UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXV ciclo

Tesi di Dottorato

LE NULLITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI CIVILI

Relatore
Prof.ssa Ena-Marlis Bajons

Dottorando
Lorenzo Pelle

anno accademico 2014-2015

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidato: Lorenzo Pelle

LE NULLITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI CIVILI

Relatore Prof.ssa Ena-Marlis Bajons

Anno Accademico 2014-2015

Indirizzo specialistico in Diritto sostanziale e processuale del lavoro

XXV ciclo

Esame finale: 18/04/2015

Commissione esaminatrice:

Prof. Valerio Tavormina, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
Prof. Augusto Chizzini, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
Prof. Alberto Romano, Università degli Studi di Parma

A mio Padre

Il lavoro che il lettore avrà la pazienza di leggere è il frutto di studi e di meditazioni a cui hanno contribuito con il loro aiuto e la loro disponibilità il Prof. Herbert Roth dell'Università di Regensburg, i Prof.ri Andreas Konecny e Walter H. Rechberger dell'Università di Vienna e il Prof. Marino Marinelli dell'Università di Trento, che mi hanno accolto come un loro discepolo e a cui va tutta la mia più sentita riconoscenza.

Naturalmente il mio ringraziamento più profondo non può che andare alla Prof.ssa Ena-Marlis Bajons e al Prof. Mauro Bove senza i quali quanto in queste pagine si trova scritto non sarebbe mai potuto venire alla luce.

Un ringraziamento speciale va infine al Prof. Peter Böhm che nella mia immaginazione rappresenterà sempre il Giurista che desideravo incontrare.

«Vi imploro: piegate, per una volta, la legge alla vostra autorità, per compiere un atto di grande giustizia»
«Non è possibile. A Venezia non c'è potere che possa disattendere una legge in vigore. Dietro a un'eventualità del genere, molti abusi inonderebbero lo Stato».
W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia*, IV, 1, 211

INDICE

ABSTRACT ……..... pag. 1

INTRODUZIONE

0.1. Oggetto e scopo dell'indagine …….……..... pag. 3

0.2. Piano del lavoro ……... 5

0.3. Metodologia ……. 9

CAPITOLO PRIMO

INGIUSTIZIA E NULLITÀ - FORMALI E NON-FORMALI - DEGLI ATTI DI PROCEDURA

1.1. Il significato storico delle «nullità processuali» …….....… pag. 11

1.2. Norme-metro di giudizio e norme-canone di comportamento nella prospettiva statica e dinamica ……..……..…….. 22

1.3. Nullità e ingiustizia degli atti processuali …….……. 28

1.4. Inquadramento dei vizi formali e non-formali nel sistema delle nullità … 31

1.5. Alcune applicazioni del criterio classificatorio rinvenuto ……. 39

1.5.i. Violazione dei doveri di direzione processuale ……..……. 40

1.5.ii. Violazione del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ……...…… 42

1.5.iii. Omessa lettura del dispositivo ……...…… 44

1.5.iv. Violazione del principio di pubblicità ……... 44

1.5.v. Inosservanza del divieto di agire nella quiescenza del procedimento 46

1.6. Rilevanza dei vizi della volontà degli atti processuali …….. 47

1.7. Il significato della nullità formale nelle diverse specie di atto …….. 54

1.7.a. Atti di impulso ……...…….. 54

1.7.b. Atti di istruzione ……...……... 56

1.7.c. Atti induttivi e causativi delle parti ……. 59

1.7.d. Provvedimenti decisori e ordinatori del giudice …… 60

CAPITOLO SECONDO

LE CONDIZIONI DI RILEVANZA DELLE NULLITÀ PROCESSUALI

2.1. Portata e limiti del principio di tassatività delle nullità formali …..... pag. 65

2.2. Le definizioni del concetto di «scopo dell'atto» nel dibattito dottrinario .. 76

2.3. (*Segue*) Individuazione degli effetti giuridici minimi degli atti processuali …… 80

2.4. (*Segue*) Scopo dell'atto come «evento cognitivo» e come presupposto dell'«effetto procedurale remoto» ……..... 83

2.5. (*Segue*) La prova del raggiungimento dello scopo …… 90

2.6. L'irregolarità degli atti per difetto di elementi non-essenziali al raggiungimento dello scopo ……...…….. 93

i) *verifica della regolare costituzione delle parti* …….… 96

ii) *irregolare assunzione di testimoni* ……... 98

iii) *verifica della regolare costituzione del giudizio d'appello* ……. 98

iv) *irregolarità degli atti e dei documenti prodotti nel rito lavoro* ……... 99

2.7. Il fenomeno della «estensione della nullità» formale agli atti dipendenti 107

CAPITOLO TERZO

IL TRATTAMENTO GIURIDICO DELLE NULLITÀ PROCESSUALI

3.1. Il sistema misto di emersione delle nullità ……... pag. 115

α) *profilo normativo* ……..….. 119

β) *profilo oggettivo-soggettivo*……. 120

3.2. Il regime di rilevazione dettato dall'art. 157 c.p.c. …….. 123

3.3. (*Segue*) Indagine sull'ambito applicativo dell'art. 157 c.p.c. …….. 128

3.4. I confini naturali dell'eccezione di nullità formale …….. 135

α) *provvedimenti del giudice* ……...…… 137

β) *istanze di parte* …… 137

3.5. Inquadramento teorico del sistema dei rimedi ……. 138

I) *struttura ope iuris e ope iudicis* ……... 140

II) *funzione preventiva-convalidante e integrativa* ……. 140

III) *efficacia ex tunc ed ex nunc* …….. 141

3.6. Le cause di inopponibilità del vizio …….…… 143

3.7. La rinnovazione degli atti nulli …… 149

3.8. (*Segue*) Il limite della «clausola di possibilità» …….. 155
i) *rinnovazione della domanda* ……... 156
ii) *rinnovazione della domanda riconvenzionale* …… 157
iii) *rinnovazione della notificazione della domanda* …….. 158
iv) *non-riproponibilità dell'impugnazione dichiarata inammissibile* ……. 158
3.9. Le cause di sanatoria delle nullità non-formali ed extra-formali ……. 164
a) *translatio iudicii per difetto di giurisdizione* …….. 164
b) *translatio iudicii per difetto di competenza* …… 165
c) *rinnovazione della citazione e della sua notificazione* ……... 165
d) *chiamata in causa del litisconsorte necessario pretermesso* …….. 165
e) *sanatoria del difetto di rappresentanza* …….. 166
3.10. Nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice e all'intervento del pubblico ministero ……... 171
3.11. Il «superamento dell'imperfezione» come canone regolatore del giusto processo ……... 177

CAPITOLO QUARTO

LE NULLITÀ DEGLI ATTI NEL SISTEMA DEI MEZZI DI IMPUGNAZIONE ORDINARI

4.1. Le ragioni politiche del «valido processo» e dei rimedi avverso la nullità della sentenza e del procedimento …….…….…... pag. 179
4.2. Una figura speciale di nullità: l'inammissibilità degli atti di impugnazione …….……..... 181
4.3. Inquadramento teorico delle impugnazioni per motivi di nullità ……. 184
4.4. Le nullità radicalmente insanabili della sentenza civile ……... 189
4.5. L'«oggetto processuale» del processo e le sue implicazioni nel sistema delle impugnazioni …….. 193
4.6. La tesi del giudicato implicito su questioni di rito …….…….. 200
4.7. Divergenze di struttura tra giudizio di gravame contro l'ingiustizia e giudizio di gravame contro la nullità della sentenza …….. 205
a) *indicazione del capo impugnato nella domanda d'appello* …… 207
b) *riproposizione delle questioni pregiudiziali di rito* …… 208
c) *conclusioni della domanda di impugnazione* …….. 208
d) *ragioni dell'impugnazione* …….. 208

e) *motivi specifici* …… 210
4.8. (*Segue*) Limiti in appello all'esercizio dello *ius novorum* ……... 212
1.a.) *eccezioni di nullità non-formale* ……. 212
1.b.) *mezzi di attacco e di difesa non proposti a causa dell'errore nella conduzione del processo* …….. 212
2.a.) *eccezioni di nullità non-formali* …….. 214
2.b.) *allegazioni e mezzi di prova* ……... 214
4.9. (*Segue*) Procedimento e sentenza nella fase rescissoria dell'appello ….. 215
α) *rinnovazione delle attività nulle* ……. 215
β) *rimessione al primo giudice* ……... 219
γ) *chiusura in rito del processo* ……... 224
4.10. L'inammissibilità del ricorso in cassazione per immeritevolezza delle censure di rito *ex* art. 360 *bis* ……... 228
4.11. I motivi di nullità censurabili in cassazione come oggetto di cognizione della S.C.: critica alle dottrine dell'azione di impugnativa e del ricorso incidentale condizionato …….. 232
4.12. Il limite del sindacato diretto di cassazione sul (f)atto processuale …... 240
4.13. Esiti del processo di cassazione sulle nullità processuali e giudizio di «rinvio» …… 249
i) *cassazione senza rinvio* ……... 249
ii) *rimessione al primo giudice* ……... 249
iii) *cassazione con rinvio* …… 252

CONCLUSIONI

5.1. *Error in iudicando* ed *error in procedendo* ……..... pag. 255
5.2. Nullità non-formali ed extra-formali. Tecnica di rilevazione e singoli rimedi …...…….….. 256
5.3. Nullità formali. Principio di nominatività e rapporti tra forma, scopo ed effetti dell'atto ……..…….. 259
5.4. L'irregolarità degli atti carenti dei requisiti di forma accidentali …… 261
5.5. Estensione della nullità formale agli atti dipendenti, tecnica di rilevazione e singoli rimedi ……...……... 262
5.6. Il sistema dei rimedi ……. 264

5.7. L'inammissibilità degli atti di impugnazione …...……... 267
5.8. Il trattamento in sede di impugnazione delle nullità maturate nelle precedenti istanze ……..……. 267

BIBLIOGRAFIA …….....…….…..... pag. 273

ABSTRACT

Il proposito di svolgere uno studio sul tema delle nullità degli atti processuali nasce dall'invito che il Prof. A. PROTO PISANI rivolse all'esito di un acceso e serrato dibattito sui canoni del giusto processo ai giuristi presenti al convegno sui " Principi costituzionali e ricadute sugli istituti del processo civile", organizzato dal Centro interuniversitario di studi e ricerche sulla giustizia civile "Giovanni Fabbrini" e tenutosi a Siena il 16 aprile 2010. A Suo giudizio, le incertezze avvertite e i dissidi maturati in ordine ai principi regolatori del giusto processo erano da imputarsi al fatto che, da tempo, la dottrina italiana non dedicava più attenzione al tema delle nullità degli atti. Da qui la proposta di raccogliere una sfida intellettuale e scientifica rimasta a lungo disattesa.

Il caso vuole che tra i pochi lavori italiani che forniscono spunti di riflessione sull'argomento, uno dei più validi sia stato scritto proprio da quel Giovanni Fabbrini di cui il Centro di studi reca il nome e che, sempre per caso, ha costituito il punto di partenza di precedenti mie ricerche. Il riferimento è ovviamente all'opera sui "*Poteri del giudice*" pubblicato nel 1985 nell'Enciclopedia del diritto.

Le motivazioni che spingono gli studiosi a intraprendere un lavoro di ricerca possono essere le più varie, ma quella che alimenta la passione per questa indagine affonda nella zona più remota dell'anima, quella più irrazionale, affascinata da questo giurista prematuramente scomparso. Essa può forse spiegarsi con le parole pronunciate dal Prof. Elio Fazzalari in occasione del XVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: «su di un impianto culturale solido e classico, ha svolto un discorso rigoroso, lucidissimo, pervenendo a risultati importanti e nuovi: non nuovi nel senso, che taluno oggi intende, di abbandono della grande tradizione processualistica, e di svolta verso altri tipi di ricerca; sibbene nuovi perché, nell'incessante cammino dei nostri studi, Egli li ha portati più innanzi, ha raggiunto tappe che nessuno dopo di lui potrà trascurare […] non ho, poi, bisogno di ricordare a Voi il suo impegno civile, *non verbis sed actis*: di quelli, rarissimi, che fanno premio sugli opportunismi di questo ignobile tempo e lasciano il segno, al di là della morte».

Queste parole racchiudono una fondamentale lezione sul metodo giuridico che non devono rimanere trascurate. La missione della scienza giuridica – almeno

per come la intendo io – è di indagare criticamente quel fenomeno dell'anima che è il diritto per palesarne i significati, ricostruendo sistematicamente il materiale giuridico (normativo, giurisprudenziale, teorico etc.) che, in modo quasi mai organico e lineare, lo va a comporre. La validità e l'autorevolezza di una tale opera non può che derivare dal rigore della logica e dell'argomentazione e, verrebbe da aggiungere, dalla passione civile che le incoraggia senza corromperle.

Negli studi giuridici contemporanei questa spinta alla sistematicità e all'impegno civile sembrano aver perso di vigore, quasi fossero da relegare in soffitta come cimelio della scienza giuridica, magari con l'etichetta, non più lusinghiera, di "pandettistica". Ciononostante è opinione di chi scrive che questo afflato per la coerenza e la sistematicità può ancora contribuire al progresso della ricerca giuridica.

Lo studio delle infedeltà processuali insegna che la considerazione per il valore della «forma» è lo strumento indispensabile per misurare la correttezza della procedura e dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice, su cui soltanto può misurarsi l'attendibilità e la giustizia del risultato finale. Una disamina della regolarità di questo procedere non può che ambire alla sistematicità appunto perché organica e ordinata è la sequela su cui si snoda la reciproca concatenazione degli atti e l'evoluzione delle singole situazioni processuali. E non potrebbe essere altrimenti se non si vuole ridurre il processo a un "canovaccio da commedia dell'arte".

Ciò non si traduce in un vacuo virtuosismo intellettuale. Inquadrare e ricostruire scientificamente il procedimento – soprattutto sotto il profilo patologico – impostando il metodo di analisi sul controllo dei poteri e degli atti dei soggetti processuali, consente di svelare proprio quei principi regolatori del giusto processo da cui questa riflessione ha preso spunto. La correttezza del processo, d'altro canto, è la sola garanzia che distingue il suddito di un potere arbitrario dal cittadino dello Stato di diritto. Triste sarà quel giorno in cui siffatta aspirazione verrà, dalla civiltà globalizzata, lasciata nel dimenticatoio come relitto di un fu *ancien régime*.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 0.1. Oggetto e scopo dell'indagine. – 0.2. Piano del lavoro. – 0.3. Metodologia.

0.1. La presente indagine ha a oggetto le **nullità degli atti del processo civile**. Il titolo evoca il sistema giuridico che regola il fenomeno della divergenza di ogni attività processuale dall'archetipo legale di riferimento. L'argomento è affascinante e carico di suggestioni. Esso investe la questione pregiudiziale di metodo del processo, ne svela l'ossatura portante nel suo movimento serialmente dinamico, anticipa e prelude al problema contenutistico della fondatezza degli atti e della giusta composizione della lite. Se il processo è l'ordinamento mediante il quale lo Stato attua la concreta volontà di legge e i soggetti di diritto ricevono la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche lese, la disciplina delle nullità non è niente di più che lo strumento col quale sindacare l'irritualità di questo fenomeno e, se possibile, ricondurlo entro i binari delle "regole del gioco".

È un tema classico del diritto processuale[1], con cui ogni ordinamento, a partire dall'*ordo iudiciorum*, si è dovuto cimentare, se non altro perché la verifica del corretto esercizio dei poteri dell'ufficio e delle parti deve passare attraverso il controllo della loro attività processuale. E, d'altro canto, la ritualità dei provvedimenti del giudice e degli atti delle parti se non assicura la giustizia della cosa giudicata è, quantomeno, condizione necessaria perché i litiganti e la generalità dei cittadini la riconoscano come risultato finale di un'attività giudiziaria esercitata conformemente al metodo legale. Assieme, legalità e giustizia, costituiscono la mèta a cui tende la giurisdizione e senza le quali la *res iudicata* si svilirebbe a insindacabile espressione di arbitraria autorità. Non a caso, proprio l'art. 111 Cost. esordisce statuendo il principio per cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

[1] A dispetto della centralità e dell'importanza dell'argomento non v'è nella letteratura italiana un contributo monografico che affronti sistematicamente il tema. Le sole trattazioni specificamente dedicate all'argomento o impostano l'indagine su un piano di stretta teoria generale o si concentrano su determinati profili della disciplina. Mi limito qui a ricordare i contributi di G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981; G. FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1989; e F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999.

Parlando di "sistema" delle nullità degli atti il lettore avrà intuito come il presente lavoro ambisca a fornire una ricostruzione organica del trattamento giuridico riservato agli errori procedurali e ciò implica l'elaborazione di concetti e categorie che consentano di riordinare in maniera compiuta e coerente il complesso normativo lasciato dal legislatore. Pensando alle «nullità degli atti processuali» la mente corre subito al capo III, titolo VI, libro I del codice di rito, che ne detta il regime generale. Al codificatore del '40 va riconosciuto l'indubbio merito di aver consegnato agli interpreti una parte generale dedicata alla disciplina degli atti e delle loro imperfezioni. Senonché, sarebbe un'ingenuità credere che negli artt. 156 ss. possa esaurirsi il complesso fenomeno degli *errores in procedendo*. Ciononostante queste norme rappresentano sicuramente un punto dal quale muovere.

Potrebbe risultare scontata la premessa che la «nullità» processuale non ha nulla a che vedere con l'omonima categoria di diritto civile. Sviluppatasi sul solco delle tradizioni romanistica e medievale, per le quali *quod nullum est, nullum producit effectum*, la nullità regolata dagli artt. 1418 ss. c.c. è insanabile, rilevabile anche d'ufficio e imprescrittibile. Niente di tutto ciò si riscontra nel regime delle nullità processuali. E non potrebbe essere diversamente poiché, mentre i negozi di diritto civile sono espressione dell'autonomia privata, gli atti processuali scandiscono gli stadi attraverso i quali le parti e il giudice instaurano, coltivano e definiscono il giudizio su una situazione giuridica controversa. Sono quindi atti teleologicamente vincolati, interdipendenti e tendenzialmente privi di autonoma efficacia sostanziale.

Diversi sono i quesiti che il tema pone. Come può definirsi la nullità processuale? Quando si verifica e quali sono le sue conseguenze giuridiche? V'è una sola causa di nullità o si tratta di un fenomeno eterogeneo? Quali sono le tecniche di rilevazione e quali i rimedi? Queste sono le domande che attendono dall'interprete una risposta coerente con il sistema di diritto processuale.

L'argomento è di vaste dimensioni. Investe quella che è l'unità minima di ogni procedura (l'atto) e la inquadra sotto il profilo patologico (la nullità), che, all'opposto della monolitica validità, è in grado di assumere molteplici aspetti. Il lettore va dunque avvertito che l'ampiezza del tema ha costretto a delimitare l'ambito d'indagine alle sole nullità da cui siano affetti gli atti dei processi aventi struttura dichiarativa e funzione decisoria. Restano dunque esclusi gli atti del procedimento

cautelare ed esecutivo. La scelta potrà sembrare arbitraria, ma è in realtà dettata dalla convinzione che il sistema delle nullità nei giudizi di cognizione costituisca il modello generale dal quale ricavare principi, criteri e soluzioni applicabili anche alle invalidità degli atti delle diverse procedure. Lo conferma, d'altronde, il fatto stesso che la disciplina generale dettata dal capo III sia stata costruita dal codificatore proprio sul modello del giudizio dichiarativo. L'attenzione si concentrerà quindi sugli atti unilaterali del processo di cognizione, per cui non verranno presi in considerazione gli accordi endoprocessuali aventi effetti di rito (come quelli in deroga alla giurisdizione e competenza) né le convenzioni extra- o endoprocessuali aventi funzione compositiva (conciliazione, transazione etc.) o devolutiva della lite a favore della giustizia privata (patto compromissorio).

0.2. Il piano del lavoro che seguiremo si articolerà secondo il seguente schema. Al termine di una succinta ricostruzione storica, nel § 1, si metterà in luce la nullità quale categoria di valore su cui parametrare la legalità degli atti. I confini di questa figura concettuale andranno quindi analizzati in via contrastiva con le coppie categoriali della fondatezza-infondatezza degli atti di parte e giustizia-ingiustizia dei provvedimenti del giudice. Questa parte introduttiva dello studio si concentrerà sul fondamento del vizio di attività processuale (***error in procedendo***) e sulle sue relazioni con gli errori di giudizio (***errores in iudicando***). La demarcazione tra ingiustizia e invalidità, per la quale bisognerà individuare quando la norma processuale è canone di comportamento e quando è metro di giudizio, risulta infatti indispensabile per capire quando la trasgressione del diritto processuale debba sottostare al regime delle nullità e quando invece debba esserne sottratta[2].

Una volta messi in luce i rapporti e le differenze tra vizio di struttura ed errore di giudizio si scenderà nell'analisi di un'altra fondamentale distinzione: quella tra **nullità formali** e **nullità non-formali** sulle cui divergenti linee si dipana ora lo scrutinio di conformità dei singoli atti ai requisiti di forma-contenuto imposti dal

[2] L'esame comparatistico con l'ordinamento austriaco e tedesco richiederà il non facile accostamento tra categorie concettuali non sempre congruenti. Si vedrà così che, nei predetti sistemi, la distinzione tra ingiustizia e invalidità è solo approssimativamente corrispondente a quella tra *Unrichtigkeit* (o *Gesetzwidrigkeit*) e *Fehlerhaftigkeit* (o *Mangelhaftigkeit*) come il discrimine tra nullità non-formali e nullità formali è solo parzialmente congruente con quella corrente tra *Nichtigkeitsgründe* e *Verfahrensverstöße*.

modello legale ora il controllo dei presupposti processuali che condizionano l'ammissibilità della decisione nel merito della domanda. Oggetto dell'indagine compiuta nei §§ 1.4. s. è l'individuazione della natura, del contenuto e delle conseguenze giuridiche delle diverse cause patologiche dell'atto, al fine di scrutinare se queste due categorie di nullità abbiano davvero autonomo fondamento e, eventualmente, se vi siano nullità inquadrabili in entrambe le categorie oppure non riconducibili ad alcuna di esse. Il tema non è prettamente teorico, ma investe la questione dell'assoggettabilità dei vizi formali e non-formali al trattamento giuridico dettato dagli artt. 156 ss. E infatti, è dubbio se il predetto capo III c.p.c. sia dedicato alle sole nullità per «inosservanza di forme» – come sembra suggerire l'*incipit* dell'art. 156 – o se, al contrario, il legislatore lo abbia concepito anche per le imperfezioni non-formali. La domanda allora è: principio di tassatività (art. 156^{1}), regola della rilevabilità *ope exceptionis* (art. 157^{1}), estensibilità del vizio agli atti dipendenti (art. 159^{1}), sanabilità per raggiungimento dello scopo (art. 156^{3}) e per acquiescenza (art. 157^{2e3}), rinnovabilità degli atti imperfetti (art. 162^{1}), conversione delle cause di nullità in motivi d'impugnazione (art. 161^{1}), etc. regolano le sole imperfezioni formali dell'atto o, invece, sono applicabili anche ai difetti dei presupposti di decidibilità nel merito della domanda?

Questa prima parte del lavoro si chiuderà, al § 1.7., con la disamina dei diversi significati che la nullità formale assume nelle differenti *species* di atto processuale e sui diversi effetti che quella esplica. Sarebbe infatti illusorio credere che l'inosservanza delle prescrizioni processuali determini, in via schematica e costante, le medesime conseguenze giuridiche. Il regime delle nullità non può prescindere dalla qualità del soggetto che vìola la regola di condotta né dal tipo di attività posta in essere. Il trattamento degli atti del giudice è quindi solo parzialmente congruente con quello delle parti, così come l'attività istruttoria difficilmente potrà sottostare ai medesimi meccanismi che regolano gli atti di impulso, e così via.

Anziché analizzare partitamente nullità formale e nullità non-formale, si è preferito affrontare il tema del loro trattamento giuridico in maniera unitaria, scrutinando la compatibilità delle regole e degli istituti disciplinati negli artt. 156 ss. con le due figure di invalidità. Il rifiuto di una trattazione bipartita è mosso dalla convinzione che, nonostante la loro disomogeneità, le diverse *species* di nullità

compongano un fenomeno patologico unitario e che, perciò, una disamina frammentaria non gioverebbe alla loro comprensione. Seguendo lo schema tracciato dal codificatore, pertanto, il § 2 avrà a oggetto il **principio di tassatività** e il significato dello **scopo dell'atto** nel conflitto tra formalismo e anti-formalismo giuridico (art. 156[1e2]). All'interprete è qui rimesso il difficile compito di determinare il concetto di «scopo dell'atto» e degli strumenti coi quali fornire la prova in giudizio del suo raggiungimento. Mentre il conseguimento dello scopo quale strumento di convalida dell'atto imperfetto troverà la sua *sedes materiae* nel § 3, in questa sede si scrutinerà in che misura l'elemento funzionalistico concorra a delimitare l'area di rilevanza della nullità da quella dell'innocuità del vizio.

La nullità non è la sola anomalia da cui può essere affetto l'atto processuale. Accanto a questa il codice conosce un'altra figura di invalidità: l'**irregolarità**. Il suo inquadramento teorico nel sistema degli errori processuali merita un'autonoma riflessione, che verrà sviluppata nel § 2.6. ove mi propongo di verificare se il trattamento giuridico dell'irregolarità corrisponda al regime generale prescritto per le nullità o se invece tale figura assurga a categorie di valore autonoma.

Dopodiché ho ritenuto proficuo scendere nell'indagine della **nullità derivata** (art. 159[1]) per verificare come si atteggia il fenomeno della trasmissione del vizio agli atti dipendenti. L'obiettivo che lo studio del § 2.7. si propone è allora quello di scrutinare se e come le nullità formali e non-formali contagino la serie procedurale.

I §§ 3.1.-3.4. sono dedicati al **profilo gnoseologico** della nullità ossia alla tecnica processuale con cui la cognizione del giudice si estende alla questione pregiudiziale di rito. Sulla falsariga delle questioni preliminari di merito, l'accertamento dei vizi è impostato sul sistema dualistico dell'opposizione di parte, che costituisce "la regola", e della rilevazione d'ufficio, che è invece "l'eccezione", ammessa nelle sole ipotesi previste dalla legge (art. 157[1]). Ebbene, nel prosieguo dell'indagine si avrà modo di saggiare la falsificabilità del modello descritto, al fine di acclarare se vi siano nullità la cui tecnica di rilevazione sfugga a questo schema di "regola-eccezione". A tal fine verranno comparati i sistemi di rilevazione delle imperfezioni formali e non-formali e ne verranno scrutinati fondamento, portata e limiti. Bisognerà altresì sincerarsi se la *ratio* dei diversi regimi di rilevazione risieda nella natura della norma violata o nella natura dell'interesse dominante sotteso o,

ancora, nella mera tecnica del procedimento o nella doverosità, per il giudice, di verificare le precondizioni all'esercizio dei propri poteri.

Se il processo è ordinamento strumentale all'attuazione della concreta volontà di legge, è evidente come la nullità dei suoi atti sia l'alea del diritto sostanziale e ciò nella misura in cui gli precluda di superare la prova del giudizio. Che lo scopo del processo civile non consista in una mera risoluzione del contenzioso – quale che ne sia il contenuto – bensì nella giusta definizione della lite nel merito all'esito di un procedimento in cui sia osservato il metodo per giungere a quella composizione, lo dimostra il **sistema dei rimedi** contro le imperfezioni[3]. Il capo III del codice di rito conosce tre tipologie di rimedi che saranno oggetto di disamina nei §§ 3.5. ss.: *i)* raggiungimento dello scopo (art. 156[3]); *ii)* decadenza dall'eccezione (artt. 157[2e3] e 161[1]); *iii)* rinnovazione (art. 161[1]).

Con il trattamento delle nullità processuali nei **giudizi di impugnazione** si chiuderà, al § 4., la nostra indagine. Il potere di far rinnovare l'esame degli atti pregressi da parte del giudice superiore è garanzia di giustizia per la parte pregiudicata dal vizio. Perché ciò accada, l'ufficio dev'essere munito di poteri identici a quelli spettanti al giudice *a quo* che abbia violato il proprio dovere non pronunciando le nullità precorse o commettendo lui stesso un'irregolarità processuale. In quest'ultima sezione del lavoro mi propongo di studiare quale sorte spetti all'*error in procedendo* o all'*error in iudicando quoad processum* commesso nel giudizio *a quo* e quali differenze sussistano tra il trattamento dei vizi originari del grado d'appello e di cassazione nonché il regime delle nullità degli atti di prima istanza.

0.3. A conclusione dell'introduzione mi sembra opportuno terminare con una premessa metodologica. Il metodo, che mi è sembrato proficuo seguire nella trattazione, consiste nell'esaminare le nullità degli atti sotto due coppie di profili. La prima impostazione consiste nel vagliare il fenomeno dal punto di vista della relazione funzionale che intercorre tra l'operatore e la norma processuale violata.

[3] Il sistema dei rimedi non è solo una conseguenza giuridica, ma è elemento integratore del concetto di nullità. In tal senso si rileggano le parole di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 536: «la disciplina dell'atto risulta (…) da tutto l'ordinamento giuridico, cioè in definitiva da tutta la disciplina del processo, e quindi anche da quelle norme che stabiliscono la rilevanza delle imperfezioni, la loro sanatoria, come impropriamente si dice».

Sotto il **profilo statico** la norma è canone di comportamento dei soggetti chiamati a uniformare la propria attività al modello legale prescritto, sotto il **profilo dinamico**, invece, la stessa norma diviene metro di giudizio con cui scrutinare la legalità dell'operato altrui.

La seconda impostazione consiste nello studiare la nullità sotto un diverso ma sempre duplice aspetto: obiettivo e subiettivo. Il **profilo obiettivo** della nullità, studiato dalla «teoria dell'atto», consiste nell'esaminare il vizio e il suo trattamento giuridico quale reazione all'imperfetta realizzazione della fattispecie. Il **profilo subiettivo**, studiato dalla «teoria delle situazioni giuridiche soggettive», inquadra il fenomeno come violazione di obblighi e oneri o come erroneo esercizio dei poteri processuali. La trattazione che seguirà si propone di dimostrare l'utilità di questi diversi approcci nella comprensione delle nullità. Nonostante la loro apparente antinomia, l'impiego congiunto di tali impostazioni – si crede – fornisce all'interprete una pluralità di angolazioni per mezzo delle quali espandere l'orizzonte della propria cognizione su un territorio decisamente più vasto e, in parte, ancora inesplorato.

