

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

Anno XVII

1/2022



Edizioni Scientifiche Italiane

Il giusto processo civile

Rivista Trimestrale

Direttori

GIAMPIERO BALENA, AUGUSTO CHIZZINI

FRANCO CIPRIANI †

SERGIO MENCHINI, GIROLAMO MONTELEONE, GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI

Corrispondenti

Argentina: Adolfo Alvarado Velloso (Università di Rosario, Presidente dell'Istituto Panamericano di Diritto processuale); Federico G. Domínguez (Università di Lomas de Zamora, Presidente del Tribunale di Cassazione penale della Provincia di Buenos Aires)

Austria: Ena-Marlis Bajons (Università di Vienna); Domenico Lisi (Avvocato in Innsbruck)

Germania: Wolfgang Grunsky (Università di Bielefeld)

Inghilterra: Carla Crifò (Università di Leicester)

Perù: Eugenia Ariano Deho (Università San Marcos di Lima)

Portogallo: Lu's Correia de Mendonça (Centro de Estudos Judiciários di Lisbona)

Spagna: Juan Montero Aroca (Università di Valencia); Manuel Cachón Cadenas (Università Autonoma di Barcellona)

U.S.A.: Richard Dreyfuss (Avvocato in New York)

Redazione: 70121 Bari, v. Prospero Petroni 30, e-mail: giustoprocessocivile@virgilio.it

Comitato editoriale

Francesco S. Damiani, Giovanna Reali (coordinatori)

Alessandra Alfieri, Serena Cartuso, Claudia Morgana Cascione, Michele Comastri, Silvana Dalla Bontà, Angelo Danilo De Santis, Anna Rosa Eremita, Giovanna Ficarella, Federico Russo, Roberta Tarantino, Silvana Trabace

Hanno collaborato a questo fascicolo: A. ALFIERI, dott. ric. dir. proc. civ.; D. AMADEI, dott. ric. dir. proc. civ.; L. BIANCHI, ass. dir. proc. civ. Univ. Parma; L.J. CAPOTE PERÉZ, profesor contratado doctor de Derecho civil Univ. de la Laguna; A. CARRATTA, ord. dir. proc. civ. Univ. Roma Tre; A. CHIZZINI, ord. dir. proc. civ. Univ. Milano Cattolica del Sacro Cuore; F.S. DAMIANI, ass. dir. proc. civ. Univ. Sannio di Benevento; A.R. EREMITA, dott. ric. dir. proc. civ.; A.R. MINGOLLA, dottorando ric. Univ. Pisa; M. MONTANARI, ord. dir. proc. civ. Univ. Parma; G. MONTELEONE, già ord. dir. proc. civ. Univ. Palermo; P. NAPPI, ord. dir. proc. civ. Univ. Ferrara; A. PROTO PISANI, emerito Univ. dir. proc. civ. Firenze; M.L. SERRA, ass. dir. proc. civ. Univ. Sassari; R. TARANTINO, ric. dir. proc. civ. Univ. Bari «Aldo Moro»; D. VOLPINO, ass. dir. proc. civ. Univ. Piemonte Orientale.

Regole di autodisciplina per la valutazione dei contributi

Gli articoli e le note a sentenza ritenuti dalla Direzione meritevoli di pubblicazione sono preventivamente sottoposti all'approvazione di uno o due componenti del Comitato Scientifico dei Revisori, scelti di volta in volta dalla Direzione in considerazione delle rispettive specifiche competenze, assicurando in ogni caso la piena autonomia dei revisori e l'assenza di conflitti di interesse.

In casi eccezionali, la revisione può essere affidata ad uno studioso estraneo al suddetto Comitato Scientifico, in ragione della sua specifica competenza nella materia oggetto del contributo.

Nel procedimento di revisione è adottato di regola il metodo del "doppio cieco", che prevede l'anonimato non soltanto del revisore, ma anche dell'autore, sempreché l'identità di quest'ultimo non sia agevolmente desumibile dal contenuto del contributo; nel qual caso è comunque assicurato l'anonimato del revisore.

Qualora la valutazione sia affidata a due revisori ed uno soltanto esprima giudizio positivo, la Direzione può sottoporre il contributo ad un ulteriore revisore oppure può decidere, all'unanimità, di pubblicarlo egualmente.

Qualora l'unico revisore o entrambi i revisori subordinino l'approvazione a determinate integrazioni o modifiche, la Direzione può verificare direttamente l'avvenuta esecuzione di tali integrazioni o modifiche da parte dell'autore oppure decidere di sottoporre nuovamente il contributo alla revisione.

La Direzione può inoltre eccezionalmente assumere in via esclusiva, purché all'unanimità, la responsabilità di approvare la pubblicazione di contributi di studiosi italiani o stranieri di chiara fama. Sono esclusi dal procedimento di revisione i contributi destinati alle rubriche Recensioni e segnalazioni e Speculum iudiciale, nonché i contributi dei Direttori della Rivista.

Comitato Scientifico dei Revisori

Ferruccio Auletta, Giorgetta Basilico, Mauro Bove, Antonio Briguglio, Bruno Capponi, Antonio Carratta, Claudio Consolo, Giorgio Costantino, Francesco De Santis, Elena Frascaroli, Francesco Paolo Luiso, Roberto Martino, Elena Merlin, Giuseppe Miccolis, Massimo Montanari, Alessandro Motto, Giuseppe Olivieri, Ilaria Pagni, Andrea Proto Pisani, Nicola Rascio, Gian Franco Ricci, Fabio Santangeli, Bruno Sassani, Giuliano Scarselli, Valerio Tavormina, Ferruccio Tommaseo, Nicolò Trocker, Enzo Vullo.

Registrazione presso il Tribunale di Bari, n. 9 del 30 gennaio 2006.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978.

INDICE DEL FASCICOLO

1/2022 (gennaio-marzo)

DOTTRINA

GIROLAMO MONTELEONE, <i>Il dissesto della giustizia civile e “le responsabilità della dottrina”</i>	1
PASQUALE NAPPI, <i>La legge delega di riforma degli strumenti complementari. Note a prima lettura</i>	15
FRANCESCO SAVERIO DAMIANI, <i>Note in tema di reclamabilità del provvedimento di nomina del curatore speciale</i>	61
LUCA BIANCHI, <i>L’erronea qualificazione della convenzione di arbitrato (rituale invece che irrituale) come motivo di impugnazione del lodo</i>	71
LUIS JAVIER CAPOTE PERÉZ e MARIA LUISA SERRA, <i>La direttiva dell’Unione europea sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e il suo recepimento in Italia e in Spagna: una comparazione delle diverse soluzioni (I)</i>	99

Emilio Betti e il processo civile

AUGUSTO CHIZZINI, <i>L’attualità dell’inattuale. Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti</i>	127
ANTONIO CARRATA, <i>L’eredità bettiana nel diritto processuale civile</i>	165

DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

DIEGO VOLPINO, <i>Violazione di diritti processuali “essenziali” e nullità della sentenza</i>	191
ROBERTA TARANTINO, <i>Processo commissariale e difesa tecnica (nota a Cass. 19 agosto 2020, n. 17310)</i>	207
ANNA ROSA EREMITA, <i>Sulla domanda di risarcimento di maggior danno ex art. 1224 c.c. nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (nota a Cass. 26 luglio 2021, n. 21406)</i>	231

OPINIONI, PROPOSTE E RASSEGNE

DAVIDE AMADEI, <i>Efficacia della non contestazione e redazione degli atti processuali</i>	243
ANGELO RAFFAELE MINGOLLA, <i>Una rilettura dell'oggetto del giudicato civile tra varie forme di pregiudizialità decisoria ed il principio della ragione più liquida</i>	255

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere di: Francesco Campione (Alessandra Alfieri); Davide Castagno (Francesco Saverio Damiani); Carmine Punzi ed altri (G.B.); Giuliano Scarselli (G.B.); Chiara Spaccapelo (Alessandra Alfieri); Elena Zucconi Galli Fonseca	287
Opere a cura di: Giorgio Costantino (Francesco Saverio Damiani); Andrea Proto Pisani (G.B.)	292

SPECULUM IUDICIALE

MASSIMO MONTANARI, <i>L'istruzione probatoria nei codici di Maria Luigia</i>	295
ANDREA PROTO PISANI, <i>Il ricordo di un amico: Sergio Chiarloni</i>	312

VIOLAZIONE DI DIRITTI PROCESSUALI “ESSENZIALI” E NULLITÀ DELLA SENTENZA

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza 25 novembre 2021, n. 36596; Pres. CURZIO; Est. TERRUSI; Stellina 4 s.r.l. (avv. VENTURA) c. Risorse per Roma s.p.a. (avv.ti TAMPONI e NUSINER) e altri. *Cassa App. Roma 10 febbraio 2016.*

Provvedimenti del giudice civile – Sentenza – Deliberazione (della) – Giudizio di appello – Assegnazione dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica – Deliberazione della sentenza anteriore alla loro scadenza o non preceduta dalla loro assegnazione – Conseguenze – Violazione del contraddittorio e del diritto di difesa – Nullità della sentenza – Sussistenza (Cost., artt. 24, 111; Cod. proc. civ., art. 190)

La parte che proponga l'impugnazione della sentenza d'appello deducendo 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.

SOMMARIO: 1. La questione oggetto del contrasto. – 2. Di taluni fattori che possono condurre alla violazione dell'art. 190 c.p.c. – 3. *Segue:* ...e di altri che possono addirittura incentivarla. – 4. La teoria dei diritti processuali “essenziali” – 5. *Segue:* luci, ombre e implicazioni.

1. *La questione oggetto del contrasto.* – Con la decisione in esame¹ la S.C. torna ad occuparsi, stavolta a sezioni unite, della questione relativa al se sia possibile (e doveroso) predicare la nullità della sentenza quale diretta conseguenza della omessa assegnazione o del mancato rispetto, da parte del giudice, dei termini perentori² previsti dall'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica³; ovvero se, ai fini della integrazione della fattispecie invalidante e della dichiarazione dei suoi effetti, sia ulteriormente necessario che alla deduzione dell'inosservanza della norma processuale la parte accompagni la dimostrazione dell'effettivo pregiudizio concretamente derivatole⁴.

¹ Sulla quale v. i commenti di CAPASSO, *Quando la nullità «fait nécessairement grief»: le sezioni unite e l'intrinseca offensività della nullità da violazione del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2022, I, 130 ss., e di SANTAGADA, *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 *www.judicium.it*.

² Sul carattere perentorio dei termini previsti dall'art. 190 c.p.c., cfr. Cass. 13 gennaio 2006, n. 509, nonché in dottrina BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 297. Peraltro, secondo BESSO, *Commento all'art. 156*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016, 705, non si tratterebbe «di un termine perentorio assegnato alle parti, ma (...) di un termine dilatorio imposto al giudice».

³ Al di là di quanto si sta per aggiungere nel testo, preme precisare che di violazione, da parte del giudice, dei termini in questione si può parlare, oltre che nel caso di mancata assegnazione degli stessi (che comunque devono ritenersi stabiliti *ex lege*: cfr. MANDRIOLI e CARRATA, *Diritto processuale civile*²⁸, II, Torino, 2022, 118, nt. 17) e di deliberazione assunta prima del decorso dell'ottantesimo giorno decorrente dalla precisazione delle conclusioni, nella ipotesi di attribuzione di un termine inferiore a venti giorni per il deposito della comparsa conclusionale (arg. *ex art.* 190, 2° comma, c.p.c.) e di un termine inferiore a venti giorni per la replica, nonché nella ipotesi di deliberazione assunta anteriormente alla scadenza del termine per il deposito della conclusionale, termine che esige di essere sempre integralmente rispettato in quanto il suo spirare segna il *dies a quo* del successivo termine per le repliche. Diversamente, nel caso in cui la deliberazione intervenga in pendenza del termine per le repliche, il principio di diritto enunciato dalle sez. un. va inteso *cum grano salis*, occorrendo distinguere a seconda che, al momento della deliberazione, esse siano già state depositate oppure no. Mentre in quest'ultima eventualità il termine potrà effettivamente considerarsi violato, nel caso opposto il deposito in via anticipata delle repliche (ad es., il quinto ed il settimo giorno dei venti a disposizione) comporterà, in capo alle parti, la consumazione del potere di svolgerne di ulteriori (cfr. Cass. 30 novembre 2012, n. 21472), sicché il giudice, rimanendo all'es., ben potrà deliberare il tredicesimo giorno, senza dover necessariamente attendere il completo decorso dei venti previsti dalla norma.

⁴ La questione è approdata al vaglio delle sez. tramite l'ord. di rimessione al Primo Presidente emanata da Cass. 9 marzo 2021, n. 6451, in *Corr. giur.*, 2021, 833 ss., con nota di

Come è noto, nel corso degli ultimi anni la questione ha condotto la giurisprudenza di legittimità alla individuazione di due soluzioni radicalmente divergenti, al fondo delle quali si colloca un duplice e più generale problema, oggetto di rinnovato interesse da parte della dottrina processual-civile, ma sul quale le sez. un. non paiono aver ancora assunto una posizione netta. Esso consiste, in primo luogo, nello stabilire se la nullità di un atto del processo presupponga sempre, solo talvolta (ed a quali condizioni) oppure mai, il verificarsi (e la dimostrazione) di una lesione alla sfera giuridica della parte che intenda farla valere⁵. Secondariamente, in caso di risposta affermativa, nel chiarire se, al fine di svolgere siffatto ruolo integrativo della fattispecie invalidante, tale lesione possa semplicemente consistere in una elisione o in una compressione delle prerogative processuali della parte (c.d. pregiudizio processuale) o debba invece arrivare a ripercuotersi anche sulla regolamentazione del merito del rapporto contenuta nella decisione del giudice, minandone la correttezza (c.d. pregiudizio d’ingiustizia)⁶.

