.

In verità a fronte di un'eccezione di incompetenza esplicita, anche se il giudice non ha provveduto agli adempimenti processuali che precedono la rimessione della causa in decisione, è difficile pensare che prima di disporre la prosecuzione del procedimento egli non abbia implicitamente deciso sulla competenza o su qualunque altra questione pregiudiziale o preliminare di per sé idonea a definire il giudizio, ritendo non fondata la relativa eccezione. Al massimo, si potranno denunciare in sede di impugnazione le violazioni di carattere procedurale, ma è indubbio che, date le peculiarità del regolamento necessario di competenza, si dovrà configurare uno specifico motivo per ritenere viziata la pronuncia del giudice.

La giurisprudenza di Cassazione ha generalmente ritenuto applicabile il principio sostanzialistico, oltre al caso di mero scambio di forme di provvedimenti, anche quando il giudice ha errato nella decisione di una questione di competenza facendola passare per altra questione pregiudiziale, ad esempio una questione di giurisdizione, a prescindere dalla qualificazione data dal giudice *a quo*<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> Critica su tale richiamo R. TISCINI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza in materia di competenza*, cit., 550 s., la quale sottolinea come non si tratti di un caso di difformità di forma e sostanza del provvedimento. L'autrice mette in rilievo come la concessione alla qualificazione del giudice che abbia compiuto le omissioni procedurali rischi di favorire la prassi dell'immediato passaggio alla decisione senza i previ adempimenti prescritti dagli artt. 187, 188 e 189.

<sup>107</sup> Cass., Sez. un., 19 marzo 2009, n. 6597, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 479, ha considerato appellabile non impugnabile mediante regolamento necessario di competenza il provvedimento mediante il quale il giudice ordinario ha declinato la propria

## 6. Un'applicazione distorta del principio della prevalenza della sostanza sulla forma

Per completare la trattazione su questa prima teoria, va segnalato un caso in cui dubbia appare la corretta applicazione del principio che si sta esponendo.

Si tratta di una pronuncia della Sezione lavoro della Cassazione<sup>108</sup>.

La Corte ha compiuto un'opera assai creativa sull'ormai abrogato rito "Fornero" statuendo che: «Nei procedimenti soggetti al rito *ex art. 1, comma 48, della l. n. 92 del 2012*, qualora il giudice, attraverso l'unificazione delle due fasi del giudizio di primo grado, a conclusione di un'istruttoria a cognizione piena, sia pervenuto, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, ad una pronuncia avente contenuto decisorio, il corretto rimedio impugnatorio non va più individuato nell'opposizione dinanzi allo stesso giudice che l'ha emessa, ma nel gravame innanzi alla corte d'appello, in linea con la *ratio* della riforma, volta alla riduzione dei tempi delle decisioni sulla legittimità dei licenziamenti, nonché con il principio generale della prevalenza della sostanza sulla forma ai fini della identificazione del mezzo di impugnazione esperibile».

Il rito "Fornero" disciplinato dall'art. 1, commi 47- 69 della l. 28 giugno 2012, n. 92 era da ritenersi obbligatorio per l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 mag-

competenza a favore del giudice straniero; Id., 10 settembre 2014, n.19004, in *Riv. int. priv. proc.*, 2015, 642 ss. in queste ipotesi R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 546 ss. sottolinea che l'errore di forma è un riflesso dell'errata qualificazione da parte del giudice del contenuto del provvedimento.

<sup>108</sup> Cass., 31 marzo 2017, n. 8467, sulla quale vedi R. TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, cit., 470 ss. In senso differente tuttavia la precedente Cass., 30 settembre 2016, n. 19552, secondo la quale nel rito Fornero, il giudizio di primo grado sarebbe stato unico, a composizione bifasica, con una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore, ed una seconda fase a cognizione piena che della precedente costituiva una prosecuzione; sicché l'unico rimedio esperibile avverso il provvedimento conclusivo della fase sommaria, anche quando in mero rito, sarebbe stato il ricorso in opposizione previsto dall'art. 1, comma 51, della l. n. 92 del 2012, e non il reclamo che, ove proposto, andava dichiarato inammissibile. In questo stesso senso più di recente: Cass., 3 febbraio 2020, n. 2364; Id., 26 aprile 2022, n. 13057.

gio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando dovevano essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro (comma 47), nonché secondo la determinazione alla quale era giunta anche la giurisprudenza, qualora il datore di lavoro agisse in via preventiva per far accertare la legittimità del licenziamento<sup>109</sup>.

Il problema che ha affrontato la Sezione lavoro nella richiamata pronuncia era quello del coordinamento delle due fasi in cui si articolava il primo grado di giudizio di tale rito speciale. Entrambe erano piuttosto deformalizzate, seppur la prima in teoria dovesse essere la fase a cognizione sommaria di un procedimento ispirato al meccanismo dei procedimenti decisorii sommari, la seconda la fase a cognizione piena introdotta dall'opposizione della parte interessata.

Entrambe le fasi del procedimento a causa della lacunosa disciplina normativa sono state oggetto di un intenso lavoro di integrazione e interpretazione da parte di dottrina e giurisprudenza<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> Così, M. DE CRISTOFATO, G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *Judicium*, 2012, 12 s.; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e profili applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 351 ss., in particolare 354 ss.; F.P. LUISO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, *ibidem*, 123 ss., in particolare 132; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92: note brevi al nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2013, 339 ss., in particolare 347; D. DALFINO, *Obbligatorietà del rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2014, 396 ss.; L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014; G. RUFFINI, *Il «rito Fornero» alle Sezioni unite*, *ibidem*, 755 ss., 104 ss.; P. LAI, *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2018, 679 ss. Lo ritenevano alternativo al rito del lavoro: C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 729 ss., in particolare 735 s.; G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 299 ss. in particolare 301. Sull'obbligatorietà del rito per il lavoratore che intendesse impugnare il licenziamento: Cass., 11 novembre 2015, n. 23073; Id., 8 settembre 2016, n. 17775; Id., 28 novembre 2016, n. 24120; Id., 7 novembre 2017, n. 26309 infine, Cass., 23 novembre 2018, n. 30433.

<sup>110</sup> Per un quadro completo delle problematiche connesse a tale procedimento, oltre alla dottrina citata alla nota precedente vedi: D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 759 ss.; ID., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav. prev. sociale*, 2013, 153 ss.; ID., *L'impugnativa del licenziamento secondo*

È stato sottolineato come la sommarietà del rito consistesse nel fatto che fosse lasciata al giudice la determinazione delle forme e di alcuni termini attraverso il quale si snodava il giudizio<sup>111</sup>: questo non solo

*il c.d. "rito Fornero": questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, 6 ss.; R. DONZELLI, *Le nuove «tutele» del lavoro (dall'accertamento tecnico preventivo in materia di invalidità pensionabile al procedimento per la dichiarazione d'illegittimità del licenziamento)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 289 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona (cur.), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 75 ss.

<sup>111</sup> I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 343.

Proto Pisani (A. PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V, 17 ss.; ID., *Appunti sul valore della cognizione piena*, *ibidem*, 65 ss.) ha riassunto i tratti salienti della tecnica del processo a cognizione piena, caratterizzata dalla: predeterminazione legale delle forme e dei termini nonché dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà delle parti e del giudice in riferimento all'allegazione in punto di domande, eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento; tipicità dei mezzi di prova; predeterminazione delle formalità di formazione fuori dal processo delle prove precostituite e delle modalità di assunzione delle prove costituende entro il processo e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere acquisite; predeterminazione dei termini a difesa delle parti nella fase introduttiva, nel corso dell'istruttoria e nella fase decisoria del giudizio; dalla realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata, per cui il provvedimento del giudice può essere emanato solo se viene garantita a ciascuna delle parti la possibilità di far valere tutte le proprie difese. Questi caratteri del processo civile consentirebbero di culminare nel giudicato. L'autore (*L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., 17 ss.) distingue vari tipi di deviazione dalla cognizione piena: abbiamo il modello del ricorso per decreto ingiuntivo, in cui la deviazione rispetto al modello del processo ordinario si avrebbe nel momento dell'instaurazione del contraddittorio, che anziché avvenire in via anticipata, avviene in un momento successivo all'emanazione del provvedimento richiesto, sempre però sulla base di un meccanismo predeterminato dal legislatore; il procedimento su modello del ricorso per convalida di licenza o sfratto, in cui l'instaurazione del contraddittorio avviene preventivamente, ma con modalità differenti rispetto a quelle previste dal libro II del codice di procedura civile, ipotesi nella quale l'autore ritiene che non si debba parlare di cognizione sommaria, trovandosi piuttosto ad operare una particolare regola relativa alla non contestazione, che la renderebbe equivalente ad una *facta confessio*; infine, si potrebbe avere una deviazione dal modello ordinario nel momento di instaurazione del contraddittorio sia determinata non dalla legge, ma rimesso alla discrezionalità del giudice.

Ricordando la classica distinzione tra processo ordinario e procedimenti sommari, R. CAPONI, *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, in *Judi-*

nella fase sommaria ma anche in quella che doveva essere la fase a cognizione piena.

La fase sommaria era introdotta con ricorso, in maniera non dissimile da altri procedimenti speciali, non necessariamente sommari (comma 48).

Le modalità di svolgimento del procedimento erano descritte dal comma 49. A segnare il carattere sommario del procedimento erano i suoi tre cardini: si invitava il giudice ad omettere «ogni formalità non essenziale al contraddittorio»; a procedere «nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 c.p.c.»; a provvedere «con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda».

È stata esclusa la natura cautelare di questa prima fase mettendo in luce ora come non fosse previsto dalla normativa uno specifico *periculum in mora*<sup>112</sup>,

*cum*, 2012, 3 ss., riflette sulla sua non attualità alla luce della necessità di una tutela più rapida e della complessiva evoluzione dei modelli processuali europei. Ne emergerebbe un'ampia nozione di «procedimento speciale», che sotto il profilo strutturale inquadrerebbe i procedimenti che hanno una disciplina diversa da quella del processo ordinario di cognizione tra parti attive in giudizio; sotto il profilo funzionale, essi sarebbero accumulati dal fatto di essere rivolti ad assicurare una tutela giurisdizionale dei diritti accelerata e processualmente più economica del corso normale del rito ordinario. Considerando gli altri modelli di procedimenti negli altri ordinamenti europei, l'autore riflette sul dato che notevoli sono le diversità strutturali tra quelli che vengono considerati processi ordinari (soprattutto quanto alla disciplina delle modalità di realizzazione del contraddittorio), mentre maggiori sono le somiglianze fra le esigenze perseguite dai procedimenti che nei vari ordinamenti sono qualificati come sommari. Da questo presupposto ne trae la conseguenza che sarebbe preferibile definire i processi a cognizione piena muovendo dalla finalità dei procedimenti sommari, e non viceversa. In conclusione, a sua opinione, il rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento prefigurato dalla riforma del mercato del lavoro sarebbe stato in effetti un processo a cognizione piena ed esauriente, nonostante la disciplina della fase istruttoria fosse affidata alle determinazioni discrezionali del giudice, poiché nella sua destinazione prevaleva la funzione di accertare definitivamente la parte che ha ragione, rispetto alle funzioni che sono tradizionalmente proprie dei procedimenti sommari.

<sup>112</sup> D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento*, cit., 778 ss.; F.P. LUISO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, cit., 57. La Cassazione (Cass., 21 novembre 2017, n. 27655) individuava lo scopo della fase sommaria nella necessità di assicurare una rapida tutela al lavoratore, senza che fosse necessario dimostrare uno specifico *periculum*: l'urgenza sarebbe nella natura stessa della situazione giuridica sostanziale che si andava a tutelare.

ora come fosse proprio l'obbligatorietà del rito ad escluderne il carattere cautelare<sup>113</sup>.

Piuttosto, il pensiero della dottrina è andato al procedimento di repressione della condotta antisindacale con vari distinguo.

Una prima differenza di un certo rilievo concerne l'istruzione probatoria: l'istruttoria nel procedimento di cui all'art 1, comma 49 l. n. 92/2012 era semplificata nell'assunzione dei mezzi di prova, ma non deformalizzata come quella prevista dall'art. 28, comma 1 dello Statuto dei lavoratori<sup>114</sup>. Stando alla lettera del comma 49, il giudice avrebbe potuto far uso anche dei poteri istruttori officiosi che gli vengono riconosciuti nel processo del lavoro dall'art. 421. Stabilire fino a che punto il giudice potesse o dovesse spingersi nell'istruzione probatoria era arduo; poteva concludersi certo che il convincimento a lui richiesto fosse analogo a quello proprio della sede cautelare, ma fino a quando tale stadio non fosse stato raggiunto, non si poteva impedire al giudice di andare avanti nell'istruzione<sup>115</sup>.

La seconda rilevante differenza tra i due procedimenti presi in considerazione è che dopo l'assunzione del provvedimento in via sommaria, a seguito di opposizione, ai sensi dell'art. 28, comma 2 viene introdotto il processo del lavoro disciplinato dagli artt. 413 ss.; ai sensi dell'art. 1, commi 51 ss. veniva introdotto un rito anch'esso in alcuni passaggi atipico e tendente alla semplificazione<sup>116</sup>.

In terzo luogo, non va trascurato il fatto che il decreto di cui all'art. 28, comma 1 ha ad oggetto un'intimazione, precisamente la cessazione

<sup>113</sup> P. LAI, *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero*, cit., 686 ss.

<sup>114</sup> P. LAI, *op. cit.*, 689 ss.

<sup>115</sup> L. DITTRICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 112, identificava il concetto di prova «indispensabile» sotto un profilo logico con quello di prova «rilevante», spiegando che la prova dovrebbe essere ammessa solo quando fosse idonea a svolgere un effetto causale sul *thema decidendum*, senza che fosse possibile definire *ex ante* l'intensità di tale connessione causale ai fini dell'ammissibilità della prova stessa; M. CIRULLI, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2018, 443 ss., in particolare 451, per individuare la differenza tra le due fasi del giudizio, concludeva che quella della prima fase avrebbe dovuto essere una *semiplena cognitio* limitata ai fatti principali, mentre nella seconda fase avrebbero dovuto essere presi in considerazione anche i fatti secondari.

<sup>116</sup> F.P. LUISO, *op. cit.*, 124.

del comportamento illegittimo e la rimozione dei suoi effetti, il provvedimento di cui all'art. 1, comma 49 l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento<sup>117</sup>.

La giurisprudenza di Cassazione<sup>118</sup> e la maggior parte della dottrina hanno concluso per l'idoneità al giudicato del provvedimento non opposto<sup>119</sup>, seppur l'ordinanza non opposta fosse dichiarata dalla legge solo «immediatamente esecutiva».

Questa conclusione è logica se si riporta il procedimento entro l'alveo dei procedimenti decisorii sommari: il giudicato sarebbe stato sorretto dalla cognizione sommaria unita alla rinuncia della parte soccombente alla prosecuzione del procedimento con una cognizione che, seppur non corrispondente al prototipo del modello di processo ordinario, consentiva di arrivare ad una conoscenza più approfondita della situazione giuridica sostanziale. D'altronde non sarebbe stato immaginabile che l'ordinanza non opposta, avendo ad oggetto l'accertamento della legittimità del licenziamento, non potesse essere idonea al giudicato: paradossalmente si sarebbe avuto un accertamento "provvisorio" che avrebbe potuto essere rimesso in discussione solo avviando un procedimento parimenti sommario; allora, l'unica alternativa percorribile sarebbe stata quella di introdurre la fase a cognizione piena al solo scopo di ottenere un accertamento idoneo al giudicato.

Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto poteva essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414

<sup>117</sup> L. DITTRICH, *op. cit.*, 108.

<sup>118</sup> Così, *ex multis*, Cass., 6 settembre 2018, n. 21720.

<sup>119</sup> Dal momento che per lo più gli autori citati nelle note precedenti hanno aderito all'idea alla base dei procedimenti decisorii sommari, ovvero che a seguito della non opposizione si formi giudicato, citeremo quelli che a tale determinazione non sono arrivati: G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 311 secondo il quale optare per l'efficacia di giudicato o di *preclusione pro iudicato* dipende dal valore attribuito alla mancata opposizione: come accettazione della correttezza degli accertamenti compiuti dal giudice, tale da colmare il deficit istruttorio; ovvero come rassegnazione al dispositivo. La prima concezione comporterebbe l'attribuzione del valore di giudicato al provvedimento non opposto; la seconda di mera *preclusione pro iudicato*. L'autore afferma di optare per la seconda soluzione, in virtù della scarsa simpatia per i procedimenti speciali a rito sommario. Analogamente M. CIRULLI, *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, cit., 445 s.

del c.p.c., da depositare innanzi al tribunale che aveva emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore (comma 51).

La seconda fase veniva introdotta parimenti da un ricorso, con un meccanismo introduttivo modellato sulla falsa riga del processo del lavoro. Essa era caratterizzata da alcuni tocchi che rendevano il suo svolgimento deformalizzato: così anche in questa seconda fase si richiedeva al giudice di omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio e si specificava che il giudice procedeva nel modo che ritenesse più opportuno «agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 del c.p.c.» (comma 57). La sentenza completa di motivazione veniva pronunciata in un breve lasso di tempo (doveva essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione); contro di essa era ammesso reclamo davanti alla corte d'appello, in un termine più breve di quello ordinario, trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. Anche nel giudizio di reclamo si ripetevano formule che facevano pensare ad un giudizio dalla struttura semplice (commi 56-60). Contro la sentenza d'appello era dato ricorso in cassazione, con l'unica variante del termine decadenziale di 60 giorni dalla comunicazione ovvero dalla notificazione se anteriore (comma 62)<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> Molto si è discusso in dottrina intorno al rapporto tra le due fasi del procedimento ovvero se con l'opposizione si proseguisse o si impugnasse l'ordinanza sommariamente assunta: nel primo senso R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnazione dei licenziamenti*, cit., 150 s.; R. DONZELLI, *Le nuove «tutele» del lavoro*, cit., 329; V. PETRELLA, *La fase di opposizione nel cd. «rito Fornero» e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 298 ss. in particolare 308; P. LAI, *op. cit.*, 701 ss.; nel secondo senso più di recente M. CIRULLI, *op. cit.*, 454 ss., il quale parlava di funzione impugnatoria dell'opposizione, senza, però, che nella seconda fase fossero precluse domande nuove. Vero è che qualunque opposizione in presenza di un provvedimento presuppone un interesse ad agire o proseguire il procedimento, quindi, l'insoddisfazione di colui che la propone; ciò senza che si debba pensare alla formulazione di specifici motivi di impugnazione al pari che negli atti introduttivi di impugnazione formale: è consigliabile indicare gli elementi che dovrebbero portare il giudice ad una differente determinazione sul punto specifico oggetto del primo provvedimento, che c'è e va superato. Perciò, si è concordi con la dottrina che riconosceva in questo caso natura latamente impugnatoria all'atto di opposizione, così: D. DALFINO, *Il nuovo procedimento*, cit., 789 ss.; M. DE CRISTO-

Insomma, vista la libertà di movimento che veniva lasciata al giudice nelle due fasi del procedimento, non era da escludere che già nella prima fase potesse essere raggiunta una cognizione piena, soprattutto se la controversia si rivelava non complessa. È stato denunciato in dottrina il rischio della duplicazione della prima fase nella seconda fase del procedimento.

Come rimedio avverso questo spreco di attività processuale è stato proposto di riconoscere non l'opposizione, ma reclamo avverso l'ordinanza che fosse stata emessa al termine di una fase svoltasi nella sostanza con le modalità della cognizione, anche se formalmente si trattava della prima fase, quella sommaria del procedimento: infatti, al provvedimento conclusivo di tale fase, per le modalità con le quali era stato assunto, si sarebbe dovuto riconoscere natura di sentenza non di ordinanza e, perciò, in applicazione del principio sostanzialistico andava individuato il suo mezzo di impugnazione<sup>121</sup>.

Questo uso del principio della prevalenza della sostanza sulla forma ha ricevuto diverse critiche in dottrina<sup>122</sup>, che pur ha apprezzato

FARO, G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti*, cit., 18.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha attribuito natura prosecutoria alla seconda fase, così Cass., 24 agosto 2018, n. 21156; Id., novembre 2018, n. 30443. In questo stesso senso è sembrata orientata la Corte costituzionale che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51, l. 28 giugno 2012, n. 92 e dell'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c., sollevata con riferimento agli art. 3, comma 1, 24 e 111 Cost., nella parte in cui dette norme non prevedevano l'obbligo di astensione per il giudice (persona fisica) investito dell'opposizione all'ordinanza da egli stesso pronunciata all'esito della prima fase del rito Fornero, così Corte cost., 13 maggio 2015, n. 78, in *Riv. it. dir. lav.*, 704 ss., con nota di F. COLELLA, *Corte costituzionale e rito Fornero: un punto fermo e qualche spunto* e di D. DALFINO, *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*.

<sup>121</sup> La Cassazione ha in buona sostanza recepito la tesi di R. TISCINI, *Il procedimento di impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale*, cit., 185 ss., la quale ha precisato che rendere chiara la natura dell'ordinanza ai fini della scelta del mezzo di critica, opposizione o reclamo, spettava al giudice adito in fase sommaria, che avrebbe dovuto fornire alla parte gli elementi idonei a far intuire se il provvedimento emesso in forma di ordinanza fosse anche sostanzialmente tale ovvero si trattasse di un'ordinanza con sostanza di sentenza. Aggiunge l'autrice che, con soluzione dogmaticamente non condivisibile ma praticamente opportuna, nelle situazioni dubbie il suggerimento sarebbe stato di instaurare entrambi i giudizi.

<sup>122</sup> L. DITTICH, *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, cit., 119,

l'intento di chi l'ha elaborato. Alla fine, questa tesi è stata accolta dalla sentenza della Sezione lavoro dalla quale si è partiti.

È indubbiamente pregevole il tentativo di razionalizzare un procedimento mal nato, ma non si tratta dell'applicazione propria del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, pensato per porre rimedio agli errori procedurali del giudice, non alla sciattezza del legislatore.

Nel caso preso in esame il giudice non ha privato le parti di garanzie procedurali: aver svolto una cognizione approfondita, può essere considerato una garanzia superflua, ma non è contraria al dettato legislativo, non lede il principio del contraddittorio, né alcun altro principio alla base del processo civile. Il giudice non ha fatto quanto la legge non gli consenta, non ha modificato con il suo operato la natura del provvedimento formalmente emesso.

Questa interpretazione certo era animata dall'intenzione di favorire la ragionevole durata di un procedimento inutilmente barocco, sorprendentemente successivo all'entrata in vigore del procedimento sommario di cognizione, strutturato in ben altro modo, seppur ispirato al meccanismo proprio dei procedimenti decisorii sommari. Tuttavia, un uso non corretto del principio della prevalenza della sostanza sulla forma poteva essere foriero di incertezza e aggravare gli incombenti di

ha rilevato che si trattava di una interpretazione animata dai migliori intendimenti, ma impraticabile essenzialmente per due ragioni: perché la qualificazione formale impressa al provvedimento dal giudice *a quo* non avrebbe vincolato il giudice *ad quem*, tenuto a svolgere una analisi autonoma e oggettiva del provvedimento impugnato; perché il rischio che la parte soccombente avrebbe corso nel proporre l'appello in luogo dell'opposizione, sarebbe stato scongiurabile solo al caro prezzo di proporre entrambi i rimedi contemporaneamente.

Proposte alternative per porre rimedio al pericolo di duplicazione sono state avanzate da: G. RUFFINI, *Il «rito Fornero» alle Sezioni unite*, cit., 761, secondo il quale le parti si sarebbero potute accordare per saltare la fase sommaria del procedimento, così manifestando preventivamente la loro indisponibilità a prestare acquiescenza all'ordinanza conclusiva della stessa; P. LAI, *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero*, cit., 707 ss. per cui il rapporto tra le due fasi avrebbe potuto essere impostato nel senso di consentire il passaggio dalla cognizione sommaria alla cognizione piena come era previsto nell'abrogato processo sommario di cognizione, riconoscendo al giudice il potere di convertire il procedimento.

chi si apprestava a proseguire con opposizione piuttosto che con impugnazione il procedimento.

### 7. *La teoria dell'apparenza*

La seconda teoria ha un'elaborazione relativamente più recente alla prima.

Sotto la vigenza del codice del 1865, D'Onofrio<sup>123</sup> aveva manifestato preferenza per criterio della forma nella scelta del mezzo di impugnazione di un provvedimento. Quando è entrato in vigore il codice attuale l'autore<sup>124</sup> ha mostrato di subire l'influenza della teoria del *Meistbegünstigung* che nel frattempo si stava sviluppando in Germania.

Se in linea di principio egli ha affermato che si debba lasciare la parte impugnare secondo la forma ovvero secondo la sostanza, come più ad essa conviene, nel dettaglio dava una serie di direttive non sempre coerenti: l'ordinanza del giudice istruttore, pur con contenuto decisorio, sarebbe contestabile come tale, non essendo previsto l'appello contro di essa; le ordinanze dei giudici monocratici a carattere decisorio, al contrario, sarebbero indifferentemente revocabili o impugnabili come pure le sentenze con contenuto istruttorio. L'incongruenza è evidente: anche avverso le ordinanze istruttorie del giudice monocratico non era e non è parimenti previsto appello, né alcun altro mezzo di impugnazione, per cui non si vede perché debba essere differenziato il loro trattamento rispetto all'ordinanza del giudice istruttore sulla base di tale criterio. Il problema è, piuttosto, quello del riconoscimento in capo a quest'ultimo giudice di potere decisorio.

Fu con proprio con la Novella del '50 che tale teoria ricevette nuovo impulso<sup>125</sup>. Due disposizioni hanno assunto rilevanza a tal fine: l'art. 178, che introdusse uno specifico mezzo di impugnazione per le ordinanze del giudice istruttore relative ai mezzi di prova, e l'art. 279, in particolare nel suo quarto comma. Soprattutto quest'ultima norma fu espressione della volontà legislativa di porre un freno al principio so-

<sup>123</sup> P. D'ONOFRIO, voce *Gravami (diritto processuale civile)*, cit., 489 s.

<sup>124</sup> P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. I, 542 ss.

<sup>125</sup> Abbiamo ampiamente parlato di questa riforma nel cap. IV, § 4.

stanzialistico con riferimento alle ordinanze decisorie del collegio, perché la giurisprudenza dell'epoca già dubitava della possibilità di impugnare le ordinanze con l'eventuale contenuto di sentenza emessa dall'organo che potere decisorio non aveva, ovvero il giudice istruttore.

Buona parte della dottrina dell'epoca si è concentrata sulle ordinanze del collegio che contengono disposizioni sul merito accanto a quelle istruttorie in caso di prosecuzione del giudizio, concludendo per lo più come il legislatore con l'art. 278, comma 4 abbia voluto prevedere un'eccezione alla regola generale. Jannuzzi<sup>126</sup>, invece, ha interpretato la norma come preclusione all'appello delle ordinanze collegiali, qualunque sia il loro contenuto, di sentenze non definitive o definitive; inoltre, ha ritenuto che tale disposizione possa fondare anche l'opposto precetto per cui le sentenze, pur di contenuto decisorio, possano essere esclusivamente appellate, non revocate.

Un altro autore sembra aderire in maniera incerta a tale teoria, più che altro come riflesso per gli inconvenienti della teoria sostanzialistica.

Giudiceandrea in una sua prima opera<sup>127</sup> ha rilevato come il principio sostanzialistico possa creare non pochi inconvenienti. Egli parte dalla considerazione che il carattere provvisorio delle ordinanze non potrebbe mai renderle delle sentenze, come pure all'inverso il carattere definitivo delle sentenze non le renderebbe mai delle ordinanze. L'unica concessione potrebbe essere sul *nomen iuris* del provvedimento: così, sarebbe sentenza un provvedimento collegiale denominato ordinanza ma in verità sottoscritto da tutti i membri del collegio. Inoltre, non rientrerebbero in questo fenomeno le ordinanze con contenuto decisorio per volontà del legislatore.

Al pari di Provinciali, anche lui sottolinea come ingannati dalla forma, si potrebbe rischiare di lasciar decorrere invano il termine per impugnare.

A queste disfunzioni avrebbe ovviato il nuovo testo dell'art. 279,

<sup>126</sup> A. JANNUZZI, *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, cit., 256 ss.; ID., *Sul concetto di «sentenza» nella Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 274 ss.

<sup>127</sup> N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, cit., vol. I, 42 e 136 ss.

secondo il quale i provvedimenti che hanno forma di ordinanza non possono mai pregiudicare la decisione della causa: in altre parole, la norma avrebbe sancito che i provvedimenti emessi in forma di ordinanza siano da considerarsi in ogni caso ordinanza, ad ogni effetto e, all'inverso, i provvedimenti aventi forma di sentenza siano da considerarsi sentenze, ad ogni effetto. L'autore trova in questa disposizione normativa un appiglio al principio opposto a quello prevalente nella giurisprudenza dell'epoca.

Non che questo opposto principio, a suo parere, non crei inconvenienti: così, un'ordinanza con contenuto decisorio non potrebbe fondare un'esecuzione forzata e eventualmente ove si procedesse sulla base della stessa si potrebbe contro di essa ricorrere all'opposizione all'esecuzione; se un simile provvedimento chiudesse un giudizio, si dovrebbe ricorrere all'applicazione dell'art. 289, comma 1 c.p.c., per proseguirlo; una sentenza con contenuto istruttorio dovrebbe essere impugnata, non potrebbe essere revocata, con un uso sproporzionato di tale mezzo di impugnazione<sup>128</sup>.

Fatte queste considerazioni, l'autore conclude come appaia evidente che la semplificazione si risolve in una complicazione, non solo teorica, ma anche pratica e sarebbe stato più opportuno evitare ogni tentativo di incidere sul principio della prevalenza della sostanza sulla forma. A suo parere, piuttosto, il legislatore avrebbe dovuto avere cura di stabilire una norma che evitasse espressamente la decorrenza dei termini a carico della parte, la quale, ingannata dalle apparenze, provvedesse in relazione con la forma del provvedimento e non in relazione con la sua vera sostanza.

In un successivo scritto sul procedimento per convalida di sfratto<sup>129</sup> il giurista ha parzialmente cambiato la sua posizione, rafforzando

<sup>128</sup> Vedi anche: N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, cit., vol. II, 52 s., ove l'autore osservava che un provvedimento avente forma di ordinanza, con il quale il giudice avesse chiuso il giudizio per ragioni di incompetenza, sarebbe stato indubbiamente una sentenza, ma che, invece, in virtù dell'art. 279 dovesse ritenersi che fosse unicamente ordinanza; né potesse ritenersi sentenza e ordinanza insieme un provvedimento avente forma di ordinanza che al contempo dichiarasse la competenza e disponesse le prove; ID., voce *Le impugnazioni (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1962, vol. VIII, 385 ss., in particolare 390 s.

<sup>129</sup> N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 248 ss. Vedi

la sua propensione verso il principio sostanzialistico. In quest'opera egli ha argomentato che in linea di principio il provvedimento dovrebbe essere considerato per la sua consistenza non per quello che appare di essere, tuttavia, a fare eccezione sarebbero i provvedimenti con sostanza di sentenza per i quali la legge prescrive una forma differente dalla sentenza e uno specifico regime di impugnazione, come appunto l'ordinanza di convalida di licenza o di sfratto. L'autore non spiega bene come impugnare il provvedimento sommario decisorio emesso al di fuori delle condizioni di legge, perché limita l'uso dell'appello al caso in cui, nonostante l'opposizione il giudice abbia convalidato la licenza o lo sfratto. Rimarrebbe fuori anche un'altra ipotesi dall'applicazione di tale principio: la sentenza pronunciata al posto dell'ordinanza di convalida, che avrebbe secondo l'autore natura di condanna e come tale dovrebbe essere impugnata, perché si avrebbe una sorta di "trasformazione" cognizione sommaria in cognizione ordinaria<sup>130</sup>.

L'autore che ha dato un fondamento teorico più corposo a tale teoria è stato Tarzia<sup>131</sup>.

anche cap. V, § 1, nota 9, per la teoria del giurista intorno all'impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto irregolare.

<sup>130</sup> N. GIUDICEANDREA, *op. cit.*, 238.

<sup>131</sup> G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile: l'individuazione della sentenza*, cit., *passim*; aderiscono a tale teoria anche: V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 1979, vol. I, 483 ss.; A. BONSIGNORI, voce *Impugnazioni civili in generale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1993, vol. IX, 334 ss., § 3. In maniera più incerta A. PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale civile*, cit., 119 il quale sembra prospettare una sua teoria, che risulta essere un misto tra quella dell'apparenza e quella sostanzialistica. Nel Progetto per un nuovo codice di procedura civile (A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, cit., 44), il giurista la esplicita ulteriormente. All'art. 1.106 sarebbe previsto che: «Efficacia e revoca delle ordinanze. – Le ordinanze comunque motivate non possono mai pregiudicare la decisione della causa.

Salvo che la legge le assoggetti ad uno specifico mezzo di impugnazione, le ordinanze sono sempre modificabili o revocabili anche d'ufficio dal giudice che le ha pronunciate e sono impugnabili con i mezzi di impugnazione previsti per le sentenze solo unitamente alla sentenza». La regola generale in caso di scambio di forme sarebbe enunciata dall'art. 1.109, comma 1, dove si legge: «Qualora il giudice adotti la forma della sentenza al posto della forma dell'ordinanza e viceversa, il provvedimento è soggetto al regime della forma in cui è stato emanato»; nonostante questo disposto, secondo il successivo art. 1.109, comma 2 l'ordinanza che definisca il giudizio sarebbe irrevocabile da parte del giudice che la ha emessa e sarebbe soggetta ai mezzi di impu-

L'idea basilare dal quale è partito Tarzia è che l'art. 131, comma 1 c.p.c., prescrivendo in quali casi debbano essere pronunciati i tre tipi di provvedimento, recepisca nell'ambito delle disposizioni formali le norme sull'impiego dei vari tipi di provvedimento; in tal modo, la forma di ciascun provvedimento verrebbe indissolubilmente legata ad un determinato contenuto.

In particolare, dal successivo art. 132 in combinato disposto con l'art. 279 verrebbe ricavata la forma-contenuto del "prototipo di atto decisorio", la sentenza, tipico del "prototipo di processo su diritti", processo ordinario di cognizione come disciplinato dal II libro del codice di procedura civile. Vero è che nel codice o nelle leggi extracodistiche ci sono casi in cui il legislatore prevede che si decida con ordinanza o decreto, ma nel contesto di procedimenti speciali, basati su presupposti che consentono di avere un provvedimento strutturalmente più semplice di una sentenza, sottratto agli ordinari mezzi di impugnazione.

In generale, ciascun provvedimento avrebbe dei caratteri distintivi ben marcati che impedirebbero all'uno di svolgere la funzione propria dell'altro; solo la denominazione del provvedimento sarebbe irrilevante nella ricorrenza di tutti gli altri elementi.

Alla violazione delle norme che dettano le indicazioni di forma-contenuto dei vari provvedimenti dovrebbero essere applicate le disposizioni generali sulla nullità, gli artt. 156 ss. c.p.c., anche quella che prescrive la salvaguardia dell'atto formalmente imperfetto, i cui difetti non impediscano il raggiungimento del suo scopo. Il connubio indissolubile tra forma e contenuto impedirebbe ad un'ordinanza formalmente perfetta con contenuto di sentenza di raggiungere quello che è il suo scopo tipico, la funzione istruttoria o ordinatoria. Né sarebbe immaginabile "l'equipollenza" tra un atto formalmente perfetto e un altro atto del quale non avrebbe invece i requisiti di forma, in base all'art. 159, comma 3: così un'ordinanza formalmente perfetta con contenuto di sentenza verrebbe convertita in una sentenza formalmente imperfetta.

Questa dottrina<sup>132</sup> considera la forma rivelatrice del potere che il giudice ha inteso esercitare e che la legge gli ha attribuito. Tale potere

gnazione propri delle sentenze.

<sup>132</sup> G. TARZIA, *Profili*, cit., 103 ss.

si riverserebbe sull'efficacia del provvedimento emesso, dal momento che sarebbe la forma, a consentire di individuare agevolmente gli strumenti a disposizione delle parti per opporsi alla sua efficacia: vi sarebbe un nesso tra l'impugnabilità e il dovere di provvedere del *iudex a quo*. Insomma, la forma sarebbe lo strumento convenzionale per identificare il rispettivo mezzo di impugnazione e per determinare i caratteri di stabilità del provvedimento. Questo aspetto metterebbe in evidenza anche l'importanza della forma ai fini della riconoscibilità del provvedimento da parte di terzi.

Nel processo ordinario, il contenuto di sentenza definitiva o non definitiva sarebbe ininfluenza per determinare il regime di validità delle ordinanze collegiali, grazie al disposto dell'art. 279 c.p.c.; tale norma sancirebbe l'assoluta inefficacia delle ordinanze non puramente istruttorie del collegio. I provvedimenti decisori del collegio emessi in forma di ordinanza non dovrebbero essere revocati, perché il collegio proceda ad esaminare di nuovo la questione inutilmente decisa con un provvedimento avente forma di ordinanza, che sarebbero *tam quam non esset*. Conseguentemente ove il procedimento non sia terminato, il collegio potrebbe riaffrontare la questione risolta con ordinanza non impugnabile; ove sia concluso, per procedere all'ulteriore trattazione della causa, ciascuna delle parti potrebbe chiedere l'integrazione del provvedimento istruttorio che non contenga la fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 289 c.p.c.<sup>133</sup>. Alternativamente si potrebbe tranquillamente iniziare un nuovo processo di merito, perché il provvedimento non farebbe in alcun modo stato tra le parti, oppure si potrebbe impugnare il provvedimento con un'autonoma azione di nullità. Nell'opposta eventualità in cui una sentenza abbia contenuto istruttorio, nonostante ciò, il provvedimento dovrebbe essere contestato con appello.

Gli stessi principi sarebbero stati applicabili anche alle ordinanze dei giudici monocratici in virtù dell'art. 311, nella sua formulazione anteriore alla riforma del 1998.

<sup>133</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 527 s., sottolinea come una falla nella concezione di Tarzia sia la mancata previsione di strumenti processuali interni allo svolgimento del processo che permettano di evitare di subordinare la prosecuzione del procedimento al benessere del giudice, proprio colui che ha deciso con il suo provvedimento di chiudere il processo in forma anomala.

Il regime delle ordinanze del giudice istruttore sarebbe chiarito dagli artt. 177 commi 1 e 2 e 178 comma 1: le ordinanze comunque motivate non potrebbero mai pregiudicare la decisione della causa; quindi, non sarebbero idonee a produrre una preclusione sulle questioni esaminate.

Diversa l'ipotesi in cui il giudice istruttore emettesse una formale sentenza, provvedimento a lui inibito, tanto per definire le questioni istruttorie che per il merito. Supponendo che il provvedimento abbia contenuto istruttorio esso sarebbe viziato sotto un duplice profilo: sotto il profilo generico della violazione delle norme processuali e sotto il profilo specifico dell'usurpazione delle funzioni proprie dell'intero ufficio giudiziario da parte dell'istruttore. Tutto ciò comunque non toglierebbe il carattere di sentenza al provvedimento emesso dal giudice irregolarmente costituito, ma pur identificabile nell'ufficio giudiziario.

Nel corso dell'esposizione della sua teoria l'autore<sup>134</sup> ad un certo punto sembra contraddirsi. Egli sottolinea come il principio che ravvisa nella forma l'espressione del potere dovrebbe essere applicato a prescindere dal tipo di procedimento, ordinario o speciale, che si sia svolto in precedenza, ed a prescindere dalla forma del provvedimento prescritta: ad essere rilevante per stabilire il tipo di impugnazione e l'efficacia del provvedimento dovrebbe essere la struttura della tutela elargita quale appare nella parte dispositiva dell'atto, che rivelerebbe il tipo di potere esercitato. Conseguentemente, non potrebbe essere impugnato come sentenza un provvedimento avente tale forma, emessa al termine di un processo ordinario, che però disponesse un'ingiunzione ovvero un sequestro conservativo, perché il provvedimento non avrebbe quello che è uno dei contenuti tipici della sentenza. Però, nell'inverso caso in cui il giudice nella ricorrenza di tutti i presupposti per pronunciare un provvedimento decisorio sommario emettesse una sentenza, il potere esercitato sarebbe quello comune di condanna, non quello speciale contemplato nelle disposizioni specifiche.

L'applicazione di questi principi sarebbe risolutiva in alcuni casi problematici: sono i provvedimenti decisorii sommari a venire nella considerazione del giurista. L'autore intende smentire l'equiparazione del provvedimento decisorio sommario assunto al di fuori dei presup-

<sup>134</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 141 ss.

posti di legge ad una sentenza sostanziale ai fini della sua impugnazione. Il vizio dovuto alla mancanza dei presupposti per l'emissione del provvedimento decisorio sommario sarebbe attinente non alle modalità di esercizio del potere, ma al diverso campo del dovere giurisdizionale, quindi si anniderebbe nel procedimento, nelle serie di atti dal quale sorge il dovere decisorio del giudice. Insomma, si tratterebbe di un vizio non formale che andrebbe a riversarsi sul provvedimento finale ed il cui trattamento dovrebbe essere assimilato a quello di un qualunque difetto di forma dell'atto, che ne causi la nullità. Per cui il potere esercitato sarebbe chiarito dalla struttura dell'atto, che si conserverebbe, pur essendo viziato.

Il suddetto vizio dovrebbe essere fatto valere con gli strumenti propri del provvedimento: mentre nessun problema si porrebbe per il decreto ingiuntivo, ove l'opposizione è successiva all'emissione del provvedimento, da risolvere sarebbe la questione dell'impugnabilità dell'ordinanza di convalida viziata. Infatti, l'opposizione tardiva alla convalida non coprirebbe tutti i casi in cui il provvedimento potrebbe essere emesso al di fuori dei presupposti di legge, per cui l'*escamotage* al quale si dovrebbe ricorrere è considerare non operante nella fattispecie la regola di cui all'art. 161, comma 1, riferita ai casi in cui avverso il provvedimento decisorio un'impugnazione effettivamente ci sia, e, quindi, concludere per l'impugnabilità del provvedimento con autonoma azione di accertamento, anche in sede di opposizione all'esecuzione. Tale soluzione avrebbe, rispetto a quella che vuole l'impugnabilità con appello dell'ordinanza di convalida viziata, anche il vantaggio di consentire all'ingiunto di far valere il vizio senza limiti di tempo fino alla prescrizione della situazione giuridica sostanziale in contesa.

In ultima analisi, secondo l'autore per individuare la natura del provvedimento e il potere tramite di esso esercitato bisognerebbe aver riguardo alla fattispecie concreta, con una differenziazione nel processo ordinario e nei procedimenti speciali.

Nel processo ordinario il riferimento esclusivo per determinare il regime di validità e di impugnabilità di un provvedimento sarebbe la sua forma: l'uso del potere ordinario per emanare statuizioni proprie della sentenza o, viceversa, del potere decisorio per impartire disposizioni istruttorie o ordinarie si configurerebbe come un eccesso di

potere, che comporterebbe la nullità da far valere con il mezzo suggerito dalla forma del provvedimento.

Nei procedimenti speciali, oltre alla forma dell'atto, sarebbe la struttura del precetto in essi contenuta a consentire di distinguere, ad esempio, un decreto ingiuntivo da un decreto di volontaria giurisdizione<sup>135</sup>.

Facendo il punto sull'elaborazione di Tarzia, è da rimarcare come anche uno dei più ferventi sostenitori della teoria dell'apparenza non riesca ad applicare il relativo criterio in maniera "pura", dovendo far riferimento ad elementi contenutistici per determinare l'essenza di un provvedimento al di fuori del processo ordinario.

Né sembra essere corretto quanto affermato, in via di principio, in ordine all'irrilevanza del procedimento svolto per determinare quale potere sia esercitato con un atto: per stabilire il tipo di vizio dal quale è affetto il provvedimento decisorio sommario emesso al di fuori delle condizioni di legge, l'autore fa riferimento al procedimento espressione dell'esercizio di un antidoveroso potere del giudice che si riversa sul suo atto.

#### 8. *La teoria di Mandrioli*

Una tesi che si discosta sia dalla teoria formalista pura, sia da quella sostanzialista è quella di Mandrioli<sup>136</sup>.

L'autore parte dal presupposto che nell'ordinamento attuale la regola enunciata dall'art. 161, comma 1, dell'assorbimento dei motivi di gravame nei mezzi di impugnazione, non valga solo per le sentenze come disciplinata nel codice di procedura civile, ma anche per i provvedimenti aventi natura di sentenza come intese nell'art. 111 Cost.

Secondo l'autore, dal codice in combinato con il disposto costitu-

<sup>135</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 525 ss., sottolinea come nell'ordinamento attuale per individuare la natura di un provvedimento non si possa più far riferimento esclusivamente alla forma esteriore, perché esistono diversi casi di provvedimenti di forma diversa dalla sentenza con natura decisoria e definitiva.

<sup>136</sup> C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, cit., 101 ss.

zionale si potrebbe ricavare la regola generale dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame ogni volta che si sia davanti ad un provvedimento idoneo a passare in giudicato a prescindere dalla forma che esso assuma. Il fenomeno sarebbe dovuto al sistema di preclusioni posto a presidio del giudicato, che darebbe soddisfazione all'esigenza di incontrovertibilità legata alla domanda di accertamento di un diritto soggettivo o di uno status bisognoso di tutela<sup>137</sup>. L'autore precisa che lo stesso trattamento delle sentenze decisorie su diritti viene riservato dal codice alle sentenze di rito; perciò, per evitare disparità di trattamento analogamente deve essere garantita l'impugnabilità mediante ricorso straordinario in cassazione alle sentenze che decidono l'opposizione agli atti esecutivi, che sono sentenze in rito.

Il rovescio della medaglia sarebbe l'ammissibilità dell'*actio nullitatis* nei confronti di tutti i provvedimenti anche mediatamente non soggetti ai mezzi di impugnazione ordinari o al ricorso straordinario in cassazione: infatti, il principio generale della piena legalità degli atti dello Stato, inclusi i provvedimenti giudiziali, non troverebbe nella sua applicazione altro limite che l'attribuzione a determinati soggetti del potere di impugnazione dell'atto e dell'immutabilità che ne consegue per i soggetti medesimi alla preclusione dell'impugnazione. Perciò, potrebbero essere oggetto di autonoma azione di nullità i provvedimenti definitivi non idonei al giudicato, rispetto ai quali non sia previsto uno specifico controllo, anche in via mediata. Seguendo questa linea direttrice l'autore include nella categoria una serie di provvedimenti, anche con motivazioni differenti: i provvedimenti di volontaria giurisdizione i quali non avrebbero ad oggetto diritti, ma situazioni sostanziali differenti e sarebbero caratterizzati da modificabilità e revocabilità; i provvedimenti ordinatori definitivi, ma non i provvedimenti ordinatori istruttori, che finirebbero con risolversi in ingiustizia della sentenza; i provvedimenti anticipatori rispetto ai quali non sia previsto o un controllo, come erano i provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c., quando il giudizio si fosse estinto, ovvero i provvedimenti cautelari rispetto ai quali non era previsto il giudizio di convalida. Inoltre, l'*actio nullitatis*, sopravviverebbe per le ipotesi di inesistenza del provvedimento idoneo al giudicato.

<sup>137</sup> C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 71 ss.

Si passa, quindi, all'individuazione del concetto di sentenza recepito dalla Suprema Carta all'art. 111, comma 7 (ex 2) per determinare i margini di operatività della regola che sopra si è esposta.

Dal punto di vista sostanziale, il concetto di sentenza accolto dalla norma costituzionale andrebbe a coincidere con quello di sentenza disciplinata dal codice di procedura civile. Quest'ultimo però avrebbe una precisa estrinsecazione formale, alla quale sarebbero legati gli ordinari mezzi di impugnazione.

La funzione dell'art. 111, comma 7 (ex 2) sarebbe proprio quella di consentire la sottoposizione a ricorso in cassazione dei provvedimenti decisori che a causa della forma non siano soggetti agli ordinari mezzi di impugnazione, neanche in via mediata. Di conseguenza, l'art. 111, comma 7 (ex comma 2) farebbe riferimento ad un contenuto – forma più ampio: quel minimo di estrinsecazione formale di una volontà decisoria che è necessario per una decisione su di un diritto.

Non rientrerebbero nel raggio d'azione della disposizione tre ordini di provvedimenti: in primo luogo, i provvedimenti per legge soggetti al solo ricorso ordinario in cassazione, come le sentenze rese secondo equità, oggi solo le sentenze di equità ai sensi dell'art. 114 c.p.c.; in secondo luogo, le sentenze della Cassazione; infine, i provvedimenti che grazie ad altri strumenti vedrebbero aperta la strada delle impugnazioni ordinarie, come il decreto ingiuntivo. Per questi provvedimenti la sottoposizione a ricorso in cassazione ex art. 111 Cost. sarebbe del tutto inutile, perché già sono sottoposti alla possibilità di impugnazione attraverso il ricorso ordinario in cassazione o già lo sono stati.

Un provvedimento con forma diversa dalla sentenza che l'autore considera impugnabile ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost. è l'ordinanza di convalida ex art. 663<sup>138</sup>. Gli argomenti a sostegno di questa posizione sono essenzialmente due. Il primo riguarda il carattere eccezionale dell'opposizione tardiva di cui all'art. 668, che pure aprirebbe la via dell'appello e del ricorso in cassazione. Il secondo concerne il modo di atteggiarsi dell'opposizione tempestiva che non sarebbe un'impugnazione, ma piuttosto impedirebbe la pronuncia del

<sup>138</sup> C. MANDRIOLI, *L'assorbimento*, cit., 79, nota 33; ID., *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto o di licenza*, cit., 34 ss.,

provvedimento; una volta emessa l'ordinanza di convalida, non ci sarebbe un effettivo mezzo di impugnazione, fuori dalle ipotesi eccezionali contemplate nell'art. 668. Tale impostazione è incompatibile con il meccanismo di funzionamento proprio dei procedimenti decisorii sommari, come si è cercato di mettere in evidenza *retro*: nella ricorrenza dei presupposti procedurali specifici essi passano immediatamente in giudicato; se no, tornano ad essere provvedimenti decisorii emessi per errore al posto di sentenze formali.

Il ricorso straordinario in cassazione sarebbe spendibile anche nei confronti dei provvedimenti che l'autore definisce "abnormi": tali sarebbero i provvedimenti che contengono statuizioni diverse da quelle tipicamente previste per il provvedimento medesimo e corrispondenti alla sua funzione. Il vizio dal quale sarebbero affetti tali provvedimenti sarebbe riconducibile comunque alla disciplina della nullità, si tratterebbe nello specifico della violazione dell'art. 131 c.p.c.

In teoria, l'autore distingue il caso in cui vi sia una mancanza di potere del giudice che pronuncia il provvedimento, ma comunque lo riconduce al difetto di costituzione o di legittimazione di cui all'art. 158 c.p.c., quindi alla disciplina della nullità. Tali vizi non raggiungerebbe mai il limite dell'inesistenza, salvo che non si tratti di provvedimenti pronunciati *a non iudice* o da giudici nell'esercizio di poteri non giurisdizionali.

In conclusione, anche davanti a provvedimenti non decisorii al quale per errore del giudice sia stato dato contenuto decisorio, che proprio per la forma non siano soggetti ad appello o a ricorso ordinario in cassazione, sarebbe possibile ricorrere in cassazione *ex art.* 111 comma 7 (*ex comma 2*) Cost., per il rilievo che la particolare nozione di sentenza in esso contenuta sarebbe talmente generica da lasciare ogni ruolo determinante alla sostanza decisoria.

Ovviamente dovrebbe trattarsi di provvedimenti non soggetti ad alcun altro rimedio, anche non collimante con la loro sostanza: così, non sarebbero impugnabili in tal modo i provvedimenti del giudice istruttore, pur quando avessero contenuto decisorio, perché il loro regime sarebbe dettato dagli artt. 177 e 178, salvo che non si tratti di provvedimenti emessi a chiusura di un procedimento, quale l'ordinanza di cui all'art. 789, comma 3 (emessa all'epoca dello scritto dal giudice istruttore); come non sarebbero ricorribili per cassazione le

ordinanze abnormemente decisorie del collegio, in virtù del disposto dell'art. 279, comma 4 c.p.c.

Insomma, l'autore compie una scelta ibrida. Le ordinanze istruttorie erroneamente decisorie sarebbero in fin dei conti soggette al regime dettato dalla loro forma, non dalla sostanza, nell'ambito del processo ordinario; nei procedimenti speciali, quali il giudizio di divisione, si potrebbero avere ordinanze erroneamente decisorie non altrimenti impugnabili, perché emesse a chiusura del procedimento: la loro sottoposizione a ricorso in cassazione *ex art. 111, comma 7 (ex comma 2) Cost.* deriverebbe dalla loro sostanza.

Residua il dubbio di quale sia il regime proprio delle ordinanze collegiali emesse a chiusura di un processo ordinario con contenuto decisorio; per coerenza il loro trattamento dovrebbe essere lo stesso delle ordinanze erroneamente decisorie del giudice emesse a chiusura di procedimenti speciali, quindi dovrebbero essere soggette a ricorso straordinario in cassazione, ma l'autore non lo dice esplicitamente<sup>139</sup>.

La teoria di un altro giurista, Sorace<sup>140</sup> risulta essere una crasi tra la teoria di Mandrioli e quella di Tarzia.

Il presupposto dal quale parte l'autore è che l'adozione di una forma in luogo di un'altra dia luogo a nullità e che il vizio debba essere fatto valere in base alla forma in concreto assunta dal provvedimento. Per cui se il provvedimento istruttorio fosse emesso erroneamente nel-

<sup>139</sup> C. MANDRIOLI, *L'assorbimento*, cit., 105 s., in particolare alla nota 11, precisa di non ritenere decisivo ai fini dell'esclusione del ricorso *ex art. 111, comma 7 (ex 2) Cost.* l'affermazione secondo la quale le ordinanze collegiali non sono soggette ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze, perché tale affermazione si riferirebbe alle sentenze nel senso del codice e non nel senso dall'art. 111 Cost. Ciò nonostante, l'autore aderisce all'opinione di Tazia e Jannuzzi, per cui nega la ricorribilità in cassazione *ex art. 111* di tali provvedimenti, in virtù di quella parte dell'art. 279 che esclude l'inidoneità di tali ordinanze a pregiudicare la decisione della causa. L'autore, tuttavia, non specifica se questa sua conclusione riguardi anche le ordinanze emesse dal collegio a chiusura del procedimento, quindi, quando una decisione è stata ormai presa; egli subito dopo si limita ad aggiungere che tali rilievi sono limitati alle ordinanze emesse nel normale processo di cognizione e non riguardano quelle emesse in procedimenti speciali e caratterizzate dall'idoneità al giudicato.

<sup>140</sup> S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziari civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, cit., 1639 ss.

la forma di sentenza, contro di esso sarebbero dati appello e poi ricorso ordinario in cassazione.