CAPITOLO PRIMO

INGIUSTIZIA E NULLITÀ - FORMALI E NON-FORMALI - DEGLI ATTI DI PROCEDURA

SOMMARIO: 1.1. Il significato storico delle «nullità processuali».– 1.2. Norme-metro di giudizio e norme-canone di comportamento nella prospettiva statica e dinamica. – 1.3. Nullità e ingiustizia degli atti processuali. – 1.4. Inquadramento dei vizi formali e non-formali nel sistema delle nullità. – 1.5. Alcune applicazioni del criterio classificatorio rinvenuto: *i*) *Violazione dei doveri di direzione processuale; ii*) *violazione del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*; *iii*) *omessa lettura del dispositivo*; *iv*) *violazione del principio di pubblicità*; *v*) *inosservanza del divieto di agire nella quiescenza del procedimento*. – 1.6. L'ambito di rilevanza dei vizi della volontà. – 1.7. Il significato della nullità formale nelle diverse specie di atto: *a*) *atti di impulso*; *b*) *atti di istruzione*; *c*) *atti induttivi e causativi delle parti*; *d*) *provvedimenti decisori e ordinatori del giudice*.

1.1. La mia riflessione sul sistema delle nullità processuali muove da una semplice domanda: per quale ragione l'ordinamento esige l'osservanza delle regole di procedura? Atteso il ruolo svolto dalle forme processuali, si è tentati di rispondere: al fine di assicurare che il giudizio si svolga secondo le modalità, l'ordine e i tempi prescritti nonché nel rispetto dei principi e delle garanzie fondamentali. Le ragioni elencate mi sembrano avere tutte un valido fondamento.

Senonché, a monte degli elencati obiettivi, credo vi sia un motivo politico o pre-giuridico che rende necessaria l'osservanza del *modus procedendi* prescritto. Perché i cittadini accettino l'autorità del provvedimento finale è indispensabile che costoro confidino nell'attendibilità del risultato processuale e ciò dipende, prima ancora che dalla giustizia della decisione, dall'ottemperanza alle regole che presiedono al percorso per giungere a quel giudizio. Prima ancora che la giustizia, è dunque la validità della decisione la condizione imprescindibile della «vera pace giuridica», senza questa ci sarebbe solo «quiete e ordine»[4].

In nessuno Stato di diritto, dunque, l'autorità della sentenza può basarsi sulla sola coercibilità del comando, ma occorre, prima di tutto, che la decisione sia considerata affidabile dalle parti, dai terzi, e, più in generale da quel popolo sovrano, nel cui nome è amministrata la giustizia ed è emanata la sentenza (art. 101 Cost. e

[4] Sulla contrapposizione tra «*wahrer Rechtsfriede*» e «*Ruhe und Ordnung*» v. H.F. GAUL, *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, Biefeld, 1956, 63 s.

art. 132[1]). Una tale forza non può che fondarsi su un «valido processo»[5]. Sicché, in definitiva, può dirsi che non è la pura autorità dello Stato a fondare l'efficacia della decisione, ma è quella stessa razionalità del *procedere* che legittima giuridicamente – e politicamente – il potere giurisdizionale dello Stato e la forza vincolante del giudicato materiale.

Premessa questa breve ma doverosa introduzione sul ruolo politico del «valido processo», la prima domanda alla quale occorre dare una risposta è che cosa significhi «nullità processuale». La locuzione ha alle spalle una storia millenaria che affonda le proprie radici nella tradizione romanistica. Prima di esaminare come il concetto di nullità processuale si è sviluppato nei secoli che separano l'*ordo iudiciorum privatorum* dalle codificazioni contemporanee, mi sembra opportuno dire subito quale significato esso assume nel sistema vigente.

Il processo è una sequenza di atti teleologicamente orientati e regolati dal diritto attraverso cui è esercitata quella funzione pubblica che è la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche. Tuttavia, essendo ogni attività umana per sua natura soggetta a errore, può accadere che i soggetti che partecipano al giudizio non ottemperino ai dettami impartiti dalla legge per l'ordinato svolgimento del processo. La nullità entra allora in gioco come categoria di valore con la quale sanzionare gli errori procedurali o, più precisamente, come conseguenza giuridica negativa ricollegata all'atto compiuto in violazione delle norme che ne regolano la formazione.

Volendo trasporre il tema su un piano filosofico, si può dire che il problema delle nullità si pone nel momento in cui si verifica una divergenza tra l'atto per come è (*Sein*) e per come dovrebbe essere nell'idea della legge (*Sollen*)[6]. Il paradigma legale di ogni atto consiste infatti di determinati presupposti e requisiti, la cui inosservanza ne determina l'imperfezione. D'altra parte, l'atto processuale è anche il risultato del comportamento volontario del giudice, delle parti, dell'ufficiale

[5] L'art. 111 Cost. parla di «giusto processo». Se con esso si intende il processo regolato dai principi che assicurano il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo, trovo condivisibile l'impiego di questa locuzione in luogo dell'espressione «equo processo», con cui solitamente si traduce la formula «*fair trial*» (art. 47 CDFUE e art. 6 CEDU). Tuttavia, nel linguaggio del codice (art. 360 *bis*), mi sembra che il termine alluda piuttosto a ciò che intendo con «valido processo» ossia a un giudizio svoltosi in conformità al diritto processuale.

[6] W. SAUER, *Grundlagendes Prozeßrechts*, Stuttgart, 1929, 13 ss.

giudiziario etc. chiamati a uniformarsi al modello normativo. La nullità dell'atto, allora, non è altro che la sanzione o reazione giuridica all'inosservanza del corrispondente schema legale.

La chiarezza del discorso esige alcune precisazioni. Nel riferirmi alla nullità come sanzione, non alludo al significato che quest'ultimo predicato assume nella teoria generale del diritto e cioè a una misura giuridica contro l'illecito. Illecita è l'azione o l'omissione che, conformandosi a uno schema di comportamento vietato o divergendo dallo schema di comportamento prescritto, si attira l'effetto sfavorevole della sanzione. Al contrario, nullo è l'atto che, divergendo dal prescritto modello legale, è improduttivo degli effetti ricollegati a quel modello. Illecito è insomma il comportamento che integra una fattispecie valutata con disfavore dalla legge, nullo è l'atto che non integra la fattispecie prescritta. Tenute ferme queste differenze, sarà chiaro al lettore che parlo di sanzione in senso a-tecnico, per riferirmi al disfavore connesso al giudizio di nullità e alle conseguenze di cui è portatore[7].

Tuttavia, nel diritto processuale, il *nomen iuris* «nullità» è a dir poco equivoco. Allude a un giudizio di (non) valore. Evoca qualcosa di evanescente o di giuridicamente inconsistente. Nullo, verrebbe da concludere, è l'atto processuale invalido e inefficace. Lo confermerebbe, del resto, lo stesso concetto civilistico di nullità che richiama alla mente il noto adagio secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*. E così era peraltro intesa la nullità dal diritto romano classico, che al *nullum iudicium* o alla *nulla sententia* disconosceva l'idoneità a produrre qualunque effetto giuridico, primo tra tutti l'effetto preclusivo della riproposizione dell'*actio de eadem re*[8].

---

[7] Negano alla nullità il carattere di sanzione: G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], Napoli, 1925, 665; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938, 490; E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Torino, 1942, 150 ss.; e G. CONSO, *op. cit.*, 62 ss. Nella letteratura francese, viceversa, non si nutrono dubbi sul fatto che la nullità sia una sanzione processuale contro gli *actes irréguliers* e non a caso il nuovo codice di rito parla, con maggiore precisione, di *nullité pour vice de forme* e *pour irrégularité de fond*, v. per tutti E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*[2], II-1, Paris, 1912, II-1, 90 ss.

[8] Dalle fonti sappiamo che il *nullum iudicium* poteva derivare da: *a*) difetto di giurisdizione, di costituzione, di competenza del magistrato (PAPINIANO: D. 49, 1, 23, 1 – ULPIANO: D. 1, 14, 3 e 4; D. 1, 18, 5; D. 2, 1, 13 pr. e 1; D. 5, 1, 81; D. 50, 17, 2 pr. e 1; D. 26, 5, 4 – PAOLO: D. 2, 1, 20; D. 5, 1, 12, 1; D. 5, 1, 49, 1 – POMPONIO: 4, 8, 18 – C. II, 2, 12, 10; C. III, 3, 1; C. VII, 56, 1; C. VII, 64, 4 e 6; C. VIII, 1, 2); *b*) difetto di capacità e di imparzialità del magistrato (ULPIANO: D. 2, 1, 10; D. 5, 1, 17;

La verità storica è che l'equivalenza nullità-inefficacia è il portato di una concezione civilistica e romanistica degli atti che, se soddisfa la logica statica del negozio giuridico, male si adatta alla natura dinamica del processo. In diritto processuale, non esiste l'atto di per sé nullo, esiste invece l'atto che, a causa di irregolarità, produce effetti diversi da quelli ricollegati al corrispondente atto valido. Vale allora quanto (paradossalmente) fu già scritto da WINDSCHEID per il negozio nullo: «non esiste per il diritto, di fatto esiste. È un corpo senz'anima; nondimeno è per questo un corpo»[9].

Le incongruenze terminologiche e concettuali, d'altro canto, sono quasi inevitabili in una materia – come quella delle nullità processuali – che è conosciuta e regolata dagli ordinamenti dell'Europa continentale da più di due millenni. In questo arco temporale si sono infatti avvicendate tradizioni, esperienze e culture giuridiche assai diverse tra di loro, ognuna delle quali ha contribuito a riplasmarne il concetto e la disciplina. Di questa evoluzione mi pare necessario ripercorrere quantomeno le fasi storiche salienti affinché sia soddisfatta l'esigenza di metodo, indispensabile a chi attende agli studi giuridici, di illuminare il percorso, spesso travagliato, che ha condotto il processo a essere così come oggi lo conosciamo.

Approfondendo l'indagine retrospettiva si scoprono elementi che non possono non suscitare interesse per la loro straordinaria attualità e che, per diversi aspetti, fanno apparire il contemporaneo «un nano sulle spalle di giganti». La giurisprudenza romana del I sec. a.C. sembra infatti già consapevole della fondamentale distinzione che, ancora oggi, impernia il sistema degli errori processuali. I giuristi dell'età classica avevano ben presente che le patologie processuali rispondono essenzialmente a due distinte tipologie: da un lato, si colloca la *nulla sententia*,

---

D. 26, 5, 8, 1 – PAOLO: 5, 1, 12, 2 e 3 – C. VII, 48); *c*) difetto di capacità e di legittimazione delle parti o del rappresentante in giudizio (GIULIANO: D. 5, 1, 74, 2 – C. VII, 45); *d*) errori nel contenuto della sentenza (C. VII, 64). Con l'introduzione della *cognitio extra ordinem*, le cause di nullità aumentano di numero e comprendono anche vizi strutturali della sentenza: *e*) non preceduta dall'udienza di trattazione, non ritualmente pronunciata o emanata nonostante un vizio nella composizione dell'organo giudicante (C. VII, 64, 4); *f*) che sia effetto dell'inattività dolosa di una parte collusa con l'avversario ai danni di un terzo (ULPIANO: 49, 1, 14, 1 – PAOLO: D. 5, 2, 17, 1 – C. 49, 1, 14, 1); *g*) dal contenuto o dalla motivazione insufficiente (C. VII, 57, 7; C. VII, 45, 11) o impossibile (PAOLO: D. 49, 8, 3 pr. e 1); *h*) pronunciata nei termini feriali (ULPIANO: D. 2, 12, 6 – C. VII, 43, 4); *h*) emanata in violazione del precedente giudicato (C. VII, 64, 1; C. VII, 50, 1; C. VII, 53, 6).

[9] B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9], I, Aalen, 1984, § 82, nt. 2, 424.

emessa in difetto di determinate precondizioni di validità, e, dall'altro, la *sententia iniqua*, contenente un accertamento difforme dal reale rapporto corrente tra le parti[10]. La nullità era dunque impiegata come formula omnicomprensiva con cui riassumere tutte le infedeltà processuali contrapposte all'erroneo giudizio sulla reale situazione giuridica delle parti.

Quale significato il diritto romano classico e postclassico attribuisse alla nullità si evince dai rimedi apprestati avverso le sentenze. Anche dopo l'introduzione dell'*appellatio*, contro la sentenza nulla si ammetteva l'autonoma azione di accertamento negativo, proponibile da chiunque e senza alcuna limitazione temporale e, perciò, anche tramite *infitiatio* in sede di opposizione all'esecuzione. «*Appellare necesse non est*» tramandano le fonti[11] e ciò spiega perché all'omesso esercizio del potere di impugnazione non era ricollegata alcuna forma di preclusione o di sanatoria. «*Nullius momenti*» significava allora irrilevanza giuridica della sentenza, equiparabile a qualcosa di non-esistente o, al più, a un fatto privo di effetti giuridici[12].

Ben diversa era la situazione al di là del "*limes* renano". La nullità di diritto romano era ignota agli ordinamenti processuali germanici. Per questi, la sentenza proposta dal giudice (*Urteilsschelte*) e non opposta prima dell'approvazione della giuria (*Vollbort*) e della sua formale pronuncia acquistava validità giuridica, sicché, quantunque viziata, diveniva incontestabile[13]. E non poteva essere diversamente dato che nella cultura giuridica germanica al giudice era assegnata la funzione non di applicare il diritto, come nell'ordinamento romano e canonico, bensì di pronunciarsi sull'esistenza di una norma, sicché la sentenza era considerata diretta espressione della legge e, pertanto, a questa equivalente. Muovendo dal principio germanico «della forza formale del giudicato», il diritto longobardo svilupperà quindi il principio di impugnabilità della sentenza affetta da errori processuali, ammettendo

---

[10] G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta*, in *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Camerino, 1985, 229 ss., e *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, *ibidem*, II, 736 ss.

[11] MARCIANO: D 49, 8, 1, § 1; e C. VII, 44.

[12] Nel primo senso H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schramberg, 1936, 19 ss.; e F. HELLMANN, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914, 27 ss; nel secondo, invece, M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 505.

[13] H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*[2], I, Karlsruhe, 1962, 28.

così la perdita di rilevanza giuridica del vizio in difetto di tempestiva domanda di annullamento[14].

Nell'età intermedia le vicende legate alla caduta dell'Impero romano d'occidente hanno consentito la contaminazione del modello della «nullità» latina con quello della «annullabilità» germanica. In realtà, l'incontro di questi modelli lungo lo snodo del processo di diritto comune segnerà ben più che il semplice confronto tra tradizioni processuali diverse. Esso rappresenterà un conflitto tra due antitetiche concezioni giuridiche destinato a perdurare fino ai giorni nostri. Non mi pare dunque esagerato asserire che, nella rielaborazione delle due figure di invalidità a opera delle legislazioni e dei dottori medioevali, si trovano già tratteggiate le linee guida delle categorie di valore che ancor oggi qualificano le infedeltà processuali (ingiustizia, nullità, annullabilità, irregolarità etc.)[15].

Nell'età intermedia, la tappa più importante di questa evoluzione è segnata dall'introduzione della *querela nullitatis* con la quale far valere, entro un dato termine, gli *errores in procedendo*. Costringendo a impugnare la sentenza viziata al fine di evitarne la sanatoria, l'introduzione di questa azione di impugnativa da parte delle legislazioni statutarie segnò la parziale vittoria della «annullabilità» germanica sulla «nullità» di matrice latina. Ma restò appunto una vittoria parziale, giacché la nullità di ispirazione romanistica non cedette mai del tutto[16]. L'inevitabile influenza della tradizione romanistica e una certa fluidità delle fonti del diritto, consentì infatti ai dottori del medioevo di ignorare il diritto statutario e di ammettere ancora l'esistenza di vizi – che i canonisti (giusnaturalisti) identificavano con i *defectus iuris*

---

[14] Il termine «*Princip der Formalkraft des Urtheils*» è coniato da A. SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1886, 5 e 32 s. L'A. vede nell'appello longobardo l'antecedente storico della *querela nullitatis* e della *Nullitätsbeschwerde* del diritto statutario italiano e del diritto comune tedesco. Di contrario avviso è P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, in *Opere giuridiche*, VI, Napoli, 1965, 134 e nt. 10, secondo cui la *querela nullitatis* non «può dirsi di origine romana, né di origine germanica, sibbene di pura formazione italiana». Non è difficile accorgersi di quanto la polemica tra i due studiosi risenta di quell'orgoglio nazionale che alimentava allora il dibattito sul conflitto tra romanesimo e germanesimo giuridico.

[15] Per quanto riguarda l'antitesi tra *sententia nulla* e *sententia iniqua*, va però riconosciuto che la distinzione non è sempre chiara negli studi della dottrina dell'epoca. Lo riprova il fatto che invalida era considerata anche la pronuncia manifestamente o notoriamente ingiusta; sul punto v. le citazioni di VANZI, SCACCIA E ALTIMARO riportate da A. SKEDL, *op. cit.*, 145 nt. 5, 154 nt. 41, 171 nt. 18 e 19.

[16] Sul punto rinvio ancora una volta il lettore alla ricostruzione di A. SKEDL, *op. cit.*, 112 ss.

naturalis[17]– capaci di cagionare la nullità del giudizio e opponibili con l'azione di mero accertamento negativo[18].

Non si tratta di una contraddizione dei soli Statuti italiani. Anche il diritto comune francese, che come quello italiano è stato terreno di scontro tra tali principi antagonistici, continuava a riconoscere la nullità romanistica, consentendo alla sentenza non appellata, che ne fosse affetta, di sfuggire al principio germanico della forza formale del giudicato. Ne sono una riprova le regole del Parlamento di Parigi che permettevano di contestare, con *actio nullitatis*, i vizi più gravi anche dopo la preclusione del gravame[19].

Per tutta l'età moderna si assiste a questa altalenante lotta tra il modello romano-canonistico delle *nullitates iuris naturalis*, operanti *ipso iure* e *insanabiles*, e il modello germanico delle *nullitates iuris positivi*, opponibili con la querela e perciò *sanabiles* in difetto di impugnazione[20].

Del conflitto tra queste due opposte concezioni delle patologie processuali v'è traccia nei §§ 121 e 122 del *Jüngster Reichsabschied* tedesco del 1654. In esso si dettava un sistema differenziato di rimedi. Le sentenze affette da *nullitates sanabiles* – come anche quelle *iniquae* – dovevano appellarsi, entro dieci giorni e dinanzi al giudice *ad quem*, per evitare che divenissero incontestabili. Viceversa le pronunce nulle *ex substantialibus processus* erano in grado di sopravvivere al giudicato o, più correttamente, di perdurare fino alla scadenza della prescrizione trentennale ordinaria, termine questo entro il quale era proponibile, innanzi al giudice *a quo* e in

---

[17] Le influenze della cultura giusnaturalista sull'esegesi e sulle legislazioni processuali sono messe in evidenza da C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, 42 e 45 s., che ricorda come la dottrina ecclesiastica vedesse «nel diritto naturale, identificato con la legge divina rivelata, un ottimo strumento per stabilire un argine alla legge positiva a beneficio di quella della Chiesa».

[18] Ammettono l'azione e l'eccezione di nullità della sentenza imperfetta senza limiti di tempo i giureconsulti: G. DURANTE, *Speculum iudiciale*, Roma, 1237, II, 3, § 8, n. 30; e S. SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, Frankfurt, 1615, *Quaestio* XIX, *Rem*. I, *Concl*. III, n. 2, e *Concl*. VI, n. 87. Tuttavia, secondo P. CALAMANDREI, *op. cit.*, I, cit., 145, la dottrina dell'età intermedia avrebbe già visto nell'azione di nullità un'azione costitutiva e ciò «l'avrebbe tratta, sia pure inconsciamente, ad accogliere quel nuovo concetto di «annullabilità»».

[19] *Stylus Curiae Parlamenti*, XX, §§ 4, 5 e 6. La coesistenza della nullità accanto all'appellabilità della sentenza irregolare risulta anche dallo studio di P. DE BEAUMANOIR, *Cotumes de Beauvaisis*, ed. Paris, 1899, II, n. 1898, 1912, 1913 e 1914.

[20] La contrapposizione emerge in S. SCACCIA, *op. cit.*, *Quaestio* XIX, I, II, n. 19; e in D.B. ALTIMARO, *De nullitatibus sententiarum et contractum*, Venezia, 1706-1727, Rub. V, qu. 36, n. 17.

funzione di accertamento negativo, il rimedio straordinario dell'*actio nullitatis insanabilis*[21].

Anche la procedura francese regolata dall'*Ordonnance civile* del 1667 imponeva l'appello come rimedio ordinario contro le sentenze nulle e la *requête civile* contro determinati (e più gravi) vizi delle sentenze inappellabili. Ciò significa che il regolamento promulgato da Luigi XIV, quando qualificava nulla la sentenza imperfetta, intendeva in realtà riferirsi a un'annullabilità sanabile con l'esaurimento dei mezzi di impugnazione ordinari e straordinari. Senonché la nullità di matrice romanistica riapparve, come una fenice, negli studi di quella dottrina sensibile all'esigenza logica di disconoscere rilevanza giuridica alle sentenze affette da imperfezioni più gravi di quelle indicate dalla legge come causa di nullità[22].

Con riguardo all'età moderna meritano infine d'essere ricordati i passi in avanti compiuti dalla dottrina nell'opera di sistematizzazione delle categorie di valore. In alcuni studi dell'epoca iniziano a essere classificate, secondo criteri non dissimili da quelli impiegati dalla contemporanea scienza giuridica, le diverse cause di nullità già elencate in ordine sparso nelle raccolte giustinianee o *ex novo* introdotte dal diritto statutario e canonico. In taluni commentari si trova così tratteggiata la distinzione tra difetti dell'*ordo iudiciarius* (presupposti processuali e ordine logico delle attività), di *solemnitas* (forme processuali), dei *substantialia processus* (atti indispensabili per la validità del giudizio) e da *extra vel ultra petita partium*[23]. Si tratta di classificazioni che non sono poi così distanti da quelle odierne e che evocano già la moderna contrapposizione tra nullità formali e non-formali.

L'attenzione è, naturalmente, ancora tutta concentrata sui difetti dell'azione e della sentenza. Tuttavia, si trovano già ben definiti i termini della contrapposizione tra le due figure di invalidità: la nullità segue la sentenza affetta da vizi talmente gravi da risultare improduttiva di effetti giuridici, opera di diritto, è rilevabile anche d'ufficio e, soprattutto, poiché insanabile, può essere fatta valere con un'autonoma azione di accertamento; per contro è qualificata come annullabile la decisione che,

[21] La distinzione tra nullità opponibili con gli ordinari mezzi di impugnazione e nullità da far valere con *Nullitätsklage* dinanzi al giudice *a quo* si ritroverà ancora nella *Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana del 1793.

[22] Di sentenze talmente imperfette che «non possono acquisire l'autorità di cosa giudicata» scriveva lo stesso R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, ed. Bruxelles, 1831, I, 260 ss.

[23] Per gli opportuni riferimenti rinvio alle note di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, I, 148 ss.

seppur affetta da vizio sanabile, è precariamente efficace ossia produce effetti fintantoché non sia espunta dal giudizio, su opposizione tempestiva della parte interessata e con provvedimento costitutivo del giudice.

È però nell'epoca delle moderne codificazioni che si registra un decisivo cambiamento a favore del modello dell'annullabilità. E non poteva essere diversamente dato che alle esigenze di certezza e rapidità della produzione e circolazione dei beni, avvertite dalla società appena uscita dall'*ancien régime*, bisognava rispondere con l'adozione di modelli che favorissero la sicurezza e la celerità della giustizia. Il sistema di matrice romano-canonistica risultava ormai incompatibile con l'aspirazione degli ordinamenti moderni a contenere gli effetti dirompenti delle nullità e a promuovere la stabilità del risultato processuale.

La prima vera inversione di tendenza si è avuta con l'*Allgemeine Gerichtsordnung* austriaca del 1781, che, al § 263, ammetteva la sola proposizione della *Nullitätsbeschwerde* come motivo di impugnazione per errori processuali, e successivamente con il *Code de procédure civile napoléonien* del 1806 che, in omaggio al principio «*voies de nullité n'ont pas lieu en France contre les jugements*»[24], ha abolito, all'art. 480[n.2], qualunque azione di accertamento negativo per riassorbirla negli ordinari mezzi di impugnazione istituiti per riparare alla sentenza ingiusta.

Senonché proprio in Francia – e nei Paesi occupati ove verrà recepita l'impostazione del *Code napoléon* – il codificatore ha continuato a impiegare il termine «nullità» per indicare la sanzione generale contro le anomalie processuali e ciò benché la locuzione non corrispondesse più al concetto di *nullitas* romana o di *Nullität* del diritto comune. Questa incongruenza terminologica, probabilmente dovuta all'influenza della tradizione romano-canonica e al recepimento passivo del modello civilistico della *nullité des conventions*[25], ha rappresentato un elemento di

[24] Il motto, attribuito all'avvocato generale BIGNON, riportato da P.A. MERLIN, *Nullité*, in *Répertoire de jurisprudence*[5], II, Paris, 1827, 663, sottolinea come il rimedio dell'*actio nullitatis* non avesse più ragion d'essere dal momento in cui il diritto comune francese ammise, contro le sentenze nulle, l'appello da esercitarsi, in funzione di *querela nullitatis*, entro il termine trentennale della prescrizione ordinaria.

[25] Sulle origini storiche della distinzione tra le categorie della *nullité* e della *inexistence* v. C. BESSO, *op. cit.*, 60 ss., la quale rileva come, nel diritto civile, la seconda servì a delimitare

criticità che non solo ha allontanato i sistemi d'ispirazione francese dalle legislazioni austro-tedesche di fine '800, ma ha anche rallentato il percorso di autonomizzazione della teoria degli atti processuali dalla dottrina dei negozi giuridici, contribuendo a generare equivoci sull'esatta natura della nullità processuale. Paradigmatico, in proposito, è il passo della relazione al progetto del codice italiano in cui si afferma che l'atto sfornito dei mezzi necessari per il raggiungimento dello scopo «piuttosto che annullabile, sia nullo e giuridicamente inesistente» (!)[26].

È solo con gli studi di BÜLOW che inizia la progressiva opera di affrancamento del sistema degli atti processuali dalle catene della tradizione romano-canonistica e della dottrina del negozio giuridico. Questa emancipazione inizia col riconoscimento dell'ontologica interdipendenza degli atti procedurali e della loro strumentalità al provvedimento giudiziale. Tali caratteri, se da un lato rendono gli atti tendenzialmente incapaci di incidere sul diritto sostanziale, dall'altro li vincola in una sequenza unitaria, ordinata e finalisticamente orientata[27]. La distanza dai negozi di diritto privato non potrebbe essere più grande.

La tappa successiva è l'assunzione di consapevolezza che «tutto il diritto processuale è fondato sul principio di difesa e di impugnazione. Non vi sono nullità nel senso inteso dal diritto civile. Ciò che viene per abitudine definita nullità processuale, a un'approfondita indagine, è solo impugnabilità»[28]. L'*error in procedendo* è divenuto, negli ordinamenti più avanzati, fenomeno endo-processuale e come tale non più opponibile in ogni tempo con l'azione di mero accertamento, ma

---

negativamente il concetto della prima, sicché mentre l'una consentiva la produzione d'effetti, anche se solo in via precaria, l'altra determinava l'irrilevanza assoluta del negozio.

[26] *I motivi del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino, 1870, 79 s. La stessa confusione concettuale si ritrova nell'affermazione di M. BATTISTA, *Nullità degli atti di procedura*, in *Dig. it.*, XVI, Torino, 1905-1910, 534, secondo cui «l'atto nullo deve ritenersi come inesistente, cioè come mai avvenuto».

[27] O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, Freiburg, 1899, 79 s.

[28] Ancora O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheit, in Archiv für die civ. Praxis*, n. 62, 1879, 76 ss. La riflessione dell'A. ruota attorno al ruolo che il diritto processuale moderno assegna all'impulso di parte nella funzione di accertamento e di tutela dei contrapposti interessi. Il processo è operazione di accertamento, la cui validità e giustizia dipendono dal sollecito esercizio del diritto di contraddire. Da tale impostazione discende quel principio di responsabilità giuridica che fa ricadere sulla parte negligente le conseguenze negative dell'invalido esercizio dei diversi oneri di opposizione, eccezione e impugnazione.

eccepibile o impugnabile entro precisi termini perentori nonché sanabile una volta maturata la decadenza o esauriti gli ordinari mezzi d'impugnazione.

In quest'opera di sistematizzazione degli atti processuali e di ricostruzione delle loro categorie di valore si dimostrerà decisiva la speculazione di GOLDSCHMIDT. Nella Sua «concezione dinamica della scienza del diritto giustiziale» il processo è inteso come progressiva successione di situazioni giuridiche scandite dal compimento di atti processuali[29]. In una moderna concezione giuridica, ove il giudizio si costruisce atto per atto, non può esservi spazio per una nullità di tipo privatistico, perché non è pensabile né di invalidare l'efficacia di uno dei momenti della procedura né di sottrargli alcuno degli elementi su cui si fonda senza che venga meno l'idea stessa di processo come *stufenweiser Aufbau*.

Questa breve ricostruzione storica della nullità processuale non può compiutamente chiudersi senza dare conto dell'opera legislativa di KLEIN, in cui, a mio parere, si ritrova la più avanzata e coerente regolamentazione dei vizi processuali[30]. Il giurista viennese muove dalla semplice considerazione che non tutte le violazioni del diritto processuale possono ugualmente pregiudicare il raggiungimento del fine del processo, ma che esse devono distinguersi a seconda della loro gravità e della loro rilevanza pubblicistica.

La *Zivilprozeßordnung* austriaca del 1895 suddivide così le cause di inammissibilità della domanda per difetto dei presupposti della decisione di merito e per violazione delle garanzie processuali (§§ 7, 230^{3} e 477) da tutti gli altri vizi di forma e dell'istruttoria che sono idonei a provocare l'ingiustizia della decisione (§§ 84, 196, $496^{1,n.2}$ e $503^{n.2}$). Alle due categorie corrisponde un diverso regime giuridico in ordine alle condizioni di rilevanza, alla tecnica di rilevazione, alle cause di sanatoria e al loro trattamento in sede di impugnazione. Le accomuna però il

[29] J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*[2], Berlin, 1962, 253 ss.