CAPASSO, *Legge vs. principi: le Sezioni Unite chiamate a riscrivere la disciplina della nullità degli atti processuali*; al riguardo v. altresì MAZZEI, *La sentenza pronunciata senza attendere la scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica ex art. 190 c.p.c. è automaticamente nulla? Parola alle Sezioni Unite*, in *www.judicium.it*.

⁵ Nel senso che, ai fini dell’accoglimento dell’eccezione di nullità la parte, nel cui interesse sono stabiliti requisiti formali dell’atto, non deve né allegare né provare che la nullità le ha provocato un pregiudizio, in quanto la valutazione dell’interesse è fatta una volta per tutte dal legislatore nel momento in cui prescrive, per proteggere la parte, determinati requisiti formali dell’atto, donde il pregiudizio è *in re ipsa*, cfr. ORIANI, *Nullità degli atti processuali – 1) Diritto processuale civile*, voce dell’*Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 11; ID., *L’opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 120 ss.; conf. MARTINETTO, *Commento all’art. 157*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1597 s.; POLI, *Invalitità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 206 ss.; *contra* MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*³, Milano, s.d., 806; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, 413; SATTA, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 541; DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, voce del *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 477; MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 143 ss.

⁶ Cfr. il recente approfondimento monografico di DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, *passim*, ma spec. 156 ss., ove la distinzione tra pregiudizio processuale e pregiudizio d’ingiustizia; dello stesso autore v. inoltre ID., *Sul «principio del pregiudizio effettivo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 548 ss.; v. altresì PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, *ivi*, 2015, 680 ss.; TEDOLDI, *Il giusto processo civile in tempo di pandemia*, in questa *Rivista*, 2021, 85 ss.; ID., *Il processo civile telematico tra logos e technè*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 843 ss., spec. 854 ss.; LAI, *Requisiti formali degli atti processuali, nullità e pregiudizio*, in questa *Rivista*, 2021, 759 ss.

Circoscrivendo il discorso alla specifica tematica affrontata dalla decisione in esame, ci si avvede in effetti che un primo ed ancora prevalente orientamento, oggi condiviso anche dalle Sezioni unite, ravvisa nel comportamento del giudice di merito consistente nel non aver assegnato alle parti i termini per il deposito delle loro difese conclusive, o nell'aver deliberato la decisione senza attenderne il decorso, una violazione del principio del contraddittorio tale da determinare *ex se* la nullità della sentenza, in quanto preclusiva del pieno e completo esercizio del diritto di difesa delle parti, che del contraddittorio costituisce diretta estrinsecazione⁷. Senonché, in anni più recenti, questo automatismo tra l'inosservanza, da parte del giudice, dell'art. 190 c.p.c. e la nullità della decisione ha iniziato a vedersi osteggiato da un diverso indirizzo giurisprudenziale incentrato – *more solito* – sul principio di ragionevole durata del processo⁸. Secondo questa impostazione, tale canone costituzionale imporrebbe all'interprete di evitare, ove possibile, ogni inutile eccesso formalistico idoneo a rallentare lo svolgimento del giudizio o a porre nel nulla attività processuali già compiute⁹; di talché, nel caso di specie, la nullità della

⁷ Per l'affermazione di questa conclusione, in relazione ai casi di mancata assegnazione *tout court* dei termini *ex art.* 190 c.p.c., Cass. 2 dicembre 2016, n. 24636, in *Foro it.*, 2017, I, 592, con nota di richiami; Cass. 5 aprile 2011, n. 7760; 24 marzo 2010, n. 7072; 10 marzo 2008, n. 6293; 18 ottobre 2005, n. 20142, in *Foro it.*, 2006, I, 1086, con nota di richiami, ed in *Giur. it.*, 2006, 2350, con nota di BERTOLINO; Cass. 6 marzo 2006, n. 4805 (in un caso in cui i termini erano effettivamente stati assegnati, ma la relativa ordinanza era stata di lì a poco revocata); Cass. 7 marzo 2003, n. 3416, in *Studium juris*, 2003, 987, con nota di NASCOSI (in un caso di mancata comunicazione dell'ordinanza di assegnazione dei termini, resa fuori udienza). Per l'attribuzione di identica sorte alla sentenza emanata anteriormente al decorso dei termini in precedenza assegnati, v. Cass. 22 ottobre 2019, n. 26883; 8 ottobre 2015, n. 20180, in *Foro it.*, 2016, I, 2208 ss., con osservazioni di ARGENZIANO; Cass. 9 marzo 2011, n. 5590; 3 giugno 2008, n. 14657; 8 agosto 2003, n. 19949; 18 maggio 2001, n. 6817, in *Giust. civ.*, 2002, I, 461, con nota di ASPRELLA, *Osservazioni su un caso di decisione in primo grado prima della scadenza del termine per le conclusioni, sanatoria in appello e cassazione con rinvio*. In dottrina, l'impostazione è condivisa da LUISO, *Diritto processuale civile*¹², II, Milano, 2021, 170.

⁸ L'economia del presente lavoro impedisce di svolgere completi riferimenti all'ampia letteratura formatasi in arg.: v. comunque BOVE, *La ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, *passim*, nonché, più di recente, CAVALLINI, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 825 ss.

⁹ «Nella giurisprudenza di legittimità il principio della “ragionevole durata” del processo è divenuto punto costante di riferimento nell'ermeneutica delle norme processuali e nell'individuazione del loro ambito applicativo. Ed infatti, se si intende ricercare un filo conduttore comune ai più recenti arresti giurisprudenziali di queste sez. un., ben

sentenza per inosservanza dell’art. 190 c.p.c. esigerebbe, quale presupposto aggiuntivo di integrazione e dichiarabilità, che la parte allegghi e dimostri di aver effettivamente sofferto, in conseguenza della violazione, uno specifico pregiudizio, costituito dalla sopravvenuta impossibilità di ottenere, attraverso lo sviluppo delle argomentazioni e difese finali pretermesse, una pronuncia di merito di contenuto diverso¹⁰.

2. *Di taluni fattori che possono condurre alla violazione dell’art. 190 c.p.c.* – Così sintetizzati i termini del contrasto, non sembra fuori luogo anteporre all’analisi della soluzione ad esso fornita dalle Sezioni unite qualche riflessione sulle ragioni che, pressappoco negli ultimi due decenni, possono avere ripetutamente indotto i giudici di merito a non rispettare l’art. 190 c.p.c., o – come detto – nel senso di non assegnare del tutto i termini previsti dalla norma, ovvero nell’assegnarli senza tuttavia attenderne lo spirare. In questa luce, la descrizione delle vicende processuali offerta dalle decisioni della Cassazione pronunciate al riguardo porta a pensare che, in alcuni casi, l’inosservanza di tali termini possa essere effettivamente derivata da un mero errore di calcolo – magari imputabile, oltre che al giudice, al personale di cancelleria deputato a restituire il fascicolo una volta depositate le memorie di replica¹¹ – piut-

lo si può riscontrare in una lettura del dato normativo che, seppure nel doveroso rispetto della lettera delle singole norme scrutinate, privilegia opzioni ermeneutiche avversanti ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare, attraverso la riduzione dei tempi della giustizia, ad un processo che risulti anche “giusto”»: così, testualmente, Cass. s.u. 30 luglio 2008, n. 20604, in *Foro it.*, 2009, I, 1130 ss.