I dubbi cominciano nel momento in cui al provvedimento che doveva avere forma di sentenza sia data forma di ordinanza o decreto.

L'autore aderisce alla teoria di Tarzia per quel che concerne il regime dei provvedimenti con forma di ordinanza emessi nel corso del processo ordinario: qualunque sia il loro contenuto essi non potrebbero mai impedire all'organo decisorio di ritornare sulla questione di merito, eventualmente già affrontata, e di statuire su di essa con sentenza, sia che si tratti di ordinanze del giudice istruttore<sup>141</sup>, sia che si tratti di ordinanze del collegio.

Diverso sarebbe il caso delle ordinanze emesse al termine del processo ordinario, che a suo parere non potrebbero essere integrate con fissazione della successiva udienza ai sensi dell'art. 289 c.p.c., né essere colpite da azione di nullità, in quanto sarebbero sempre revocabili dal giudice, come vuole la forma di ordinanza e perciò non soggette neanche a ricorso straordinario in cassazione. Il problema non messo in evidenza dall'autore è che un procedimento e, quindi, il giudice che ha emesso tale provvedimento non c'è più.

Quando ci si addentra nell'ambito dei procedimenti speciali, bisognerebbe distinguere tra provvedimenti decisori e non decisori.

I vizi formali dei provvedimenti decisori speciali potrebbero essere fatti valere con i mezzi loro propri ed in mancanza di essi con ricorso straordinario in cassazione; i vizi extraformali oltre che con tali strumenti anche con *l'actio nullitatis*. Questa ultima ipotesi si verificerebbe quando il giudice abbia provveduto in difetto di potere, ovvero in mancanza dei requisiti sostanziali giustificativi del potere di procedere con il rito speciale: tale vizio non sarebbe assorbito nei motivi di impugnazione, ma, come quello di cui all'art. 161, comma 2, darebbe luogo a nullità-inesistenza.

<sup>141</sup> Farebbe eccezione l'ordinanza con contenuto decisorio emessa dal giudice istruttore su accordo delle parti ad esempio su una questione di competenza, quindi al di fuori dei presupposti di legge, che in quanto emessa in carenza di potere del giudice darebbe luogo ad un caso di nullità-inesistenza, da far valere con *actio nullitatis* in ogni tempo, dato che ai sensi dell'art. 177, comma 3, n. 1 l'ordinanza sarebbe irrevocabile, vedi S. SORACE, *op. cit.*, 1704.

Qualche differenza rispetto a Mandrioli la troviamo nei provvedimenti che il giurista considera soggetti a ricorso straordinario in cassazione, in virtù del senso attribuito ad una delle due note condizioni dell'impugnazione, la definitività del provvedimento, intesa non tanto come idoneità al giudicato, quanto come impossibilità di avere su un provvedimento decisorio, anche provvisoriamente, un riesame in alcun modo. Sulla base di tali premesse, a suo parere, sarebbero stati ricorribili *ex art. 111, comma 7 (ex comma 2) Cost.*: i provvedimenti presidenziali di cui all'abrogato art. 708 c.p.c., quantomeno in caso di estinzione del processo di separazione o di rigetto della domanda, sul presupposto che tali provvedimenti sarebbero sopravvissuti nonostante la chiusura del giudizio; come pure lo sarebbero stati i provvedimenti d'urgenza nell'ipotesi di estinzione del giudizio, partendo dal presupposto che all'epoca dello scritto non era ancora entrato in vigore il rito cautelare uniforme e per essi non era previsto giudizio di convalida come per i sequestri. Non sarebbe, invece, soggetta a ricorso straordinario in cassazione la sentenza sull'opposizione agli atti esecutivi, proprio perché non decisoria su diritti.

I vizi di forma dei provvedimenti definitivi non decisoriosi potrebbero essere denunciati incondizionatamente con *actio nullitatis* solo se privi di propri mezzi di impugnazione propri ovvero espressamente dichiarati non impugnabili dalla legge: in questi casi, in virtù di un'applicazione analogica della regola di cui all'art. 161, comma 2, essi potrebbero essere colpiti con azione di nullità, ma solo per far valere il vizio di nullità – inesistenza.

All'interno del descritto articolato sistema di rimedi dovrebbero essere collocati i provvedimenti ordinatori adottati in luogo dei decisori, dei quali ricorrano i presupposti. La soluzione appare piuttosto barocca. I provvedimenti ordinatori emessi in luogo dei decisori in carenza di potere, ad esempio dal giudice istruttore in luogo del collegio, sarebbero viziati da nullità-inesistenza, da far valere con *actio nullitatis*. Non così i provvedimenti con forma di ordinanza emessi dal collegio al posto di sentenza nei riti speciali, dove non si applicherebbe l'art. 279, comma 4 c.p.c.: l'errore di forma sulla base del contenuto decisorio del provvedimento dovrebbe essere fatto valere con ricorso straordinario in cassazione.

Tre osservazioni da ultimo possono essere compiute.

Anche i risultati ai quali giunge quest'ultimo giurista non prescindono

del tutto da riferimenti al criterio della sostanza o natura del provvedimento.

L'alternanza del criterio formalistico e di quello sostanzialistico così come compiuta nell'ultima teoria esaminata, genera disparità di trattamento tra le ordinanze erroneamente decisorie conclusive di un procedimento ordinario e quelle erroneamente decisorie conclusive di un procedimento speciale, senza una precisa base normativa, perché l'art. 279, comma 4 è evidentemente riferibile alle sole ordinanze collegiali emesse in corso di causa. Inoltre, permarrebbe anche in questa deviazione della teoria di Mandrioli, il dubbio intorno al regime di critica dei provvedimenti collegiali con forma di ordinanza emessi al termine del processo ordinario.

Vi è un uso eccessivamente ampio della categoria dell'inesistenza, al quale vengono riportati anche casi riconducibili alla nullità.

#### 9. *Le incertezze della giurisprudenza della Corte di cassazione*

Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ha incontrato per molto tempo il favore della maggioranza della giurisprudenza della Suprema Corte, che lo ha applicato in vari tipi di procedimenti. In alternativa, come abbiamo visto, la Corte ha ritenuto il provvedimento dal sapore "abnorme" ricorribile in cassazione *ex art. 111, comma 7 Cost.*

La Corte ha aderito in maniera più limitata al principio dell'apparenza, tuttavia, in tempi recenti si è avuta una serie di sentenze di significativa importanza, pronunciate anche a Sezioni unite, a suo favore<sup>142</sup>.

Dall'esame della giurisprudenza emerge come essa nell'appli-

<sup>142</sup> Cass., Sez. un., 9 aprile 1986, n. 2466, in *Foro it.*, 1986, I, 2503; Id. 4 aprile 1987, n. 3262, cit., 685; Id., 2 giugno 1998, n. 5395, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1429 ss.; Id., Sez. un., 23 marzo 1999, n. 182, *ivi*, 1999, I, 3337; Id., 20 aprile 2001, n. 5915, *ivi*, 2002, I, 1643; Id., 13 aprile 2004, n. 15783, in *Foro it.*, 2005, I, 1560; Id., Sez. un., 2 febbraio 2005, n. 3816, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 16, 33; Id., Sez. un., 16 aprile 2007, n. 8949, cit.; Id., Sez. un., 14 dicembre 2007, n. 26294, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; Id., 26 aprile 2010, n. 9923, *ivi*, 2010, n. 4, 610; Id., 7 ottobre 2010, n. 20811, *ivi*, 2010, n. 10, 1301; Id., Sez. un., 12 gennaio 2011, n. 390, cit.; Id., 8 marzo 2012, n. 3672, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, n. 3, 292; Id., 21 febbraio 2014, n. 4217, *ivi*, 2014; Id., 13 febbraio 2015, n. 2948, *ivi*, 2015; Id., 20 aprile 2015, n. 7994, in *Guida al diritto*, 2015, n. 32, 74; Id., 22 giugno 2016, n. 12872, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

cazione di tale criterio non si sia attenuta alla teoria “pura” dell'apparenza, ma abbia introdotto delle variabili che in qualche modo riecheggiano il principio sostanzialistico.

Uno dei settori nell'ambito del quale il principio dell'apparenza ha avuto risonanza è stato il procedimento esecutivo.

Il criterio della qualificazione data dal giudice nell'esecuzione forzata al provvedimento, ovvero al procedimento o all'istanza di parte, per l'individuazione del mezzo di impugnazione, è affermato costantemente dalla giurisprudenza di Cassazione, per stabilire se si è davanti ad un'opposizione all'esecuzione, con conseguente appello, ovvero ad un'opposizione agli atti esecutivi, con conseguente ricorso straordinario in cassazione<sup>143</sup>; questo criterio sarebbe valido anche ove la qualificazione data dal giudice *a quo* fosse errata<sup>144</sup>, purché fosse intenzionale<sup>145</sup> e non generica<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Tra le prime pronunce, Cass., 4 aprile 1960, n. 753, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 519 ss., con nota di P. D'ONOFRIO, *Conseguenze della definizione che il giudice abbia dato alla domanda come opposizione agli atti esecutivi anziché come opposizione all'esecuzione forzata*. Tra le più recenti: Cass., 14 maggio 2019, n. 12751; Id., 21 settembre 2021, n. 25560; Id., 2 marzo 2023, n. 6311. In senso differente Cass., 3 luglio 1991, n. 7288, in *Foro it.*, 1993, I, 1242 ss., con nota di R. ORIANI, *L'atto iniziale del processo di esecuzione per il rilascio di beni immobili*. In argomento vedi: C. MANDRIOLI, voce *Opposizione*, cit., 432 ss., in particolare 463; R. ORIANI *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 399 ss.; ID., *“Essere” e “dover essere”*, cit., 137 ss.; F. TOMMASEO, *Opposizione all'esecuzione, qualificazioni dell'azione e regime dei gravami*, in *Corr. Giur.*, 1992, 874 ss.; F. DE SANTIS, *L'opposizione all'esecuzione (indici normativi e percorsi giurisprudenziali)*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anicchino*, Napoli 2005, 232 ss.

<sup>144</sup> In senso difforme sembrerebbe Cass., 16 novembre 1999, n. 12696, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2264, secondo la quale in tema di opposizioni proposte in sede di esecuzione forzata, qualora il giudice di primo grado abbia erroneamente qualificato la doglianza come “opposizione agli atti esecutivi ex art. 615 c.p.c.” si rende necessario, in sede di giudizio di legittimità procedere ad autonoma qualificazione dell'opposizione stessa, tanto ai fini del merito, quanto a quelli della stessa ammissibilità dell'impugnazione, senza tener conto della terminologia adottata dalla parte, e considerato ancora che uno stesso atto di opposizione può sottendere entrambe le forme di opposizione, tanto all'esecuzione quanto agli atti esecutivi; la Corte sembra considerare necessaria la «previa rilevazione di un errore che, nella sua patente contraddittorietà, si risolve in una sostanziale mancata qualificazione dell'opposizione proposta».

<sup>145</sup> Cass., 28 febbraio 2006, n. 4507, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2, la quale specifica

In mancanza di un'univoca qualificazione del giudice tornerebbe a far riferimento alle caratteristiche, anche sostanziali, del provvedimento emesso dal giudice per indentificarne la natura, non solo ai fini del merito, ma altresì dell'ammissibilità dell'impugnazione<sup>147</sup>.

Tale criterio "ibrido" è stato utilizzato anche per distinguere tra i provvedimenti esecutivo – ordinatori del giudice dell'esecuzione e veri e propri provvedimenti decisori, per forza di cose, adottati dal giudice dell'esecuzione irritualmente in forma diversa dalla sentenza<sup>148</sup>. In

che occorre verificare se il giudice *a quo* abbia inteso effettivamente qualificare l'azione proposta, o se abbia fatto in riferimento ad essa un'affermazione meramente generica; infatti, se si ritenesse che il potere di qualificazione non fosse stato esercitato dal giudice *a quo*, esso potrebbe essere esercitato dal giudice *ad quem*, e ciò non solo ai fini del merito, ma altresì dell'ammissibilità dell'impugnazione. Nello stesso senso Cass., 14 maggio 2007, n. 11012, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5; Id., 21 dicembre 2009, n. 26919, *ivi*, 2009, n. 12, 1732.

<sup>146</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 585, in *Riv. es. forz.*, 2000, 121 ss., con nota di M.C. GIORGETTI, *I limiti del cd. principio dell'apparenza nell'opposizione a precetto*, secondo la quale se il giudice *a quo* avesse qualificato l'opposizione, indicandola genericamente come "opposizione a precetto" (con la quale possono essere contestati sia il diritto della parte istante di agire *in executivis*, sia la regolarità formale dei singoli atti del procedimento esecutivo), oppure non definendola in nessun altro modo, l'individuazione dell'opposizione, se all'esecuzione o agli atti, spetterebbe d'ufficio al giudice dell'impugnazione ai fini non solo del merito, ma anche dell'ammissibilità dell'impugnazione stessa. L'autrice che ha annotato la sentenza nota come il giusto limite all'operare del principio dell'apparenza vada individuato nell'assenza di norme che fissino in modo analitico i presupposti dell'impugnazione, poiché in questi casi non vi sarebbe neppure un provvedimento giurisdizionale con natura oggettivamente apprezzabile. Conclude l'autrice che ove si vogliano, comunque, riconoscere le regole dell'apparenza, dovrebbe essere concessa la rimessione in termini alla parte che per un errore incolpevole abbia sbagliato nella scelta del mezzo di impugnazione.

<sup>147</sup> Cass., 4 agosto 2005, n.16379, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8.

<sup>148</sup> Cass., 9 settembre 1998, n. 8929, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1434 ss., con nota di U. COREA, *Regime impugnatorio e principio dell'apparenza nel processo esecutivo*, ha fatto ricorso a tale criterio in un'ipotesi in cui il giudice non aveva identificato come opposizione agli atti esecutivi una domanda di impugnativa di un atto esecutivo, quindi aveva mostrato la sua intenzione di non esercitare il potere di conoscere e decidere la causa, ma di confermare l'atto impugnato, esercitando i poteri a lui riconosciuti *ex art. 487 c.p.c.* In assenza della qualificazione del giudice, il suo provvedimento non avrebbe potuto essere identificato sulla base della forma come decisione su di una domanda, ma sulla base della sostanza ove lo si fosse considerato emesso in risposta ad

questo diverso ordine di pronunce ben si comprende come il riferimento alla qualificazione data dal giudice non coincida sempre e comunque con il criterio dell'apparenza classico, perché l'identificazione esplicita della natura di un'azione o di un provvedimento potrebbe, in teoria, anche essere accompagnata dall'adozione di una forma errata, la cui importanza sarebbe recessiva rispetto alla volontà espressa dal giudice *a quo*.

Davanti all'espressa qualificazione del giudice, la parte che facendo leva sulla sostanza dell'opposizione oggetto di azione in primo grado, proponga un mezzo di impugnazione errato andrebbe incontro ad una pronuncia di inammissibilità, senza la possibilità della *translatio iudicii* dal mezzo di impugnazione errato all'altro<sup>149</sup> ed eventualmente con

una domanda di parte. Applica il criterio "ibrido", esposto nel testo, anche Cass., 23 maggio 2006, n. 12115, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, la quale ha dichiarato inammissibile, il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione, nell'ambito di una procedura esecutiva, revocata una precedente ordinanza, aveva fissato l'udienza per la vendita dell'azienda staggita ad un prezzo superiore a quello indicato nell'ordinanza revocata; ciò perché l'ordinanza suddetta, non solo era del tutto priva dei requisiti formali e procedurali necessari per riconoscerle natura di sentenza, ma, soprattutto, non aveva carattere decisorio, in quanto non definiva la controversia ma era un solo atto interlocutorio di impulso processuale nell'ambito del procedimento esecutivo; pertanto, lo strumento per impugnare la predetta ordinanza non era il ricorso per cassazione bensì l'opposizione agli atti esecutivi di cui al comma 2 dell'art. 617 c.p.c. L'ordinanza era seguita ad un ricorso di parte ed in proposito la Corte specificava che il giudice dell'esecuzione con l'ordinanza impugnata aveva attribuito a tale ricorso natura non di opposizione agli atti esecutivi, ma di mera istanza incidentale formulata all'interno del processo di esecuzione.

<sup>149</sup> Cass., 3 marzo 2020, n. 5712, in *Rass. es. forz.*, 2021, 508 ss., con nota favorevole di B. CAPPONI, *Le opposizioni e l'errore nella scelta del gravame*, secondo la quale: «Qualora l'appello (nella specie, avanzato avverso una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 617 c.p.c.) sia inammissibile in quanto strumento processuale radicalmente diverso da quello corretto, non può operare la *translatio iudicii* perché l'impugnazione proposta è inidonea, anche solo in astratto, a configurare l'instaurazione di un regolare rapporto processuale, né l'appello può convertirsi in ricorso per cassazione, giacché difetta dei requisiti di validità dell'atto nel quale dev'essere convertito, essendo il ricorso di legittimità, mezzo di impugnazione a critica vincolata (a maggior ragione, se proposto in via straordinaria ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.), strutturalmente diverso». In argomento anche M. PILLONI, *Operatività del principio dell'apparenza per l'individuazione del corretto mezzo di gravame*, in *Rass. es. forz.*, 2021, 33 ss., in particolare 42 ss., la quale, per evitare che la parte soccombente subisca pregiudizio, prospet-

condanna alle spese<sup>150</sup>: in tal modo, paradossalmente il giudice *ad quem* corretto dovrebbe dichiarare l'impugnazione inammissibile per effetto dell'errore del giudice *a quo* nella qualificazione del procedimento-provvedimento, pur essendo quest'ultima voluta dal legislatore per quel tipo di provvedimento<sup>151</sup>.

A parere della giurisprudenza, privilegiare come criterio determinante la qualificazione data dal giudice al provvedimento suscettibile di impugnazione avrebbe la conseguenza di eliminare, nello stesso interesse della parte, le incertezze alle quali l'opinabilità del giudizio circa la reale natura dell'atto darebbe inevitabilmente luogo<sup>152</sup>. In verità, così non pare proprio andando avanti nella disamina della giurisprudenza in un altro settore nel quale ha fatto breccia il principio dell'apparenza.

Siamo nell'ambito delle controversie relative agli onorari degli av-

ta una duplice possibilità nella scelta del mezzo di impugnazione davanti ad una qualificazione errata del giudice *a quo*: secondo la natura del provvedimento, ovvero secondo la qualificazione data dal giudice; anche in quest'ultimo caso, proprio in virtù dell'affidamento che la parte ha risposto nel mezzo di impugnazione frutto dell'indicazione del giudice *a quo*, il giudice dell'impugnazione, nonostante l'errore procedurale, dovrebbe decidere nel merito.

<sup>150</sup> Cass., 14 luglio 2022, n. 22241, afferma che davanti ad una qualificazione espressa di un'opposizione come "all'esecuzione" data dal giudice *a quo*, il ricorrente avrebbe dovuto osservare il principio, ripetutamente affermato dalla Cassazione, secondo cui la scelta del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale deve essere fatta in base al principio dell'apparenza, e cioè con riferimento esclusivo alla qualificazione dell'azione effettuata dal giudice, a prescindere dal fatto che essa possa essere corretta o meno. Conseguentemente, davanti ad un'inammissibilità del ricorso così palese viene ritenuta sussistente una colpa grave, perché qualunque diligente professionista del diritto non poteva non avvedersi di tale inammissibilità del ricorso; ne segue una condanna del ricorrente d'ufficio *ex art. 96 c.p.c., comma 3*, al pagamento in favore della controparte, in aggiunta alle spese di lite, d'una somma equitativamente determinata in base al valore della controversia.

<sup>151</sup> Il che appare non concepibile se si considera l'interpretazione delle norme processuali riservata al giudice davanti al quale pende il procedimento; solo a lui spetterebbe di dettare le regole di comportamento per il procedimento che gli pende davanti, per sé e contemporaneamente per le parti, In proposito vedi: A. CARRATTA, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 101 ss., in particolare 125 ss.

<sup>152</sup> Cass., Sez. un., 23 marzo 1999, n. 182, cit.

vocati dovuti per prestazioni rese in giudizi civili; l'intreccio di questioni che caratterizzano queste controversie, l'incognita del rito da seguire davanti ad una domanda riconvenzionale, soprattutto fino alle Sezioni unite n. 4485/2018, ha favorito anche in questo campo l'applicazione di un principio per anni recessivo.

Il volano di questa giurisprudenza sono state le Sezioni unite n. 390/2011<sup>153</sup>, le quali hanno applicato in maniera differente rispetto alla giurisprudenza appena sopra esaminata il principio dell'apparenza: ai fini dell'impugnazione di un provvedimento giudiziale, assume rilevanza prioritaria la forma adottata dal giudice, a patto che la stessa sia frutto di una scelta consapevole.

La Corte mette insieme le esigenze di certezza del diritto e di economia processuale, non sempre compatibili tra di loro. Essa conclude che in tal modo si eviterebbe «... di imporre di fatto all'interessato di tutelarsi proponendo impugnazioni a mero titolo cautelativo, nel dubbio circa l'esattezza della qualificazione operata dal giudice *a quo*».

Tuttavia, anche la soluzione da ultimo proposta, non è tale da risolvere tutti gli elementi di incertezza: per decidere se impugnare un atto secondo la sua forma bisognerebbe aver riguardo alla scelta "consapevole" del giudice che, per espressa dichiarazione della Corte, «può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento»<sup>154</sup>.

Questa giurisprudenza si intreccia con un'altra che continua ad applicare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Abbiamo visto che a partire dalla sentenza n. 4245/2010<sup>155</sup>, la Cassazione riconosce l'appello come mezzo di impugnazione delle ordinanze emesse nel corso del giudizio di divisione, nonostante l'espressa contestazione di parte.

Poco dopo, in concomitanza con la pronuncia n. 390/2011, in seno alla stessa Sezione seconda, la Cassazione è tornata ad affermare la non impugnabilità con ricorso straordinario in cassazione dell'ordinanza

<sup>153</sup> Cass., Sez. un., 12 gennaio 2011, n. 390, cit.

<sup>154</sup> Conforme: Cass., 8 marzo 2012, n. 3672, cit.

<sup>155</sup> Cass., Sez. II, 22 febbraio 2010, n. 4245, cit.; Cass., 8 novembre 2010, n. 22663, in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Divisione*, n. 25; Id., 24 novembre 2010, n. 2384, in *ibidem.*, 2010, voce cit., n. 26; Id. 4 aprile 2011, n. 7665.

che dichiara esecutivo il progetto di divisione, pur in presenza di contestazioni, data la natura istruttoria del provvedimento, considerato in astratto<sup>156</sup>; quindi, meno che mai essa sarebbe impugnabile con appello.

Perciò, con ordinanza interlocutoria del 22 giugno 2011, n. 13701<sup>157</sup> si sollecita l'intervento delle Sezioni unite.

Nella sentenza che risolve il conflitto giurisprudenziale esposto<sup>158</sup>, si riaffronta il problema del difficile equilibrio tra i due principi, quello della prevalenza della sostanza sulla forma e quello dell'apparenza. Alla fine la Corte, per evitare di entrare in contraddizione con sé stessa smentendo il principio poco tempo prima affermato, crea una soluzione su misura per il giudizio di divisione, fondata sul suo peculiare modo di articolarsi.

Il giudizio di divisione si sviluppa per successivi gradi; in ciascuno snodo fondamentale, a seconda che ci sia o meno contestazione, viene pronunciato un provvedimento per forma sottratto alle impugnazioni ordinarie ovvero una sentenza a seguito di istruzione a cognizione piena. Il percorso tracciato sarebbe tale da non lasciare dubbi sulla natura del provvedimento pronunciato in presenza in un'espressa contestazione: solo in tal caso il provvedimento impugnato dovrebbe essere considerato sentenza a prescindere dalla forma rivestita. Nessun dubbio ci dovrebbe essere quindi neppure sul mezzo di impugnazione concesso: l'appello.

Tutto il ragionamento compiuto poggia ancora una volta sull'esigenza di assicurare una soluzione univoca, perciò alla contestazione esplicita non viene equiparata nessuna altra circostanza, come la contestazione assente per difetto di comunicazione del progetto di divisione e dell'udienza di discussione dello stesso al contumace.

Il *leitmotiv* delle due decisioni, Cass. n. 390/2011 e Cass. n. 16727/2012, è la certezza del diritto, che giustifica, in ultima analisi, soluzioni casistiche, certo non contrastanti tra di loro, ma che lasciano molti aspetti irrisolti. Ciò è tanto vero che in due successive pronun-

<sup>156</sup> Cass., Sez. II, 28 giugno 2011, n. 14331, cit.

<sup>157</sup> Cass, Sez. II, 22 giugno 2011 n. 13701, cit.

<sup>158</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16727, cit.

ce<sup>159</sup>, pur riconoscendo l'illegittimità dell'ordinanza che approva il progetto di divisione assunta senza la previa comunicazione del progetto di divisione ovvero senza la regolare citazione del contumace, si nega la sua appellabilità in assenza di contestazioni espresse delle parti in ordine alle irregolarità procedurali compiute; nulla viene detto, però, sul mezzo per contestarle.

Ancora. In un altro settore, quello delle pronunce sul rito, in primo luogo sulla competenza, vengono utilizzati i riferimenti agli incombenti che si sono svolti prima della pronuncia del provvedimento come indici per determinarne la natura di pronuncia non definitiva, ovvero di provvedimento di carattere istruttorio o ordinatorio, quasi a prescindere dall'effettivo contenuto del provvedimento del giudice; questa impostazione viene vinta solo da quelli che vengono considerati due indici inequivocabili del regime di stabilità da seguire più che dell'effettiva natura del provvedimento: la disposta chiusura del procedimento e, di nuovo, l'espressa qualificazione da parte del giudice *a quo*<sup>160</sup>.

Ebbene, non siamo davanti al principio dell'apparenza così come delineato dalla dottrina classica, da Tarzia per intenderci, perché quel "mondo" processuale non esiste più: non c'è più quella netta distinzione di funzioni che caratterizzava i tre provvedimenti, almeno secondo la visione dell'illustre giurista. Allo stato attuale l'affidamento non dovrebbe essere sulla forma scelta dal legislatore, a prescindere dal contenuto del provvedimento, ma piuttosto sulla scelta operata dal giudice che potrebbe anche commettere un doppio errore: nella qualificazione del tipo di azione e nella scelta della forma del provvedimento<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> Cass. 27 gennaio 2014, n. 1619, cit.; Id. 12 luglio 2016, n. 14223, cit.

<sup>160</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 2044, cit.; Id., 21 settembre 2016, n. 18535, cit.; Id., 2 ottobre 2016, n. 20608, cit.; Id., Id., 7 giugno 2017, n. 14223, cit.; Id. 3 febbraio 2020, n. 2338, cit.

<sup>161</sup> Questo lascia intendere Cass., Sez. un., 16 aprile 2007, n. 8949, cit., che viene citata come una delle pronunce cardine a favore del principio dell'apparenza, così da ultimo Cass., 5 giugno 2020, n. 10648, cit. Al § 2.2. di Cass. n. 8949/2007 troviamo affermato: «E' ben vero che, al fine di stabilire se un provvedimento abbia natura di ordinanza o di sentenza, occorre avere riguardo non già alla forma adottata, ma al suo contenuto (principio di prevalenza della sostanza sulla forma), cosicché il provvedi-

Secondo questa giurisprudenza il principio dell'apparenza, invero, dovrebbe essere un "temperamento"<sup>162</sup> del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, a presidio del diritto di agire e difendersi in giudizio delle parti, ma così non è: si tratta di un principio eversivo dell'ordine processuale stabilito dal legislatore, in spregio della riserva di legge in materia processuale stabilita dall'art. 111, comma 1 Cost.

Inoltre, come è stato giustamente osservato<sup>163</sup>, il criterio che fa leva sulla qualificazione del giudice, mette "scompiglio" nel sistema delle impugnazioni, generando una disparità di trattamento tra i casi in cui essa c'è e quelli in cui non c'è.

La sentenza n. 390/2011 contiene un'altra affermazione pericolosa: ove la controversia per un errore di rito venga privata di un grado di giudizio, nella fattispecie l'appello, l'errore non risulterebbe irreparabile, potrebbe essere denunciato con il rimedio suggerito dalla forma, nella fattispecie con il rimedio straordinario di cui all'art. 111 Cost., anche e precipuamente al fine di recuperare il secondo grado di giudizio. Ma come dovrebbe essere recuperato questo fantomatico grado di giudizio? Potrebbe il giudice di Cassazione senza una precisa disposizione normativa rimettere la causa davanti ad un giudice di grado differente rispetto a quello che emesso il provvedimento cassato, inserendo surrettiziamente un grado di giudizio dopo la cassazione? E se così non fosse, se si tornasse davanti al giudice di primo grado, a quest'ultimo sarebbe dato nel caso di specie di comportarsi come giudice d'appello anziché come giudice di rinvio? Non sembra proprio.

In pronunce successive a Cass. n. 390/2011 si riafferma che l'identificazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va operata con riferimento esclusivo al-

mento – impropriamente qualificato ordinanza – con cui il giudice affermi o neghi (decidendo la relativa questione senza definire il giudizio) la propria giurisdizione, ha natura di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 279 c.p.c., comma 2, n. 4, (vedi Cass., Sez. un., n. 3816/2005). E tuttavia, il rilievo attribuito alla sostanza trova temperamento nel principio secondo il quale l'individuazione del mezzo d'impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va fatta in base alla qualificazione data dal giudice con il provvedimento impugnato all'azione proposta, alla controversia e alla decisione, a prescindere dalla sua esattezza».

<sup>162</sup> Cass., Sez. un., 16 aprile 2007, n. 8949, cit., Id., 12 gennaio 2011, n. 390, cit.

<sup>163</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 708.

la qualificazione giuridica dell'azione effettuata dal giudice nello stesso provvedimento, giusta o sbagliata che sia, anche se viene riservata al giudice dell'impugnazione la facoltà di operare un'autonoma qualificazione ai fini dell'ammissibilità e del merito<sup>164</sup>. Insomma, sarà il giudice dell'impugnazione errata a decidere nel merito, senza aggiungere alcun grado di giudizio mancante<sup>165</sup>.

Davanti ad una giurisprudenza così oscillante, si potrebbe pensare che un rimedio adeguato sia proporre tanto l'impugnazione suggerita dalla forma che quella suggerita dalla sostanza del provvedimento: la doppia impugnazione di provvedimenti di dubbia natura è ammessa da tempo dalla giurisprudenza<sup>166</sup>, che non riscontra nel caso di specie il fenomeno della litispendenza<sup>167</sup>; le due impugnazioni dovrebbero

<sup>164</sup> Cass. 13 febbraio 2015, n. 2948, cit.; Id. 20 aprile 2015, n. 7994, cit.; Id. 22 giugno 2016, n. 12872, cit.; Id., 15 maggio 2020, n. 9050.

<sup>165</sup> Cass., 14 ottobre 2005, n. 19966, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10; Id., 18 settembre 2008, n. 23847, cit., la quale afferma: «... Va peraltro rilevato che tale errata qualificazione integra un vizio di violazione di norme sul procedimento, che è decisivo soltanto nei limiti in cui comporti concrete conseguenze sul contenuto della decisione resa sulla domanda, in particolare per averne impedito l'esame nel merito, mentre non è decisivo qualora il merito sia stato esaminato e la relativa decisione conforme a diritto»; quindi, se come nel caso di specie il giudice abbia erroneamente qualificato l'opposizione quale opposizione agli atti esecutivi, ma non abbia errato nel suo giudizio di merito (aveva affermato la sostanziale legittimità di più pignoramenti), la Cassazione si può limitare a confermare, in applicazione del detto principio, la pronuncia impugnata.

<sup>166</sup> È dagli anni '50 che la Corte di cassazione ha considerato ammissibile la doppia impugnazione nell'eventualità in cui si presentino più possibilità di critica davanti ad un provvedimento di dubbia qualificazione; al contempo, si esclude che si trattasse di una questione di litispendenza, essendo solo una l'impugnazione ammissibile, così Cass., 29 aprile 1958, n. 1410, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1522. Per una disamina completa della giurisprudenza dell'epoca si rinvia a R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 324 ss.

<sup>167</sup> Cass., 16 ottobre 2001, n. 12596, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1750, si riferisce ad un caso in cui in presenza di un provvedimento che decideva un'opposizione esecutiva, nel dubbio che fosse un'opposizione all'esecuzione piuttosto che un'opposizione agli atti esecutivi, per scrupolo difensivo veniva impugnato sia con appello che con ricorso straordinario in cassazione; la Corte ha escluso che sussista litispendenza fra due cause fra le stesse parti quando esse pendano in gradi diversi, potendo in tale caso ricorrere, eventualmente, un'ipotesi di sospensione del processo *ex art. 295 c.p.c.*

procedere parallelamente<sup>168</sup>.

Né vi sarebbe il rischio di perdere il potere di impugnazione nel caso in cui siano esperiti mezzi di impugnazione di specie diversa, perché secondo la Cassazione non opererebbe il principio di consumazione dell'impugnazione al momento della proposizione della prima impugnazione; piuttosto, ciò che importerebbe ai fini dell'ammissibilità della seconda impugnazione sarebbe unicamente la sua tempestività<sup>169</sup>.

Dubbi in giurisprudenza vi sarebbero, però, sulle conseguenze dell'eventuale declaratoria di inammissibilità della prima impugnazione: mentre in alcune pronunce sembrerebbe essere irrilevante; in altre si applicano i principi propri della doppia impugnazione dello stesso tipo, per cui l'eventuale declaratoria della prima impugnazione proposta precluderebbe la valida proposizione della seconda<sup>170</sup>.

<sup>168</sup> Cass., 27 ottobre 2011, n. 22440, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 10, 1524. Tuttavia, viene contemplata la possibilità che i due procedimenti paralleli nascenti da due diverse impugnazioni giungano al medesimo grado, il ricorso in cassazione, e qui essi possano essere riuniti, così Cass., 1° aprile 2004, n. 6391, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4 (la quale dispose la riunione dei differenti ricorsi in cassazione avverso le due sentenze di inammissibilità pronunciate in sede di impugnazione, l'una *ex art.* 617, l'altra *ex art.* 630 c.p.c., contro un provvedimento di estinzione atipica del processo esecutivo).

<sup>169</sup> Vedi la giurisprudenza richiamata nelle due note precedenti.

<sup>170</sup> Nel senso più favorevole all'impugnante sembrerebbe Cass., Sez. un., 15 novembre 2002, n. 16162, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1995, secondo la quale stante l'espressa previsione degli art. 358 e 387 c.p.c., la consumazione del potere di impugnazione presupporrebbe l'esistenza di due impugnazioni della stessa specie nonché, al tempo della proposizione della seconda, una declaratoria di inammissibilità della precedente; pertanto non si avrebbe consumazione del potere di impugnazione quando il suo esercizio sia stato preceduto da un'impugnazione di diversa specie. Dalle parole della Corte sembrerebbe non avere alcuna rilevanza la dichiarazione o meno di inammissibilità della prima impugnazione di specie diversa, pur non essendo espressa sul punto. Più chiara è la successiva Cass., 17 maggio 2013, n. 12113, in *Foro it.*, 2014, I, 1209, la quale specifica che nel caso in cui siano esperiti mezzi di impugnazione di specie diversa, non operando il principio di consumazione dell'impugnazione, ciò che importerebbe ai fini dell'ammissibilità della seconda impugnazione sarebbe unicamente la sua tempestività, irrilevante essendo l'eventuale declaratoria di inammissibilità della prima impugnazione. In senso più limitativo, Cass., 23 maggio 2011, n. 11308, in *Foro it.*, 2012, I, 196, con nota di S. CAPORUSSO, secondo la quale il principio di consumazione dell'impugnazione non escluderebbe che, sino a quando non intervenga una declaratoria d'inammissibilità dell'appello preventivamente notificato, possa esse-

Proprio perché i due giudizi o anche più giudizi procederebbero parallelamente, davanti ad interpretazioni contrastanti dei giudici dell'impugnazione del criterio per individuare lo strumento di critica, si rischierebbe tanto il diniego di giustizia, quanto due decisioni nel merito, con un possibile contrasto tra giudicati<sup>171</sup>. Senza considerare l'aggravio di spese che entrambe le parti sarebbero costrette a sopportare, soprattutto nell'eventualità di una pronuncia di inammissibilità accompagnata da una condanna per responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*<sup>172</sup>.

Insomma, questo stratagemma sembra essere più un rimedio "estremo" che una vera soluzione di sistema.

Le condizioni del caso di specie potrebbero presentare caratteristiche tali da consentire con un unico atto di evitare sgradevoli decadenze a fronte di provvedimenti di incerta qualificazione: così nel dubbio che si debba iniziare un procedimento di impugnazione con citazione piuttosto che con ricorso, come nel caso di appello ordinario e di appello del lavoro, si potrebbe proporre l'atto introduttivo, citazione o ricorso che sia, nel rispetto dei termini di decadenza di entrambi i meccanismi introduttivi; per cui si dovrebbero compiere gli adempimenti della notificazione e del deposito entrambi entro il (doppio) termine decadenziale<sup>173</sup>. In tal modo potrebbe essere sempre utilmente operata la conversione dell'atto erroneamente posto in essere in quello che si sarebbe dovuto porre in essere. Come ben si comprende, tuttavia, si tratta di ipotesi eccezionali.

re esperito un ricorso per cassazione avverso la sentenza relativa all'opposizione agli atti esecutivi, a condizione che la seconda impugnazione risulti tempestiva, dovendo la tempestività valutarsi, anche in caso di mancata notificazione della sentenza, in relazione al termine breve decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione.

Per approfondimenti sull'argomento vedi: S. CAPORUSSO, *La "consumazione" del potere di impugnazione*, Napoli, 2011, 91 ss.

<sup>171</sup> In proposito, vedi gli intelligenti spunti critici di R. ORIANI, *op. cit.*, 751 ss.

<sup>172</sup> Cass., 14 luglio 2022, n. 22241, cit.

<sup>173</sup> In proposito R. Poli, *Invaldità ed equipollenza*, cit., 529 ss.

10. *L'ultrattività del rito intrapreso in primo grado nella fase delle impugnazioni*

Un principio associato a quello dell'apparenza è il principio di ultrattività del rito: esso si è affermato nella giurisprudenza di Cassazione dapprima con riferimento alle controversie in materia di processo del lavoro introdotte con rito ordinario e viceversa<sup>174</sup>, successivamente in anche con riferimento ad altre questioni di rito<sup>175</sup>.

In particolare, fu una sentenza a Sezioni unite<sup>176</sup> a porre le solide basi del principio ancora oggi affermato.

La costruzione della Corte si basa su di una serie di proposizioni collegate l'una all'altra: l'errata scelta del rito non causa di per sé l'invalidità degli atti processuali, ma solo l'esigenza di correzione del rito che produce effetti sugli atti successivi; non consegue alcuna sanatoria dall'eventuale provvedimento di trasformazione del rito, pronun-

<sup>174</sup> A. PROTO PISANI, voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1983, app. vol. IV, 649 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 832 ss.; L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., 308 s. così anche Cass., 14 gennaio 2005, n. 682, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1, la quale mette espressamente in collegamento principio dell'apparenza e dell'ultrattività del rito: «... Ciò, in ossequio al principio della ultrattività del rito, che – quale specificazione del più generale principio per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice – trova specifico fondamento nel fatto che il mutamento del rito con cui il processo è erroneamente iniziato compete esclusivamente al giudice». Analogamente Cass., 12 luglio 2014, n. 15897.

<sup>175</sup> Cass., 19 novembre 1998, n. 11657, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2385; ID., 18 agosto 2006, n. 18201, cit.; ID., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 1181 ss.; ID., Sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491, in *Foro it.*, 2011, I, 1380; ID., 29 dicembre 2011, n. 29867, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, n. 12, 1901. È stata escluso il mutamento del rito per il caso in cui venga introdotta con il rito speciale di cui agli artt. 28 ss. della l. n. 794/1942 una controversia non rientrante tra quelle contemplate nella normativa speciale; in questo caso avrebbe dovuto essere dichiarata l'inammissibilità della domanda da pronunciarsi con ordinanza non soggetta a ricorso straordinario in Cassazione, così: Cass., 9 novembre 2008, n. 23344, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, n. 9, 1340; ID., 5 agosto 2011, n. 17053, *ivi*, 2011, nn. 7-8, 1152; ID., 2 novembre 2018, n. 28049.

<sup>176</sup> Cass., Sez. un., 10 novembre 1982, n. 5919, cit.

ziato dal giudice ai sensi dell'art. 426 c.p.c., trattandosi di atto idoneo bensì ad incidere sull'ulteriore corso del giudizio, non a determinare a posteriori un mutamento delle forme dell'atto introduttivo; l'errore sul rito non può costituire di per sé motivo di impugnazione, tale è solo quello che incide sulla decisione del merito; l'originaria scelta del rito operata dall'attore può essere modificata solo a seguito di provvedimento del giudice; fino a quando non intervenga un provvedimento di mutamento di rito da parte del giudice le parti sono obbligate a seguire il rito originariamente scelto dall'attore o successivamente mutato dal giudice, perché gli eventuali correttivi del rito a seguito di provvedimento di mutamento intervengono per il futuro non per gli atti passati; di conseguenza, per quel che concerne la forma dell'atto d'appello esso deve seguire il rito del primo grado; questo criterio si applica sia davanti ad un'erronea qualificazione da parte del giudice del rapporto giuridico controverso, sia quando l'errore sia consistito nel mancato rilievo della necessità di adottare un determinato rito per un certo rapporto giuridico esattamente qualificato.

Analoghi principi vengono affermati in materia di opposizione contro il decreto ingiuntivo pronunciato dal giudice del lavoro, che sia stata proposta non con ricorso depositato in cancelleria entro venti giorni dalla notificazione del decreto stesso, ma con citazione. Secondo la Cassazione, quest'atto non potrebbe tenere luogo del ricorso ove non sia stato, nel medesimo termine per esso previsto, a sua volta assoggettato alla detta formalità del deposito e non sia stato poi notificato alla controparte unitamente al decreto di fissazione dell'udienza di discussione, non potendo produrre alcun effetto la notificazione compiuta prima del deposito, neanche in presenza di spontanea costituzione dell'intimato<sup>177</sup>. La posizione assunta in questa pronuncia appare particolarmente rigida.

Più in generale i principi affermati dalla giurisprudenza in materia di errore sul rito si possono così riassumere. Non il rito ma la violazione di singole norme del procedimento può determinare la nullità di un atto del processo; in questo caso si applicheranno i principi generali in

<sup>177</sup> Cass., 26 aprile 1993, n. 4867, in *Giur. it.*, 1995, I, 759 ss., con nota di G. RANA, *Proposizione mediante citazione di opposizione a ingiunzione in materia di lavoro: mutamento di rotta o incidente di percorso?*

materia di sanatoria dei singoli atti del processo. Così, la domanda introduttiva di un giudizio con forma errata potrebbe essere convertita o considerata equipollente della domanda compiuta con forma corretta solo nel caso in cui contenga di essa tutti gli elementi necessari per la sua validità. Complessivamente, il meccanismo introduttivo errato potrebbe essere convertito nel meccanismo introduttivo corretto, ma a patto che le formalità correlate al secondo siano state compiute in termini<sup>178</sup>. Ciò varrebbe anche ai fini della produzione degli effetti processuali e sostanziali della domanda: così, se il procedimento doveva essere introdotto con citazione e invece è stato introdotto con ricorso, gli effetti della domanda si producono dalla notifica del ricorso come si produrrebbero dalla notifica dell'atto di citazione; viceversa, se il procedimento è stato erroneamente introdotto con citazione e non con ricorso, gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono dal deposito dell'atto di citazione e non dalla sua notifica<sup>179</sup>. Questi

<sup>178</sup> Cass., Sez. un., 10 febbraio 2014, n. 2907, in *Riv. dir., proc.*, 2014, 1199 ss. con nota di R. POLI, *Le Sezioni Unite sul regime del ricorso proposto erroneamente al posto della citazione e viceversa*, secondo la quale l'appello avverso sentenze in materia di opposizione ad ordinanza-ingiunzione di pagamento di sanzioni amministrative, pronunciata ai sensi dell'art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in giudizi iniziati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 1o settembre 2011, n. 150, ove erroneamente introdotto con ricorso anziché con citazione, sarebbe stato suscettibile di sanatoria, a condizione che nel termine previsto dalla legge l'atto sia stato non solo depositato nella cancelleria del giudice, ma anche notificato alla controparte; nello stesso senso Cass., 14 febbraio 2012, n. 2154, in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri*, 2012, n. 4, 317; Cass., Sez. un., 23 settembre 2013, n. 21675; Id., 8 ottobre 2013, n. 22848, in entrambe in *Foro it.*, 2014, I, 2503 ss., con nota di A. PROTO PISANI, *L'irresistibile forza delle decisioni a sezioni unite*. In dottrina sulla questione: A. PROTO PISANI, *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993, 57 ss., in particolare 58 s.; Id., *Lazioni di diritto processuale civile, cit.*, 791 e 833; A. RONCO, *Pluralità di riti e fase introduttiva dell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 433 ss.; R. POLI, *Invaldità ed equipollenza*, cit., 529 ss.

<sup>179</sup> Cass., 12 settembre 2017, n. 21671, secondo la quale l'opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di locazione, come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447 bis c.p.c., deve ritenersi tempestiva anche se erroneamente proposta con citazione, anziché con ricorso, qualora entro il termine previsto dall'art. 641 c.p.c., avvenga l'iscrizione a ruolo mediante deposito in cancelleria dell'atto di citazione o di una copia di esso (cd. velina) purché, in quest'ultimo caso, segua poi il deposito dell'originale dell'atto.

stessi criteri valgono anche nella fase delle impugnazioni ovvero ai fini della determinazione del rispetto del termine per impugnare.

La limitata sanatoria dell'atto introduttivo introdotto con forma errata è stata giustificata ora in virtù dell'art. 156, ultimo comma, ovvero per effetto del raggiungimento dello scopo dell'atto<sup>180</sup>, ora con riferimento a tale disposizione congiuntamente all'art. 159, ultimo comma ovvero in virtù di principio di conservazione degli atti processuali<sup>181</sup>.

Dalla giurisprudenza quasi granitica sopra esposta si discostano alcune pronunce.

Una di esse è stata resa a Sezioni unite nel 2011 in relazione all'impugnazione delle delibere assembleari disciplinata dall'art. 1137 c.c.<sup>182</sup>.

Probabilmente l'enunciato della Corte prende spunto dall'ambiguità della disciplina intorno alla forma dell'atto di impugnazione delle delibere assembleari, non chiarita dalla normativa di riferimento; su tale questione era in atto un conflitto giurisprudenziale. La propensione a ritenere che l'atto dovesse essere introdotto con ricorso anziché con atto di citazione si poteva basare su di un argomento lessicale:

<sup>180</sup> Cass., 18 agosto 2006, n. 18201, cit., specifica che anche a volere ritenere nullo l'atto introduttivo non conformato secondo il modello legale (ricorso anziché citazione), occorre tenere conto che tale nullità rientrerebbe pur sempre fra quelle formali di cui all'art. 156 c.p.c., sanabili col raggiungimento dello scopo e che per eventuali inosservanze a regole del procedimento ordinario, ivi comprese quelle relative al termine di comparizione di cui all'art. 163 bis c.p.c., il giudice investito della domanda potrebbe disporre d'ufficio la conversione dell'atto introduttivo, mediante la rinnovazione dell'atto, salvo che la parte convenuta non si sia, comunque, costituita; solo il difetto di tale rinnovazione (perché non disposta, ovvero perché non eseguita nonostante la relativa statuizione) darebbe luogo a una nullità che si trasmette all'intero giudizio ed alla successiva sentenza.

<sup>181</sup> Cass. 7 marzo 2008, n. 6196, cit., la quale specifica che l'appello proposto con citazione, anziché con ricorso, può ritenersi tempestivo, in applicazione del principio di conservazione degli effetti degli atti processuali, solo se il relativo atto risulti depositato nel rispetto dei termini per impugnare.

<sup>182</sup> Cass., Sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491, in *Foro it.*, 2011, I, 1380 ss., con nota di M. PIOMBO; in *Corr. giur.*, 2011, 1269 ss., con nota di S. IZZO. Come precedenti vedi: Cass., 16 febbraio 1988, n.1662, in *Archivio delle locazioni*, 1988, 570; Id., 11 aprile 2006, n. 8440, in *Foro it.*, 2006, I, 2326.

l'art. 1137 c.c., ai commi 2° e 3° usava tale termine<sup>183</sup>. Le Sezioni unite, tuttavia, chiarivano che il termine "ricorso" contenuto nella disposizione non doveva essere inteso in senso tecnico, ma nel suo significato generico di «istanza giudiziale, che si ha facoltà di proporre per ottenere l'annullamento delle deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio».

A fondamento di queste sue conclusioni la Corte svolgeva come argomentazione fondamentale il fatto che la prescrizione del ricorso, per veste dell'atto introduttivo dei giudizi in determinate materie, è sempre accompagnata dalla fissazione di varie altre regole, intese in genere a delineare procedimenti caratterizzati da particolare snellezza e rapidità; proprio tali regole sarebbero mancate del tutto con riguardo alle impugnazioni delle deliberazioni condominiali<sup>184</sup>. Perciò, il procedimento avrebbe dovuto essere introdotto con atto di citazione e avrebbe dovuto seguire il rito ordinario.

In una simile situazione è pure comprensibile che la Sezioni unite abbiano precisato limitatamente al caso di specie che l'introduzione dell'impugnazione della delibera assembleare con ricorso anziché con atto di citazione potesse essere ritenuta valida e che, a questo fine, fos-

<sup>183</sup> La disposizione è stata modificata dalla l. 11 dicembre 2012 n. 220. Prima della modifica i commi 2 e 3 rispettivamente disponevano: «Contro le deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio, ogni condomino dissenziente può fare ricorso all'autorità giudiziaria, ma il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento, salvo che la sospensione sia ordinata dall'autorità stessa.

Il ricorso deve essere proposto, sotto pena di decadenza, entro trenta giorni, che decorrono dalla data della deliberazione per i dissenzienti e dalla data di comunicazione per gli assenti».

Allo stato attuale la disposizione non contiene più il termine "ricorso", ma adotta un linguaggio neutro compatibile con entrambe le modalità di introduzione del giudizio.

<sup>184</sup> Cass., Sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491, cit. La soluzione accolta dalla Sezioni unite è apprezzata da Balena, G. BALENA, *Le conseguenze dell'errore nel modello formale dell'atto introduttivo (traendo spunto da un obiter dictum delle Sezioni Unite)*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 647 ss., in particolare 650, il quale tuttavia ha sottolineato come l'intento del legislatore, nel prevedere una forma speciale esclusivamente per l'introduzione del giudizio, potrebbe essere stato quello di agevolare l'attore proprio nella proposizione della domanda, in ragione del ristrettissimo termine di decadenza previsto dall'art. 1137 c.c.

se sufficiente che entro i trenta giorni stabiliti dall'art. 1137 c.c. l'atto fosse presentato al giudice, e non anche notificato.

Questa pronuncia, infatti, non ha avuto seguito nella giurisprudenza successiva<sup>185</sup>.

L'impostazione della giurisprudenza maggioritaria non ha convinto Balena che ha ben considerato la conclusione raggiunta dalla seconda giurisprudenza esposta, seppur nella peculiarità del caso di specie.

L'autore ha messo in evidenza come lo scopo di recuperare una limitata validità dell'atto introduttivo errato non si possa basare sugli artt. 156, ultimo comma e 159, ultimo comma. La prima disposizione, infatti, si limiterebbe a prevedere il definitivo consolidamento di un atto nato viziato, ma lasciando immutate la natura e la qualificazione dell'atto medesimo; mentre dubbio sarebbe che l'art. 159, ultimo comma possa fondare il fenomeno della conversione dell'atto processuale errato nell'atto processuale che originariamente andava compiuto, analogamente all'art. 1424 c.c.<sup>186</sup>.

Piuttosto, secondo tale autore dagli artt. 426, 427 e 439 c.p.c. potrebbe essere tratta la conclusione che ogniquale volta l'utilizzazione della citazione in luogo del ricorso, o viceversa, implichi un errore sul rito della causa, la validità e l'efficacia dell'atto introduttivo debbano essere valutate, a qualunque fine, secondo le regole proprie del rito erroneamente scelto dall'attore, per la ragione che le norme richiamate non prevedono alcuna eccezione a tale principio, né subordinano la

<sup>185</sup> Cass., Sez. un., 10 febbraio 2014, n. 2907, cit., nel riaffermare l'orientamento classico della giurisprudenza di cassazione ha specificato in relazione a tale particolare pronuncia: «In conclusione, si è ritenuto che il suddetto principio non possa trovare alcuna, più generale applicazione al di fuori dell'ambito della impugnazione di delibere condominiali, apparendo del tutto indubitabile che, per valutare la tempestività di una impugnazione da proporsi con atto di citazione, occorra fare riferimento alla data di notifica dell'atto e non alla data del suo deposito nella cancelleria del giudice *ad quem*, sicché la forma del ricorso non potrebbe mai considerarsi, in quanto tale, idonea al raggiungimento dello scopo dell'atto di citazione, in assenza di uno degli elementi essenziali a tale fine, quale la *vocatio in ius*».

<sup>186</sup> G. BALENA, *Le conseguenze dell'errore nel modello formale dell'atto introduttivo (traendo spunto da un obiter dictum delle Sezioni Unite)*, cit., 656 s. in senso simile in precedenza: V. DENTI, voce *Nullità*, cit., 481; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 92 s. F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 113 ss.

c.d. conversione del rito ad alcuna condizione; perciò, anche per stabilire il momento in cui si producono gli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale, dovrà aversi riguardo alla disciplina propria del modello di atto introduttivo concretamente utilizzato<sup>187</sup>.

Tale principio sarebbe applicabile in ogni caso di errore di rito, anche diverso dal rito del lavoro, in virtù dell'art. 40, comma 5 c.p.c., che almeno in casi di connessione richiama proprio gli artt. 426, 427 e 439 per incanalare il procedimento secondo il rito corretto. Quello di cui l'autore dubita è che tale meccanismo sia applicabile nella fase di impugnazione sia perché il legislatore in tali disposizioni sembrerebbe aver pensato all'atto iniziale dell'attore riguardante l'instaurazione del processo in primo grado, sia perché un'eventuale interpretazione estensiva si porrebbe in rotta di collisione col principio c.d. di ultrattività del rito<sup>188</sup>. Allora il richiamo all'art. 439 dovrebbe solo servire ad incanalare il procedimento secondo il rito corretto, ma non avrebbe alcuna forza salvifica delle eventuali decadenze legate al termine per impugnare.