[30] Sui rapporti tra il giurista viennese e la letteratura giuridica italiana, si leggano le pagine di A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Milano, 2013, 106 ss. e 114 ss., il quale rileva come la radicalità del modello proposto da KLEIN e il significativo mutamento di prospettiva che questa esigeva non solo siano sfuggite alla dottrina italiana - e non solo! - attardatasi su posizioni tecnico-concettualistiche chiuse alle esigenze della contemporaneità, ma siano state da quella riduttivamente circoscritte al solo "mito" dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione.

carattere di pregiudizialità rispetto al sindacato sul merito degli atti[31] e, soprattutto, la circostanza che il vizio, se non rilevato o non corretto su impulso dell'ufficio quando ciò è possibile, assume sempre rilevanza come errore del giudice e a cui lo stesso giudice o un altro a esso sovraordinato è tenuto a rimediare al fine di garantire alle parti quella concessione della tutela giurisdizionale di merito in cui si sostanzia il fine del processo.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro che la nullità, di cui v'è ancora traccia nelle codificazioni processuali di ispirazione francese o comunque di tradizione romano-canonistica, può vuol dire **inammissibilità**, **annullabilità-impugnabilità** o **inutilizzabilità**[32]. Tuttavia, sarebbe illusorio credere che il superamento della *nullitas* di diritto comune abbia consegnato alla storia del diritto il tema del «non-atto». Il problema del *Nichturteil* o dell'*inexistance des actes* ha continuato a impegnare la dottrina e la giurisprudenza dell'Europa continentale ogniqualvolta si è posto il problema di qualificare vizi talmente gravi da mettere in discussione la stessa rilevanza giuridica degli atti processuali (*infra* § 4.4.)[33]. Tuttavia, l'atto "inesistente" resta una questione che si pone ai limiti del tema degli errori processuali e non contribuisce dunque a definire né il concetto né il regime delle nullità degli atti di procedura.

1.2. Si è lasciato il discorso sul significato moderno dell'inesecuzione della legge processuale dicendo che, se l'atto è il fatto della volontà umana e la fattispecie legale ne è l'archetipo, allora la nullità è la questione di rito posta dal conflitto tra come un processo è e come dovrebbe essere. La nullità pone insomma all'attenzione dello studioso il problema dell'errore nel processo.

---

[31] Anche al fine di rimarcare l'opposizione tra questione di rito-questione di merito e la pregiudizialità dell'una rispetto all'altra, il legislatore austriaco ha previsto che le decisioni di rito abbiano forma di ordinanza (*Beschluss*) e che le pronunce di merito siano redatte con sentenza (*Urteil*). Con ordinanza sono poi decise le questioni di rito anche quando il giudice le rigetta per scendere nella decisione di merito. In tal caso viene redatto un unico documento, ma l'ordinanza, proprio in ragione del carattere pregiudiziale delle questioni che decide, viene formalmente stilata prima della sentenza di merito.

[32] E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, 106, rilevano che *nullité de plein droit* non sono ammesse in diritto processuale.

[33] Per il dibattito sviluppatosi nella dottrina tedesca e italiana sul tema della «non-sentenza» rinvio ancora a C. BESSO, *op. cit.*, 72 ss.

L'indagine storica mette in luce un aspetto del processo che risulta anche dalla semplice osservazione empirica e cioè che gli errori in cui le parti e il giudice possono incorrere nel corso del giudizio rispondono a due tipi differenti. Da un lato, v'è il **vizio di attività**, conseguente all'inosservanza delle norme che regolano il procedimento formativo dell'atto e, dall'altro, l'**errore di giudizio**, dipendente dall'erroneità dell'operazione logica volta ad accertare quale è, nel caso controverso, la concreta volontà di legge[34].

Tali definizioni sono ricalcate sulla tradizionale suddivisione tra *error in procedendo* ed *error in iudicando* e vantano il sostegno di una tradizione millenaria. Come ho poc'anzi tentato di mostrare, alle due infedeltà processuali gli ordinamenti dell'età classica e intermedia ricollegavano distinte conseguenze giuridiche, la *nulla* e la *iniqua sententia*, e due corrispondenti rimedi, la *querela nullitatis* e l'*appellatio*. Non si pensi però che, in quegli ordinamenti, la distinzione fosse più chiara di quanto lo sia oggi, visto che, all'inizio del XIX sec., tali concetti dovevano soffrire di una non ancora compiuta ricostruzione dei rapporti tra diritto e processo[35].

Il problema da cui intendo muovere è se la distinzione abbia ancora una qualche utilità per la comprensione delle nullità e per la sua sistematizzazione all'interno del fenomeno delle infedeltà processuali. Non si tratta di una domanda retorica ma di una questione di metodo. In fondo, lo studio delle nullità degli atti potrebbe anche principiare con l'esegesi degli artt. 156 ss. o, al più, con l'analisi delle diverse specie di nullità. Potrebbe dunque apparire anacronistico o metodologicamente scorretto prendere le mosse dalla tradizionale distinzione ingiustizia-invalidità[36].

---

[34] Contrapposizione già presente in ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in Decretales*, Venezia, 1571, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.* II. 27, n. 1. Due secoli dopo è R.J. POTHIER, *op. cit.*, n.ri 866 ss., a distinguere il *jugement nul*, reso contro le forme processuali, dal *jugement inique*, derivante dall'errore di giudizio. A G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], cit., 1030, e *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli 1934, 599, spetta poi il merito di aver riproposto, nella moderna letteratura italiana, la suddivisione tra «difetto di attività» ed «errore nel giudizio», seppur al solo fine di distinguere le funzioni che il sindacato di cassazione può assumere.

[35] Ciò è evidente nell'opera di N.T. GÖNNER, *Handbuch des gemeinen deutschen Processes*, III, Erlangen, 1804, §§ 13 e 28 ss., ove la nullità della sentenza è ricollegata all'erronea interpretazione e applicazione giudiziale di norme inderogabili o all'erroneo giudizio di merito su diritti non negoziabili.

[36] Con il termine «invalidità» non indico un particolare tipo di imperfezione ma, più semplicemente, la categoria omnicomprensiva di ogni *species* di vizio processuale. La scelta di

La domanda è ancor meno scontata se si considera che nella più recente letteratura l'antitesi *error in procedendo-error in iudicando* è stata oggetto di critiche assai severe che fanno dubitare dell'opportunità di conservarla. La distinzione, riproposta da CHIOVENDA all'attenzione degli studiosi perché ritenuta di «somma importanza riguardo al sistema delle impugnazioni della sentenza», è stata rifiutata dalla dottrina moderna proprio come criterio ordinante di quel sistema[37].

A mio avviso, invece, la contrapposizione ha ancora una sua validità. Lo studio delle nullità processuali non sembra poter fare a meno di questa contrapposizione per la semplice ragione che è lo stesso codificatore ad accoglierla nel momento in cui ha introdotto, nella parte generale del codice, una regolamentazione specifica dei vizi di struttura degli atti e delle sentenze (art. 156 ss.) per contrapporla, con riguardo ai motivi di ricorso in cassazione, alla «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» (art. 360$^{n.3e4}$).

Con ciò non intendo ovviamente dire che l'*error in procedendo* coincida con la nullità, perché ciò equivarrebbe a escludere altre categorie di valore (irregolarità, inammissibilità, decadenza) che sono a pieno titolo riconducibili allo schema dei vizi di attività. Rilevo solo che la nullità è una delle sanzioni ricollegate all'inesecuzione delle regole di procedura e che le categorie della (in)validità e della (in)giustizia (o della(in)fondatezza[38]) non hanno solo un valore meta-giuridico – *Natur der Sache nach* direbbero i giusnaturalisti – ma corrispondono a un regime positivo differenziato che trova in questa contrapposizione una logica ordinante.

L'antitesi, tuttavia, non gode di un solido fondamento teorico e le definizioni tradizionalmente fornite lasciano nell'ombra la natura e le cause della

---

impiegare l'invalidità come mero schema riassuntivo delle imperfezioni processuali deriva dalla constatazione che i tentativi di dimostrarne l'autonomia concettuale non hanno partorito che risultati ambigui e sfuggenti.

[37] Dubita «della fondatezza o, comunque, dell'opportunità della tradizionale contrapposizione» per ordinare i motivi di ricorso in cassazione E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Padova, 1960, 102 ss. Per E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967,66, l'antitesi non consente di raggiungere «alcun risultato decisivo circa la struttura del procedimento di rinvio». Infine «l'inopportunità di uno studio sulle impugnazioni formato in dipendenza dalle qualifiche di nullità ed ingiustizia» è sostenuta da A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 96 ss. e 224 ss.

[38] Si avverte il lettore che, nel prosieguo del lavoro, la categoria di valore della fondatezza verrà riferita agli atti captatori delle parti (c.d. *Erwirkungshandlungen*) mentre quella dell'ingiustizia ai provvedimenti decisori del giudice; terminologia, questa, accolta anche da A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, 7.

contrapposizione ingiustizia-invalidità. Affinché sia soddisfatta la necessità di metodo «di determinare con precisione, magari con sottigliezza, gli elementi concettuali che devono servire all'ulteriore ricerca: di affilare, a dir così, gli strumenti che dovranno adoprarsi nel successivo ragionamento»[39], l'indagine dovrà allora definire quando si determina il vizio di attività e quando il difetto di giudizio o, in altri termini, quando un atto va ritenuto invalido e quando ingiusto.

Senonché, discernere l'uno dall'altro non è operazione semplice. Il terreno su cui si muove la distinzione è indubbiamente scivoloso, come avviene ogniqualvolta le definizioni e gli strumenti concettuali si muovono sul terreno della pura logica astratta. L'antitesi risulta equivoca anche perché i concetti, che le due nozioni richiamano, non sono usati dagli studiosi in modo uniforme[40]. D'altro canto, è pur vero che le diverse opinioni si giustificano in base alla prospettiva assunta e al fine pratico perseguito e, perciò, hanno tutte una propria legittimazione[41]. A questo punto, prima di fornire delle definizioni di validità e di giustizia che siano di utilità per il prosieguo dell'indagine, richiamerò brevemente le posizioni espresse dalla dottrina.

Sono essenzialmente due i criteri distintivi in base ai quali classificare le tesi proposte. Un primo orientamento discrimina gli *errores in procedendo* dagli *errores in iudicando* muovendo dalla natura della norma violata o della questione decisa, per cui se a risultare violata è una norma di rito allora il vizio riguarda l'ordine processuale, se invece è trasgredita una norma sostanziale allora si ritiene violato il merito del processo[42].

---

[39] L'urgenza di metodo a cui fa riferimento P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 173, risponde alla «necessità di avere ben chiare le idee elementari sistematiche senza le quali non si può con coscienza affrontare la risoluzione dei problemi di diritto positivo».

[40] Nella letteratura processuale i momenti salienti del dibattito fiorito sulla distinzione tra *error in procedendo* ed *error in iudicando* sono a mio avviso scanditi dai contributi di: E. BELING, *Revision wegen «Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren»*, in *Festschrift für Binding*, II, Leipzig, 1911, 87 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 498 ss.; P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 213 ss.; E.-M. BAJONS, *Prozeßentscheidung als Verfahrensverstoß?*, in *JBl*, 1981, 631 ss.; e M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione, Contenuto e limiti*, Milano, 1993, 219 ss. Per una più ampia esposizione delle posizioni assunte dagli Autori italiani cfr. E.F. RICCI, *op. cit.*, 62 ss.; e A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, 358, nt. 161.

[41] Sul punto, rinvio il lettore alle osservazioni metodologiche di W. SAUER, *op. cit.*, 13.

[42] È l'ordine di idee seguito da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], Roma, 1951, II, 177 s.; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960, 289; S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 189; e G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*[13], Napoli, 1988, 632.

Il secondo indirizzo distingue gli errori a seconda che il vizio derivi dall'inesecuzione delle norme che regolano il procedimento formativo di un atto, e allora si è di fronte a un vizio di attività, oppure dall'erronea dichiarazione della volontà di legge, processuale o sostanziale, e in tal caso si tratterà di un difetto di giudizio, appunto sul rito o sul merito[43].

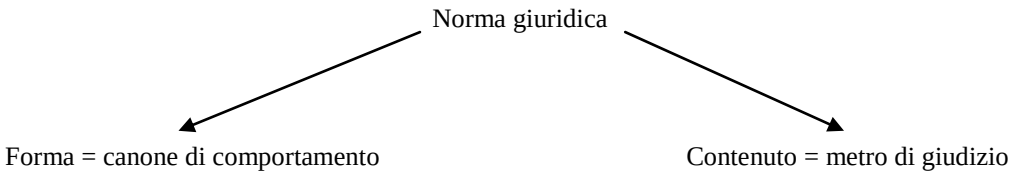
La seconda impostazione è senz'altro preferibile, se non altro perché coglie la complessità del fenomeno dell'errore processuale, che non può certo essere ridotta all'antitesi tra questioni di rito e questioni di merito. Senonché, l'intuizione su cui si basa mi sembra priva di un solido fondamento teorico e non ancora sviluppata in tutte le sue implicazioni pratiche. In particolare, rimangono trascurati: il fattore che distingue il giudicare dal procedere, la diversa posizione dei soggetti del giudizio rispetto agli errori nonché la questione delle eventuali sovrapposizioni tra ingiustizia e invalidità. Per rispondere a tali quesiti mi pare indispensabile mettere prima di tutto in luce quali rapporti i soggetti del giudizio intrattengono con quelle norme giuridiche che, atto dopo atto, vengono in gioco durante la lite.

Il primo passo da compiere sta nel riconoscere che il diritto – tutto il diritto oggettivo – è «**forma**», nel senso che qualunque norma detta, in primo luogo, un **canone di comportamento**. L'asserzione è frutto di una prospettiva statica che riduce il fenomeno giuridico a rapporto tra il precetto, contenente la regola di condotta, e i suoi diretti destinatari. Quello statico, tuttavia, è solo uno dei punti di vista adottabili.

Il diritto, infatti, è anche funzione logica o «**contenuto**». Quando sorge contrasto o incertezza sul modo d'essere dei rapporti giuridici o sull'esistenza di un comportamento illecito quella stessa norma, che prima regolava le situazioni soggettive dei suoi destinatari, diventa ora **metro di giudizio**. La prospettiva dinamica è quella assunta dall'organo munito dell'autorità di dichiarare, in modo vincolante per i destinatari, la concreta volontà di legge ossia di statuire quale è il concreto canone di condotta. L'accertamento della situazione giuridica controversa

[43] È il criterio proposto da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], cit., 893 e 1030, e *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 491, 512, 577 e 599; P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 218 ss.; e F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 659.

determina il mutamento della prospettiva; la norma è sempre la stessa, ma è colta sotto un'ottica diversa[44].



Calando il discorso nella teoria degli atti, con il termine «**forma**» intendo il rapporto che, nella prospettiva statica, intercorre tra la norma-canone di comportamento e l'atto da compiersi in conformità a quella disposizione. Il «**contenuto**», invece, fa riferimento al rapporto trilaterale che, nella prospettiva dinamica, corre tra il (f)atto sottoposto al controllo di legalità, il paradigma normativo assunto a metro di giudizio e l'attività interpretativa-applicativa del giudice[45].

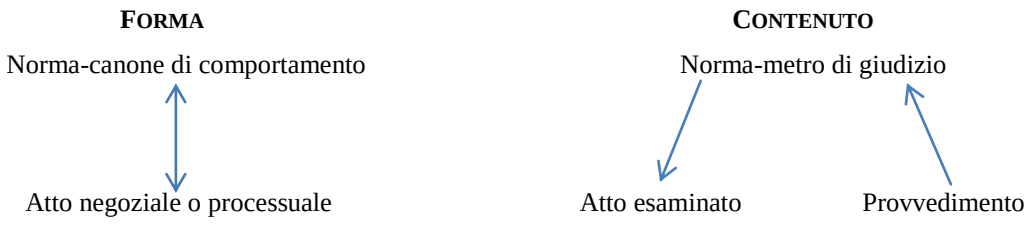
Se ogni norma dell'ordinamento si presta a essere sia «forma» (*Verhaltensmaßregel*) che «contenuto» di un qualunque rapporto giuridico (*Entscheidungsmaßstab*) è indifferente che oggetto dell'accertamento sia un'attività negoziale o processuale. In entrambi i casi, nelle mani del giudice chiamato ad accertare la concreta volontà di legge, il diritto (sostanziale o processuale), da regola di comportamento, si converte in metro di giudizio.

Con ciò non si vuol dire che l'operazione logico-intellettuale che presiede all'interpretazione giuridica sia appannaggio esclusivo del giudice. A questi spetta il monopolio del giudizio, il che non significa che i contraenti o le parti non possano formulare una propria valutazione giuridica sulla validità del proprio atto negoziale o processuale. Senonché, nel momento in cui costoro esprimono tale parere, essi parlano come giuristi e le loro «argomentazioni astratte hanno unicamente un valore

[44] La capacità di integrare le prospettive statica e dinamica è la peculiarità di quel metodo scientifico che J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 227 s., chiama «diritto giustiziale».

[45] Cfr. A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, 101. Per la contrapposizione tra *Form*, intesa come conformità dell'atto alle norme che ne disciplinano presupposti e requisiti, e *Inhalt*, intesa come rispondenza di istanze, deduzioni e decisioni alla reale situazione di fatto e di diritto cfr. W. SAUER, *op. cit.*, 511; e W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, Göttingen, 1950, 97 ss.

dottrinario e ammettono quelle discussioni e quelle confutazioni che la cosa giudicata non può ammettere»[46].



Dalle riflessioni che precedono è possibile trarre una prima conclusione. Nel processo operano non tanto norme di tipo diverso, quanto piuttosto norme che intrattengono con i soggetti del giudizio diverse relazioni funzionali. Nell'ottica statica, la relazione è diretta, perché il destinatario della norma è chiamato a dare esecuzione alla regola di condotta. Dal punto di vista dinamico, invece, il rapporto che quella medesima norma coltiva con l'organo della decisione è mediato, in quanto fornisce il «contenuto» dell'operazione intellettuale di interpretazione e applicazione del diritto. A distinguere i due profili è allora l'**impiego funzionale** che il soggetto fa della norma giuridica violata[47].

1.3. Su questi binari è ora possibile delineare l'antitesi tra vizio di attività e difetto di giudizio. Poiché l'argomento riflette il più ampio tema dei rapporti tra diritto e processo, non stupisca se, nell'impostare l'analisi, le imperfezioni degli atti di procedura verranno accostate a quelle dei negozi di diritto privato[48].

Valido è l'atto che, in quanto corrispondente al modello legale che ne stabilisce la «forma», risulta idoneo a produrre gli effetti che l'ordinamento fisiologicamente gli ricollega. Viceversa, l'*error in procedendo*, come il *vitium in contrahendo*, scaturisce dall'inesecuzione della legge (processuale o sostanziale) a opera delle parti o del giudice a cui singolarmente e direttamente si rivolge la norma-canone di comportamento. L'inosservanza della legge processuale, derivante dalla divergenza dell'atto dal modello legale, è così sanzionata con la **nullità** che preclude l'esame del suo «contenuto». La questione di validità si pone allora come

[46] P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 223.

[47] Cfr. E.-M. BAJONS, *op. cit.*, 633, e nt. 37 e 38, secondo cui è la «applicazione funzionale» della norma alla conduzione della causa o alla sua decisione a distinguere il procedere dal giudicare.

[48] Impostazione di studio peraltro già proposta da P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 174 ss.

pregiudiziale per l'evidente ragione che l'ammissibilità del sindacato sulla fondatezza o sulla giustizia dell'atto è subordinata alla sua rispondenza alla fattispecie astratta.

Fondato o **giusto** è l'atto se la situazione di fatto o di diritto con esso affermata o accertata («contenuto») corrisponde alla realtà fattuale e giuridica[49]. Poiché solo il giudice detiene l'autorità per dichiarare in maniera vincolante la concreta volontà di legge (art. 2909 c.c.), il difetto logico delle prospettazioni di parte determina una mera infondatezza o *error in opinando*. Quando invece a risultare inquinato è il prodotto dell'attività ragionata del giudice nell'interpretazione e applicazione della norma-metro di giudizio emerge l'*error in iudicando*, che provoca l'erronea dichiarazione della concreta volontà di legge sostanziale o processuale[50]. Naturalmente il *procedere* può interferire sullo *iudicare*. Come tra poco si vedrà, al vizio di costruzione dell'atto segue l'ingiustizia della decisione quando il giudice valuta erroneamente la questione di rito relativa all'(in)validità di un atto[51].

Il discorso è lineare se rapportato al diritto sostanziale. Questo, nella fase pre-contenziosa, è «forma» del *modus operandi* degli operatori economico-giuridici, mentre, nello stadio giudiziale, diventa «contenuto». I criteri di struttura dei contratti (artt. 1325 ss., 1418 ss., 1425 ss. e 1447 ss. c.c.) dettano, *ante litem*, il canone di comportamento, mentre *in iure* assurgono a metro di giudizio su cui parametrare la fondatezza della domanda e la giustizia della sentenza. Se sussiste un *vitium in contrahendo*, allora la domanda di nullità o annullabilità è fondata – e viceversa – così come giusta è la sentenza che la accolga.

---

[49] È scontato che mentre la fondatezza degli atti captatori si traduce nella loro idoneità a provocare la decisione auspicata, la giustizia dei provvedimenti giudiziali implica la corrispondenza della ricostruzione fattuale e giuridica operata dal giudice alla reale situazione di fatto e di diritto. Della fondatezza degli atti di diritto privato, invece, può parlarsi solo se hanno funzione dichiarativa (lodo irrituale e perizia arbitrale).

[50] «*Ut iudices secundum scriptam legem iuste iudicet, non secundum arbitrium suum*» ammoniva già il *Capitulare missorum generale* (an. 802). Si tratta di un principio garantistico che taluni ordinamenti hanno espressamente positivizzato (cfr. art. 101[2]Cost. e § 1 *GVG* tedesca).

[51] La diversa opinione sostenuta da E. BELING, *op. cit.*, 87 ss., secondo cui violazione e falsa applicazione del diritto implicano la trasgressione della norma processuale che impone di giudicare *secundum ius*, non è condivisibile – oltreché per i motivi esposti da P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 218 ss. – proprio perché confonde il piano dell'ammissibilità con quello della fondatezza.

In diritto processuale il quadro è complicato dal fatto che la violazione delle norme di rito suscita incertezza ed estende il contenzioso proprio sull'effettiva esecuzione di quella stessa legge che dovrebbe essere strumentale alla composizione del conflitto. Le norme processuali mutano così da canone di comportamento in metro di giudizio, sul quale scrutinare la fondatezza dell'eccezione di nullità e la giustizia della relativa decisione di rito.

Quando il giudice sbaglia nel rigettare l'istanza con cui una parte domanda che si pronunci la nullità di un atto della procedura o quando manca all'obbligo di rilevare d'ufficio la pregressa nullità, il vizio di attività si trasfonde nell'errore di giudizio sulla questione di rito. Ne esce confermato che il diritto processuale non è solo regola del *procedere* (forma-contenuto, tempo-luogo e ordine procedimentale), ma è altresì funzione logica dello *iudicare*[52].

L'accostamento dei negozi privati agli atti di procedura fa emergere questa fondamentale differenza tra diritto materiale e diritto processuale. L'uno non può che avere i privati come diretti destinatari, i quali trovano in quello la regola di condotta, e il giudice come autorità deputata a dichiararne la concreta volontà. L'altro rinviene nel giudice e nelle parti i destinatari dei propri canoni di comportamento e sempre nel giudice l'organo deputato a ricavarne la regola di giudizio quando è contestata la validità degli atti di parte e dei provvedimenti giurisdizionali[53]. In diritto processuale, perciò, non è possibile discernere profilo statico e profilo dinamico in base alla mera qualità del soggetto.

Va altresì detto che, di regola, il vizio di struttura provoca la nullità dell'atto, ma non incide sulla sua (in)giustizia. Parimenti, il difetto di giudizio cagiona l'infondatezza delle istanze e delle deduzioni di parte o l'ingiustizia della decisione

[52] Scriveva in proposito A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*[13], Paris, 1835, I, § 6.1., che: «quando un giudice, in occasione di un processo, affronta una legge relativa a quel processo, estende l'ambito delle sue attribuzioni, ma non ne esce, poiché è stato per lui necessario, in un certo senso, giudicare la legge per arrivare a giudicare il processo. Quando si pronuncia su una legge senza partire da un processo, esorbita completamente dalla sua sfera e penetra in quella del potere legislativo».

[53] Diversa opinione è sostenuta da J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 245 ss., secondo cui il diritto processuale non può costituire per il giudice regola di condotta, perché ciò implicherebbe l'ammissione di un *Prozessrechtsverhältnis* tra parti e giudice, che è proprio l'assunto che l'A. intende confutare.

giudiziale, ma non ne può determinare la nullità[54]. La conclusione non è scontata e segna il superamento di una concezione che scorge nella nullità la categoria omnicomprensiva di ogni vizio, sia logico che di struttura[55]. Infondatezza e nullità hanno insomma distinte cause e si pongono su piani che non vanno confusi, sicché non può sostenersi che *iniustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur*[56]. L'ingiustizia o l'infondatezza, pertanto, non può aver alcun influsso sulla validità degli atti e delle sentenze[57].

Tuttavia, proprio la "complicazione" che il processo reca con sé fa sì che, per ragioni processuali, uno stesso atto o provvedimento possa essere al contempo nullo e ingiusto. Si può anche dire che l'errore, a seconda del punto di vista assunto, può considerarsi come vizio di attività o come difetto di giudizio[58]. Ciò avviene quando la decisione oltreché nulla, perché pronunciata in difetto dei presupposti processuali, sia altresì ingiusta, perché, dichiarandosi valida, accerta come concreta volontà di legge quello che in realtà la legge processuale non vuole. Si badi bene, però, che la decisione è ingiusta in punto di rito solo se il giudice operi erroneamente l'unilaterale ricognizione dei propri poteri o equivochi sulla validità del materiale di causa e non anche se, più semplicemente, trascuri di esaminare la questione di rito. A ogni modo, considerato dal punto di vista statico, tale vizio è un *error in procedendo*, mentre, considerato dal punto di vista dinamico, è un *error in iudicando quoad processum.*

---

[54] W. NIESE, *op. cit.*, 97, nt. 107, e 100, nt. 114.

[55] La nullità della sentenza emessa *contra ius* è principio introdotto nell'età dei Severi per l'esigenza politica di reprimere la disapplicazione del diritto imperiale a favore dei diritti locali, di affermare l'assoluta subordinazione dei giudici alla legge e di far assurgere l'imperatore a unica e suprema fonte di produzione normativa (MARCIANO: D. 49, 8, 1, 2 – MODESTINO: D. 42, 1, 27; D. 49, 1, 19). Nel diritto statutario e canonico le ipotesi in cui si sanzionava con la nullità le sentenze ingiuste crebbe al punto da offuscare il confine stesso tra *iniustitia* e *nullitas*; su tutto ciò v. J. KOHLER, *Prozeβ und Nichtprozeβ*, in *Der Rechtsgang*, II, 1916, 121 s.; P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, cit., 55, 154, 161 ss. e 193 ss.; e R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, 277, nt. 2, e 284 s. Sulla scia di E. BELING, *op. cit.*, 87 ss., sostengono che gli errori di giudizio siano vizi di attività, in quanto violazione del precetto processuale che impone di giudicare secondo diritto, E. FAZZALARI, *op. cit.*, 66 ss. e 102 ss.; A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, 100, e nt. 115; e A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*[3], I, Padova, 1999, 435. Echi di un'indebita sovrapposizione di tali concetti si riscontrano ancora negli artt. 348 *bis*[1] e 360 *bis* introdotti con le novelle del 2009 e 2012 (*infra* §§ 4.2. e 4.10.).

[56] S. SCACCIA, *op. cit.*, II, 3, n. 293.

[57] Principio, affermato da J. KOHLER, *op. cit.*, 137 s., come regola fondamentale del processo

[58] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 1030.

1.4. Al fine di assicurare il corretto svolgimento del processo, l'ordinamento esige che i singoli atti: *a*) siano compiuti nel rispetto di determinati requisiti formali; *b*) si snodino secondo una sequenza temporale prestabilita; *c*) siano compiuti da soggetti muniti di legittimazione e non ricorrano impedimenti oggettivi alla decidibilità nel merito della lite.

Nel descrivere questo triplice ordine di elementi (presupposti oggettivi-soggettivi, requisiti di forma-contenuto e condizioni di tempo-luogo), il legislatore costruisce delle fattispecie di atto processuale. Se lo schema logico riassuntivo dei requisiti costitutivi è integrato, si producono quegli effetti che il legislatore ricollega fisiologicamente all'atto. Al contrario, l'imperfezione di uno dei predetti elementi, senza espropriare l'atto di rilevanza giuridica, gli conferisce una diversa o diminuita efficacia. E infatti, stando all'insegnamento della dottrina classica, poiché «tutto il diritto processuale è fondato sul principio di difesa e di impugnazione (…) non vi sono nullità nel senso inteso dal diritto civile»[59]. La natura dinamica del processo implica d'altronde proprio questo: il procedimento si costruisce e si sviluppa per stadi intermedi, scanditi dagli atti della procedura e dai quali non è consentito prescindere, neppure quando siano radicalmente viziati o il procedimento, a causa dell'errore, debba sperimentare la regressione a uno stadio precedente.

Come propostoci nell'introduzione, occorre indagare se alla diversa natura del requisito carente corrisponda o meno una distinta specie di invalidità e un preciso regime giuridico. Prendiamo le mosse dall'inosservanza delle prescrizioni di forma. Esse hanno la funzione di garantire certezza, prevedibilità, concisione e speditezza delle attività processuali. Ma, soprattutto, scopo delle forme è garantire l'eguaglianza di trattamento delle parti e l'effettività del contraddittorio tra tutti i soggetti del giudizio[60].

---

[59] Così si esprime O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheit*, cit., 76 ss., nel suo costante tentativo di affrancamento del diritto processuale dalle catene del diritto civile. Quest'opera di autonomizzazione, ricorda W. SIMSHÄUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965, 71 ss., non sarebbe però mai potuta iniziare senza il fondamentale contributo alla *Anspruchslehre* fornito da B. WINDSCHEID con lo studio *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856.