¹⁰ Al pari dell’orientamento prevalente, di cui si è appena dato conto nel testo, anche questa lettura non effettua distinzioni a seconda che la violazione dell’art. 190 c.p.c. consista nella mancata assegnazione dei termini (cfr. Cass. 17 marzo 2021, n. 7413; 10 ottobre 2018, n. 24969; 13 novembre 2003, n. 17133) ovvero nel loro mancato rispetto (cfr. Cass. 9 aprile 2015, n. 7086; 23 febbraio 2006, n. 4020). Sul versante dottrinale, dà mostra di condividere questa impostazione BESSO, *Commento all’art. 156*, cit., 705; v. inoltre MANDRIOLI e CARRATTA, *op. cit.*, 118, nt. 18, i quali, muovendo dalla considerazione che tutte le parti, d’accordo tra loro, potrebbero rinunciare al deposito delle comparse e delle repliche, ritengono che «quando la Cassazione afferma che la mancata assegnazione del termine per lo scambio delle comparse conclusionali non è, per se stessa, ragione di nullità della sentenza (...) si riferisce ad ipotesi di accordo (quanto meno implicito) di rinuncia».

¹¹ Questa sembra essere la causa della violazione dei termini dell’art. 190 c.p.c. nel caso deciso da Cass. 9 aprile 2015, n. 7086, in cui lo scarto tra la scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica (3 aprile 2010) e la data di deliberazione della sentenza d’appello (31 marzo 2010) risulta davvero minimo. V. inoltre Cass. 18 maggio

tosto che da un errore sul rito applicabile¹², o da problemi di organizzazione interna dell'ufficio (la memoria va al caos nella ri-assegnazione dei singoli affari generato, poco più di un ventennio fa, dall'introduzione delle c.d. sezioni "stralcio" e soprattutto dall'avvento della figura del giudice onorario aggregato, il c.d. "g.o.a.", autentico cottimista del diritto ingaggiato allo scopo di traghettare verso la decisione, istruite o no che fossero, le cause più *âgées*)¹³.

In altri casi, tuttavia, la narrazione del fatto processuale offerta dalle pronunce di legittimità induce a ritenere che il mancato rispetto, ed ancor più la mancata assegnazione, dei termini previsti dall'art. 190 c.p.c. abbia costituito il risultato di una scelta voluta e consapevole. Il che non può non apparire strano, essendo nota la tendenza di taluni giudici a fissare l'udienza di precisazione delle conclusioni a distanza di mesi, se non di anni, dalla chiusura dell'istruzione, al preciso fine di collocare il *dies a quo* della deliberazione il più in là possibile o, comunque, in un periodo più libero della loro agenda. Rispetto a casi di questo genere, occorre dunque chiedersi cosa mai possa improvvisamente generare, nei giudici, una tale frenesia di decidere, così pressante da indurli a violare, anche in modo smaccato, termini processuali perentori posti dalla legge a tutela del diritto di difesa delle parti e quasi sempre da loro stessi assegnati¹⁴. Ebbene, nel tentativo di rispondere all'interrogativo non sembra fuori luogo tributare un qualche peso alla frequenza (che andrebbe arginata) con cui purtroppo si assiste – spesso in palese violazione dell'art.

2001, n. 6817, cit., in cui è probabile che l'errore sia dipeso dalla mancata considerazione della sospensione feriale dei termini (allora di quarantacinque giorni).

¹² Come pare essersi verificato nei casi decisi da Cass. 5 aprile 2011, n. 7760; 24 marzo 2010, n. 7072, nonché, forse, 10 ottobre 2018, n. 24969.

¹³ Non è escluso che proprio un problema di ripartizione del singolo affare tra giudice ordinario e g.o.a. sia stato alla base della inosservanza, da parte del primo, del termine previsto per il deposito delle comparse conclusionali nella fattispecie decisa da Cass. 23 febbraio 2006, n. 4020. L'errore è invece certamente imputabile al personale di cancelleria nel caso giunto al vaglio di Cass. 7 marzo 2003, n. 3416, cit., in cui l'ordinanza di assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., pronunciata fuori udienza, non era stata comunicata alle parti.

¹⁴ L'allusione, compiuta nel testo, alla disinvoltura che può talvolta caratterizzare l'inosservanza dell'art. 190 c.p.c. trae giustificazione dal riscontro di casi in cui il giudice, dopo aver invitato le parti a precisare le conclusioni ed assegnati i termini di rito, ha deliberato la sentenza contestualmente o comunque il giorno stesso, come verificatosi nelle fattispecie giudicate da Cass. 17 marzo 2021, n. 7413; 22 ottobre 2019, n. 26883; 10 marzo 2008, n. 6293 e 23 maggio 2000, n. 6737.

174 c.p.c. – all’avvicinarsi di due o più magistrati nel corso del medesimo grado di giudizio (di solito, ma non necessariamente, il primo)¹⁵. Un avvicinarsi dovuto ai più vari motivi (trasferimenti ad altra sede, maternità, sopraggiunti limiti di età, riduzione del carico di lavoro per effetto dell’attribuzione di altri incarichi, ecc.), i quali ben possono determinare, in capo al magistrato subentrante, il desiderio di “sbarazzarsi” di cause che talvolta egli non ha neppure parzialmente istruite e che gli sono dunque pressoché sconosciute. Inoltre, nella specifica ipotesi del trasferimento del giudice ad altra sede giudiziaria, può accadere che il magistrato “uscente” faccia male i suoi conti, non avvedendosi, all’atto di fissare l’udienza di precisazione delle conclusioni, che la scadenza dei termini previsti dall’art. 190 c.p.c. (generalmente del secondo di essi) va a cadere in una data in cui egli avrà già preso servizio presso il nuovo ufficio e che, una volta accortosene, ciò lo induca ad anticipare la deliberazione della sentenza per non incorrere in un sopravvenuto difetto di potestà decisoria. In ultimo – ma questo è un fenomeno di più recente apparizione – non va trascurata l’incidenza potenzialmente esplicita dalle valutazioni periodiche di c.d. “produttività”, che possono generare un interesse del magistrato (come è ovvio, non giuridicamente apprezzabile) a che la deliberazione di una o più decisioni risulti assunta entro un determinato semestre o comunque in un certo anno solare¹⁶.

3. Segue: *... e di altri che possono addirittura incentivarla.* – Se si tiene presente tutto ciò, è curioso notare come, in nessuno dei casi via via giunti al vaglio della Cassazione, i giudici di merito (non di rado d’appello) abbiano mai fatto ricorso all’art. 190, 2° comma, c.p.c., che – è noto – consente di ridurre in misura non inferiore a venti giorni il termine per il deposito delle sole comparse conclusionali¹⁷. Il che non solo

¹⁵ Per considerazioni critiche nei confronti della sostanziale elisione, sistematicamente attuata dalla giurisprudenza, del principio di immutabilità del giudice, cfr. spec. CERINO CANOVA, *Commento all’art. 174*, in *Commentario del codice del procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, art. 163-190, Torino, 1980, 472 ss., nonché, *si vis*, VOLPINO, *Commento all’art. 174*, in ID., *Introduzione della causa (artt. 163-174)*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2019, 693 ss.