Le conclusioni raggiunte dal giurista sembrano confermate da una disposizione presente nel decreto sulla semplificazione dei riti, d.lgs. n. 150/2011, nell'ambito della disciplina dell'errore nella scelta del rito (art. 4). In particolare, ai sensi dell'art. 4, comma 5: «Gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento. Restano ferme le decadenze e le

<sup>187</sup> R. POLI, *Le Sezioni Unite sul regime del ricorso proposto erroneamente al posto della citazione e viceversa*, cit., 1207 ss., sottolinea che volendo seguire questa tesi, le decadenze verrebbero impediti, ma non sarebbero comunque sanate le nullità relative alla *vocatio in ius*. Per questi vizi potranno operare le cause di sanatoria con efficacia retroattiva previste dal sistema e miranti alla conservazione degli effetti del potere (mal) esercitato. Nel momento in cui l'atto introduttivo concretamente posto in essere dovesse essere imperfetto nel confronto con la normativa di riferimento, l'autore propone l'applicazione analogica dello schema fornito dagli artt. 426 e 439: il giudice dovrebbe fissare un'apposita udienza dando alle parti un termine perentorio entro il quale dovranno provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria.

<sup>188</sup> G. BALENA, *op. cit.*, 657 ss., perciò, a suo parere a tale ipotesi farebbero eccezione: sia i casi di impugnazione – opposizione, proprio perché si tratterebbe sempre di introdurre il primo grado di giudizio; sia i giudizi di impugnazione che per legge seguano un rito diverso rispetto al primo grado di giudizio.

preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento»<sup>189</sup>. Grazie a questa disposizione, quindi, gli effetti della domanda introdotta con rito erroneo si producono fin da principio. Inoltre, la Cassazione<sup>190</sup> ha specificato che gli effetti della domanda, seppur dalla forma errata, si producono ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 150/2011 indipendentemente dalla pronuncia dell'ordinanza di mutamento del rito da parte del giudice. La Cassazione precisa che questo provvedimento non comporterebbe una regressione del processo ad una fase anteriore a quella già svoltasi, né servirebbe a valutare la legittimità degli atti di parte e del giudice adottati sino a quel momento alla stregua delle regole del nuovo rito, né costituirebbe un presupposto per la salvezza dei relativi effetti, i quali si produrrebbero in relazione alle norme del rito iniziale, ma indicherebbe solo il discrimine temporale tra l'applicazione delle regole del rito iniziale e quelle del rito da seguire nel prosieguo del giudizio, consentendo alle parti di adeguare le difese alle regole del rito da seguire.

Ebbene la portata di quest'ultima disposizione sembra essere ben

<sup>189</sup> A commento di questa disposizione R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 771, nota come essa non possa essere considerata un'applicazione del principio dell'apparenza, piuttosto una disposizione che mette al riparo la parte dai suoi errori. Sulla portata di tale disposizione vedi: A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti*, cit., 79 ss.; R. TISCINI, *Commento all'art. 4*, in B. Sassani, R. Tiscini, *La semplificazione dei riti*, cit., 44 ss.; G. FINOCCHIARO, *Mutamento del rito disposto con ordinanza*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 40, 84 ss.; S. IZZO, *Mutamento del rito*, in *Foro it.*, 2012, V, 82; L. PENASA, *Commento all'art. 4*, in C. Consolo (cur.), *Commento al codice di procedura civile. La "semplificazione" dei riti e altre riforme processuali 2010-2011*, Milano, 2012; M. FARINA, *Commento all'art. 4*, in R. Martino, A. Panzarola (cur.) *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 30 ss.; M.A. LUPOI, *Processo sommario di cognizione: il "rito" e il "modello"*, cit., 332 ss.; F. COSSIGNANI, *Il mutamento del rito in primo grado ex art. 4, d.lgs. n. 150/2011*, in *Giur. it.*, 2020, 495 ss.; C. SCALVINI, *L'errore tipologico nell'atto introduttivo dei giudizi di opposizione*, *ibidem*, 488 ss. Questa dottrina affronta anche la questione delle preclusioni che a seguito del mutamento del rito si sono verificate con riferimento al rito mutato appunto.

<sup>190</sup> Cass., 12 gennaio 2022, n. 758, in *Foro it.*, 2022, I, 2825 ss., con nota di D. LONGO, *Atto introduttivo formalmente erroneo*; in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1401 ss. con nota di F.C. MALATESTA, *Sul consolidamento del rito erroneamente instaurato*; in *DPCieC*, 2002, n. 1, 105, con nota di R. METAFORA, *Errore nella forma dell'atto introduttivo e salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda*.

maggiore rispetto a quella degli artt. 426, 427 e 439, almeno secondo l'interpretazione che di quest'ultima serie di disposizioni dà la giurisprudenza maggioritaria.

Certo è che l'art. 4 è lacunoso nel punto in cui prevede il meccanismo di mutamento del rito solo quando una controversia al quale si applichi il d.lgs. n. 150/2011 sia introdotta in forma errata, non viceversa. Inoltre, il mutamento di rito non può essere pronunciato oltre il termine di cui all'articolo 171 bis c.p.c., dopo la riforma Cartabia, prima non altre la prima udienza di trattazione (art. 4, comma 2).

L'auspicio che questa disposizione diventi una norma di carattere generale applicabile in tutte le ipotesi in cui ci sia un errore nella scelta del rito è stato smentito da una sentenza della Corte costituzionale del 2018<sup>191</sup>. In questa pronuncia la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 426 c.p.c., censurato, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui, come interpretato dalla Corte di cassazione, non prevede che, in caso di introduzione con rito ordinario di una causa soggetta al rito previsto dagli artt. 409 ss. c.p.c. e di conseguente mutamento del rito, gli effetti sostanziali e processuali si producano secondo le norme del rito ordinario, seguito fino al mutamento. Nonostante la sua posizione la Corte non può far a meno di rilevare come «l'auspicata riformulazione del meccanismo di conversione del rito riflette una valutazione di opportunità, e di maggior coerenza di sistema, di una sanatoria piena, e non dimidiata, dell'atto irrituale, per raggiungimento dello scopo, ma non per questo risponde ad una esigenza di *reductio ad legitimitatem* della disciplina attuale, posto che tale disciplina (a sua volta coerente ad un principio di tipicità e non fungibilità delle forme degli atti) non raggiunge quella soglia di manifesta irragionevolezza che consente il sindacato di legittimità costituzionale sulle norme processuali».

Queste conclusioni vanno valutate alla luce di una nuova futura disposizione che riguarda il rito speciale in materia di persone, minorenni e famiglie. Secondo lo schema di decreto legislativo correttivo del d.lgs. n. 149/2022 dovrebbe essere modificato l'art. 473 bis, intitolato

<sup>191</sup> Corte cost., 2 marzo 2018, n. 45, in *Giur. cost.*, 2018, 541 ss., con nota di R. CAPONI, *Sanatoria retroattiva delle nullità processuali, rimessione in termini e giusto processo civile*.

“Ambito di applicazione. Mutamento del rito”; verrebbe introdotto un meccanismo di salvaguardia dalle decadenze dovute all'introduzione con rito errato analogo a quello previsto dall'art. 4 d.lgs. n. 150/2011. Il passaggio sarebbe da un rito errato (diverso dal rito speciale di cui agli artt. 473 bis ss. c.p.c.) al rito speciale in materia di persone, minorenni e viceversa, con eventuale *transaltio iudicii* in caso di incompetenza. In questa nuova versione di meccanismo di mutamento del rito vengono contemplate entrambe le opzioni di introduzione con rito errato espressamente, con il medesimo regime di conservazione degli effetti prodotti dalla domanda introdotta con il rito sbagliato e con lo analogo limite temporale per la pronuncia del provvedimento di mutamento del rito (non oltre la prima udienza).

Da rilevare anche che rispetto al vecchio meccanismo di mutamento del rito disciplinato nel processo del lavoro, quello moderno non viene limitato all'ipotesi di errore tra processo del lavoro e ordinario o viceversa, ma si fa genericamente riferimento al rito di famiglia e a un “un procedimento diverso”, dando all'istituto un'impronta di generalità.

In questa ipotesi il mutamento del rito non può essere disposto oltre la prima udienza, se si tratta di passare dal rito ordinario al rito speciale, non oltre il termine di cui all'articolo 171 bis c.p.c., in applicazione analogica dell'art. 4 d.lgs. n. 150/2011, comma 2. Analogamente si prevede che «Gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le forme del rito seguito prima del mutamento e restano ferme le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento».

Questa novità può avere una duplice lettura: il fatto che non sia prevista una disposizione generale potrebbe confermare la specialità del meccanismo di salvaguardia, da limitare alle ipotesi tipiche; oppure, questa disposizione dimostrerebbe l'esigenza di un'interpretazione più razionale anche delle altre disposizioni che prevedono il mutamento del rito, dando luogo altrimenti ad un'irragionevole disparità di trattamento tra rito e rito.

L'ideale per i casi non espressamente contemplati sarebbe operare una commistione tra gli aspetti migliori delle due discipline di mutamento del rito: consentire la salvaguardia degli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il rito errato e al contempo consentire il mutamento di rito in ogni stato e grado del

procedimento, o almeno per tutto il corso della trattazione, recuperando eventualmente le attività specifiche ed essenziali del rito giusto non compiute. Questa sembra essere la politica del processo ordinario disciplinato dal primo grado di giudizio: la scelta di una delle due modalità di svolgimento del procedimento, introdotto in modo differente, a posteriori rivelatasi se non errata almeno inadeguata, non compromette gli effetti sostanziali e processuali che *in medio tempore* si siano verificati. Vero è che nel processo ordinario il mutamento del rito dovrebbe essere disposto in prima udienza o anche prima (quando il giudice compie le verifiche di cui all'art. 171 bis secondo lo schema del decreto correttivo), ma non c'è un'espressa preclusione a che ciò avvenga successivamente, come ad esempio nell'art. 4, comma 2 d.lgs. n. 150/2011 o nell'ultimo comma dell'art. 473 bis dello schema di decreto correttivo.

La Cassazione ha specificato che l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 150/2011 riguarderebbe il solo caso in cui il giudizio sia stato erroneamente instaurato in primo grado secondo un rito difforme da quello previsto dalla legge; mentre tale norma non potrebbe essere estesa all'ipotesi in cui l'errore sia caduto sulle modalità di proposizione dell'appello, dopo che il primo grado di giudizio si sia svolto secondo le forme prescritte; infatti, la norma disporrebbe la salvezza degli effetti processuali della domanda secondo le norme del rito seguito prima del mutamento, prevedendo al comma 2 che la conversione del rito venga pronunciata «non oltre la prima udienza di comparizione delle parti», oggi a seguito della riforma Cartabia, non oltre il termine di cui all'articolo 171 bis c.p.c.<sup>192</sup>.

Illegittimo dovrebbe essere considerato il mutamento del rito disposto dopo il termine indicato dall'art. 4, 2° comma, senza che ci sia un mezzo per contestare tale provvedimento. Perciò, ci si è chiesti quale sia il rito da seguire nell'impugnare il provvedimento conclusivo di un procedimento emesso secondo il rito stabilito dal giudice oltre il termine di legge: se si segue il principio dell'apparenza esso dovrebbe

<sup>192</sup> Cass., 18 agosto 2016, n. 17192, in *IUSprocessocivile*, 24 agosto 2016, con nota di G. BUFFONE, *La trasformazione del rito non sana l'inammissibilità dell'atto di appello erroneamente introdotto*; Id., 2 agosto 2017, n. 19298; Id., 25 settembre 2019, n. 23909.

essere quello del rito voluto dal giudice; se si segue il principio della sostanza quello del rito originariamente scelto che non poteva più essere mutato. Alla fine si è concluso che in ipotesi di tale genere, quando risulta particolarmente difficile l'opzione per l'uno o per l'altro principio, la soluzione più conveniente è consentire di impugnare in entrambi i modi<sup>193</sup>.

Nella disciplina sulla semplificazione dei riti non sembrerebbe esserci spazio per un mutamento del rito disposto dopo il termine di cui all'articolo 171 bis c.p.c.: o meglio, in secondo grado il mutamento del rito potrebbe essere disposto in applicazione analogica dell'art. 439, senza l'applicazione del regime privilegiato di cui all'art. 4, comma 5 d.lgs. 150/2011<sup>194</sup>. Questa conclusione potrebbe valere anche per mutamenti del rito successivi al termine previsto dall'art. 4, comma 2 in primo grado in applicazione analogica dell'art. 426 c.p.c.; nonché per il mutamento dai riti speciali di cui al d.lgs. n. 150/2011 al rito ordinario, in applicazione analogica dell'art. 427 c.p.c..

In ogni caso, sbagliato il rito in primo grado e non convertito in rito corretto o non convertito correttamente, altra questione dovrebbe essere la forma e semmai anche il tipo di mezzo di impugnazione da seguire per il proseguo, soprattutto quando ci sia un motivo di impugnazione sul rito; altrimenti, l'eventuale pregiudizio processuale dovuto all'adozione di un rito sbagliato in primo battuta dovrebbe essere considerata irrimediabile.

In proposito, vi è una pronuncia<sup>195</sup> che si distacca dalla giurisprudenza classica e dal principio di ultrattività del rito.

La Cassazione affronta il problema di un appello proposto avverso un provvedimento che avrebbe dovuto essere emesso al termine di un rito ordinario dal tribunale in composizione collegiale, perché si tratta di una controversia relativa ad una questione di status; al contrario, viene seguito il procedimento sommario di cognizione. Il provvedi-

<sup>193</sup> G. BALENA, *Precisazioni giurisprudenziali e novità normative in tema di errore sul rito*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 326 ss.

<sup>194</sup> Non nega la possibilità di un mutamento del rito in appello Cass., 11 giugno 2019, n. 15722; ritine che la norma sia di stretta interpretazione anche F. COSSIGNANI, *Il mutamento del rito in primo grado ex art. 4, d.lgs. n. 150/2011*, cit., 497 ss.

<sup>195</sup> Cass., 21 ottobre 2019, n. 26729, sulla quale vedi R. ORIANI, *"Essere" e "dove essere" essere*, cit., 363 ss.

mento viene appellato, oltre il termine previsto nel rito speciale, ma nel termine secondo il rito ordinario proponendo uno specifico motivo d'appello sul punto; la corte d'appello adita, senza esaminare la censura relativa all'errore nel rito seguito ed alla composizione dell'organo giudicante, in applicazione del principio di ultrattività del rito, conclude che l'errata qualificazione proposta dal primo giudice si rifletta sul regime dell'impugnazione e ne comporti l'inammissibilità per mancato rispetto da parte appellante del termine di trenta giorni dalla comunicazione previsto dall'art. 702 quater c.p.c.

La sentenza d'appello viene portata davanti alla Corte di cassazione la quale arriva ad una conclusione in dissonanza con la sua giurisprudenza maggioritaria: il giudice di secondo grado, davanti al quale è stata denunciata la questione relativa al corretto inquadramento giuridico della domanda fatta propria dal giudice di primo grado, non avrebbe dovuto esimersi dall'esaminare la fondatezza del motivo di appello; l'errore eventualmente commesso dal tribunale non avrebbe dovuto riflettersi anche sul regime del gravame, che andrebbe regolato sulla base dei principi e delle norme previste dal rito effettivamente previsto dalla legge, e non da quello diverso, erroneamente applicato dal giudice di prima istanza. La Corte sottolinea come questo non dovrebbe avvenire mai quando il rito erroneamente adottato in primo grado sia contraddistinto da termini maggiormente rigorosi e ristretti rispetto a quelli previsti dal rito che avrebbe dovuto essere applicato alla fattispecie del caso.

Insomma, se si segue il principio della prevalenza della sostanza sulla forma anziché quello dell'ultrattività del rito, dove essere consentito alla parte che denunci l'errore di rito in primo grado adottare direttamente il rito a suo parere corretto<sup>196</sup>. Ritenendo il contrario, si continuerebbe a far dipendere l'ordine delle impugnazioni da un errore di qualificazione del giudice di primo grado, quando superando lo

<sup>196</sup> In questo senso R. POLI, *Invalità ed equipollenza*, cit., 629, secondo il quale l'erronea adozione del rito ordinario da parte del giudice di primo grado in luogo del rito speciale, salvi i principi dell'ultrattività del rito, non impedisce che la parte che intende impugnare la sentenza possa, conformandosi in anticipo al rito speciale prescritto per la natura della controversia, proponendo validamente l'appello nelle forme previste da tale rito.

“scoglio iniziale”, il vaglio di ammissibilità, l'errore di rito potrebbe essere riconosciuto dallo stesso giudice *ad quem* con mutamento di rito ed eventuale attivazione di meccanismi recuperatori, in applicazione analogica dell'art. 439 in combinato disposto con l'art. 426. Vero è che il mutamento del rito può essere disposto solo dal giudice, ma ciò non toglie che esso possa essere “suggerito” da un'istanza critica della parte, in primo come in secondo grado. Inoltre, in un contesto che dia il giusto peso alle forme, mai sterili e fini a se stesse, dovrebbero essere recuperati gli effetti di un atto “non appartenete” all'ordine del rito denunciato come errato, applicando il rito corretto retroattivamente.

Se, invece, l'impugnante avesse optato per un rito ritenuto corretto che così non si rivelasse al vaglio del giudice *ad quem*, allora potrebbero essere attivati i meccanismi recuperatori propri della disciplina delle nullità.

#### 11. *L'opzione ragionata a favore del principio della prevalenza della sostanza sulla forma*

Nel corso dei paragrafi precedenti ci sembra di aver chiarito quali sono le criticità dell'una piuttosto che dell'altra teoria. A questo punto della trattazione è doveroso optare nettamente e in maniera ragionata per una delle due posizioni, con tutte le conseguenze che ne comporta.

In primo luogo, l'adozione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma sembra l'unica scelta possibile per una evidente ragione: il principio dell'apparenza, specialmente nella sua nuova formulazione, non funziona di per sé; anche nelle sue prime teorizzazioni, come abbiamo visto, non mancavano certo i riferimenti alla sostanza per sciogliere alcuni nodi inestricabili.

Il principio dell'apparenza, di nuova concezione, non può operare senza il supporto in via subordinata del criterio della sostanza del provvedimento emesso o ancor peggio all'effettiva volontà del giudice che l'ha adottato, eventualmente desumibile da altro elemento frutto di interpretazione, le modalità concrete secondo le quali si è svolto il procedimento, che a loro volta potrebbero essere frutto di errori procedurali. Quest'ultimo criterio potrebbe non funzionare più a fronte di procedimenti che si sono molto avvicinati nelle loro forme, come

l'opposizione all'esecuzione e l'opposizione agli atti esecutivi: prima del 2006, ad esempio, poteva essere indice della natura di opposizione all'esecuzione di un provvedimento di sospensione dell'esecuzione; con la l. n. 52/2006, un simile provvedimento può essere adottato anche prima di introdurre la fase del merito del procedimento di opposizione agli atti esecutivi (art. 618, comma).

Insomma, scegliendo il secondo criterio, ci si imbatterebbe in un margine di incertezze ben maggiore di quelle che la teoria dell'apparenza aveva intenzione di evitare.

Il secondo argomento in favore del principio sostanzialistico riguarda la necessità di far riferimento alla sostanza del provvedimento davanti a provvedimenti che hanno la stessa forma ma differente natura, o peggio, si differenziano non per natura ma per il regime delle impugnazioni.

Il terzo e decisivo argomento è che non si può far dipendere il proseguo del procedimento da un errore di qualificazione del giudice, condizionando non solo la forma dell'impugnazione della parte, ma anche le modalità di svolgimento del successivo giudizio di impugnazione.

Infine, va considerato, *ad adiuvandum*, che seguendo il secondo criterio, un provvedimento impugnabile per legge non sarebbe tale, se il giudice avesse errato nell'adottarlo e come inoppugnabile lo avesse qualificato.

Del resto, non si vede il motivo per cui si dovrebbe stabilire se un provvedimento difforme dal modello legale possa svolgerne la funzione, su di essa misurando la validità o meno della forma in concreto posta in essere, quando poi sulla base della forma errata dovrebbe essere determinata la modalità di critica del provvedimento stesso.

Il principio sostanzialistico va applicato sia nel processo ordinario che nei procedimenti speciali, avendo riguardo non solo al contenuto specifico del provvedimento, ma anche al rispetto dei presupposti di accesso al procedimento e alle modalità concrete del suo svolgimento.

In riferimento al processo ordinario due nodi vanno sciolti, relativi a questioni dibattute anche tra coloro che aderiscono alla teoria della prevalenza della sostanza sulla forma: la possibilità o meno del giudice istruttore di emettere in maniera anomala provvedimenti dal contenuto decisorio; la fondatezza della tesi secondo la quale l'art. 279, comma 4 c.p.c. avrebbe carattere eccezionale, per cui in virtù di tale norma, le

ordinanze con contenuto di sentenza in senso sostanziale, emesse nel corso del procedimento, rimarrebbero semplici provvedimenti ordinatori.

In ordine alla prima questione si può dire che l'ordinamento non esclude di per sé che il giudice istruttore possa emettere dei provvedimenti a carattere decisorio: così alcune ordinanze anticipatorie, come l'ordinanza di cui all'art. 186 ter, comma 5, che fa riferimento al meccanismo di stabilizzazione del decreto ingiuntivo non opposto; così l'ordinanza di cui all'art. 186 quater, che per espresso disposto di legge, nei casi indicati, può acquisire l'efficacia di sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza. Generalmente, però, nel corso del procedimento ordinario il giudice istruttore esercita i poteri ordinatori riconosciutigli dall'art. 175, emettendo provvedimenti di carattere ordinatorio appunto. Nell'adottarli può compiere delle valutazioni di merito prodromiche alle determinazioni necessarie alla prosecuzione del procedimento. Tuttavia, potrebbe anche accadere che si spinga oltre, andando a decidere su di un'istanza specifica proposta dalla parte e riservata al collegio: così, ad esempio, quando adotta irritualmente i provvedimenti di cui agli artt. 183 ter e quater, se si suppone, come ci sembra, che tali ordinanze possano essere adottate anche davanti al giudice collegiale e siano provvedimenti riservati al collegio. A guidare l'impugnazione del provvedimento dovrebbe essere la sua natura ed in sede di impugnazione deve essere denunciata l'errata composizione dell'organo giudicante.

Nei procedimenti speciali, non c'è dubbio che il giudice istruttore possa emettere provvedimenti a carattere decisorio o comunque definitivo, come accadeva nel processo di divisione prima della riforma che ha riservato la maggior parte delle cause al tribunale al giudice monocratico.

Il secondo punto relativo al processo ordinario riguarda la portata dell'art. 279, quarto comma. Come detto in precedenza, dal combinato disposto di tale norma con il comma precedente si può arguire che il riferimento del quarto comma è non solo ai provvedimenti emessi dal collegio, o dal giudice monocratico, nelle cause che proseguono perché la questione pregiudiziale o preliminare viene sciolta in senso negativo, ma anche alle cause in cui sia disposta una separazione e alcune domande siano decise altre no. Per cui la disposizione non prevede al-

cuna deroga al regime delle sentenze non definitive emesse in forma di ordinanza, perché altrimenti si dovrebbe supporre che sia possibile emettere in forma di ordinanza revocabile anche un provvedimento che deve avere la forma della sentenza definitiva a chiusura di una delle domande connesse, ma logicamente autonome. Piuttosto, la norma si limita a stabilire che le valutazioni di merito contenute nella motivazione di tali provvedimenti, probabilmente giustificazione delle successive indicazioni a carattere ordinatorio o istruttorio, non pregiudicano la futura decisione di merito; ma se una decisione di merito c'è stata, essa deve essere impugnata con il mezzo suo proprio.

Con riferimento ai procedimenti speciali, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma va applicato non solo nella sua versione più immediata, così quando il giudice non ha risposto alla contestazione della parte nei procedimenti decisorii sommari emettendo comunque ordinanza o decreto, ma anche quando la mancanza dei presupposti processuali escluda l'applicazione di quello specifico procedimento o rito, associato ad un speciale regime di stabilità o di impugnazione del provvedimento finale. Infatti, in entrambi i casi la decisione sarebbe dovuta seguire ad un rito diverso. Questo vuol dire che se al posto di un procedimento sommario decisorio si doveva seguire il rito ordinario o altro rito speciale parimenti a cognizione piena come il rito del lavoro, il provvedimento non opposto adottato al di fuori dei presupposti di legge sarà appellabile, alle condizioni del rito che si doveva seguire.

La natura di un provvedimento può essere arguita dalla sua struttura, dal fatto che le considerazioni di merito siano nella motivazione e non nel dispositivo, non dal disposto sulle spese certo, che potrebbe mancare anche in una sentenza ed essere motivo di impugnazione, e che comunque c'è anche in provvedimenti di carattere non decisorio, purché ci sia una contrapposizione di interessi; non dalla sottoscrizione, che potrebbe essere difettosa anche in una sentenza formale. La natura del provvedimento potrebbe essere arguita anche dal procedimento, dalla sussistenza o meno dei presupposti per la sua adottabilità, dal contenuto delle istanze delle parti, dalla risposta ad esse da parte del giudice.

L'unico dato che non dovrebbe essere dirimente è la qualificazione del provvedimento che il giudice *a quo* ha adottato.

A nostro parere, non c'è differenza tra il criterio sostanzialista, come in questa sede inteso, e il criterio del "dover essere del provvedimento", per il quale ha mostrato il favore un giurista che recentemente ha ultimato un approfondito studio sul problema dell'impugnazione del provvedimento anomalo<sup>197</sup>. Nella maggior parte delle ipotesi la coincidenza è immediata, ma ci possono essere dei casi in cui potrebbe sembrare diversamente. Se si pensa, in particolare, ad un'ipotesi sopra enunciata si può comprendere meglio cosa si intende. È il caso del giudice istruttore che in una causa di competenza del collegio abbia emesso un provvedimento dal carattere decisorio, come quando venga avanzata un'istanza *ex* 183 *ter* o *quater* ovvero, come era nel giudizio di divisione di competenza del tribunale collegiale, quando veniva emessa un'ordinanza basata sulla non contestazione dal giudice istruttore senza che ricorressero che condizioni di legge. Si potrebbe concludere che avendo riguardo alla sostanza del provvedimento il mezzo di impugnazione debba essere l'appello, mentre avendo riguardo al provvedimento che il giudice istruttore avrebbe dovuto emettere, ovvero un'ordinanza di remissione al collegio, non vi sarebbe altro strumento che la revoca o modifica del medesimo; in verità però i due criteri portano alla stessa soluzione, perché violando la legge si è impedito che decidesse l'organo deputato, dopo aver seguito un certo iter. Perciò nella sostanza si ha un provvedimento decisorio emesso dal giudice in composizione errata, mentre per legge avrebbe dovuto essere adottato un provvedimento decisorio con diversa composizione del giudicante, dopo lo svolgimento di tutte le formalità che portano alla rimessione della causa in decisione.

Stabilito ciò, rimangono due ulteriori nodi da sciogliere: il momento a partire dal quale decorre il termine per impugnare; gli eventuali meccanismi recuperatori in caso di errore nella scelta del mezzo di impugnazione.

La prima questione può essere immediatamente risolta: il termine per impugnare deve essere quello proprio del mezzo di elezione secondo la sostanza del provvedimento e deve decorrere da un momento certo, se del caso servendosi del meccanismo dell'equipollenza. Perciò,

<sup>197</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., il pensiero dell'autore emerge soprattutto nel cap. V.

in presenza di un'ordinanza adottata in luogo di sentenza, si applicheranno gli articoli 325 e 326 c.p.c.: il termine lungo di impugnazione, dovrebbe decorrere dal momento della pseudo pubblicazione dell'ordinanza ovvero, se pronunciata in udienza, dal momento della sottoscrizione del verbale da parte del giudice; se pronuncia fuori udienza, dal momento del deposito dell'originale del provvedimento nella cancelleria del giudice. La questione dell'equivalenza tra pubblicazione della sentenza e deposito nella cancelleria del giudice di provvedimenti dalla forma differente dovrebbe essere semplificata dal nuovo decreto correttivo; quest'ultimo, infatti, dovrebbe sostituire per tutti i provvedimenti il classico deposito del provvedimento nella cancelleria del giudice con il deposito telematico da parte del giudice stesso, che firmerà il provvedimento con modalità telematiche. Se il provvedimento ha sostanza di sentenza il deposito telematico sarà equivalente alla sua pubblicazione (art. 133 dello schema di d.lgs. correttivo).

Il termine breve, invece, dovrebbe decorrere dalla notificazione del provvedimento operato dalla parte, non dagli uffici ai sensi dell'art. 134, ultimo comma c.p.c. o dalla comunicazione del provvedimento<sup>198</sup>.

All'inverso se viene pronunciata una sentenza dal contenuto istrut-

<sup>198</sup> In questo senso R. ORIANI, *op. cit.*, 557 s. secondo il quale quando l'ordinanza per il suo contenuto viene assoggettata al regime proprio della sentenza, non possono che estendersi ad essa i meccanismi per mettere in moto il termine di decadenza dal potere di impugnare. A. CERINO CANOVA, *Ordinanza di contenuto «decisorio» e termine di impugnazione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1475 ss., ha cercato, invece, di coniugare le peculiarità del regime di pubblicità dell'ordinanza di cui agli artt. 134 e 136 c.p.c., con l'esigenza di certezza del decorso dei termini per impugnare, che dovrebbe essere quello proprio delle sentenze. Per cui il termine breve non potrebbe decorrere dalla comunicazione, non essendo essa un equipollente della notificazione sia per contenuto, sia per provenienza, ma si dovrebbe far riferimento per far decorre il termine breve alla notifica del provvedimento. Invece, il termine lungo dovrebbe decorrere dalla comunicazione per analogia con il termine di reclamo delle ordinanze istruttorie al collegio, sempre che l'ordinanza sia stata pronunciata fuori udienza; se pronunciata in udienza si dovrebbe presumere che essa sia conosciuta dalle parti interessate, perciò, da tale momento il termine lungo dovrebbe decorrere. Come critica a tale impostazione, si può notare che il metodo applicato per determinare i termini di impugnazione è un ibrido tra due sistemi diversi, mentre una maggiore certezza su un punto così importante per la parte soccombente viene favorita da un'opzione netta, da applicare ad ogni ipotesi di errore del giudice.

torio, essa non sarà impugnabile, ma revocabile o modificabile come un'ordinanza istruttoria. Se è emessa sentenza al posto dell'ordinanza di convalida essa non sarà impugnabile, perché tale provvedimento passa immediatamente in giudicato.

Prima di sciogliere la seconda questione, invece, è opportuno analizzare i meccanismi recuperatori presi in considerazione dalla dottrina che si è occupata di questo tema. Perciò, andremo a vedere come è stato risolto il problema dell'impugnazione del provvedimento anomalo in due ordinamenti vicini al nostro, quello francese e quello tedesco. Poi, è utile anche allargare lo sguardo al processo penale italiano, dove troviamo disciplinato un rimedio per l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione proposto. Infine, andremo a constatare se e in che misura essi possano trovare ingresso nel processo civile ovvero se l'unico rimedio allo stato attuale possibile sia la rimessione in termini, per proporre impugnazione corretta dopo aver eletto l'impugnazione sbagliata.

12. *L'errore di qualificazione di un provvedimento da parte del giudice e la salvaguardia del potere di impugnare nell'ordinamento giuridico francese*

Nell'esaminare il *code de procédure civile français* voluto da Napoleone<sup>199</sup>, è stato messo in evidenza il piglio antiformalistico dell'opera, o meglio, l'intenzione del legislatore di eliminare qualunque appiglio fornito da formalità inutili al fine di annullare il provvedimento e riiniziare il giudizio d'accapo. L'idea di fondo era che in tal modo non si facesse altro che ritardare il momento in cui il giudizio sarebbe arrivato alla sua naturale conclusione, la decisione del merito, salvo che tale formalità non avessero comportato un pregiudizio al diritto di difesa di parte.

Nelle disposizioni relative alle impugnazioni, in particolar modo all'appello, si trovavano due norme, gli artt. 453 e 454, in cui si esprimeva tutta la filosofia degli autori del codice: venivano sottoposte ad appello quelle sentenze qualificate per inappellabili, ma pronunziate

<sup>199</sup> Cap. II, §§ 7 e 8.

da giudici che non potevano proferire che in prima istanza; di contro non erano appellabili le sentenze qualificate come appellabili ma pronunciate da giudici alla quale spettavano giudizi inappellabili (art. 453); infine, venivano considerate appellabili le pronunce sulla competenza, quantunque fossero state qualificate per inappellabili (art. 454).

Si può capire lo spirito di tali disposizioni: venivano riferite a quello che era il mezzo di impugnazione più diffuso, *l'appel*, mentre era ancora ambiguo il ruolo del *Tribunal de cassation*.

Nell'attuale *code de procédure civile français* è stato trasfuso lo spirito antiformalistico dell'illustre avo, come è già emerso dall'esame della disciplina delle nullità<sup>200</sup>.

L'evoluzione della mappa dei mezzi di impugnazione a disposizione delle parti<sup>201</sup>, ha portato alla conseguente trasformazione della regola esposta; infatti, essa è diventata una norma a carattere omnicomprensivo, inserita nelle disposizioni generali del *code* relative a *les voies de recours*, alle impugnazioni in generale, gli artt. 528 – 537<sup>202</sup>.

Al primo comma l'art. 536 prevede che «*La qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours*»<sup>203</sup>.

La norma esprime un principio esattamente opposto a quello voluto dalla giurisprudenza di Cassazione italiana in alcuni settori del processo civile. Tale disposizione si può considerare un riconoscimento espresso del principio sostanzialistico, perché per legge viene considerata irrilevante la qualificazione data dal giudice al provvedimento da impugnare. A questa disposizione si possono ricondurre sia i casi di errore nella scelta della forma del procedimento, dove il giudice ha qualificato come ordinanza o decreto un provvedimento avente, invece, la natura di sentenza; sia i casi di provvedimento qualificato inop-

<sup>200</sup> Cap. V, § 4.

<sup>201</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 973 ss.; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 753 ss.

<sup>202</sup> Ai sensi dell'art. 528, i mezzi di impugnazione sono: «*Les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation*».

<sup>203</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, cit., 980; L. CADIET, *Code de procédure civile*, cit., 477; P. CALLÉ, G. MAUGAIN, G. PAYAN, L. DARGENT, *Code de procédure civile Annoté*, cit., 618.

pugnabile in verità impugnabile e viceversa, come era nel *Code Napoleon* previsto agli artt. 453 e 454.

È la parte che impugna a scegliere il tipo di impugnazione. In proposito, la giurisprudenza ha specificato che l'impugnante non si deve limitare a censurare l'errore formale del giudice, ma deve proporre le altre censure che possano portare ad una modifica della decisione di prime cure, altrimenti la sua impugnazione viene considerata inammissibile a causa della mancanza di interesse ad impugnare<sup>204</sup>.

È il giudice dell'impugnazione a dover valutare se l'impugnazione sia stata correttamente individuata e, quindi, se sia o meno ammissibile.

A questo punto potrebbe sorgere il dubbio che davanti all'errata scelta del mezzo di impugnazione, a seguito della dichiarazione di inammissibilità, la parte perda il diritto di impugnare in altro modo il provvedimento.

È stato aggiunto un secondo comma all'art. 536 che ha fatto chiarezza in proposito: «*Si le recours est déclaré irrecevable en raison d'une telle inexactitude, la décision d'irrecevabilité est notifiée par le greffe à toutes les parties à l'instance du jugement. Cette notification fait courir à nouveau le délai prévu pour l'exercice du recours approprié*»<sup>205</sup>.

La legge disegna un meccanismo recuperatorio ben preciso. Esso si può considerare in netta dissonanza rispetto al principio di ultrattività del rito, affermato dalla giurisprudenza italiana, perché comunque tende a riportare il procedimento sui binari voluti dalla legge, senza che abbiano alcuna rilevanza le scelte compiute nella precedente fase del giudizio dal giudice *a quo*.

Se la dichiarazione di inammissibilità è dovuta all'inesattezza descritta nel primo comma, la decisione di inammissibilità viene notificata dalla cancelleria a tutte le parti del giudizio ed è da tale notifica che si fa ripartire il termine previsto per l'esperimento del rimedio adeguato. La norma non richiede una preventiva indagine sulla mancanza di colpa dell'impugnante, né sull'effettivo pregiudizio subito, come nel

<sup>204</sup> Cass., 2° civ., 18 ottobre 2001, n. 00-13650; Id., 10 gennaio 2008, n. 06-15584, indicate e commentate da P. CALLÉ, G. MAUGAIN, G. PAYAN, L. DARGENT, *Code de procédure civile Annoté*, cit., 618

<sup>205</sup> Comma aggiunto dall'art. 9 del decreto 20 ottobre 2004, n. 2004-836.

caso in cui si eccepisca una nullità relativa nel corso del procedimento. Due sono i dati oggettivi che danno luogo al meccanismo recuperatorio e sono collegati tra di loro in un rapporto di causa-effetto: che il giudice abbia errato nel qualificare il provvedimento e, di conseguenza, che la parte abbia errato nella scelta del mezzo di impugnazione proposto.

Di contro, è da escludere che questo meccanismo recuperatorio possa operare nel momento in cui l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione sia dipeso dalla parte, la quale abbia deciso di contestare l'indicazione del giudice *a quo* senza avere ragione. Nel dubbio, visto il meccanismo recuperatorio disegnato dalla norma, la parte, pur contestando la qualificazione data dal giudice *a quo*, potrebbe essere portata ad impugnare secondo tale qualificazione nella speranza che essa sia censurata e che il provvedimento sia direzionato verso le forme corrette. Questo *escamotage* potrebbe allungare i tempi del processo, ma consentirebbe di evitare il rischio di andare incontro a una dichiarazione di inammissibilità.

Ovviamente, il provvedimento con il quale viene dichiarata l'impugnazione inammissibile è a sua volta impugnabile.

In questo sistema si inserisce una complicazione.

Per far decorrere il termine per impugnare è necessario che venga effettuata la notifica del provvedimento alle parti personalmente (675 ss.). La notificazione può essere eseguita da ciascuna delle parti, sia vincitrice che soccombente<sup>206</sup>.

L'atto di notifica della sentenza ad una parte deve indicare chiaramente il termine per l'opposizione, l'appello o il ricorso per cassazione, nel caso in cui sia possibile una di queste impugnazioni, nonché le modalità secondo le quali il diritto ad impugnare può essere esercitato<sup>207</sup>. Inoltre, si deve avvertire che l'autore di un'impugnazione abusiva o dilatoria può essere condannato ad una sanzione civile e al pagamento di un risarcimento alla controparte (art. 680).

In proposito, la Cassazione<sup>208</sup> ha specificato che nell'assenza di tali

<sup>206</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 683.

Cass., 2<sup>a</sup> civ., 1<sup>o</sup> ottobre 2020, n. 19-15753, indicata e commentata in L. CADIET, *Code de procédure civile*, cit., 644.

<sup>208</sup> Cass., 2<sup>a</sup> civ., 3 dicembre 2015, n. 14-16771; Id., 3 marzo 2016, n. 15 – 12129,

indicazioni ovvero in presenza di indicazioni generiche, la notifica è inidonea a far decorrere il termine per impugnare. Per poter far decorrere il termine per impugnare è necessario ripetere la notifica con le indicazioni corrette.

La parte soccombente che abbia ricevuto una notifica incompleta del provvedimento da impugnare, potrebbe essere costretta a procedere da sola alla scelta del mezzo di impugnazione che ritenesse più idoneo, eventualmente basandosi sulla qualificazione del provvedimento del giudice *a quo*. In questa ipotesi sarebbe sicuramente applicabile l'art. 536.

Diverse conseguenze vi sono, invece, per il caso in cui la notifica contenga delle indicazioni errate, a seconda della causa dell'inesattezza.

Se tale inesattezza dipende dall'errore di qualificazione del provvedimento da parte del giudice *a quo*, l'efficacia della notifica non viene inficiata<sup>209</sup>. In questo caso, di nuovo, viene posto in essere il meccanismo delineato dall'art. 536: la parte che vuole impugnare sceglie il mezzo di impugnazione, affrontando le conseguenze dell'eventuale scelta sbagliata.

Se, invece, l'errata indicazione dipende dalla parte, la notificazione si ha per non avvenuta<sup>210</sup>. Anche in questo caso si dovrebbe ripetere la notifica dell'impugnazione per far decorrere il relativo termine. Tale ipotesi si differenzia da quella in cui siano del tutto assenti le indicazioni relative al mezzo di impugnazione, perché potrebbe esserci l'affidamento incolpevole nell'indicazione della controparte, e facendo leva su di esso si potrebbe comunque decidere di impugnare. Sarebbe equo applicare parimenti il meccanismo recuperatorio di cui all'art. 536, comma 2, perché anche in questo caso l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione sarebbe dipeso dall'affidamento incolpe-

indicate e commentate in L. CADIET, *op. cit.*, 644 al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

<sup>209</sup> Cass., 2<sup>a</sup> civ., 20 settembre 1999, indicata e commentata in L. CADIET, *op. cit.*, 645, al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

<sup>210</sup> Cass., 2<sup>a</sup> civ., 3 dicembre 2015, n. 14-16771; Id., 3 marzo 2016, n. 15 – 12129, cit.

vole in un'inesatta qualificazione, che potrebbe essere difforme da quella del giudice, a prescindere che sia o meno voluta.

In conclusione, il meccanismo recuperatorio presente nel *code de procédure civile français*, pone dei punti certi e soprattutto opta inequivocabilmente a favore del principio sostanzialista. È stato portato a compimento un processo evolutivo iniziato all'epoca del *Code Napoleon*, con tutti gli sviluppi richiesti dalla complessità del processo moderno.

### 13. *L'inkorrekte Entscheidung ed il Meistbegünstigungsprinzip*

Un altro ordinamento che è ha attirato l'attenzione della dottrina italiana<sup>211</sup> è quello tedesco, per la presenza di un sistema di creazione giurisprudenziale volto a rimediare alla scelta errata del tipo di provvedimento pronunciato dal giudice, partendo dal presupposto che l'errore potrebbe mettere in difficoltà le parti nel momento in cui decidano di impugnarlo<sup>212</sup>.

Con l'espressione *inkorrekte Entscheidung* si indica un provvedimento adottato nella forma non corretta secondo quelle che sono le prescrizioni di legge. Uno dei casi più frequenti è che venga emessa ordinanza (*der Beschluss*) in luogo di sentenza (*das Urteil*) e viceversa. Il problema è il differente regime di impugnazione dei due provvedimenti: avverso l'ordinanza è dato reclamo (*Beschwerde*) o reclamo immediato nel breve termine di due settimane (*sofortige Beschwerde*); in alcuni casi il provvedimento può non essere impugnabile (come nel caso dell'ordinanza che sospende la provvisoria esecutorietà, § 719); ovvero può essere soggetto ad opposizione (*Widerspruch*, come nel caso

<sup>211</sup> Gli autori italiani che hanno maggiormente approfondito questo meccanismo sono: G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 141 ss.; P. DIVITIIS, *Sulla teoria del Meistbegünstigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza dei provvedimenti del giudice)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 410 ss.; A. CHIZZINI, voce *Sentenza*, cit., 279 s. e da ultimo R. ORIANI, "Essere" e dover essere", cit., 89 ss. e 456 ss.

<sup>212</sup> W. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, 13<sup>a</sup> ed., Monaco, 2008, 212 s.; H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung Kommentar*, aggiornato da K. Reichold, R. Hüßtege, C. Seiler, 37<sup>a</sup> ed., München, 2016, 769 s.; F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di R. Bork, H. Roth, 23<sup>a</sup> ed., Tübingen, 2018, vol. VI, 20 ss.

dell'ordinanza che dispone l'Arrest, § 924). Generalmente la sentenza è soggetta a mezzi di impugnazione analoghi a quelli italiani<sup>213</sup>.

L'errore potrebbe anche riguardare provvedimenti aventi la stessa forma, ma soggetti a differenti mezzi di impugnazione, in virtù dei diversi presupposti in base ai quali sono emessi: così quando viene operato uno scambio tra la sentenza *tout court* e la sentenza contumaciale (*Versäumnisurteil*, §§ 330 ss.), contro la quale non è dato appello, ma opposizione (*Einspruch*), che consente la prosecuzione del giudizio di primo grado.

La teoria in questione si sviluppò in Germania a partire dagli anni '20 - '30<sup>214</sup>, per effetto dell'insoddisfazione espressa da dottrina e giurisprudenza per le altre due teorie che in precedenza erano state formulate per la risoluzione di tale problema<sup>215</sup>.

Secondo una prima teoria, la *subjektive Theorie*, determinante per eleggere il regime di impugnabilità e stabilità del provvedimento è la volontà del giudice; quest'ultima dovrebbe essere ricavata dal complesso del provvedimento.

Varie sono state le critiche mosse a questa teoria, tra le principali: la difficoltà di individuare la vera e propria volontà del giudice, quantomeno nelle pronunce degli organi collegiali; nell'ottica della qualificazione pubblicistica della sentenza, l'irrelevanza della volontà del giudice come è irrilevante la volontà del legislatore; infine, il fatto che fosse inaccettabile l'idea di far dipendere l'impugnabilità o meno di un provvedimento dalla scelta del tipo e della forma di provvedimento operata dal giudice.

Le difficoltà di applicazione pratica della prima teoria portarono all'elaborazione della seconda teoria, l'*objektive Theorie*, in virtù della quale il mezzo di gravame dovrebbe essere individuato in base al contenuto sostanziale del provvedimento. Alcuni esponenti di questa teoria hanno adottato il criterio per cui in caso di decisione assunta in una

<sup>213</sup> W. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, cit., 212

<sup>214</sup> R. PILZ, *Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozess*, cit., 14 ss. e 78 ss.; E. THIELE, *Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozess, Inagural Dissertation*, cit., 132; H. GÖPPINGER, *Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache*, cit., 257.

<sup>215</sup> F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., 22. Tra i giuristi italiani le due teorie sono state attentamente esaminate da G. TARZIA, *op. cit.*, 49 ss.

forma sbagliata, il provvedimento avrebbe dovuto essere impugnato con il gravame ammesso avverso il tipo di provvedimento che avrebbe dovuto essere emesso per legge.

La principale critica mossa contro quest'ultima teoria è racchiusa nella constatazione che non si può pretendere dalla parte cognizioni giuridiche superiori a quelle del giudice che ha commesso l'errore di adottare una forma non corrispondente alla sostanza espressa dal provvedimento. Da altra parte, è stata messa in evidenza la difficoltà di identificare gli elementi caratterizzanti il contenuto di un provvedimento.

Per porre rimedio agli inconvenienti legati a queste due prime teorie, ne è stata elaborata una terza, la quale non si può considerare in contrapposizione al principio sostanzialistico, ma, piuttosto, un meccanismo per ricondurre l'impugnazione anche errata proposta al procedimento voluto dalla legge.

La terza teoria, *der Grundsatz der Meistbegünstigung* si basa sul criterio del massimo favore per la parte impugnante e ha come scopo quello di evitare che gli errori del giudice debbano andare a danno delle parti, ponendo degli ostacoli al loro diritto di azione, sotto forma di diritto di impugnazione<sup>216</sup>.

Questo criterio vuole evitare l'inconveniente che la parte si trovi davanti ad una dichiarazione di inammissibilità del giudice superiore; mentre al giudice inferiore si potrebbe chiedere di correggere la sua decisione perché si andrebbe contro il disposto del § 318, che sancisce il vincolo del giudice alla decisione contenuta nelle sentenze definitive e provvisorie da esso emesse.

Perciò, alla parte viene consentito di impugnare sia in base alla forma della decisione che il giudice ha emesso, sia in base al tipo di decisione che per legge avrebbe dovuto emettere. In tal modo, la parte può seguire una strada diversa da quella indicata dal giudice senza correre alcun rischio: l'impugnata sa che anche nei casi dubbi la sua impugnazione sarà ammissibile.

<sup>216</sup> Vedi per le pronunce della giurisprudenza: *Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechung-Report*, 2004, 408; *ivi*, 2005, 717; *ivi.*, 2008, 846; *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2009, 1000; *Wertpapiermitteilungen*, 2010, 2123; *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, 3306.

La volontà del giudice è irrilevante ai fini della scelta del mezzo di impugnazione, ma è importante stabilire quale natura abbia la decisione, non solo per il proseguo del procedimento, ma anche per determinare l'efficacia della decisione stessa. Il tipo di decisione davanti al quale ci si trova va individuato non sulla base delle formalità esteriori, ma sulla base del suo contenuto, del suo scopo; insomma, si tratta di interpretare il disposto del giudice nel complesso delle sue caratteristiche, senza considerare determinante il nome o il fatto che sia stato seguito un certo protocollo per l'adozione della decisione<sup>217</sup>.

Seguire il *Meistbegünstigungsprinzip* non determina un aumento dei mezzi di impugnazione: infatti, la parte sceglie di quale mezzo di impugnazione avvalersi, senza che possano essere portati avanti entrambi, né contemporaneamente né successivamente<sup>218</sup>. A questo principio generale vi è un'eccezione: se la decisione ha un contenuto poco chiaro entrambi i mezzi di impugnazione possono essere proposti, ma in seguito la parte deve optare per uno dei due e abbandonare l'altro; entrambi possono essere portati avanti fino a quando non intervenga una decisione su uno di esse; a seguito di tale evento, il secondo grave diviene improcedibile. Ove, poi la parte si sia pentita di aver introdotto un determinato mezzo di impugnazione, potrebbe comunque ritirarlo e proporre l'altro mezzo di impugnazione, se è ancora in tempo.

Il *Meistbegünstigungsprinzip* si applica anche quando si è in presenza di un provvedimento affetto da un vizio di gravità tale da determinarne una sorta di nullità-inesistenza (*Nichturteil*). In questi casi la sentenza oltre che all'eccezionale strumento di cui al § 578 (*Wiederaufnahme des Verfahrens* o ripresa del procedimento)<sup>219</sup>, è soggetta ai

<sup>217</sup> H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung Kommentar*, cit., 769 s.; F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., vol. VI, 20 ss.

<sup>218</sup> Così Oberlandesgericht Brandenburg in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1996, 635.

<sup>219</sup> Ai sensi del § 578 la ripresa del procedimento concluso con una sentenza definitiva giuridicamente vincolante può avvenire attraverso un'azione di annullamento e attraverso un'azione di restituzione. Se entrambe le azioni sono promosse, dalla stessa parte o da parti diverse, l'udienza e la decisione sull'azione di restituzione devono essere sospese fino alla decisione definitiva sull'azione di annullamento. Ai sensi del § 579 l'azione di annullamento ha luogo: 1. se il tribunale giudicante non disponeva di

mezzi di impugnazione suoi propri,<sup>220</sup> purché almeno l'apparenza sia quella di una valida sentenza. Il coordinamento tra i due strumenti a disposizione della parte sembra semplice ed è operato direttamente dal legislatore: lo speciale strumento di cui al § 578 è proponibile solo quando la sentenza sia passata in giudicato; di contro, se la sentenza è nel frattempo impugnata, anche se per vizi diversi dalla nullità, al termine del giudizio di impugnazione avremo una nuova sentenza, non affetta dai vizi della precedente, ma eventualmente da vizi suoi propri<sup>221</sup>. Analogamente si dovrebbe procedere laddove il provvedimento sia stato adottato in forma errata ovvero ordinanza al posto di sentenza: in questo caso gli strumenti di impugnazione esperibili sarebbero

personale adeguato; 2. se ha partecipato alla decisione un giudice interdetto per legge dall'esercizio dell'ufficio giudiziario, a meno che tale impedimento non sia stato fatto valere inutilmente mediante una richiesta di licenziamento o un ricorso; 3. se un giudice ha partecipato alla decisione, nonostante sia stato ricusato per timore di parzialità e la richiesta di ricusazione sia stata accolta; 4. se una parte non è stata rappresentata nel procedimento conformemente alla legge, a meno che la stessa non abbia autorizzato espressamente o tacitamente lo svolgimento del procedimento. Ai sensi del § 580 l'azione di restituzione ha luogo: 1. se la controparte si è resa colpevole di una violazione intenzionale o colposa dell'obbligo di prestare giuramento, nella pronuncia di una dichiarazione su cui si basa la sentenza; 2. se un documento su cui si basa la sentenza è stato contraffatto o falsificato; 3. se la sentenza si basa su di una testimonianza o su di una relazione peritale falsa, perché il testimone o il perito ha contravvenuto l'obbligo penalmente rilevante di dire la verità; 4. se vi è una sentenza passata in giudicato che condanna il rappresentante di una delle parti per un reato commesso in relazione alla controversia legale in questione; 5. se alla deliberazione della sentenza ha partecipato un giudice che si è reso colpevole di una violazione con rilevanza penale dei suoi doveri d'ufficio nei confronti della parte in relazione alla controversia legale; 6. se la sentenza di un tribunale ordinario, di un ex tribunale speciale o di un tribunale amministrativo viene annullata da un'altra sentenza giuridicamente vincolante; 7. se la parte trova o può utilizzare a) una sentenza emessa sulla stessa questione che è precedentemente passata in giudicato o b) un altro documento che avrebbe portato ad una decisione più favorevole per lei; 8. Se la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato una violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei suoi protocolli e la sentenza si basa su tale violazione.

<sup>220</sup> Vedi la giurisprudenza riportata in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 1969; *ivi*, 1999, 1162.

<sup>221</sup> Vedi la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* riportata in *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechung-Report*, 2018, 217.

sia quelli dell'ordinanza che della sentenza; solo decorso il termine per impugnare di entrambi si potrebbe pensare di ricorrere al *Wiederaufnahme des Verfahrens* ovvero quando contro l'ordinanza che avrebbe dovuto avere forma di sentenza e viceversa sia decorso il termine per l'esperimento tanto del mezzo suggerito dalla sostanza che dalla forma del provvedimento.

Il *Meistbegünstigungsprinzip* si applica anche nel momento in cui la decisione errata sia frutto di uno sbaglio nella scelta del procedimento; anche se lo scambio di procedimenti è avvenuto tra procedimenti che hanno natura diversa, così il processo ordinario di cognizione, (*Ordentlichen Verfahren*) disciplinato dalla ZPO, viene seguito al posto di un procedimento di volontaria giurisdizione (*Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), disciplinato dalla FamFG, e viceversa<sup>222</sup>.

Proprio con riferimento ad un caso in cui il *Familiengericht* aveva pronunciato erratamente sentenza seguendo il rito previsto prima della riforma del processo in materia di famiglia e di affari della volontaria giurisdizione, la giurisprudenza ha affermato che sulla base del principio del *Meistbegünstigung* vengono concessi sia il rimedio riconducibile all'apparenza del provvedimento e del relativo procedimento, sia il rimedio che corrisponde alla decisione per la quale sono stati soddisfatti i presupposti<sup>223</sup>.

Qualunque sia il mezzo di impugnazione scelto, il procedimento nel suo proseguo si svolge secondo le modalità che il giudice *a quo* avrebbe dovuto seguire fin da principio e la decisione dell'impugnazione è resa secondo la forma che avrebbe dovuto avere se il procedimento corretto fosse stato seguito. Questa impostazione comporta

<sup>222</sup> T. KEIDEL, U. MEYER HOLZ, *Sub § 58*, in A.a.V.v., *FamFg Kommentar*, 17<sup>a</sup> ed., München, 2017, 110.