[60] Osserva giustamente R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*[5], III, 1, Leipzig, 1906, 16 ss., come le costrizioni in cui le forme irretiscono il giudizio siano lo scotto che occorre pagare perché il processo non degeneri in disordine e non si

L'inosservanza delle forme processuali è sanzionata dal codificatore con la «nullità». La locuzione «forme», adottata all'art. 156, va però intesa in senso ampio. Attesa infatti l'impossibilità pratica di distinguere con nettezza la forma dal contenuto di un atto, per «requisiti formali» vanno intesi sia il tipo di atto richiesto (sentenza, ordinanza, decreto, citazione, ricorso, comparsa etc.), sia gli elementi che ne devono integrare il contenuto (cfr. art. 125)[61]. Per tali motivi sembra più corretto parlare di **nullità di forma-contenuto**.

Gli adempimenti a cui sono tenuti parti e giudice non si risolvono nella sola osservanza delle forme. A queste si aggiungono le condizioni minime di regolarità del processo che devono essere rispettate affinché sia ammissibile la trattazione, l'istruzione e la decisione nel merito. Anche il difetto dei presupposti processuali dà luogo alla sanzione di «nullità». Lo si evince dall'art. 158, che commina la nullità per vizio relativo alla costituzione del giudice o all'intervento del p.m., e dagli art. 161[1] e 360[n.4], che riconducono a nullità ogni specie di *error in procedendo*.

Senonché, la difficoltà di ricondurre i vizi dei «presupposti della decisione di merito»[62] nelle imperfezioni di forma dell'atto ha condotto parte della dottrina a inquadrare il difetto dei presupposti processuali nella categoria di valore convenzionalmente definita come **nullità non-formale** (o sostanziale). Il legislatore,

---

esponga all'arbitrio del giudice o al tatticismo dilatorio e fazioso delle parti. Il fondamentale ruolo delle forme è altresì sottolineato da EB. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*[2], I, Göttingen, 1952-1964, I, n. 22; e da F. BAUR, *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963, 102 ss. e 115 s.

[61] Premesso che gli artt. 121 e 131[2] dettano il canone della libertà di forma, sono ad es. requisiti formali degli atti di parte quelli previsti dagli artt. 29, 52, 83[2e3], 125, 163, 221, 229, 318, 366, 414, 418, 436, mentre sono requisiti formali dei provvedimenti giudiziali quelli dettati dagli artt. 80, 91[3], 126, 131-135, 226, 280. In ragione della difficoltà di discernere i due profili, ricomprendono tra i vizi di forma anche i vizi di contenuto H.W. FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*[2], Wien, 1987, 402; A. KONECNY, *Zur Erweiterung der Verbesserungsvorschriften durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983*, in *JBl*, 1984, 13, 61 ss.; e G.E. KODEK, in FASCHING-KONECNY[2], *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*[2], II/2, § 84. Nella letteratura italiana riconduce il contenuto ai requisiti di forma degli atti A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*[3], I, cit., 410, 427 e 431.

[62] La locuzione adoperata nel testo è la traduzione del termine *Sachentscheidungsvoraussetzungen*, senz'altro preferibile a quella di «presupposti processuali» che risente della romanistica distinzione in due fasi del giudizio; su questa terminologia v. E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren. Grundlehren des Prozesses und der Exekution*, Wien, 1991, 64. Il codice di rito come anche la *öZPO* ignorano questa formula, per cui è da seguire il suggerimento avanzato da R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes*[2], Wien, 1932, 108 ss., di limitarsi a parlare di *Nichtigkeitsgründe* ossia di motivi di nullità non-formale.

naturalmente, non impiega questa espressione, ma dal momento che il codice conosce come sanzione generale soltanto la «nullità», la configurazione di questa categoria è apparsa indispensabile per discriminare vizi intrinsecamente diversi tra di loro.

Sull'autonomia concettuale della nullità non-formale, tuttavia, si sono nutrite perplessità e non solo in Italia. Si pensi soltanto che, nonostante il nuovo codice di rito francese abbia accolto la distinzione tra *nullité pour vice de forme* e *nullité pour irrégularité de fond*, la difficoltà di definire concettualmente il discrimine tra le due categorie ha condotto taluni scrittori a dover riconoscere che «è anormale che, a più di vent'anni dall'introduzione di questo sistema dualista, tali concetti non siano definitivamente chiariti»[63].

Va però dato atto che, in Francia, l'opera di sistematizzazione è resa ancor più ardua dalla conservazione della vecchia suddivisione tra *nullités* e *fins de non-revoir*, che il codificatore definisce come cause di irricevibilità della domanda di merito per difetto del diritto di azione[64]. Nella letteratura francese ricorre costantemente l'affermazione per cui le *fins de non-revoir* hanno natura ibrida[65], accostandosi in parte alle eccezioni di nullità, per il loro carattere pregiudiziale, e in parte alle difese di merito, per il fatto di mirare al rigetto definitivo della domanda. A mio avviso, invece, quella tra «nullità di contenuto» e «cause d'irricevibilità» è una distinzione che non ha ragion d'essere se si ammette la categoria dei presupposti di ammissibilità della decisione nel merito della domanda. D'altro canto, questa suddivisione si spiega proprio col fatto che l'ordinamento francese anziché accogliere la categoria dei presupposti processuali, ha preferito rimanere fedele al concetto di *exceptions de procédure*, dal quale ha progressivamente isolato un gruppo di eccezioni, le c.d. *péremptories de fond*, che poi la giurisprudenza ha assimilato alle difese di merito[66]. Si tratta, in realtà, di una complicazione inutile e priva di fondamento, non solo

[63] Così S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*[31], Paris, 2012, 658,.

[64] L'art. 122 *n.c.p.c.* annovera tra le cause di irricevibilità «il difetto di legittimazione, il difetto di interesse, la prescrizione, la decadenza, la cosa giudicata».

[65] V. per tutti L. CADIET, *Droit judiciaireprivé*[7], Paris, 2011, 348.

[66] Sulla corrispondenza delle *exceptions déclinatories*, *pérentoires de forme* e *de fond* e per *défaut de qualité* alle moderne *fins de non-procéder*, *nullités de forme*, *fins de non-recevoir* e *nullités de fond* v. R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*[2], Paris, 1949, 55 s.; e H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961, 292 s.

perché – come unanimemente riconosciuto[67] – tanto la *nullité de fond* quanto la *fin de non-revoir* hanno carattere pregiudiziale rispetto al merito, quanto perché entrambe sono suscettibili di determinare il definitivo rigetto della domanda[68]. L'affinità delle discipline, a cui le «nullità di contenuto» e le «cause di irricevibilità» sono sottoposte, ne è la riprova definitiva[69] e priva di valore pratico ogni tentativo di distinguerle.

Quanto al nostro ordinamento le incertezze derivano, innanzitutto, dalla mancanza di una disciplina unitaria e organica dei vizi non-formali[70] e, in secondo luogo, dalla coabitazione, nel capo III, di disposizioni dedicate a regolare vizi di forma (artt. 156[1e2], 160 e 161[2]) con almeno una previsione di nullità non-formale (art. 158). Non va neppure taciuto che tali criticità sono da imputarsi anche alla scelta del codificatore di uniformarsi acriticamente a quella tradizione romano-canonistica che vuole la nullità come unica sanzione generale contro gli *errores in procedendo*.

Il dibattito teorico sviluppatosi in Italia intorno alla configurabilità di due distinte *species* di nullità si è prettamente incentrato sull'applicabilità degli artt. 156 ss. ai vizi non-formali. E infatti, muovendo dai riferimenti alla «inosservanza di forme» e ai «requisiti formali» forniti dall'art. 156, l'orientamento prevalente ha

[67] Cfr. per tutti R. MOREL, *op. cit.*, 55.

[68] Gli stessi S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 298 e 674, pur sostenendo che le cause di irricevibilità si contraddistinguono perché costituiscono «un ostacolo insormontabile all'accoglimento dell'azione intrapresa», sono costretti a riconoscere che anche le nullità possono determinare «la perdita del diritto». Per H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 392 s., l'effetto caratteristico delle *fins de non-revoir* starebbe invece nell'impedire l'esame nel merito della domanda «allo stato degli atti».

[69] E infatti, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 662, ammettono che «la discussione è puramente teorica poiché il regime giuridico delle eccezioni di nullità per vizi di contenuto è identico a quello delle cause d'irricevibilità».

[70] Diversamente il § 477 *öZPO* contiene il catalogo (non) esaustivo dei motivi di nullità non-formale, mentre il § 42 *JN* e i §§ 7, 51, 471, 473, 494, 501, 503, 514 *öZPO* ne dettano compiutamente la disciplina. Anche l'art. 117 del *n.c.p.c.* contiene un elenco di nullità non-formali ritenuto tassativo dalla *Cour de cassation* (Cass., c.m., 7 luglio 2006), ma questo – come poc'anzi ricordato – non ha contribuito ad agevolarne una definizione concettuale.

creduto di rinvenire nel capo III il regime proprio delle imperfezioni formali[71], anche se poi lo stesso indirizzo registra le diverse posizioni di chi ritiene analogicamente applicabili alle nullità non-formali tutte[72] o alcune[73] di queste regole e di chi, rifiutando qualunque compatibilità, propone di rimediare al vuoto legislativo sottoponendo i vizi non-formali al regime previsto dall'art. 158[74]. Verso la prima soluzione convergono altresì gli autori che scorgono nella carenza dei presupposti processuali una divergenza dal modello legale dell'atto, cosicché ogni vizio non-formale si risolverebbe in una violazione *lato sensu* formale[75].

Mi pare intanto evidente che ha senso porsi il problema della configurabilità di due autonome tipologie di nullità se e solo se sia prospettabile l'esistenza di vizi aventi non tanto una distinta genesi quanto differenti conseguenze giuridiche e, quindi, diversa disciplina. La questione investe il più ampio problema dell'individuazione e della ricostruzione degli effetti giuridici e dei regimi applicabili alle diverse *species* di nullità. Come già anticipato nell'introduzione, il problema va impostato, in primo luogo, esaminando quali ripercussioni determinano sul procedimento il vizio di forma e quali il difetto dei presupposti di trattabilità nel

---

[71] Sostenitori di questo indirizzo sono: F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], cit., I, 337; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, 412, e *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, I, 462; E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 124 s.; E. FAZZALARI, *op. cit.*, 100; E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 324 s.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 344; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, 1965, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 470; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria. Art. 404, 1° comma, c.p.c.*, Napoli, 1965, 526; G. FABBRINI, *Contributo allo studio dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, 203; e V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 199 ss.

[72] F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], cit., I, 337 s.; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano 1967, 153; e R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, 8.

[73] V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., 412; e G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del c.p.c.*, I, 2, Torino, 1973, 1594 s.

[74] E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore*, cit., 324 s., e *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 412 ss., nt. 50, 51, 52, e 419; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 470; e G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1614 ss.

[75] C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 322 ss. e nt. 26; S. SATTA, *op. cit.*, I, 535; C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di Redenti*, I, Milano, 1951, 411 ss. e 423; R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 484 s.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 197; e C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale* civile[23], Torino, 2014, I, 317.

merito e, in secondo luogo, individuando l'ambito applicativo di ogni singola disposizione del capo III. A meno di non voler commettere un errore di petizione, per poter distinguere quali delle disposizioni contenute negli artt. 156 ss. siano riconducibili al regime delle imperfezioni formali e quali al regime dei vizi non-formali occorre preliminarmente individuare l'elemento che davvero connota le due figure.

Comincio col dire che insufficiente è la distinzione fondata sulla *species* dell'elemento carente, in virtù della quale l'imperfezione formale deriverebbe dal difetto di un requisito costitutivo della fattispecie avente risalto esteriore, mentre quella non-formale dipenderebbe dal vizio di un presupposto estraneo e preesistente alla struttura dell'atto. Il criterio, come ognuno può vedere, si presta facilmente a soluzioni arbitrarie. E non è un caso che la distinzione tra requisiti interni ed esterni non riesca a superare l'obiezione secondo cui anche la carenza dei presupposti processuali si risolve pur sempre nel difetto di un requisito costitutivo degli atti[76].

Neppure mi sembra convincente la distinzione fondata sul carattere privato o pubblico dell'interesse soddisfatto dal requisito. Ebbene, la contrapposizione tra interesse della parte (alla ritualità del processo) e interesse pubblico (al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale) non è praticabile per l'evidente motivo che non è possibile immaginare l'uno nettamente svincolato dall'altro. E infatti, i requisiti costitutivi di ogni atto della procedura soddisfano sempre, seppur in misura variabile, tanto un interesse di parte quanto un interesse dello Stato (*infra* § 3.3.*ii.*)[77]. Il criterio risolutivo va dunque rinvenuto altrove.

Proviamo allora a invertire i termini del problema, ricercando il criterio discretivo non nella qualità dell'elemento difettoso quanto nei diversi effetti giuridici che le due nullità esercitano sugli atti successivi della serie e, in particolare, sulla sentenza. Ebbene, poiché ogni atto esige di essere confezionato nel rispetto di determinati requisiti formali, è evidente come l'**imperfezione formale** non possa che rendere annullabile il solo e singolo atto divergente dallo schema legale. Tuttavia,

[76] C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 322 ss. e nt. 26.

[77] È significativo, a mio parere, che il codificatore francese riconosca, accanto alle nullità di forma e di sostanza *stricto sensu*, anche nullità formali e sostanziali derivanti dalla violazione di norme d'ordine pubblico, alle quali riserva poi un regime parzialmente differenziato (v. artt. 114 e 120[1] *n.c.p.c.*).

siccome le diverse categorie di atto esprimono effetti non riducibili a uno schema unitario, bisogna riconoscere che le conseguenze giuridiche della nullità formale non possono essere uniformi, ma debbono variare a seconda dell'attività posta in essere[78].

Di converso, i c.d. presupposti di decidibilità nel merito «rappresentano le garanzie oggettive e "i principi fondamentali di una ordinata amministrazione della giustizia"»[79] che attendono d'essere osservati per il valido esercizio di ogni potere spendibile nel giudizio e che, pertanto, devono preesistere al compimento di ogni singolo atto[80]. Poiché dalla ricorrenza dei presupposti dipende la corretta instaurazione del giudizio o di un suo grado, la **nullità non-formale** investe, in via originaria, ogni attività della serie, manifestandosi in occasione del compimento di ogni atto e traducendosi nella **inammissibilità** della decisione di merito[81].

Quanto vado sostenendo trova una qualche corrispondenza anche nell'ordinamento francese. Come ho poc'anzi scritto, non basta affermare che le *nullités de fond* siano «mere irregolarità procedurali» per distinguerle dalle *fins de non-recevoir*. A me paiono entrambe *errores in procedendo* che «inficiano il diritto d'agire in giudizio e aggrediscono l'azione stessa»[82], a patto, naturalmente, che per azione s'intenda la sintesi di tutte le situazioni giuridiche spendibili nel processo[83] il cui esercizio si estrinseca appunto nella serie degli atti processuali.

---

[78] Come si vedrà più approfonditamente al § 1.7., il vizio di forma, di regola, si traduce nella: *i*) inefficacia degli atti di impulso; *ii*) inammissibilità delle istanze, allegazioni e deduzioni; *iii*) inutilizzabilità degli atti di acquisizione probatoria; *iv*) annullabilità e riformabilità dei provvedimenti del giudice.

[79] Sono le parole di P. BÖHM, *Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis. Ein Beispiel verfehlter Rechtsfortbildung*, in *JBl*, 1974, 56.

[80] Il termine «presupposto», come avverte E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*[2], Roma, 1936, 123, indica elementi che preesistono, in senso logico e cronologico, agli elementi costitutivi della fattispecie.

[81] Nella letteratura italiana la più chiara formulazione di questa distinzione si ritrova ancora in G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], cit., 104 e 655 s. Similmente L. CADIET, *op. cit.*, 328, scorge nella nullità per *irrégularité de fond* la sanzione contro l'azione esercitata in difetto dei presupposti condizionanti la validità degli atti di procedura. Di nullità derivanti da violazioni dei principi fondamentali e delle garanzie minime del *fair trial* che si perpetuano, in via retrospettiva e in via futura, sull'intera procedura scrive E.-M. BAJONS, *Von der formellen zur wirkungsbezogenen Beschwer*, in *JBl*, 1978, 187.

[82] Per usare le espressioni impiegate da S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 296.

[83] È quanto insegna E. FAZZALARI, *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, 1965-1966, 113 s. E d'altronde, come si può seriamente negare che la capacità di agire e la capacità di stare in giudizio (art. 117 *n.c.p.c.*) sono, al pari della legittimazione e dell'interesse ad agire (art. 122 *n.c.p.c.*),

Bisogna infine dare conto di un peculiare tipo di nullità che si annida tra le pieghe del sistema. Nella rigida suddivisione tra imperfezioni formali e non-formali vi sono anomalie che, sebbene riconducibili nell'alveo del vizio di forma, non ne seguono fedelmente il corrispondente regime. In ciò non v'è nulla di scandaloso, anzi è comprensibile che la molteplicità del fenomeno patologico sfugga alla geometrica bipartizione a cui cerca di costringerla l'esercizio teorico della sistematica pura[84].

Si tratta di patologie che scaturiscono sì dalla divergenza dal modello formale, ma che, per la circostanza di allignare in un atto *sine qua non*, o rendono il procedimento inidoneo a costituirsi, progredire o terminare[85] oppure comportano la violazione dei canoni e delle garanzie fondamentali del processo. A questa categoria vanno ricondotte l'imperfezione da cui siano affette:

- la *vocatio in ius* e la notificazione della citazione in giudizio (artt. $164^{1,2e3}$ e 291^{1}), che si risolve nell'irregolare instaurazione del contraddittorio;
- la procura al rappresentante processuale volontario (art. 77);
- l'autorizzazione dell'ente attore all'organo rappresentativo (art. 182^{2}), che inficia la capacità di proporre la domanda e di compiere la serie degli atti processuali;
- la procura al difensore (art. 182^{2}), che determina il difetto di rappresentanza tecnica;
- le attività di impulso conservative della litispendenza (art. 307^{3});
- la sentenza non sottoscritta dal giudice (art. 161^{2}).

Nel prosieguo del lavoro bisognerà individuare quali delle disposizioni contenute nel capo III siano riferibili a queste **nullità extra-formali**[86] e in che misura il loro trattamento diverga dal regime generale delle imperfezioni formali per accostarsi alla disciplina dei vizi non-formali. Per ora basti dire che, per il fatto di

---

presupposti di ammissibilità dell'azione? Ricondurre le une ai vizi del procedimento e le altre al difetto d'azione, come fa R. MOREL, *op. cit.*, 55, mi pare francamente un'inutile complicazione.

[84] L'inversione di tendenza è segnata dal riferimento dell'art. 177 c.p.p. alla «inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti» anziché alla «inosservanza delle forme» prevista dall'art. 184 del c.p.p. Rocco. La bipartizione tra nullità di ordine generale e di ordine speciale, tuttavia, non basta a elidere la distinzione, che è *in natura iudicii*, tra imperfezione dei singoli atti e vizi dei presupposti di decidibilità nel merito.

[85] La natura mista di questi vizi spiega le incertezze della dottrina francese, lamentate da L. CADIET, *op. cit.*, 396, nella qualificazione di taluni vizi della notificazione.

[86] La locuzione nullità extra-formale, che riservo a questa categoria *border line* di imperfezione, mi pare la più adatta a evocare tutti quei vizi che nascono formali per poi assurgere a causa di inammissibilità della trattazione e decisione nel merito.

condizionare l'inammissibilità della trattazione e decisione nel merito, la non-sanabilità o la mancata sanatoria di tali imperfezioni conduce al rigetto in rito della domanda con conseguente assoluzione del convenuto dall'osservanza del giudizio[87].

1.5. Nelle prescrizioni regolanti la mera forma degli atti e i presupposti di ammissibilità della decisione di merito non si esaurisce il novero delle norme contenenti le regole di condotta processuale. A queste si aggiunge una serie di disposizioni la cui trasgressione, quantunque non sempre espressamente sanzionata con la nullità, dà luogo a *error in procedendo*. Talune di queste regole sono direttamente riconducibili ai fondamentali canoni regolatori del giusto processo, altre, invece, sono espressione del modello processuale positivamente adottato[88].

Proponendo un'esemplificazione, che non vuole essere esaustiva, può asserirsi con sufficiente certezza che sono una proiezione delle inviolabili garanzie difensive o dell'ordine pubblico processuale le disposizioni che impongono: *a*) il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio (art. 101^2); *b*) la corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112); *c*) la pubblicità delle udienze e della sentenza (artt. 128 e 133). Nella seconda classe di regole sono invece ascrivibili le norme che stabiliscono: *α*) i doveri del giudice connessi alla direzione materiale del processo (artt. 101^2, 127, 175^1, 180, 183^{1e4} e 187 s.); *β*) il divieto di compiere atti nella quiescenza del giudizio (artt. 298^1 e 304); *γ*) l'obbligo di lettura del dispositivo al termine dell'udienza di discussione (artt. 281 *sexies*^{1}, 429^1 e 437^1).

Per sincerarsi se la disciplina a loro applicabile corrisponda al regime dei vizi non-formali o a quello dei vizi formali, occorre preliminarmente inquadrare tali anomalie nel sistema delle nullità, verificando se il vizio invalidi il singolo atto che ne sia affetto o se, invece, sia in grado di inficiare, in via originaria, l'intera sequenza degli atti consecutivi. Non essendo evidentemente possibile proporre una

---

[87] Il fenomeno è descritto anche da H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 376; ma è ignorato da G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 415, nt. 8, che si limita a suddividere i vizi di procedura in difetti dei presupposti processuali e nullità che impediscono all'organo della decisione di tenere conto dell'atto imperfetto.

[88] Anche i principi regolatori del giusto processo austriaco non corrispondono perfettamente né ai *Sachentscheidungsvoraussetzungen* né ai *Nichtigkeitsgründe* indicati dal § 477 *öZPO*, sulla cui non tassatività v. G. PETSCHEK, *Zivilprozeßrechtliche Streitfragen*, in *Festschrift zur Feier des 50jährigen Bestandes des ZBl*, Wien-Leipzig 1933, 50 s.; H.W. FASCHING, *op. cit.*, 889; e E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren*, cit., 122.

classificazione di ogni *error in procedendo*, mi limito in questa sede a inquadrare le nullità che sono state poc'anzi citate e che mi paiono particolarmente significative per il fatto di derivare dalla violazione, da parte del giudice, degli obblighi di corretta amministrazione processuale.

i) Da talune disposizioni collocate in ordine sparso in diverse sezioni del codice (artt. 101^{2}, 127, 175^{1}, 180, 183^{1e4} e 187 s.) emerge una serie di doveri che il giudice è chiamato a ottemperare nell'esercizio dei poteri conferitigli per la conduzione materiale del processo[89]. Da questo disorganico complesso normativo si ricava l'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio e l'istruzione sulle questioni che assumono rilevanza alla luce della qualificazione giuridica *prima facie* prospettatasi (artt. 117, 118, 191, 213, 240, 257, 281 *ter*, 421^{2e4} e 714), affinché la trattazione, sui punti di rito e di merito che andrà gradatamente a risolvere (art. 276^{2}), sia completa ed esauriente.

La violazione del dovere di «esercita(re) tutti i poteri intesi al (...) leale svolgimento del procedimento» si manifesta in modo duplice[90]. In primo luogo si verifica ogniqualvolta siano violate norme sul governo del processo che impediscano la completa ed esauriente trattazione o istruzione della causa (**vizio primario di conduzione processuale**)[91]. Si determina, inoltre, qualora, a causa dell'erronea ricostruzione accolta dal giudice di prime cure, non siano stati istruiti i fatti che sono rilevanti secondo la qualificazione giuridica prospettata dall'impugnante e condivisa dal giudice *ad quem* (**vizio secondario di conduzione processuale**).

---

[89] La distinzione tra direzione formale e direzione materiale del processo (*formelle* e *materielle Prozeßleitung*) è centrale nella teoria austriaca del processo: all'una appartiene l'attività del giudice volta a condurre la successione degli atti in cui consiste lo svolgimento della serie procedurale, all'altra l'attività orientata ad assicurare la corretta, completa ed esauriente trattazione e istruzione della causa; su tutto ciò v. H.W. FASCHING, *op. cit.*, 412 ss., e 893. Come ha ben descritto A. CHIZZINI, *op. cit.*, 100 ss., si tratta di un'idea centrale nel pensiero di KLEIN, venata anche di un'indiscutibile carica utopistica (105), che vede nell'impulso ufficiale non solo un elemento di composizione della lotta processuale nell'interesse della collettività ma anche il riflesso dell'intervento statuale nella struttura economica per rimuovere le diseguaglianze endogene che incidono sulla parità delle armi e per moralizzare la condotta delle parti così che la sentenza abbia le maggiori probabilità di essere conforme a verità e giustizia.

[90] La distinzione tra *primärer* e *sekundärer Verfahrensmangel* è contemplata dai n.ri 2 e 3 del § 496^{1} *öZPO* e su cui v. E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren*, cit., 122 s.

[91] Le cause sono molteplici: si va dall'erronea sottrazione al contraddittorio di questioni poste a fondamento della decisione (art. 101^{2}), all'omessa indicazione alle parti delle questioni bisognose di chiarimenti o di supplementi istruttori (art. 183^{4}) fino al mancato esercizio dei poteri istruttori esercitabili d'ufficio (art. 115^{1}).

Ebbene, tali vizi non sono causa di inammissibilità della decisione nel merito né sono idonei a travolgere l'intera serie degli atti e lo dimostra il fatto che non conducono alla rimessione in primo grado bensì all'annullamento o alla cassazione della decisione con rinnovazione della fase istruttoria in sede di gravame o di rinvio[92].
È quindi scontato che tali vizi sottostanno al regime delle nullità formali. Senonché, la difficoltà di ridurre questi *errores in procedendo* entro lo schema di una semplice disformità degli atti dal modello legale suggerisce, a mio avviso, di inquadrare tali patologie – e le anomalie processuali che si andranno ora a esaminare – entro una macro-categoria, quella dei **vizi essenziali del procedimento**, all'interno della quale si inseriscono appunto anche le nullità di forma. Per comodità di esposizione e per la familiarità che il termine ha ormai assunto nel gergo giuridico, continuerò comunque a parlare indifferentemente di nullità formali.

ii) Sia la violazione del divieto, sancito dall'art. 101^2 «a pena di nullità», di fondare la decisione su una questione rilevata d'ufficio senza la previa provocazione del contraddittorio[93] che i vizi da infra-, ultra- ed extrapetizione commessi in violazione dell'art. 112 aggrediscono il solo provvedimento conclusivo e non precludono al giudice dell'impugnazione, eventualmente adito, il riesame della causa nel merito[94]. In entrambi i casi, infatti, il normale schema dell'impugnazione obbliga il giudice a trattare e a decidere – nei limiti del *devolutum* – le questioni di cui la lite

---

[92] A me pare che la formula dell'art. 384^2, introdotta con la novella del d.lgs. 40/2006, si riferisca proprio ai ricorsi per violazione degli obblighi di direzione processuale nel momento in cui prevede che «la Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi (…) a quanto statuito dalla Corte». Diversamente dai casi di erronea interpretazione di norme processuali, mi sembra infatti difficile immaginare che l'inadempimento ai doveri di direzione possa fornire alla S.C. l'occasione di enunciare un «principio di diritto» (infra § 4.12.).

[93] L'esercizio dialettico dei poteri asseverativi e probatori sulle questioni rilevabili d'ufficio è regola metodologica che le codificazioni moderne (v. § 139^3*dZPO* e § $477^{1,n.4}$*öZPO*) postulano come indispensabile affinché la decisione, in quanto opera di una comune e progressiva chiarificazione, sia il più possibile aderente alla realtà sostanziale. Questo canone di condotta del giudice svolge una funzione di garanzia evitando che le parti subiscano pronunce "a sorpresa", avvertite come ingiuste dalla moderna coscienza sociale e giuridica.

[94] Diversa è la posizione della dottrina. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], cit., 724, e *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 173; E. BETTI, *op. cit.*, 698 s.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 170; e P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 254 s., si limitano ad assimilarli all'eccesso di potere del giudice. E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 58 s., li inquadra nel difetto di giurisdizione. Infine, S. SATTA, *op. cit.*, II-2, 206; ed E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 410 ss., li riconducono alle nullità non-formali.

si compone e a pronunciarsi nuovamente con una sentenza destinata a sostituirsi a quella imperfetta. Gli atti dell'eventuale giudizio di impugnazione non risultano quindi inficiati dalla nullità della sentenza "pronunciata a sorpresa", per cui queste imperfezioni non possono che essere soggette al trattamento delle nullità formali[95].

In ordine al primo vizio, v'è da precisare che se il giudice *ad quem* reputa dirimente quella medesima questione, deve anch'egli osservare lo stesso canone di comportamento a cui era tenuto il giudice di prime cure, con la conseguenza che, se il contraddittorio non viene stimolato neppure questa volta, la sentenza di riesame è a sua volta nulla e lo è in via originaria.

Similmente, le nullità da ultra- e da extrapetizione impediscono solo che sul più ampio o sul diverso diritto vi sia una nuova trattazione e decisione di merito, perché ciò si risolverebbe in una seconda violazione del principio dispositivo e del contraddittorio, ma non precludono la trattazione e la decisione di merito entro i binari tracciati dall'azione. Così, anche l'omissione di pronuncia, che interessi l'intera domanda o una porzione di essa, non impedisce, ma anzi esige un pronunciamento di merito sul *quid disputatum*.

In ogni caso, poiché l'appello è un procedimento complesso che cumula il giudizio rescindente a quello rescissorio, il giudice del gravame è tenuto a correggere l'errore, ripetendo l'esercizio del potere decisorio. Proposto invece ricorso in cassazione si aprono tre possibili scenari, per cui la S.C. può: *i*) annullare senza rinvio la sentenza pronunciata in assenza di una domanda *in parte qua* (art. 382^3); *ii*) rinviare per consentire il corretto esercizio del potere decisorio, nel caso in cui i fatti non siano pacifici *inter partes* o la raccolta e la valutazione del materiale probatorio non siano già state esaurientemente effettuate nelle fasi di merito (art. 383^1); *iii*) pronunciare nel merito ove «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto» (art. 384^2).