¹⁶ Invero, il rispetto dei termini previsti dall’art. 190 c.p.c. avrebbe giocoforza implicato la deliberazione della decisione nell’anno solare successivo nei casi decisi da Cass. 17 marzo 2021, n. 7413, e Cass. 10 ottobre 2018, n. 24969, nei quali, forse non casualmente, non si è infatti neppure assistito alla loro assegnazione.

¹⁷ Per la puntualizzazione che la facoltà di abbreviazione riguarda soltanto il termi-

la dice lunga circa l'impronta burocratica-meccanicistica che talvolta viene impressa alla trattazione conclusiva della causa¹⁸, ma comprova altresì l'assenza, nelle singole vicende processuali considerate, di effettivi motivi di urgenza¹⁹. Per contro, risulta sistematica l'assegnazione e la successiva (o addirittura contestuale) violazione dei termini ordinari previsti dal 1° comma della norma, quasi sempre senza che nella sentenza siano illustrate le ragioni di tale comportamento e dunque impedendone la comprensione anche al giudice della successiva impugnazione. Simili condotte, tuttavia, non devono più di tanto stupire (se non sotto il profilo della *nonchalance* con cui vengono poste in essere), potendo in una certa misura risultare addirittura incentivate proprio dalla disciplina della fase processuale in cui vengono realizzate. È invero agevole constatare che l'inosservanza, da parte del giudice, dei termini previsti dall'art. 190 c.p.c. si colloca in un segmento processuale strutturato in modo tale da non consentire alle parti una pronta reazione. Il legislatore, infatti, ha ragionevolmente (seppure, col senno di poi, incautamente) dato per scontato che il giudice non abbia alcun motivo per non rispettare termini perentori fissati dalla legge e da lui stesso assegnati, donde non ha previsto, all'interno del segmento, alcuno strumento tramite il quale rimediare alla loro inosservanza. Sicché le parti, una volta prese in contropiede dalla anticipata deliberazione della sentenza, non hanno al-

ne per il deposito delle conclusionali, cfr. IZZO, *Commento all'art. 190*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, Milanofiori Assago, 2012, 535. Il rilievo compiuto nel testo rende poco condivisibile l'osservazione di BESO, *Commento all'art. 156*, cit., 703, secondo cui la frequente inosservanza dei termini dell'art. 190 c.p.c. testimonierebbe «dei tempi troppo lunghi della fase di passaggio alla decisione della causa», dato che tali tempi – per vero lunghi – possono essere ampiamente abbreviati (ed al limite complessivamente dimezzati) e che, inoltre, il tribunale monocratico può disporre, su istanza di parte, lo svolgimento della trattazione conclusiva in forma mista (art. 281-*quinquies*) o addirittura, ed anche d'ufficio, in forma interamente orale (art. 281-*sexties*).

¹⁸ E non solo ad essa: cfr. TEDOLDI, *Il processo*, cit., 850, che individua uno dei profili del formalismo del giudice proprio nella «burocratizzazione meccanicistica e disumanante, che vede nel processo unicamente una sequenza di atti fine a sé stessa, senza badare ai suoi contenuti».

¹⁹ Ravvisano in motivate ragioni d'urgenza il presupposto dell'abbreviazione del termine di deposito della conclusionale TARZIA, DANOVÌ e SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*⁶, Milano, 2021, 135. Sul punto, v. peraltro BALENA, *op. cit.*, 296, a parer del quale la previsione andrebbe auspicabilmente circoscritta alle cause più semplici, purché il giudice sia in grado di osservare il termine per il deposito della sentenza.

tra possibilità che denunciarne l’invalidità al giudice dell’impugnazione.

Naturalmente, nessun giudice è di norma lieto di mettere in conto che una sua decisione potrebbe essere impugnata (per giunta al fine di censurarne la nullità quale conseguenza di una violazione da lui stesso compiuta); nondimeno, in questo specifico frangente soccorre a tranquillizzarlo il consolidato orientamento giurisprudenziale stando al quale il giudice d’appello, quand’anche ritenesse fondato il motivo di impugnazione e nulla la sentenza anticipatamente deliberata, non potendo né rimettere la causa in primo grado (giusta la tassatività delle ipotesi contemplate dagli artt. 353 e 354 c.p.c.), né chiudere il processo con una pronuncia in rito, dovrebbe deciderla nel merito previa rinnovazione dell’atto difensivo pretermesso, così finendo con il sanare in appello la nullità causata dal giudice di primo grado²⁰.

Sulla carta, a conclusioni diverse si dovrebbe invece giungere nell’eventualità in cui a non rispettare la cadenza temporale stabilita dall’art. 190 c.p.c. sia proprio il giudice d’appello, data l’impossibilità, per la Corte di cassazione, di sanare il vizio della sentenza impugnata nel corso del giudizio di ultima istanza. In caso di accoglimento del motivo di ricorso fondato sulla nullità della sentenza d’appello e di conseguente cassazione della stessa, la S.C. dovrebbe infatti rinviare la causa ad altro giudice di pari grado, affinché quest’ultimo decida la controversia nel merito previa rinnovazione ed esame, stavolta, anche delle difese conclusive il cui svolgimento era stato impedito in appello²¹. Stando così le cose, può allora destare una certa incredulità l’apprendere dalle casistiche giurisprudenziali che, il più delle volte, a non osservare i (o uno dei) termini dell’art. 190 c.p.c. sono in effetti stati i giudici d’appello²². Ma anche in questo caso, il fenomeno può forse trovare una spiegazione proprio nel graduale affermarsi, all’interno della giurisprudenza di

²⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. 29 settembre 2015, n. 19214; 5 aprile 2011, n. 7760; 9 marzo 2011, n. 5590. In argomento, v. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 3 ss.; OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell’appello civile*, Napoli, 1999, 134 ss.; ASPRELLA, *op. cit.*, 463.

²¹ Questa è stata la via seguita, ad es., da Cass., 8 ottobre 2015, n. 20180, cit.; 5 aprile 2011, n. 7760; 9 aprile 2011, n. 5590; 24 marzo 2010, n. 7072; 3 giugno 2008, n. 14657; 10 marzo 2008, n. 6293; 18 ottobre 2005, n. 20142, cit.