<sup>223</sup> Vedi la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* riportata in *Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechung-Report*, 2011, 939 e 1371. Questo stesso principio è stato affermato in relazione allo scambio tra un processo a cognizione piena e lo speciale procedimento davanti al tribunale del lavoro denominato *Beschlussverfahren* riservato alle controversie collettive e disciplinato ai §§ 2 e 80 dell'*Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG)*, vedi la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* riportata in *Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechung-Report*, 2013, 1081.

anche la possibilità di modificare d'ufficio le modalità secondo le quali dovrebbe svolgersi il procedimento di impugnazione scelto<sup>224</sup>.

La giurisprudenza ha anche cercato di rispondere alla questione di quale sia il modo in cui il procedimento si debba svolgere dopo che la decisione di prime cure è stata annullata per un errore di rito. Dall'abbondante giurisprudenza sul punto<sup>225</sup> si possono ricavare le seguenti linee direttrici: se il procedimento che avrebbe dovuto avere luogo ha carattere sommario, la decisione può anche essere presa dal giudice dell'impugnazione; se tendenzialmente si tratta di un procedimento più complesso, così un procedimento ordinario al termine del quale doveva essere adottata una sentenza, il procedimento deve essere rimesso al giudice di primo grado, il quale, tuttavia, deve procedere secondo le indicazioni del giudice superiore; in quest'ultimo caso il giudice superiore rinvia al giudice inferiore non entrando neanche nel merito della questione<sup>226</sup>.

<sup>224</sup> Si rinvia all'amplissima giurisprudenza citata in proposito in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., 25.

<sup>225</sup> Si rinvia all'amplissima giurisprudenza citata in proposito in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., 26.

<sup>226</sup> Così si è rimessa al giudice di primo grado la prosecuzione di un procedimento al termine del quale avrebbe dovuto essere pronunciata sentenza contumaciale, mentre è stata pronunciata sentenza in contraddittorio, proprio per le peculiarità del procedimento di opposizione contumaciale che consente la prosecuzione del giudizio in primo grado concedendo alla parte contumace delle facoltà che non sono più previste in appello e che richiedono un certo dispendio di tempo, vedi Oberlandesgericht Stuttgart 2019, U 141/12: «*Da auch nach zutreffender Ansicht der Kammer durch Versäumnisurteil gegen die Klägerin hätte erkannt werden müssen, wäre der statthafte Rechtsbehelf des Einspruchs nach § 338 ZPO gegeben, mittels dessen nach § 342 ZPO der Prozess, soweit der Einspruch reicht, in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand. Wird dagegen ein streitgemäßes Urteil verkündet, so ist nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung allerdings auch die Berufung das statthafte Rechtsmittel. Der Grundsatz der Meistbegünstigung führt aber nicht dazu, dass das Rechtsmittelgericht auf dem vom unteren Gericht eingeschlagenen falschen Weg weitergehen müsste, vielmehr hat es das Verfahren so weiter zu betreiben, wie dies im Falle einer formell richtigen Entscheidung durch die Vorinstanz und dem danach gegebenen Rechtsmittel geschehen wäre. Das Meistbegünstigungsprinzip will nur verhindern, dass eine Partei infolge der formfehlerhaften Entscheidung in ihren Rechtsmittelbefugnissen eingeschränkt wird, dagegen fordert es nicht die Perpetuierung des Formfehlers. Von daher sind zwingende Vorschriften des Berufungsverfahrens durchgängig zu beachten. Dies*

La decisione può non essere annullata se la normativa di riferimento non era chiara sulla forma del provvedimento del giudice *a quo*. Inoltre, potrebbe accadere che, nonostante l'errore di rito, la decisione sia confermata se è nella sostanza corretta: perciò, è opportuno accompagnare le censure sul rito alle censure sul merito.

Il *Meistbegünstigungsprinzip* si applica in tutte le ipotesi in cui contro una certa decisione sia previsto un mezzo di impugnazione, quindi, non si applica nel momento in cui contro il tipo di decisione che avrebbe dovuto essere adottata non sia previsto alcun mezzo di impugnazione<sup>227</sup>; mentre è impugnabile la decisione che sia stata adottata in una forma che non ammette impugnazione, quando avrebbe dovuto essere adottata con un tipo di decisione contro la quale è dato un mezzo di impugnazione<sup>228</sup>.

Una complicazione in questo quadro può essere rappresentata dal fatto che la *Gesetz zur Reform des Zivilprozesses*<sup>229</sup> ha previsto un ampliamento dei casi in cui il giudice inferiore deve rilasciare il permesso (*Zulässigkeit*) di impugnare al giudice superiore<sup>230</sup>, con un vincolo del giudice dell'impugnazione a tale permesso.

Il problema si pone quando a causa di un errore di rito venga rilasciata ma, soprattutto, negata un'autorizzazione all'impugnazione.

*gilt auch für die Frage eines etwa verspäteten Vorbringens».*

<sup>227</sup> Vedi la giurisprudenza riportata in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 1448; *Neue Justiz*, 2013, 269; *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechung-Report*, 2015, 1346; *ivi*, 2016, 67; *ivi*, 2018, 451.

<sup>228</sup> Vedi la giurisprudenza dell'Oberlandesgericht Frankfurt, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1979, 537.

<sup>229</sup> *Gesetz zur Reform des Zivilprozesses* (G-SIG: 14019448) del 27 luglio 2001.

<sup>230</sup> Così il § 511 prevede i casi in cui è dato appello contro le sentenze emesse in primo grado: «(1) Die Berufung findet gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile statt. (2) Die Berufung ist nur zulässig, wenn 1. der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt oder 2. das Gericht des ersten Rechtszuges die Berufung im Urteil zugelassen hat. (3) Der Berufungskläger hat den Wert nach Absatz 2 Nr. 1 glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eides statt darf er nicht zugelassen werden. (4) Das Gericht des ersten Rechtszuges lässt die Berufung zu, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und 2. die Partei durch das Urteil mit nicht mehr als 600 Euro beschwert ist. Das Berufungsgericht ist an die Zulassung gebunden».

Se viene dato un errato permesso, il giudice superiore dichiarerà inammissibile il mezzo di impugnazione proposto avverso il provvedimento formalmente sbagliato, in verità, per sua natura inoppugnabile. Analoga conclusione si deve raggiungere per il caso in cui la necessità del permesso sia elusa dalla forma errata del provvedimento e per tale via sia consentito di esperire un differente mezzo di impugnazione.

Più problematico il secondo caso. In dottrina<sup>231</sup> è stato supposto che si possa ricorrere ad un procedimento articolato sulla falsariga di quello al § 321<sup>232</sup>, per chiedere al giudice di integrare il provvedimento mancante del permesso. È stato rimarcato che se questa via non si ammettesse, verrebbe violato il diritto di adire il giudice dalla legge destinato, di cui all'art. 101, comma 1, secondo periodo della *Grundgesetz* (GG)<sup>233</sup>.

In verità tale procedimento è previsto come rimedio per le omissioni di pronuncia, ma è difficile pensare che un giudice possa integrare un suo provvedimento ammettendo l'errore procedimentale commesso nella scelta del tipo di decisione da emettere, quindi non aggiungendo una pronuncia a quella già emessa, ma sostanzialmente riadottando il provvedimento in forma diversa. Differente il caso in cui si adottasse una sentenza senza la concessione del permesso, ove si chiederebbe al giudice non di modificare la forma del provvedimento, ma di aggiungervi una clausola.

Applicando il *Meistbegünstigungsprinzip*, se il giudice avesse adottato un provvedimento dalla forma errata, ad esempio una sentenza, e

<sup>231</sup> C. ALTHAMMER, M. LÖHNIG, *ZPO-Reform und Meistbegünstigungsgrundsatz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 1567 ss.

<sup>232</sup> Il § 321, titolato *Ergänzung des Urteils*, prevede un procedimento per ottenere un'integrazione della sentenza già emessa con una successiva pronuncia, quando è stata completamente o parzialmente ignorata nella decisione finale una domanda principale o secondaria basata su di una domanda principale o una voce di spesa. L'integrazione deve essere richiesta presentando una dichiarazione scritta entro il termine di due settimane a partire dalla pronuncia della sentenza. Deve essere fissata una data per l'udienza orale quando un'istanza mira a integrare la sentenza con una decisione sulla domanda principale. Invece, la domanda volta ad integrare la sentenza con una decisione su di una domanda aggiuntiva o su una voce di spesa può essere decisa anche senza udienza, se l'importanza della questione non lo richieda.

<sup>233</sup> Ai sensi del quale: «Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden».

in base ad essa avesse negato il permesso di impugnare con appello un provvedimento avente in realtà la sostanza di ordinanza, alla parte sarebbe data ancora la possibilità di spendere il mezzo di impugnazione suggerito dalla natura del provvedimento, per il quale non è prevista alcuna previa autorizzazione del giudice *a quo*. Perciò, essa non sarebbe del tutto pregiudicata nel suo diritto di impugnare: infatti, una volta ammessa l'impugnazione, il giudice, comunque, sarebbe tenuto ad incanalare il procedimento nelle forme che avrebbe dovuto avere fin da principio.

Il *Meistbegünstigungsprinzip* ha avuto un certo eco in Italia, dove ha ricevuto critiche e apprezzamento.

Uno dei primo studiosi ad approfondirlo è stato Tarzia<sup>234</sup>, critico verso tale teoria. La maggiore perplessità dell'autore è data contrasto tra la duplicità del criterio di scelta del mezzo di impugnazione, a fronte dell'unicità della previsione legislativa; in proposito, egli ha messo in evidenza come sul piano pratico questo criterio possa generare un conflitto tra impugnazioni e conseguenti decisioni. Dopo gli studi condotti dall'autore tale teoria è stata di molto raffinata, cercando di elaborare dei criteri anche per il procedimento successivo all'impugnazione, sempre con il principio guida di evitare pregiudizi al diritto di difesa delle parti.

Un altro autore che ha studiato tale teoria è stato Chizzini<sup>235</sup>, che ha data di essa una sua versione. Secondo il giurista nel momento in cui ci si dovesse trovare davanti ad un'ordinanza con il contenuto di sentenza definitiva, sia in rito che in merito, essa dovrebbe essere impugnabile in virtù del suo contenuto, in applicazione del principio sostanzialista.

Una sorta di versione italiana del *Meistbegünstigungsprinzip* entra in gioco nel momento in cui ci si dovesse trovare davanti ad un'ordinanza con contenuto di sentenza non definitiva: il provvedimento potrebbe essere al contempo impugnato e annullato dal giudice superiore, ma anche revocato dal giudice che lo ha emesso in capo al

<sup>234</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, 56 ss.; al contrario, sembra aver mostrato apprezzamento per il *Meistbegünstigungsprinzip* P. DEVITIIS, *Sulla teoria del Meistbegünstigung nel processo civile tedesco*, cit., 410 ss.

<sup>235</sup> A. CHIZZINI, voce *Sentenza*, cit., 283 s.

quale permarrebbe il relativo potere in virtù dell'art. 279, comma 4. Nel caso in cui il provvedimento fosse impugnato, ma, nel frattempo, intervenisse la revoca avremmo la cessazione della materia del contendere davanti al giudice dell'impugnazione. Inoltre, l'autore aggiunge che dato il vizio formale del provvedimento, giudicato particolarmente grave per tutte le incertezze applicative che conseguono ad esso, l'impugnazione dovrebbe essere proponibile da entrambe le parti.

Più incerta diviene la teoria formulata dall'autore nel momento in cui si presenti il caso opposto, ovvero un'ordinanza con la forma di sentenza. L'autore mette in evidenza come aderendo alla tesi sostanzialista si limiterebbero i poteri processuali delle parti in virtù di un errore del giudice, con il rischio della condanna alle spese e di dare al provvedimento una stabilità che esso normalmente non avrebbe<sup>236</sup>. Per cui, il provvedimento con forma di sentenza dovrebbe essere impugnabile con i mezzi di impugnazione suoi propri. Il vizio di nullità dovrebbe essere fatto valere con l'impugnazione in applicazione dell'art. 161, comma 1 c.p.c.; il giudice dell'impugnazione dovrebbe dichiarare il provvedimento nullo proprio perché si tratterebbe nella sostanza di un'ordinanza che ha assunto impropriamente forma di sentenza, in violazione delle norme che regolano il contenuto di tali atti.

L'autore ammette di distaccarsi dalla teoria *Meistbegünstigung* perché, quest'ultimo esclude un concorso effettivo di mezzi di critica; al contrario, la sua proposta ricostruttiva prevede che vengano portate avanti entrambe le possibilità di contestazione: questa sua scelta, tuttavia, non è sempre coerente, perché di fatto la riferisce al solo caso in cui si tratti di ordinanze con contenuto di sentenza emesse nel corso del procedimento, non al caso contrario.

Per trarre qualche conclusione sulla teoria esposta, a noi sembra che anche nell'ordinamento giuridico tedesco questo criterio di impugnazione tenda a ricondurre il procedimento al suo alveo legittimo, con un meccanismo che non penalizza le parti, ma dà rilevanza alla sostanza del provvedimento o del procedimento, con il quale si ha a che fare ai fini del suo proseguo, del recupero delle eventuali facoltà processuali perse e della determinazione dell'efficacia della decisione. In-

<sup>236</sup> La giurisprudenza è andata in senso opposto come visto, così Cass., 3 agosto 2001, n. 10731, cit.

vitabile, che dopo l'accoglimento dell'impugnazione, nel silenzio del legislatore, un certo spazio alla discrezionalità del giudice venga dato per decidere come proseguire alla sostituzione della pronuncia annullata.

Qualche difficoltà di coordinare questo meccanismo di creazione giurisprudenziale con l'evoluzione del dettato legislativo c'è, ma la linea direttrice dell'interprete sembra essere quella di evitare di pregiudicare i diritti processuali delle parti davanti a decadenze o ostacoli procedurali non dovuti a sua colpa.

#### 14. *La conservazione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto nel processo penale*

Il codice di procedura penale conosce un sistema di recupero dell'atto di impugnazione da attivare nel momento in cui viene commesso un errore nella scelta del mezzo di impugnazione proposto.

Una normativa *ad hoc* è stata introdotta con il codice di procedura penale del 1988, ma la questione era già emersa ed era già stata affrontata da dottrina e giurisprudenza sotto il vigore del codice precedente<sup>237</sup>. A fronte di un'impostazione restrittiva che sanzionava con l'inammissibilità l'impugnazione proposta in forma sbagliata, vi fu un'importante pronuncia della Cassazione a Sezioni unite nel 1974, che aprì alla possibilità di salvaguardare l'atto di impugnazione erroneo, senza rinnegare i principi di tassatività e unicità dei mezzi di impugnazione<sup>238</sup>.

Il caso tipico preso in considerazione era quello di un ricorso in cassazione proposto sul modello dell'appello o viceversa.

Per escludere la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione, la Corte partiva dai principi generali tassatività e unicità

<sup>237</sup> V. MELE, *Il problema della conversione del mezzo di impugnazione*, in *La giustizia penale*, 1975, III, 417 ss.; A. GAITO, *Sull'erronea qualificazione del mezzo di gravame*, in *Giur. it.*, 1978, II, 61 ss.; A. GAITO (cur.), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006, 200 ss.; A. GIARDA, *L'impugnazione proposta con indicazione di un «mezzo» non consentito: l'insegnamento delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1286 ss.

<sup>238</sup> Cass. pen., Sez. un., 30 novembre 1974, in *Foro it.*, 1975, II, 41 ss.

espressi dall'art. 190 dell'abrogato codice di procedura penale, ovvero proprio da quei principi che di solito venivano utilizzati per negare la conversione del mezzo di impugnazione invalidamente proposto.

Secondo la Corte, essi andrebbero riferiti a "l'impugnabilità" oggettiva del provvedimento, perché servirebbero a stabilire i provvedimenti impugnabili e il mezzo di impugnazione ai quali sottoporli, non all'esercizio del diritto di impugnazione. Perciò, la regola della tassatività dovrebbe essere applicata nel momento in cui la parte intenda impugnare un provvedimento non soggetto ad impugnazione o pretenda di avvalersi di un mezzo non consentito dalla legge.

Altro argomento su cui ha fatto leva il Supremo Collegio è che tra i requisiti richiesti per l'impugnazione a pena di inammissibilità non c'era l'indicazione del mezzo della quale la parte intendesse avvalersi; di conseguenza, valendo nel processo penale il principio della libertà delle forme, la sanzione di nullità dovrebbe essere comminata solo nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 184 c.p.p. del 1930).

Determinate sarebbe, invece, la volontà espressa dalla parte nell'atto di impugnazione, oggettivamente desumibile da esso; mentre l'errore della parte, qualunque sia la causa (falsa rappresentazione, ma anche ignoranza), non dovrebbe avere rilevanza a fronte della finalità di interesse pubblico di accertare le condizioni che rendono applicabile in concreto il diritto penale. Nessun rilievo è stato dato, quindi, alla volontà della parte come moto del volere soggettivamente considerato ai fini della determinazione del negozio processuale posto in essere.

Con una finzione la Corte ha stabilito che all'erronea indicazione dell'impugnazione, dovesse sostituirsi l'indicazione del mezzo di impugnazione corretto. Unico limite alla presunzione indicata sarebbe la volontà della parte di servirsi di un mezzo di impugnazione non consentito dalla legge, perché in tal modo si verrebbe ad incidere sull'aspetto oggettivo dell'impugnazione<sup>239</sup>.

<sup>239</sup> Cass. pen., Sez. un., 30 novembre 1974, cit., 44, sulla base di tali premesse la Corte annullava il provvedimento con cui il giudice d'appello dichiarava inammissibile l'appello proposto avverso una sentenza solo ricorribile in cassazione. Riqualficata l'impugnazione come ricorso in cassazione trasmetteva gli atti al giudice che aveva pronunciato il provvedimento (presumibilmente di inammissibilità) per l'ulteriore corso del giudizio. Non era ben chiarito, però, come dovesse svolgersi l'ulteriore corso del giudizio.

L'impostazione di questa giurisprudenza è stata tenuta in considerazione nella legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale; infatti, in essa all'art. 2, n. 84 è indicato come criterio direttivo nella disciplina generale delle impugnazioni la previsione dell'«ammissibilità dell'impugnazione indipendentemente dalla qualificazione ad essa data dalla parte impugnante».

Questa indicazione è stata trasfusa nel progetto preliminare del codice di procedura penale all'art. 561, comma 5 con la seguente formulazione: «L'impugnazione che ha i requisiti prescritti è ammissibile indipendentemente dalla qualificazione ad essa data dalla parte che l'ha proposta. Se l'impugnazione è presentata ad un giudice incompetente, questi provvede all'esatta qualificazione e trasmette gli atti al giudice competente». La formulazione definitiva è risultata leggermente differente: «L'impugnazione è ammissibile indipendentemente dalla qualificazione a essa data dalla parte che l'ha proposta. Se l'impugnazione è proposta a un giudice incompetente, questi trasmette gli atti al giudice competente».

Nelle «Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale» si rileva: «... Esce invece rafforzato, perché ripetuto ancora nella legge-delega, il principio della conversione delle impugnazioni, che non può quindi riguardare, come continua a sostenere una parte della giurisprudenza, solo i casi in cui sia ravvisabile un errore della parte che ha proposto l'impugnazione non consentita. Deve quindi ritenersi prevalente esclusivamente la volontà intesa comunque a sottoporre a sindacato la decisione impugnata, sindacato che non può evidentemente non aversi se non nella sede e con le modalità previste dalla legge in ordine al tipo di reato ritenuto o di procedimento al quale essa si attaglia».

Partendo proprio da queste parole è opportuno distinguere due fenomeni differenti riportabili alla categoria della conversione intesa in senso lato.

Il termine conversione lo troviamo nel codice di procedura penale agli artt. 569 e 580<sup>240</sup>. Le fattispecie indicate dall'art. 569, comma 2 e 580 rispondono all'esigenza di garantire l'unicità del procedimento di

<sup>240</sup> A. MANGIARANCINA, *La conversione dell'impugnazione. Un istituto da ripensare*, Torino, 2020, 80 ss.

impugnazione avverso il medesimo provvedimento, per evitare il contrasto tra giudicati. Perciò, non c'è un errore nella scelta del mezzo di impugnazione, ma la necessità di coordinare impugnazioni di carattere diverso, essenzialmente ricorso in cassazione e appello, proposte al contempo da più parti contro il medesimo provvedimento. Infatti, entrambi i mezzi sono consentiti avverso la sentenza di primo grado, perché il primo comma dell'art. 569 prevede che la parte che ha diritto di appellare la sentenza di primo grado possa proporre direttamente ricorso per cassazione. Quindi, il ricorso in cassazione si converte in appello, se contro la stessa sentenza sono proposti più mezzi di impugnazione di tipo diverso; viceversa, l'appello si converte in ricorso in cassazione, se la parte che ha proposto appello dichiara di rinunciare; in tal caso viene dato termine (quindici giorni dalla dichiarazione) per la formulazione dei motivi di ricorso in cassazione se l'atto d'appello non avesse i requisiti per valere come ricorso.

Nel terzo comma dell'art. 569, invece, troviamo il caso di un ricorso in cassazione *per saltum*, convertito in appello: nel momento in cui esso venga proposto facendo valere motivi non consentiti, per legge viene convertito in appello (tali sono i motivi di cui all'art. 606 comma 1 lettere d ed e). Una sorta di deroga legislativa al principio stabilito dalle Sezioni unite del 1974 in virtù del quale la conversione-riqualificazione del mezzo di impugnazione non sembrava essere possibile nel momento in cui la volontà di impugnare fosse stata diretta verso un mezzo di impugnazione non consentito: qui non si mette in discussione l'eventuale volontà del ricorso in cassazione nei casi non consentiti invece che dell'appello, ai fini della realizzazione della fattispecie tale dato sembra essere irrilevante.

Se quella descritto nell'art. 569, comma 3 è una fattispecie peculiare, la regola generale da attuare nel momento in cui venga proposto un mezzo di impugnazione errato la troviamo all'art. 568, comma 5 sopra riportato<sup>241</sup>. Questa disposizione contiene due periodi.

<sup>241</sup> G. SPANGHER, voce *Impugnazioni penali*, cit., 220 s.; G. TRANCHINA, voce *Impugnazioni (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, agg. II, 393 ss. in particolare 413 s.; A. MARANDOLA, *Le disposizioni generali*, in G. Spangher (cur.), *Impugnazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino, 2009, vol. V, 41 ss.; F. VERGINE, *La conservazione dell'atto processuale penale*, Padova,

Secondo il primo periodo ai fini dell'individuazione del tipo di impugnazione esperita si dovrebbe aver riguardo alla sostanza dell'atto proposto, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dal proponente, da «la qualificazione a essa data dalla parte che l'ha proposta». Il secondo periodo dispone la *translatio iudicii* al giudice competente se l'impugnazione viene proposta al giudice incompetente. La *translatio iudicii*, quindi, va ad operare sia quando viene proposto un mezzo di impugnazione errato ad un giudice perciò incompetente, sia quando sia proposto il mezzo di impugnazione corretto per tipo, ma ad un giudice incompetente.

Il principio espresso dall'art. 568, comma 5 viene collegato con il principio di tassatività delle impugnazioni. Infatti, si è osservato che se è la legge a determinare i mezzi d'impugnazione esperibili da parte dei soggetti legittimati secondo la logica di tassatività, allora l'esercizio del diritto da parte dei titolari, salvo che essi intendano esplicitamente avvalersi del mezzo non consentito dalla legge, non può essere condizionato dalla qualificazione o dall'errore nella qualificazione conferita al gravame<sup>242</sup>.

Secondo alcuna dottrina, per "riqualificare" correttamente l'impugnazione il giudice dovrebbe ricavare dall'atto la volontà della parte riferita ad un determinato rimedio giuridico<sup>243</sup>.

2017, 87 ss.; L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale*, Pisa, 2020, 16 ss.; A. BELLUCCI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, *Commento all'art. 568*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, cit., § 4.

<sup>242</sup> G. SPANGHER, voce *Impugnazioni penali*, cit., 220; L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni*, cit., 17.

<sup>243</sup> Secondo F. VERGINE, *La conservazione dell'atto processuale penale*, cit., 112 «... il giudice, in virtù di una sorta di applicazione estensiva del fondamentale principio processuale *iura novit curia*, ha il potere-dovere di procedere alla individuazione ed all'applicazione dell'appropriata qualificazione del gravame, privilegiando, rispetto alla formale apparenza, la volontà della parte di attivare il rimedio all'uopo predisposto dall'ordinamento giuridico per il perseguimento dei propri scopi». Contraria a questa impostazione: A. MANGIARANCINA, *Impugnativa erroneamente proposta e limiti alla "conversione"*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, 790 ss., in particolare 792 ss., secondo la quale dando rilievo alla volontà della parte per stabilire se sia possibile o meno la riqualificazione del mezzo di impugnazione, si restringerebbe il campo di applicazione dell'art. 568, comma 5, contro l'obiettivo del legislatore codicistico, quale emerge dalla *littera legis*, di tutelare la volontà della parte di sottoporre a controllo

Proprio intono alla rilevanza della volontà della parte per la realizzazione della fattispecie in questione la giurisprudenza si è divisa, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. Secondo un primo orientamento la conversione da un mezzo di impugnazione non consentito a quello consentito dovrebbe avvenire *ope legis*, non potendosi far discendere l'eventuale inammissibilità dell'impugnazione solo dall'erronea indicazione della stessa, a prescindere dal suo contenuto. Una cosa, infatti, sarebbe l'errore commesso nella scelta del mezzo d'impugnazione, altra cosa sarebbe la sua inammissibilità quale conseguenza del suo contenuto non conforme alle previsioni di legge, riservata al giudice competente per l'impugnazione<sup>244</sup>. Secondo alcuna giurisprudenza la disciplina della conversione sarebbe applicabile non solo nei casi in cui sia ravvisabile un errore della parte che ha proposto l'impugnativa non consentita, ma anche nel caso in cui il ricorrente abbia deliberatamente scelto e utilizzato un mezzo di impugnazione non contemplato dalla legge, perché anche in questa ipotesi dovrebbe ritenersi prevalente esclusivamente la volontà della parte intesa comunque a sottoporre a sindacato la decisione impugnata<sup>245</sup>.

Secondo l'orientamento opposto sarebbe inammissibile un'impugnazione impropriamente proposta in luogo di un'altra, nel momento in cui sia inequivocabile la volontà della parte di proporre l'impugnazione errata<sup>246</sup>.

Su tale contrasto giurisprudenziale vi è stato un primo intervento delle Sezioni unite<sup>247</sup>. Queste ultime, aderendo all'orientamento più restrittivo, hanno sancito che proprio perché l'art. 568, comma 5 sarebbe finalizzato alla salvezza e non alla modifica della volontà reale dell'interessato, al giudice non sarebbe consentito sostituire il mezzo d'impugnazione effettivamente voluto e propriamente denominato ma inammissibilmente proposto dalla parte, con quello, diverso, astratta-

giurisdizionale un provvedimento che si assuma come ingiusto.

<sup>244</sup> Così, Cass. pen., 23 marzo 1995, n. 5803, in *Cass. pen.*, 1996, 1228.

<sup>245</sup> Cass. pen., 29 maggio 1990, n. 1496; Id., 3 ottobre 1990, n. 3142; Id., 4 dicembre 1991, n. 4664.

<sup>246</sup> Cass. pen., Sez. I, 20 dicembre 1991, in *Giur. it.*, 1993, II, 143 ss.

<sup>247</sup> Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 1997, n. 16, in *Cass. pen.*, 1998, 1346.

mente ammissibile: in tale ipotesi, infatti, non potrebbe parlarsi di inesatta qualificazione giuridica del gravame, come tale suscettibile di rettifica *ope iudicis*, ma di un'infondata pretesa da sanzionare con l'inammissibilità.

Il non sopirsi del contrasto giurisprudenziale è stato motivo di un nuovo intervento delle Sezioni unite sulla questione<sup>248</sup>, che ha segnato l'inizio di una giurisprudenza orientata in senso diametralmente opposto. Secondo tale giurisprudenza, quando un provvedimento giurisdizionale sia impugnato dalla parte interessata con un mezzo di gravame diverso da quello legislativamente prescritto, il giudice che ha ricevuto l'atto dovrebbe limitarsi, a norma dell'art. 568, comma 5, c.p.p., a verificare l'oggettiva impugnabilità del provvedimento, nonché l'esistenza di una *voluntas impugnationis*, consistente nell'intento di sottoporre l'atto impugnato a sindacato giurisdizionale; la successiva trasmissione degli atti al giudice competente potrebbe avvenire anche senza la previa adozione di un provvedimento giurisdizionale<sup>249</sup>. Si specifica, che tale fenomeno sarebbe dogmaticamente inquadrabile nella categoria dell'esatta qualificazione giuridica dell'atto, ed il potere di procedere a tale qualificazione e di accertare l'esistenza dei requisiti di validità dell'atto sarebbe riservato in via esclusiva al giudice competente a conoscere, secondo la previsione del sistema delineato dal codice, sia dell'ammissibilità che della fondatezza dell'impugnazione. L'unico caso in cui dovrebbe essere consentito dichiarare l'inammissibilità del provvedimento al giudice davanti al quale l'impugnazione è stata presentata, sarebbe dato dalla inoppugnabilità del provvedimento, ipotesi che si sottrarrebbe al raggio di applicazione dell'art. 568, comma 5.

Si tratterebbe quindi di un'operazione ben diversa dalla conversione di cui agli artt. 569 e 580, che imporrebbe al giudice competente, solo a questo, di confrontare l'atto di impugnazione concretamente posto in essere con i requisiti di ammissibilità dell'impugnazione consentita dalla legge.

<sup>248</sup> Cass. pen., Sez. un., 31 ottobre 2001, n. 45371, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2002, 40; Id., 31 ottobre 2001, n. 45372, in *Cass. pen.*, 2002, 966; Id., 26 giugno 2002, n. 30326, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2002, 510.

<sup>249</sup> Secondo L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni*, cit., 17, sarebbe da ritenersi abnorme il provvedimento che vada oltre la semplice attività trasmissiva.

Intanto, sarebbe necessario il rispetto del termine per impugnare proprio dell'impugnazione corretta<sup>250</sup>.

L'art. 581 c.p.p. prevede uno schema di atto di impugnazione<sup>251</sup>: i requisiti da esso previsti sono valutati dalla giurisprudenza con una certa elasticità<sup>252</sup>, cercando di non cedere all'esasperato formalismo<sup>253</sup>.

Con particolare riguardo al problema della riqualificazione di un'impugnazione come appello o come ricorso in cassazione, vi sono solo alcuni rilievi in ordine alla modalità di redazione dei due atti.

In un punto, di sicuro, le due impugnazioni sono distinguibili: il vizio logico deducibile mediante ricorso per cassazione, a differenza di quanto avviene con un atto di appello, è ristretto al caso di «mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione»; per cui la Corte di cassazione, ad eccezione dei casi di travisamento della pro-

<sup>250</sup> Cass. pen., 4 luglio 2014, n. 40053.

<sup>251</sup> L. SURACI, *op. cit.*, 72 ss.; A. NOBILE, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, F. GAITO, *Commento all'art. 581*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, cit.

<sup>252</sup> Così, Cass. pen., 8 aprile 2016, n. 30404, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 737, secondo la quale in tema di impugnazioni, la sanzione dell'inammissibilità per inosservanza delle forme di proposizione conseguirebbe unicamente ad una violazione tale da far escludere ogni certezza in ordine alla provenienza dell'atto da chi ne risultasse proponente; di qui ne deriverebbe la ritualità dell'atto di opposizione a decreto penale di condanna privo della sottoscrizione del difensore impugnante, ove sia possibile risalire *aliunde* al sottoscrittore come autore dell'atto, in quanto non sarebbe necessaria una forma o collocazione particolare di tale sottoscrizione. Sulla stessa linea Cass. pen., 18 maggio 2010, n. 29235, secondo la quale l'atto di impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, anche le richieste, che potrebbero desumersi implicitamente dai motivi, quando da essi emerga in modo inequivoco la richiesta formulata, in quanto l'atto di impugnazione andrebbe valutato nel suo complesso, in applicazione del principio del *favor impugnationis*.

Va specificato che con la riforma Cartabia sono stati inseriti due commi all'art. 581, dove come un ulteriore requisito a pena di inammissibilità dell'atto di impugnazione è previsto la dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio. Inoltre, nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto d'impugnazione del difensore deve avvenire il deposito, a pena di inammissibilità, dello specifico mandato ad impugnare. Su queste novità si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali a A. NOBILE, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, F. GAITO *Commento all'art. 581*, cit.

<sup>253</sup> A. MARANDOLA, *Le disposizioni generali*, cit., 149.

va, ovvero quando viene ricondotto ad un oggetto di prova un dato probatorio da esso non desumibile, o di omessa considerazione di una prova decisiva, non può svolgere una valutazione fondata sull'esame degli atti a contenuto probatorio. Da ciò ne deriva che si potrebbe avere difficoltà a riqualificare come ricorso in cassazione un appello tutto motivato in punto di fatto.

Per quanto riguarda gli ulteriori requisiti di forma che distinguo il ricorso in cassazione dall'appello, in particolare, ma anche dagli altri atti di impugnazione, vi è uno scoglio importante: il ricorso in cassazione deve essere sottoscritto da un avvocato iscritto dell'apposito albo speciale<sup>254</sup>.

Per quel che concerne l'appello, difficoltà ci potrebbero essere nel convertire in esso altri mezzi di impugnazione per mancanza del requisito della specificità dei motivi, così come inteso dalla giurisprudenza e oggi dalla norma di legge<sup>255</sup>.

Tornando ai limiti prodromici all'operazione stessa della riqualificazione, alcune sentenze della giurisprudenza di cassazione, in linea

<sup>254</sup> Cass. pen., 12 gennaio 2011, n. 16703, ribadisce che la necessità della sottoscrizione, a pena di inammissibilità, del ricorso per cassazione da parte di difensore iscritto nell'apposito albo speciale opera anche nel caso di qualificazione in ricorso di un atto di appello.

<sup>255</sup> In proposito Cass. pen., 12 gennaio 2016, n. 7773, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3362: «... Affinché possa escludersi che il motivo sia affetto da genericità, è pertanto necessario che l'atto individui il "punto" che si intende devolvere alla cognizione del giudice di appello, enucleandolo con specifico riferimento alla motivazione della sentenza impugnata, e con esplicitazione tanto dei motivi di dissenso dalla decisione appellata quanto dell'oggetto di quella diversa sollecitata presso il giudice del gravame ... Deve perciò ritenersi generico il motivo d'appello che si limiti alla prospettazione di astratte plurime spiegazioni dei comportamenti ascritti ai soggetti coinvolti dall'accertamento penale, essendo invece necessario indicare le ragioni per cui si ritiene errata la valutazione che il giudice ha compiuto delle prove legittimamente acquisite nel dibattimento». Sulla scia di questa giurisprudenza con la riforma Cartabia è stato introdotto il comma 1 bis all'art. 581 c.p.p. che così recita: «L'appello è inammissibile per mancanza di specificità dei motivi quando, per ogni richiesta, non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione». Per approfondimenti sui requisiti dell'atto di appello a seguito della riforma si rinvia a G. BONDI, *Il giudizio di appello penale dopo la "Riforma Cartabia"*, in *Giur. pen. web.*, 2022, n. 12.

con la storica sentenza a Sezioni unite del 1974<sup>256</sup>, escludono la salvezza dell'impugnazione nel momento in cui la volontà dell'impugnante sia diretta verso un mezzo di impugnazione non consentito dalla legge<sup>257</sup>.

In proposito una certa risonanza hanno avuto alcune pronunce giurisprudenziali in materia di impugnazione dei provvedimenti cautelari, alla quale si applicano le regole proprie delle impugnazioni in generale salvo diversa indicazione di legge. Ai sensi del secondo comma dell'art. 311 c.p.p., contro le ordinanze che dispongono misure coercitive è data la possibilità di ricorrere direttamente in cassazione per violazione di legge<sup>258</sup>, "saltando" il riesame, senza tuttavia poter tornare indietro, perché la norma specifica espressamente che la proposizione del ricorso rende inammissibile la richiesta di riesame.

Per evitare di dichiarare inammissibile il ricorso in cassazione proposto per vizio di motivazione avverso una misura coercitiva, cioè per un motivo non consentito, la Cassazione ha ammesso in più occasioni la riqualificazione dello stesso come richiesta di riesame, con trasmissione degli atti al tribunale della libertà, in applicazione dell'art. 658, comma 5<sup>259</sup>.

In tempi più recenti, tuttavia, la giurisprudenza si è mostrata più restrittiva sul punto, dando rilevanza alla volontà dell'impugnante in un modo molto peculiare. È stato sottolineato come vi sarebbe un ulteriore elemento di complicazione per procedere alla conversione: essa non sarebbe possibile perché la parte avrebbe proposto un mezzo di impugnazione inammissibile con il quale avrebbe già consumato la fa-

<sup>256</sup> Cass. pen., Sez. un., 30 novembre 1974, cit.

<sup>257</sup> Così: Cass. pen., 11 settembre 2009, n. 35442; Id., 16 dicembre 2009, n. 47995; Id., 24 febbraio 2011, n. 7182; Id., 26 novembre 2013, n. 47051; Id., 18 dicembre 2017, n. 21640; Id., 26 giugno 2018, n. 41510.

<sup>258</sup> Non solo la motivazione totalmente mancante, ma anche la motivazione solo apparente dovrebbe dar luogo ad una violazione di legge denunciabile con ricorso in cassazione proposto ai sensi dell'art. 311, comma 2 c.p.c. Intorno ai limiti del ricorso in cassazione avverso i provvedimenti cautelari in caso di ricorso per *saltum* si rinvia a V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, in G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, *Diritto processuale penale*, Milano, 2023, 406 ss.

<sup>259</sup> Cass. pen., 19 novembre 2015, n. 9151; Id., 8 marzo 2018, n. 32391; Id., 31 luglio 2020, n. 23442.

coltà di scelta tra i diversi mezzi di impugnazione a sua disposizione; infatti, l'art. 311, comma 2 avrebbe sì riservato alla parte la facoltà di scelta, ma avrebbe nel contempo previsto la cristallizzazione della stessa con l'elezione del mezzo di impugnazione. Sarebbe esclusa, in tal modo, l'applicazione l'art. 568, il comma 5, a differenza di quanto previsto per la ipotesi in cui il percorso riservato alla parte che intende impugnare un provvedimento è tracciato in modo obbligato e senza opzioni di sorta<sup>260</sup>.

Critica è stata la dottrina su queste ultime posizioni della Corte di cassazione. Dal un lato, sono stati utilizzati argomenti di carattere ideologico: è stato messo in evidenza come la lettura della norma sia contraria al *favor impugnationis* in un settore, quale quello delle misure cautelari, dove, invece, occorrerebbe privilegiare il più ampio controllo avverso il provvedimento restrittivo<sup>261</sup>; ovvero come non avrebbe senso non applicare l'art. 568, comma 5 nei casi in cui il gravame erroneamente proposto abbia tutti i requisiti per essere qualificato come riesame<sup>262</sup>. Dall'altro, sono stati utilizzati argomenti tratti dal tenere delle norme e dal sistema a favore dell'operatività della regola di cui all'art. 568, comma 5 anche nel caso suddetto: in primo luogo, il comma 2 dell'art. 311 c.p.p. non farebbe riferimento all'inammissibilità del riesame o di un giudizio di riesame, ma all'inammissibilità di una richiesta di riesame; presumibilmente, quindi, si dovrebbe trattare dell'impugnazione proposta *ex novo* non della conversione di un'impugnazione e di un giudizio già instaurato<sup>263</sup>. Infine un argomento di carattere sistematico: proprio la norma generale sulla disciplina del *salutem*, l'art. 569, al 3° comma prevede una disposizione che ammette la

<sup>260</sup> Cass. pen., 11 novembre 2020, n. 36597, in *Cass. pen.*, 2021, 1345; Id., 11 novembre 2020, n. 35816; Id., 28 ottobre 2021, n. 45611, in *Cass. pen.*, 2022, 3605.

<sup>261</sup> A. MANGIARANCINA, *Impugnativa erroneamente proposta e limiti alla "conversione"*, cit., 796.

<sup>262</sup> I. PEDACE, *Le sorti del ricorso per saltum proposto per motivi non consentiti: tra inammissibilità e principio di conservazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1511 ss., in particolare 1517.

<sup>263</sup> G. SPANGHER, *Dubbi sulla conversione del ricorso per saltum inammissibile per motivi non consentiti*, in *Altalex*, 2021.

conversione in un caso in cui viene proposto un mezzo di impugnazione non consentito dalla legge<sup>264</sup>.

In ordine all'applicazione di tale meccanismo ai casi in cui una delle due impugnazioni non sia consentita, è di nostro interesse una sentenza già segnalata in sede di esame dei provvedimenti abnormi penali. A fronte di un ricorso straordinario in cassazione proposto avverso un decreto di archiviazione emesso dal P.M. senza l'avviso della persona offesa che ne aveva fatto richiesta, la Cassazione<sup>265</sup> lo riqualifica come reclamo della persona offesa *ex art. 410 bis c.p.p.* L'operazione è molto articolata perché in effetti la volontà della parte era diretta avverso un mezzo di impugnazione non consentito o non più consentito: infatti, il provvedimento era stato qualificato abnorme quando esorbitante dal sistema e, soprattutto, ai fini della sua sottoposizione a ricorso straordinario in cassazione, quando contro di esso non era dato mezzo alcuno di critica. Dopo la riforma operata dalla legge n. 103/2017, sono stati introdotti diversi rimedi avverso tale provvedimento, da proporsi in via esclusiva: la riapertura delle indagini su istanza del pubblico ministero, *ex art. 414 c.p.p.*, l'opposizione della persona offesa *ex art. 410 c.p.p.*, nonché il reclamo della persona offesa *ex art. 410 bis c.p.p.* (art. 410 bis, comma 3). Per cui la Cassazione ritiene di riqualificare come reclamo *ex art. 410 bis*, terzo comma il ricorso straordinario in cassazione etichettandolo come "un mezzo non più previsto dall'ordinamento" nella nuova cornice normativa. Un caso di conversione o riqualificazione di un mezzo di impugnazione laddove la volontà oggettivamente espressa dalla parte è diretta contro un mezzo non consentito.

Altra questione è se l'art. 568, comma 5 trovi applicazione solo nei confronti dei mezzi di impugnazione in senso stretto ovvero operi anche con riguardo ad altri mezzi di gravame o strumenti impugnatori latamente intesi e, in particolare, se operi davanti a mezzi di gravame non omogenei<sup>266</sup>.

<sup>264</sup> G. SPANGHER, *op. ult. cit.*

<sup>265</sup> Cass. pen., 30 settembre 2021, n. 354, cit.

<sup>266</sup> A. MANGIARANCINA, *Impugnativa erroneamente proposta e limiti alla "conversione"*, cit., 796 s.

Sul punto si registra una spaccatura nell'ambito della giurisprudenza di Cassazione.

Una parte della giurisprudenza ha ammesso che l'istanza di restituzione nel termine ai sensi dell'art. 175 c.p.p. proposta per denunciare la mancata effettiva conoscenza del processo dall'imputato assente a norma dell'art. 420 bis c.p.p., possa essere riqualficata nel rimedio correttamente esperibile, costituito dalla richiesta di rescissione del giudicato *ex art. 629 bis c.p.p.*, qualora siano rispettate le condizioni di ammissibilità previste per quest'ultimo<sup>267</sup>.

Da altra parte, si è negata la possibilità di tale operazione sottolineando come la restituzione in termini non sia un rimedio di carattere impugnatorio, trattandosi piuttosto di uno strumento prodromico rispetto alla successiva impugnazione. Questa giurisprudenza aderisce all'impostazione secondo la quale l'istituto disciplinato dall'art. 568, comma 5 non troverebbe un'applicazione generalizzata: la norma opererebbe solo per il solo settore delle impugnazioni in senso stretto<sup>268</sup>.

Sulla stessa linea di pensiero, si è esclusa la conversione in giudizio di revisione di un giustizio di incidente di esecuzione<sup>269</sup>.

Seguiamo il percorso delle Sezioni unite per arrivare a tale conclusione.

Preliminarmente si è determinato l'ambito di applicazione dei due istituti. Il ricorso all'incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, secondo le Sezioni unite, atterrebbe alla potenza esecutiva del provvedimento penale e indagherebbe i vizi e le vicende del titolo esecutivo<sup>270</sup>; mentre

<sup>267</sup> Cass. pen., 19 luglio 2020, n. 2209, in *Cass. pen.*, 2021, 2145 ss.

<sup>268</sup> Cass. pen., 3 dicembre 2021, n. 863, in *Diritto e giustizia*, 14 gennaio 2022.

<sup>269</sup> Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2020, n.15498, cit. A seguito dell'impugnazione del provvedimento di conversione in giudizio di rescissione *ex art. 629 bis c.p.p.* di un giudizio introdotto a norma dell'art. 670 c.p.p., la Sezione I rimette alle Sezioni unite la questione dell'applicabilità dell'art. 568, comma 5 c.p.c., nel caso di specie e della collegata questione, da affrontare in via preventiva, della determinazione della natura e dell'ampiezza dell'incidente di esecuzione, così Cass. pen., Sez. I, 15 luglio 2020, n. 20988; su tale ordinanza: D. CANTORO, *Il diritto di partecipazione al processo tra rescissione e incidente di esecuzione al vaglio della Sezioni unite*, in *Giur. pen. web*, 9 Ottobre 2020.

<sup>270</sup> In buona sostanza, il giudice dell'esecuzione *ex art. 670 c.p.p.* dovrebbe controllare la validità del titolo esecutivo, sia in relazione all'esistenza del provvedimento dal quale trae origine, sia in ordine alla sua esecutività; per un approfondimento

con esso non potrebbero essere denunciati vizi di nullità endoprocedimentali, che avrebbero dovuto essere fatte valere nel corso del giudizio di cognizione o attraverso le impugnazioni. Con questo mezzo potrebbe essere fatta valere esclusivamente l'inesistenza del provvedimento. Le decisioni assunte in sede esecutiva, che si siano tradotte nella verifica di vizi relativi alla fase di cognizione con effetti di invalidazione del giudicato di condanna, darebbero luogo ad un provvedimento abnorme, perché il giudice dell'esecuzione si occuperebbe di materia riservata al giudice della cognizione<sup>271</sup>. Così, non si potrebbe servire di tale strumento colui che sia stato condannato con sentenza passata in giudicato, pronunciata in sua assenza, a causa dell'omessa citazione in giudizio propria e/o del proprio difensore<sup>272</sup>.

Vi sarebbe uno strumento *ad hoc* per superare il giudicato e procedere ad una nuova celebrazione del giudizio svoltosi nell'assenza dell'imputato senza il rispetto delle condizioni previste dall'art. 420 bis c.p.p.: la rescissione del giudicato *ex art. 629 bis c.p.p.*<sup>273</sup>.

sull'argomento A.A. SAMMARCO, *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, a cura di L. Kalb, Torino, 2009, vol. IV, 186 ss.; G. RANALDI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, *Commento all'art. 670*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, cit.

<sup>271</sup> In tal senso Cass. pen., 11 dicembre 2018, n. 58524.

<sup>272</sup> Secondo un orientamento minoritario il mancato rispetto delle garanzie previste a favore dell'imputato darebbe luogo a nullità radicale insanabile dà far valere anche con l'incidente di esecuzione, in questo senso: Cass. pen., 23 febbraio 2018, n. 16958, in *Diritto e giustizia*, 5 luglio 2018; Id., 18 ottobre 2019, n. 48723; Id., 23 giugno 2020, n. 20989, che riguardano il caso di mancata sostituzione del difensore d'ufficio, una volta che sia venuto meno nel corso del giudizio quello originariamente preposto; contra Cass. pen., 13 febbraio 2020, n. 12823.

<sup>273</sup> Secondo Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2020, n. 15498, cit., 8.2. tanto l'interpretazione letterale dell'art. 629 bis c.p.p., che l'interpretazione teleologica della norma condurrebbero a questo stesso risultato. In particolare, la disposizione dovrebbe essere messa in relazione all'art. 420 bis c.p.p., da essa espressamente richiamata al primo comma; dal combinato disposto delle due norme si potrebbe ricavare la legittimità del procedimento in assenza, purché l'imputato sia consapevole del procedimento a suo carico e consenziente a che si svolga senza la sua presenza; in mancanza di queste condizioni, il giudicato sarebbe rescindibile. Per approfondimenti sulla rescissione del giudicato vedi: E. RANIERI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, *Commento all'art. 629*, in A. Gaito (cur.), *Codice di Procedura Penale commentato on line*, cit.; E. RANIERI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, A. GERARDI, *Commento all'art. 629*, agg., in

I due rimedi sarebbero accomunati dall'essere entrambi proponibili dopo la definizione del processo di cognizione contro pronunce giudiziali irrevocabili, ma avrebbero caratteri distintivi bene marcati: il primo si porrebbe quale istanza volta a sollecitare il controllo giurisdizionale sulla regolarità dell'esecuzione, non sarebbe soggetto al rispetto di termini e di forme rigide di proposizione, a vincoli particolari di legittimazione e di contenuto, né imporrebbe oneri probatori all'istante e sarebbe rimedio idoneo a paralizzare il corso del rapporto esecutivo; il secondo costituirebbe un'impugnazione straordinaria, ammessa in favore di una categoria specifica di legittimati, da presentare entro un termine perentorio e per ragioni specifiche e tassativamente delineate dalla norma processuale, con l'effetto, se accolto, di rimuovere il giudicato e far ripartire il processo d'accapo.

Sul presupposto dell'eterogeneità dei due istituti per natura e funzione, le Sezioni unite negano l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 568, comma 5: l'operazione dell'esatta "qualificazione" dell'atto di impugnazione presupporrebbe, infatti, che esso abbia i caratteri minimi necessari per essere riconoscibile al tipo funzionale<sup>274</sup>.

L'indirizzo opposto troverebbe il fondamento dell'applicazione dell'art. 568, comma 5 c.p.p., oltre che nel *favor impugnatoris*, nel principio di carattere più generale di conservazione degli atti giuridici, finché possibile<sup>275</sup>.

Il meccanismo previsto nel sistema processuale penale dovrebbe essere applicabile anche davanti all'impugnazione di provvedimenti dalla forma erronea o dalla natura presumibilmente abnorme, in cui l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione sia indotto dalla forma o dall'ambigua natura del provvedimento. Certo questo strumento of-

A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, cit.

<sup>274</sup> Tra i molti precedenti: Cass. pen., 18 luglio 2017, n. 39321; Id., 6 giugno 2018, n. 39881; Id., 7 maggio 2019, n. 5042; Id., 8 luglio 2020, n. 25777.

<sup>275</sup> Così Cass. pen., 27 novembre 2018, n. 7818, secondo la quale il ricorso per cassazione proposto ex art. 625 ter c.p.p. avverso una sentenza divenuta irrevocabile per mancata impugnazione, nel caso in cui la parte abbia avuto notizia dell'esistenza del procedimento penale, ma non abbia in seguito potuto partecipare al giudizio per la nullità della notifica del decreto di citazione, non dovrebbe essere dichiarato inammissibile, bensì, prospettando una questione sul titolo esecutivo ex art. 670 c.p.p., convertito in incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 568, comma 5, c.p.p.

fre meno garanzie rispetto al meccanismo disciplinato dal codice di procedura civile francese, piuttosto che rispetto al *Meistbegünstigungsprinzip*, perché manca un sistema di rimessione in termini automatico in caso di errore dell'impugnante, né vi è un meccanismo che automaticamente incanali l'impugnazione erronea nell'impugnazione corretta *ex lege*, senza un previo vaglio di ammissibilità: infatti, il mezzo di impugnazione erroneamente proposto dovrebbe rispondere ai caratteri propri del mezzo di impugnazione che andava da subito scelto per poter proseguire, eccezion fatta per i casi di conversione non dovuti ad errori di parete di cui agli artt. 569, comma 2 e 580 c.p.p.

Vi sarebbe, poi, il ruolo non chiaro riconosciuto alla volontà della parte che non dovrebbe essere diretta nei confronti di un mezzo di impugnazione non consentito, eventualità poco credibile nel momento in cui l'impugnante sia ingannato da un errore di forma o dall'abnormità di un provvedimento.

Questo meccanismo, con tutti i suoi difetti è, comunque, qualcosa in più rispetto alla totale mancanza di una normativa che disciplini la possibilità di salvezza dell'impugnazione a disposizione di chi erri nella sua scelta, come è attualmente nel processo civile.

#### 15. *La conversione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto nel processo civile*

Nell'ambito della dottrina processualcivile vi è un autore, che ha indagato la possibilità di operare la conversione del mezzo di impugnazione erroneamente proposto in quello che avrebbe dovuto essere scelto<sup>276</sup>.

La questione è da tenere distinta da quella del mezzo di impugnazione correttamente individuato, ma presentato ad un giudice incompetente.

<sup>276</sup> R. POLI, *Invalità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 560 ss.; ID., *Impugnazione proposta al giudice incompetente e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 396 ss.; ID., *Sulla sanabilità dell'errore nella individuazione del mezzo d'impugnazione*, *ivi*, 2021, 186 ss.

Su quest'ultimo tema, va specificato che le Sezioni unite<sup>277</sup> sono intervenute a sanare un contrasto giurisprudenziale intorno all'applicabilità o meno dell'art. 50 c.p.c. nel caso in cui l'appello sia proposto a un giudice incompetente.

Nell'ordinanza di rimessione si fa riferimento al caso di incompetenza territoriale, partendo dal presupposto che l'appello debba essere proposto a un giudice di grado superiore e, quindi, che non sia praticabile la *translatio iudicii* laddove i giudici interessati siano di due gradi differenti<sup>278</sup>.

<sup>277</sup> Cass., Sez. un., 14 settembre 2016, n. 18121, in *Foro it.*, 2017, I, 648, con nota di V. MASTRANGELO.