---

[95] Per Cass. 24 aprile 1992, n. 4960, la nullità della sentenza fondata su documenti tardivamente prodotti e non accompagnati dagli adempimenti idonei a rendere certa la loro conoscenza obbliga il giudice d'appello ad avocare la decisione nel merito previa provocazione del contraddittorio. La nullità *ex* art. 112 segue così il regime generale della rilevabilità su eccezione di parte: in tal senso è orientata la dottrina maggioritaria: v. per tutti V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, I, 236; e la giurisprudenza: Cass. 7 maggio 2009, n. 10516; Cass. 28 agosto 2003, n. 12650; Cass. 4 settembre 2000, n. 11559; Cass. 11 aprile 2000, n. 4592; Cass. 26 febbraio 1994; e Cass., S.U., 6 giugno 1987, n. 4991. A mio avviso, invece, afferendo a un'attività compiuta su impulso ufficiale, la nullità rientra tra le eccezioni al principio della rilevabilità su istanza di parte (*infra* § 3.4.*a.*); in tal senso v. anche E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 427 s.

Convertendosi la nullità in motivo d'impugnazione, affinché non passi in giudicato (il capo del)la sentenza nulla, resta ovviamente indispensabile che il soccombente impugni il capo di sentenza viziato (artt. 161[1] e 329[2]). È infatti condizione necessaria perché il giudice superiore censuri la trasgressione dell'art. 101[2] che sia impugnata la parte della decisione fondata sulla questione erroneamente sottratta al contraddittorio. Parimenti, la rescissione del capo negativo oppure del capo affetto da ultra- o extrapetizione è subordinata alla specifica impugnazione di quella parte della sentenza pronunciata in violazione dell'art. 112.

iii) Investe il solo provvedimento conclusivo anche la nullità da omessa lettura del dispositivo all'esito della discussione orale (artt. 281 *sexies*[1], 429[1] e 437[1]). L'ipotesi, com'è noto, ha suscitato polemiche tra la giurisprudenza, costantemente orientata nell'affermare la nullità insanabile della sentenza, e la dottrina, incline invece a qualificarla come mera irregolarità[96].

La preferenza per l'una o per l'altra qualificazione, a mio avviso, dipende dal significato teorico che si attribuisce alla nozione «dei requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo» (art. 153[2]). Se infatti si limita la sua portata a quegli elementi di struttura dell'atto che sono necessari affinché i soggetti del giudizio siano messi in condizione di esercitare i poteri processuali consequenziali, allora l'omessa lettura del dispositivo non provoca che una mera irregolarità. L'inadempimento del giudice determina invece la nullità della sentenza allorché si ricomprenda tra i requisiti essenziali degli atti anche quelli che conformano il processo al modello ideale prescelto dal legislatore garantendo la conformità del procedimento ai canoni di concentrazione del giudizio, di immutabilità della decisione e di sollecita definizione della lite.

Rinviando la trattazione della questione al capitolo in cui si affronterà *fonditus* la definizione del concetto di scopo dell'atto (*infra* § 2.2. ss.) e ammettendo per il momento che l'omessa lettura del dispositivo determini la nullità della decisione, non scorgo difficoltà a riconoscerne la natura formale. E infatti, dedotto l'errore col

[96] Per la giurisprudenza l'insanabilità deriva dal fatto che la lettura in udienza del dispositivo è requisito senza il quale l'atto non può raggiungere il proprio scopo; v. *ex pluribus* Cass. 9 marzo 2010, n. 5659; e Cass., S.U., 14 dicembre 1998, n. 12544. Per la dottrina contraria cfr. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 495; e A. PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali, sanatoria «ex nunc» o «ex tunc» e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1722 s.

mezzo d'impugnazione, il giudice *ad quem*, non potendo né rimettere la causa in prima istanza né limitarsi a una sentenza meramente rescindente, resta tenuto a decidere la domanda nel merito[97].

iv) Scenari non dissimili si dischiudono qualora il giudice, non ricorrendo «ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume», interdica al pubblico l'accesso all'udienza di discussione della causa (artt. 275 e 321). Ancora una volta, il fatto che il giudice abbia erroneamente reso camerale un'udienza che doveva invece celebrarsi pubblicamente non impedisce la (corretta) rinnovazione del potere decisorio, ma anzi obbliga il giudice dell'impugnazione ad avocare la decisione e la trattazione nel merito della causa previa ripetizione, se necessaria, delle attività compiute in quell'udienza. Poiché la «nullità» sancita dall'art. 128 non inficia in via originaria la validità degli atti del giudizio di impugnazione, bisognerà convenire che l'imperfezione è di mera forma.

A prima vista potrebbe sembrare incoerente la scelta di sottoporre questa patologia al trattamento meno severo della nullità formale, soprattutto se si considera che l'art. 6[1] CEDU eleva il principio di pubblicità a rango di garanzia inviolabile del *fair trial*. Senonché riferendo la nullità alla sola «udienza in cui si discute la causa», il codificatore ha inteso chiaramente circoscrivere il vizio ai soli atti compiuti nell'udienza irritualmente celebratasi nel segreto della camera di consiglio. La scelta mi pare più che giustificata dall'opportunità di conservare gli atti compiuti al di fuori di quella specifica sede.

Va inoltre preso atto che il principio di pubblicità ha storicamente perso quell'importanza che gli era riconosciuta dai *conditores* quale ineludibile tappa verso la democratizzazione dell'amministrazione giudiziaria. La pubblicità, nell'attuale momento storico, non è più una delle principali forme di controllo dell'indipendenza della magistratura e dell'efficienza del suo operato. Anzi, l'impiego delle risorse informatiche, accompagnata dall'intrusione sempre più invasiva dei *mass media*, nonché la celebrazione spesso caotica e disordinata delle udienze ha lasciato emergere il contrapposto bisogno di tutela della *privacy*.

[97] Conseguenza pacificamente ammessa in giurisprudenza: v. la già citata Cass. 9 marzo 2010, n. 5659.

Una delle conseguenze principali della sua collocazione tra le nullità di forma è che l'*error in procedendo* assume rilevanza solo nella misura in cui determini, in prima battuta, l'effettiva compressione dei diritti di difesa – poiché altrimenti la nullità è sanata dal raggiungimento dello scopo (art. 156^{3}) – e, in seconda battuta, l'ingiustizia della sentenza (art. 159^{1})[98].

Quantunque la fattispecie non sia positivamente prevista, costituisce violazione del principio di pubblicità anche l'interdizione della parte dalle attività processuali nonché la segretazione degli atti e dei documenti contenuti nel fascicolo del giudice o dell'avversario. Sebbene, in tale caso, la violazione del canone di pubblicità non costituisca soltanto una minaccia per l'efficienza e la democraticità del processo, ma anche una potenziale lesione del diritto delle parti a contraddire e a difendersi pienamente[99], quelle stesse ragioni che conducono a inquadrare la nullità di cui all'art. 128 nei vizi di forma, inducono a qualificare come formale anche queste patologie.

Non dovrebbe invece suscitare incertezza l'ipotesi dell'omessa pubblicazione della sentenza. Senza il deposito del provvedimento nella cancelleria del giudice che l'ha emanato (art. 133^{1}), la pronuncia non termina il suo *iter* di formazione ed è quindi carente di un requisito indispensabile affinché essa possa acquisire giuridica esistenza. Pertanto, non vedrei ostacoli alla riconduzione della decisione non pubblicata nell'alveo della nullità insanabile (art. 161^{2})[100].

v) Si consideri, da ultimo, il divieto, posto dagli artt. 298 e 304, di compiere atti del procedimento durante la sospensione o l'interruzione del giudizio. La nullità degli atti di trattazione, istruzione e decisione, compiuti qui in violazione

---

[98] Solo presupponendo la formalità del vizio e, dunque, la sua sanabilità per raggiungimento dello scopo si giustifica l'orientamento giurisprudenziale, espresso da Cass., S.U., 25 luglio 2006, n. 16898, in virtù del quale l'annullamento della sentenza per illegittima adozione del procedimento camerale è subordinato all'effettivo pregiudizio al diritto di difesa.

[99] Anche il § $477^{n.7}$ *öZPO* considera solo l'erronea esclusione della *Volksöffentlichkeit* come motivo di nullità (extra-formale), anche se poi v'è chi, come H.W. FASCHING, *op. cit.*, 363 e 892; e W.H. RECHBERGER, D.-A. SIMOTTA, *Zivilprozessrecht*[8], Wien, 2010, 235, riconducono la violazione della *Parteiöffentlichkeit* alla nullità per violazione del contraddittorio nei confronti del giudice (§ $477^{n.4}$ *öZPO*).

[100] Che il deposito della sentenza, ai fini della pubblicazione, costituisca elemento essenziale per la sua giuridica esistenza è costantemente affermato dalla giurisprudenza; v. per tutte Cass. 4 marzo 2009, n. 5245; e Cass., S.U., 21 giugno 2007, n. 14385.

dell'obbligo di *non agere*, deriva dalla stasi forzosa del procedimento[101]. Il divieto assicura che, durante l'arresto del giudizio, non siano compiute attività in pregiudizio del diritto di difesa, del principio del contraddittorio e della parità delle armi sanciti dagli artt. 24^2 e 111^2 Cost.

Per inquadrare il vizio bisogna metodologicamente, da un lato, distinguere gli effetti della nullità a seconda del tipo di attività posta in essere e, dall'altro, considerare le conseguenze che la nullità degli atti, *medio tempore* compiuti, determini sul procedimento una volta cessata la causa sospensiva o interruttiva. Ebbene, ogni attività diversa dalla riassunzione del processo, svolta in violazione del divieto, non impedisce la trattazione e decisione nel merito dopo che il processo sia correttamente riassunto o le parti, a cui spetti di proseguire la lite, si costituiscano tempestivamente (artt. 297 e 299 ss.). Quantunque gli atti compiuti durante la sospensione o l'interruzione del giudizio siano, in via originaria, inefficaci a causa del difetto di una condizione naturale del processo quale è la dinamicità, la quiescenza del giudizio è temporalmente circoscritta e non assurge, perciò, a presupposto impeditivo della serie degli atti da compiersi dopo la riassunzione o la prosecuzione del procedimento. La nullità da cui siano affetti quegli atti non può allora che avere natura formale[102].

Se invece a essere viziata è l'istanza di riassunzione oppure la costituzione per la prosecuzione o la citazione in riassunzione del processo, matura la fattispecie estintiva prevista dall'art. 307^3. L'inammissibilità della decisione nel merito non dipende però dalla carenza di un presupposto processuale bensì dall'imperfezione di un singolo atto di impulso che si somma alla preclusione in cui è incorsa la parte per inosservanza del termine perentorio stabilito dagli artt. 297^{1e2} e 305. La nullità è dunque di tipo formale, ma il trattamento giuridico che ne corrisponde va coordinato con il regime della decadenza, che è incompatibile con il sistema dei rimedi previsto dagli artt. 156^3 e 162^1 (*infra* § 1.7.*a*.)[103]. Questa conclusione, naturalmente, può

[101] Pur non qualificando il vizio, la giurisprudenza è unanime nel dichiarare nulli tutti gli atti e i provvedimenti posti in essere dopo l'evento sospensivo o interruttivo: v. *ex pluribus* Cass. 21 aprile 2006, n. 9374.

[102] La cassazione con «rinvio ad altro giudice di pari grado» a quello di fronte al quale si trovava il processo alla data dell'evento interruttivo è stata disposta da Cass. 2 febbraio 1998, n. 8720; Cass. 16 aprile 1997, n. 3279, con nota di R. CAPONI; e da Cass. 25 maggio 1991, n. 5923.

[103] Il concorso col regime della decadenza spiega perché l'atto di riassunzione, presentato prima della cessazione della causa di sospensione e non tempestivamente riproposto, sia inidoneo a raggiungere lo scopo della riattivazione del processo e perché la nullità infici, per derivazione, tutti gli

condividersi solo se si ammette l'equivalenza giuridica dell'atto nullo con l'atto intempestivo[104].

1.6. Disputato è il ruolo che spetta all'elemento volontaristico[105] e ai suoi vizi nel sistema delle nullità processuali. Premesso che nessun ruolo gioca la volontà degli effetti della fattispecie, la cui efficacia è, oggettivamente, ricollegata dall'ordinamento al compimento di un determinato atto[106], problematico si presenta il tema delle anomalie che intervengano nel percorso di formazione della volontà di agire. L'anomia che circonda l'argomento pone il dubbio se i vizi del volere assumano una qualche giuridica rilevanza nel trattamento degli atti e se siano eventualmente assoggettabili al regime generale dettato dal più volte citato capo III.

L'anomala formazione del processo volitivo può essere determinata da:

- difetto di volontarietà (*fehlendes Handlungswillen*);
- errore (*Irrtum*);
- dolo (*Täuschung*) o violenza morale (*Drohung*).

Mi sembra innanzitutto opportuno distinguere le anomalie autonomamente insorte nel percorso volitivo dell'autore dell'atto (difetto di volontarietà ed errore) dai vizi provocati dal comportamento illecito dell'avversario o del giudice (dolo e violenza). E infatti, gli argomenti che militano contro l'opponibilità dei vizi della volontà mi sembra si possano avanzare nei confronti delle prime ma non anche rispetto ai secondi.

---

atti successivi fino alla sentenza definitiva. Si tratta di conseguenze ormai pacifiche – v. da ultimo Cass. 14 febbraio 2013, n. 3718; e Cass., S.U., 21 aprile 2006, n. 9374 – il cui fondamento, però, sfugge alla giurisprudenza, la quale si limita a imputarle a una non meglio identificata nullità.

[104] Che l'atto imperfetto sia da equiparare all'atto omesso o intempestivo è unanimemente riconosciuto dalla dottrina tedesca: v. per tutti A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J.ALBERS, P. HARTMANN, *ZPO*[72], *sub* § 233. Nella letteratura italiana ad aver affrontato il tema è solo C. FURNO, *op. cit.*, 439 ss., il quale peraltro esprime opinione contraria.

[105] L'elemento volitivo risulta dalle definizioni di atto processuale fornite da F. KLEIN, *Die schuldhafte Parteihandlung*, Wien, 1885, 7; G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, Berlin-Frankfurt, 1957, 22 ss. e 291; K. SIEGERT, *Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung*, Berlin, 1929, 21, 24 e 28 ss.; e da D. LEIPOLD, *Prozeßhandlungen*, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], II, Tübingen, 2008, 590 e 592. Il profilo volitivo è invece svalutato dalla dottrina francese, che scorge in esso l'elemento discretivo tra l'atto di procedura e il negozio giuridico, v. per tutti H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 306 s.

[106] Affermazione condivisa dalla più recente dottrina tedesca e austriaca, per la quale rinvio rispettivamente a G. BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, 24 ss.; e H.W. FASCHING, *op. cit.*, 402.

Vi sono, in primo luogo, due ordini di motivi che inducono a escludere l'applicabilità della disciplina degli atti nulli al difetto di volontarietà e all'errore. È innanzitutto il principio di ragionevole durata del processo a suggerire di sottrarre il giudizio ad accertamenti incidentali su questioni a cui la legge non attribuisce alcuna rilevanza[107]. Il secondo argomento fa leva sulla natura dinamica del procedimento che induce a non attribuire rilevanza alle anomalie volitive di chi, compiendo il successivo atto della serie, esercita il potere processuale che rappresenta il naturale svolgimento dell'attività viziata[108].

Rispetto a questi argomenti, tuttavia, mi appare preminente quello che fa leva sul ruolo svolto dalle forme processuali, le quali hanno anche il compito di assorbire l'elemento volitivo ed escludere così una separata indagine sulla nullità per vizi del volere[109]. L'affermazione non è andata esente da critiche. Si è obiettato che l'indagine sulla volontarietà non esclude ma presuppone la perfezione dell'atto[110] e che, pure là dove il legislatore civile prescrive l'osservanza di forme solenni, è comunque concessa l'impugnazione per vizi della volontà[111]. Le censure mosse mi sembrano però superabili considerando che il formalismo svolge anche il ruolo di suscitare consapevolezza della propria attività e di impedire che il giudizio sia intralciato da indagini psicologiche sul foro interno.

Non solo, queste critiche trascurano le fondamentali differenze che corrono tra diritto e processo. Il profilo volitivo è elemento essenziale dei soli negozi privatistici, che sono espressione dell'autonomia privata con cui i contraenti dispongono direttamente dei loro rapporti. Si comprende allora perché l'annullabilità sia la

---

[107] Lo dimostra l'evoluzione storica del regime delle nullità che ha visto scomparire l'istituto della *restitutio in integrum* quale rimedio operante incidentalmente per la rimozione degli atti affetti dai vizi del volere; sul tema v. LANGE, *Willensmmängel bei Prozeßhandlungen*, in *ZZP*, 1928, n. 53, 249.

[108] V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 474, e *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 204.

[109] A. NUßBAUM, *Die Prozeßhandlungen,ihre Voraussetzungen und Erfordernisse*, München, 1908, 68; H. SPERL, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, I, Wien, 1928, 243; K. SIEGERT, *op. cit.*, 56 e 66 s.; C. FURNO, *op. cit.*, 412 s. e 417 s.; ed E. REDENTI, *op. cit.*, 113 s.

[110] È E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, 247, a replicare che «la locuzione "formalismo processuale" esprime l'indispensabilità delle forme nel processo, non la loro sufficienza, quando manchi la sostanza».

[111] È l'obiezione mossa dai sostenitori della *Willenstheorie*: P. ARENS, *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß*, Berlin-Zürich, 1968, 24; e G. ORFANIDES, *Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozeß*, Köln, 1982, 18.

sanzione posta a tutela della libera autodeterminazione a obbligarsi (artt. 1427 ss. c.c.). Gli atti processuali, al contrario, sono stadi interni di una serie teleologicamente orientata e sono privi di effetti immediati sul rapporto dedotto. Tramite essi non si costituiscono, modificano o estinguono rapporti giuridici patrimoniali, ma si persegue la loro tutela giurisdizionale. Il diverso peso assunto dall'elemento psichico spiega dunque perché nei negozi privati sia la causa a garantire la conformità della volizione agli scopi reputati meritevoli di tutela dalla norma (art. 1325$^{n.2}$ c.c.), mentre negli atti processuali tale corrispondenza sia assicurata dalla forma (art. 121)[112].

Vi sono poi altri tre motivi che inducono a sottrarre tali vizi dall'orbita della disciplina degli atti nulli: l'auto-responsabilità dei soggetti del giudizio (*Selbstverantwortlichkeit*), la certezza o prevedibilità del processo (*Rechtssicherheit*) e l'autonomo esercizio dello *ius postulandi* del difensore. L'una esige che le parti – più che i contraenti privati – siano consapevoli della loro condotta processuale, la seconda che costoro possano fare affidamento sulla stabilità degli atti avversari e sulla certezza dei risultati conseguiti dall'attività giurisdizionale[113] e l'ultimo, infine, determina una minore pericolosità dei vizi volitivi data la diligenza e la perizia richiesta al professionista[114].

Ebbene, non dubito che consapevolezza e volontarietà siano condizioni indispensabili perché l'atto sia imputabile al soggetto, non foss'altro per l'attenzione che il legislatore ha mostrato ai risvolti psicologici dell'autore (a es. artt. 88 e 96). Senonché, le argomentazioni appena svolte inducono a sottrarre rilevanza al difetto di volontarietà. E comunque, l'assenza di una casistica giurisprudenziale induce a ridimensionare fortemente l'importanza pratica del fenomeno per focalizzare l'attenzione sul più complesso problema dei vizi del volere[115].

---

[112] L'alterità degli atti processuali dai negozi privatistici è sottolineata da H.F. GAUL, *Willensmängel bei Prozesshandlungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1972, 349 s.; e da G. BAUMGÄRTEL, *Neue Tendenzen der Prozeßhandlungslehre*, in *ZZP*, 1974, 129, per contestare che, nel giudizio, i vizi della volontà abbiano la stessa rilevanza riconosciutagli nei negozi.

[113] K. HELLWIG, *Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für O. VON GIERKE*, Breslau, 1910, 43 e 66; e G. BAUMGÄRTEL, *Neue Tendenzen der Prozeßhandlungslehre*, cit., 128 s.

[114] Su questo argomento v. F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 83; e D. LEIPOLD, *op. cit.*, 613.

[115] Considerando la volontarietà come elemento costitutivo della fattispecie, sostengono invece che in suo difetto sarebbe compiuto un non-atto: H. WALSMANN, *Der Irrtum im Prozeßrecht*, in *Archiv. für die civilistische Praxis*, 1907, n. 102, 74 ss.; A. WERNER, *Willensmängel bei*

Le obiezioni poc'anzi mosse contro l'applicabilità della disciplina degli atti nulli, a mio avviso, sono ripetibili con riguardo all'**errore-vizio** che inquini il percorso formativo della volontà. Non mi pare si possa invece escludere in modo tranciante la rilevanza dell'**errore-ostativo**, il quale non contagia il percorso di valutazione e decisione, ma determina una divergenza della dichiarazione dall'idea che si voleva trasmettere. Si comprende però che non di un vizio della volontà si tratta[116] bensì di un difetto della sua comunicazione. A differenza del difetto di volontarietà, infatti, il legislatore processuale concede la revoca per errore ostativo (art. 2732 c.c.) e regola un procedimento di correzione delle sentenze e delle ordinanze (artt. 287 ss.). Occorre però capire se il contrasto tra voluto e dichiarato assuma rilevanza anche al di fuori di queste ipotesi[117].

Un'attenta osservazione del fenomeno mostra come la «divergenza tra la formula e l'idea», si risolva per lo più in un problema di interpretazione dell'atto[118]. Qualora il contrasto tra voluto e dichiarato sia manifesto e riconoscibile dall'avversario e dal giudice (conformemente alla *ratio* dell'istituto di cui agli artt. 287 ss.), non vedo ostacoli all'ammissibilità della rettificazione dell'atto – di qualunque *species* di atto – da eseguirsi eventualmente a seguito dei chiarimenti richiesti dal giudice (art. 183[4]), purché, s'intende, a una piana esegesi si evinca l'idea effettiva che voleva esprimersi e la correzione si limiti a correggere lo scarto nella trasmissione della volontà. Non di rinnovazione della fattispecie nulla si tratta, quindi, ma di una mera rettificazione del tenore letterale dell'atto, per come esso risulta dalla correzione interpretativa[119].

Prozeßhandlungen, in *Grünhuts Z.*, 1915, n. 41, 378; LANGE, *op. cit.*, 250; H.W. FASCHING, *op. cit.*, 402; e L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*[17], München, 2010, 341.

[116] G. ORFANIDES, *op. cit.*, 26 ss.

[117] Per l'applicazione analogica della disciplina sulla correzione della sentenza (§ 419 *öZPO*) v. H.W. FASCHING, *op. cit.*, 403.

[118] È un *Auslegungsproblem* per: LANGE, *op. cit.*, 246; A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, W NIESE, *Zivilprozessrecht*[8], Karlsruhe, 1956, § 31, II, 2, b.; D. LEIPOLD, *op. cit.*, 613; e G. ORFANIDES, *op. cit.*, 26 s.

[119] Ammettono la rettificazione (*Berichtigung*) dell'atto erroneamente confezionato qualora la divergenza tra formula e idea sia manifestamente riconoscibile (*offenbare Irrtümer*) e la volontà sia agevolmente deducibile in via interpretativa H.F. GAUL, *op. cit.*, 342; D. LEIPOLD, *op. cit.*, 613; B. HESS, F. LENT, O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*[30], München, 2011; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 341; e, nella letteratura italiana, V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 228 s.

Diversa impostazione, invece, mi pare esiga il problema del vizio della volontà provocato dall'altrui comportamento doloso o intimidatorio. Gli argomenti che militano contro l'applicabilità del regime degli atti nulli al difetto di volontarietà e all'errore-vizio non sembrano sufficienti a escludere la rilevanza del comportamento illecito che vada a inquinare il percorso volitivo di una parte o del giudice. Dolo e violenza mettono in crisi lo scopo della giusta composizione della lite quale unico strumento per garantire l'attendibilità del risultato giurisdizionale e, di conseguenza, realizzare la pacificazione del conflitto giuridico[120].

Problematica, tuttavia, si rivela la ricerca della disciplina applicabile. Il capo III del codice dedicato alla «nullità degli atti» non offre alcun appiglio al riguardo. L'intrinseca alterità degli atti processuali dai negozi privatistici esclude poi l'analogica estensione delle norme sull'annullabilità dei contratti di cui agli artt. 1434 ss. c.c. Impraticabile è anche lo strumento della revoca, individuato dai sostenitori della *Erklärungstheorie* come possibile rimedio ai vizi della volontà degli atti non vincolanti[121]. E infatti, la limitata modificabilità della domanda (art. 183^{6}), il principio di acquisizione delle prove, l'accettazione dell'avversario per l'operare della rinuncia agli atti del giudizio (art. 306), il consenso del giudice e della controparte per l'efficace rinuncia all'audizione di testimoni (art. 245^{2}) sono tutti fattori che confermano proprio l'opposto principio dell'irrevocabilità degli atti di parte[122].

È altrove che si ricavano argomenti in grado di aprire spiragli alla rilevanza dei vizi della volontà e, precisamente, là dove il legislatore concede la revocazione della sentenza che sia effetto del dolo della parte o del giudice (artt. $395^{n.ri1e6}$). Una possibilità potrebbe allora essere proprio quella di anticipare l'operatività della revocazione, qualora la condotta antigiuridica, posta in essere nell'arco del

[120] Lo *Rechtsschutzzweck* e il *Rechtsfrieden* sono tra gli argomenti addotti da P. ARENS, *op. cit.*, 23 s., 44 s.; e da G. ORFANIDES, *op. cit.*, 15 s. e 70 ss., a sostegno della *Willenstheorie*.

[121] Il diritto tedesco considera vincolanti, e quindi non revocabili, gli atti dai cui effetti l'avversario ha conseguito un determinato risultato processuale (ad es. confessione, riconoscimento del diritto, rinuncia all'azione, acquiescenza e rinuncia agli atti del giudizio). Su tutto ciò v. K. SIEGERT, *op. cit.*, 67; H.F. GAUL, *op. cit.*, 342; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 341; e B. HESS, F. LENT, O. JAUERNIG, *op. cit.*, 100.

[122] La revocabilità dell'atto processuale, secondo V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 475, e *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 204, è esclusa dal fatto che «il suo inserirsi nella serie effettuale del procedimento sottrae necessariamente all'autore la disponibilità del suo effetto».

procedimento da quegli stessi soggetti, sia astrattamente idonea a paralizzare la difesa avversaria e a inquinare la decisione[123]. E infatti, non avrebbe senso dover attendere la pronuncia della decisione per opporre il dolo o la violenza commessa nel corso del giudizio[124]. Inoltre, l'ufficio competente resterebbe pur sempre il giudice chiamato a pronunciare la sentenza impugnabile (art. 398[1]) e il corrispondente accertamento incidentale, da svolgersi peraltro secondo le stesse «norme stabilite per il procedimento davanti a lui» (artt. 400 ss.), anticiperebbe l'esito del giudizio di revocazione[125].

Qualora non si condividesse l'interpretazione proposta, il solo altro rimedio rinvenibile sarebbe rappresentato dall'analogica applicazione della disposizione che concede la revoca della confessione per violenza morale (art. 2732 c.c.). Si impongo tuttavia alcune importanti precisazioni. Impropriamente il codificatore parla di revoca. Si tratta piuttosto di una dichiarazione di inutilizzabilità della confessione, reputata inattendibile, a seguito dell'eccezione di nullità del confitente[126]. Potendo l'analogia estendere l'eccezione di nullità alle sole fattispecie simili, la «revoca» andrebbe esclusa non solo con riguardo ai provvedimenti del giudice e agli atti di impulso (*infra* § 1.7.) ma anche rispetto alle attività istruttorie quali la testimonianza e il giuramento, l'uno in quanto atto dovuto e l'altro in quanto dichiarazione *pro se*.

---

[123] La revoca degli atti processuali vincolanti per vizi della volontà che integrino uno dei motivi della *Wiederaufnahmeklage* è ammessa dai sostenitori della *Erklärungstheorie*: K. HELLWIG, *op. cit.*, 108 ss.; H.F. GAUL, *op. cit.*, 345 s., che ricorda come questa possibilità fosse già ammessa nel diritto comune; G. BAUMGÄRTEL, *Neue Tendenzen der Prozeßhandlungslehre*, cit., 127 s.; D. LEIPOLD, *op. cit.*, 614; H.W. FASCHING, *op. cit.*, 403; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 341 s.; e B. HESS, F. LENT, O. JAUERNIG, *op. cit.*, 100.

[124] A tal proposito, merita d'essere ricordato che il Progetto REDENTI (art. 138) proponeva di fare «salvo in ogni caso l'apprezzamento dei fatti di dolo o violenza, che possa fare il giudice nella decisione di merito».

[125] Un impedimento pratico è rappresentato dall'accertamento del dolo del giudice con sentenza irrevocabile (art. 395[n.6]), a meno che non si condivida la tesi di H.F. GAUL, *op. cit.*, 353, secondo cui il principio di economia consentirebbe di non dover attendere il giudicato per proporre la *Restitutionsklage*, in quanto a essere impugnato è un atto intermedio e non una sentenza definitiva a tutela della cui stabilità è per l'appunto richiesto quell'accertamento irrevocabile.

[126] Per V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 218 ss., la revoca è una vera e propria impugnazione dell'atto nullo. La dottrina tedesca è invece divisa tra i sostenitori della *Erklärungstheorie* che parlano di revocabilità degli atti per vizi del volere: L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 342; e B. HESS, F. LENT, O. JAUERNIG, *op. cit.*, 100; e i fautori della *Willenstheorie* che ne sostengono l'impugnabilità: P. ARENS, *op. cit.*, 115 ss. e 205 ss.; e G. ORFANIDES, *op. cit.*, 74.