²² V. i casi decisi da Cass. 17 marzo 2021, n. 7413; 22 ottobre 2019, n. 26883; 10 ottobre 2018, n. 24969; 8 ottobre 2015, n. 20180, cit.; 9 aprile 2015, n. 7086; 5 aprile 2011, n. 7760; 24 marzo 2010, n. 7072; 3 giugno 2008, n. 14657; 10 marzo 2008, n. 6293; 18 ottobre 2005, n. 20142, cit.

legittimità, della teoria del pregiudizio effettivo (specie se declinato nei termini di un pregiudizio “d’ingiustizia”), che ben può aver sortito l’effetto di indurre i giudici d’appello a, per così dire, “sfidare” le parti ad una prova di resistenza delle loro (pur consapevolmente viziate) decisioni, nell’aspettativa che la validità di esse troverà comunque conferma in cassazione ogni qual volta il ricorrente non alleghi e dimostri in tale sede che l’esame delle sue difese ed argomentazioni finali avrebbe potuto ragionevolmente condurre ad una decisione di diverso contenuto²³.

4. *La teoria dei diritti processuali “essenziali”*. – Svolti i rilievi che precedono, è con forse maggior consapevolezza che ci si può ora addentrare nell’analisi dell’impianto motivazionale della decisione in commento, il quale – spiace constatarlo – non sembra propriamente rappresentare un esempio di chiarezza espositiva e di linearità argomentativa. A tutta prima, ciò potrebbe spiegarsi alla luce della delicatezza della questione giuridica oggetto di rimessione e della conseguente difficoltà di offrire ad essa la più corretta e ponderata definizione. Senonché, ad un più attento esame, la nebulosità che qua e là punteggia il pensiero delle Sezioni unite pare piuttosto essere legata al vero intento, ovviamente non dichiarabile *apertis verbis* ma nondimeno evincibile, da esse perseguito, ossia di offrire al contrasto giurisprudenziale una soluzione sostanzialmente salomonica e la più possibile innocua sul piano pratico.

Il punto d’avvio del ragionamento della Cassazione può individuarsi nell’affermazione, mutuata dall’orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui, pur in assenza di una espressa previsione di legge, la nullità della sentenza dovuta all’inosservanza, da parte del giudice di merito, dei termini previsti dall’art. 190 c.p.c. deriva *ex se*, in via automatica, dalla violazione di quei principi cardine del “giusto processo” rappresentati dal contraddittorio e dal diritto di difesa. Così statuendo, la S.C. dà mostra di volersi implicitamente discostare dall’idea, anch’essa rinvenibile all’interno del filone giurisprudenziale maggioritario, in forza della

²³ Rispetto a questa e ad altre somiglianti condotte, osserva con disincanto TEDOLDI, *Il processo civile telematico*, cit., 858, che «anche negli indirizzi giurisprudenziali le regole sulla forma degli atti del processo e sulle nullità conseguenti tendono a svaporare, sino a divenire impalpabili», con la conseguenza che «la prevedibilità degli esiti lascia il posto all’incalcolabilità del diritto persino nella sequenza dell’iter processuale, che più d’ogni altro dovrebbe godere di una preconstituita e calcolabile certezza»; ulteriori consonanti rilievi critici in ID., *Il giusto processo*, cit., 85 s.

quale sarebbe la natura perentoria dei termini processuali non osservati dal giudice a determinare l’invalidità della decisione²⁴. Peraltro, dietro a quella che all’apparenza potrebbe sembrare una semplice preferenza di carattere ricostruttivo circa il fondamento della nullità della sentenza²⁵ si cela il vero obiettivo che, suo tramite, le Sezioni unite intendono raggiungere, e cioè far leva sulla valorizzazione del contraddittorio e del diritto di difesa (e sulla loro violazione quale causa di automatica nullità della sentenza) allo scopo di salvaguardare l’applicabilità della teoria del c.d. pregiudizio effettivo ai casi in cui l’inosservanza della norma processuale risulti aver leso diritti processuali ritenuti *non* “essenziali”.

Prova ne sia che, mentre in un punto della motivazione²⁶ si legge che «la diversa regola, che vuole necessario ai fini dell’apprezzamento della nullità processuale anche il riferimento a un pregiudizio effettivo “altro” rispetto a quello a tal fine considerato dal legislatore, *non è in alcun modo presidiata nell’ordinamento processuale italiano*, a differenza di quel che accade (per esempio) nell’esperienza dell’ordinamento francese (art. 114 del *Nouveau code de procedure civile*)» (cors. agg.)²⁷, in un altro passaggio, di poco ante-

²⁴ La puntuale osservazione è di SANTAGADA, *op. cit.*, 5, ove il richiamo a Cass. 8 ottobre 2015, 20180, cit., in cui si afferma che, in caso di termini perentori prefissati dalla legge, la loro violazione è già stata valutata in astratto ed una volta per tutte dal legislatore, «con valutazione legale tipica ancorata ai principî di razionalità e normalità», come automaticamente causativa di una lesione del diritto di difesa.

²⁵ Come è invece il caso dell’assunto, prospettato dalle Sezioni unite al § 10 della decisione, secondo cui, osservata dalla prospettiva dell’art. 156 c.p.c., la violazione dei termini dell’art. 190 c.p.c. si rifletterebbe sulla sentenza, invalidandola, non già in ragione del fatto di renderla *non idonea* al raggiungimento dello scopo (consistente nel fornire alla vertenza una definizione alla luce di tutte le difese ammissibili e concretamente svolte dalle parti), bensì perché tale violazione reciderebbe il collegamento sequenziale tra gli atti del processo (rappresentati, nella specie, da conclusionali e repliche, da un lato, e sentenza dall’altro) e dunque priverebbe il giudice della potestà decisionale. Al di là di ciò che in proposito si può pensare, resta nondimeno il fatto che la tesi che individua la fonte della nullità nell’incapacità della sentenza di raggiungere il suo scopo è la sola a valorizzare in modo adeguato il carattere ontologicamente innovativo delle difese finali e, soprattutto, della comparsa conclusionale, primo ed unico atto processuale tramite il quale è data alle parti la possibilità di articolare e sviluppare tutte le loro argomentazioni e tesi difensive alla luce, e tenendo conto, di tutto ciò che è concretamente accaduto nel pregresso svolgimento dell’istruzione, in particolare sotto il profilo probatorio.

²⁶ Cass. s.u. 25 novembre 2021, n. 36596, § 9.

²⁷ Sulla genesi e l’evoluzione del principio *pas de nullité sans grief*, v. l’ampia ricostruzione svolta da DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit., 1 ss., a cui *adde*, in termini più sintetici, ID., *Sul principio*, cit., 555 ss.; BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino,

riore²⁸, si constata come la S.C. in realtà si serva di questa nuova teoria, che potremmo denominare dei diritti processuali “essenziali”, dapprima per ribadire il tralaticio assunto in virtù del quale «le norme processuali hanno natura servente, sicché la deduzione di vizi derivanti dalla loro inosservanza (i c.d. 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» e, poche righe dopo, per confermare l’applicabilità della teoria del pregiudizio effettivo alle ipotesi di errore «sul rito applicabile al tipo di controversia – in base alla giusta considerazione che è inammissibile per difetto di interesse la doglianza dedotta come motivo di impugnazione relativa alla mancata adozione di un diverso rito qualora non sia indicato anche lo specifico pregiudizio processuale che dalla sua mancata adozione sia concretamente derivato»²⁹.