<sup>278</sup> Cass., 9 dicembre 2015, n. 24856, in *Giur it.*, 2016, 1615 ss., con nota di A. CARRATTA, *Incompetenza del giudice d'appello e translatio iudicii: la parola alle Sezioni unite*; in *Riv. dir. proc.*, 2016, 551 ss. con nota di A.M. TEDOLDI, *Problemi di geografia giudiziaria nell'appello civile: la competenza funzionale del giudice di seconde cure e il salvagente della translatio iudicii*; sulla quale anche R. POLI, *Impugnazione proposta al giudice incompetente e translatio iudicii*, cit., 396 ss. In essa si espongono i due orientamenti formati sul punto: secondo un primo orientamento l'appello proposto davanti ad un giudice territorialmente incompetente non configurerebbe un'ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 358 c.p.c., ma varrebbe ad instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente, essendo possibile, attraverso il meccanismo della riassunzione, trasferire e proseguire il rapporto processuale originario davanti all'organo dichiarato competente (Cass., 2 luglio 2004, n. 12155; Id., 30 agosto 2004, n. 17395; Id., 9 giugno 2015, n. 11969); secondo l'altro orientamento l'erronea individuazione del giudice legittimato a decidere sull'impugnazione non si porrebbe come questione di competenza, ovvero attinente ai poteri cognitivi del giudice adito, ma riguarderebbe la mera valutazione delle condizioni di proponibilità o ammissibilità del gravame, che dovrebbe, pertanto, dichiararsi precluso se prospettato a un giudice diverso da quello individuato dall'art. 341 c.p.c.; perciò non sarebbe applicabile a questa fattispecie l'art. 50 c.p.c. (Cass., 10 marzo 2005, n. n. 2709; Id., 7 dicembre 2011, n. 26375; Id., 2 novembre 2015, n. 22321). A. CARRATTA, *op. cit.*, 1616 ss. (al quale si rinvia per la più ampia esposizione del dibattito e per tutti i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali) risale alle radici storiche della questione che si era posta già sotto il vigore del codice del 1865. Le due differenti posizioni, sostanzialmente ricalcate dal contrasto giurisprudenziale attuale, facevano rispettivamente capo a Mortara e Chiovena. In particolare, secondo quest'ultimo giurista la "competenza" del giudice d'appello, che sarebbe stata competenza funzionale e quindi assoluta, costituirebbe un ulteriore presupposto proprio del giudizio d'appello, per cui l'assenza di esso avrebbe l'effetto di impedire il passaggio del rapporto dal primo grado di giudizio alla fase successiva. Il carattere funzionale

Nella pronuncia delle Sezioni unite viene fatto un passo in avanti rispetto allo stato della giurisprudenza più permissiva contemporanea. Innanzitutto, esse riportano ad una questione di competenza l'ipotesi dell'appello proposto a giudice incompetente e ritengono al caso applicabile l'art. 50, in quanto norma rientrante tra le disposizioni generali del codice di procedura civile. Poi, precisano che la *translatio iudicii* è possibile non solo nella ipotesi di erronea individuazione del giudice territorialmente competente, ma anche in quella di erronea individuazione del giudice competente per grado, perché in entrambi i casi l'errore non inciderebbe sull'esistenza del potere di impugnazione, ma solo sul modo di esercizio di esso.

A giustificazione di tale conclusione le Sezioni unite pongono: sia il carattere particolare della competenza nelle fasi di gravame, competenza funzionale, in cui si incrocerebbero competenza per territorio e materia<sup>279</sup>; sia un principio di carattere più generale, l'effettività della

della competenza del giudice dell'impugnazione sarebbe assimilabile ad una sorta di "difetto di attribuzione" istituzionale, che impedirebbe il corretto radicamento stesso del giudizio di impugnazione. Il concetto di competenza funzionale fu originariamente elaborato da G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906, 410 ss.: esso esprime il legame tra la competenza per territorio e quella delle funzioni del giudice, sul presupposto che in quel luogo certe funzioni vengano esercitate nel modo migliore.

Vedi anche le argomentazioni di A.M. TEDOLDI, *op. cit.*, 530, a favore della posizione dell'ordinanza di rimessione. L'autore sottolinea che distinguere tra i due tipi di competenza non significherebbe affatto che la competenza in senso verticale o per gradi non sia una questione di competenza, mentre lo sia quella in senso orizzontale; né che un vizio sia più grave dell'altro; semplicemente, a suo parere, l'impugnazione, per non consumarsi invano, dovrebbe essere diretta ad un ufficio che istituzionalmente giudichi in seconde cure; questo viene qualificato dall'autore un elemento così formale e intrinseco all'atto, che in sua mancanza l'impugnazione non sarebbe idonea a raggiungere lo scopo di veder riesaminato il provvedimento. Perciò l'autore esclude l'applicazione nel giudizio d'appello dell'art. 38 c.p.c., ritendo la norma scritta per il primo grado di giudizio: la competenza di cui discorrerebbe l'art. 38 c.p.c. sarebbe sempre riferita all'oggetto sostanziale del processo, mai al provvedimento impugnato, al quale farebbe riferimento invece l'atto d'appello alla stregua dell'art. 342 c.p.c. Al contrario, a parere dell'autore, sarebbe applicabile in appello l'art. 50 c.p.c.

<sup>279</sup> A, CARRATTA, *Incompetenza del giudice d'appello e translatio iudicii: la parola alle Sezioni unite*, cit., 1621, mette in evidenza come il concetto di competenza funzionale sia stato utilizzato anche per argomentare la tesi opposta.

tutela giurisdizionale, in virtù del quale le norme processuali debbono essere interpretate, per quanto possibile, allo scopo di consentire al processo di arrivare alla sua fine naturale, la decisione nel merito<sup>280</sup>.

Questa sentenza delle Sezioni unite<sup>281</sup> ha segnato un progresso, se anche a livello di principi in generale affermati, ma ha affrontato solo un aspetto della problematica dell'errore nella proposizione del mezzo di impugnazione.

La questione approfondita da Poli riguarda un problema lasciato irrisolto dalla Cassazione: ovvero se sia possibile applicare un analogo meccanismo nel momento in cui l'impugnante erri nella scelta del mezzo di impugnazione da proporre, non solo nell'elezione del giudice davanti al quale agire.

In un suo meno recente lavoro l'autore<sup>282</sup> mette in evidenza una serie di ipotesi in cui la Cassazione ha ammesso la conversione di uno strumento in un altro, nel momento in cui vi sia un errore nell'identificazione della questione controversa e, di conseguenza, vi sia errore nella scelta del tipo di ricorso da proporre davanti alla stessa.

La giurisprudenza ha ammesso la conversione in regolamento ne-

<sup>280</sup> Cass., Sez. un., 14 settembre 2016, n. 18121, cit., § 6D, secondo la quale argomento a favore di questa posizione sarebbe anche il fatto che il legislatore con l'art. 59 della l. n. 69/2009 e con l'art. 11 del codice del processo amministrativo abbia esteso *translatio iudicij* ai casi di difetto di giurisdizione dovuti agli errori commessi nell'individuazione della giurisdizione speciale o ordinaria; nonché il fatto che per effetto di una sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013, I, 2690 ss. con nota di E. D'ALESSANDRO, M. ACONE, F. FRASCA), analogo risultato conservativo viene riconosciuto anche nei rapporti tra giudici e arbitri. Perciò, se si concludesse in caso contrario nella fattispecie al suo esame, si finirebbe con l'attribuire all'errore nell'individuazione del giudice territorialmente competente per l'appello conseguenze ben più rilevanti rispetto all'ipotesi di errore nella individuazione del giudice munito di giurisdizione. Questo argomento a favore della *translatio iudicij* è stato sottolineato dalla dottrina già nel momento in cui la questione è stata rimessa alle Sezioni unite, così: A. CARRATTA, *op. cit.*, 1622; R. POLI, *op. cit.*, 405 s.; A.M. TEDOLDI, *op. cit.*, 527.

<sup>281</sup> Nello stesso senso le successive: Cass., 29 novembre 2017, n. 28480, la quale specifica che qualora in questi casi sia pronunciata inammissibilità anziché incompetenza, la relativa pronuncia deve essere impugnata con ricorso in cassazione, non con regolamento di competenza; Id., 3 aprile 2018, n. 8155.

<sup>282</sup> R. POLI, *Invaldità ed equipollenza*, cit., 560 ss.

cessario di competenza di un ricorso ordinario proposto avverso un provvedimento che statuisce solo sulla competenza<sup>283</sup>, purché il ricorso abbia i requisiti formali e sostanziali di quello nel quale dovrebbe convertirsi. In alcune pronunce viene dato rilievo anche alla volontà della parte, la quale per aversi conversione non dovrebbe essere diretta al mezzo non consentito, come affermato in alcune sentenze della Cassazione penale esaminate nel paragrafo precedente.

Nell'epoca in cui vi era una maggiore demarcazione tra ipotesi in cui il rito si svolgeva in pubblica udienza e quelle in cui rito era in camera di consiglio, la Corte concludeva, inoltre, che la relativa trattazione poteva svolgersi anche nella pubblica udienza, poiché l'inservanza della procedura in camera di consiglio avrebbe configurato mera irregolarità, non lesiva delle garanzie per la parte.

Analoghe conclusioni vengono raggiunte dalla Corte con riferimento all'ipotesi inversa: ovvero quella in cui sia proposto regolamento di competenza in luogo di ricorso ordinario in cassazione<sup>284</sup>.

Alcune pronunce si riferiscono ad un periodo anteriore alla riforma operata dalla legge n. 69/2009, quando le pronunce sulla competenza avvenivano con sentenza anziché con ordinanza, ma analoghi principi vengono applicati, evidentemente in virtù del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, anche laddove l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione sia una conseguenza dell'errore del giudice nella scelta della forma del provvedimento<sup>285</sup>.

<sup>283</sup> Cass., 11 settembre 2007, n. 19039, in *Guida al diritto*, 2007, n. 43, 58. Nello stesso senso Cass., 13 febbraio 2006, n. 3077, in *Giur. it.*, 2006, 1900; Id. 14 marzo 2006, n. 5477, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; Id., 11 marzo 2014, n. 5598, in *Guida al diritto*, 2014, n. 23, 86.

<sup>284</sup> Cass., 16 gennaio 2004, n. 590, nel considerare o meno praticabile la conversione di un regolamento di competenza proposto avverso una sentenza del giudice di pace, si richiama all'art. 159, comma 2, come espressione del principio di conservazione degli atti processuali; Id., 8 maggio 2006, n. 10488; Id., 24 marzo 2017, n. 7706.

<sup>285</sup> Parlano genericamente di pronunce sulla competenza: Cass., 7 maggio 2015, n. 9268; Id., 10 luglio 2017, n. 17025. Vi è un errore nella scelta della forma del provvedimento nel momento in cui il giudice d'appello abbia pronunciato con sentenza sulla sola competenza; in questo caso la Corte ha ritenuto impugnabile con regolamento necessario di competenza la sentenza emessa dal giudice d'appello sulla sola competenza e perciò convertibile il ricorso ordinario proposto contro di essa in regolamento necessario di competenza, purché ne sussistano i presupposti, così Cass., 17 dicembre 2019, n. 33443.

Le maggiori difficoltà in cui si potrebbe incorrere in queste ipotesi di conversione sono i differenti termini per impugnare previsti per i due strumenti, in particolare, quello breve per proporre regolamento di competenza, e la diversità della qualifica dell'avvocato che li presenta, non essendo richiesta per patrocinare un regolamento di competenza l'iscrizione nell'albo degli avvocati abilitati alle magistrature superiori.

Ancor più arditamente sono stati registrati casi di conversione tra mezzi eterogenei: la Cassazione ha ritenuto ammissibile la conversione del ricorso in cassazione proposto erroneamente, per mancanza di una decisione definitiva sulla giurisdizione, in regolamento di giurisdizione<sup>286</sup>. Anche in queste ipotesi in alcune pronunce si ritrova il riferimento alla rilevanza della volontà dell'impugnante<sup>287</sup>, che non dovrebbe essere diretta inequivocabilmente al mezzo non consentito: difficile immaginare che la parte che si sia raffigurata erroneamente i presupposti di partenza dell'atto posto in essere, possa dirigere la sua volontà verso il mezzo diverso da quello effettivamente adottato, tanto più che in un caso si tratta di un mezzo di impugnazione nell'altro no; probabilmente essa si raffigurava il mezzo non voluto come possibile, proprio in questo risiede il suo errore.

Infine, l'autore segnala anche altre le pronunce di conversione eterogenea: ipotesi in cui la Cassazione ha acconsentito alla conversione

<sup>286</sup> R. POLI, *op. cit.*, 578, cita in proposito, in primo luogo, casi di ricorso *ex art.* 362 c.p.c., tra i quali: Cass., Sez. un., 24 maggio 2007, n.12068, in *Guida al diritto*, 2007, n. 38, 56; Id., aprile 2008, n. 9151, in *Foro amm. CDS*, 2008, II, 1052; Id., 11 novembre 2008, n. 23384, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, 1341. Si tratta per lo più di casi in cui sono stati impugnati provvedimenti non decisori ai sensi dell'art. 362 c.p.c., per i quali la Corte ha valutato la sussistenza dei presupposti di convertibilità in regolamento preventivo di giurisdizione, non impedito da un provvedimento di carattere non decisorio.

<sup>287</sup> Cass., Sez. un., 24 maggio 2007, n.12068, cit., § 2.2 secondo la quale si dovrebbe escludere la conversione dell'atto se, dall'esame del contenuto del mezzo utilizzato, risultasse inequivocabilmente la volontà della parte di utilizzare soltanto un mezzo diverso, ancorché inammissibile, in quanto, in questo caso il mezzo convertito (soggetto pur sempre alla disponibilità della parte), non troverebbe la sua fonte nella volontà della parte, ma nell'attività di conversione compiuta dal giudice.

di un ricorso per regolamento di competenza in ricorso per regolamento di giurisdizione e viceversa<sup>288</sup>.

In tutti questi casi, ad opinione dell'autore, si dovrebbero applicare i principi generali ricavabili dagli artt. 156 e 159 c.p.c. Perciò, per operare la conversione del mezzo non consentito nel mezzo consentito, bisognerebbe aver riguardo alle caratteristiche oggettive dell'atto posto in essere, non tanto alla volontà della parte; solo se l'atto posto in essere avesse i requisiti richiesti per l'atto che avrebbe dovuto essere compiuto a pena di nullità o di inammissibilità, tale operazione sarebbe possibile. Presupposto indispensabile, inoltre, sarebbe che sussista il potere di compiere l'atto in capo a colui a favore del quale la conversione dovrebbe operare e che esso sia identificabile.

Poi, per quel che concerne l'eventuale sostituzione di un tipo di procedimento con un altro, del procedimento in pubblica udienza con il procedimento in camera di consiglio e viceversa, l'autore si mostra d'accordo con la posizione della Cassazione, per cui tale irregolarità non comporterebbe di per sé nullità del procedimento, ma bisognerebbe andare a verificare di volta in volta che lo scambio tra i due procedimenti non abbia compromesso delle facoltà processuali delle parti. In proposito va sottolineato che, allo stato della legislazione attuale, quest'ultimo è un problema relativo perché il procedimento in camera di consiglio risulta essere ormai il procedimento di carattere generale anche per il ricorso ordinario in cassazione, con un'unica disciplina, salvo alcune ipotesi.

Queste stesse conclusioni l'autore<sup>289</sup> ritiene di poter applicare ad altri casi di errore nella scelta del mezzo di impugnazione, essenzialmente di proposizione dell'appello al posto del ricorso in cassazione o viceversa.

Si parte dal verificare la praticabilità di una simile operazione nel quadro normativo attuale, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale.

<sup>288</sup> R. POLI, *op. cit.*, 586 ss.

<sup>289</sup> R. POLI, *Impugnazione proposta al giudice incompetente e translatio iudicii*, cit. 407 ss.; ID., *Sulla sanabilità dell'errore nella individuazione del mezzo d'impugnazione*, cit., 186 ss.

Innanzitutto, l'autore sottolinea come nelle pronunce della Corte di cassazione sia sempre più frequente il richiamo al principio di effettività, anche nel quadro della legislazione e della giurisprudenza dell'UE, per giustificare la salvaguardia di atti processuali formalmente imperfetti<sup>290</sup>. Proprio in quest'ottica, evitando di cedere ad inutili formalismi, dovrebbero essere applicati i principi generali in materia di sanatoria della nullità, quando il potere esercitato sia esistente e riconoscibile, seppur esercitato in forma non corretta. Secondo l'autore, il potere d'impugnazione ordinaria sussisterebbe sempre quando ne sussistano le condizioni (legittimazione e interesse ad impugnare, pendenza del termine per impugnare, sentenza impugnabile); sarebbe individuabile quando venga esercitato nel termine con la richiesta di rimozione per illegittimità di una sentenza impugnabile sulla base della specifica indicazione di un *error, in procedendo* o *in iudicando*, tra quelli previsti dalla legge e comuni alle impugnazioni ordinarie, che si assume viziare la sentenza<sup>291</sup>.

In applicazione dei principi enunciati dalle Sezioni unite n. 18121/2016 dovrebbe essere possibile concepire la *translatio iudicii* anche in caso di impugnazione ordinaria erroneamente eletta. Tuttavia, perché il passaggio da un giudice incompetente ad un altro vada a buon fine, dovrebbe ipotizzarsi la possibilità di convertire l'impugnazione errata in quella corretta. Con riferimento alla conversione dell'atto di appello proposto al posto di ricorso in cassazione e viceversa, si dovrebbe verificare nel caso concreto la sussistenza nell'atto errato dei requisiti dell'atto che si sarebbe dovuto porre in essere, senza che abbia rilevanza la volontà di realizzare uno specifico mezzo di impugnazione, ma solo quella di impugnare il provvedimento.

<sup>290</sup> Così l'autore fa riferimento agli sviluppi della giurisprudenza in relazione all'istituto della notificazione, Cass., Sez. un., 20 luglio 2016, n. 14917, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1647 ss., con nota di F. AULETTA, R. POLI, *Il lento addio dei giudici all'«inesistenza» degli atti processuali*. Va rimarcato il significativo passo avanti compiuto in un settore caratterizzato dall'alto tasso di formalismo, proprio per la finzione alla quale dà luogo il regolare compimento del procedimento di notificazione.

<sup>291</sup> R. POLI, *Sulla sanabilità dell'errore nella individuazione del mezzo d'impugnazione*, cit., 192.

In conclusione, l'autore ha ritenuto praticabile la possibilità di convertire il ricorso per cassazione in appello, più che il contrario, visti gli specifici requisiti dei rispettivi due atti introduttivi.

Se si volesse attuare il meccanismo proprio della *translatio iudicii* e ispirandosi anche al meccanismo di salvaguardia dell'impugnazione erroneamente proposto disciplinato dal codice di procedura penale all'art. 568, comma 5, dovrebbe essere il giudice *ad quem* non il giudice *a quo* a valutare la sussistenza dei requisiti di convertibilità, mentre il primo giudice adito dovrebbe limitarsi a trasmettere l'atto; in caso di mancanza dei suddetti requisiti, dovrebbe essere il secondo giudice a dichiarare l'impugnazione inammissibile.

Vi è da dire che la giurisprudenza di Cassazione nega questa possibilità<sup>292</sup>, concludendo che l'ipotesi sopra descritta sia diversa da quella in cui il mezzo di gravame è astrattamente corretto, ma indirizzato ad un giudice che, per territorio o per grado, non sia competente, perché nel primo caso l'impugnante esperirebbe uno strumento processuale inidoneo, anche solo in astratto, a configurare l'instaurazione di un regolare rapporto processuale.

Nello specifico in una pronuncia della Cassazione viene esclusa la convertibilità dell'appello invalido in ricorso in cassazione, per la differente struttura di quest'ultimo<sup>293</sup>. A critica di tale giurisprudenza Poli<sup>294</sup> ribadisce come la compatibilità tra i due atti vada verificata in concreto, non in astratto.

È strano che allo stato attuale sia ammissibile il passaggio da un giudice ordinario ad uno speciale e viceversa o tra giudici e arbitri, quindi sia possibile il passaggio ad un procedimento di natura diversa, e non tra giudici ordinari, seppur di gradi diversi, a meno che non si tratti dello stesso mezzo di impugnazione. Il principio generale di conservazione dell'atto o del procedimento dovrebbe valere anche in caso di scambio tra impugnazioni, con un passaggio più immediato da un giudice ad un altro, perché si verificherebbe comunque all'interno della giurisdizione ordinaria e tra procedimenti di eguale natura.

<sup>292</sup> Cass., 7 dicembre 2016, n. 25078; Id., 3 marzo 2020, n. 5712; Id., 3 giugno 2020, n. 10419; Id. 20 luglio 2020, n. 15395.

<sup>293</sup> Cass., 3 marzo 2020, n. 5712.

<sup>294</sup> R. POLI, *op. cit.*, 195.

Due osservazioni possono essere fatte a margine della tesi esposta, con specifico riferimento al tema di indagine del presente lavoro.

In primo luogo, si dovrebbe prendere in considerazione anche l'ipotesi in cui vi sia l'errata proposizione di un mezzo di gravame per effetto della pronuncia di un provvedimento al di fuori dei presupposti previsti dalla legge: il pensiero corre alle ordinanze di cui agli artt. 183 ter e 183 quater, emesse ad esempio in presenza di un diritto indisponibile. Applicando i principi esposti nei paragrafi precedenti, il provvedimento avrebbe sostanza di sentenza e perciò dovrebbe essere impugnato con appello, non con reclamo al collegio. Dato che si tratta di due strumenti appartenenti alla categoria dei gravami, anche in questo caso potrebbe trovare ingresso il meccanismo della *translatio iudicii*, sulla scia della giurisprudenza più permissiva della Cassazione penale.

La seconda osservazione attiene proprio al cuore del meccanismo di funzionamento del sistema proposto, che non sembra del tutto adatto all'ipotesi in cui l'errore non sia dovuto a responsabilità dell'impugnante, ma sia conseguenza dell'errore processuale compiuto dal giudice.

Bisogna considerare la possibilità che la parte sia rimessa in termini nel momento in cui erri nella scelta del mezzo di gravame e/o del giudice al quale proporlo per le incertezze causate dall'errore del giudice nella qualificazione e/o elezione del procedimento o del provvedimento adottato; bisogna considerare la possibilità di consentirle, dopo la scelta di un mezzo errato, di introdurre il tipo di impugnazione che fin da subito andava eletto.

16. *La rimessione in termini in caso di errore scusabile nella scelta del mezzo di impugnazione*

Il giurista<sup>295</sup>, che più di recente ha studiato il tema del corretto criterio per individuare il mezzo di impugnazione di un provvedimento assunto in forma errata ovvero adottato al termine di non procedimento non corretto, ha escluso la pura applicazione del principio

<sup>295</sup> R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", cit., 702 ss.

dell'apparenza, proprio per le conseguenze deleterie che esso potrebbe comportare a scapito dell'impugnante a causa di un errore del giudice.

Secondo Oriani<sup>296</sup> la prima regola dovrebbe essere quella per cui per determinare il mezzo di impugnazione bisognerebbe guardare alla previsione di legge, al mezzo di impugnazione voluto per il provvedimento che avrebbe dovuto essere adottato; tuttavia, la parte non perderebbe il potere di impugnare proponendo l'impugnazione secondo le regole del rito errato o della qualificazione errata data dal giudice *a quo*. In quest'ultimo caso, la parte potrebbe essere rimessa in termini *ex art. 153 c.p.c.* per errore scusabile, dipendente dall'errore del giudice, e proporre l'impugnazione corretta secondo le prescrizioni di legge.

Secondo la ricostruzione proposta dall'autore, il giudice *ad quem* che riceve un'impugnazione non corretta, dovrebbe dichiarare l'impugnazione inammissibile, ma contestualmente verificare se sussistono i presupposti dell'errore scusabile; quindi, eventualmente, dovrebbe rimettere la parte in termini per proporre l'impugnazione corretta.

L'autore propone un'applicazione in via subordinata del criterio dell'apparenza, al solo fine di determinare la scusabilità dell'errore, ma non specifica se sia necessaria o meno per giustificare un errore l'espressa qualificazione errata del provvedimento o del procedimento del giudice *a quo*, come sembra richiedere in alcuni ambiti la giurisprudenza di Cassazione per la determinazione del mezzo di impugnazione esperibile<sup>297</sup>.

Sembrirebbe proprio che quello proposto dall'autore non sia un meccanismo analogo alla riqualificazione dell'impugnazione erroneamente scelta nell'impugnazione che avrebbe dovuto essere proposta, come avviene ai sensi dell'art. 568, comma 5 c.p.p. nel processo penale; piuttosto, si tratterebbe di dare un termine alla parte per svolgere *ex novo* l'impugnazione corretta.

L'autore ammette che, per esigenze di economia processuale, il giudice da subito adito possa essere spinto a convogliare il giudizio correttamente, senza imporre di rinziarlo *ad origine*, ove sia possibile e

<sup>296</sup> R. ORIANI, *op. cit.*, 716 ss.

<sup>297</sup> Vedi *retro* § 9.

non sia pregiudizievole per la parte stessa. In tal modo, si eviterebbe la doppia impugnazione e gli inconvenienti ad essa connessi.

La tesi di Oriani poggia sui presupposti della rimessione in termini di cui all'art. 153, comma 2 c.p.c. Andiamo, quindi, a verificare se questa ipotesi sia praticabile e conveniente per chi impugna in maniera errata per effetto dell'errore del giudice.

L'istituto ha avuto ingresso, in via generale, nel primo libro del codice di procedura civile con la legge n. 59/2009. Fino a quel momento era disciplinato in maniera frammentaria nel codice di procedura civile anche se la dottrina, che si era occupata del tema, aveva cercato di darne una ricostruzione unitaria<sup>298</sup>.

Una prima disposizione di portata più generale è stata introdotta con la novella n. 353/1990 nel secondo libro all'art. 184 bis, poi perfezionata il d.l. n. 238/1995. Nell'originaria intenzione del legislatore tale articolo avrebbe dovuto avere come scopo quello di fare da contraltare alle preclusioni più stringenti introdotte nel corso del giudizio di primo grado dalla novella del 1990, per cui essenzialmente il riferimento era alle decadenze previste negli artt. 183 e 184 c.p.c. Nella sua nuova formulazione la norma aveva acquisito una portata più generale: «La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa

<sup>298</sup> C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, *passim*; R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., *passim* F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, *passim*.

Una pronuncia considerata prodromica rispetto all'introduzione del generale istituto della rimessione in termini è considerata Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con nota di R. CAPONI, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze dei terzi*. In questa pronuncia la Corte costituzionale ha riconosciuto la salvezza degli effetti derivanti dall'avvenuta notificazione, in virtù dell'affidamento da parte del notificante dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario; nel momento in cui il procedimento di notificazione non si dovesse perfezionare, il notificante, che intanto verrebbe a conservare gli effetti della notifica non perfezionata, dovrebbe essere comunque rimesso in termini per consentirgli di effettuare una nuova notificazione. Tale pronuncia ha fatto da apripista all'introduzione nel 2006 di un terzo comma all'art. 149 c.p.c., secondo il quale: «la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto».

non imputabile può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini»<sup>299</sup>.

La collocazione della disposizione nell'ambito del processo di cognizione ordinario poteva portare a concludere che l'istituto fosse applicabile alle sole preclusioni interne, non anche alle preclusioni esterne, così ai termini per impugnare<sup>300</sup>.

Tali dubbi sono oggi stati fugati dalla nuova collocazione della disciplina dell'istituto in seno al primo libro del codice di procedura civile; perciò, essa è qualificabile come una disposizione di carattere generale<sup>301</sup>.

La laconicità della norma ha portato come primo problema da risolvere quello di individuare il fondamento della rimessione in termini.

<sup>299</sup> F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 171 ss.

<sup>300</sup> secondo C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., 317 ss., il rimedio della rimessione in termini avrebbe avuto ad oggetto essenzialmente il termine breve per impugnare: infatti, ad opinione dell'autore, non si potrebbe negare la possibilità di essere restituito nel termine breve argomentando dalla tutela dell'intangibilità del giudicato, perché ciò significherebbe accedere ad una visione meramente privatistica dello strumento processuale; bisognerebbe, invece, accordare tutela alla parte vincitrice non attraverso la negazione al soccombente di un diritto costituzionalmente garantito, ma attraverso una rigorosa disciplina della rimessione in termini. Al contrario, l'autore non ammetteva che si potesse essere rimessi in termini davanti al decorso del termine lungo per impugnare, considerato, più che altro, come il momento ultimo per la concessione di un rimedio. Favorevole all'applicazione dell'istituto anche ai termini per impugnare con riferimento alla normativa antecedente all'introduzione del secondo comma nell'art. 153: Cass., Sez. un., 21 gennaio 2005, n. 1238, in *Foro it.*, 2005, I, 2401 con nota di R. CAPONI; Id., 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corr. giur.*, 2010, 1473 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*. Non si dubitava che tale disciplina potesse trovare applicazione nel corso del procedimento di gravame, in proposito F. DE SANTIS, *op. cit.*, 263 ss.

<sup>301</sup> Concordi nel ritenere la rimessione in termine applicabile anche ai termini per impugnare: R. CAPONI, voce *Rimessione in termini*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2009, agg. IV, 466 ss.; ID., *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 283 ss.; A. PANZAROLA, *La rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1637 ss.; S. BOCCAGNA, F. DE SANTIS DI NICOLA, *Commento all'art. 153*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, cit., vol. I, 1759 ss.

In teoria, ove l'ordinamento consenta alla parte di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli dell'inutile decorso di un termine, l'imputazione della decadenza si fonderebbe su un suo eventuale comportamento colposo; ove, al contrario, tale possibilità non le venga concessa, l'imputazione degli effetti del termine scaduto avverrebbe a titolo di responsabilità oggettiva<sup>302</sup>. Questo secondo tipo di casi sono stati esclusi dall'ingresso nel codice dell'istituto della rimessione in termini. Più in generale, simili disposizioni non consentirebbero di garantire l'effettività del diritto di agire e di difendersi in giudizio.

Nell'attuale codice, l'istituto della rimessione in termini ha un legame profondo con il principio del contraddittorio, che viene compromesso nel momento in cui una parte sia privata della possibilità di svolgere le proprie difese per un impedimento non evitabile con un comportamento diligente.

Caponi<sup>303</sup> ha fondato l'istituto sul concetto di autoresponsabilità, perché la parte che ha diritto di avvalersi della rimessione in termini, non ha compiuto un atto lesivo delle facoltà di difesa della controparte, ma fa valere il mancato esercizio di una sua prerogativa non dovuta a sua responsabilità. L'autore costruisce un concetto di autoresponsabilità ispirato alla regola di diligenza (art. 1176 c.c.) propria del diritto privato, che consente di stabilire quando l'inadempimento di un'obbligazione sia imputabile a colpa del debitore (art. 1218 c.c.): così sarebbe quando egli non abbia usato nell'adempimento la diligenza del buon padre di famiglia, aggravata dal riferimento alla natura dell'attività esercitata e dalle competenze necessarie per adempiere, nel mo-

<sup>302</sup> C.E. BALBI, *op. cit.*, 221 ss. mette in relazione l'istituto con la decadenza, della quale distingue due tipi. La prima categoria di decadenze riguarderebbe atti legati da un rapporto di necessità con atti successivi, il cui mancato compimento non comprometterebbe definitivamente il principio del contraddittorio, ma renderebbe la sua realizzazione più difficoltosa: queste decadenze si produrrebbero sul presupposto che la parte onerata sia informata o, comunque, possa conoscere del termine di decadenza usando un minimo di diligenza. Una seconda categoria di decadenze sarebbero quelle più strettamente connesse, con varie gradazioni, all'espletamento del contraddittorio; in tali ipotesi, ove la decadenza non sia dovuta a negligenza della parte, dovrebbe essere data la rimessione in termini.

<sup>303</sup> R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 49 ss.; ID., voce *Rimessione in termini*, cit., 474 ss.

mento in cui si tratti di svolgere un'attività professionale<sup>304</sup>. Tale regola dovrebbe, però, essere mitigata alla luce della garanzia costituzionale dell'effettività del contraddittorio e del dato che il comportamento lesivo non sarebbe diretto alla controparte, ma esplicherebbe i suoi effetti nella propria sfera giuridica.

La figura alla quale si dovrebbe far riferimento per valutare la scusabilità dell'inerzia dovrebbe essere costruita non sull'ipotetica immagine del buon padre di famiglia, propria del diritto privato, ma sul soggetto di riferimento, considerando la sua condizione sociale, il suo grado di cultura, ma tenendo anche conto del suo obbligo di attivarsi davanti ad un atto giuridico e del principio generale in virtù del quale la legge non ammette ignoranza<sup>305</sup>.

La scusabilità del suo comportamento consentirebbe di vedersi reimmessi nell'esercizio di una facoltà perduta in una situazione in cui non sarebbe dato alla parte avere contezza dell'obbligo di attivarsi, di attivarsi con certe modalità, ovvero, pur nella sua consapevolezza, le si impedisca oggettivamente di agire.

Il quadro si complica alla luce dell'elemento che nella quasi totalità dei casi la parte agisce in giudizio per mezzo del suo difensore tecnico. È quest'ultimo a compiere e ricevere gli atti nell'interesse della parte, per cui non sarebbe logicamente pensabile l'imputazione dell'inerzia nella difesa tecnica alla parte a titolo di colpa soggettiva. Il comportamento negligente del difensore viene oggettivamente imputato alla parte in virtù del dogma dell'immedesimazione organica tra parte e difensore; pur non essendoci una norma specifica a fissare espressamente tale principio, la sua presupposizione è giustificata dalla necessità di tutelare la controparte, che legittimamente si avvantaggia dell'altrui decadenza e sulla quale non potrebbero essere riversati gli errori grossolani del proprio difensore<sup>306</sup>.

<sup>304</sup> Per approfondimenti sull'inadempimento in diritto privato vedi F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 597 ss.

<sup>305</sup> R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 128 ss. Vedi in proposito anche F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 142 ss., il quale cerca di ricostruire l'istituto con riferimento ai casi giurisprudenziali e traendo spunto anche dalla comparazione con il diritto processuale amministrativo.

<sup>306</sup> In base a questi principi la Cassazione ha escluso che possa trovare applicazione l'istituto della rimessione in termini alla decadenza dall'impugnazione laddove la

La costruzione del concetto di colpa dell'avvocato che consente di escludere la responsabilità della parte dovrebbe essere misurata sul canone oggettivo-astratto di diligenza ancorato allo standard professionale<sup>307</sup>. Adattando la regola ricavabile dall'art. 2236 c.c. all'istituto della rimessione in termini, ne deriverebbe che davanti a problemi tecnico giuridici di particolare complessità l'errore di valutazione del difensore dovrebbe essere imputabile alla parte solo per dolo o colpa grave dello stesso. Trattandosi di salvaguardare anche gli interessi della controparte, secondo Caponi, la nozione di "problemi tecnici di speciale difficoltà" dovrebbe essere valutata con un certo rigore<sup>308</sup>.

Una recente pronuncia della Corte di cassazione ha sottolineato proprio con riferimento al decorso del termine per impugnare come l'impedimento, in questo caso dell'avvocato, che giustifica la rimessione in termini debba essere caratterizzato oltre che dalla non imputabilità anche dall'assolutezza<sup>309</sup>.

Esposti i presupposti generali dell'istituto, il passo successivo è chiedersi se, in assenza di una norma specifica, l'incertezza creata dall'errore del giudice intorno alle modalità di impugnazione di un provvedimento possa essere o meno motivo di rimessione in termini, magari anche in presenza di diversi indirizzi giurisprudenziali sul criterio da seguire.

causa non imputabile dedotta a sostegno della relativa istanza sia collegata a violazioni commesse da parte del difensore di obblighi informativi caratteristici del rapporto di mandato; infatti, la Corte ha spiegato che si tratterebbe di profili attinenti ad una patologia di quest'ultimo e come tali destinati ad assumere rilevanza esclusivamente nei relativi confini, così Cass., 7 luglio 2022, n. 21649, in *euroconferece*, 13 settembre 2022, con nota di commento di V. BARONCINI, *Decadenza dall'impugnazione e limiti alla rimessione in termini*.

<sup>307</sup> Vedi anche C.E. BALBI, *op. cit.*, 451.

<sup>308</sup> R. CAPONI, *op. ult. cit.*

<sup>309</sup> Cass., 14 agosto 2023, n. 24631, ha escluso che tale possa essere considerato lo stato di gravidanza del difensore, in applicazione dell'art. 81 bis, comma 3 disp. att. c.p.c. Infatti, quest'ultima disposizione, nel dare rilevanza, ai fini della fissazione del calendario del processo, al documentato stato di gravidanza del difensore (cui sono equiparati l'adozione nazionale e internazionale nonché l'affidamento del minore), non contemplerebbe un generalizzato legittimo impedimento dell'avvocato che si trovi nelle condizioni sopra indicate, ma avrebbe valenza esclusivamente endoprocedimentale.

La risposta che dà Oriani<sup>310</sup> al quesito è positiva. A sostegno di questa sua posizione, l'autore sembra trarre spunto sia dalla giurisprudenza di Cassazione sul cd. fenomeno dell'*overruling* giurisprudenziale, sia dall'analogo istituto della rimessione in termini per errore scusabile nel processo amministrativo.

Il primo fenomeno concerne i mutamenti repentini della giurisprudenza di Cassazione nell'interpretazione di norme, in particolare, la dottrina processualcivilistica ha posto attenzione agli eventi riguardanti le norme di carattere processuale<sup>311</sup>.

Da alcuni è stata evidenziata la differenza di tale tipo di mutamenti di interpretazione rispetto a quelli riguardanti le norme sostanziali<sup>312</sup>, perché chi agisce in giudizio fa conto su "regole del gioco" stabilite da principio<sup>313</sup>; da altri è stato sottolineato come chi ricorra in cassazione

<sup>310</sup> R. ORIANI, *op. cit.*, 469 ss.

<sup>311</sup> Vedi in proposito: R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311 ss.; A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, *ivi*, I, 2011, 117 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss.; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, *ibidem*, 1337 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, *ibidem*, 1391 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; S. BOCCAGNA, F. DE SANTIS DI NICOLA, *Commento all'art. 153, cit.*, 1775 ss.; A. VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018, *passim*; C. DELLE DONNE, *Giudici e norme di diritto nel cono d'ombra del prospective overruling (a margine di un libro recente...e di una "celebre dottrina")*, in *Judicium*, 2023.

<sup>312</sup> Sulle ragioni della retroattività dell'*overruling* in materia sostanziale vedi A. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ.*, VI, n. 174/2015, in *Judicium*, 2015.

<sup>313</sup> G. COSTRANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *cit.*, 1076 ss., secondo il quale i mutamenti di giurisprudenza, al pari delle disposizioni di legge con efficacia retroattiva, quale che sia la qualificazione ad esse attribuita, debbono comunque rispettare il principio di ragionevolezza. Paragona i mutamenti giurisprudenziali a *ius superveniens* R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, *cit.*, 311 ss.; ID., *Il diritto processuale «non*

può voler provocare una nuova interpretazione della norma anche processuale applicabile nel caso di specie, altrimenti non avrebbe senso l'art. 360 bis, n. 1 c.p.c., che dichiara inammissibile il ricorso in cassazione quando il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa<sup>314</sup>.

Potrebbe accadere che per effetto della nuova lettura di una norma processuale la parte si trovi *ex post* ad aver iniziato un procedimento secondo un rito errato<sup>315</sup> ovvero ad essere decaduta da termini che sulla base della precedente interpretazione giurisprudenziale avrebbe, invece, rispettato<sup>316</sup>.

*sostenibile*», in *Riv. trim. dir. proc.*, 2013, 855 ss. Analogamente ritiene che non possa avere applicazione retroattiva il mutamento giurisprudenziale: A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, cit., 117 ss.

<sup>314</sup> C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, cit., 1355; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, cit., 1401; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, cit., 9 ss.

<sup>315</sup> È il caso del procedimento di opposizione alla liquidazione del compenso agli ausiliari del giudice e ai custodi nonché ai difensori nominati a patrocinio a spese dello Stato, in ordine al quale la Cassazione ha statuito che, anche se gli incarichi o le nomine sono conferiti nell'ambito di un procedimento penale, si introduce una controversia di natura civile, perciò essa deve essere assegnata e trattata dai magistrati addetti al servizio civile, così Cass., 3 settembre 2009, n.19161, in *Giust. civ.*, 2010, 1417 ss., con nota di G. FAVI, *Revirement della Cassazione: è sempre il giudice civile ad essere competente per le opposizioni ex art. 29 l. n. 794 del 1942, anche se il decreto è stato emanato nell'ambito di un procedimento penale*; in *Cass. pen.*, 2010, 127 ss., con nota di G. SANTALUCIA, *I procedimenti di opposizione alle liquidazioni dei compensi agli ausiliari e ai custodi nominati nel procedimento penale: le Sezioni unite civili riaprono un contrasto già risolto*. A seguito di questo mutamento della giurisprudenza la Cassazione (2 luglio 2010, n. 15811, cit.) ha escluso la rilevanza preclusiva dell'errore della parte, la quale abbia fatto ricorso per cassazione secondo le forme del rito penale, facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo: la sua iniziativa non potrebbe essere dichiarata inammissibile o improcedibile in base a forme e termini il cui rispetto, non richiesto al momento del deposito dell'atto di impugnazione, discenda dall'*overruling*. Il rimedio sarebbe la remissione in termini della parte, da concedere anche d'ufficio.

<sup>316</sup> È il caso di Cass., Sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I,

Il fenomeno si discosta dal caso in cui la parte si sia avvalsa di un rimedio spinto dall'errore del giudice di merito; nonché dal caso in cui, a causa dell'incertezza creata da oscillazioni giurisprudenziali sul criterio per impugnare un certo tipo di provvedimento, la parte erri nella scelta del mezzo di impugnazione. Tuttavia, alcuni suggerimenti possono essere tratti dalla giurisprudenza e dottrina relativa all'*overruling* per la soluzione del nostro problema.

Davanti a repentini mutamenti giurisprudenziali la tutela dell'affidamento incolpevole della parte è stata attuata in due modi: attraverso la rimessione in termini<sup>317</sup>, ovvero formulando la regola ma non appli-

3014 ss., con nota di richiami di A.D. DE SANTIS e con commento di C.M. BARONE, R. CAPONI, G. COSTRANTINO, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *Le Sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 210 ss., con nota di E. RUGGERI, *Passata la tempesta: note (parzialmente) critiche in ordine al recente intervento delle Sezioni Unite sull'art. 645 c.p.v. del codice di rito*, in *Corr. giur.*, 2011, 1447 ss., con nota di A.M. TEDOLDI, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimezzato, a pena d'improcedibilità*. In proposito anche A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 1165 ss.; R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in *Judicium*, 2010. Con tale sentenza le Sezioni unite hanno operato una svolta nell'interpretazione dell'art. 645 c.p.c., affermando che l'abbreviazione del termine di costituzione in giudizio per l'opponente consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, mentre sarebbe irrilevante che la fissazione di tale termine sia dipesa da una scelta consapevole o da errore di calcolo.

Altro caso è quello del mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine al termine di impugnazione delle sentenze del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, per rimediare alla quale le Sezioni unite hanno riconosciuto il diritto di tutela della parte che avesse impugnato secondo il vecchio orientamento giurisprudenziale, così Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Corr. giur.*, 2011, 1392 ss., con nota di F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*; in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1117 ss., con nota di F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione»*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1071 ss., con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*.

<sup>317</sup> Così Cass., 2 luglio 2010, n. 15811, cit. La maggior parte della dottrina ha rite-

candola nel caso di specie, magari enunciandola per il futuro attraverso un *obiter dicta*<sup>318</sup>.

La Corte di cassazione, lungi dall'ammettere la rimessione in termini indiscriminatamente, ha posto precisi paletti.

Una prima elaborazione teorica più ampia la troviamo in Cass. 15144/2011<sup>319</sup>. Si parte dal presupposto che nella norma sia possibile reperire tre punti di riferimento: un significante (l'insieme, cioè, dei frammenti lessicali di cui si compone), un significato, o più possibili significati (e, cioè, il contenuto precettivo, in termini di comando – divieto – permesso, che il significante esprime) ed un giudizio di valore (di avvertita positività, cioè, di un dato bene-interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività).

nuto applicabile in queste situazioni l'istituto della rimessione in termini, su cui si rinvia a A. VILLA, *Overruling processuale e tutela delle parti*, cit., 107 ss. Non così R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, cit., 311 ss., il quale partendo dalle diversità di presupposti tra la necessità della tutela dell'affidamento incolpevole della parte davanti a mutamenti repentini della giurisprudenza e della rimessione in termini, ha concluso che applicare in questo caso tale istituto sarebbe una vera e propria finzione, perché non ci sarebbe stato in verità alcun errore della parte; perciò, l'autore ritiene che il mutamento giurisprudenziale dovrebbe essere trattato come *ius superveniens* irretroattivo. In questo senso anche A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, cit., 117 ss.

<sup>318</sup> Così una recente sentenza della Cassazione che in un *obiter dictum* nega la possibilità di chiedere la condanna generica in via autonoma, pur non riscontrando i presupposti di applicazione dell'istituto nel caso di specie: Cass., 3 giugno 2022, n. 17984, in *Giustiziacivile.com*, 26 luglio 2022, con nota di R. METAFORA, *Recentissime della Cassazione sulla proponibilità in via autonoma della domanda di condanna generica (con qualche annotazione a margine)*. Va specificato che c'è stato in proposito una successiva presa di posizione delle Sezioni unite Cassazione civile, Sez. un., 12 ottobre 2022, n. 29862, in *Giur. it.*, 2023, 843 ss., con nota di M. VANZETTI, *Le Sezioni Unite ribadiscono l'ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica*, che hanno ribadito la possibilità di agire in via principale per ottenere una condanna generica.

In generale sul fenomeno del *prospective overruling* nei sistemi di *common law* e sul confronto tra esso e l'omonimo fenomeno italiano: L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 273 ss.

<sup>319</sup> Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

Avendo la norma una tale struttura è logico ritenere che non resti cristallizzata nel tempo, ma si evolva e possa mutare di significato, nei limiti dell'elasticità del significante, per conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale.

Tanto premesso si distingue tra un'interpretazione evolutiva, ovvero volta ad accertare il significato evolutivamente assunto dalla norma nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione<sup>320</sup>, e un'interpretazione correttiva: quest'ultima si avrebbe quando il giudice tornasse direttamente su testo della disposizione, per desumerne, indipendentemente da vicende evolutive che l'abbiano interessata, un significato diverso da quello consacrato in una precedente esegesi giurisprudenziale.

Solo nella seconda ipotesi le Sezioni unite si pongono il problema della possibile salvaguardia dell'affidamento incolpevole davanti ad una giurisprudenza che ha creato l'apparenza di una regola conforme alla legge. Di qui la Corte prospetta due soluzioni: quando un atto pur presentato in termini non sarebbe conforme al rito individuato dalla nuova regola, lo strumento sarebbe sicuramente la rimessione in termini per il compimento dell'atto corretto; al contrario, dove l'atto sia formalmente corretto, ma fuori termine secondo la "nuova regola", viene esclusa l'operatività dell'*overruling*, eludendo nella sostanza l'applicazione della nuova regola giurisprudenziale per il caso *sub iudice*<sup>321</sup>.

<sup>320</sup> Secondo Cass., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2067, in *Foro it.*, 2011, I, 1387 a tale genere apparterebbe la decisione di Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883, cit., sull'interpretazione dell'art. 37, comma 1, perché essa non avrebbe cambiato le regole del gioco né imposto una regola sconosciuta e imprevedibile nel processo, ma solo portato a emersione, con l'autorevolezza propria della pronuncia del consesso che la ha adottata, un esito interpretativo da tempo in via di elaborazione, giunto alla maturazione istituzionale e la cui esplicitazione era assolutamente doverosa stante la cogenza dei valori costituzionali di unità della giurisdizione e di ragionevole durata del processo.

<sup>321</sup> Secondo G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., 13 le due ipotesi dovrebbero essere trattate allo stesso modo, facendo applicazio-

Due puntualizzazioni sui presupposti dell'affidamento incolpevole ci possono essere utili nel prosieguo della trattazione.

La prima riguarda il carattere dell'indirizzo giurisprudenziale sulla quale la parte abbia fatto conto: si dovrebbe trattare di un indirizzo consolidato, non potrebbe invocarsi l'affidamento incolpevole nella giurisprudenza in presenza di un contrasto tra orientamenti<sup>322</sup>. L'apparenza che fonderebbe l'affidamento incolpevole dovrebbe essere solida, non corrosa da orientamenti contrari di sufficiente forza; né tale esteriorità potrebbe sopravvivere all'acquisita notorietà del mutamento giurisprudenziale intervenuto nel frattempo<sup>323</sup>.

La seconda notazione concerne il comportamento processuale della parte che invoca l'affidamento incolpevole. La Cassazione ha specificato che non può essere operante questa protezione nel momento in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità sia ampliativo di facoltà e poteri processuali, che la parte non abbia esercitato per la sua erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità: insomma, la parte non potrebbe chiedere la tutela del suo incolpevole affidamento quando sia incorso in una decadenza a causa della sua errata scelta di strategia difensiva<sup>324</sup>.

Stando a questa giurisprudenza l'affidamento incolpevole non po-

ne delle regole processuali fissate per la rimessione in termini. R. ORIANI, "Essere" e "dover essere", *cit.*, 478 s., nota che non c'è un legame necessario tra mutamenti di orientamenti giurisprudenziali e rimessioni in termini, sottolineando come, per evitare problemi, sia sempre più frequente la pratica del *prospective overruling*.

<sup>322</sup> Cass., Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2067, *cit.*, fa riferimento al principio espresso nel testo in massima.

<sup>323</sup> Cass., 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, I, 2011, 1074 ss., con nota di G. COSTANTINO, «Contrasto» «mutamento giurisprudenziale» e «affidamento incolpevole», ha negato la rimessione in termini nel caso di ricorso per cassazione proposto nelle forme del rito penale anziché civile nei confronti del provvedimento che aveva deciso sull'opposizione alla liquidazione del compenso per l'attività prestata da un consulente tecnico d'ufficio nel corso di un procedimento penale, perché la pronuncia che aveva dato luogo al mutamento giurisprudenziale era stata divulgata da oltre un mese prima del deposito del ricorso attraverso la pubblicazione nel servizio novità del sito web della Corte di cassazione.

<sup>324</sup> Cass., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in *Foro it.*, 2019, I, 1639 ss., con nota di V. CAPASSO; nello stesso senso Cass., 14 aprile 2023, n. 10018.

trebbe essere tutelato laddove la parte nella scelta del mezzo di impugnazione, davanti ad un errore di rito del giudice del merito, si sia basata su di una giurisprudenza di Cassazione oscillante, su di un indirizzo non così forte da creare una solida apparenza e, magari, abbia fatto conto su un certo orientamento, pur nella consapevolezza della sua non assolutezza, per strategia difensiva<sup>325</sup>. Per meglio intenderci, non dovrebbe essere data la rimessione in termini alla parte che impugnasse in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma davanti ad una qualificazione espressa del provvedimento da parte del giudice *a quo*, in quei settori, come le opposizioni esecutive, in cui la giurisprudenza prevalente ritiene che debba essere l'etichetta conferita dal giudice *a quo* al provvedimento, seppur errata, ad orientare la scelta del mezzo di impugnazione. Oltre a non essere rimessi in termini, si potrebbe anche andare incontro ad una pronuncia per responsabilità aggravata<sup>326</sup>.

Le molte sfaccettature del principio guida nella scelta del mezzo di impugnazione di provvedimenti anomali espresso dalla frastagliata giurisprudenza, che in molti settori ha combinato il principio dell'apparenza con il principio sostanzialistico, crea un'incertezza obiettiva; questa situazione, tuttavia, non ha un'univoca risposta nel diritto processuale civile, a differenza di quanto sembrerebbe essere nel processo amministrato, dove a seguito dell'elaborazione giurisprudenziale, una norma esplicita è stata introdotta.

In particolare, vi è l'art. 37 del codice del processo amministrativo ai sensi del quale il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto, oltre che di gravi impedimenti di fatto. La norma è stata inserita nella parte generale del c.p.a., emanato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Pur essendo l'art. 37 c.p.a. successivo al nostro art. 153 c.p.c., il

<sup>325</sup> E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile*, cit., 1480 s. ha ipotizzato l'applicazione della rimessione in termini anche quando l'errore in cui sia incorsa la parte sia più latamente dovuto ad oscillazioni giurisprudenziali di legittimità, eventualmente anche di merito, che solo successivamente al compimento dell'atto trovino composizione, ovvero a fronte di un dato normativo incoerente o ambiguo, come accade nel processo amministrativo.

<sup>326</sup> Così Cass., 14 luglio 2022, n. 22241, cit.

principio espresso nella disposizione ha una lunga storia ed è frutto, parimenti al “nostro” articolo sulla rimessione in termini, dell’elaborazione giurisprudenziale, che, partendo da norme particolari inserite in vari testi legislativi, ne ha desunto un principio generale volto a temperare il rigore dei termini processuali davanti all’obiettiva e incolpevole perdita di una facoltà di parte<sup>327</sup>.

Si trattava di una serie di disposizioni che contemplavano la rimessione in termini in relazione alla proposizione e alla notifica degli atti introduttivi.

Una disposizione che desta interesse è l’art. 34, comma 1 del r.d. n. 1054/924 (T.U. Cons. Stato), secondo il quale, dato che il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale era ammesso solo contro un provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa sul ricorso presentato in via gerarchica, se il ricorrente avesse impugnato, per errore scusabile, un provvedimento non definitivo dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, quest’ultimo poteva assegnare un breve termine per ripresentare il ricorso all’autorità gerarchica. In buona sostanza, la rimessione in termini era ammessa anche nel caso di errore tra mezzi disomogenei. Pure se la portata applicativa di tale disposizione venne depotenziata dall’entrata in vigore della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, che ha reso facoltativo il preventivo esperimento del ricorso gerarchico avverso gli atti amministrativi non definitivi, è interessante il principio da essa espresso<sup>328</sup>.

Un’altra disposizione simile è l’art. 13, lett. a), d.P.R. n. 1199/1971

<sup>327</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 282; O. SEPE, *L’errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 675 ss.; P. SALVATORE, *Considerazioni sull’errore scusabile*, in *Cons. Stato*, I, 1961, 259 ss.; V. CAIANIELLO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, I *pre-supposti*, Milano, 1984, vol. I, 295 s.

<sup>328</sup> Il secondo comma di tale disposizione si occupava del caso in cui fosse stato proposto appello ad un giudice incompetente, quest’ultimo poteva rimettere in termini la parte per proporre domanda al giudice competente. Altra disposizione che prevedeva un’ipotesi di rimessione in termini era l’art. 36 dello stesso T.U. Cons. St., che accordava al giudice la facoltà di consentire la rinnovazione o l’integrazione della notificazione qualora il ricorso non fosse stato notificato nei termini, per errore scusabile, all’autorità esistente o ai controinteressati, vedi G. FARES, *Commento all’art. 37*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (cur.), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 353 ss.

(legge sul ricorso amministrativo), ancora oggi vigente, il quale prevede nel caso di proposizione di un ricorso straordinario avverso un atto non definitivo, l'eventuale assegnazione di un breve termine al ricorrente incorso in errore scusabile, per riprodurre il ricorso proposto all'organo amministrativo competente. Anche in questo caso si tratta in fin dei conti di mezzi disomogenei<sup>329</sup>.

La giurisprudenza, che si è sviluppata intorno a tali disposizioni, accordava la rimessione in termini perché la norma da applicare era oggettivamente poco chiara<sup>330</sup> o perché la sua interpretazione era oggetto di contrasti giurisprudenziali<sup>331</sup>.

L'art. 37 c.p.a. è stato inserito nell'ambito delle disposizioni generali del processo amministrativo, come norma di chiusura applicabile a qualunque termine perentorio, in qualunque grado di giudizio e a qualunque procedimento speciale<sup>332</sup>.