Delimitato l'ambito di rilevanza del dolo e della violenza, occorre capire in quale delle categorie delineate siano inquadrabili gli atti che ne siano affetti. Considerando che la libera autodeterminazione delle parti e del giudice è condizione del valido compimento dell'intera serie degli atti, si potrebbe essere tentati di sostenere la natura non-formale del vizio. La conclusione sembra peraltro suffragata dalla difficoltà logica di ricondurre le anomalie psichiche alle imperfezioni di tipo formale. Senonché, una tale qualificazione è contraddetta dalla possibilità che a risultare coartata sia la volontà di compiere un esclusivo atto della sequenza. L'elemento volitivo si atteggia diversamente dai presupposti processuali, perché mentre l'uno non necessariamente aggredisce l'intera serie degli atti, gli altri, viceversa, o ricorrono o difettano in blocco rispetto all'intero procedimento. La revocazione è infatti ammissibile anche contro la sentenza fondata sulle risultanze di uno o di alcuni atti che siano «effetto del dolo di una delle parti (o) del giudice» ovvero contro decisioni che non abbiano potuto considerare circostanze dolosamente occultate.

Il vizio della volontà è insomma suscettibile di appuntarsi anche su un singolo atto per poi ripercuotersi sulla serie successiva fino alla sentenza così da provocarne l'ingiustizia e, simultaneamente, la nullità *ex* art. 159[1] (*infra* § 2.7.). Pur non determinando tecnicamente un difetto estrinseco dell'atto, il modo di operare dei vizi della volontà è dunque accostabile a quello dei **vizi essenziali del procedimento** (*supra* § 1.5.*i.*). E, comunque, poiché la nullità è indicata dal legislatore come macro-categoria delle imperfezioni degli atti processuali, non vedo ostacoli a qualificare come nulle anche le attività che siano espressione di una volontà coartata.

1.7. L'indagine ha mostrato come le nullità non-formali dipendano dal difetto di presupposti comuni alla serie degli atti da compiersi in un determinato stadio o grado del giudizio. Le nullità di forma e i vizi essenziali del procedimento, al contrario, derivano dal difetto di requisiti specificamente prescritti per un singolo atto. La loro intrinseca alterità fa sì che mentre le prime esercitano l'effetto costante di contagiare in via originaria l'intera serie degli atti, precludendone l'esaminabilità nel merito, le conseguenze giuridiche delle altre mutano a seconda del tipo di atto che ne sia affetto. Poiché l'individualità e la disomogeneità degli atti processuali impone che il trattamento si adatti alle caratteristiche di ciascuno di loro, la disamina

dei diversi significati che la nullità di forma assume verrà articolata in considerazione delle diverse *species* di atto processuale[127].

a) Prendiamo le mosse dagli **atti di impulso**, detti anche propulsivi o necessari. Eccettuate le ipotesi previste dalla legge, al principio dell'impulso di parte è ispirata la tecnica del processo civile italiano. Gli atti che mirano «a ottenere il progressivo movimento del rapporto processuale verso la fine» si inseriscono, *sine quibus non*, come elementi immancabili nella dinamica procedurale[128]. Naturalmente la finalità di regolare il passo del procedimento, da sola, è insufficiente a individuare quali siano in concreto gli atti di impulso. La categoria riceve una definizione più precisa mediante l'aggancio al dato positivo fornito dall'art. 307[3], dal quale deduciamo che di impulso sono quegli atti che le parti hanno l'onere di compiere entro un termine perentorio al fine di prevenire la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione del procedimento per inattività, senza che il giudice possa d'ufficio intervenire in via sostitutiva per consentire la trattazione e decisione nel merito[129].

La nullità non espropria l'atto di impulso dello «effetto procedurale immediato»[130] che consente l'emersione della conseguente situazione di obbligo o di onere volta a far progredire il giudizio fino al momento in cui il potere decisorio del giudice può legittimamente essere esercitato. Come già rilevato, è proprio della meccanica del processo che l'atto, quantunque «nullo», resti elemento indispensabile della sequenza che mette capo alla pronuncia.

Con le nullità non-formali, i vizi formali degli atti propulsivi condividono l'effetto di dare luogo a una questione di rito avente carattere pregiudiziale; ma mentre le une sollecitano un provvedimento di rigetto in rito della domanda, la nullità formale dell'atto di impulso cagiona l'estinzione del processo per inattività. E la ragione sta

---

[127] Delle diverse conseguenze che l'imperfezione formale determina è stato consapevole il codificatore francese del 1975, che ha separatamente disciplinato le nullità degli atti di parte (artt. 112 ss.) dalle nullità degli atti di istruzione (artt. 175 ss.) e delle sentenze (artt. 458 ss.).

[128] G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 761.

[129] Per una rappresentazione dell'attività di impulso come espressione di poteri-oneri delle parti che condizionano i doveri del giudice cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 85 e 89, e *Corso di diritto processuale civile*, cit., 221 ss.; V. DENTI, *Poteri del giudice*, Torino 1966, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 490; e G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 197.

[130] L'atto nullo, scrive E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 219, «un certo effetto l'ha pur sempre: almeno quello di far camminare il processo verso la sua fatale e inevitabile conclusione». Sull'efficacia procedurale degli atti v. *infra* § 2.3.

in ciò che l'impedimento alla decisione di merito non è ricollegato dal legislatore alla sola imperfezione formale ma anche al maturare della decadenza dal potere di compiere l'atto. La rigidità degli effetti preclusivi e l'operare «di diritto» dell'estinzione se, da un lato, impedisce l'applicabilità di rimedi quali la sanatoria oggettiva o la rinnovazione (artt. 156^3 e 162^1), dall'altro, giustifica la rilevazione *ex officio* della causa di inammissibilità[131]. Pertanto, sia che le parti non si adoperino per riparare tempestivamente l'imperfezione, sia che il difetto aggredisca l'atto di riassunzione o prosecuzione del giudizio, in ogni caso, allo spirare del termine perentorio, non v'è più modo di eludere l'estinzione del processo[132].

b) All'opposto di quelli propulsivi, gli **atti dell'istruttoria** non s'inseriscono come momenti necessari nella sequenza procedimentale, ma costituiscono attività eventuali, la cui mancanza non preclude al giudice la definizione – con presumibile rigetto della domanda – della causa nel merito. Oltreché eventuale, essa è anche autonoma, nel senso d'essere svincolata sia da ogni altra attività del sub-procedimento istruttorio che dalla serie di atti necessari allo sviluppo del processo. L'indipendenza giuridica del procedimento istruttorio si manifesta poi anche rispetto alla sentenza, potendo il dato probatorio acquisito restare inutilizzato ai fini decisori.
Non è un caso che, nell'impostare il tema della nullità, sia stato ora evocato il concetto di «procedimento». Il meccanismo con cui il processo incamera e metabolizza la prova dei fatti storici controversi è, a sua volta, una sequenza ordinata di atti connessi e teleologicamente orientati[133], che è meno complessa per le prove precostituite e più articolata per le prove costituende. Il richiamo al concetto di procedimento mette in luce un aspetto fondamentale: condizione perché una prova sia efficace nella formazione del convincimento del giudice è che l'intera serie degli atti di cui si compone l'istruttoria sia esente da vizi[134]. Non solo, perché al giudice sia

[131] La rilevabilità d'ufficio, introdotta con la rif. della L. 69/2009, in deroga al regime generale della pronunciabilità del vizio su istanza di parte (art. 157^1), è tecnica di emersione della questione più coerente di quella basata sull'eccezione di parte prima vigente. Sul punto tornerò approfonditamente nei §§ 3.1. ss.

[132] Non può allora dirsi, come fanno C. FURNO, *op. cit.*, 430; e R. ORIANI, *op. cit.*, 20, che il naturale sbocco della nullità dell'atto di impulso è la correzione del vizio. In tali casi, non v'è alcun rimedio che consenta di superare l'estinzione del processo.

[133] Dinamica messa in luce già da J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 432 ss. e 513 ss.

[134] E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, in *Giur. it.*, 1960, I, 869.

consentito porre a fondamento del decidere una certa prova (costituenda) occorre che la sua acquisizione al processo sia ammissibile.

I vizi da cui può essere affetto il procedimento istruttorio sono dunque molteplici e possono afferire all'inammissibilità del mezzo di prova o all'operazione acquisitiva dello stesso. Se è l'istanza[135] o l'ordinanza istruttoria o l'attività di acquisizione della prova a divergere dal corrispondente modello legale, il risultato è sempre l'inutilizzabilità, ai fini decisori, del risultato probatorio. Parimenti, la nullità dell'atto di produzione del documento ne determina l'inefficacia probatoria[136].

Non dissimili sono le conseguenze ricollegabili alla violazione del divieto d'ammissione della prova, giacché, una volta che essa sia per errore ammessa ed esperita, il dato probatorio è, in ogni caso, irrilevante ai fini decisori. Bisogna però precisare che l'istanza e l'ordinanza, con le quali, rispettivamente, si domanda e si ammette una prova inammissibile, non sono nulle bensì «infondate nel merito processuale»[137].

Mi spiego: se è vero che l'(in)fondatezza è l'(in)idoneità di un istanza o di un provvedimento, a conseguire o a riconoscere, l'effetto giuridico domandato a causa della (non) corrispondenza del suo contenuto alla realtà fattuale o giuridica affermata, allora l'inammissibilità della prova pone una questione di infondatezza e non di nullità dell'atto. Le norme sull'ammissibilità della prova, difatti, disciplinano non i requisiti che l'atto deve possedere perché sia esaminabile il suo contenuto, bensì l'oggetto – «il merito processuale» – della pretesa istruttoria. Se sussistono le

---

[135] L'ipotesi di nullità dell'istanza istruttoria merita una precisazione. Se l'istanza è viziata, l'ordinanza che l'accoglie è nulla in via derivata. Se poi il giudice neghi espressamente l'imperfezione, quell'ordinanza è altresì ingiusta. E infatti, le norme che prescrivono i requisiti (di tempo e di forma) dell'istanza sono, per la parte, canone di condotta, la cui violazione provoca un *vitium in procedendo*, mentre sono, per l'organo della decisione, metro di giudizio, la cui inosservanza costituisce *error in iudicando quoad processum*.

[136] Si pensi alle ipotesi di documento tardivamente prodotto o illecitamente sottratto, su cui v. E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite*, cit., 870 ss. e nt. 6. A ogni modo, essendo il provvedimento di ammissione del documento logicamente e cronologicamente inscindibile dalla decisione, il problema dell'autonoma invalidità dell'ammissione, qui, non si pone.

[137] Prendo ancora in prestito la terminologia coniata da E.-M. BAJONS, *Von der formellen zur wirkungsbezogenen Beschwer*, cit., 187, nt. 73, 191 e 193, e *Prozeßentscheidung als Verfahrensverstoß?*, cit., 633 e 636, per qualificare istanze e decisioni aventi un oggetto esclusivamente processuale. Comprendo che può sembrare ambiguo leggere di «infondatezza» rispetto al rito anziché rispetto al «merito sostanziale», ma preferisco questa locuzione ad altre formule convenzionali prive di tecnicità. D'altronde, è questo un caso in cui, ahimè, il giurista italiano sconta la povertà del proprio linguaggio.

condizioni che devono ricorrere perché sorga, in capo alla parte, il diritto all'acquisizione della prova e, in capo al giudice, il dovere di assumerla, allora il bene processuale richiesto (la prova) va accordato[138].

Non si tratta di una questione puramente terminologica ma di un profilo dalle importanti implicazioni pratiche: prima tra tutte l'inapplicabilità del regime degli atti nulli[139]. Sarebbe infatti assurdo che atti costitutivi di prove inammissibili possano sanarsi (artt. 156[1] e 157[2]) o essere rinnovati (art. 162[1]), poiché, in ogni caso, l'acquisizione della prova finirebbe per urtare contro il divieto di legge. Quando invece la prova è ammissibile, è plausibile la sanatoria o la rinnovazione degli atti probatori nulli, perché, una volta rimossa l'imperfezione formale, non vi sono altri ostacoli di legge al suo utilizzo.

L'errore commesso nel procedimento istruttorio non dà luogo a una questione pregiudiziale impeditiva della decisione del merito, come invece fanno le nullità formali degli atti di impulso. Al contrario, proprio la natura non-necessaria e autonoma degli atti di istruzione fa sì che il loro vizio obblighi il giudice a non fondare la decisione sulle risultanze probatorie ricavate. La prova inammissibile o invalidamente acquisita è pertanto irrilevante o inutilizzabile ed esige d'essere espunta dal contesto della trama istruttoria[140]. E ancora, la natura eventuale e autonoma spiega perché la nullità dell'attività istruttoria non invalidi la restante serie procedurale nei termini descritti dall'art. 159[1] né infici la decisione che prescinda dalla prova viziata nella ricostruzione del fatto controverso[141]. A tal fine, l'istituto della motivazione della sentenza fornisce il paradigma più sicuro sul quale scrutinare se il giudice abbia tenuto conto o no di quel dato probatorio.

---

[138] Non mi trova perciò d'accordo l'opinione, espressa da E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite*, cit., 870; e da F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 54 e 72, secondo cui il provvedimento che dà ingresso alla prova inammissibile sarebbe «invalido».

[139] Sostiene invece questa soluzione F. CORDERO, *op. cit.*, 75 e 139.

[140] Alle stesse conclusioni giungono la dottrina francese e tedesca; v. per tutti E.-D. GLASSON, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*[2], II, Paris, 1926, 659; e B. GRUNST, *Prozeßhandlungen im Strafprozeß*, Ebelsbach, 2002, 216. «Il miglior partito è escluderle fisicamente», osserva intelligentemente F. CORDERO, *op. cit.*, 180, «la suggestione che in tal modo si esercita per i canali dell'inconscio, non è un fatto trascurabile».

[141] Il vigente codice di rito francese prevede che la nullità sia comminata nei confronti delle sole operazioni istruttorie irregolarmente compiute senza pregiudizio per le altre attività processuali (art. 176 *n.c.p.c.*).

L'errore probatorio che, al contrario, pesasse sul piatto della bilancia si tradurrebbe nell'ingiustizia processuale e nella nullità, *ex* art. 159^{1}, della decisione (*infra* § 2.7.). Ciò che conta infatti è il contributo causale di questa «nullità derivata» sulla «ingiusta» ricostruzione fattuale posta a fondamento del giudizio sussuntivo[142]. Sicché, acclarato in l'appello l'*error in iudicando quoad facta*, il giudice del gravame provvede a una nuova decisione che si sostituisca a quella impugnata, previa, «in quanto possibile», rinnovazione degli atti istruttori nulli ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 354^{4} e 356^{1}. In ultima istanza, infine, la sentenza merita d'essere cassata con (art. 384^{2}) o senza rinvio (art. 383^{1}) a seconda che siano o meno «necessari ulteriori accertamenti di fatto».

c) Una compiuta ricostruzione del sistema delle nullità processuali non può prescindere dalla distinzione tra atti del giudice e atti delle parti. Tali categorie sono trasversali alle figure degli atti di impulso e degli atti istruttori e consentono di mettere in luce delle peculiarità che queste figure non sono in grado di cogliere, soprattutto in tema di nullità. Poiché gli atti di parte e i provvedimenti del giudice sono categorie a loro volta disomogenee, è opportuno procedere a ulteriori bipartizioni. Consideriamo prima gli **atti di parte**.

Il processo è lo strumento a cui le parti ricorrono per conseguire, attraverso la tutela giurisdizionale, i propri fini ultra-processuali. Come ogni istituto giuridico, il processo è efficace se le parti, che se ne avvalgono, si conformano alle sue regole di organizzazione e funzionamento. Se è vero dunque che il processo serve alle parti, è altresì vero che le parti servono al processo affinché esso possa definirsi «giusto».

Taluni atti di parte mirano a provocare un provvedimento del giudice di un certo contenuto o sollecitandone un pronunciamento o fornendo il materiale decisorio. Altri atti, invece, svolgono una funzione servente per la circostanza di trovarsi in rapporto di mezzo-a-scopo con un altro atto già posto in essere o ancora da compiersi. I primi sono detti «**atti induttivi**» o «captatori», i secondi «**atti causativi**»[143]: agli uni sono riconducibili istanze, deduzioni e allegazioni, agli altri

[142] Non a caso, ai §§ $496^{1,n.2}$ e $503^{n.2}$ *öZPO*, F. KLEIN ha previsto come specifico motivo di impugnazione e di rimessione al giudice *a quo* l'esistenza di un «vizio processuale impeditivo di un esauriente esame e di un accurato giudizio sul merito».

[143] Com'è noto, si tratta delle categorie elaborate da GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 364 ss. e 456 ss., la cui validità è largamente condivisa dalla dottrina tedesca e austriaca; v. per tutti D. LEIPOLD, *op. cit.*, 594 s.; e R. HOLZHAMMER, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*[2], Wien-New York, 1976, 150.

gli accordi endoprocessuali, le comunicazioni, le dichiarazioni unilaterali di volontà e, infine, le attività materiali.

Quale significato ha la nullità formale di tali atti? La divergenza di un atto induttivo dalla corrispondente fattispecie legale preclude l'esaminabilità del(la fondatezza del) contenuto dell'istanza, delle deduzioni e delle allegazioni e, dunque, al loro rigetto in rito. Se si preferisce, i requisiti di forma svolgono, per l'atto induttivo, la stessa funzione assolta, a un livello diverso, dai presupposti processuali. Come devono sussistere determinate condizioni perché il giudice possa scendere nella decisione del merito, così gli atti induttivi devono superare lo scrutinio di legittimità perché sia esaminabile il loro contenuto. Si spiega così perché la nullità formale dia luogo a una questione avente carattere pregiudiziale rispetto al merito[144].

L'imperfezione formale degli atti causativi non può invece che provocarne l'irrilevanza giuridica e poiché la loro caratteristica è l'essere in rapporto di pregiudizialità-dipendenza con un atto induttivo o con un provvedimento del giudice, l'irrilevanza degli uni si risolve nell'inammissibilità degli altri. L'irrilevanza dell'atto causativo, infatti, priva l'atto induttivo di un suo elemento costitutivo e pregiudiziale. Si pensi, ad es., alla nullità (dell'atto causativo) della notificazione o della rinuncia agli atti del giudizio. Nella prima ipotesi, il vizio contagia l'atto induttivo da notificare, determinandone l'inammissibilità, nella seconda, rende inammissibile l'istanza di dichiarazione dell'estinzione. Nello studio della nullità derivata (*infra* § 2.7.), questo schema concettuale ritornerà utile per definire compiutamente l'ambito applicativo dall'art. 159[1].

d) Natura intrinsecamente diversa possiedono gli atti degli organi costituenti l'ufficio giudiziario (giudice, cancelliere e ufficiale giudiziario). Per l'importanza che rivestono, l'attenzione si concentrerà sugli **atti del giudice**.

Emanati da organi titolari del potere giurisdizionale, tali atti sono espressione della sovranità statuale, hanno natura autoritativa e sovraordinata a quelli di parte e contengono tutti, seppur in forma diversa, un comando concreto. La loro alterità mi pare di per sé sufficiente a spiegare perché il corrispondente trattamento giuridico non possa coincidere con quello riservato agli atti di parte.

---

[144] Ed è proprio per marcare la (im)possibilità dell'esame contenutistico dell'atto che J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 369 ss., utilizza la categoria dell'(in)ammissibilità.

I provvedimenti del giudice assumono forme diverse in relazione al tipo di attività svolta e alla fase del processo in cui sono posti in essere. Di tali provvedimenti l'art. 131[1] ha fornito una classificazione (sentenze, ordinanze e decreti) basata su criteri puramente estrinseci[145] – peraltro neppure costantemente osservati della legge[146] – e tuttavia sufficienti a individuare le due macro-categorie su cui impostare il problema della loro nullità formale. Da un lato si pongono i «**provvedimenti decisori**», il cui scopo precipuo è accertare, in modo intangibile, la situazione giuridica sostanziale o la questione di rito controversa; dall'altro sono isolabili i «**provvedimenti ordinatori**» funzionali alla gestione o direzione del processo e, più in generale, preparatori delle decisioni[147].

Che siano atti decisori o ordinatori, in ogni caso, la violazione delle disposizioni che ne disciplinano forma e contenuto reagisce, di massima, sulla loro validità, risolvendosi nella precarietà dei loro effetti giuridici, che sono o rimovibili con giudizio rescindente nel termine all'uopo concesso oppure definitivamente stabilizzati dalla preclusione del rimedio. Sembra dunque corretto richiamare qui la categoria di valore dell'annullabilità o della riformabilità. Di regola, alla declaratoria di nullità segue la rinnovazione (art. 162[1]), in funzione sostitutiva del provvedimento annullato, di quello stesso potere che era stato erroneamente esercitato o a opera dell'ufficio superiore o da parte dello stesso giudice autore del provvedimento. Nel riesercizio del potere sta una prima differenza tra la nullità formale e la nullità non-formale dei provvedimenti giudiziali. Se la nullità è ancora sanabile, l'una obbliga il

[145] Nonostante il giudice sia chiamato a impiegare la forma idonea al raggiungimento dello scopo, scrive A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*[2], I, cit., 416, che resta «difficile immaginare ipotesi in cui una forma diversa da quelle della sentenza, dell'ordinanza e del decreto possa essere adottata».

[146] Lo ricordano A. SEGNI, S. COSTA, *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig.it.*, XIII, Torino, 1966, 1049. E infatti, sebbene nel disegno del libro I del codice sia la sentenza il provvedimento con cui il giudice decide chiudendo il processo avanti a sé, nei procedimenti speciali o nei giudizi in camera di consiglio – ma anche in quelli a cognizione piena – è l'ordinanza o il decreto a contenere la decisione definitiva, di rito o di merito.

[147] Anche nel giudizio ordinario di cognizione, la bipartizione tra provvedimenti decisori e ordinatori non corrisponde a quella tra sentenza e ordinanza o decreto, potendo anche questi ultimi contenere o presupporre decisioni. In tal caso, secondo V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., 372, la distinzione andrebbe fissata nell'oggetto del provvedimento «nel senso che sentenza è non già ogni provvedimento, nel quale sia deciso qualcosa, ma soltanto quel provvedimento il cui scopo è decidere».

giudice a rinnovare correttamente il provvedimento imperfetto, l'altra a ordinare l'acquisizione al processo del presupposto difettoso (*infra* §§ 3.7. ss.).

La precaria stabilità degli effetti è caratteristica condivisa tanto dai provvedimenti decisori quanto dai provvedimenti ordinatori imperfetti. Il discrimine sta nella tecnica processuale per far valere la nullità. Se per i provvedimenti definitivi aventi contenuto decisorio – anche adottati in veste diversa dalla sentenza (arg. *ex* artt. 111^{7} Cost. e 360^{4}) – il sindacato di validità da parte di un giudice (di grado o stadio) diverso è subordinato all'esperimento del mezzo di impugnazione[148], per i provvedimenti ordinatori vige, di norma, l'opposta regola della revocabilità o modificabilità a opera dello stesso giudice che li ha pronunciati (artt. 177^{2} e 487) o del collegio in sede di controllo finale (art. 178^{1})[149].

Al di là della differente tecnica di controllo, non va trascurato che la rilevanza del vizio deriva dalla predisposizione di un sistema di controllo in cui versare la questione di rito della nullità. Sicché non è tanto l'invalidità a convertirsi in motivo di impugnazione, quanto piuttosto la previsione di un riesame ad assoggettare la nullità dell'atto giudiziale al regime proprio del rimedio (impugnazione, reclamo, revoca etc.). Che il trattamento della nullità dei provvedimenti non è altro dal sistema dei rimedi per farla valere è dunque vero per tutte le *species* di provvedimenti, compresi quelli «non impugnabili».

Tornando ai diversi modelli di controllo, quale significato assuma la violazione delle forme nei provvedimenti decisori è esplicitato dall'art. 161^{1}, che cumula, nell'impugnazione, lo strumento di critica degli *errores in procedendo* a quello di censura degli *errores in iudicando*. Spirato il termine per l'impugnazione, il vizio perde rilevanza a causa dell'intervenuta decadenza dal relativo potere. Di nullità,

[148] Alla tecnica dell'impugnazione è riconducibile, per V. DENTI, *I provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, 235, il reclamo dei provvedimenti ordinatori «definitivi» che chiudono il processo (artt. 178^{2}, 179^{2} e 308^{1}) e, aggiungerei, dei decreti pronunciati nell'ambito della giurisdizione volontaria (artt. 739 s.).

[149] Anche là dove l'ordine è stigmatizzato come «non impugnabile» (*ex* artt. $177^{3,n.2}$ e 178^{1}) il vizio non perde rilevanza, potendo la questione essere ancora coltivata con l'impugnazione della sentenza definitiva (ad es. la causa estintiva del processo può costituire motivo di gravame anche se negata dall'ordinanza non impugnabile del collegio ai sensi dell'art. 308^{2}).

perciò, non ha più senso parlare con riguardo alle decisioni non più soggette a impugnazione[150].

L'autonomia concettuale e giuridica di cui godono i provvedimenti ordinatori li sottrae, per contro, al trattamento giuridico che l'art. 161^1 riserva alle decisioni[151]. La regola della «conversione» delle nullità, infatti, è indissolubilmente connessa coi provvedimenti che spogliano il giudice del potere decisorio e che sono istituzionalmente diretti a dare certezza delle situazioni giuridiche tramite l'intangibilità del giudicato sostanziale o della preclusione processuale. Quelle regole, destinate a soddisfare le esigenze di certezza, immutabilità e intangibilità propria delle decisioni, non sono compatibili coi provvedimenti interlocutori che «non possono mai pregiudicare la decisione della causa». Pur restando valido il principio per cui il vizio è esautorato dall'esaurimento dei rimedi[152], gli ordini restano soggetti a strumenti di riesame immediati (artt. 177^2, 178^2 e 487) e mediati (art. 178^1) non riconducibili agli schemi impugnatori contemplati dall'art. 161^1.

Discorso a parte meritano i provvedimenti ordinatori definitivi (si pensi ad es. al provvedimento di liquidazione del compenso all'ausiliario) sottratti a qualunque mezzo di controllo, immediato (revoca, modifica, reclamo) o mediato (impugnazione). La mancata previsione di uno specifico rimedio endoprocessuale esclude l'esaminabilità dell'ordine sotto il solo profilo dell'ingiustizia ma non anche sotto quello della sua irregolarità formale[153], sicché non ne è preclusa l'invalidazione attraverso un'autonoma azione di accertamento. L'estraneità al sistema dell'*actio*

---

[150] Com'è a dirsi per le pronunce della S.C., che sono revocabili solo per errore di fatto *ex* art. 391 *bis*; sul punto v. E. REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011, 118. Va precisato che di «decisioni» e non di «sentenze» occorre parlare, proprio perché, come già ricordato, il fenomeno della cosa giudicata è connesso non alla forma del provvedimento ma al suo contenuto decisorio e, dunque, a quel concetto di «sentenza in senso sostanziale» a cui si riferiscono gli artt. 111^7 Cost. e 360^4.

[151] L'autonoma rilevanza che l'imperfezione formale dei provvedimenti assume rispetto alla nullità non-formale si misura soprattutto con riguardo ai provvedimenti ordinatori. Il difetto di un presupposto comune all'intera serie degli atti non acquista infatti una fisionomia diversa a seconda del provvedimento considerato, essendo tutte le attività processuali egualmente colpite da inammissibilità.

[152] La regola stabilita dall'art. 161^1 può intendersi come riferita agli ordini solo in senso molto lato e cioè nella misura in cui il giudizio di fatto o di diritto si basi sulle risultanze del provvedimento ordinatorio viziato. In tal senso, l'impugnazione della sentenza rappresenta il mezzo con cui censurare indirettamente quell'ordine.

[153] La contraria opinione è sostenuta da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 378, il quale, non tenendo conto dell'autonomia dei provvedimenti ordinatori, li ritiene assoggettabili al regime proprio delle sentenze.

nullitatis vale appunto per le decisioni ma non anche per i provvedimenti coi quali il giudice si limita a ordinare senza accertare il modo d'essere del rapporto controverso. Poiché insomma non si avverte qui quella medesima esigenza di stabilità, i provvedimenti ordinatori definitivi si pongono al di fuori dell'ambito applicativo del principio di «conversione» delle nullità[154].

[154] Conclusione sostenuta da E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 248; e da V. DENTI, *I provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, cit., 250 ss., al quale si rinvia per una più esaustiva argomentazione.

CAPITOLO SECONDO

LE CONDIZIONI DI RILEVANZA DELLE NULLITÀ PROCESSUALI

SOMMARIO: 2.1. Portata e limiti del principio di tassatività delle nullità formali. – 2.2. Le definizioni del concetto di «scopo dell'atto» nel dibattito dottrinario. – 2.3. (*Segue*) Individuazione degli effetti giuridici minimi degli atti processuali. – 2.4. (*Segue*) Scopo dell'atto come «evento cognitivo» e come presupposto dell'«effetto procedurale remoto». – 2.5. (*Segue*) La prova del raggiungimento dello scopo. – 2.6. L'irregolarità degli atti per difetto di elementi non-essenziali al raggiungimento dello scopo: *i*) *verifica della regolare costituzione delle parti*; *ii*) *irregolare assunzione di testimoni*; *iii*) *verifica della regolare costituzione del giudizio d'appello*; *iv*) *irregolarità degli atti e dei documenti prodotti nel rito lavoro*. – 2.7. Il fenomeno della «estensione della nullità» formale agli atti dipendenti.

2.1. Per l'economia del processo, l'atto imperfetto rappresenta una perdita economica, che il legislatore mira a contenere, da un lato, stabilendo le condizioni di rilevanza dell'imperfezione e, dall'altro, introducendo appositi rimedi contro l'irregolarità. Come anticipato nell'introduzione, il presente capitolo ha a oggetto lo studio delle condizioni che devono ricorrere perché la nullità degli atti possa essere pronunciata.

Il Capo III, dedicato alle «nullità degli atti», è introdotto proprio da una serie di disposizioni che regolano le condizioni di rilevanza dei vizi processuali. Da ogni ordinamento processuale, infatti, si attende di sapere se la violazione di legge sia sufficiente a espropriare l'atto della sua efficacia o se, invece, alla mera inesecuzione di legge non segua automaticamente l'inefficacia dell'atto. Poiché il legislatore ha cura di precisare che tali condizioni sono dettate con precipuo riferimento all'inosservanza delle forme, mi sembra opportuno muovere da alcune considerazioni sul tema del formalismo processuale.