Se ne deduce dunque che, per le Sezioni unite, l’inosservanza di una norma processuale ad opera del giudice di merito può e deve ritenersi produttiva, in via automatica, di una nullità per derivazione della sentenza, se ed in quanto tale violazione abbia determinato la lesione di diritti processuali “essenziali” come il contraddittorio e la difesa. Al contrario, laddove l’inosservanza abbia leso diritti processuali altri, non essenziali e dunque “minori”, di nullità della sentenza si potrà parlare, in grazia della natura “servente” delle norme sul processo, solo a condizione che la parte, che si dolga di tale inosservanza, alleggi e dimostri il concreto pregiudizio derivatole dalla violazione.

5. Segue: *luci, ombre e implicazioni*. – Da un certo punto di vista, è ragionevole prevedere che il criterio interpretativo proposto dalle Sezioni

1997, 57 ss. Di quest’ultima A. v. inoltre ID., *Commento all’art. 156*, cit., 699, nt. 46, in cui si ricorda come analoga regola, codificata nella *Rule 61 delle Federal Rules of Civil Procedure*, sia alla base della «*Harmless Error*» theory statunitense, sulla quale v. JAMES, HAZARD and LEUBSDORF, *Civil Procedure*^{5th}, New York, 2001, 768; YEAZELL, *The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process*, in *Wis. L. Rev.*, 1994, 631 ss.; KORNSTEIN, *Bayesian Model of Harmless Error*, in *5 J. Leg. Stud.*, 1976, 121 ss.; NOTE, *Principles for Application of the Harmless Error Standard*, in *41 U. Chi. L. Rev.*, 1974, 616 ss.; TRAYNOR, *The Riddle of Harmless Error*, Columbus, Ohio, 1970, 26, 57 ss., nonché, nella letteratura italiana, VOLPINO, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, Padova, 2007, 62, n. 53.

²⁸ Cass. s.u. 25 novembre 2021, n. 36596, § 8.

²⁹ Sul punto, le Sezioni unite richiamano l’orientamento già espresso da Cass. s.u. 17 febbraio 2009, n. 3758; Cass. 18 luglio 2008, n. 19942 e 13 maggio 2008, n. 11903.

unite incontrerà il favore dei sostenitori dell'automatica invalidità della sentenza generata dalla violazione di norme di rito attuative di diritti fondamentali come la difesa ed il contraddittorio: e ciò vuoi per l'applicazione fattane nel caso specifico degli effetti della violazione dei termini stabiliti dall'art. 190 c.p.c., vuoi in considerazione della potenziale capacità di tale criterio di irradiarsi, orientandone la soluzione, verso ulteriori questioni processuali costituenti, ormai da tempo, terreno di elezione della teoria del pregiudizio effettivo. Seguendo il ragionamento svolto dalle Sezioni unite a proposito dell'art. 190 c.p.c., infatti, non dovrebbero ormai esserci più dubbi sul fatto che sia da considerarsi di per sé nulla, indipendentemente dalla dimostrazione di un pregiudizio effettivo, la sentenza emanata in violazione dell'art. 101, 2° comma, c.p.c.³⁰; ed alla stessa conclusione si dovrebbe giungere anche rispetto alla consulenza tecnica, allorché durante il suo svolgimento non siano stati garantiti il contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa delle parti³¹.

Al di là di ciò, sta però di fatto che la c.d. teoria dei diritti processuali “essenziali”, proprio per il suo fondarsi sul contraddittorio e sul diritto di difesa, mette capo ad un criterio troppo vago e, per questo, di difficile impiego³², non foss'altro perché, in modo più o meno evidente, pressoché tutti i passaggi e le attività in cui si articola il processo sono improntati alla difesa ed al contraddittorio³³. Si pensi ad un mezzo di prova ammesso dal giudice d'ufficio. L'art. 183, 8° comma, c.p.c. si limita ad attribuire alle parti la facoltà di dedurre in prova contraria rispetto all'iniziativa istruttoria già assunta, ma non prevede che esse possano interloquire preventivamente, in contraddittorio con il giudice, in ordi-

³⁰ Così anche CAPASSO, *Legge vs. principi*, cit., 842, 845. Diffusi riferimenti in ordine all'ormai annoso dibattito sulle pronunce c.d. della “terza via” in DONZELLI, *Pregiudizio*, cit., 60 ss.; ID., *Il principio*, cit., 548, nt. 1; CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo 2° comma dell'art. 101 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2011, 43 ss., nonché in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*², Milanofiori Assago, 2014, 263 ss.

³¹ Conf. CAPASSO, *Quando la nullità*, cit., 132. In argomento, v. ancora DONZELLI, *Pregiudizio*, cit., 46 ss.

³² Appare in proposito calzante l'osservazione di PANZAROLA, *op. cit.*, 693, secondo cui «la regola, come manifestazione del *kat'echon*, del “freno”, si contrappone alla deriva associata alla vaghezza del principio».

³³ Come del resto evidenziato anche dalle Sezioni unite nella decisione in commento, là dove osservano (§ 11) che «il diritto al contraddittorio è insito nel diritto di difesa e il diritto di difesa richiede che il processo, si strutturi, nelle varie fasi, secondo il principio del contraddittorio».

ne al suo proposito di ammettere d'ufficio quella prova (possibilità, per contro, accordata al terzo dall'art. 211 c.p.c.). Senonché, occorre riconoscere che una piena e rotonda attuazione del contraddittorio vorrebbe che – salva una diversa volontà di legge – la sua realizzazione sia sempre anticipata e non postuma, e abbia luogo lungo tutto il corso del processo e non solo durante la sua fase iniziale³⁴. Ma allora, in base alla c.d. teoria dei diritti processuali “essenziali”, se ne dovrebbe per coerenza dedurre che, qualora il contraddittorio sull'ammissione ufficiosa della prova non sia stato previamente attuato dal giudice, siano da intendersi affetti da nullità, *ex se*, tanto il procedimento di assunzione, quanto la prova stessa e la decisione che su di essa si fonda³⁵.

Da un diverso punto di vista, verrebbe anche fatto di domandarsi se la c.d. teoria dei diritti processuali “essenziali” riguardi soltanto il contraddittorio e la difesa, oppure possa (e debba) ricevere applicazione anche a fronte della violazione di altri diritti processuali di particolare importanza. Il riferimento testuale, effettuato in motivazione³⁶, alla lesione di «diritti processuali essenziali, *come* il diritto al contraddittorio e alla difesa giudiziale» (cors. agg.) parrebbe condurre verso la seconda soluzione, la quale peraltro, fa sorgere il problema di stabilire quali siano questi ulteriori diritti da considerare essenziali. Circoscrivendo ragionevolmente il campo a quelli dotati di copertura costituzionale, ci si può allora chiedere se tra essi non alligni, per caso, anche quello al giudice naturale precostituito per legge (art. 25, 1° comma, Cost.), in quanto, se così fosse (ed è³⁷), si renderebbe necessario appurare per un verso in che rapporti “di forza” tale diritto si ponga rispetto al principio, di pari rango, della ragionevole durata (che, come si è detto, le Sezioni unite reputano cedevole rispetto al contraddittorio ed alla difesa) e, per altro verso, laddove lo si ritenesse preminente, se proprio la sua “essenzialità” nella dinamica processuale non comporti l'esigenza di procedere ad un deciso ripensamento degli

³⁴ Cfr. Cass. s.u. 25 novembre 2021, n. 36596, § 13, ove si sottolinea come il giudice non possa mai, in nome della ragionevole durata del processo, «eludere distinte norme processuali improntate alla realizzazione degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo: e tali sono per l'appunto il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio e, in definitiva, il diritto a un giudizio nel quale le parti siano poste in condizione di interloquire con compiutezza nelle varie fasi in cui esso si articola».