La necessità di tutelare il principio di effettività della tutela giurisdizionale ha rafforzato la giurisprudenza nella convinzione che la norma debba essere di stretta interpretazione, ritenendosi che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria potrebbe alla fine risolversi in un grave *vulnus* del principio di parità delle parti, sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale.

Presupposti per la concessione dell'errore scusabile sarebbero l'oscurità del quadro normativo, le oscillazioni della giurisprudenza, i

<sup>329</sup> Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è ammesso solo nei confronti provvedimenti definitivi e allo stato attuale si è evoluto nel senso di essere assimilabile nel suo svolgimento ad un mezzo di impugnazione giurisdizionale, per approfondimenti sull'istituto vedi: C. PUZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>330</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 1984, n. 21, in *Cons. Stato*, 1984, I, 71; Id., 19 gennaio 1985, n. 1, *ivi*, 1985, I, 57.

<sup>331</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 7 luglio 1978, n. 22, in *Cons. Stato*, 1978, I, 944; Id., IV, 12 giugno 1982, n. 293, *ivi*, I, 910; Id., 30 giugno 1983, n. 543, *ivi*, I, 799. In proposito F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., 151 nota come la categoria dell'errore scusabile venisse utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa per sopperire ad una oggettiva incertezza interpretativa, come correttivo delle conseguenze dell'andamento evolutivo di regole giuridiche di creazione giurisprudenziale.

<sup>332</sup> C. MICCICHÈ, *Commento all'art. 37*, in F. Cortese, G. Falcon, B. Marchetti (cur.), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, 423 ss.

comportamenti ambigui dell'amministrazione pubblica, l'errore compiuto dal giudice nella prescrizione alla parte di un adempimento processuale con modalità erronee o nella scelta del rito<sup>333</sup>. Delle condizioni ben precise, oggettivamente considerate che sarebbero escluse in presenza di scelte di comodo o dalla strategia processuale della parte<sup>334</sup>.

Nel raggio di applicazione dell'art. 37, insomma, secondo la giurisprudenza dovrebbe rientrare anche il diverso caso in cui la parte fosse stata indotta ad impugnare in un certo modo per l'affidamento che abbia fatto nella forma del provvedimento o del procedimento errata seguita dal giudice *a quo*, a maggior ragione ove si tratti di problemi tecnici di una certa rilevanza, davanti ad un dato normativo ambiguo e giurisprudenza oscillante intorno al rito da adottare<sup>335</sup>.

Simile a questa seconda ipotesi potrebbe essere il caso in cui errore scusabile dipenda da attività dell'amministrazione palesemente equivocate o contraddittorie<sup>336</sup>. L'amministrazione in questo contesto può essere paragonata al giudice il cui provvedimento deve essere impugnato, che a causa del suo errore processuale non renderebbe palese alla parte quale strada seguire per contestare il provvedimento.

Tutto sommato, la rimessione in termini come concepita nel pro-

<sup>333</sup> Tra le recenti: Cons Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1569; Id., Sez. IV, 19 settembre 2019, n. 6242; Id., 24 gennaio 2020, n. 572.

<sup>334</sup> C. MICCICHÈ, *Commento all'art. 37*, cit., 424; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 265.

<sup>335</sup> R. ORIANI, "Essere" e "non essere", cit., 481 ss., cita una serie di esempi di rimessione in termini a seguito di decadenze in cui la parte sia incorsa in ottemperanza di un ordine erroneo del giudice. Con specifico riferimento alle impugnazioni, ad esempio, Cass., 12 maggio 2014, n. 10273, in *Guida al diritto*, 2014, n. 33, 36; Id., 10 gennaio 2017, n. 279, hanno ritenuto, per il principio del giusto processo, meritevole di tutela l'affidamento della parte, quando il giudice d'appello abbia ordinato la rinnovazione della notifica del gravame con prescrizioni rivelatesi erronee; in tal caso il giudice d'appello non potrebbe dichiarare inammissibile l'impugnazione, ma dovrebbe revocare l'ordinanza e concedere nuovo termine di notifica. Va distinta la situazione riferita nel testo da quella da ultimo indicata, perché un conto è errare in adempimento di un ordine errato di un giudice, sotto la minaccia della cancellazione della causa dal ruolo e dell'estinzione del processo, tutt'altro conto essere indotti in errore da un errore del giudice, ma per propria scelta.

<sup>336</sup> Con Stato, Sez. VI, 3 gennaio 2019, n. 81.

cesso amministrativo meglio si attaglierebbe alla risoluzione del problema oggetto del presente studio: se non altro nel testo stesso dell'art. 37 c.p.a. viene espressamente previsto che essa possa essere concessa «in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto», dove l'oggettiva incertezza può riguardare anche questioni di carattere processuale.

Un'oggettiva incertezza su questioni di diritto processuale si può considerare esistente anche quando il giudice *a quo* dia una qualificazione espressa all'azione, al procedimento o al provvedimento, in contrasto con quanto si possa desumere dalla corretta interpretazione della norma di legge.

Ai sensi dell'art. 37 c.p.a. la rimessione in termini potrebbe essere concessa anche s'ufficio; al contrario secondo l'art. 153, comma 2 c.p.c. sarebbe necessaria l'istanza di parte. La rimessione in termini, inoltre, dovrebbe essere chiesta nel processo civile al giudice davanti al quale venga proposto l'atto fuori termine, non tanto al giudice che abbia dichinato l'impugnazione inammissibile<sup>337</sup>.

<sup>337</sup> Cass., 2 luglio 2010, n. 15811, cit., ha ipotizzato che davanti all'errore indotto da un *overruling* giurisprudenziale la rimessione in termini sia concedibile anche d'ufficio; nel caso di specie, facile risultava questa operazione, perché si era in Cassazione e nessun altro giudice meglio della stessa Corte avrebbe potuto conoscere i suoi mutamenti giurisprudenziali causa dell'errore: in buona sostanza, si trattava di passare dalle forme del rito penale a quello civile del ricorso in cassazione. E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile*, cit., 1483 ss. conclude per la non completa persuasività dell'interpretazione della Corte: sottolinea come la circostanza per cui l'impedimento in questione non fosse bisognoso di prova, da sola, non implicasse di per sé il venir meno della necessità dell'istanza di parte. Nondimeno l'autrice rileva che, se si seguisse fino in fondo il parallelismo con il processo amministrativo, all'errore scusabile dovrebbe essere riconosciuto carattere pubblicistico, con la conseguente possibilità del rilievo d'ufficio. Soprattutto, tale opzione consentirebbe al giudice del processo civile di rimettere in termini la parte in presenza di un errore scusabile sia a fronte di un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale che abbia reso viziato l'atto compiuto tempestivamente secondo le forme all'epoca suggerite, sia a fronte di una incertezza normativa che abbia indotto la parte in buona fede a credere di essere tempestiva, quando invece non lo è. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., 14, in commento a tale giurisprudenza nota come secondo la disciplina di cui all'art. 153, comma 2: una rimessione in termini non potrebbe avvenire nell'ambito di uno stesso processo e dinanzi ad uno stesso giudice; nel caso di specie sarebbe stata applicata, piuttosto, la disciplina della *translatio iudicii* sotto forma di

Stando alla giurisprudenza di Cassazione più permissiva sulla doppia impugnazione<sup>338</sup>, dichiarata inammissibile la prima impugnazione, la seconda potrebbe essere ancora proposta purché la parte sia in termini: per cui teoricamente la parte potrebbe proporre senza problemi l'impugnazione corretta se il termine non fosse ancora scaduto. Solo ove il termine fosse nel frattempo decorso, la parte si dovrebbe fare carico di proporre insieme all'impugnazione l'istanza di rimessione in termini, dando la prova dell'impedimento che è stato d'ostacolo ad impugnare nel termine e modo corretto.

Manca evidentemente un meccanismo certo che risponda in maniera specifica all'esigenza di rimediare all'errata proposizione del mezzo di impugnazione, reindirizzando automaticamente il mezzo di impugnazione errato sulla via di quello corretto, senza alcuna indagine sulla condizione soggettiva dell'impugnate, ma prendendo in considerazione solo il dato oggettivo dell'errata impugnazione a fronte dell'errore di rito del giudice *a quo*.

#### 17. *L'impugnazione del provvedimento abnorme*

Sul problema dell'impugnazione del provvedimento abnorme si debbono richiamare le conclusioni raggiunte al termine del precedente capitolo, per aggiungere alcune considerazioni.

Tre sono le categorie di provvedimento abnorme individuate: abnormità-inesistenza; abnormità strutturale e abnormità funzionale.

Sulla prima figura si è concordi con la giurisprudenza<sup>339</sup>, che considera il provvedimento adottato in carenza assoluta di potere del giudice, perché si è al di fuori di un procedimento vero e proprio o per-

riproposizione della domanda previa rimessione in termini. La *translatio*, nel caso di specie, sarebbe avvenuta tra sezione penale e sezione civile, perché era stato erratamente proposto con le forme del processo penale un ricorso che avrebbe dovuto avere le forme del processo civile; tuttavia, il ricorso era stato trattato direttamente da una sezione civile, alla quale era stato da subito assegnato. In verità, non si può parlare di effettiva *translatio* all'interno dello stesso organo giudiziario.

<sup>338</sup> Cass., Sez. un., 15 novembre 2002, n. 16162, cit.; Id., 17 maggio 2013, n. 12113, cit.

<sup>339</sup> Vedi cap. VI, § 4.

ché manca una domanda di parte, affetto dal vizio più grave nella scala delle invalidità: l'inesistenza, da far valere sia con autonoma *actio nullitatis*, che con il mezzo di impugnazione suggerito dalla sostanza del provvedimento<sup>340</sup>. Il forte disvalore che l'ordinamento giuridico collega a questo tipo di provvedimenti, porterebbe ad ammettere la praticabilità di entrambe le strade.

Il passo successivo è chiedersi come le due possibilità vadano coordinate, ovvero se debbano essere ammesse in successione tra di loro o anche contemporaneamente. Infatti, le vie per l'eliminazione del provvedimento inesistente non si svolgerebbero davanti al medesimo giudice.

Con l'espressione *actio nullitatis* si intende un autonomo procedimento instaurato davanti ad un giudice di primo grado competente secondo le regole generali, volto ad accertare l'invalidità a vari livelli di un provvedimento<sup>341</sup>. L'esistenza di un'autonoma *actio nullitatis*, diversa dalla *querela nullitatis*, considerata come una sorta di impugnazione, viene desunta anche dalla testimonianza in varie fonti dell'esistenza di un'*exceptio nullitatis perpetua*<sup>342</sup>.

Vanno prese in considerazione le posizioni della dottrina che ha distinto tra due tipi di inesistenza, perché più articolate in ordine al coordinamento dei due strumenti di critica possibili.

Un autore<sup>343</sup> ha individuato un primo tipo di inesistenza, considerata meno grave, come "nullità insanabile", così il caso della sentenza priva della sottoscrizione del giudice e altre ipotesi ad essa assimilabili; dopo averla confrontata con l'ipotesi della sentenza resa *a non iudice*, ha concluso per un'efficacia provvisoria della sentenza affetta da nulli-

<sup>340</sup> Così: Cass., 29 settembre 1999, n. 10784, cit.; Id., 24 gennaio 2023, n. 2058, cit.

<sup>341</sup> Con riferimento all'inesistenza della sentenza vedi: P. CALAMANDREI, *Sopravvenienza della querela di nullità*, cit., 118; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti*, cit., 1644 ss., con particolare riferimento all'ipotesi di mancanza di sottoscrizione del giudice; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 18, secondo il quale l'art. 161, cpv. contemplerebbe un'azione di mero accertamento e non costitutiva con cui far valere le nullità con rilevanza extraprocessuale.

<sup>342</sup> Su tali questioni si rinvia al cap. I, §§ 9, 9.1; 9.2; 9.3; 9.4.

<sup>343</sup> G. BALENA, *La rimessione*, cit., 267 ss.; ID., *In tema di inesistenza*, cit., 180 s. dove troviamo altre ipotesi di inesistenza classificate dall'autore come "nullità insanabile", vedi cap. VI, § 3.

tà insanabile<sup>344</sup>. Quest'ultima sarebbe un provvedimento con un difetto formale di particolare gravità, che non gli impedirebbe di produrre gli effetti dipendenti dal suo contenuto, solo che sarebbe l'assoggetterebbe alla particolare azione di cui all'art. 161 cpv. Tale disposizione non configurerebbe un'autonoma azione di accertamento, ma un'azione a carattere impugnatorio, come era la *querela nullitatis*; la natura costitutiva dell'azione ne escluderebbe anche l'imprescrittibilità propria delle azioni di mero accertamento, per essere soggetta invece ai termini ordinari di prescrizione. Inoltre, data la natura del vizio, esso potrebbe essere fatto valere nel corso dell'esecuzione attraverso l'opposizione all'esecuzione, ma non potrebbe essere rilevato d'ufficio nel corso del medesimo giudizio e, meno che mai, nel corso del procedimento d'esecuzione.

Altra autrice<sup>345</sup> esclude che la sentenza relativamente inesistente possa essere trattata alla stregua di un negozio giuridico nullo; con essa il giudice si spoglierebbe della causa, ma il processo rimarrebbe pendente, perché permarrebbe l'aspirazione della parte ad avere un provvedimento giurisdizionale valido sulla domanda giurisdizionale. La moderna azione di nullità, allora, dovrebbe essere configurata più come un'istanza di riattivazione-riassunzione<sup>346</sup> del processo invalidamente concluso, elaborata sotto forma di comparsa *ex art. 125 c.p.c.* Il giudice competente a conoscere dell'istanza di riassunzione del processo dovrebbe essere quello che ha emesso la sentenza affetta da inesistenza relativa<sup>347</sup>. Tale giudice dovrebbe preliminarmente pronunciarsi sull'esistenza o meno del provvedimento da lui emesso, per verificare se il processo possa riprendere il suo normale corso. La sentenza sulla questione preliminare sarà definitiva e di mero accertamento qualora dovesse essere accertata l'esistenza del provvedimento; sarà, invece, non definitiva e di carattere costitutivo ove venga dichiarata l'inesistenza del provvedimento e, di conseguenza, cancellata la sen-

<sup>344</sup> G. BALENA, *La rimessione*, cit., 285 ss.

<sup>345</sup> C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 312 s.

<sup>346</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 360 ss. similmente a quanto accade nel processo civile tedesco con lo strumento previsto al § 578 del *Wiederaufnahme des Verfahrens*.

<sup>347</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 363 s., specifica che in caso di giudice che si sia rifiutato di sottoscrivere la sentenza l'istanza andrebbe presentata al giudice dirigente dell'ufficio giudiziario.

tenza: in tal modo sarebbe consentito al processo ancora pendente di proseguire. Infine, per quel che concerne il tempo utile per la proposizione dell'istanza, dal passaggio in giudicato del provvedimento comincerebbe a decorrere il termine di prescrizione dell'azione per la tutela del diritto secondo le regole ordinarie del codice civile.

L'autrice ammette che l'inesistenza relativa possa essere accertata anche in sede di opposizione all'esecuzione e pure incidentalmente; ma in questi casi non si produrrebbe l'effetto costitutivo, per cui la parte interessata rimarrebbe libera di adire il giudice che ha emesso la sentenza per provocare la sua cancellazione e consentire così la prosecuzione del processo<sup>348</sup>.

In ordine al coordinamento tra l'azione proposta dinnanzi al giudice di primo grado con le impugnazioni, secondo l'impostazione tradizionale i due strumenti andrebbero accordati nel senso che l'*actio nullitatis* dovrebbero essere successiva alla scadenza del termine per impugnare<sup>349</sup>.

Secondo alcuni<sup>350</sup>, questa posizione sarebbe da giustificare in relazione alle nullità veramente assolute, tipo quella di mancanza della sottoscrizione del giudice, e non in relazione alle ipotesi di inesistenza vera e propria. Infatti, se il provvedimento affetto da nullità insanabile fosse impugnato, una volta dichiarata la nullità, il procedimento potrebbe continuare con la rimessione della causa al primo giudice o, comunque, ove non si voglia equiparare la mancanza di firma ad altre ipotesi di nullità insanabile, terminare con una pronuncia sostitutiva. Invece, questa possibilità sarebbe da escludere nel momento in cui la nullità venga fatta valere al di fuori del procedimento in cui si sia verificata; il procedimento autonomo dovrebbe concludersi con la sola pronuncia sull'esistenza o meno del vizio e con l'eventuale annullamento del provvedimento. Perciò, sarebbe da dare precedenza all'impugnazione piuttosto che all'autonoma *actio nullitatis*.

<sup>348</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 374 s., secondo la quale il provvedimento che accoglie l'opposizione all'esecuzione accerta l'inesistenza e in più produce un effetto ablativo, quello dell'eliminazione degli atti esecutivi già compiuti.

<sup>349</sup> P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità*, cit., 119; G. TARZIA, *Profili*, cit., 123 s.; G. MARTINETTO, *Della nullità*, cit., 1645; così anche G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 296 ss.

<sup>350</sup> G. MARTINETTO, *op. ult. cit.*; G. BALENA, *op. ult. cit.*

Tale esigenza non si porrebbe per le ipotesi di inesistenza vera e propria, dove la concorrenza tra mezzi di impugnazione e autonoma azione di nullità sarebbe pura, perché in entrambe i giudizi l'unico scopo sarebbe solo quello dell'accertamento del vizio<sup>351</sup>.

Invece, secondo l'autrice<sup>352</sup> che configura l'*actio nullitatis* come azione di riassunzione-riproposizione i due strumenti andrebbero coordinati utilizzando l'istituto della litispendenza per modo che: l'impugnazione diverrebbe inammissibile dal momento in cui fosse riattivato il procedimento originario, perché esso si chiuderebbe o con la dichiarazione di validità del provvedimento o con un nuovo procedimento sostitutivo del primo; al contrario, ove fosse proposta per prima l'impugnazione, lo strumento della riattivazione-riassunzione sarebbe precluso solo laddove il giudice dell'impugnazione avesse deciso nel merito con una pronuncia che prendesse il posto di quella invalida o con la rimessione della causa al primo giudice, non nel momento in cui avesse deciso in rito.

Infine, parte della dottrina esclude la possibilità di esperire i mezzi di impugnazione per far valere l'inesistenza *tout court*, quella assoluta, identificata con il caso delle sentenze rese *a non iudice*. La giustificazione viene individuata nel fatto che il provvedimento sarebbe adottato in assenza di poteri giurisdizionali<sup>353</sup> ovvero sarebbe privo del carattere di atto del processo<sup>354</sup>. Allora, rimarrebbe la sola azione di accertamento dell'inesistenza, che qui non avrebbe carattere costitutivo, ma appunto di azione di mero accertamento.

Cerchiamo a questo punto di applicare i risultati conseguiti alla categoria dell'abnormità-inesistenza. Innanzitutto, riteniamo che questa categoria di abnormità vada relegata nell'inesistenza, diciamo, assoluta, perché si tratta di provvedimenti resi in spregio al principio della domanda ovvero al termine di un procedimento giurisdizionale solo ap-

<sup>351</sup> G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1645 s. Non così Balena come vedremo subito di seguito.

<sup>352</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 368 ss.

<sup>353</sup> G. BALENA, *La rimessione*, cit., 277 ss., il quale compie interessanti riflessioni intorno alla figura del *non iudex*, ad esempio si chiede se tale possa essere considerato un collegio giudicante di cui faccia parte un *non iudex* (280 ss.).

<sup>354</sup> C. BESSO, *op. cit.*, 385 ss.

parente, nell'ambito del quale non possono che essere stati esercitati poteri processuali apparenti.

A nostro parere il vizio che ne deriva dovrebbe essere accertabile in ogni sede: sia attraverso i mezzi di impugnazione per esso previsti, sia attraverso un autonomo giudizio, anche con l'opposizione agli atti esecutivi; sia rilevato d'ufficio e accertato dal giudice davanti al quale si ponga il problema di un giudicato esterno o comunque di litispendenza.

La gravità del vizio non pone un problema di rimessione della causa al primo giudice, perché il procedimento non reale non ha mai prodotto effetti legati ad una domanda che non c'è ovvero per il quale il procedimento effettivo si è spostato altrove. Né il giudice dell'impugnazione potrebbe sostituire una pronuncia inesistente con una decisione del merito: il provvedimento è inesistente perché si pone al culmine di un procedimento per primo inesistente; per cui, il giudice dell'impugnazione non può che limitarsi a constatare questo dato di fatto. Davanti ad un'ulteriore possibilità di espungere il provvedimento inesistente dall'ordinamento è da ammettere il concorso tra i due strumenti, impugnazione e giudizio di primo grado, ma sempre di un mero accertamento di inesistenza si tratta. È solo l'apparenza creata dal provvedimento, comunque riconducibile ad un *iudex*, che consente di individuare come competente anche il giudice superiore<sup>355</sup>.

Nonostante ciò, è opportuno un coordinamento tra i due strumenti: per evitare un contrasto tra giudicati, sempre possibile, sarebbe meglio posporre la facoltà di esperire l'autonoma azione di accertamento alla decorrenza del termine per impugnare. A suggerire questa soluzione è l'apparente esistenza di un provvedimento impugnabile.

Avendo l'azione autonoma natura di mero accertamento, essa è imprescrittibile.

<sup>355</sup> Anche nel diritto medioevale si dibatteva in ordine alla possibilità di far valere la nullità in alcune ipotesi coincidente con la nostra inesistenza attraverso i mezzi di impugnazione. Secondo l'accezione più rigorosa e conforme alla visione della sentenza nulla come non producente effetti, quando veniva ammesso appello avverso una sentenza per motivi di nullità, se veniva riscontrato preventivamente tale vizio, veniva escluso l'esame di qualunque censura di ingiustizia, in subordine formulata. Questa era la conclusione alla quale si perveniva soprattutto tra i canonisti, vedi *retro* cap. I, §§ 9, 9.1, 9.2, 9.3, 9.4.

Veniamo ora alle altre due categorie di provvedimenti abnormi, affetti da abnormità strutturale o abnormità funzionale. Entrambi sono il frutto di una carenza di potere del giudice che li ha adottati: nel primo caso perché è stato emesso un provvedimento non previsto dalla legge processuale o con un elemento di atipicità tale da porlo fuori dal sistema; nel secondo caso perché il provvedimento è dovuto ad un eccesso di potere del giudice, che ha esorbitato dai poteri riconosciutigli dalla legge in uno specifico contesto. In entrambi i casi abbiamo concluso che la sanzione più adeguata sia l'annullabilità non l'inesistenza, perché il disvalore che essi esprimono non è paragonabile a quello della prima categoria di provvedimenti, affetti da abnormità-inesistenza. Il vizio dal quale essi sono inficiati reca un disvalore analogo a quello dell'eccesso di potere in diritto amministrativo: in fin dei conti, il giudice ha esercitato il suo potere giurisdizionale per fini diversi da quelli per cui gli è stato attribuito.

In proposito, non possiamo che riprendere le conclusioni alle quali eravamo giunti al termine del capito precedente.

In ordine al secondo tipo di abnormità, si è notato che trattandosi di provvedimenti che esorbitano dalla previsione legislativa, l'unico criterio a disposizione per individuare il mezzo di impugnazione esperibile sia quello sostanzialistico: per cui ove sia tratti di provvedimento decisorio, avverso di esso, a prescindere dalla sua forma, saranno dati i mezzi di impugnazioni propri delle sentenze; ove si tratti di provvedimento non decisorio i mezzi sono parimenti individuabili sulla base della sua natura. Ove non sia prospettabile un rimedio avverso un provvedimento non decisorio si può pensare ad un'autonoma *actio nullitatis*: infatti, in questo contesto essa non sarebbe preclusa neppure nel caso in cui si volesse attribuire alla regola ricavabile dall'art. 161, comma 1 una valenza di carattere generale, da applicare ogniqualvolta sia previsto un termine perentorio per esperire un mezzo di gravame, a prescindere dalla stabilità riconducibile alla sua scadenza<sup>356</sup>, perché non ci sarebbe proprio un rimedio spendibile. La differente gravità del vizio, che comporterebbe in questo caso l'annullabilità del provvedi-

<sup>356</sup> Così: R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 38 ss.; ID., voce *Nullità*, cit., 16; F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 158. Per ulteriori riferimenti sulla questione si rinvia al cap. VI, § 8, nota 462.

mento, sarebbe determinante per qualificare la differente natura dell'*actio nullitatis*. In questo contesto, infatti, essa avrebbe carattere costitutivo e sarebbe soggetta agli ordinari termini di prescrizione.

Delineando la terza categoria, infine, abbiamo messo in evidenza come, su insegnamento del diritto processuale penale, sia preferibile cercare di ricondurre i provvedimenti emessi dal giudice esorbitando dai poteri attribuitigli nel caso di specie, per quanto possibile, nei limiti degli istituti processuali a partire dai quali il potere è stato esercitato. Ove non possibile, il provvedimento dovrebbe essere impugnato con riferimento alla sua sostanza, quindi, con i mezzi propri delle sentenze se il provvedimento va ad incidere su diritti, a prescindere dalla forma dallo stesso assunta, ed in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Questo sarebbe l'unico criterio da seguire perché non si potrebbe far riferimento alle forme di un provvedimento non disciplinato, in quanto non consentito in un certo contesto.

Un ultimo chiarimento intorno al mezzo di impugnazione eleggibile. A nostro parere, sono da preferire i mezzi di impugnazione propri delle sentenze davanti ad un provvedimento abnorme, con contenuto decisivo, piuttosto che il ricorso straordinario in cassazione, come teorizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina processualpenalistica, perché questa scelta è conforme alla nostra tradizione giuridica.

Come dietro ricordato, il principio sostanzialistico e il ricorso straordinario in cassazione hanno due ambiti di applicazione ben distinti, anche se non sono mancate le contaminazioni nella stessa giurisprudenza, che il secondo ha creato, tra di essi: anche in questo settore è preferibile riservare l'operatività del principio sostanzialistico agli errori processuali commessi dal giudice, in contrapposizione al ricorso straordinario in cassazione, operante in buona sostanza per evitare che delle disposizioni procedurali vengano dichiarate incostituzionali a causa della violazione da parte del legislatore ordinario di una garanzia di rango costituzionale, quale è la sottoposizione di un provvedimento nella sostanza decisivo al ricorso in cassazione.

Questa è la soluzione più garantista del diritto di difesa della parte soccombente, anche perché sottoponendo il provvedimento abnormemente decisivo assunto in primo grado ad appello, oltre alla possibilità di adire un giudice di merito, si avrebbe ancora la possibilità, dopo la decisione del giudice di seconde cure, di adire la Cassazione,

consentendo a quest'ultima di esercitare la sua funzione nomofilattica in casi così problematici.

L'esisto dell'impugnazione avverso il provvedimento abnorme non può che essere l'annullamento dello stesso, non sostituibile, proprio perché il contenuto della pronuncia è abnorme, fuori dalla previsione di legge ovvero perché è frutto di eccesso di potere di chi lo ha emesso. All'annullamento del provvedimento non potrebbero seguire altre statuizioni, al massimo la rimessione degli atti al giudice *a quo*, perché provveda correttamente: così ad esempio, quando viene impugnata un'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione ha determinato, esorbitando dai suoi poteri, le modalità dell'esecuzione forzata di un obbligo di fare, gli verrebbero rimessi gli atti affinché determini correttamente come proseguire il procedimento esecutivo pendente.

L'impugnazione del provvedimento abnorme sarebbe soggetta a termini, certi, desumibili dall'adattamento al provvedimento concretamente adottato delle disposizioni relative al mezzo di impugnazione eleggibile, con un'operazione simile a quella vista per i provvedimenti anomali in senso stretto<sup>357</sup>.

Se il provvedimento abnorme e decisorio non dovesse essere impugnato per tempo, esso passerebbe in giudicato, perché il disvalore che esprime non raggiunge la soglia dell'inesistenza, né assoluta né relativa; come, del resto, passano in giudicato provvedimenti affetti da altro tipo di errori giudiziari.

Questa nostra impostazione ha un riscontro storico e comparatistico, perché la possiamo ritrovare: nell'ordinamento italiano, sotto la vigenza del codice del 1865; negli ordinamenti di francofoni esaminati nel capitolo V.

Sotto la vigenza del codice del 1865, quando nel corso dell'esecuzione sorgevano difficoltà che non ammettevano dilazione, i provvedimenti temporanei occorrenti a rimettere la causa davanti all'autorità giudiziaria competente erano adottati dal pretore o dal conciliatore del luogo in cui si svolgeva l'esecuzione (art. 572); se sorgeva una controversia si doveva andare davanti al giudice del merito. Tuttavia, ove impropriamente il pretore o il conciliatore avesse risolto una controversia eccedendo i limiti del suo potere, si sarebbe tornati

<sup>357</sup> Vedi *retro* § 11.

ad applicare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ed il provvedimento sarebbe stato impugnabile con appello davanti al tribunale: così anche i provvedimenti impropriamente decisori emessi dal conciliatore mentre svolgeva la funzione di giudice dell'esecuzione, senza che avesse rilevanza la circostanza che come regola generale i provvedimenti del conciliatore non fossero impugnabili che per motivi relativi alla competenza e davanti al pretore (art. 459)<sup>358</sup>.

Nell'ambito dell'ordinamento francese<sup>359</sup> e belga<sup>360</sup> è reperibile un uso particolare dell'appello come *appel-nullité* o *recours-nullité*. Si tratta di un istituto di elaborazione giurisprudenziale grazie al quale, attraverso un apposito motivo di un'impugnazione ordinaria, si è voluto limitare la discrezionalità del giudice: si sono resi impugnabili provvedimenti non impugnabili per legge, con i quali il giudice abbia esercitato il suo potere oltre i limiti riconosciuti dalla legge.

Si tratta di un istituto di creazione pretoria che a poco a poco è stato inserito nel sistema. Innanzitutto, in Francia la Corte di cassazione nel 2011<sup>361</sup> ha escluso che si tratti di un mezzo di impugnazione autonomo; successivamente l'istituto ha trovato una base normativa nell'art. 542 del *code de procedure*, riformato dal decreto n. 2017-891 del 6 maggio 2017. Il testo di tale articolo prevede che l'appello avverso il provvedimento reso dal giudice di primo grado sia sottoposto al giudice di secondo grado per la riforma o l'annullamento<sup>362</sup>.

Allo stato attuale vengono riconosciuti due tipi di *appel-nullité*<sup>363</sup>. Il primo è l'*appel-nullité ordinaire* avverso le sentenze appellabili del giudice di primo grado quando siano affette da vizi talmente gravi da minarne il fondamento di validità. In questa ipotesi la sentenza viene annullata e sostituita da una decisione della corte d'appello nel merito,

<sup>358</sup> Cap. III, § 7.

<sup>359</sup> R. PERROT, *La notion d'appel-nullité*, in *Procédures*, 2008, 340 ss.; C. BIERY, *Appel-nullité et appel pour excès de pouvoir: persistance de la confusion dans le vocabulaire et les notions*, *ivi*, 2012, 12 ss.

<sup>360</sup> A.A.V.V., *Droit du procès civil*, cit., vol. II, 501 s.

<sup>361</sup> Cass. civ., 8 dicembre 2011, n. 10-18413.

<sup>362</sup> La norma prevede letteralmente: «L'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel».

<sup>363</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 787 ss.

dopo che la causa è stata ripetuta daccapo davanti ad essa. Un'eccezione a tale principio è stata individuata nel caso in cui il giudizio sia viziato fin dall'atto introduttivo, in modo talmente grave da far ritenere che non esista una domanda legale: in tale ipotesi la causa viene rimessa al giudice di primo grado<sup>364</sup>.

Il secondo tipo è l'*appel-nullité subsidiaire*, detto così per distinguerlo dall'*appel-nullité ordinaire*, che, comunque, ha come fondamento la medesima disposizione normativa. Esso si basa su tre condizioni: che il provvedimento non sia appellabile; che non vi sia altro rimedio, neanche nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale; che il provvedimento sia il frutto di un eccesso di potere del giudice, in negativo, quando il giudice ha rifiutato di pronunciarsi nonostante la sua competenza, o in positivo, quando il giudice si è pronunciato eccedendo i limiti della sua giurisdizione o comunque del potere riconosciuto dalla legge ovvero che il provvedimento violi i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Un campo dove ha avuto notevole sviluppo tale tipo di impugnazione è quello del procedimento collettivo, nell'ambito del quale la sentenza di primo grado non è appellabile<sup>365</sup>. Data la straordinarietà dello strumento, proprio per non aggirare il divieto di doppio grado di giudizio, la corte d'appello normalmente si limita ad annullare la decisione, senza decidere nel merito; di conseguenza, la decisione annullata sarà sostituita dal giudice di primo grado<sup>366</sup>.

La decisione della corte d'appello di ammettere *appel-nullité subsidiaire* è soggetta a ricorso in cassazione<sup>367</sup>.

<sup>364</sup> Cass. 2° civ., 17 maggio 2018, n. 16-28390, in *Procédures*, 2018, 207.

<sup>365</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 788.

<sup>366</sup> L'istituto può avere il suo antenato nella *demande en cassation*, un rimedio di carattere politico, con il quale all'epoca di Luigi XIV, si volevano controllare gli abusi delle alte Corti supreme, refrattarie ad abbandonare l'attività creativa, a fronte dell'obbligo di applicare solo il diritto regio. Così veniva eccezionalmente consentita l'impugnazione delle decisioni di ultima istanza a fronte di gravi violazioni di legge, vedi cap. II, § 4. Con le dovute differenze, la logica è comunque quella di trovare un rimedio avverso le violazioni di legge più gravi, anche davanti a provvedimenti per legge inoppugnabili.

<sup>367</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *op. ult. cit.*

Nell'ordinamento giuridico belga troviamo un uso di questo istituto analogo a quello dell'ordinamento giuridico francese. In questo contesto vi è un esempio di uso dell'*appel-nullité* in della decisione di un tribunale del lavoro, simile a quello qui prospettato per l'appello avverso le decisioni dal carattere *abnorme*<sup>368</sup>.

Va premesso che durante il processo del lavoro è possibile che il giudice disponga una mediazione affidandola ad un professionista. Il caso preso in esame riguarda la liquidazione degli onorari e delle spese di un mediatore, della cui opera si era servito il tribunale di Liegi nel corso del processo; il giudice aveva provveduto all'incombente d'ufficio, senza attendere che il mediatore presentasse un documento riepilogativo e giustificativo degli importi a lui dovuti come previsto dalla legge.

Avverso tale decisione del tribunale del lavoro l'art. 1675/19, § 3 del *code judiciaire* non ammette né appello né opposizione. Nonostante ciò, il mediatore adisce la corte d'appello del lavoro con un *appel-nullité*, facendo valere l'ingiustizia subita. La corte d'appello del lavoro di Liegi accoglie l'appello proposto avverso il provvedimento del tribunale del lavoro, motivando con la grave violazione perpetrata ai danni del diritto di difesa del mediatore, e lo annulla<sup>369</sup>. In buona sostanza, viene consentita l'impugnazione di un provvedimento di per sé non impugnabile, neanche considerato decisorio nel sistema belga, piuttosto ordinatorio-liquidatorio, perché emesso con un abuso di potere del giudice.

Ogni ordinamento giuridico deve elaborare strumenti per rispondere a provvedimenti che esprimono un particolare disvalore e si collocano in qualche modo al di fuori del sistema, cercando il miglior appiglio possibile nei mezzi di impugnazione esistenti.

## 18. Conclusioni

Ripartiamo da quello che sembra essere il motto della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 in materia di processo civile: «assicurare la

<sup>368</sup> A.A.V.V., *Droit du procès civil*, cit., vol. II, 502.

<sup>369</sup> Court du travail, Liège, 7 novembre 2017.

semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e la ragionevole durata del processo» (art. 1, comma 5, lett. a).

Questi obiettivi presuppongono una concezione flessibile delle forme, da adattare alla complessità della controversia che si ha davanti: non il processo come un blocco unico, ma un procedimento scomponibile e sostituibile a seconda della necessità del caso concreto.

Tale scopo è stato perseguito da quando le forme sono state asservite alla necessità di raggiungere un provvedimento di merito, nel rispetto del diritto di difesa delle parti, in modi differenti, a seconda lo spirito dei tempi: nel codice di procedura civile del 1865, affiancando un procedimento formalmente più complesso, cd formale, ad un procedimento strutturalmente più semplice, il rito sommario; nel codice del 1940 con la creazione del giudice istruttore, che avrebbe dovuto adattare lo svolgimento del procedimento alle esigenze del caso concreto; il culmine di questa evoluzione si può considerare l'attuale modifica del primo grado di giudizio, dove troviamo la possibilità di iniziare la causa con due riti diversamente strutturati a seconda della complessità della causa.

Non solo. All'interno del processo ordinario è dato "accorciare" la tempistica della decisione in presenza di diritti disponibili oggetto di controversie di facile soluzione, perché manifestamente fondate o infondate, ovvero davanti ad un'indeterminatezza dell'oggetto dell'azione non sanata e non sanabile (art. 183 ter e quater), pur accontentandosi di una decisione con efficacia minore.

Ed ancora. Seppur il processo si svolgesse secondo l'iter più lungo, un'ultima semplificazione sarebbe possibile: se arrivati alla conclusione della causa, essa risultasse essere di immediata decisione, si potrebbe emettere sentenza a seguito di discussione orale, scrivendola a verbale, ora anche se a decidere è il tribunale in composizione collegiale e finanche in appello, in futuro con immediato deposito telematico.

La nuova normativa contempla anche un meccanismo per il passaggio da un procedimento ad un altro ove ci sia stato un errore di valutazione iniziale; nonché, in caso di decisione accelerata inidonea al giudicato, quando si sia errato nella determinazione dell'esistenza dei suoi presupposti processuali, la possibilità di ritornare al giudizio a cognizione piena.

Spostandoci fuori dal processo ordinario, troviamo una molteplici-

tà di riti speciali, dove parimenti sono previsti rimedi per l'errore di rito, nell'ultima e più evoluta versione senza la perdita degli effetti processuali e sostanziali della domanda instaurata con il rito errato.

L'errore di rito non è causa di nullità del provvedimento finale: ancor prima che esso venga pronunciato, può essere recuperato non ripartendo daccapo, ma ponendo rimedio alle eventuali lesioni del diritto di difesa che si dovessero presentare strada facendo.

Questo meccanismo di "salvaguardia" dell'attività svolta con il rito errato o semplicemente non adeguato, può essere considerata un'espressione del più generale principio di conservazione degli atti processuali.

Troviamo quasi un monito nella disciplina generale della nullità degli atti processuali: le imperfezioni formali debbono essere superate se l'atto risulta essere idoneo al raggiungimento dello scopo attribuitogli dalla legge e, comunque, per quanto possibile debbono esserne recuperati gli effetti, ove l'atto viziato possa svolgere la funzione dell'atto che per legge si sarebbe dovuto compiere (art. 156 in combinato disposto con l'art. 159 c.p.c.).

Conservare un atto, un procedimento, in tutto o parte, per quanto possibile risponde, al contempo, anche all'esigenza di favorire la ragionevole durata del processo.

Nell'illustrare la nuova formulazione dell'art. 342 c.p.c., il legislatore delegato ha ben espresso la necessità «di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di efficienza e quelle di tutela effettiva»; perciò, "chiarezza e sinteticità", riferite nel contesto alle caratteristiche dell'atto di citazione in appello, in generale espressione di un principio di economia processuale riferibile ad ogni atto (art. 121), «non debbono mai portare a una indebita compressione dell'esercizio del diritto di azione e del diritto di difesa delle parti». A chiusura una considerazione di carattere più complessivo: «le regole non devono essere intese in modo formalistico, impedendo il raggiungimento dello scopo del processo, che è quello di una sentenza che riconosca o neghi il bene della vita oggetto di controversia»<sup>370</sup>.

Questa filosofia conservativa e antiformalistica ben si sposerebbe con l'affermazione legislativa del principio sostanzialistico; un notevole

<sup>370</sup> *Relazione illustrativa*, cit., 36.

passo, in avanti che in realtà sarebbe solo il punto di partenza per un sistema recuperatorio a tutto tondo, a tutela del diritto di azione-impugnazione delle parti.

Fin dagli anni '50 Giudiceandrea avvertiva della necessità di «... evitare ogni tentativo di incidere sul principio della prevalenza della sostanza su la forma, pur avendo cura di stabilire una norma che impedisca la decorrenza di termini a carico della parte che – ingannata dalle apparenze – si provvedesse in relazione con la forma del provvedimento e non in relazione con la vera natura del provvedimento stesso»<sup>371</sup>.

L'introduzione di una regola certa avrebbe il sicuro vantaggio di garantire l'uniforme trattamento di tutti i casi di provvedimenti anomali.

Va precisato che l'affermazione in via legislativa del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, dovrebbe comprendere nella sua disciplina non solo i casi in cui per effetto di un errore di rito vi sia un "mero" scambio di forme del provvedimento, così ordinanza o decreto al posto di sentenza o viceversa, ma anche dell'errore di rito dovuto alla mancanza dei presupposti previsti per un determinato procedimento.

Un'altra specificazione in siffatta disposizione dovrebbe essere contenuta: quandanche il provvedimento fosse dichiarato o considerato anche implicitamente inoppugnabile per effetto di un errore di rito, dovrebbe essere impugnabile, se tale caratteristica avrebbe avuto il provvedimento emesso al termine del procedimento dalla legge prescritto; viceversa, non dovrebbe essere impugnabile il provvedimento qualificato o considerato come impugnabile per un errore di rito. Questa precisazione consentirebbe di comprendere nell'affermato principio della prevalenza della sostanza sulla forma, anche quella particolare disfunzione che è il prodotto recente del moltiplicarsi delle forme procedurali, culminanti in provvedimenti dalla stessa forma ma di natura diversa o parzialmente diversa: si pensi, ad esempio, al procedimento per liquidazione dei compensi professionali degli avvo-

<sup>371</sup> N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, cit., vol. I, 140. Un principio, del resto, non estraneo alla tradizione italica, dove sostanzialmente, lo troviamo affermato nel codice estense, all'art. 817, vedi cap. II, § 10.

cati di cui all'art. 3 e 14 del d.lgs. n. 150/2011, che segue le forme del rito semplificato con la fondamentale differenza della non appellabilità della sentenza; allo scambio tra un'opposizione all'esecuzione e un'opposizione agli atti esecutivi, che termina con una sentenza non impugnabile (art. 618, ultimo comma). Nessun valore, invece, dovrebbe essere dato ad indici esterni quali la presenza o meno di un provvedimento di mutamento di rito, che potrebbe essere frutto di un errore procedurale da denunciare in sede di impugnazione. Il mutamento del rito, infatti, ha il solo scopo di evitare che la scelta del rito sbagliato causi lesioni al diritto di difesa, ma una volta che il procedimento si sia compiuto, l'eventuale errore del giudice non potrebbe condizionare il diritto di impugnare della parte. Il *vulnus* al diritto di difesa causato dal rito sbagliato dovrebbe essere denunciato in sede di impugnazione, prospettando il pregiudizio effettivo processuale.

Questi inconvenienti, del resto, si potrebbe verificare anche nel processo ordinario, dove vi potrebbe essere il dubbio che il giudice al posto di un'ordinanza negativa sulla competenza abbia emesso un provvedimento dalla stessa forma ma a carattere ordinatorio o istruttorio.

Abbiamo esaminato i pregevoli tentativi della dottrina trovare una soluzione al problema della proposizione di un mezzo di impugnazione errato e abbiamo riscontrato che la giurisprudenza non è ancora pronta ad ammettere una *translatio* tra mezzi di impugnazione eterogenei, meno che mai tra mezzi di gravame latamente intesi.

Del resto, non sarebbe soddisfacente un meccanismo analogo a quello proprio del processo penale, che lascia al secondo giudice, quello alla quale l'impugnazione corretta avrebbe dovuto essere presentata, la valutazione della sussistenza o meno dei requisiti di ammissibilità dell'impugnazione da proporre: infatti, eletta l'impugnazione sbagliata, probabilmente tutti i requisiti dell'atto concretamente posto in essere saranno calibrati su di essa, con l'alto rischio che il secondo giudice la dichiari inammissibile.

L'altra strada percorribile e attentamente valutata è quella della rimessione in termini di colui che sbaglia l'impugnazione e perciò decada dai termini previsti per il mezzo di impugnazione corretto. Dopo l'esame condotto, non sembra così certa la possibilità di ottenere la restituzione del potere di impugnare, piuttosto che una pronuncia di

inammissibilità pura e semplice, nel momento in cui si facciano scade-  
re i termini per un errore conseguente all'errore del giudice, magari in  
un quadro giurisprudenziale tutt'altro che certo.

I tempi sono maturi per introduzione di un meccanismo di rimes-  
sione in termini alla francese, che prescindendo cioè da qualunque valuta-  
zione intorno alla responsabilità o autoresponsabilità della parte indot-  
ta in errore dalla forma sbagliata del provvedimento impugnato. Que-  
sto sarebbe il logico sviluppo della trasformazione storica che ha inte-  
ressato il processo civile e le sue forme, analogamente a quanto è già  
avvenuto nel sistema francese.

La specifica rimessione in termini ipotizzata sarebbe molto più ra-  
pida di quella generale, disciplinata all'art. 153, ultimo comma, perché  
avverrebbe d'ufficio, da parte del primo giudice, come diretta conse-  
guenza del rilievo dell'errore nella proposizione del mezzo di impu-  
gnazione, e darebbe alla parte la possibilità di ripresentare entro il  
termine indicato dal giudice una nuova impugnazione, quella corretta.

Ultima notazione riguarda l'altro tipo di anomalia quella più grave.

Seppur i provvedimenti abnormi esprimano un disvalore di mag-  
gior intensità rispetto ai provvedimenti anomali in senso stretto, non vi  
sarebbe motivo di ritenere non applicabile anche nei loro confronti il  
principio sostanzialistico, affermato a livello legislativo; tanto più che  
questa sarebbe l'unica strada percorribile a fronte di provvedimenti  
extrasistema, dovuti ad un'errata interpretazione del giudice.



## BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *FamFg Kommentar*, 17<sup>a</sup> ed., München, 2017.
- A.A.V.V., *Droit du procès civil*, UBL, 2019.
- A.A.V.V., *Diritto processuale penale*, Milano, 2023.
- A.A.V.V., *Riforma Cartabia. Le nuove regole su separazione, divorzio e minori*, Milano, 2023.
- ABBAMONTE M., *Commento all'art. 14*, in R. Martino, A. Panzarola (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013.
- ABBAMONTE M., *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2017.
- ABETE L., *Acquisizione del patrimonio e tutela dei diritti dei terzi*, in M. Fabiani, A. Patti (cur.), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 93 ss.
- ACCURSIUS, *Magna Glossa ad Corpus Iuris Civilis*, ed. Apud Iuntas, Venetiis, 1952.
- ACIERNO M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437 ss.
- ACONE M., *Note sul giudizio di divisione per stralcio di quota*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 131 ss.
- ALBERICO DA ROSCIATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, Venetiis, 1586, rist. an., Bologna 1979.
- ALLORIO E., *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Giur. it.*, 1946, I, 77 ss.
- ALLORIO E., *A proposito di disapplicazione dei provvedimenti di «volontaria giurisdizione»*, in *Giur. it.*, 1958, 1343 ss.
- ALLORIO E., *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 999 ss.
- ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 459 ss.
- ALOISI U., *Eccesso di potere in materia penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 132 ss.
- ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1952, vol. III.
- ALOISI U., voce *Le impugnazioni nel processo penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1938, vol. VI, 855 ss.
- ALTHAMMER C., LÖHNIG M., *ZPO-Reform und Meistbegünstigungsgrundsatz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 1567 ss.

- ALTIMARUS, *Tractatus de nullitatibus in XIV rubricas divisus*, Naepoli, 1678.
- ALVARO S., *Limiti e finalità del sindacato giudiziario-contenzioso sul provvedimento camerale con cui il Tribunale revoca amministratori e sindaci ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1999, 5 ss.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005.
- ANDOLINA I., *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano, 1982.
- ANDOLINA I., «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, 1983.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1941 - 1945, vol. I e II.
- ANDRIOLI V., *Sugli artt. 28 e 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, in *Foro it.*, 1943, I, 293 ss.
- ANDRIOLI V., *Le riforme del Codice di procedura civile*, Napoli, 1951.
- ANDRIOLI V., *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Foro it.*, 1954, I, 10 ss.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1954 - 1964.
- ANDRIOLI V., voce *Intervento dei creditori nell'esecuzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, vol. XXII, 488 ss.
- ANDRIOLI A., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI V., MICHELI G.A., *Scritti giuridici*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 2007.
- ANNUNZIATA M., *L'ordinanza "secca" in materia possessoria è provvedimento abnorme?*, in *Giur. it.*, 1998, II, 2254 ss.
- ANNUNZIATA M., *L'ordinanza che chiude il procedimento possessorio è abnorme e ricorribile per cassazione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1998, 85 ss.
- ANNUNZIATA M., *Ancora sulla struttura del procedimento possessorio e sui mezzi di impugnazione (brevi note)*, in *Giur. it.*, 1999, II, 505 ss.
- ANSANELLI V., *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino, 2017.
- ANSEMI BLAAS V., *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, Milano, 1963.
- APICELLA G., *Il procedimento civile sommario; commento alla legge 31 marzo 1901, n. 107 ed al regolamento 31 agosto 1901, n. 413*, Milano, 1908.
- APRATI R., *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. Marandola (cur.), *Le invalidità processuali*, Milano, 2015, 71 ss.
- APRATI R., *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano 2018.
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1989.

- ARCHI G.G., Ait praetor “pacta conventa servabo” – *Studio sulla funzione della clausola nell’Edictum Perpetuum*, in M. Hader, G. Thirlmann (cur.), *De iustitia et iure*, Berlin, 1980, 373 ss.
- ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 63 ss.
- ASCHERI M., *L’unificazione legislativa della Toscana lorenese (1814): «la giustizia è religiosamente amministrata»*, introduzione al *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.
- ASTONE F., *Le patologie procedimentali e provvedimentali*, in A.a.V.v., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 357 ss.
- ATTARDI A., *La revocazione*, Padova, 1959.
- ATTARDI A., *In tema di questioni pregiudiziali e di giudicato*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1973, 185 ss.
- ATTARDI A., *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 417 ss.
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni del processo civile*, Padova, 1991.
- ATTARDI A., *Le ordinanze di condanna nel giudizio di cognizione di primo grado secondo la nuova legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 1 ss.
- AULETTA F., *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999.
- AULETTA F., *Irretroattività dell’overruling come «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione»*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1117 ss.
- AULETTA F., *La nullità (sanabile) della sentenza che manca della sottoscrizione di “un” giudice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2078 ss.
- AULETTA F., *Regolamento di giurisdizione e di competenza. Composizione del tribunale*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2019, vol. I.
- AULETTA F., *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2021.
- AULETTA F., *La nullità degli atti processuali ovvero ... taking cedural rights seriously*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 546 ss.
- AULETTA F., POLI R., *Il lento addio dei giudici all’«inesistenza» degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1647 ss.
- AVOLINO C., *Commento all’art. 94 bis*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d’impresa ed insolvenza*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2023.
- AZO, *Summa super Codicem*, Papias 1506, rist. an., in A. Converso (cur.), *Corpus Glossatorum*, vol. II - III, Torino, 1966 ss.
- Azo, *Lectura super Codicem*, Parisiis 1577, rist. an., in A. Converso (cur.), *Corpus Glossatorum*, Torino, 1966, vol. III, 188 ss.

- AZZOLINA U., *L'impugnabilità in cassazione dei provvedimenti di contenuto decisorio non aventi veste formale di sentenza*, in *Foro it.* 1953, I, 453 ss.
- BACCAGLINI L., CALCAGNO L., *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in *dirittodellacrisi.it*, 2022.
- BACCAGLINI L., DE SANTIS F., *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, in *dirittodellacrisi.it, speciale riforma*, 2021.
- BALBI C.E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.
- BALBI R., *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Napoli, 1990.
- BALDUS, *Commentaria in Digesto et in Codice*, Venetiis, 1625.
- BALDUS, *In VII-IX libros, commentaria*, Venetiis, 1615.
- BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984.
- BALENA G., *Ancora sull'abuso della sentenza inesistente (a margine di una singolare vicenda giudiziaria calabrese)*, in *Foro it.*, 1989, I, 245 ss.
- BALENA G., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro it.*, 1993, I, 179 ss.
- BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994.
- BALENA G., *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, I, 1548 ss.
- BALENA G., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, 324.
- BALENA G., *Le conseguenze dell'errore nel modello formale dell'atto introduttivo (traendo spunto da un obiter dictum delle Sezioni Unite)*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 647 ss.
- BALENA G., *Commento all'art. 14*, in C. Consolo (cur.), *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, Milano, 2012.
- BALENA G., *Il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato: istruzioni per il non uso*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 1 ss.
- BALENA G., *Ancora sul procedimento di liquidazione degli onorari di avvocato (dopo l'auspicato intervento delle Sezioni unite)*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 639 ss.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., Bari, 2019.
- BALENA G., *Precisazioni giurisprudenziali e novità normative in tema di errore sul rito*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 326 ss.
- BALENA G., *Il procedimento semplificato di cognizione*, in D. Dalfino (cur.), *La riforma del processo civile*, Roma, 2023, 195 ss.
- BARATTA R., *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Milano, 2020, 304 ss.
- BARATTA R., *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee*, in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di*

- giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 27 ss.
- BARATTA R., *La postura non intrusiva della sentenza Randstad*, in *SIDI Blog*, 2022.
- BARLETTA A., *Commento all'art. 100*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. I.
- BARONCINI V., *Decadenza dall'impugnazione e limiti alla rimessione in termini*, in *euroconferece.it*, 13 settembre 2022.
- BARONCINI V., MONTANARI M., *Commento all' art. 306, Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. II.
- BARONE C.M., *Intorno ai provvedimenti giurisdizionali decisori rivestiti della forma dell'ordinanza*, in *Foro it.*, 1960, I, 812 ss.
- BARONE C.M., CAPONI R., COSTANTINO G., DALFINO D. PROTO PISANI A., SCARSELLI G., *Le Sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 2010, I, 3014 ss.
- BARTOLUS, *Commentaria in Secundam Codicis partem*, Lyon, 1555.
- BARTOLUS, *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1585.
- BASILICO G., *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.
- BASILICO G., voce *Provvedimenti del giudice*, in *treccani.it*, 2012.
- BASILICO G., *L'udienza presidenziale - profili processuali*, in M.A. Astone, G. Basilico (cur.), *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio*, Milano, 2022, 81 ss.
- BASSIANI J., *Libellus de Ordine Judiciorum*, in N. Tamassia, G.B. Palmieri (cur.), *Biblioteca Iuridica Medii Aevi*, Bologna, 1892 vol. II.
- BASSO A.M., *Tanti creditori titolati: l'illegittimità sopravvenuta dell'originaria azione esecutiva produce effetti ex nunc*, in *Diritto e giustizia*, 2014.
- BATTAGLINI E., *Nullità e inesistenza degli atti processuali penali*, in *La giustizia penale*, 1935, III, 394.
- BATTAGLINI E., *La portata dell'art. 111, comma 2, della Costituzione*, in *Foro pad.*, 1948, IV, 121 ss.
- BATTAGLINI E., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione*, in *La giustizia penale*, 1950, III, 145 ss.
- BELLÈ R., *Estinzione atipica e chiusura atipica del procedimento esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 433 ss.
- BELLI M., *Opposizione all'esecuzione e contestazione dei crediti nella fase di distribuzione del ricavato*, in *Riv. esec. forz.*, 2003, 78 ss.
- BELLOCCHI A., *L'atto abnorme nel processo penale*, Milano, 2012.