Qualunque legislatore è consapevole che non ha senso imporre determinate forme senza prevedere al contempo un sistema sanzionatorio nell'ipotesi di loro inosservanza[155]. Viceversa, un ordinamento che comminasse la nullità per ogni inadempimento di forma rischierebbe di sacrificare, sull'altare del formalismo, il diritto alla tutela giurisdizionale, compromettendo così la funzione stessa del processo. Il sistema delle nullità processuali oscilla dunque tra due opposte esigenze:

[155] Insegna H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien 1934, 25 s., che la normatività, in quanto «dover essere», consiste non nella mera prescrizione di un comportamento ma nella sua coattività e che, pertanto, nella sanzione comminata per l'inosservanza del comando risiede il fondamento ultimo del fenomeno giuridico.

da un lato, la repressione delle violazioni di forma che pregiudicano le garanzie di difesa e il corretto esercizio del potere giudiziario e, dall'altro, la conservazione degli atti in funzione dello scopo istituzionale del processo.

La risoluzione di questo conflitto di scopi passa, appunto, per l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali l'inesecuzione della legge processuale provoca la nullità. Astrattamente sono concepibili due modelli: l'uno (nominalistico) riserva al solo legislatore la prerogativa di stabilire quali violazioni di forma determinino la nullità, l'altro (comminatorio) concede al giudice il potere di sindacare se l'irregolarità sia sufficientemente gravare da invalidare l'atto. L'origine del primo modello può farsi risalire al *iudicium per legis actiones*, che sottoponeva ogni attività al rispetto di formule sacramentali la cui inosservanza determinava la perdita dell'*actio*[156]. Al secondo si ispirava il diritto processuale francese antecedente all'*ordonnance* del 1667, che ha consentito alla giurisprudenza dei *parlaments* di subordinare la pronuncia di nullità alla doglianza di un pregiudizio, secondo il noto adagio «*nullité sans grief n'opère rien*»[157].

L'analisi retrospettiva e comparatistica mostra come la scelta per l'uno o per l'altro modello sia dipesa dal grado di discrezionalità che il potere politico, di volta in volta, ha inteso lasciare alla magistratura[158]. Va altresì detto che, anziché optare per l'adozione di uno di questi modelli, le codificazioni europee hanno più che altro espresso delle tendenze nel quadro di un sistema di tipo misto[159].

---

[156] La severità del formalismo del processo antico è narrata da GAIUS, *Institutiones*, IV, 11, con l'aneddoto di un rigetto della domanda perché l'attore, anziché agire per il riconoscimento del diritto di recidere degli «alberi», come prescriveva la legge delle XII tavole, vantava il diritto di tagliare delle «vigne».

[157] Il pregio della flessibilità di un siffatto modello è obliterato, secondo H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 365, dall'inconveniente di ancorare l'esito del giudizio all'arbitrario apprezzamento del giudice.

[158] Paradigmatiche sono le parole di uno dei redattori del *Code Napoléon*, C.-J. MALLARMÉ, secondo cui l'intenzione del codificatore francese è di «prevenire gli abusi che una lunga e triste esperienza fa temere di veder rinascere, togliere ai giudici il diritto (…) di considerare come comminatorie le nullità pronunciate dalla legge. Il giudice non potrà più confermare o annullare un atto a seconda delle circostanze (…); egli dovrà a tal riguardo trarre ispirazione dalla sola legge; i suoi sforzi saranno limitati ad applicarla letteralmente senza che possa mai moderarne o aggravarne il rigore». Non è difficile scorgere in queste parole l'utopistica fiducia dell'illuminismo giuridico francese nell'autosufficienza della legge e nel *juge bouche de la loi*.

[159] A es. il *Code Napoléon*, da un lato, stabiliva che «nessuna nullità (…) è comminatoria» (art. 1029) e che «nessun atto di procedura potrà essere dichiarato nullo se la nullità non è formalmente

Il capo III dedicato alla «nullità degli atti» si apre con il divieto di pronunciare «la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge». La norma pone un **principio di tassatività** (o di **nominatività**) che impedisce di ravvisare *praeter legem* ulteriori ipotesi di imperfezione e di accampare ragioni di equità o di opportunità al fine di eludere la comminatoria di legge. Non si tratta di una novità del codice del '42. La disposizione corrisponde all'art. 56 del previgente codice, ai sensi del quale non poteva «essere pronunciata la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge».

Il modello a cui s'è ispirato il codificatore italiano del 1865 e del 1940 è principalmente quello proposto dal *Code Napoléon* che, ancor prima, costituì la base delle legislazioni preunitarie[160]. Secondo quel modello si bandivano le nullità di tipo comminatorio[161] a favore del principio *pas de nullité sans texte* (artt. 1029 e 1030 *c.p.c.*). L'idea del codificatore francese – derivata dal *droit commun* – è che il processo, se è davvero liberale, non può tollerare che le nullità siano rimesse all'arbitrario apprezzamento del giudice, perché ciò andrebbe a detrimento della certezza della sanzione e della sua uniforme applicazione[162].

La regola di nominatività ha l'indubbio pregio di rimuovere il pericolo di pronunce arbitrarie, ma perché ciò sia possibile è necessario che la «legge di procedura sia ben confezionata, minuziosamente studiata, che abbia soppesato l'importanza delle formalità prescritte e che, di conseguenza, abbia misurato

---

comminata dalla legge» (art. 1030[1]) e, dall'altro, consentiva al giudice di pronunciare le sole nullità «che nuocciono agli interessi della parte avversaria» (art. 173[1] *c.p.c.*).

[160] Nell'amara confessione di F. MENESTRINA, *Il codice giudiziario barbacoviano*, in *Festschrift für Wach*, Leipzig, 1913, II, 225 s., il *code de procedure civile*, applicato nei territori occupati e poi fedelmente copiato dei codici dei Regni restaurati, «trovò il paese già preparato dai giuristi filosofi a desiderare le riforme e già abituato a non vederle nei tentativi indigeni se non incerte e insufficienti; e il trionfo del diritto straniero, cui nulla poteva opporsi di equivalente, fu completo».

[161] Tale divieto, spiegano E. GLASSON, A. TISSIER, *op. cit.*, II, 341, implica che ogni nullità è subordinata alla sola previsione di legge e il magistrato deve pronunciarla prescindendo dall'opportunità concreta di irrogarla e dal pregiudizio che la parte, interessata all'osservanza della forma prescritta, abbia a risentire dall'imperfezione.

[162] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*[3], Paris, 1935, 33, 23 s. e 36. È stato persino sostenuto da E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, 97, nt. 9, che il giudice che comminasse nullità al di fuori delle ipotesi testuali violerebbe il principio stesso di separazione dei poteri dello Stato.

accuratamente la sanzione per la loro inosservanza»[163]. Senonché, quand'anche ciò accada, i difetti che tale modello si porta dietro sono più numerosi e svantaggiosi dei suoi pregi. In primo luogo, condizionare la rilevanza del vizio alla previsione di legge irrigidisce e defatiga inutilmente il processo. Lasciando infatti al legislatore il sovrano apprezzamento sugli interessi da tutelare, si rischia di costringere il giudice a pronunciare nullità che potrebbero anche rivelarsi innocue e a ordinare il rinnovo dell'atto viziato pure quando non ricorra una concreta utilità. E ciò senza contare il pericolo che l'avversario strumentalizzi nullità inoffensive per mere tattiche dilatorie. In secondo luogo, come dimostra l'esperienza francese, circoscrivere la rilevanza del vizio a un *numerus clausus* d'ipotesi testuali instilla inevitabilmente il pericolo che sfuggano alla comminatoria legislativa imperfezioni di gravità pari a quelle testualmente previste, se non addirittura maggiore[164].

Per limitare tali inconvenienti il principio di tassatività trova già al secondo comma dell'art. 156 una prima eccezione, in virtù della quale è altresì nullo l'atto carente dei «**requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo**». L'interprete è così chiamato a diagnosticare, attraverso una complessa operazione esegetica, quali elementi di struttura, testuali o extra-testuali, rendano l'atto valido. Anche questa disposizione, che offre la "rima obbligata" al principio di strumentalità delle forme (artt. 121 e 131)[165], ha il proprio antecedente nell'art. 56^2 del codice del 1865, ai sensi del quale potevano «tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza».

La previgente disposizione era, a sua volta, la traduzione di concetti che la dottrina e la giurisprudenza francesi del XIX sec. andavano elaborando, non senza difficoltà, proprio al fine di superare le conseguenze distorsive della tassatività. E infatti, al precipuo fine di non lasciare impuniti vizi non testualmente prescritti a

---

[163] H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 368.

[164] Obiezione già sollevata da R. JAPIOT, *op. cit.*, 30. Diversa opinione è invece espressa da V. DENTI, *«Vocatio in ius» e nullità della citazione*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 84; e da S. SATTA, *op. cit.*, II, I, 51. Senonché la riprova di quanto affermato è fornita dall'art. 160, il quale, dopo aver indicato una serie di imperfezioni, fa salve le previsioni di cui all'art. 156, aprendo così la strada della nullità a tutte le irritualità che impediscono il raggiungimento dello scopo.

[165] Osserva caustico E. REDENTI, *op. cit.*, 119, che riesce «di importanza pressoché insignificante l'articolo con cui si apre quel titolo sesto sotto la rubricella piuttosto pomposa "libertà di forme"» dato che il codice indica quasi sempre, espressamente o per rinvio, la forma degli atti.

pena di nullità, la giurisprudenza della *Cour de cassation* distingueva le *formalités essentielles*, che consentono all'atto di raggiungere il risultato assegnatogli dalla legge o che sono prescritte da norme di ordine pubblico, dalle *formalités accessoires* che, senza essere prive di utilità, non contribuiscono a fornire all'atto il suo carattere specifico. Solo quest'ultime sottostavano al principio *pas de nullité sans texte*, mentre il difetto delle prime invalidava l'atto a prescindere da un'espressa comminatoria di legge.

Per la verità, non si trattava neppure di categorie introdotte dalla giurisprudenza francese, ma di concetti che la stessa andava mutuando dal diritto dell'età intermedia ove l'antagonismo tra nullità romana e annullabilità germanica, filtrato dallo studio delle raccolte giustinianee e dalle concezioni giusnaturalistiche della dottrina canonistica, aveva partorito la distinzione tra *substantialia iuris naturalis* e *substantialia iuris positivi* (*supra* § 1.1). Ma se nel diritto comune, tale suddivisione servì a individuare le imperfezioni sottratte, per diritto naturale, al principio statutario dell'impugnazione, nella Francia del codice napoleonico fu appunto impiegata per aggirare la regola di tassatività[166].

La vaghezza e l'incertezza che circondavano il concetto di essenzialità[167] hanno indotto il codificatore del '40 a riproporre la norma sotto una diversa formulazione che ne chiarisse il significato. Sulla spinta di chi prospettava lo scopo come criterio ermeneutico per l'individuazione dei requisiti essenziali minimi dell'atto[168], l'art. 187^3 del codice Rocco, prima, e l'art. 156^2, dopo, hanno esplicitato il criterio di essenzialità con la proiezione teleologica dell'atto. Nella stessa relazione

[166] La sovrapposizione di categorie, nate in contesti storici e con significati differenti, ha inciso negativamente sulla chiarezza dei concetti. Il difetto dei *substantialia iuris naturalis*, nel diritto comune, rappresentava vizi *insanabiles* che non potevano essere assorbiti dalla *querela nullitatis*. La giurisprudenza francese ne mutua l'espressione per far coincidere le *formalités substantielles* coi requisiti indispensabili all'esistenza dell'atto, con la conseguenza di ripristinare il significato antico (e ormai anacronistico) di nullità romanistica. Sul punto cfr. H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 385.

[167] La distinzione si era peraltro già attirata le critiche di parte della dottrina francese e in particolare di R. JAPIOT, *op. cit.*, 31, il quale obiettava che ogni atto è un insieme di elementi tutti concorrenti alla formazione della fattispecie.

[168] Criterio proposto da G. PISANELLI, in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1875, I, 458 ss., secondo il quale essenziali sono i «mezzi necessari per raggiungere lo scopo al quale l'atto sia predisposto ed ordinato dalla legge». Al contrario l'art. 114 *n.c.p.c.*, recependo la dottrina formatasi sotto il previgente codice, ripete che, in assenza di una previsione testuale, la nullità va pronunciata se sono inosservate *formalités substantielles* o *d'ordre public*.

al progetto del codice si trova esplicitato che «un atto in cui mancano gli elementi senza dei quali (…) mancano le condizioni, ossia i mezzi necessari a raggiungere lo scopo al quale sia predisposto ed ordinato dalla legge, difetta della forma essenziale»[169].

In verità, si tratta, anche qui, della riproposizione di un concetto che era ben noto al giusnaturalismo tedesco, ancora fortemente influenzato dall'eredità romano-canonistica. Ritenendo che dallo scopo si potesse risalire alla determinazione degli elementi essenziali dell'atto giuridico, già all'inizio del XIX sec. ALMENDINGEN sosteneva che «un atto, il cui contenuto non stia in rapporto causale con il proprio scopo, è, con riguardo alla sua destinazione di scopo, nullo – questa massima non può ricevere dalla legge una sanzione più forte, di quella che già contiene in se stessa. La legge non può stabilire l'invalidità di questa massima»[170].

Ve però ricordato che, già alla fine del XVIII sec. negli Stati di lingua tedesca, la dottrina dei *substantialia et accidentalia processus* aveva perso il sostegno positivo della *Allgemeine Gerichtsordnung* austriaca del 1781 e di quella prussiana del 1793 e avrebbe perso, di lì a poco, anche il consenso scientifico della moderna scuola di diritto processuale inaugurata dagli studi di BÜLOW[171]. È qui che vedo giungere a un bivio quel percorso storico che gli ordinamenti dell'Europa continentale avevano congiuntamente intrapreso per tutta l'età intermedia e moderna. Le strade dei diritti germanici e dei diritti d'ispirazione romano-canonistica si separano qui definitivamente. Gli uni, scelgono di rifiutare la nullità come categoria generale del processo e la distinzione tra elementi essenziali e accidentali, gli altri preferiscono conservarle per adattarle alle nuove codificazioni e alle moderne concezioni processuali.

È però anche vero che, pur messi alla porta, la nullità e i requisiti essenziali dell'atto rientrarono presto dalla finestra nel dibattito sulla configurabilità del

---

[169] *I motivi del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., 79 s.

[170] L.H. VON ALMENDINGEN, *Metaphysik des Civilprocesses*, Giessen, 1821, 266.

[171] Severa è la critica mossa da O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1881, 4 s., 10 e 27, alla coeva scienza giuridica di coltivare categorie antiquate, come la nullità degli atti, che offuscano l'esatta comprensione delle norme processuali.

Nichturteil[172]. Al di là delle differenze legislative e nominalistiche, insomma, le dottrine di entrambi i lignaggi non hanno potuto fare a meno di continuare ad avvalersi degli stessi concetti per spiegare il fenomeno degli «atti abnormi», anche se ciò è probabilmente dipeso dalla difficoltà di abbandonare le antiche categorie più che dalla circolazione dei modelli teorici tra i giuristi europei.

Tornando al nostro dato positivo, va inoltre rilevato che il primo e il secondo comma dell'art. 156 non hanno un ambito di applicazione coincidente. Mentre la necessità di una previsione testuale non può che riferirsi ai soli atti a forma vincolata, la regola del raggiungimento dello scopo, si applica sia a questo tipo di atti che a quelli a forma libera. E invero, il fatto che il legislatore disciplini un atto in base a un modulo prestabilito e ne commini la nullità a fronte di specifiche imperfezioni non dà motivo di escludere l'applicabilità del criterio del raggiungimento dello scopo. Anzi, il criterio finalistico consente qui di correggere le distorsioni a cui può portare l'applicazione automatica del meccanismo di tassatività[173].

L'indagine non si esaurisce però nell'accertamento del difetto dei requisiti formali prescritti a pena di nullità e degli elementi essenziali alla sua destinazione finalistica. L'interprete è ancora chiamato, dall'art. 156^3, a operare una terza e ultima diagnosi sul **raggiungimento dello scopo**. Il codificatore ripropone così il concetto di scopo, ma mentre al primo capoverso lo impiega per incrementare le ipotesi di nullità giuridicamente rilevanti rispetto a quelle espressamente comminate dalla legge, in quest'ultimo comma la proiezione teleologica dell'atto ha la funzione di limitare gli effetti dirompenti della nullità.

Promuovendo la conservazione del risultato pratico conseguito dall'atto anche quando il modello formale è rimasto inosservato, la norma rappresenta l'espressione più saliente del rifiuto del puro formalismo. E invero, se un ordinamento esige «a pena di nullità» l'osservanza di forme essenziali, ma poi qualifica valido l'atto che ne sia carente purché raggiunga il proprio scopo, ciò significa che quelle stesse forme sono considerate soltanto come strumentali all'interesse – questo sì reputato

[172] La critica alla nullità trova l'immediata contestazione di J. KOHLER, *op. cit.*, 115 ss.; e A. WACH, *Urteilsnichtigkeit*, in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1911, III, 374.

[173] Merita d'essere ricordato come per lo stesso motivo la giurisprudenza del *Parlement de Toulouse* introdusse nel vigore della *ordonnance* del 1667 la regola della «*nullité sans grief n'opère rien*».

essenziale dal legislatore – che dev'essere soddisfatto. Le forme non sono dunque fine a se stesse, ma sono imposte in funzione del perseguimento di un certo risultato, onde l'atto viene conservato anche quando la forma è violata. Ricominciare da capo, per non ottenere nulla più di quanto si è già conseguito, equivarrebbe difatti a un'inutile dispendio di attività.

Onde fugare equivoci osservo subito che, a mio avviso, il «principio di strumentalità» non legittima la creazione, per via interpretativa, di arbitrarie figure di equivalenti processuali. Le forme tipizzate dal legislatore non sono equipollenti con qualunque altro modello conforme agli scopi al punto da rendere semplicemente consigliato lo schema legale e superflua la comminatoria di nullità[174]. Qualunque tentazione di riplasmare il precetto per degradarlo a mera raccomandazione di uno schema di atto fungibile[175] è in palese contraddizione con gli artt. 121 e 131^2, che concedono la «libertà di forme» solo nella misura in cui la legge non richiede l'osservanza di un preciso *modus procedendi*[176].

A meno di non voler incorrere nel rischio di un'anarchia processuale, solo per «gli atti del processo per i quali la legge non richiede forme determinate» si può ellitticamente coniare un modello legale sul criterio del raggiungimento dello scopo. Resta comunque vero che, nella gran parte dei casi, è la legge stessa e talvolta il giudice (artt. 151 e 210^2) a stabilire la forma dell'atto, sicché gli artt. 121 e 131^2

[174] All'opposto E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, cit., 257 ss., sostiene che per ogni atto coesisterebbero due fattispecie alternative, l'una, «conforme allo schema legale», ricavabile mediante un procedimento di stretta interpretazione e l'altra, «conforme agli scopi», surrogabile al modello normativo e idonea a produrre i medesimi effetti. Come però ben rileva G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 354 s., se si attribuisce tipicità legale a una data forma per conseguire lo scopo, non ci si può servire di altre forme per raggiungerlo. Per la critica dei rischi che si celano sotto la creazione di fattispecie equipollenti v. G. CONSO, *op. cit.*, 22; F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 688; e G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1588.

[175] Così fa l'orientamento giurisprudenziale criticato da R. POLI, *In tema di forme equipollenti e fattispecie equipollenti degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1170 ss., e a cui si rinvia per gli opportuni riferimenti.

[176] Scrive F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704, che «il "conseguimento dello scopo" non apre una frattura nel sistema delle fattispecie configurate dal legislatore, e nemmeno offre il pretesto per affermare un'originaria irrilevanza delle forme rispetto all'obiettivo "pratico", che più o meno plausibilmente si conviene di assegnare alla norma; una posizione del genere, nella quale serpeggia una larvata polemica nei confronti della legge, alimentata dall'insofferenza per quanto si reputa superflua sovrastruttura formale, conduce ad un'autentica eversione».

operano per lo più come norme di chiusura, valide in assenza di una previsione legislativa[177].

La lettura proposta consente di superare l'apparente incoerenza degli ultimi due capoversi dell'art. 156. La locuzione «requisiti formali indispensabili» non può infatti essere interpretata letteralmente senza che il primo comma contraddica l'ultimo, giacché se davvero il requisito di forma fosse necessario, non si capirebbe come l'atto possa, in suo difetto, divenire innocuo. «Indispensabile», a mio avviso, deve voler dire che, ogniqualvolta la legge richieda l'osservanza di forme determinate, la parte o il giudice non può discrezionalmente scegliere di disattendere lo schema normativo in favore di un modello ellitticamente ricavato dalla destinazione teleologica dell'atto da compiersi.

Per tali motivi ritengo insomma fuorviante parlare di «principio di equipollenza»[178]. Al contrario mi sembra più corretto discorrere di «principio di strumentalità», a condizione però di distinguere l'idoneità della forma al raggiungimento dello scopo, che l'art. 156^2 prescrive di valutare *ex ante* per gli atti sottratti al principio di legalità, dalla causa di inopponibilità per raggiungimento dello scopo, che l'art. 156^3 impone di verificare *ex post* anche per gli atti a forma vincolata.

L'art. 156, costruito su una regola, un'eccezione e una deroga all'eccezione, ha andamento sinusoidale. L'importanza delle tre proposizioni appare inversa all'ordine con cui sono proposte, tanto che i primi due commi potevano essere omessi senza alcun pregiudizio per la coerenza del sistema. Viene allora spontaneo chiedersi perché il codificatore non si sia limitato a enunciare soltanto la regola contenuta

---

[177] Se è vero, come afferma A. NIKISCH, *Zivilprozeßrecht*[2], Tübingen, 1952, 28, che «la sensibilità giuridica moderna avversa ogni sproporzionato formalismo», allora strumentalità delle forme deve significare minimo mezzo ossia, in accordo con M. VOLLKOMMER, *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*, München, 1973, 45, rifiuto di tutti quei requisiti che, secondo canoni di ragionevolezza, proporzionalità e necessarietà, appaiono superflui o eccessivi rispetto al raggiungimento dello scopo.

[178] Come fa invece R. POLI, *In tema di forme equipollenti*, cit., 1170, anche se poi riferisce tale principio alle sole ipotesi in cui la legge non indichi la forma dell'atto. Ricordano GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 670, che in Francia, ove «la dottrina degli equipollenti» è nata, questa teoria «ha perduto molto della sua importanza con l'introdotta necessità di provare un pregiudizio» ai danni dell'avversario. E infatti non è forse vero che «se una formalità ha potuto supplire alla carenza di un interesse, ciò vuol dire che nessun pregiudizio risulta dal vizio?».

nell'ultimo capoverso, che poi, *ictu oculi*, è quella che fornisce il vero criterio di rilevanza della nullità, mentre le prime due proposizioni sono, contro ogni apparenza, le reali eccezioni. Questa apparente incoerenza costringe l'interprete a interrogarsi sul ruolo del canone di tassatività e sui suoi rapporti con il principio di strumentalità delle forme.

L'accorpamento in un'unica disposizione di tre regole apparentemente contrastanti ha, innanzitutto, una ragione storica. L'art. 156 è il risultato della stratificazione di differenti modelli di matrice francese che hanno visto la luce in diverse epoche storiche e che vengono tradizionalmente indicati con le formule *pas de nullité sans texte*, *pas de nullité sans grief*, *formalités principales* e *formalités accessoires*[179].

Altre chiavi di lettura mi sembrano altresì offerte proprio dalla tradizionale distinzione tra *substantialia* e *non substantialia processus*. Premesso che essenziali sono gli elementi indispensabili al raggiungimento dello scopo, mentre accidentali sono i requisiti prescritti dal legislatore per mere ragioni di opportunità[180], due sono le soluzioni plausibili: o la funzione dell'art. 156^1 è assoggettare, al regime delle nullità, il difetto di elementi che, seppure non indispensabili, sono reputati utili dal legislatore[181] oppure il secondo comma si limita a esplicare la *ratio* del capoverso precedente, rimarcando che la legge impone «a pena di nullità» solamente requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo.

Sebbene la seconda spiegazione sia suffragata dall'argomento letterale – che fa leva sulla congiunzione avversativa «tuttavia» dell'art. 156^1 – e sia più lineare con la tendenza, espressa anche dagli artt. 121 e 131^2, di informare il sistema delle nullità al canone di strumentalità delle forme, resta il fatto che il codice è disseminato di adempimenti formali che non hanno alcuna incidenza sull'efficacia dell'atto[182]. Non

[179] Dell'adozione di questi modelli nei vari contesti storici e legislativi danno conto E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 95 s.

[180] Per la spiegazione di questa *summa divisio* rinvio il lettore a L.H. VON ALMENDINGEN, *op. cit.*, 258 ss.

[181] Rilevano che solo l'inosservanza delle forme accidentali richiede l'esplicita comminatoria di nullità per divenire giuridicamente rilevante L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano 1905-1908, 804 ss.; ed E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, cit., 413.

[182] Mi risulta ad es. difficile immaginare che l'avvertimento al convenuto delle decadenze connesse alla costituzione tardiva (art. $163^{3,n.7}$) sia elemento indispensabile al raggiungimento dello

ogni nullità testuale, insomma, è espressione del criterio teleologico. La nominatività delle ipotesi di nullità, pertanto, ha la funzione di assoggettare al trattamento degli atti nulli anche i vizi di requisiti meramente utili, che, in assenza di previsione testuale, rimarrebbero confinati nell'alveo di un'innocua irregolarità perché incapaci di impedire all'atto di raggiungere lo scopo (*infra* § 2.7.)[183].

Non mi pare invece che abbia senso chiedersi se il principio di tassatività riguardi anche le nullità non-formali o se invece si riferisca, come sembrerebbe risultare dalla *littera* della legge, alla sola inosservanza delle forme. Fatta eccezione per l'irregolare costituzione del giudice (art. 158), le disposizioni che sanzionano il difetto dei presupposti di ammissibilità della decisione di merito non irrogano alcuna nullità[184], sarebbe perciò vano ricercarne nel codice un'esplicita comminatoria.

Il fatto è che non v'è alcun bisogno che la legge commini la nullità perché il giudice possa dichiarare il vizio dei presupposti di ammissibilità della decisione di merito. E invero, per le imperfezioni di forma, la comminatoria di legge si è resa indispensabile nel momento in cui il codificatore ha suddiviso gli elementi formali in requisiti «indispensabili per il raggiungimento dello scopo» la cui mancanza implica automaticamente la nullità (art. 156^2) e in requisiti non-essenziali la cui carenza inficia l'atto solo nei casi previsti dalla legge (art. 156^1). Per contro, non essendo pensabile che un presupposto processuale possa essere meramente utile (o accidentale), è sufficiente che una disposizione imponga come presupposto della serie procedurale un determinato requisito per desumere, in suo difetto, la nullità degli atti[185].

---

scopo della domanda, soprattutto nei procedimenti in cui sussiste l'obbligo della difesa tecnica. È poi inutile nascondere che l'operatore pratico è spesso gravato dall'osservanza di vincoli formali di cui è difficile scorgere l'utilità: si pensi, tra i tanti casi menzionabili, all'indicazione del giudice allorquando la scelta dell'autorità giudiziaria competente non lasci spazio a incertezze, com'è, ad es., nell'atto di citazione di appello o nel ricorso in cassazione.

[183] Alla stessa conclusione giungevano sotto il vigore del *Code Napoléon*: E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 100; R. JAPIOT, *op. cit.*, 30 s.; e H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 371.

[184] Al contrario, gli artt. 119 e 124 *n.c.p.c.* sottraggono espressamente al principio «*pas de nullité sans texte*» le nullità non-formali e le cause di irricevibilità della domanda.

[185] Che i vizi non-formali sfuggano *ex se* al principio di nominatività è dimostrato dal codice di rito penale che, all'art. 178, annovera tra le nullità di ordine generale – che appunto non necessitano di espressa previsione – proprio le irritualità attinenti al giudice e alle parti. Di contrario avviso è F.

2.2. Si ricordava all'inizio del precedente paragrafo come le codificazioni dell'Europa continentale, nel disciplinare le condizioni di rilevanza dei vizi processuali, abbiano proposto due opposti modelli: nel paradigma nominalistico «il legislatore non ha voluto lasciare il raggiungimento di questo scopo al giudizio e alla libera determinazione delle parti, ma s'è fatto carico egli stesso della questione individuando il modo, che gli appare consono, esclusivo e indispensabile per il suo raggiungimento»[186]; nel modello comminatorio «non ogni violazione della forma prescritta deve determinare l'inefficacia dell'atto processuale compiuto, al contrario l'inefficacia interviene solo nella misura in cui, a causa dell'inosservanza della forma, è stato frustrato il raggiungimento dello scopo stesso a garanzia del quale la forma è stata prevista»[187].

Sebbene il nostro codice di rito adotti entrambi i modelli, la *littera* dell'art. 156 mostra un'evidente propensione a favore del sistema comminatorio. Il difetto di un requisito formale prescritto a pena di nullità – come s'è visto – non è condizione sufficiente per pronunciare la nullità, resta infatti necessario sincerarsi del mancato raggiungimento dello scopo, che quindi «entra a far parte della fattispecie legale dell'atto, sotto il profilo della sua validità»; tanto basta per concludere che lo «scopo» è «il perno intorno al quale ruota (…) il sistema delle nullità»[188].

La norma non ha solo un'importanza teorica, ma ha anche un valore pratico, perché permette di conservare l'atto viziato che abbia prodotto le medesime conseguenze del corrispondente atto perfetto. La *ratio* del criterio teleologico è

CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 360, secondo cui nei primi due cpv. dell'art. 156 sarebbero rinvenibili anche le condizioni di rilevanza dei vizi non-formali.

[186] Così R. VON JHERING, *op. cit.*, II-2, 475 s., a cui faceva eco la giurisprudenza del *Reichsgericht*, *RGZ* 110, 311 (314), secondo cui «il raggiungimento dello scopo altrimenti ottenuto, senza l'osservanza della forma necessaria, è irrilevante».

[187] Così I. HEILBUT, *„Müssen" und „Sollen" in der Deutschen Civilprozeßordnung*, in *AcP*, 69, 1886, 389 s., al quale va riconosciuto il merito di essere stato il primo, nella letteratura tedesca, ad assumere posizioni antiformalistiche. Più di recente v. M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 24 ss. e 356 ss., per il quale l'equità processuale non riconosce alcuna giuridica necessità dell'osservanza incondizionata delle forme, al contrario, le forme sono solo un elemento funzionale al raggiungimento dello scopo degli atti, consiste, secondo l'A., nell'attuazione del diritto materiale. Su posizioni non-formalistiche si colloca nella letteratura svizzera T. STRÄULI, *Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess*, Winterthur, 1966, 10.