³⁵ Per spunti in questo senso si rinvia a VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, Milanofiori Assago, 2012, 67 ss., spec. 75 ss.

³⁶ Cass. s.u. 25 novembre 2021, n. 36596, § 8.

³⁷ Cfr. PANZAROLA, *op. cit.*, 689, 692.

orientamenti giurisprudenziali in materia di designazione del giudice *ex art.168-bis c.p.c.*, che di tale principio costituzionale rappresenta una delle trasposizioni nella normativa ordinaria³⁸.

Al netto di quanto precede, la sentenza in esame suscita infine perplessità nella parte in cui, come si è già accennato, essa esprime l'intendimento della S.C. di edulcorare quanto più possibile gli effetti pratici derivanti dal principio di diritto da essa enunciato. Ci si riferisce al passaggio della motivazione in cui le Sezioni unite istituiscono un regime differenziato di impugnazione a seconda che la nullità per violazione dell'art. 190 c.p.c. affligga la sentenza di primo grado anziché quella d'appello³⁹. Mentre in quest'ultimo caso si ammette che, tramite il ricorso per cassazione, la parte possa limitarsi a censurare la nullità della decisione a norma dell'art. 360, n. 4, c.p.c. (senza risentire, come si è detto, di alcun onere aggiuntivo in termini di allegazione e prova del pregiudizio subito), diversamente l'appellante non godrebbe della possibilità di circoscrivere l'impugnazione alla sola deduzione del vizio, ma avrebbe l'onere – sancito a pena di inammissibilità del gravame – di impugnare la sentenza anche in relazione alle statuizioni di merito⁴⁰. «Con l'aggiunti-

³⁸ Cfr. CERINO CANOVA, *Commento all'art. 168-bis*, in *Commentario*, cit., 415 ss.; VOLPINO, *Commento all'art. 168-bis*, in *ID.*, *Introduzione*, cit., 543 ss.

³⁹ Cass. s.u. 25 novembre 2021, n. 36596, § 18.

⁴⁰ *L'iter* logico seguito dalle Sezioni unite merita di essere descritto riportando testualmente quanto affermato sul punto in motivazione: «Dopodiché v'è anche la necessità di raccordare la conclusione alla regola che postula la conversione delle nullità nel prestabilito mezzo di gravame. Tale necessità ottiene di precisare che in modo parzialmente diverso l'onere processuale della parte si attegga nel caso in cui il vizio riguardi invece la sentenza di primo grado. Nell'ipotesi in cui la sentenza di primo grado sia stata deliberata anticipatamente rispetto alla scadenza dei termini dell'art. 190 c.p.c., non basta alla parte soccombente impugnare la sentenza denunziandone la nullità. Non le basta perchè 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., essendo tenuto a deciderla invece egli stesso nel merito. Poichè ciò comporta che la decisione avvenga sempre nei limiti delle doglianze prospettate, è in questo caso da individuare, sotto pena di inammissibilità, l'onere della parte di impugnare la sentenza di primo grado anche in rapporto alle statuizioni di merito (esattamente in questo senso Cass. n. 4125-2020; Cass. n. 5590-2011). Alla base della differenza non sta però una sorta di differente onere esplicativo della rilevanza della nullità in capo alla parte lesa (quasi che la nullità non sia in tale ipotesi essa stessa automatica), ma semplicemente il fatto che nel sistema di diritto processuale la nullità della sentenza si converte nell'apposito mezzo di gravame: l'appello o il ricorso per cassazione (art. 161 c.p.c.). Essa deve essere fatta valere “soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione”. La nullità della sentenza di primo

va conseguenza» – sostiene la S.C. – «che l’eventuale ricorso avverso la sentenza d’appello, che, nelle condizioni date, avesse mancato di dichiarare la nullità della sentenza di primo grado assunta anteriormente alla scadenza dei termini di cui all’art. 190 c.p.c., sarebbe inammissibile per difetto di interesse (...), ove la sentenza d’appello fosse giunta, come suo preciso dovere, a decidere la causa nel merito». Il che è quanto dire che la violazione dei termini dell’art. 190 c.p.c., sulla cui gravità le Sezioni unite si soffermano fin quasi alla noia, sarebbe meritevole di sanzione (la cassazione della sentenza) e rimedio (il successivo giudizio di rinvio) solo se commessa dal giudice d’appello, mentre nei rapporti tra giudice di primo grado (autore della violazione) e giudice d’appello vigerebbe il diverso principio del “tutto s’aggiusta”, con buona pace dei tanto sbandierati diritti processuali “essenziali” delle parti.

In conclusione, si può dunque affermare che la decisione in commento è sicuramente condivisibile per quanto riguarda la soluzione fornita al contrasto giurisprudenziale relativo agli effetti derivanti dalla violazione dei termini dell’art. 190 c.p.c.⁴¹. Diversamente, un più cauto plauso sembra doversi esprimere nei confronti del criterio seguito per giungere a tale soluzione, poiché esso istituisce una differenziazione di trattamento della violazione a seconda che essa riguardi una (non adeguatamente precisata) gamma di diritti processuali, come il contraddittorio e la difesa, da considerarsi “essenziali” – ed allora la nullità ne costituirà la conseguenza automatica (pur se deducibile in sede di impugnazione con le limitazioni appena descritte) – oppure no, nel qual caso la nullità della sentenza continuerà ad essere condizionata alla dimostrazione di un concreto pregiudizio patito in conseguenza della violazione stessa.

DIEGO VOLPINO

grado, per lesione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, si converte in un motivo d’appello. E l’appello è il rimedio istituito per porre riparo alla sentenza ingiusta nell’alveo della funzione sostitutiva. All’esito del processo storico che ha condotto, dopo l’*actio nullitatis*, alla soppressione della stessa *querela nullitatis* quale mezzo di impugnazione teso a denunciare la nullità della sentenza distinto dall’appello, è dunque pienamente giustificato che alle regole e alle caratteristiche sostitutive dell’appello abbia a soggiacere anche la possibilità di dedurre un vizio di tal genere solo unitamente alle ulteriori doglianze di merito». Per rilievi giustamente critici al riguardo, cfr. CAPASSO, *Quando la nullità*, cit., 133 s. In argomento, v. inoltre GRADI, *Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, 63 ss.; LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 15 ss.

⁴¹ Conf. SANTAGADA, *op. cit.*, 1.