- BELLOCCHI A., *Si amplia il catalogo dell'abnormità: l'indebita restituzione degli atti giudizio al P.M. per la rinnovazione del decreto di citazione a giudizio*, in *Giur. it.*, 2006, II, 939 ss.
- BELLUCCI A., GIUNCHEDI F., SANTORIELLO C., *Commento all'art. 568*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.
- BERTILLO E., *Sulla motivazione riproduttiva degli atti di parte*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 1291 ss.
- BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996.
- BESSO C., *Principio di prevalenza della sostanza sulla forma e requisiti formali del provvedimento*, in *Giur. it.*, 2006, 946 ss.
- BESSO C., LUPANO M., *Degli atti processuali*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016.
- BETTI E., *La teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *L'art. 111 della Costituzione e le sentenze impugnabili con ricorso per cassazione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, 121 ss.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *I provvedimenti impugnati per cassazione per l'art. 111 della Costituzione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, 205 ss.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *La costituzione e il ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 105 ss.
- BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Bologna, 2020.
- BIAVATI P., *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2022.
- BIAVATI P., *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *giustiziainsieme.it*, 15 febbraio 2022.
- BIERY C., *Appel-nullité et appel pour excès de pouvoir: persistance de la confusion dans le vocabulaire et les notions*, in *Procédures*, 2012, 12 ss.
- BIONDI B., *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, Pavia, 1929.
- BIORCI P., *L'incidenza (?) della precisazione delle conclusioni sulla natura delle ordinanze contenenti statuizioni decisorie*, in *Giur. it.*, 2006, 1674 ss.
- BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002.
- BIROCCHI I., CORTESE E., MILETTI M.N. (cur.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013.
- BISCARDI A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968.

- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979.
- BOBBIO N., *Analogia (1957)*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 6 ss.
- BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005.
- BOCCAGNA S., *Le modifiche al primo libro del Codice di Procedura Civile*, in A.a.V.v., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 221 ss.
- BOCCAGNA S., *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, Napoli, 2017.
- BOCCAGNA S., *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 643 ss.
- BOCCAGNA S., DE SANTIS DI NICOLA F., *Commento all'art. 153*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. I.
- BODIN J., *Les six livres de la République*, 1583, a cura di G. Mairret, Paris, 1993.
- BOFFITO SERRA B., *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1967.
- BONAFINE A.L., *L'ordinanza di assegnazione di crediti ex art. 553 c.p.c.: natura e possibili rimedi*, in *Riv. es. forz.*, 2013, 382 ss.
- BONDI G., *Il giudizio di appello penale dopo la "Riforma Cartabia"*, in *Giur. pen. web.*, 2022, n. 12.
- BONFATTI P.S., CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, 2011, Padova.
- BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1960.
- BONSIGNORI A., *Effetto devolutivo dell'appello e nullità insanabili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1611 ss.
- BONSIGNORI A., voce *Impugnazioni civili in generale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1993, vol. IX, 334 ss.
- BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966.
- BORRÈ G., *Recenti orientamenti in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Foro it.*, 1968, I, 2842 ss.
- BOVE M., *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 707 ss.
- BOVE M., *Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 947 ss.
- BOVE M., *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 765 ss.
- BOVE M., *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1306 ss.

- BOVE M., *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, *Judicium*, 2010.
- BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Judicium*, 2012.
- BOVE M., *Pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli artt. 348 bis e 348 ter*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 389 ss.
- BOVE M., *Sul regime dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 689 ss.
- BOZZA G., *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Judicium*, 2021.
- BRAZZINI S., MUIÀ P.P., *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019.
- BRIGUGLIO A., *Le novità sul processo di cognizione, nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 259 ss.
- BRIGUGLIO A., *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 1165 ss.
- BRIGUGLIO A., *Domanda di ammissione al concordato preventivo e reazione all'inadempimento contrattuale del richiedente*, in *Riv. dir. fall.*, 2014, 354 ss.
- BRIGUGLIO A., *L'ordinanza «decisoria» sulla competenza ed il modo di giungervi*, in *Giust. civ.*, 2015, 89 ss.
- BRIGUGLIO A., *Riti utilizzabili per richiedere giudizialmente la liquidazione del compenso all'avvocato, parere pro veritate richiesto dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma*, in *Judicium*, 2017.
- BRIGUGLIO A., *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 127 ss.
- BRUNELLI B., *Le Sezioni unite tornano sui poteri e doveri del giudice in caso di costituzione del contumace in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 877 ss.
- BUFFONE G., *La trasformazione del rito non sana l'inammissibilità dell'atto di appello erroneamente introdotto*, in *IUSprocessocivile*, 24 agosto 2016.
- BUONCRISTIANI D., *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c., sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 402 ss.
- BUONCRISTIANI D., *Rito licenziamenti: profili sistematici e profili applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 351 ss.
- BUONCRISTIANI D., *Il processo di primo grado. Introduzione, preclusioni, trattazione e decisione*, in C. Cecchella (cur.), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, 49 ss.
- CADIET L., *Code de procédure civile*, ed. 13<sup>a</sup> ed., Paris, 2023.
- CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 12<sup>a</sup> ed., Paris, 2023.

- CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012.
- CAIANIELLO V., *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, 23 ss.
- CAIANIELLO V., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, Milano, 1984.
- CALAMANDREI P., C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1968, vol. II, 1053 ss.
- CALAMANDREI P., *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, 85 ss.
- CALAMANDREI P., *La teoria dell'“error in iudicando” nel diritto italiano intermedio (1914)*, in P. Calamandrei, *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, vol. I, 149 ss.
- CALAMANDREI P., *La cassazione civile*, Torino, 1939.
- CALAMANDREI P., *Della sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 112 ss.
- CALAMANDREI P., *Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965-1985, in open source RomaTrE-Press, 2019, 187 ss.
- CALAMANDREI P., *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965-1985, in open source RomaTrE-Press, 2019, 200 ss.
- CALAMANDREI P., *Sul progetto preliminare Solmi*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965-1985, in open source RomaTrE-Press, 2019, 295 ss.
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965-1985, in open source RomaTrE-Press, 2019.
- CALIFANO G.P., *Le nuove ordinanze “decisorie” di cui agli articoli 183-ter e quater c.p.c.*, in *DPCleC*, 2023, I, 268 ss.
- CALLÉ P., MAUGAIN G., PAYAN G., DARGENT L., *Code de procédure civile Annoté*, 114<sup>a</sup> ed., Paris, 2023.
- CALLIGARIS A., *L'invalidità degli atti processuali penali: un tradizionale terreno di scontro tra “forma” e “sostanza”*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, 101 ss.
- CALUSSI A., *Dalla riforma dei tribunali all'approvazione del regolamento di procedura civile, ovvero il ritorno alla tradizione processuale leopoldina nella Toscana del 1814*, introduzione al *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.

- CALZARETTI F. (cur.), *La nascita della Costituzione*, in <https://www.nascitacostituzione.it/index.htm>.
- CANNADA BARTOLI E., voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX, 295 ss.
- CANNATA C.A., *Possessio, possessor, possidere nelle fonti giuridiche del basso Impero*, Milano, 1962.
- CANTAFIO A., *Procedimento ex art. 28 ss., l. 13 giugno 1942, n. 794 e dovuto processo legale sui diritti*, in L. Lanfranchi (cur.), *Giusto processo civile e procedimenti sommari decisorii*, Torino, 2001, 55 ss.
- CANTORO D., *Il diritto di partecipazione al processo tra rescissione e incidente di esecuzione al vaglio della Sezioni Unite*, in *Giur. pen. web*, 9 Ottobre 2020.
- CAPALTI L., *La procedura per la trascrivibilità della nullità canonica nei matrimoni preconcordatari*, in *Foro it.*, 1931, I, 900 ss.
- CAPASSO V., *Brevi notazioni perplesse intorno all'ordinanza definitiva di rigetto per vizi dell'editio actionis*, in *Foro it.*, 2023, V, 109 ss.
- CAPASSO V., *La violazione del contraddittorio come fonte di nullità assolute e l'incompatibilità del rilievo ufficioso del vizio con il principio di offensività*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 2021, 605 ss.
- CAPASSO V., *Legge vs. principi le Sezioni Unite chiamate a riscrivere la disciplina della nullità degli atti processuali*, in *Corr. giur.*, 2021, 838 ss.
- CAPASSO V., *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità nel processo civile*, Roma, 2022.
- CAPASSO V., *Quando la nullità «fair nécessairement grief»: Le sezioni unite e l'intrinseca offensività da violazione del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2022, I, 117 ss.
- CAPASSO V., *Note sul nuovo(?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in *DPCIEC*, 2023, n. 1, 77 ss.
- CAPASSO V., *Sul travisamento della prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1253 ss.
- CAPITANI F.G., *Le Sezioni Unite sull'“incolpevole mancata conoscenza del processo a carico” evinta dopo il giudicato*, in *Diritto e giustizia*, 2021.
- CAPONE A., *L'invalidità nel processo penale tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012.
- CAPONI R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.
- CAPONI R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.
- CAPONI R., *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1996, 271 ss.

- CAPONI R., *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze dei terzi*, in *Foro it.*, 2003, I, 13 ss.
- CAPONI R., *Il nuovo giudizio di giudizio di cassazione civile: la decisione di merito*, in *Foro it.*, 2007, V, 129 ss.
- CAPONI R., voce *Rimessione in termini*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2009, agg. IV, 466 ss.
- CAPONI R., *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 283 ss.
- CAPONI R., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 372 ss.
- CAPONI R., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311 ss.
- CAPONI R., *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in *Judicium*, 2010.
- CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1 comma n. 5, c.p.c.*, in *Judicium*, 2012.
- CAPONI R., *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, in *Judicium*, 2012.
- CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1<sup>a</sup> comma, n. 5, c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2013, V, 149 ss.
- CAPONI R., *Sanatoria retroattiva delle nullità processuali, rimessione in termini e giusto processo civile*, in *Giur. cost.*, 2018, 541 ss.
- CAPONI R., *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 717 ss.
- CAPORUSSO S., *La "consumazione" del potere di impugnazione*, Napoli, 2011.
- CAPPONI B., *Intorno ai rimedi «cognitivi» avverso l'accertamento dei crediti nella conversione del pignoramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 584 ss.
- CAPPONI B., *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990.
- CAPPONI B., *La verifica anticipata dei crediti nell'espropriazione forzata: vecchie soluzioni, nuovi problemi*, in *Riv. es. forz.*, 2010, 329 ss.
- CAPPONI B., *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*, in *Corr. giur.*, 2012, 1166 ss.
- CAPPONI B., *Le Sezioni Unite e l'«oggettivizzazione» degli atti dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 481 ss.
- CAPPONI B., *La motivazione «laica, funzionalista, disincantata»*, in *Giust. proc. civ.* 2015, 121 ss.

- CAPPONI B., *Le ordinanze decisorie abnormi del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in *Riv. es. forz.*, 2017, 317 ss.
- CAPPONI B., *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 370 ss.
- CAPPONI B., *Principi di diritto pronunciati d'ufficio su spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione*, in *Judicium*, 29 maggio 2019.
- CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2020.
- CAPPONI B., *Buone notizie dalle Sezioni unite sulle nullità processuali (e sul rapporto tra norme e principi)*, in *giustiziainsieme.it*, 4 gennaio 2022.
- CAPPONI B., *Sulla nuova ordinanza di rigetto (art. 183 quater c.p.c.)*, in *Foro it.* 2022, V, 299 ss.
- CAPPONI B., *Sulla fase introduttiva del nuovo rito ordinario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2023, 261 ss.
- CAPRIO S., *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di impugnazione dell'ordinanza emessa al di fuori dei limiti di legge*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 808 ss.
- CAPUTO L., CAPUTO M., *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019.
- CARBONARA F., *Questioni di merito ed idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 671 ss.
- CARIDI V., *Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi*, in *Giur. comm.*, 2023, 301 ss.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc.* 1924, I, 33 ss.
- CARNELUTTI F., *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1925, vol. IV.
- CARNELUTTI F., *Progetto del Codice di procedura civile*, Milano, 1926.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale*, 1929, Padova, vol. I.
- CARNELUTTI F., *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile. Relazione e note*, Milano, 1937.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1941,
- CARNELUTTI F., *Meditazioni sul processo divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 22 ss.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4<sup>a</sup> ed., Roma, 1951, vol. I.
- CARNELUTTI F., *Nullità della sentenza per vizio di composizione dell'organo giudicante*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 85 ss.
- CARNELUTTI F., *Omessa sottoscrizione delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 112 ss.
- CARNELUTTI F., *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 210 ss.

- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Roma, 1956, vol. III.
- CARNELUTTI F., *Disapplicazione dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. proc. civ.*, 1959, 622 ss.
- CARNELUTTI F., *A proposito della divulgazione della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 306 ss.
- CARPACI A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.
- CARPI F., *I provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, I, 615 ss.
- CARPI F., *L'accesso alla Corte di cassazione e il nuovo sistema dei filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 769 ss.
- CARRATTA A., *I procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1049 ss.
- CARRATTA A., *Il principio di non contestazione*, Milano, 1995.
- CARRATTA A., voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1995, vol. XXII.
- CARRATTA A., *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1301 ss.
- CARRATTA A., *Sulla tutela del diritto di natura processuale. «inciso» dal provvedimento camerale*, in *Giur. it.*, 1996, I, 751 ss.
- CARRATTA A., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.
- CARRATTA A., *Sul provvedimento giudiziale cd. abnorme e sui limiti della prevalenza della «sostanza» sulla «forma»*, in *Giur. it.*, 2000, 924 ss.
- CARRATTA A., *«Sostanza» del provvedimento abnorme e impugnazioni: le «sopravalutazioni formalistiche» della Cassazione per quanto riguarda il problema della firma dell'ordinanza adottata in luogo di sentenza*, in *Corr. giur.*, 2002, 1594 ss.
- CARRATTA A., *Commento all'art. 384 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2007, 495 ss.
- CARRATTA A., *Il «filtro» al ricorso in Cassazione e i dubbi di costituzionalità*, in *treccani.it*, 2009.
- CARRATTA A., *Le controversie in sede distributiva fra «diritto al concorso» e «sostanza» delle ragioni creditorie*, in *Corr. giur.*, 2009, 559 ss.
- CARRATTA A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e «uso improprio» del giudicato implicito*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.
- CARRATTA A., voce *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, ann. III, 928 ss.

- CARRATTA A., *Commento all'art. 112*, in A. Carratta, M. Taruffo, *I poteri del giudice*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011.
- CARRATTA A., *L'art. 360 bis e la "nomofilachia" creativa dei giudici*, in *Giur. it.*, 2011, 885 ss.
- CARRATTA A., *Il giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limite al controllo di legittimità*, in *www.treccani.it.*, 2012.
- CARRATTA A., *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo*, Torino, 2012.
- CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Bologna, 2013, 353 ss.
- CARRATTA A., *Ordinanza sul "filtro" in appello e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, I, 1111 ss.
- CARRATTA A., *Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Giur. it.*, 2014, 1034 ss.
- CARRATTA A., *La tutela possessoria: profili sistematici ed evoluzione storica*, in *I procedimenti possessori*, diretto da A. Carratta, Bologna, 2015, 1 ss.
- CARRATTA A., *Incompetenza del giudice d'appello e translatio iudicii: la parola alle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, 1615 ss.
- CARRATTA A., *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul «filtro» in appello*, in *Giur. it.*, 2016, 1378 ss.
- CARRATTA A., *La «funzione sociale» del processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 759 ss.
- CARRATTA A., *Il rito sugli onorari dell'avvocato e un revirement delle Sezioni unite che non convince*, in *Giur. it.*, 2018, I, 1621 ss.
- CARRATTA A., *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 101 ss.
- CARRATTA A., *La richiesta di misure protettive successiva alla domanda di accesso allo strumento negoziale*, in *Riv. dir. fall.*, 2020, 267 ss.
- CARRATTA A., *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 47 ss.
- CARRATTA A., *Le misure cautelari e protettive nel cci dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Riv. dir. fall.*, 2022, 589 ss.
- CARRATTA A., *Le riforme del processo civile. D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023.
- CARRATTA A., COSTANTINO G., RUFFINI G., *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte Ue. Note a prima lettura di Cass. Sez. un. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione*

*giustizia*, 19 ottobre 2020 e in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 57 ss.

CARUSO G., *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, in *Judicium*, 2023.

CASSATELLA A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2018, 664 ss.

CASTAGNO D., *Le possibili diverse sorti dell'ordinanza che si pronuncia sulla competenza*, in *Giur. it.*, 2015, 80 ss.

CATALANO E.M., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 299 ss.

CATALANO E.M., *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1240 ss.

CATALANO E.M., *L'abuso del diritto di difesa. Profili problematici*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 48 ss.

CAVALLA F., CONSOLO C., DE CRISTOFARO M., *Le S.U aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, 2011, 1392 ss.

CAVUOTO E., *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 2017.

CEA C., *Sull'esecutorietà parziale del decreto ingiuntivo non opposto (ovvero come si complica inutilmente una problematica inesistente)*, in *Foro it.*, I, 2001, 31 68 ss.

CEA C., *Il problema del controllo dei provvedimenti nell'interesse della prole tra omissioni e formalismo*, in *Foro it.*, 2004. I, 624 ss.

CEA C., *Il problema del reclamo contro i provvedimenti del giudice istruttore nel giudizio di separazione e divorzio e non possumus della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2011, I, 1646 ss.

CEA C., *Il nuovo procedimento per la liquidazione dei compensi dell'avvocato al vaglio della Suprema Corte*, in *Foro it.*, 2016, I, 1722 ss.

CEA C., *I provvedimenti nell'interesse dei coniugi e il reclamo cautelare*, in *Foro it.*, 2022, I, 264 ss.

CEA C., *Commento art. 473 bis.15*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Torino, 2023.

CEA C., *Commento all'art. 473 bis.22*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Torino, 2023.

CEA C., *Commento all'art. 473 bis.23*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Torino, 2023.

- CEA C., *Commento all'art. 473 bis.24*, in R. Donzelli, G. Savi (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Torino, 2023.
- CECCHHELLA C., *Il procedimento cautelare*, in C. Cecchella, B. Capponi, R. Vaccarella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 117 ss.
- CECCHHELLA C., *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Padova, 2020.
- CECCHHELLA C., *Il giudice di legittimità apre all'impugnazione dei provvedimenti provvisori nelle controversie di famiglie e minorili*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 917 ss.
- CECCHHELLA C. (cur.), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, Torino, 2023.
- CELORIA C., PAJARDI P., *Commentario della legge fallimentare*, Milano, Messina, 1960.
- CENSONI F.P., *Commento all'art. 168*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, vol. II.
- CENSONI P.F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, 11 Marzo 2013.
- CERINO CANOVA A., *Ordinanza di contenuto «decisorio» e termine di impugnazione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1475 ss.
- CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, Padova, 1973.
- CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111 comma 2<sup>a</sup>)*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, I, 395 ss.
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, vol. II, 1, 3 ss.
- CERINO CANOVA A., *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento del giudice*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 277 ss.
- CERINO CANOVA A., *Solo la pubblicazione fa la sentenza*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 230 ss.
- CERINO CANOVA A., CONSOLO C., voce *Impugnazioni: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1987, vol. XVIII.
- CERRI A., *L'analogia nel sistema del diritto positivo*, in S. Casese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio (cur.), *L'unità del diritto*, Bologna, 1994, 401 ss.
- CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER. L., GUINCHARD S., *Procédure civile*, 36<sup>a</sup> ed., Paris, 2022.

- CHAINAIS C., *Les sanction en procedure civile. A la rechentes d'un clavier bien tempéré*, in *Les sanctions en droit contemporain*, diretto da C. Chainals, D. Fenouillet, Paris, 2012, 357 ss.
- CHIANELLO J., *Ragionevole durata del processo e divieto di regressione: nuovi chiarimenti dalle sezioni unite sulla nozione di atto abnorme*, in *Cass. pen.*, 2023, 223 ss.
- CHIARINI M.C., *La revocazione e le altre impugnazioni esperibili avverso l'ordinanza di convalida di sfatto di cui all'art. 663 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 594 ss.
- CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1987, 569 ss.
- CHIARLONI S., *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 519 ss.
- CHIARLONI S., *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali (in tema di forma dovuta e forma effettiva dei provvedimenti possessori definitivi)*, in *Giur. it.*, 1999, 2242 ss.
- CHIARLONI S., *Le sentenze della «terza via» in Cassazione, un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss.
- CHIARLONI S., *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, introduzione al *Codice di procedura civile del Regno di Sardegna (1854-1869)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.
- CHIEPPA R., *Sulla natura del provvedimento secondo il contenuto sostanziale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 717 ss.
- CHIOVENDA G., *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1902, 94 ss. e in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. I, 181 ss.
- CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906, 410 ss.
- CHIOVENDA G., *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, I, 48 ss.
- CHIOVENDA G., *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, Napoli, 1920.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CHIOVENDA G., *Sulla pubblicazione e notificazione delle sentenze civili*, in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, vol. II, 282 ss.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933 – 1934.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1940.

- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1953, vol. I.
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile (1894 – 1937)*, riedizione, Milano, 1993.
- CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994.
- CHIZZINI A., voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1998, vol. XVIII, 236 ss.
- CHIZZINI A., *Il Codice di procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, introduzione al *Codice di procedura civile di Maria Luigia (1820)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2003.
- CHIZZINI A., *Un «codice di regole» per un processo liberale?* in *Giusto proc. civ.*, 2006, 24 ss.
- CHIZZINI A., *Commento all'art. 132*, in G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009.
- CHIZZINI A., *Pensiero ed azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2014.
- CICALESE G., *Le misure coercitive*, in *Riv. es. forz.*, 2023, 203 ss.
- CICCARE' M., *Sull'impugnazione dell'ordinanza ex artt. 348 bis e ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1582 ss.
- CIPRIANI F., *I provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, Napoli, 1970.
- CIPRIANI F., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno di Italia (1866 – 1936)*, Milano, 1991.
- CIPRIANI F., *Il processo civile in Italia dal Codice Napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 67 ss.
- CIPRIANI F., *L'impugnazione dei provvedimenti «nell'interesse dei coniugi e della prole» e il loro ritorno al garantismo*, in *Corr. giur.*, 1998, 211 ss.
- CIPRIANI F., *Le leggi della procedura civile del Regno delle Due Sicilie*, introduzione al *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, III. Leggi della procedura ne' i giudizj civili (1819)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.
- CIPRIANI F., *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 75 ss.
- CIPRIANI F., *Sulla paternità del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2007, V, 136 ss.
- CIPRIANI F., *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 265 ss.
- CIRULLI M., *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 2015.

- CIRULLI M., *Il rito Fornero nel sistema della tutela decisoria sommaria*, in *Rivista italiana diritto industriale*, 2018, 443 ss.
- CIRULLI M., *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, in *Riv. es. forz.*, 2019, 250 ss.
- CIVININI M.G., *Le ordinanze anticipatorie*, in *Foro it.*, 1995, I, 332 ss.
- CLARICH M., *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi - Il Sole 24 ore*, 14 ottobre 2020 - 4 novembre 2020.
- CLARICH M., *Manuale di Diritto amministrativo*, Bologna, 2022.
- COLELLA F., *Corte costituzionale e rito Fornero: un punto fermo e qualche spunto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 704 ss.
- COLESANTI V., voce *Sentenza civile (Revocazione della)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, vol. XVI, 1165 ss.
- COLESANTI V., *Note in tema di «crisi» e «rinascita» della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1399 ss.
- COLETTA R., *Sulla definitività «liquida» nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti de potestate*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 239 ss.
- COMASTRI A.M., *Commento all'art. 669 octies*, in A. Briguglio, B. Capponi (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, I.
- COMASTRI A.M., *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino, 2012.
- CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Torino, 1926, vol. II.
- CONIGLIO A., *Osservazioni al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1938.
- CONIGLIO A., *Nullità della sentenza ed errori materiali*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 614.
- CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955.
- CONSO G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 110 ss.
- CONSOLO C., *La revocazione delle decisioni della Corte di cassazione e formazione del giudicato*, Padova, 1989.
- CONSOLO C., voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.* Torino, 1991, vol. VII, 68 ss.
- CONSOLO C., *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3. Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, 376 ss.
- CONSOLO C., *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla l. n. 80/2005)*, in *Corr. giur.*, 2005, 896 ss.

- CONSOLO C., *Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss.
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2012.
- CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di «svaporamento»*, in *Corr. giur.* 2012, 1133 ss.
- CONSOLO C., *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante («omessa») in una prospettiva neo – processual-civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, 893 ss.
- CONSOLO C., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 737 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed., Torino, 2023.
- CONSOLO C., RIZZARDO D., *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 729 ss.
- CONSOLO C., DONZELLI R., RECCHIONI S., *Commento all'art. 669 terdecies*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. IV.
- CONSOLO C., GODIO F., *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. III.
- CONSOLO C., PARISI A., *Commento all'art. 391 bis*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. III.
- CONTE L., *La nullità (o meno) della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c.: la parola alle Sezioni Unite*, in *Giustiziacivile.com*, 22 aprile 2021.
- CORDERO F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.
- COREA U., *Regime impugnatorio e principio dell'apparenza nel processo esecutivo*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1434 ss.
- COREA U., *Forma e sostanza della pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 821 ss.
- CORMIO B., *Degli atti processuali*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, vol. II, 2, 1389 ss.
- CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002.
- CORSINI F., *La reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 782 ss.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022.

- CORTESE E., *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V – VIII)*, 7 -13 aprile 1994, Spoleto, 1995, vol. I, 621 ss.
- COSSIGNANI F., *L'art. 624 dopo la l. n. 69/2009: i nuovi interrogativi e le questioni irrisolte*, in *Giur. it.*, 2014, 1055 ss.
- COSSIGNANI F., *L'art. 391 bis c.p.c. di riforma in riforma*, in *Giur. it.*, 2018, 772 ss.
- COSSIGNANI F., *Il mutamento del rito in primo grado ex art. 4, d.lgs. n. 150/2011*, in *Giur. it.*, 2020, 495 ss.
- COSTA A., *Nullità della sentenza e la "querela nullitatis" nella storia del processo italiano*, Roma, 1916 e in *Riv. it. sc. giur.*, 1916, 219 ss.
- COSTA E., *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918.
- COSTA S., *Le sentenze civili con la clausola giudicato rebus sic stantibus*, in *Studi senesi*, 1930, 167 ss.
- COSTA S., *L'intervento in causa*, Torino, 1953.
- COSTA S., voce *Divisorio (giudizio)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, vol. VI, 61 ss.
- COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012 ss.
- COSTANTINO G., «Contrasto» «mutamento giurisprudenziale» e «affidamento incolpevole», in *Foro it.*, I, 2011, 1074 ss.
- COSTANTINO G., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss.
- COSTANTINO G., *La riforma dell'appello civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 21 ss.
- COSTANTINO G., *La cassazione*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 4, 127 ss.
- COSTANTINO G., *La riforma della giustizia civile: introduzione. Il processo ordinario di cognizione e il «procedimento semplificato» – le ordinanze anticipatorie*, in [foroitaliano.it/news71816/appunti-in-tema-di-riforma-delprocesso-civile/](http://foroitaliano.it/news71816/appunti-in-tema-di-riforma-delprocesso-civile/), 2021.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, vol. II.
- CRISCUSOLO M., *Il contenzioso in tema di scioglimento delle comunioni: tecniche di conduzione*, in *Archivio civile*, 2000, 945 ss.
- CULTRERA M.R., *Natura del decreto del g.d. in sede di insinuazione tardiva*, in *Fall.*, 2003, 179 ss.
- CUOMO ULLOA F., *Appello per motivi di nullità ed interesse ad impugnare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 160 ss.

- CUOMO ULLOA F., *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009, 372 ss.
- CURTI GIALDINO C., *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle Sezioni unite della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *federalismi.it*, 2021, n. 3, 12.
- CUSENZA G., *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia: dubbi e criticità*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 134 ss.
- CUZZERI E., *Il procedimento sommario. Note alla legge 31 marzo 1901 e al r.d. 31 agosto 1901*, Verona, 1902.
- D'AGUESSEUE H.F., *Mémoire sur les vues générales que peut avoir pour la réformation de la justice*, in H.F. D'Aguesseau, *Oeuvres complètes*, Paris, 1819, 1, 200 ss.
- D'ALESSANDRO E., *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1476 ss.
- D'ALESSANDRO E., *Le Sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra gli artt. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*, in *Giur. it.*, 2012, 1322 ss.
- D'ALESSANDRO P., *La riforma del giudizio d'appello: il rito ordinario*, in *Giust. civ.*, 2023, 321 ss.
- D'ATTORRE G., *Manuale della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022.
- D'ONOFRIO P., voce *Gravami (diritto processuale civile)*, in *Nuovo Digesto italiano*, 1938, vol. IV, 488 ss.
- D'ONOFRIO P., *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957.
- D'ONOFRIO P., *Conseguenze della definizione che il giudice abbia dato alla domanda come opposizione agli atti esecutivi anziché come opposizione all'esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 519 ss.
- D'URSO F., *Sul "ritmo" del processo romano-canonico*, in *Historia et ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2014, 12.
- DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008.
- DALFINO D., *Difetto di rappresenta, assistenza, autorizzazione: nullità della procura del difensore*, in *Foro it.*, 2009; V, 287 ss.
- DALFINO D., *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 759 ss.

- DALFINO D., *Premessa a l'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12 convertito con modificazioni nella legge 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, 281 ss.
- DALFINO D., *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav. prev. sociale*, 2013, 153 ss.
- DALFINO D., *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. "rito Fornero": questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 6 ss.
- DALFINO D., *Obbligatorietà del rito Fornero (anche per il datore di lavoro) e decisione di questioni nella fase sommaria*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2014, 396 ss.
- DALFINO D., *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 704 ss.
- DALLA BONTÀ S., *Contributo allo studio del filtro in appello*, Napoli, 2015.
- DALLA BONTÀ S., *Le Sezioni unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, primo comma, n. 5 e del meccanismo della del c.d. doppia conforme in materia tributaria*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014, 460 ss.
- DALMOTTO E., *Contro la strategia dilatoria nel corso dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giur. it.*, 1993, I, 209 ss.
- DAMIANI F.S., *Il procedimento camerale in Cassazione*, Napoli, 2011.
- DAMIANI F.S., *Riflessioni sulla decisione a seguito di trattazione orale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1139 ss.
- DAMIANI F.S., *La composizione negoziata della crisi d'impresa*, in G. Trisorio Liuzzi (cur.), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023, 59 ss.
- DANOVI F., *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1352 ss.
- DANOVI F., *Provvedimenti relativi ai minori e garanzia del ricorso in Cassazione: un fronte (giustamente) sempre più aperto*, in *Corr. giur.*, 2018, 1586 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, c.p.c. ed art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Giur. it.*, 1994, 804 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Il possessorio «restaurato»*, in *Corr. giur.*, 1998, 671 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma urgente: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *Judicium*, 2012.
- DE CRISTOFARO M., *Commento all'art. 360 bis*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018 vol. II.
- DE CRISTOFARO M., *Commento all'art. 384*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. II.

- DE CRISTOFATO M., GIOIA G., *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimezzata*, in *Judicium*, 2012.
- DE FERRARIIS J.P., *Practica papiensis*, Lugduni, 1550.
- DE FRANCISCI P., *Intervento alla Camera nella tornata del 3 marzo 1933*, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati, XXVIII legislatura*.
- DE FRANCISCI P., *Intervento al Senato nella tornata del 5 gennaio 1934*, in *Atti parlamentari, Senato del Regno, XXVIII legislatura*.
- DE SANTIS A.D., *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, Roma, 2023.
- DE SANTIS F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997.
- DE SANTIS F., *L'opposizione all'esecuzione (indici normativi e percorsi giurisprudenziali)*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Annecchino*, Napoli 2005, 232 ss.
- DE STEFANO G., *La revocazione*, Milano, 1957.
- DE VIRGILIIS G.C., *Il fascino discreto del decreto di acquisizione*, in *Riv. dir. fall.*, 2003, 408 ss.
- DEL MAJNO L.M., *Le misure protettive del patrimonio del debitore in concordato preventivo: verso il CCII*, in *Fall.*, 2020, 1056 ss.
- DEL POZZO C.U., *Legalità e giustizia (a proposito di impugnazione oggettiva)*, in *Scuola positiva*, 1939, II, 84 ss.
- DEL POZZO C.U., *Le impugnazioni penali*, Padova, 1951.
- DEL POZZO C.U., *L'art. 111 della Costituzione e l'impugnabilità oggettiva della sentenza di esecuzione del decreto penale*, in *La giustizia penale*, 1952, III, 492 ss.
- DEL POZZO C.U., *La disciplina delle impugnazioni del provvedimento abnorme nel nuovo ordinamento processuale*, in *La giustizia penale*, 1958, III, 608 ss.
- DELLA PIETRA G., *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003.
- DELLA PIETRA G., *L'outsourcing del titolo esecutivo (e dei provvedimenti giudiziali in genere): si parva licet componere magnis*, in *Judicium*, 2012.
- DELLA PIETRA G., *Le ordinanze «divinatorie» nella delega sul processo civile*, in *DPCIC*, 2022, n. 3, 246 ss.
- DELLA ROCCA F., *La nullità della sentenza in diritto canonico*, Roma, 1939.
- DELLA VEDOVA P., *Provvedimenti ordinatori e pronuncia implicita sulla competenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 772 ss.
- DELLA VEDOVA P., *Inesistenza del provvedimento del giudice e potere di rinnovazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 835 ss.
- DELLE DONNE C., *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli art. 614 bis c.p.c. e 114, 4<sup>a</sup> comma, lett. e)*, codice del

- processo amministrativo*, in B. Capponi (cur.), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, 123 ss.
- DELLE DONNE C., *Delle opposizioni agli atti esecutivi*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Milano, 2014, vol. VII, 299 ss.
- DELLE DONNE C., *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino, 2019.
- DELLE DONNE C., *Giudici e norme di diritto nel cono d'ombra del prospective overruling (a margine di un libro recente...e di una "celebre dottrina")*, in *Judicium*, 2023.
- DELLE DONNE C., *La fase introduttiva, prima udienza e provvedimenti del giudice istruttore*, in R. Tiscini (cur.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 268 ss.
- DELLE DONNE C., *Principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.)*, in R. Tiscini (cur.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 59 ss.
- DELOGU P., *La giustizia nell'Italia meridionale longobarda*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX-X)*, Spoleto, 1997, vol. I, 257 ss.
- DELUCA G., *Nuove norme e vecchi problemi del procedimento per la liquidazione degli onorari agli avvocati*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 128 ss.
- DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 10 ss.
- DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali abnormi*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1532 ss.
- DENTI V., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, vol. XIV, 675 ss.
- DENTI V., *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959.
- DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 81 ss.
- DENTI V., voce *Inesistenza degli atti civili*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1962, vol. VIII, 636 ss.
- DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, vol. IX, 467 ss.
- DENTI V., *Un nuovo tipo di nullità insanabile?*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 525 ss.
- DENTI V., voce *Procedimento civile (atti del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1996, vol. XIV, 553 ss.
- DI BITONTO M.L., *Richiesta di rinvio a giudizio con capi di imputazione generici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1023 ss.

- DI CESARE F., GIUNCHEDI F., SANTORIELLO C., *Commento all'art. 606*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello.
- DI COLA L., *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, in L. Lanfranchi, A. Carratta (cur.), *Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 283 ss.
- DI COLA L., *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011.
- DI COLA L., *L'impugnazione dell'ordinanza ex art. 789, comma 3 c.p.c. emessa nonostante la presenza di contestazioni*, in *Giur. it.*, 2013, 1625 ss.
- DI COLA L., *L'impugnazione dei provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione*, in *Giustiziacivile.com*, 20 marzo 2018.
- DI COLA L., *La revoca nel procedimento in camera di consiglio*, in *Giur. it.*, 2020, 2793 ss.
- DI COLA L., *La competenza a conoscere della liquidazione dei compensi dell'avvocato maturati in più gradi di giudizio*, in *Giustizia*, 19 febbraio 2021.
- DI COLA L., *La sospensione necessaria e principio della ragionevole durata del processo*, in *Giur. it.*, 2022, I, 1129 ss.
- DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la l. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1140 ss.
- DI MAJO A., voce *La causa del negozio giuridico*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1998, vol. IV.
- DI MARZIO F., *Omessa spedizione in forma esecutiva di copia del titolo esecutivo e opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. es. forz.*, 2019, 899 ss.
- DI PAOLO G., *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012.
- DI PAOLO G., *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, 248 ss.
- DIACO D. (cur.), *Tecniche decisorie delle Corti costituzionale, Corte costituzionale, Quaderno processuale del Servizio Studi della Corte costituzionale*, 2016.
- DIDDI A., *Sanatoria per conseguimento dello scopo: un'altra applicazione in tema di nullità delle notificazioni eseguite presso un domicilio diverso da quello validamente dichiarato*, in *Cass. pen.*, 2007, 2545 ss.
- DIDONE A., *Le Sezioni unite, l'impugnabilità del decreto e la violazione della riserva di collegialità ex art. 50 bis codice di procedura civile*, in *Corr. giur.*, 2002, 1282 ss.
- DIDONE A., *Appunti sull'inammissibilità dell'appello ex art. 348 bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2013, 1136 ss.

- DITTRICH L., "Litispendenza esecutiva", giudice "competente" a disporre la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. e a decidere della sospensione all'esecuzione, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1371 ss.
- DITTRICH L., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1582 ss.
- DITTRICH L., *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 104 ss.
- DOLMETTA A.A., *Profili emergenti nelle azioni di classe*, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, 292 ss.
- DONZELLI R., *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, in *Famiglia e diritto*, 2004, 165 ss.
- DONZELLI R., *Le nuove «tutele» del lavoro (dall'accertamento tecnico preventivo in materia di invalidità pensionabile al procedimento per la dichiarazione d'illegittimità del licenziamento)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 289 ss.
- R. DONZELLI, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi sulla responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 261 ss.
- DONZELLI R., *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018.
- DONZELLI R., *Garanzia del ricorso per cassazione e provvedimenti decisori nell'interesse del minore*, in *Famiglia e diritto*, 2019.
- DONZELLI R., *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020.
- DONZELLI R., *Il principio del pregiudizio effettivo tra nullità testuali e non*, in *Rass. es. forz.*, 2022, 531 ss.
- DONZELLI R., *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 556 ss.
- DONZELLI R., *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, 414 ss.
- DONZELLI R., *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium*, 2023.
- DONZELLI R., *Le disposizioni generali in materia di procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium*, 2023.
- R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 214 ss.
- DONZELLI R., SAVI G. (cur.), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, Torino, 2023.
- DUNI M., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Roma, 1950.

- DURANTIS G., *Speculum iudiciale*, Lyon, 1578.
- ESCOBEDO G., *Atto inesistente e amnistia*, in *La giustizia penale*, 1938, IV, 677 ss.
- ESCOBEDO G., *le sentenze suicide*, Milano, 1942.
- FABIANI M., *L'esecuzione del contratto preliminare nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2002, 734 ss.
- FABIANI M., *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in A. Jorio, B. Sassani (cur.), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, vol. IV, 621 ss.
- FABIANI M., *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 849 ss.
- FARAMONDI F., *La revocazione va (ope constitutionis) sempre ammessa contro tutte le ordinanze decisorie*, in *Corr. giur.*, 2021, 1576 ss.
- FARES G., *Commento all'art. 37*, in A. Quaranta, V. Lopilato (cur.), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011.
- FARINA M., *Commento all'art. 4*, in R. Martino, A. Panzarola (cur.) *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013.
- FARINA P., *Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata?*, in *Giust. civ.*, 2010, 2033 ss.
- FARINA P., *Il nuovo art. 615 tra discutibili esigenze sistematiche e rischi di un'esecuzione ingiusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 259 ss.
- FARINA P., *Note (minime) sul sistema dei controlli degli atti nel processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 476 ss.
- FARINA P., *Il giudizio di cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giust. civ.*, 2023, 389 ss.
- FARINA P., *La richiesta di misure protettive successiva alla domanda di accesso allo strumento negoziale: dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione della domanda integrativa nel registro delle imprese*, in *Fall.*, 2023, 684 ss.
- FAVI G., *Revirement della Cassazione: è sempre il giudice civile ad essere competente per le opposizioni ex art. 29 l. n. 794 del 1942, anche se il decreto è stato emanato nell'ambito di un procedimento penale*, in *Giust. civ.*, 2010, 1417 ss.
- FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova, 1953.
- FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1304 ss.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960.

- FAZZALARI E., *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 430 ss.
- FAZZALARI E., voce *Sentenza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 1245 ss.
- FAZZALARI E., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, vol. XXXVII, 836 ss.
- FAZZALARI E., voce *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, 293 ss.
- FAZZALARI E., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, 648 ss.
- FEDE M., *La nullità insanabile della sentenza della quale non venga data lettura del dispositivo*, in *Judicium*, 2023.
- FELLONI G., *Esecuzione forzata – interferenze tra improcedibilità dell'esecuzione e sospensione ex art. 624 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2017, 2385 ss.
- FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.
- FERRI C., *Note sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfatto*, in *Il nuovo diritto*, 1962, 302 ss.
- FINOCCHIARO G., *La stabilità dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 526 ss.
- FINOCCHIARO M., *Alcune considerazioni sul «rito speciale» in caso di ingiunzione per il pagamento degli onorari per prestazioni professionali di esercenti l'attività di procuratore ed avvocato*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 732 ss.
- FONTANA G.L., TARZIA G., voce *Decreto: II) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, vol. X.
- FONTANA G.L., TARZIA G., voce *Ordinanza: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXII.
- FONTANA G.F., TARZIA G., voce *Sentenza: II) Sentenza civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1992, vol. XXVII.
- FORNACIARI M., *Esecuzione forzata e attività valutativa*, Torino, 2009.
- FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360, comma 1 n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in *Judicium*, 2012.
- FOSCHINI G., *La sentenza abnorme*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 569 ss.
- FOSCHINI GAETANO, FOSCHINI GIUSEPPE, *I motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle Disposizioni transitorie di esso*, Torino, Firenze, 1870.
- FRADEANI F., *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo* in *Giur. it.*, 2023, I, 1308 ss
- FRANCARIO F., *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'anno, Treccani*, Roma, 2017, 708 ss.

- FRANCARIO F., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capo di ferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020, n. 5/2020, 675 ss. e in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 79 ss.
- FRANCAVIGLIA M., *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male?*, in *Giur. cost.*, 2020, 2535 ss.
- FRANCHI G., *Irreclamabilità e disapplicazione della nomina dei liquidatori sociali in sede di volontaria giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1337 ss.
- FRANCHI G., *Sulla revoca dei procedimenti di giurisdizione volontaria e sull'opponibilità dei motivi di revoca al terzo acquirente*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, II, 209 ss.
- FRASCA R., *Il regolamento di competenza*, Milano, 2012.
- FRASSINETTI A., *Il contenuto «minimo» per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 668 ss.
- FRISINA P., *La tutela anticipatoria profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 364 ss.
- FUIANO M.P., *La stabilità del riparto esecutivo*, Bari, 2020.
- FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, vol. I, 403 ss.
- GABOARDI M., *In attesa del giudicato: la pregiudizialità tecnica e la sospensione del processo*, in *Giur. it.*, 2022, I, 1135 ss.
- GAITO A., *Sull'erronea qualificazione del mezzo di gravame*, in *Giur. it.*, 1978, II, 61 ss.
- GAITO A. (cur.), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006.
- GALANTI L., *Le nuove ordinanze definitive del giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 947 ss.
- GALDI D., *Intorno alla formazione de' nuovi Codici e specialmente di quello di procedura civile*, in G. Pisanelli, A. Scialoja, P.S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, Napoli, 1887, vol. I, 40 ss.
- GAMBA C., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la «scommessa aperta» dell'ordinamento processuale*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Bologna, 2011, 65 ss.
- GAMBINERI B., *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 323 ss.

- GAMBINERI B., *Appello*, in S. Chiarloni (cur.), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2018.
- GARBAGNATI E., *Forma e sostanza nel provvedimento di rigetto della domanda di convalida di sfratto*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 361 ss.
- GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 385 ss.
- GARBAGNATI E., *In tema di appello contro l'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. it.*, 1950, I, 743 ss.
- GARBAGNATI E., *Ancora sull'impugnabilità dell'ordinanza, che decide in camera di consiglio un'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro pad.*, 1951, I, 229 ss.
- GARBAGNATI E., *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1360 ss.
- GARBAGNATI E., *Limiti all'appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Foro pad.*, 1956, I, 555 ss.
- GARBAGNATI E., *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, in *Foro pad.*, 1957, I, 24 ss.
- GARBAGNATI E., *In tema di esecuzione dei provvedimenti temporanei ex art. 708 c.p.c.*, in *Foro pad.*, 1958, I, 1208 ss.
- GARBAGNATI E., *Il concorso dei creditori nel processo di espropriazione*, Milano, 1959.
- GARBAGNATI E., voce *Opposizione all'esecuzione (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, vol. XI, 1068 ss.
- GARBAGNATI E., *Impugnabilità dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 355 ss.
- GARBAGNATI E., *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro il provvedimento decisorio erroneamente messo in forma di ordinanza*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 23 ss.
- GARBAGNATI E., *Procedimento sommario di opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 197 ss.
- GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità dell'ordinanza collegiale di rigetto di un'eccezione di prescrizione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1713 ss.
- GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979.
- GARBAGNATI E., *Ancora sull'impugnazione di provvedimenti giurisdizionali decisori emanati in procedimenti speciali di cognizione*, in *Riv. proc. civ.*, 1983, 195 ss.
- GARBAGNATI E., voce *Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 69 ss.

- GARBAGNATI E., *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di A. Romano, Milano, 2012.
- GARGIULO F.S., *Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1876 - 1879.
- GASPARRI P., voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, vol. XIV, 124 ss.
- GASPERINI M.P., *La formulazione dei motivi d'appello nei nuovi artt. 342 e 434 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 914 ss.,
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1990.
- GHIDOTTI E., *La nullità della sentenza giudiziale nel diritto canonico*, Milano, 1965.
- GHIRGA M.F., *Sulla proponibilità dell'«actio nullitatis» contro il provvedimento camerale*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1160 ss.
- GHIRGA M.F., *Abuso del processo e alcune norme dell'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 390 ss.
- GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 528 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIARDA A., *L'impugnazione proposta con indicazione di un «mezzo» non consentito: l'insegnamento delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1286 ss.
- GIOFFREDI C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955.
- GIORDANO A., *La sentenza della "terza via" e le "vie" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice*, in *Giur. it.*, 2009, 910 ss.
- GIORDANO A., *Ai confini tra fatto e diritto. Valutazione delle prove e sindacato di legittimità*, in *IUS.processocivile*, 2020.
- GIORDANO R., *Istruzione preventiva e reclamo cautelare: l'intervento della Corte costituzionale* in *Giust. civ.*, 2009, 299 ss.
- GIORGETTI M.C., *Provvedimenti camerali e inammissibilità del ricorso straordinario in cassazione per motivi processuali*, in *Giur. it.*, 1996, I, 751 ss.
- GIORGETTI M.C., *I limiti del cd. principio dell'apparenza nell'opposizione a precetto*, in *Riv. es. forz.*, 2000, 121 ss.
- GIORGETTI M.C., *L'estinzione atipica nel processo esecutivo e i suoi rimedi*, in *Riv. es. forz.*, 2005, 680 ss.
- GIORGETTI M.C., *Ancora sulla motivazione per relationem...anzi, per "connessione"*, in *Judicium*, 2021.

- GIUDICEANDREA N., voce *Nullità degli atti di procedura*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1939, vol. VIII, 1166 ss.
- GIUDICEANDREA N., *Appunti sull'inesistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. it.*, 1955, IV, 81 ss.
- GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, Milano, 1952.
- GIUDICEANDREA N., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1956.
- GIUDICEANDREA N., voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. XI, 823 ss.
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, ristampa, Milano, 1971.
- GIULIANI A., *L'«ordo iudiciarius medioevale» (Riflessioni su un modello puro isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 583 ss.
- GIULIANI A., voce *La Prova (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, vol. XXXVII, 654 ss.
- GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995.
- GIUSSANI A., *Intorno alla durata della sospensione necessaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1148 ss.
- GIUSSANI A., *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1572 ss.
- GLENDI C., *At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro "non grande arresto" delle Sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2014, 124 ss.
- GODIO, F., ONNIBONI C., *Commento all'art. 395*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. III.
- GÖPPINGER H., *Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache*, Stuttgart, 1958.
- GORLA G., *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, Firenze, 1977.
- GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità delle sentenze di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 826 ss.
- GRADI M., *Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. III, 63 ss.
- GRANATA R., *Limitazione della reclamabilità ex art. 669 terdecies c.p.c. al solo provvedimento di rigetto della domanda di istruzione preventiva*, in *Giust. civ.*, 2009, 2357 ss.
- GRASSO E., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1967.
- GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, vol. I, 2, 1266 ss.
- GRASSO E., voce *Titolo esecutivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, vol. XLIV, 700 ss.

- GRASSO G., *La mera riproduzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura?*, in *Foro it.*, 2015, I, 1609 ss.
- GRAZIOSI A., *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 64 ss.
- GRECO G., *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2020, 73 ss.
- GRIPPO P., *Ancora sulla natura e sul regime dell'ordinanza di assegnazione dei crediti*, in *Riv. es. forz.*, 2001, 650 ss.
- GRIPPO P., *La tutela del «debitor debitoris» nell'espropriazione presso terzi secondo gli attuali orientamenti della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2002, I, 527 ss.
- GRISPINI F., *Diritto processuale penale*, Roma, 1945.
- GROSSI P., *Costituzionalismi tra "moderno" e "pos-moderno". Tre lezioni suor-orsoliniane*, Napoli, 2019.
- GRUNSKY W., *Zivilprozessrecht*, 13<sup>a</sup> ed., München, 2008.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001.
- GUARNERI G., *I provvedimenti abnormi sono ricorribili per Cassazione?*, in *Scuola positiva*, 1943, II, 82 ss.
- GUGINO G., *Trattato della procedura civile romana*, Palermo, 1873.
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2005.
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, 2015.
- HALPERIN J.L., *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1986, n. 263, 99 ss.
- HALPERIN J.L., *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987.
- HEGEL G.W.F., *Der Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1820.
- HOSTIENSIS, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinquelibris Decretalium*, München, 1512.
- HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, Venetiis, 1570.
- HUFTEAU Y.L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Parigi, 1965.
- IADECOLA G., *Il sistema delle invalidità nel processo penale*, in *Giur. mer.*, 2000, 1317 ss.
- IANNICELLI L., *Ostracismo al regolamento di competenza avverso i cd. Provvedimenti decisorii impliciti?* in *Foro it.*, 1992, I, 3032 ss.
- IANNICELLI L., *Note sull'estinzione nel processo esecutivo*, Salerno, 2004.
- IANNICELLI L., *L'autonomia dell'eccezione di estinzione del processo esecutivo rispetto alle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 713 ss.

- IANNICELLI L., *Sul provvedimento del g.e. che dichiara improcedibile il processo esecutivo rilevando il pagamento del credito portato dal titolo azionato*, in *Riv. es. forz.*, 2019, 608 ss.
- IANNUCELLI P., *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in *BlogDUE*, 2022.
- IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2009.
- IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 735 ss.
- IMPAGNATIELLO G., *Concorso tra cassazione e revocazione*, Napoli, 2013.
- IMPAGNATIELLO G., *Il «filtro» di ammissibilità*, in *Foro it.*, 2013, V, 295 ss.
- INNOCENZO IV, *Super libros quinque decretalium*, Francofurti, 1570.
- JAEGGER P.G., *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, II, 59 ss.
- JANNUZZI A., *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1951, 256 ss.
- JANNUZZI A., *Sul concetto di «sentenza» nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in *Jus*, 1953, 274 ss.
- JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 2182 ss.
- JEMOLO A.C., *Inesistenza, nullità assoluta della sentenza, difetto di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1318 ss.
- JORIO A., *I rapporti giuridici pendenti*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2009, vol. XI, 2, 470 ss.
- KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996.
- KELLER F.L., *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung*, Leipzig, 1852.
- KELLER F.L., *Ueber die Litis Contestatio und Urteil nach klassik römisches Recht*, Zürich, 1827.
- KLEIN F., *Die schuldhaftige Parteihandlung*, Wien, 1885.
- LAI P., *L'intervento del creditore non titolato nell'espropriazione singolare*, Roma, 2014.
- LAI P., *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2018, 679 ss.
- LANCELOTTI F., voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1960, vol. V, 278 ss.
- LANCELOTTI F., voce *Ordinanza (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1965, vol. XII, 79 ss.
- LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1967, vol. XIV, 425 ss.

- LANCELOTTI F., voce *Sentenza civile*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, vol. XVI, 1106 ss.
- LANFRANCHI L., *La verifica dello stato passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979.
- LANFRANCHI L., voce *Procedimenti decisorii sommari*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, vol. XXIV.
- LANFRANCHI L. (cur.), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001.
- LANFRANCHI L., *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del giusto processo civile e tutela dei diritti*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2011.
- LANZAFAME A., *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015*, in *Judicium*, 2015.
- LASERRA G., *Osservazioni sulla sentenza civile non sottoscritta*, in *Foro it.*, 1956, I, 1529.
- LASERRA G., *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 567 ss.
- LATELLA M.T., *Decisione sull'estinzione del processo: forma, sua patologia ed impugnazioni*, in *Giur. it.*, 1994, I, 310 ss.
- LATTANZI G., *A proposito degli atti processuali nulli e giuridicamente inesistenti*, in *Riv. pen.*, 1942, 172 ss.
- LAURIA M., 'Contra constitutiones': *primi appunti*, Napoli, 1927, ora col titolo 'Contra constitutiones', in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983.
- LEMEE V., *La règle "pas nullité sans grief" depuis le nouveau Code de procédure civil*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, 23 ss.
- LEONE G., *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 19 ss.
- LIEBMAN E.T., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931.
- LIEBMAN E.T., *I presupposti dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 275 ss.
- LIEBMAN E.T., *Impugnazione in sede contenziosa del provvedimento di giurisdizione volontaria*, in E.T. Liebman, *Problemi del processo civile*, Napoli 1962, 445 ss.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1980.
- LIEBMAN E.T., voce *Giudicato*. I) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. V.
- LIMITONE G., *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi (alla prova della bolletta di luce e gas)*, in *ilcaso.it*, 4 ottobre 2022.

- LIMONGI, B. *Le Sezioni unite si pronunciano sul "travisamento della prova"*. in *Judicium*, 2024.
- LITEWSKI W., *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1965, XII, 347 ss.
- LITEWSKI W., *Mündliche Klage und Klageschrift in den ältesten ordines iudicarii*, in G. Köbler (cur.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur: Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München, 1997, 669 ss.
- LITEWSKI W., *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii*, Kraków, 1999.
- LOCKE J., *An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government*, 1690, traduzione di A. Gialluca, *Il secondo trattato sul Governo*, Milano, 1998.
- LOMBARDI R., *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009.
- LOMBARDI R., *Ancora sull'impugnazione dell'ordinanza di approvazione del progetto di divisione*, in *Foro it.*, 2011, I, 3020 ss.
- LOMBARDI R., *La soluzione delle Sezioni Unite sul rimedio impugnatorio esperibile avverso l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione nonostante la presenza di contestazioni*, in *Foro it.*, 2013, I, 216 ss.
- LOMBARDO L., *Giudizio di cassazione e decisione della causa nel merito*, in *Giustiziacivile.com*, 2015.
- LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015.
- LONGO D., *Carenza del titolo esecutivo, vendita forzata e salvezza dell'acquisto del terzo*, in *Foro it.*, 2013, I, 1224 ss.
- LONGO D., *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, Pisa, 2018, vol. I.
- LONGO D., *Atto introduttivo formalmente erroneo*, in *Foro it.*, 2022, I, 2825 ss.
- LONGO D., *Le misure cautelari e protettive*, in G. Trisorio Liuzzi (cur.), *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2023, 131 ss.
- LOSCHIAVO L., *La risoluzione dei conflitti in età altomedioevale: un excursus storiografico*, in E. Conte, M. Miglio (cur.), *Il diritto per la storia. Gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica*, Roma, 2010, 91 ss.
- LOSCHIAVO L., *Isidoro di Siviglia e il suo contributo all'ordo iudicarius medioevale*, in Y. Mausen, O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel (cur.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Köln, Weimar, Wien, 2014, vol. IV, 1 ss.

- LOZZI G., *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 409 ss.
- LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, 2016, ann. IX, 419 ss.
- LUCIANI M., *Diritto giurisprudenziale e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 2019, n. 12, 356 ss.
- LUCIANI M., *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 3.
- LUIO F.P., voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1987, vol. I, 360 ss.
- LUIO F.P., *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 817 ss.
- LUIO F.P., *Le Sezioni unite si pronunciano sulla tutela possessoria*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1323 ss.
- LUIO F.P., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 15 ss.
- LUIO F.P., *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 123 ss.
- LUIO F.P., *Diritto processuale civile*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2017.
- LUIO F.P., *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del c.p.c.*, Milano, 2023.
- LUPOI M.A., *Le riforme in materia di competenza della legge n. 69/2009*, in *Giur. it.*, 2011, 213 ss.
- LUPOI M.A., *Processo sommario di cognizione: il "rito" e il "modello"*, Torino, 2019.
- LUPOI M.A., *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in C. Cecchella (cur.), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, Torino, 2023, 96 ss.
- LUZZATTO G.I., *La procedura civile romana, II, Le legis actiones*, Bologna, 1948.
- LUZZATTO G.I., *La procedura civile romana, III, La genesi del processo formulare*, Bologna, 1949.
- LUZZATTO G.I., *Il problema d'origine della "cognitio extra ordinem"*, Bologna, 1965.
- MAFFEO V., *L'abnormità*, in A. Marandola (cur.), *Le invalidità processuali*, Milano, 2015, 232 ss.

- MAJORANO A., *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2012, 141 ss.,
- MALATESTA F.C., *Sul consolidamento del rito erroneamente instaurato*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1401 ss.
- MALAVISI M., RICCIARDI G., *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in *dirittobancario.it*, settembre 2019.
- MANCINELLI R., *Accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 672 ss.
- MANCUSO F., *Esprimere causam in sententiam, ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, 1999.
- MANDRIOLI C., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953.
- MANDRIOLI C., *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955.
- MANDRIOLI C., *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 351 ss.
- MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti "abnormi"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 373 ss.
- MANDRIOLI C., *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss.
- MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti "abnormi"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 373 ss.
- MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967.
- MANDRIOLI C., *Sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida o di licenza di sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 34 ss.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1978.
- MANDRIOLI C., voce *Opposizione (diritto processuale civile): a) Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, vol. XXX, 431 ss.
- MANDRIOLI C., voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1991, vol. VII, 549 ss.
- MANDRIOLI C., *Le «Sezioni unite» limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione*, in *Corr. Giur.*, 1992, 751 ss.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, 10<sup>a</sup> ed., Torino, 1995.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, 28<sup>a</sup> ed., Torino, 2022.
- MANFREDINI G., *Il procedimento civile e le riforme*, Padova, 1885.

- MANGIARANCINA A., *La conversione dell'impugnazione. Un istituto da ripensare*, Torino, 2020.
- MANGIARANCINA A., *Impugnativa erroneamente proposta e limiti alla "conversione"*, in *Processo penale e giustizia.*, 2022, 790 ss.
- MARANDOLA A., *Le disposizioni generali*, in G. Spangher (cur.), *Impugnazioni, in Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino, 2009, vol. V, 41 ss.
- MARANDOLA A., *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1054 ss.
- MARANTA R., *Speculum Aureum et Lumen Adrocatum: Praxis Civilis*, Venetiis, 1615.
- MARELLI F. *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000.
- MARELLI F., *Gli atti processuali*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, vol. I, 1060 ss.
- MARINELLI M., *Sentenza con motivazione «copia-incolla» degli atti di parte: il via libera delle Sezioni Unite*, in *Riv. giur. trib.* 2015, 748 ss.
- MARINI D., *Commento all'art. 669 terdecies*, in N. Picardi *Codice di procedura civile*, a cura di R. Vaccarella, Milano, 2021, vol. II.
- MARINUCCI E., *L'impugnazione del lodo dopo la riforma*, Milano, 2009.
- MAROCCO STUARDI D., *La République di Jean Bodin. Sovranità, governo, giustizia*, a cura di R. Vaccarella, Milano, 2006.
- MARONGIU G., voce *Funzione: II) Funzione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XIV.
- MARRONE M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955.
- MARTENS P., *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, ULB, 2003.
- MARTINETTO G., *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963.
- MARTINETTO G., *Delle nullità*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, vol. II, 1, 1642 ss.
- MARTINO R., *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 925 ss.
- MASONI R., *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2023, 291 ss.
- MASSARO R., *Provvedimenti coattivi nei confronti dei terzi*, in *Fall.*, 1994, 1079 ss.
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 1902 – 1906.
- MAYER L., *Actes d'acte et théorie de l'acte juridique*, Paris, 2007.

- MAZZAMUTO M., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1667 ss.
- MAZZAMUTO M., *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, n. 5, 651 ss.
- MAZZARELLA F., *Il passato e presente della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 88 ss.
- MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, Padova, 2003.
- MECCARELLI M., *Identità e funzioni delle Corti Supreme in Europa al tempo delle codificazioni*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 1147 ss.
- MECCARELLI M., *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005.
- MELE V., *Il problema della conversione del mezzo di impugnazione*, in *La giustizia penale*, 1975, III, 417 ss.
- MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, 2002.
- MENCHINI S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 869 ss.
- MENCHINI S., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 367 ss.
- MENCHINI S., *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1029 ss.
- MENCHINI S., *Le Sezioni unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 689 ss.
- MENCHINI S., MERLIN E., *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 578 ss.
- MENGALI A., *La cassazione della sentenza civile non motivata*, Torino, 2020.
- MERLIN E., *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1009 ss.
- MERLIN E., *Le controversie distributive*, in A.a.V.v., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, vol. II, 198 ss.
- MERLIN E., *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1547 ss.
- MERONE A., *Opposizioni del terzo pignorato avverso l'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553*, in *Riv. es. forz.*, 2017, 210 ss.

- METAFORA R., voce *Sospensione dell'esecuzione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2007, agg. II, 1224 ss.
- METAFORA R., *L'esecuzione degli obblighi di fare (fungibili) e di non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2012, 444 ss.
- METAFORA R., *Le Sezioni Unite e la sorte dell'espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, in *Corr. giur.*, 2014, 979 ss.
- METAFORA R., *Il regime di impugnazione dell'ordinanza determinativa delle modalità esecutive resa ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2019, 24 ss.
- METAFORA R., *Principio di apparenza e impugnazione dell'ordinanza conclusiva del procedimento di liquidazione dei compensi degli avvocati*, in *IUS.processocivile*, 20 febbraio 2019.
- METAFORA R., *Errore nella forma dell'atto introduttivo e salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda*, in *DPCIeC*, 2022, n. 1, 105 ss.
- METAFORA R., *Il procedimento per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, Napoli, 2020.
- METAFORA R., *Recentissime della Cassazione sulla proponibilità in via autonoma della domanda di condanna generica (con qualche annotazione a margine)*, in *Giustiziacivile.com*, 26 luglio 2022.
- METAFORA R., *Le nuove ordinanze di manifesta fondatezza e infondatezza introdotte dalla riforma del processo civile*, in *Giustiziacivile.com*, 12 gennaio 2023.
- MICALI D., *Titolo esecutivo e "conflitti esecutivi": alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Riv. es. forz.*, 2013, 402 ss.
- MICALI D., *Sul provvedimento "di merito" del giudice dell'esecuzione e le opposizioni. Bravi note sui concetti di provvedimento esecutivo "decisorio", "a cognizione impropria" e "abnorme"*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 899 ss.
- MICCICHÈ C., *Commento all'art. 37*, in F. Cortese, G. Falcon, B. Marchetti (cur.), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, 2021.
- MICHELI G.A., *In tema di impugnabilità della sentenza che dispone lo scioglimento della comunione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, 334 ss.
- MICHELI G.A., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione* in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 190 ss.
- MILETTI M.N., *G. Pisanelli (1812-1879)*, in S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari (cur.), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna 2011, 679 ss.
- MINISTRINA F., *Il processo civile nello Stato pontificio*, introduzione al *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio papa XVI (1834)*, in N. Picardi A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004.

- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori per la riforma del Codice di procedura civile. Schema di progetto del primo libro*, Roma, 1936.
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile: progetto preliminare e relazione*, Roma, 1937.
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma 1939.
- MINISSALE A., *La tutela del credito professionale dell'avvocato: la decisione delle Sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 723 ss.
- MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942.
- MINOLI E., *Osservazioni sul regime dei provvedimenti interlocutori di primo grado secondo il decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 438*, in *Giur. it.*, 1948, 129 ss.
- MINOLI E., *Questioni rilevabili d'ufficio e acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 274 ss.
- MINZIONI A., *Erronea applicazione in primo grado del rito ordinario invece del rito del lavoro, o viceversa: forma e termine per l'appello*, in *Giur. it.*, 1984 1043 ss.
- MODUGNO F., voce *Funzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, vol. XVIII, 301 ss.
- MODUGNO F., voce *Ordinamento giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, 721 ss.
- MODUGNO F., voce *Eccesso di potere: I) Profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII.
- MODUGNO F., voce *Eccesso di potere: II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII.
- MODUGNO F., voce *Eccesso di potere: III) Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII.
- MONATERI G., voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1993, vol. X, 31 ss.
- MONATERI P.G., *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 312 ss.
- MONGIARDO M., *Impugnabilità delle ordinanze di liquidazione delle spese giudiziali*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, 205.
- MONTANARI M., *Le attese tradite: Sezioni unite e regime di impugnazione dei provvedimenti extra ordinem del giudice delegato sulle dichiarazioni tardive di credito*, in *Fall.*, 2002, 272 ss.
- MONTANARI, M. *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. fall.*, 2013, 634 ss.

- MONTANARI, M. *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. fall.*, 2017, 435 ss.
- MONTANARI M., RINALDI V., ONNIBONI C., SALVIONI T., *Commento agli artt. 543 – 554*, in C. Consolo, F.P. Luiso (cur.), *Codice di procedura civile, commentario*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, vol. II.
- MONTANARI M., WIDMANN P., *Commento all'art. 112*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. I.
- MONTELEONE G., *Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865 (Due codici a confronto)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000, 529 ss.
- MONTELEONE G., *Il codice di procedura civile del 1865*, introduzione al *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.) *Testi e documenti per la storia del processo*, 2004.
- MONTELEONE G., *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 663 ss.
- MONTELEONE G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1 ss.
- MONTELEONE G., *Noterelle sulla sentenza della Cass., S.U., 7-1-2014, n. 61*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 297 ss.
- MONTELEONE V., *L'oggettivazione del pignoramento: tramonta la concezione astratta del titolo esecutivo?*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 297 ss.
- MONTELEONE G., *Il controllo della Suprema Corte sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 871 ss.
- MONTELEONE G., *Note a prima lettura sulla nuova legge sull'azione di classe (legge 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 663 ss.
- MONTESANO L., *Rassegna di giurisprudenza in tema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, 271 ss.
- MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro. It.*, 1952, IV, 144 ss.
- MONTESANO L., *Procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 74 ss.
- MONTESANO L., *Aspetti funzionali dell'esecuzione in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 941 ss.
- MONTESANO L., voce *Esecuzione specifica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1966, vol. XV, 533 ss.
- MONTESANO L., *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 561 ss.
- MONTESANO L., *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, *Relazione al XIII Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss.

- MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 591 ss.
- MONTESANO L., *Dovuto processo ai diritti incisi da giudizi camerali sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915 ss.
- MONTESANO L., voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XV.
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994.
- MONTESANO L., VACCARELLA R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1996.
- MONTESQUIEU J.B., *L'esprit des lois*, 1748, nella traduzione di B. BOFFITO SERRA, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1967.
- MORELLI M.R., *La comunione e la divisione ereditaria*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1998.
- MORTARA L., voce *Appello civile*, in *Digesto italiano*, 1890, vol. III, 2, 380 ss.
- MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1905-1910; 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1922 – 1923.
- MORTARA L., *Per il nuovo codice di procedura civile*, Torino, 1923.
- MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, 9<sup>a</sup> ed., Torino, 1929.
- MOTTO A., *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 617 ss.
- MOUSNIER R., *Le Conseil Du Roi De Louis XII a La Revolution*, PUF, 1970.
- NARDECCHIA G.B., *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011.
- NASCOSI A., *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti de potestate*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 563 ss.
- NATALINI C., *'La coscienza limita la coscienza'. Considerazioni su «ordo» e «processus» in alcune practicae del secolo XVI*, in «*Bonus iudex*», ed in C. Natalini, *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Trento, 2016, 143 ss.
- NELA P.L., *L'ordinanza possessoria «secca» innanzi alla Corte di cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 1, 55 ss.
- NEPPI F., *Divieto di azioni esecutive se il titolo è anteriore al decreto di apertura della procedura di concordato preventivo e legittimità dell'imprenditore ad essere parte nei giudizi di cognizione ordinaria*, in *Riv. dir. fall.*, 2007, II, 27 ss.
- NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, 2009.
- NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2023.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979.

- NOBILE A., GIUNCHEDI F., SANTORIELLO C., GAITO F., *Commento all'art. 581*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello.
- NÖRR K.W., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Berlin-Heidelberg, 2012.
- NOVELLA C., *Il nuovo intervento delle Sezioni unite sui rapporti tra gli artt. 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2022, I, 1142 ss.
- NUVOLONE P., *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, in *Giur. it.*, 1946, II, 161 ss.
- OLIVIERI G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.
- OLIVIERI G., *Opposizione all'esecuzione, sospensione interna ed esterna, poteri officiosi del giudice*, in A.a.V.v., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. II, 1271 ss.
- ORESTANO R., *Augusto e la "cognitio extra ordinem"*, Milano, 1938.
- ORESTANO R., *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938.
- ORESTANO R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953.
- ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987.
- ORIANI R., *Brevi note sull'ambito di applicazione dell'opposizione agli atti esecutivi*, in *Foro it.*, 1988, I, 3040 ss.
- ORIANI R., voce *Atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, vol. IV.
- ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXI.
- ORIANI R., *L'atto iniziale del processo di esecuzione per il rilascio di beni immobili*, in *Foro it.*, 1993, I, 1242 ss.
- ORIANI R., *La sospensione dell'esecuzione (sul combinato disposto degli artt. 615 e 624 c.p.c.)* in *Riv. es. forz.*, 2006, 209 ss.
- ORIANI R., *"Essere" e "dover essere" nell'impugnazione dei provvedimenti del giudice civile*, Napoli, 2023.
- PACCHI S., *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in A.a.V.v., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, 151 ss.
- PADOA SCHIOPPA A., *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano, 1967-1970.
- PADOA SCHIOPPA A., *Giudici e giustizia nell'Italia carolingia*, in A. Padoa Schioppa, M.G. Di Renzo Villata, G.P. Massetto (cur.), *Amicitiae pignus, Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, 2003, vol. III, 1623 ss.
- PADOA SCHIOPPA A., *La giustizia nei placiti longobardi: note sul sistema delle prove*, in *Leges – Gentes – Regna, Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der*

- frühmittelalterlichen Rechtskultur*, Berlin, 2006, 333 ss. e in G. Dolcini, C.E. Paliero (cur.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. III, 2935 ss.
- PADOA SCHIOPPA A., *Note sull'appello nel pensiero dei Glossatori*, in *Hommage à André Guron, 24 septembre 2010, Supplément à la Revue d'Histoire des anciens Pays de droit écrit*, 2011, 69 ss.
- PADOA SCHIOPPA A., *Giustizia medioevale italiana, dal Regnum ai Comuni*, Spoleto, 2015.
- PAGANO M., *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1989, 50 ss.
- PAGNI I., *I correttivi alla durata del processo nella legge 28 giugno 2012, n. 92: note brevi al nuovo rito in materi di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. ind.*, 2013, 339 ss.
- PAGNI I., *Travisamento della prova, difetto di motivazione ed errore revocatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 564 ss.
- PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976.
- PALADINI F., *Delle opposizioni agli atti esecutivi*, in *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, diretto da G. Stella Richter, P. Stella Richter, Milano, 2017, 237 ss.
- PALERMO A., *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano, 1956.
- PANZAROLA A., *Il rito per le cause commerciali fra codice di procedura civile del 1865, codice di commercio del 1882 e riforma del 1901. Riflessioni intorno ad una procedura e su un giudice «speciale», tra tradizione e rinnovamento*, in L. Lanfranchi, A. Carratta (cur.), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 171 ss.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005.
- PANZAROLA A., *Il principio di diritto e la decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 430 ss.
- PANZAROLA A., *La rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1637 ss.
- PANZAROLA A., *Commento agli artt. 360 e 348 ter*, in A. Panzarola, R. Martino (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013.
- PANZAROLA A., *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 89 ss.
- PANZAROLA A., *L'evoluzione dei principi nel processo civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, numero speciale, *Atti del convegno della Facoltà di Giurisprudenza della*

- Sapienza "I principi nell'esperienza giuridica"*, Roma 14 – 15 novembre 2014, 315 ss.
- PANZAROLA A., *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1157 ss.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. Protocolli*, in *Nuovi leggi civili commentate*, 2017, 269 ss.
- PANZAROLA A., *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 595 ss.
- PANZAVOLTA M., voce *Nullità degli atti processuali: II) Diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2005, vol. XXI, agg.
- PAPAGNO C., *Ancora incertezze sul giudizio di abnormità dell'atto processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1205 ss.
- PARDOLESI R., *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 633 ss.
- PARISI G., *Liquidazione del compenso degli avvocati e procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2017, 367 ss.
- PASCUCCI N., *L'arretramento delle nullità in nome del pregiudizio effettivo: il caso dell'imputato alloglotto e della sentenza di appello non tradotta*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1441 ss.
- PASSANANTE L., *Le Sezioni Unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 188 ss.
- PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018.
- PATANÈ V., *Le misure cautelari*, in G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, *Diritto processuale penale*, Milano, 2023, 406 ss.
- PATRASSI G., *Divieto di azioni esecutive e risoluzione del contratto di locazione*, in *ifallimentarista.it*, 27 novembre 2017.
- PATTI A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, 261 ss.
- PAULESU P.P., «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.
- PAULESU P.P., *L'atto processuale penale. III) Patologia*, in A.a.Vv., *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2023, 321 s.
- PAVANINI G., *Natura dei giudizi divisorii. Note di uno studio introduttivo*, Padova, 1942.
- PAVANINI G., voce *La divisione giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XIII, 476 ss.

- PEDACE I., *Le sorti del ricorso per saltum proposto per motivi non consentiti: tra inammissibilità e principio di conservazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1511 ss.
- PENASA L., *Commento all' art. 306*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino, 2012, vol. III, 2.
- PENASA L., *Commento all'art. 4*, in C. Consolo (cur.), *Commento al codice di procedura civile. La "semplificazione" dei riti e altre riforme processuali 2010-2011*, Milano, 2012.
- PENE VIDARI G.S., *Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, introduzione alle *Costituzioni sabaude (1723)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2002.
- PERGAMI F., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000.
- PERROT R., *La notion d'appel-nullité*, in *Procédures*, 2008, 340 ss.
- PERTILE A., *Storia della procedura*, vol. IV, 1, in P. Del Giudice (cur.), *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, Bologna, 1965-1966 (la prima edizione Torino, 1893), vol. II.
- PETRELLA V., *L'estinzione atipica del processo di esecuzione: un istituto di creazione giurisprudenziale e la sua evoluzione alla luce di moderni principi*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 1373.
- PETRELLA V., *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071 ss.
- PETRILLO C., *Commento all'art. 669 terdecies*, in A. Briguglio, B. Capponi (cur.), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, vol. I.
- PETRONIO U., *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, introduzione ai *Codici napoleonici*, 1) *Codice di procedura civile*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2000.
- PICARDI N., voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, 101 ss.
- PICARDI N., *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *L'educazione giuridica*, vol. V, *Modelli di legislazione e scienza della legislazione*, Napoli, 1987, 241 ss.
- PICARDI N., *Il regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 36 ss.
- PICARDI N., *Il bicentenario del codice di procedura civile napoleonico ed il monopolio statale della giurisdizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 3, 7 ss.

- PICARDI N., *Introduzione al Code Louis, Ordonnance civile* (1667), in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 1996.
- PICARDI N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.
- PICCININNI L., *Motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 407 ss.
- PIGA E., *Voce Nullità degli atti di procedura*, in *Nuovo Digesto italiano*, Torino, 1938, vol. VIII, 1166 s.
- PILLONI M., *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011.
- PILLONI M., *L'esecuzione forzata: tra oggettivizzazione degli atti esecutivi ed esigenze di efficienza della giurisdizione esecutiva*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 297 ss.
- PILLONI M., *Cognizione del g.e. e opposizioni esecutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1323 ss.
- PILLONI M., *Operatività del principio dell'apparenza per l'individuazione del corretto mezzo di gravame*, in *Rass. es. forz.*, 2021, 33 ss.
- PILZ R., *Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozess*, Bonn, 1928.
- PIROTTA G., *Considerazioni sull'appello "atipico" avverso l'ordinanza di convalida di sfratto pronunciata in assenza dei presupposti di legge*, in *Giur. it.*, I, 2018, 94 ss.
- PISANELLI G., *Disposizioni generali*, in G. Pisanelli, A. Scialoja, P. S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1887, vol. I.
- PISANELLI G., SCIALOJA A., MANCINI P.S., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, Torino, 1855 – 1857.
- PISANELLI G., SCIALOJA A., MANCINI P.S., *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1887 – 1894.
- PISELLI M., *Una velocizzazione della giustizia non esente da rischi*, in *Guida al diritto*, 2015, 40 ss.
- PIZZORUSSO A., voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, vol. IV, 413 ss.
- PLACENTINUS (1130-1192), *Summa Codicis*, ed. Maguntiae, 1536, rist. an., Torino, 1962.
- PLANCK J.W., *Die Lehre von dem Beweisurteil*, Göttingen, 1848.
- POLI G.G., *Le Sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.* in *Foro it.*, 2009, I, 806 ss.
- POLI R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002.
- POLI R., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 23 ss.

- POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 381 ss.
- POLI R., *Invaldità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.
- POLI R., *Il nuovo giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 120 ss.
- POLI R., *Le Sezioni Unite sul regime del ricorso proposto erroneamente al posto della citazione e viceversa*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1199 ss.
- POLI R., *Impugnazione proposta al giudice incompetente e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 396 ss.
- POLI R., *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 43 ss.
- POLI R., *Sulla sanabilità dell'errore nella individuazione del mezzo d'impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 186 ss.
- POLI R., *Logica del giudice e travisamento della prova (a proposito di cass. 29 marzo 2023, n. 8895)*, in *Judicium*, 2023.
- POLICE A., CHIRICO F., «I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il processo*, 2019, 113 ss.
- POLINARI J., *Le Sezioni unite tornano sull'art. 337, cpv., c.p.c. e riaffermano l'efficacia dichiarativa della sentenza impugnabile*, in *Giur. it.*, 2013, 615 ss.
- PONZANELLI G., *La nuova class action*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 306 ss.
- PORCELLI F., *Sul vizio di omesso esame circa un fatto decisivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594 ss.,
- PREDEN N., voce *Sfratto (procedimento per convalida di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, vol. XLII, 429 ss.
- PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1980, vol. II, 2, 1051 ss.
- PROTO PISANI A., voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1983, app., 649 ss.
- PROTO PISANI A., *Controllo sull'esercizio della giurisdizione e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 1987, V, 234 ss.
- PROTO PISANI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1354 ss.
- PROTO PISANI A., *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, 394 ss.
- PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, 453 ss.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- PROTO PISANI A., *Controversie individuali di lavoro*, Torino, 1993.

- PROTO PISANI A., *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, 65 ss.
- PROTO PISANI A., *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V, 17 ss.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006.
- PROTO PISANI A., *Per un nuovo codice di procedura civile*, Roma, 2009.
- PROTO PISANI A., *Sulla garanzia del ricorso per cassazione sistematicamente interpretato*, in *Foro it.*, 2009, V, 951 ss.
- PROTO PISANI A., *Principio di uguaglianza e ricorso in cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 65 ss.
- PROTO PISANI A., *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, I, 2011, 117 ss.
- PROTO PISANI A., *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria per pregiudizialità*, in *Foro it.*, 2013, I, 949 ss.
- PROTO PISANI A., *L'irresistibile forza delle decisioni a sezioni unite*, in *Foro it.*, 2014, I, 2503 ss.
- PROTO PISANI A., *Attentato delle S.U. all'art. 111 ultimo comma della Costituzione? Su Cass. S.U. 19598/2020*, in A. Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 111 ss.
- PROVINCIALI R., *Sistema delle impugnazioni civili, secondo la nuova legislazione. Parte generale.*, Padova, 1943.
- PUGLIESE G., voce *Azione (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1958, vol. II, 24 ss.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano, I, Le legis actiones*, Roma, 1962.
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano, II.1, Il processo formulare*, Milano, 1963.
- PUGLIESE G., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, vol. III, 727 ss.
- PUNZI C., *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011 1337 ss.
- PUZZO C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano, 2012.
- RAFARACCI T., voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, agg. II, 598 ss.
- RAGGI L., *A proposito dell'art. 40 della legge 17 agosto 1907 sul Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, II, 544 ss.
- RAGGI L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961.

- RAGGI L., *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965.
- RAGUSA MAGGIORE G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994.
- RAGUSA MAGGIORE G., *Quale è il rimedio avverso il provvedimento abnorme del giudice delegato nel procedimento di insinuazione tardiva allo stato passivo?*, in *Riv. dir. fall.*, 1998, II, 317 ss.
- RAITI G., *Le Sezioni unite «restaurano» il procedimento possessorio*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2223 ss.
- RAITI G., *Il nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.: l'omesso esame di un fatto «oggetto di discussione fra le parti»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1440 ss.
- RAITI G., *Il travisamento della prova nel processo civile e la sua controversa censurabilità in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1211 ss.
- RANA G., *Proposizione mediante citazione di opposizione a ingiunzione in materia di lavoro: mutamento di rotta o incidente di percorso?*, in *Giur. it.*, 1995, I, 759 ss.
- RANALDI G., GIUNCHEDI F., SANTORIELLO C., *Commento all'art. 670*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello.
- RANALDI G., voce *Impugnazioni (in generale)*, in *Digesto discipline penalistiche, sez. civ.*, Torino, 2008, agg. IV, 444 ss.
- RANIERI S., *Inesistenza e nullità degli atti processuali penali*, in *La giustizia penale*, 1948, III, 113 ss.
- RANIERI E., GIUNCHEDI F., SANTORIELLO C., *Commento all'art. 629*, in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello.
- RANIERI E., GIUNCHEDI F., SANTORIELLO C., GERARDI A., *Commento all'art. 629*, agg., in A. Gaito (cur.), *Codice di procedura penale commentato on line*, con la collaborazione di A. Bargi, G. Dean, C. Fiorio, G. Garuti, F. Giunchedi, O. Mazza, M. Montagna, C. Santoriello.
- RASCIO N., *Note problematiche sulla valutazione dell'art. 485 c.p.c. e sulle sue conseguenze*, in A.a.V.v., *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anzecchino*, Napoli, 2005, 543 ss.
- RASIA C., *Sull'uso della motivazione per relationem in caso di rinvio ad un precedente conforme del medesimo ufficio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 436 ss.
- RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

- RAVOT E., *Responsabilità genitoriale e provvedimenti de potestate*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 1135 ss.
- RECCHIONI S., *Negata l'esistenza di un interesse della parte a ottenere un diverso tipo di soccombenza*, in *Guida al diritto*, 1999, n. 1, 32 ss.
- REDENTI E., *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, IV, 181 ss.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, rist. 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1957.
- REDENTI E., *Intorno al concetto di eccesso di potere (1908)*, in E. Redenti, *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, 1962, vol. I, 221 ss.
- RICCI E.F., *Ancora sull'impugnazione dei decreti del giudice delegato*, in *Fall.*, 1994, 903 ss.
- RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1997.
- RICCI E.F., *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071 ss.
- RICCI F., *Commento al codice di procedura civile italiano*, Prato, 1878.
- RICCI G.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751 ss.
- RICCI G.F., *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009.
- RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2019.
- RICCI G.F., *Il velo squarciato: La Suprema Corte apre la porta legittimità al sindacato sul giudizio di fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 354 ss.
- RIVA M., *Rapporti tra esecuzione su beni indivisi e giudizio divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1175 ss.
- ROCCO A., *La sentenza civile*, Torino, 1906.
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Il destino dei beni in leasing nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. fall.*, 2016, II, 539.
- ROCCO U., *Rilievi sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Napoli, 1938.
- ROLANDINUS PASSEGGERI (1234-1300), *Summa totius artes notariae*, Venetiis, Eredi di Lucantonio Giunta, 1546.
- ROMANO A.A., *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, 2008.
- ROMANO A.A., voce *Titolo esecutivo*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2010, agg. V, 973 ss.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.
- RONCO A., *Errori in procedendo, errori in iudicando e requisiti dell'atto d'appello*, in *Giur. it.*, 1999, 1805 ss.
- RONCO A., *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000.

- RONCO A., *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello e correlazione tra forma e regime di impugnazione dei provvedimenti decisori*, in *Giur. it.*, 2000, I, 65 ss.
- RONCO A., *Pluralità di riti e fase introduttiva dell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 433 ss.
- RORDOF R., *Le nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 134 ss.
- ROSBACH M., *Prospettive medioevali sulle invalidità*, in *Riv. storia dir. it.*, 2001, LXXIV, 315 ss.
- ROSBACH M., *Decidere invano. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medioevali*, Napoli, 2010.
- ROSSI A., *La revocazione dei provvedimenti decisori ammessa in via generale nell'ordinamento giuridico?*, in *Giustizia*, 2021.
- ROSSI A., *Sulla disciplina applicabile all'appellante rimasto contumace in primo grado nel caso di nullità dell'atto di citazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1118 ss.
- ROSSI E., voce *Procedimento (forme del)*, in *Digesto italiano*, Torino, 1908-1913, vol. XIX, 334 ss.
- ROUSSEAU J.J., *Du contrat social, ou principes du droit politique*, 1762, traduzione di R. Gatti, *Il Contratto sociale*, Milano, 1996.
- RUFFINI G., *Alcune considerazioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, 538 ss.
- RUFFINI G., *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1391 ss.
- RUFFINI G., *Il «rito Fornero» alle Sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 755 ss.
- RUGGERI E., *Passata la tempesta: note (parzialmente) critiche in ordine al recente intervento delle Sezioni Unite sull'art. 645 cpv. del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 210 ss.
- RUGGERI E.M.P., *L'individuazione del corretto mezzo di impugnazione: si applica il principio della prevalenza della sostanza sulla forma*, in *Diritto e giustizia*, 31 gennaio 2022.
- RUGGIERO L., *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 889 ss.
- RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012.
- RUSCIANO S., *Addio alla spedizione in forma esecutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1037 ss.
- RUSSO F., *Le conseguenze dell'oggettivizzazione (del pignoramento). Ricadute sull'intervento nell'esecuzione forzata della decisione Cass., S.U., 7-1-2014, n. 61*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 297 ss.

- RUSSO F., *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 2015.
- RUSSO M., *Sul termine per ricorrere per cassazione post ordinanza – filtro in appello*, in *Giur. it.*, 2071, 1093 ss.
- SABATINI G., *Amnistia, incompetenza, provvedimenti abnormi ed impugnazioni*, in *La giustizia penale*, 1947, III, 321 ss.
- SABATINI G., *Sentenze emesse in giudizio e ricorso per cassazione*, in *La giustizia penale*, 1951, III, 483 ss.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975.
- SACCO R., voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, 2012, agg. VII, 2012, 614 ss.
- SALVANESCHI L., *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 121 ss.
- SALVANESCHI L., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990.
- SALVANESCHI L., *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *Foro it.*, 1994, 531 ss.
- SALVANESCHI L., *Provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole e procedimento cautelare uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1063 ss.
- SALVANESCHI L., *Sulla natura della revocazione per errore di fatto delle pronunce della Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1461 ss.
- SALVANESCHI L., *L'appello riformato*, in *Judicium*, 2023.
- SALVATO V., *Abnormità del provvedimento del giudice delegato ex art. 25 legge fall. di acquisizione di somme in possesso di terzi, di cui è contestata la spettanza al fallimento e rimedi esperibili*, in *Fall.*, 2023, 1060 ss.
- SALVATORE P., *Considerazioni sull'errore scusabile*, in *Consiglio di Stato*, I, 1961, 259 ss.
- SALVIOLI G., *Note per la storia del procedimento criminale*, Memoria letta alla Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli, Napoli, 1918.
- SALVIOLI G., *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretto da P. Del Giudice, Milano, 1969 (prima edizione del 1927), vol. III, 2.
- SAMMARCO A.A., *Il controllo del giudice dell'esecuzione sul titolo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, a cura di L. Kalb, Torino, 2009, vol. IV, 186 ss.
- SAMMARCO C., *Impugnabilità dei provvedimenti del giudice emessi in forma diversa da quella prescritta dalla legge*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 2180 ss.
- SANDULLI M.A., *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il processo*, 2020, 886 ss. e in A.

- Carratta (cur.), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 119 ss.
- SANTAGATA F., *Le Sezioni Unite sulla nullità della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c. (note a prima lettura a Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596)*, in *Judicium*, dicembre 2021.
- SANTALUCIA G., *Abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003.
- SANTALUCIA G., *I procedimenti di opposizione alle liquidazioni dei compensi agli ausiliari e ai custodi nominati nel procedimento penale: le Sezioni unite civili riaprono un contrasto già risolto*, in *Cass. pen.*, 2010, 127 ss.
- SANTISE M., *L'eccesso di potere giurisdizionale delle Sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 14 gennaio 2021.
- SANTORIELLO C., *I poteri del g.i.p. in presenza di un'istanza di archiviazione relativa*, in *Dir. pen proc.*, 2003, 1388. ss.
- SANTORO R., *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, vol. XXX, 1967, 101 ss.
- SANTORO R., «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in F. Zuccotti (cur.), *Atti del convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, In memoria di Arnaldo Biscardi. Atti del convegno (Siena, 13-15 dicembre 2001), Milano, *Collana della Rivista di diritto romano*, 2011, 259 ss.
- SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 639 ss.
- SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 839 ss.
- SASSANI B., *La cassazione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, vol. II, 2744 ss.
- SASSANI B. (cur.), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019.
- SASSANI B., TISCINI R., *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011.
- SASSANI B., ZUCCONI GALLI FONSECA E., FABIANI E., DELLE DONNE C., PILLONI M., BELLÈ R., *Le Sezioni Unite riscrivono i requisiti (interni ed esterni) del titolo esecutivo: opinioni a confronto intorno a Cass., S.U., 11067/2012*, in *Riv. es. forz.*, 2013, 73 ss.
- SATTA S., *Correzione di errori in tema di correzione di sentenze*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1 ss.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1950.
- SATTA S., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951.
- SATTA S., *La distribuzione del ricavato e l'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 98 ss.

- SATTA S., *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 339 ss.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959 – 1965.
- SATTA S., voce *Codice di procedura civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VII, 279 ss.
- SATTA S., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963.
- SATTA S., *Diritto fallimentare*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1996.
- SCACCIA S., *Tractatus de appellationibus in duas partes divisus*, Frankfurt, 1615.
- SCALVINI C., *L'errore tipologico nell'atto introduttivo dei giudizi di opposizione*, in *Giur. it.*, 2020, 488 ss.
- SCARSELLI G., *Spese giudiziali civili*, Milano, 1998.
- SCARSELLI G., *Il processo in cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, V, 1453 ss.
- SCARSELLI G., *Brevi osservazioni sul ricorso per cassazione avverso l'ordinanza ex art. 348 ter c.p.c.*, in *Foro it.*, 2014, V.
- SCARSELLI G., *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Judicium*, 2019.
- SCARSELLI G., *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi*, in *Judicium*, 2019.
- SCARSELLI G., *Sulla necessità di avere un codice di procedura civile e sul dovere di rispettarlo e di farlo rispettare*, in *Judicium*, 2019.
- SCHIAVONE A., *Ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di «Stralcio di quota» e giudizio divisorio*, in *Giur. it.*, 1960, I, 711 ss.
- SCIALOJA V., *Procedura civile romana*, Milano-Roma, 1936.
- SEELMANN W., *Rechtszug im älteren deutschen Recht. Ein Beitrag zur Geschichte der Berufung*, Breslau, 1911.
- SEGRÈ T., *Irrilevanza dei vizi formali nei provvedimenti soggetti ad opposizione o ad appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 479 ss.
- SEPE O., *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 675 ss.
- SERGES G., *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 2.
- SEVERINO M., *Il sistema delle impugnazioni penali dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione*, in *Foro it.*, 1952, IV, 40 ss.
- SIGNORATO S., *Riflessioni in tema di abnormità: a proposito dell'ordinanza di integrazione delle indagini disposta ex art. 421-bis c.p.p. per accertare*

- l'imputabilità e la capacità processuale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 923 ss.
- SILVESTRI E., *Note in tema di giudizio di cassazione riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1027 ss.
- SIRACUSANO, D. voce *Sentenza penale*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1969, vol. XVI, 1182 ss.
- SKEDL A., *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer Geschichtlichen Entwicklung: eine civilprocessuale Abhandlung*, Leipzig, 1886.
- SOCCI A.M., *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione), del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*, in *Giur. it.*, 2009, 406 ss.
- SOHM R., *Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. Erster Band: Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, 1871, Weimar.
- SOLDI A.M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, 8<sup>a</sup> ed., Padova, 2022.
- SOLMI A., *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1937.
- SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziari civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, in *Aa. Vv., Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova, 1982, vol. II, 1639 ss.
- SPACCAPELO C., *Ancora (ma in diversa direzione e con opposta conseguenza) sulla prevalenza del contenuto sostanziale rispetto alla forma*, in *Giur. it.*, 2004, I, 2049 ss.
- SPADATO M., *La protezione del patrimonio del debitore in concordato preventivo, tra interpretazione estensiva dell'art. 168 legge fall. e nuove misure protettive e cautelari previste dal codice della crisi*, in *Fall.*, 2019, 518 ss.
- SPANGHER G., voce *Impugnazioni penali*, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 1992, vol. VI, 217 ss.
- SPANGHER G., voce *Impugnazioni: II) Diritto processuale penale, profili generali*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2002, vol. XVI.
- STEIN F., JONAS M., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di R. Bork, H. Roth, 23<sup>a</sup> ed., Tübingen, 2018.
- STELLA M., *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c., è in re ipsa*, in *Riv. proc. civ.*, 2022, 571 ss.
- STELLA M., *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective le préjudice effective?* in *DPCIEC*, 2022, n. 4, 385 ss.
- STELLA M., *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in *DPCIEC*, 2023, n. 1, 241 ss.

- STICKLER A.M., *Ordines iudicarii*, in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *L'educazione giuridica*, vol. VI, *Modelli storici della procedura continentale*, II, *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, Napoli, 1994, 3 ss.
- SURACI L., *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale*, Pisa, 2020.
- TALAMANCA M., voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1987, 35 ss.
- TANCREDUS (1185-1236), *Ordo iudiciarius*, Ed. C. Bergmann, Göttingen, 1842.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.
- TARRICONE S., *Ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti camerali sulla responsabilità genitoriale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 899 ss.
- TARUFFO M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune ed illuminismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 265 ss.
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.
- TARUFFO M., *La giustizia civile in Italia, dal '700 a oggi*, Bologna, 1980.
- TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 435 ss.
- TARUFFO M., voce *Motivazione: III) Motivazione della sentenza (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XX.
- TARUFFO M., *Il controllo del diritto e del fatto in Cassazione*, in M. Taruffo, *Il vertice ambiguo, Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna, 1991. 131 ss.
- TARUFFO M., voce *Procedura civile (codice di)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1996, 658 ss.
- TARUFFO M., *Ludovico Mortara e il progetto di riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 241 ss.
- TARUFFO M., voce *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1999, agg. III, 785 ss.
- TARUFFO M., *Il processo civile nel lombardo-veneto*, introduzione al *Regolamento generale del processo civile pel Regno lombardo-veneto (1815)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2003.
- TARUFFO M., *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 621 ss.
- TARUFFO M., (cur.), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010.
- TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967.
- TARZIA G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193 ss.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1987.

- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996.
- TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 329 ss.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 5<sup>a</sup> ed., aggiornata da G. Guarnieri, Milano, 2008.
- TARZIA G., CAVALLONE B., *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, Milano, 1989.
- TAVILLA A., *Il Codice estense del 1771: il processo civile tra istanze consolidate e tensioni riformatrici*, introduzione al *Codice estense (1771)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2001.
- TEDESCHI U.G., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006.
- TEDIOLI F., *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel Codice di procedura civile*, in *Studium Iuris*, 2019, 1413 ss.
- TEDOLDI A.M., *Note intorno all'istruzione probatoria nelle impugnazioni a critica vincolata*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1131 ss.
- TEODOLDI A.M., *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, 2002 ss.
- TEDOLDI A.M., *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimezzato, a pena d'improcedibilità*, in *Corr. giur.*, 2011, 1447 ss.
- TEDOLDI A.M., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013.
- TEDOLDI A.M., *Il maleficio del filtro in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 751 ss.
- TEDOLDI A.M., *L'appello civile*, Torino, 2016.
- TEDOLDI A.M., *Problemi di geografia giudiziaria nell'appello civile: la competenza funzionale del giudice di seconde cure e il salvagente della translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 551 ss.
- TEDOLDI A.M., *Impugnazioni in generale e appello*, in A. Didone, F. De Santis (cur.), *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Padova, 2023, 273 ss.
- TEDOLDI A.M., *Commento all'art. 54*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2023.
- TEDOLDI A.M., *Commento all'art. 123*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2023.
- TERESI M., *L'impugnazione del provvedimento di liquidazione degli onorari di avvocato, tra ultrattività e semplificazione dei riti*, in *Foro it.*, 2019, I, 4071 ss.
- TESAURO G., *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 16 dicembre 2020.
- THIELE E., *Die Anfechtung inkorrektur Entscheidungen im deutschen Zivilprozess, Inagural Dissertation*, Göttingen, 1931.

- THOMAS H., PUTZO H., *Zivilprozessordnung Kommentar*, aggiornato da K. Reichold, R. Hüßtege, C. Seiler, 37<sup>a</sup> ed., München, 2016.
- TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005.
- TISCINI R., *Liquidazione del compenso del consulente tecnico, procedimento di opposizione e ricorso straordinario in cassazione*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 933 ss.
- TISCINI R., *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Napoli, 2009.
- TISCINI R., *Commento all'art. 14*, in B. Sassani, R. Tiscini (cur.), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011.
- TISCINI R., *Sulla stabilità dell'ordinanza di assegnazione del credito nella procedura espropriativa presso terzi*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1350 ss.
- TISCINI R., *Il giudizio di cassazione*, in F.P. Luiso, R. Vaccarella (cur.), *Le impugnazioni civili*, Torino, 2013, 321 ss.
- TISCINI R., *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona (cur.), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino 2013, 75 ss.
- TISCINI R., *Controversie distributive di nuova generazione. Riflessioni sulla natura e i rapporti con gli altri incidenti cognitivi*, in *Riv. es. forz.*, 2015, 1 ss.
- TISCINI R., *Sull'impugnazione dell'ordinanza in materia di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 545 ss.
- TISCINI R., *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle Sezioni Unite al ricorso straordinario*, in *Corr. giur.*, 2016, 1132 ss.
- TISCINI R., *Il procedimento sommario di cognizione, un fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. proc. civ.*, 2017, 124 ss.
- TISCINI R., *Prevalenza della sostanza sulla forma e le sue applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 465 ss.
- TISCINI R., *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzione giurisprudenziale, certezze e incertezze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 848 ss.
- TISCINI R., *Revocabilità per errore di fatto delle ordinanze a contenuto decisorio. Una sentenza della consulta condivisibile nel merito ma non nel metodo*, *Judicium*, 2021.
- TISCINI R., *Il procedimento semplificato di cognizione*, in R. Tiscini (cur.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023.
- TIZI F., *Le Sezioni Unite ammettono il sindacato di legittimità in ordine al titolo esecutivo costituito dalla sentenza passata in giudicato* in *Riv. es. forz.*, 2022, 1039 ss.
- TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4554 ss.

- TOLOMEI A.D., *Il ricorso nell'interesse della legge*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, I, 325 ss.
- TOMEI G., *Sul regolamento di competenza avverso ordinanze aventi il valore e contenuto di sentenza*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, I, 141.
- TOMEI G., *Sull'impugnabilità dei provvedimenti immediata con forma di ordinanza e contenuto di sentenza*, in *Giur. comp. cass. civ.*, 1951, III, 651 ss.
- TOMEI G., voce *Divisione: III) Divisione giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XI.
- TOMMASEO F., *Opposizione all'esecuzione, qualificazioni dell'azione e regime dei gravami*, in *Corr. giur.*, 1992, 874 ss.
- TORRENTE A., *Ancora sull'ammissibilità del provvedimento di correzione nel caso di omissione della sottoscrizione della sentenza*, in *Foro it.*, 1954, I, 448 ss.
- TOTA G., *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, Napoli, 2014.
- TOTA G., *I controlli sulle decisioni "di merito" del giudice dell'esecuzione*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 1506 ss.
- TRANCHINA G., voce *Impugnazioni (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, agg. II, 393 ss.
- TRAVAGLINO G., *Compensi professionali liquidati ex lege n. 794/42 e regime delle impugnazioni*, in *Corr. mer.*, 2011, 493 ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021.
- TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987.
- TRISORIO LIUZZI G., voce *Procedimenti in materia di locazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, 459 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *Procedimenti speciali di rilascio degli immobili locati*, in S. Chiarloni, C. Consolo (cur.), *I procedimenti sommari e speciali*, Torino, 2005, vol. I. *Procedimenti sommari*, 720 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *I rapporti tra le sospensioni per pregiudizialità ex art. 295 e art. 337, 2° comma c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2012, I, 768 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in *Judicium*, 2013.
- TRISORIO LIUZZI G., *Le Sezioni unite e la sospensione del processo per pregiudizialità*, in *Foro it.*, 2013, I, 946 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giust. proc. civ.*, 2015, 633 ss.

- TRISORIO LIUZZI G., PAGNI I., DALFINO D., POLI G.G., BARONE C.M., *La riduzione e la semplificazione dei riti (d.lgs. 1<sup>a</sup> settembre 2011 n. 150)*, in *Foro it.*, 2012, IV, 124 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., DALFINO D., *Manuale del processo del lavoro*, Bari, 2021.
- TROPEA G., *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.
- TULET M.M., D'AUVILLERS A., SULPICY F., *Les codes française annotés*, Paris, 1843.
- TURCHI A., *In tema di applicabilità al processo tributario delle modifiche introdotte alla disciplina del ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1901 ss.
- TURRONI D., *Forma e sostanza dell'ordinanza che nega la decisione immediata sulle eccezioni (art. 187 c.p.c.)*, in *Giur. it.*, 2003, 1113 ss.
- TURRONI D., *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006.
- TURRONI D., "And she opened the door and went in": *la Cassazione apre alle misure de potestate*, in *Giur. it.*, 2017, 1343 ss.
- TURRONI D., *I procedimenti camerali «senza diritti»*, Torino, 2018.
- TURRONI D., *La definizione anticipata del giudizio – Artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2023, 454 ss.
- TUZOV D., *Contra ius sententiam dare. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica*, in L. Garofalo (cur.), *Res iudicata*, Napoli, 2015, vol. II, 251 ss.
- VACCARELLA R., voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, 960 ss.
- VACCARELLA R., *Sui rimedi esperibili dal terzo contro l'ordinanza di assegnazione*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1078 ss.
- VACCARELLA R., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993.
- VACCARELLA R., voce *Espropriazione presso terzi*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.* Torino, 1994, vol. VIII, 94 ss.
- VACCARELLA R., voce *Titolo esecutivo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, vol. XXXI.
- VACCARELLA R., *Per le Sezioni unite esiste (ed esisteva anche prima) il c.d. merito possessorio*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 631 ss.
- VACCARELLA R., *Esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2007, 1 ss.
- VACCARELLA R., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.*, 2009, 406 ss.
- VACCARELLA R., *Eterointegrazione del titolo esecutivo e ragionevole durata del processo*, in *Riv. es. forz.*, 2013, 137 ss.

- VACCARELLA R., *Riti utilizzabili per richiedere giudizialmente la liquidazione del compenso all'avvocato, parere pro veritate richiesto dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma*, in *Judicium*, 2017.
- VALLINI A., *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 2020, 1198 ss.
- VANTIUS S., *Tractatus de nullitatibus processuum et sententiarum*, Coloniae Agrippinae, 1575.
- VANZ M.C., *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1071 ss.
- VANZETTI M., *Le Sezioni Unite ribadiscono l'ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica*, in *Giur. it.*, 2023, 843 ss.
- VARRASO G., *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 339 ss.
- VARRASO G., *Richiesta di rinvio a giudizio, proscioglimento immediato e «diritto delle parti all'ascolto»*. in *Cass. pen.*, 2005, 1835 ss.
- VASSALLI F., *Miscellanea critica di diritto romano*, in *L'Antitesi 'Ius-Factum' nelle fonti Giustiniane*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, 1914, vol. II, 3.12, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960, vol. III, 1, 389 ss.
- VELLANI M., *Lineamenti per il codice di procedura civile per gli Stati Estensi*, introduzione al *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi (1852)*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2003.
- VERDE G., *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968.
- VERDE G., voce *Domanda (principio della): I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XII.
- VERDE G., *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.
- VERDE G., *Diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2012.
- VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.
- VERDE G., *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss.
- VERDE G., *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 299 ss.
- VERGINE F., *La conservazione dell'atto processuale penale*, Padova, 2017.

- VESSICHELLI M., *Sul regime delle nullità della notificazione all'imputato dell'atto di citazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1148 ss.
- VILLA A., *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino, 2018.
- VILLA A., *La revocazione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, vol. II, 2799 ss.
- VILLATA R., *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.
- VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai «cavalieri dell'apocalisse?»*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 106 ss.
- VINCRE S., *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova, 2010.
- VINCRE S., *La stabilità della vendita forzata: un «dogma» riaffermato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1551 ss.
- VINCRE S., *L'«improcedibilità» dell'esecuzione e l'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. es. forz.*, 2018, 1651 ss.
- VINCRE S., *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, Torino, 2019, vol. II, 1653 ss.
- VINCRE S., *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 700 ss.
- VITALONE V., *Gli organi della procedura*, in V. Vitalone, S. Chimenti, R. Riedi, *Il diritto processuale fallimentare*, Torino, 2010, 89 ss.
- VITTORIA P., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in M. Acierno, A. Curzio, P. Giusti (cur.), *La Cassazione civile*, Bari, 2011, 275 ss.
- VOCINO C., *Prime riflessioni sull'omesso esame di un fatto decisivo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, 169 ss.
- VOCINO C., *Sulla natura del provvedimento del giudice*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 32 ss.
- VULLO E., *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015.
- VULLO E., *Commento all'art. 439*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018 vol. III.
- VULLO E., *Commento all'art. 709*, in *Codice di procedura civile, commentario*, diretto da C. Consolo, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, vol. IV.
- WENGER L., *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München, 1925.
- WIEDERKER G., *La notion de grief et les nullité de forme dans le procédure civile*, in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1984, 165 ss.
- WLASSAK M., *Die Litiskontestation in Formularprozess*, Leipzig, 1889.
- WLASSAK M., *Der Judikationsbefehl der römische Prozesse: mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien, 1921.

- WLASSAK M., *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, Wien, 1924.
- ZACCARIA G., voce *Interpretazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, ann. V, 694 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958.
- ZANOBINI G., *Eccesso di potere e violazione di legge*, in G. Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 473 ss.
- ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, Milano, 1947.
- ZIGNANI D., *Sulla nazione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 245 ss.
- ZIINO S., *Esecuzione forzata e intervento dei creditori*, Palermo, 2004.
- ZIINO S., *Le innovazioni in tema di pignoramento e di distribuzione del ricavato*, in *Judicium*, 2006.
- ZIINO S., *Domanda di ammissione al Concordato Preventivo e "divieto" di azioni esecutive*, in *Riv. dir. fall.*, 2014, 736 ss.
- ZUFFI B., *Le Sezioni unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1322 ss.
- ZUFFI B., *La revocazione per errore di fatto come rimedio imprescindibile di tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2022, 79 ss.

Finito di stampare nel mese di giugno 2024  
Presso la *Grafica Elettronica* Napoli