[188] S. SATTA, *op. cit.*, I, 538. L'opinione non è però condivisa da V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., 411, a detta del quale «quanto giovò questa innovazione, veramente rivoluzionaria, alla sicurezza delle situazioni processuali è un po' difficile dire».

chiara: ragioni di economia processuale stridono col girare a vuoto della macchina giudiziaria. Sicché, qualora si verifichino le condizioni affinché il procedimento possa proseguire verso la sua meta naturale, non v'è alcun bisogno di espungere l'atto o di disporne la rinnovazione.

È altresì evidente la diversa applicazione che il legislatore fa del concetto di «scopo dell'atto». Nel secondo comma, il raggiungimento dello scopo è il parametro che guida la valutazione della perfezione formale dell'atto processuale secondo un giudizio di validità *ex ante*. L'ultimo capoverso, invece, stabilisce un metro di giudizio che è adoperato dal giudice solo *a posteriori* per l'accertamento di un fatto estraneo all'archetipo legale dell'atto ma equivalente all'elemento difettoso. L'uno è un giudizio di astratta idoneità a perseguire il fine obiettivato dalla norma ed è volto a fissare l'area della nullità a tutela della parte estranea alla causazione del vizio. L'altro è uno scrutinio sul risultato concreto dell'atto e limita la tutela della parte estranea alla causazione del vizio ai soli casi in cui, per il soccorso di fattori accidentali, non siano state vulnerate le garanzie processuali[189].

Muta quindi la sola prospettiva temporale del giudizio: viene in gioco il secondo o il terzo comma dell'art. 156 a seconda che, al momento dello scrutinio del giudice, si sia o meno verificato l'evento sanante. La maggiore importanza dell'ultimo capoverso, in ogni caso, vieta di ritenere convalidato l'atto imperfetto a prescindere dall'accertamento del concreto raggiungimento dello scopo. Il giudice è quindi tenuto a valutare non l'astratta idoneità bensì l'effettiva acquisizione del risultato voluto dalla legge.

Meno evidente, invece, è il significato del criterio teleologico. Non si può nascondere che ragionare di conseguimento dello scopo è attività interpretativa insidiosa, che può dare esca a congetture pericolose e ad applicazioni arbitrarie[190]. Intendiamoci, il canone di strumentalità delle forme ha il pregio indiscusso di arginare gli effetti distorsivi di un eccessivo formalismo e di scongiurare le

[189] L'operazione intellettuale a cui il giudice è chiamato si muove su tre direttrici: *i*) individuare l'evento processuale che l'atto mira a realizzare; *ii*) accertare la concreta situazione di fatto provocata dall'atto viziato; *iii*) affermare o negare l'equipollenza dello schema legale alla fattispecie concreta.

[190] A giudizio di F. CORDERO, *Procedura penale*[9], Milano, 2012, 1192, si tratta di «formula vaga, aperta a letture pericolosamente libere, dove svaniva la tipicità legale (…) e in sede teorica aveva innescato discorsi piuttosto sconnessi», concludendo polemicamente, in *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 711, che, d'altro canto, «al legislatore non sempre si addice il gusto delle definizioni astratte».

conclusioni assiomatiche a cui potrebbe condurne l'applicazione rigorosa. Senonché la dettagliata disciplina degli atti processuali non è un mero orpello vessatorio, ma è strumento di tutela delle garanzie difensive ed è un freno all'esercizio arbitrario del potere giurisdizionale. Il lettore converrà allora che, quando si rimette al giudice il potere di ignorare l'inosservanza delle forme legali, diviene indispensabile sapere con certezza in che cosa consista l'evento fausto capace di compensare l'imperfezione.

Lo snodo cruciale è l'esegesi del lemma «scopo», la cui ambiguità ed evanescenza ha messo a dura prova le infallibili geometrie dell'esercitazione dogmatica e, di fatto, ha spalancato le porte a una prateria d'interpretazioni. La difficoltà di ricavarne una definizione univoca ha una ragione evidente: non esiste «l'atto processuale» se non come categoria astratta, esistono piuttosto «atti processuali», ognuno dei quali gioca, con le proprie specificità, un ruolo e una funzione diversi in seno al procedimento. Mi pare che gli incerti tentativi della dottrina tedesca di elaborare una definizione generalmente valida di «atto processuale» dimostrino proprio quanto vado dicendo[191].

Il dibattito dottrinario mostra che se le definizioni generali peccano di eccessivo astrattismo e di utilità pratica, le concezioni particolaristiche, invece, soffrono lo scotto di non risultare universalmente valide. Probabilmente questo nodo, che è di natura squisitamente metodologico, può essere risolto solo mutando prospettiva. Perciò, dopo una succinta ricostruzione delle tesi affacciatesi in letteratura, tenterò di fornire una definizione che possa superare questi limiti, tratteggiando non «lo scopo dell'atto processuale» bensì lo scopo minimo e comune di ogni atto processuale.

Cominciamo col dire che, nonostante il ginepraio d'interpretazioni, v'è unanimità nel concepire lo scopo in senso obiettivo o come funzione astratta dell'atto, a prescindere cioè dal movente perseguito dell'autore. Senonché, data la natura non negoziale degli atti di procedura, l'affermazione resta una banalità sulla quale non mi pare si possa dissentire. Ciò premesso, sono rinvenibili quattro orientamenti interpretativi.

[191] Per una esaustiva rassegna delle definizioni di atto processuale proposte dalla dottrina tedesca rinvio a G. BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, 80 ss.

a) Il raggiungimento dello scopo è stato, in primo luogo, identificato con gli effetti giuridici propri dell'atto[192]. La tesi è stata da più parti criticata perché non troverebbe ospitalità nella logica giuridica l'assunzione per cui uno stesso ente possa fungere da effetto giuridico dell'atto conforme alla fattispecie legale e, al tempo stesso, da elemento perfettivo di un atto divergente da quel medesimo schema[193].

b) Il raggiungimento dello scopo è, da altri, fatto coincidere con la soddisfazione dell'interesse per il quale il legislatore prescrive un determinato modello formale. L'appagamento dell'interesse, rivelato dalla postuma vicenda processuale, renderebbe innocuo il vizio e la violazione di legge cesserebbe di essere attuale[194]. Seppur è condivisibile che l'interesse sotteso, prima ancora che criterio di legittimazione all'eccezione (art. 157[2]), possa fungere da criterio di accertamento del raggiungimento dello scopo, è nondimeno innegabile che la tesi – così com'è impostata – si rivela di scarsa utilità pratica per l'evidente tautologia che reca con sé. Essa lascia nell'indeterminatezza la situazione obiettivamente valutabile come idonea a soddisfare quell'interesse. Il fattore satisfattivo, infatti, è il risultato del conseguimento dello scopo, non lo scopo stesso.

c) Altro indirizzo coglie lo scopo nelle conseguenze puramente materiali dell'atto. Senonché, non v'è concordia su quale sia l'evento fisico che l'atto invalidamente realizzato è inteso a provocare. Per alcuni autori, ciò consisterebbe nel comportamento della parte che si inserisca come evento appartenente alla serie procedurale. Lo scopo dovrebbe così ritenersi raggiunto quando l'avversario adempie all'onere (o esercita il potere) la cui costituzione è prevista quale effetto dell'atto[195]. L'interpretazione vanta il sostegno del § 15 della Relazione al codice, in cui si manifesta l'intendimento di legare la forma allo scopo pratico dell'atto, e dell'art. 183[b)] c.p.p., che codifica come fattispecie sanante l'esercizio dei poteri o delle

---

[192] Così V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 538, secondo cui «lo scopo di un atto deve essere ricavato dalla integrale valutazione degli effetti che è idoneo a produrre».

[193] È l'obiezione mossa da F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 706; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1584; e da C.A. GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 272 ss.

[194] In tal senso G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 26 ss.

[195] Tesi sostenuta da V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, 189 ss, e *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 477; e da A. PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali*, cit., 1720.

facoltà processuali garantito alla parte interessata nella sequenza procedurale[196]. Ciò malgrado, anche questa impostazione è criticabile perché, sacrificando altre plausibili fattispecie sananti, finisce per essere eccessivamente restrittiva. Non è infatti da escludere che il raggiungimento dello scopo possa verificarsi anche per effetto dell'attività dell'avversario o del giudice o, persino, della stessa parte a cui è imputabile il vizio[197].

Nel tentativo di superare questa critica v'è poi chi propone di identificare l'evento fisico a cui l'atto mira non tanto o non solo col comportamento qualificato del destinatario, quanto piuttosto con «l'acquisizione del risultato oggettivo nel quale risiede il fine del precetto»[198]. La conclusione a cui approda questa tesi, tuttavia, è fin troppo generica per risultare di utilità e finisce così per spostare il problema senza risolverlo: quale sarebbe infatti il risultato pratico e obiettivamente valutabile la cui realizzazione consente la postuma soddisfazione dell'interesse tutelato dalla norma?

d) La difficoltà di enucleare un concetto omnicomprensivo ha infine condotto taluno a riconoscere la sterilità di un tale tentativo e a suggerire un approccio che si limiti a individuare, per ogni singola fattispecie, quale sia lo scopo perseguito dall'atto e ad accertarne, di volta in volta, l'eventuale raggiungimento[199].

2.3. Le criticità manifestate dalle definizioni proposte dalla dottrina mostrano quanto scivoloso sia l'argomento. Il ruolo cruciale che svolgono le disposizioni di cui agli artt. 121, 131^{2} e 156^{2e3} nel sistema delle nullità non consente però di lasciare lo «scopo dell'atto» nel limbo di una nozione evanescente. Queste disposizioni

---

[196] Un'applicazione pratica del principio è vista da F. CORDERO, *Procedura penale*[9], cit., 1192, nella comparizione o nella rinuncia alla comparizione della parte invalidamente citata o notificata (art. 184^{1} c.p.p.).

[197] Si pensi all'omesso deposito della copia autentica della sentenza impugnata (art. $369^{2,n.2}$) che è considerata sanata da Cass. 23 giugno 1986, n. 4172, allorché tale documento sia già contenuto nel fascicolo d'ufficio o sia depositato dal controricorrente. Si considerino inoltre le pronunce di Cass. 16 dicembre 1991; e Cass. 24 gennaio 1996, n. 195, secondo cui la comunicazione della data fissata per l'udienza dibattimentale, avvenuta in spregio delle forme dell'art. 149 c.p.p., è sanata dalla comunicazione di rinuncia al mandato o dal telegramma del destinatario che chieda il rinvio dell'udienza per impossibilità di comparirvi, perché tali fatti rimuovono ogni dubbio sulla conoscenza dell'atto e sulla possibilità di esercitare il diritto di difesa.

[198] Testualmente F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 247 ss., di cui v. altresì *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 707 ss. In tal senso anche G. CONSO, *op. cit.*, 33; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1590; e L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 3.

[199] È la posizione assunta da R. ORIANI, *op. cit.*, 7.

riconoscono che ogni atto del processo è un fatto umano diretto verso uno scopo, che ogni scopo sottende un interesse e che, pertanto, ogni atto deve soddisfare questo interesse[200]. Il nodo cruciale della questione sta tutto qui, nell'individuazione concreta dell'interesse processuale che la legge impone di realizzare. Per tale motivo, anziché di scopo dell'atto, sembra più corretto parlare di «scopo normativo»[201], nel senso di destinazione finalistica che l'ordinamento assegna all'atto processuale.

Prima di tentare di fornire una più soddisfacente definizione di scopo dell'atto, l'ordinata trattazione delle questioni richiede a questo punto che si mettano bene in luce gli effetti giuridici degli atti. Se infatti si condivide che uno stesso elemento non possa fungere da elemento della fattispecie e da effetto giuridico, la definizione del concetto di scopo risulterà agevolata se prima sono chiare le conseguenze che l'ordinamento ricollega agli atti processuali. Si vedrà inoltre come la preliminare ricognizione degli effetti risulterà utile anche per capire le connessioni correnti tra scopo ed effetto.

S'è visto come il processo sia costituito da una pluralità di atti diversi e come questa disomogeneità implichi la possibilità che ognuno di essi non solo persegua un distinto obiettivo, ma produca altresì diversi effetti giuridici. Si pensi alla domanda giudiziale e alla sentenza: l'ordinamento ricollega all'una l'efficacia processuale e sostanziale e all'altra il giudicato materiale nonché gli effetti esecutivi, costitutivi e accessori[202].

L'eterogenea efficacia degli atti processuali, tuttavia, non impedisce di rinvenire in ognuno di loro un comune e duplice ordine di effetti. Il primo è l'**effetto procedurale immediato**: sotto il profilo obiettivo esso consiste nello stimolare il compimento dell'attività successiva nella serie processuale, sotto il profilo subiettivo è l'effetto di costituire, in capo all'avversario, il potere-onere o, in capo all'ufficio, il potere-dovere di compiere l'atto consequenziale che si ricollega con vincolo di necessità nella sequenza procedurale[203]. Il secondo è l'**effetto procedurale remoto**

[200] Così W. SAUER, *op. cit.*, 461.

[201] Di scopo della norma anziché di scopo dell'atto parla la dottrina tedesca: v. per tutti H. THOMAS, H. PUTZO, *Kommentar ZPO*[31], München, 2010, *sub* § 189.

[202] W.H. RECHBERGER, *Die fehlerhafte Exekution*, Wien, 1978, 23 s.

[203] Capacità descritta anche da E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*[5], Torino, 1969, 683; e da V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 206.

che, sempre sotto il profili subiettivo, onera l'avversario ad assumere le difese e obbliga il giudice a provvedere nel merito dell'atto[204].

Ebbene, l'effetto immediato che consente al giudizio di proseguire fino alla fase decisoria si registra costantemente, a ogni fase e stadio del giudizio, anche se l'atto sia affetto da nullità, purché questo sia identificabile come unità appartenente a un dato procedimento[205]. La nullità processuale non può infatti comportarsi come quella civile. Come ho già ricordato, qui campeggia l'attività dell'organo dello Stato e il suo compito non può dirsi assolto finché non emana il provvedimento autoritativo. Per quanto abnormi possano essere gli atti del giudizio, la decisione è sempre necessaria, anche se solo per statuire che non può provvedersi nel merito.

L'effetto remoto è invece subordinato alla validità dell'atto. E infatti, l'avversario e il giudice hanno, rispettivamente, l'interesse a replicare e il dovere di provvedere nel «merito» solo se l'atto ricevuto è immune da vizi, altrimenti spetta a loro il potere di eccepire e di rilevare l'imperfezione[206]. È proprio in questa ipotesi che il raggiungimento dello scopo, avvenuto nonostante la divergenza dell'atto dalla fattispecie astratta, gioca un ruolo decisivo, perché se il vizio, per effetto di un dato sviluppo causale o per l'intervento di fattori accidentali, si rivela di fatto innocuo, allora non può ritenersi vulnerato il potere di replicare o di decidere nel «merito».

Il modello legale dell'atto ha il suo rovescio nella **fattispecie della nullità**, ma se l'uno è solo quello corrispondente all'archetipo normativo, dell'altra esistono tante declinazioni quante sono le potenziali divergenze da quello schema. Anche la

---

[204] È J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 252, 259 s., 269 ss., 363 ss. e 456, il primo Autore a riferire agli atti una *nähere* e una *entfernte Wirkung*. Queste categorie sono state poi sviluppate da G. BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, 80 ss., secondo cui l'una consisterebbe nella costituzione e nell'assolvimento di situazioni endoprocessuali (possibilità, oneri e obblighi), l'altra invece mirerebbe a stimolare la sentenza dal contenuto favorevole. L'idea della duplice direzione degli effetti degli atti è adottata nella più recedente dottrina processualpenalista da B. GRUNST, *op. cit.*, 133 ss.

[205] Così la domanda, una volta proposta, onera il convenuto a costituirsi in giudizio e a contestare la lite nel merito, così come obbliga l'ufficio giudiziario all'iscrizione della causa a ruolo, alla formazione del fascicolo d'ufficio, alla nomina del giudice, alla celebrazione della prima udienza di comparizione etc.

[206] La stessa idea è così espressa da G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 409 e 416: «l'atto che chiude ogni singola sequenza in tanto è valido a porre le basi della sequenza successiva in quanto metta concretamente gli altri soggetti del processo in grado di esercitare i poteri che loro spettano secondo lo stadio di volta in volta raggiunto dall'evolversi del procedimento. (…) deve esserci un modo di esercizio dei poteri propri che garantisca sempre l'esercitabilità dei poteri altrui: del che è presidio il sistema delle nullità degli atti per vizi di forma».

fattispecie della nullità ha una sua efficacia, che è speculare a quella della fattispecie valida. Produce anch'essa l'**effetto immediato** di far camminare il procedimento nonché l'**effetto remoto** (o **mediato**) di onerare l'avversario all'eccezione di nullità (o di obbligare il giudice alla sua rilevazione) e di impedire la decisione sul contenuto dell'atto. Anche se non è tenuto a provvedere nel merito, il giudice ha il dovere di pronunciare la nullità e «quando sia possibile» di ordinare la rinnovazione, altrimenti deve dichiarare che non può provvedere[207].

Va precisato, comunque, che in ordine agli atti di impulso non v'è mai una vera e propria vicenda eliminativa, alla stregua di quanto invece accade per i negozi di diritto privato. Il carattere dinamico del processo non ammette alcun vuoto tra un atto e l'altro della serie. L'annullamento non può che riguardare i soli effetti remoti della fattispecie valida. La pronuncia di nullità consegnerà al giudizio un atto dall'efficacia ridotta (*wirkungsgeminderte Prozesshandlung*).

La conclusione da trarre è: condizione necessaria perché l'atto processuale produca l'effetto procedurale remoto è o la conformità dell'atto allo schema legale o il raggiungimento dello scopo[208]. Se questo è vero, si può allora sostenere che i requisiti di forma prima ancora che presupposti di validità e di efficacia dell'atto – come insegna la dottrina classica – sono presupposti per il raggiungimento dello scopo[209].

2.4. Si è già detto che i requisiti formali di un atto possono essere prescritti per il perseguimento di più scopi diversi[210]. Non è dunque escluso che, nella prassi quotidiana, il giudice sia chiamato ad accertare se l'atto abbia conseguito lo scopo di volta in volta connesso con quella specifica attività. Il che però non giustifica la rinuncia al rinvenimento di una definizione generale e astratta. Il lemma

[207] Non bisogna lasciarsi incantare dal potere evocativo delle parole, anche i negozi di diritto privato, benché nulli, producono quegli effetti che il diritto materiale ricollega alla fattispecie della nullità, come la ripetibilità dell'indebito e la risarcibilità dei danni; v. per tutti H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*[10], München, 2007, 127 s.

[208] Analogamente G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 418, secondo cui la conformità dell'atto al paradigma legale, in quanto garanzia per l'esercizio dei poteri altrui, è condizione perché si produca l'effetto costitutivo di questo stesso potere.

[209] Analoga opinione è espressa da M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 24 s. e 396.

[210] Paradigmatica è la domanda giudiziale. Non tutte le sue imperfezioni sono sanate dalla costituzione del convenuto ma solo quelle riguardanti la *vocatio in ius*, la cui funzione è appunto quella di evitare che la domanda proposta sia trattata e giudicata nell'inconsapevolezza del convenuto.

«raggiungimento dello scopo» introduce nel sistema una vera e propria **clausola generale**, sarebbe perciò contraddittorio lasciare a un approccio casistico la determinazione della sua portata giuridica.

Ebbene, se non è individuabile un obiettivo identico e unitario per ogni *species* di atto processuale, mi sembra tuttavia possibile tratteggiare – analogamente a quanto s'è fatto per l'effetto giuridico – quello che è lo scopo tipico e costante di ogni atto, muovendo da quei dati normativi che positivizzano specifiche cause di sanatoria per raggiungimento dello scopo. Per dedurre questo scopo minimo bisogna allora, com'è stato acutamente scritto[211], «sondare, in un chiaroscuro reso infido dall'incombente pericolo di valutazioni arbitrarie, il sottofondo economico della norma, alla ricerca dell'intento in essa canonizzato, per desumerne motivi di ispirazione in sede interpretativa».

α) Il primo gruppo di norme è quello che disciplina la convalidazione della citazione e della notificazione nulle (artt. 164^3, 291^1, 294^1 e 327^2). A una prima lettura[212] sembrerebbe che il legislatore identifichi il conseguimento dello scopo nella costituzione spontanea del convenuto irritualmente citato in giudizio[213]. Quest'interpretazione, se fondata, confermerebbe la tesi secondo cui lo scopo coincide con un evento fisico o, più precisamente, con il compimento dell'attività processuale consequenziale. La conclusione tuttavia non convince.

Se lo scopo della chiamata in giudizio fosse davvero la costituzione del convenuto, non si comprenderebbe perché il legislatore concede a questi di dedurre la nullità al fine di ottenere la rimessione in termini. Mi spiego: se il comportamento attivo dell'avversario convalidasse oggettivamente l'irrituale citazione, allora il convenuto

---

[211] F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, cit., 247.

[212] Lettura fornita da F. CARNELUTTI, *Convalidazione della citazione nulla per vizio di notificazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 116 s.; E. FAZZALARI, *Notificazione dell'atto di appello presso il procuratore costituito nel giudizio di primo grado, invece che alla residenza dichiarata o al domicilio eletto all'atto di notificazione della sentenza: nullità e sanatoria*, in *Giur. compl. S.C. Cass. civ.*, 1945, I, 255; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 499 ss.; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo*, cit., 339; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 630 e 650; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*[4], II, Milano, 1980-1981, 14; e C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. cit.*, I, 564 s.

[213] Ciò non si ricava tanto dalla lettura *a contrario* degli artt. 291 e 294 – se la rinnovazione della notificazione o la rimessione in termini è ordinata a fronte della contumacia del convenuto, vuol dire che la costituzione in giudizio sana la nullità – quanto dai *verba* dell'art. 164^3 per cui «la costituzione del convenuto sana i vizi della citazione».

non sarebbe ammesso a eccepirne la nullità e, soprattutto, non occorrerebbe l'adozione di rimedi come la *restitutio in integrum*. E invece non è così, perché a sanarsi sono solo «gli effetti sostanziali e processuali della domanda» e non anche quello che ho poc'anzi indicato come effetto procedurale remoto. L'irrituale instaurazione del contraddittorio, che impedisce al convenuto di apprendere tempestivamente la pendenza del giudizio, è inidonea sia a onerarlo dell'immediata contestazione della lite, come imposto dagli artt. 166 s., sia a far maturare le decadenze di cui agli artt. 38 e 167. Al contrario, gli artt. 164^3 e 294^1 consentono al convenuto di opporre l'irregolare instaurazione del contraddittorio al fine di «essere ammesso a compiere attività che gli sarebbero (altrimenti) precluse» e ciò significa che gli effetti procedurali della domanda, al contrario degli effetti sostanziali e processuali, non si sanano *ex tunc*[214].

In realtà l'ordinamento ammette la retrocessione del procedimento perché è consapevole che l'imperfetta instaurazione del contraddittorio può impedire la tempestiva conoscenza della domanda e che il convenuto, proprio a causa dell'ignoranza della lite, può essere incolpevolmente incorso in decadenze[215]. Nell'indicare la nullità come causa impeditiva della tempestiva conoscenza dell'azione – da notare che il nesso causale corre tra il vizio e il difetto cognitivo – il legislatore suggerisce d'individuare lo scopo dell'atto nella condizione, in cui deve essere posto il destinatario, di replicare o di provvedere sul contenuto di quell'atto. Questo elemento cognitivo è il fatto concreto che consente all'atto imperfetto di raggiungere la stessa rilevanza del corrispondente atto perfetto[216]. E la riprova sta appunto in ciò che, deducendo l'imperfezione (art. 164^3) o provando «che la nullità

[214] La *restitutio in integrum* di cui agli artt. 164^{3e6}, 294^1 e 327^2 non rimuove alcuna decadenza ma restituisce alla parte il potere di «compiere attività che gli sarebbero (astrattamente) precluse» se la citazione e la sua notificazione fossero state ritualmente confezionate ed eseguite. Lo conferma l'impiego del condizionale in luogo della formula «attività che gli sono precluse».

[215] La disciplina che emerge dal combinato disposto di cui agli artt. 164^3, 291^1, 294^1 e 327^2 è il risultato di un delicato compromesso: da un lato sta uno dei canoni fondamentali del giusto processo, la garanzia della corretta instaurazione del contraddittorio, dall'altro si pongono i principi di economia e celerità processuale, anch'essi di rango costituzionale, i quali sconsigliano la retrocessione del procedimento. Va comunque riconosciuto che nella prassi è difficile acclarare se il convenuto sia davvero, a causa della nullità, incolpevolmente ignaro della pretesa avanzata contro di lui o se, piuttosto, strumentalizzi il vizio dell'atto introduttivo per immeritevoli tattiche dilatorie.

[216] Un sostegno positivo alla tesi si rinviene nello speculare art. $171^{h)}$ c.p.p. che subordina la nullità della notificazione al fatto che «l'atto non è giunto a conoscenza del destinatario».

della citazione o della sua notificazione (gli) ha impedito di avere conoscenza del processo» (art. 294[1]), lo scopo non può considerarsi raggiunto.

Non è neppure indifferente il momento in cui lo scopo si realizza. Affinché l'atto divergente dal modello legale possa oggettivamente sanarsi è indispensabile che si acquisisca, in tempo utile, la conoscenza degli elementi necessari e sufficienti a esercitare un contraddittorio paritario. Solo in quest'ipotesi l'atto viziato può produrre l'effetto procedurale remoto e può quindi onerare l'avversario a replicare od obbligare il giudice a provvedere nel «merito» dell'atto.

β) Un secondo gruppo di disposizioni è rappresentato dagli artt. 650[1] e 668[1]. Da queste disposizioni risulta, in modo evidente, che è la «conoscenza del processo» o più in generale la conoscenza dell'atto l'evento (cognitivo) normativamente assurto a scopo delle attività processuali e che è il vizio il fatto impeditivo del raggiungimento di questo obiettivo.

γ) La conclusione mi sembra da ultimo suffragata dalla disposizione contenuta nell'art. 45[1,b] Reg. U.E. 1215/2012 – corrispondente all'art. 34[n.2] Reg. U.E. 44/2001 – che rappresenta un importante contributo del legislatore comunitario alla definizione di uno degli elementi cardine del *fair trial*. Il Regolamento introduce come causa ostativa del riconoscimento della sentenza straniera il fatto che il convenuto contumace non sia stato notificato della domanda «in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione».

Se raffrontata con la versione dell'art. 27[n.2] della Conv. Bruxelles del 1968, che subordinava il riconoscimento a una notifica della domanda avvenuta «regolarmente ed in tempo utile», si capisce quale decisivo passo avanti il Regolamento abbia compiuto nel superamento del formalismo processuale. E infatti, mentre la Convenzione postulava ancora l'instaurazione di un contraddittorio in senso formale, probabilmente nella preoccupazione che «gli attori sarebbero (stati) tentati di abbandonare i canali prescritti per una regolare notifica»[217], il Regolamento, al

[217] Così si esprimeva la C.G.E., 3 luglio 1990, nella causa *Lancray* C-305/88, p. 19-20, ove ribadiva come, nel sistema della Conv. del 1968, il requisito della «regolare notificazione» concorresse con il requisito della «comunicazione in tempo utile», da esaminarsi dunque separatamente. La decisione, conforme all'orientamento già espresso dalla C.G.E., 11 giugno 1985, nella causa *Debaecker* 49/84, p. 19, spiega il motivo per cui si negava rilevanza alla notifica

contrario, aderisce a una concezione sostanziale del contraddittorio che rivela l'adesione dell'ordinamento comunitario al principio di strumentalità delle forme[218]. La legge comunitaria conferma quanto vado sostenendo. Lo scopo dell'atto – in tale caso della notificazione – consiste nella condizione, in cui dev'essere tempestivamente posto il convenuto, di difendersi nel processo[219]. L'interpretazione che la giurisprudenza comunitaria fornisce sul punto è poi di particolare importanza proprio per la definizione dell'evento cognitivo in cui vedo sostanziarsi lo scopo dell'atto. La Corte precisa, infatti, che condizione del riconoscimento non è la mera consapevolezza dell'esistenza dell'atto ma una conoscenza concreta e tempestiva del contenuto testuale dell'atto idonea a consentire di presentare le proprie difese[220]. In che modo, poi, l'avversario sia riuscito a prendere cognizione dell'atto non ha alcuna importanza dal momento che la stessa notificazione regolare non può determinare nulla di più.

A questo punto si è in grado di fornire una definizione: **scopo minimo e comune di ogni atto** è quello di far acquisire, al destinatario, la cognizione di tutti quegli elementi necessari e sufficienti all'esercizio tempestivo dei corrispondenti poteri processuali che si estrinsecano nel compimento dell'attività, difensiva o

---

irregolare, sebbene «il convenuto ha comunque disposto di un tempo sufficiente per preparare le proprie difese».

[218] Al contrario della Convenzione, il Regolamento tutela certamente più l'attore che il convenuto, anche se, a mio parere, l'intenzione del legislatore del 2001 fosse non tanto quella di favorire una parte a scapito dell'altra quanto piuttosto di inibire comportamenti ostruzionistici. Ad ogni modo l'introduzione del Regolamento segna certamente un'evoluzione della giurisprudenza europea verso il riequilibrio delle posizioni delle parti.

[219] «Decisivo è solo il fatto che» osserva P. OBERHAMMER, *sub* Art. 34, Rn. 60, *EuGVVO*, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], X, Tübingen, 2011, «il contenuto dell'atto notificato ponga le premesse sufficienti per la difesa e che questa informazione sia trasmessa in tempo utile affinché il convenuto possa difendersi». Per l'A. (Rn. 58), la *ratio legis* risiede nel privare il convenuto della possibilità di sottrarsi alla sentenza invocando, in spregio al canone di correttezza e buona fede, il mero vizio formale della notifica.

[220] Si legga la pronuncia della C.G.E., 14 dicembre 2006, nella causa *ASML* C-283/05, p. 34 e 35, nella parte in cui afferma la necessità che il contumace «abbia avuto la possibilità di conoscere il contenuto della decisione, mentre la semplice conoscenza dell'esistenza di questa non è a tal fine sufficiente (…) occorre che (l'autore del ricorso) possa prendere cognizione della motivazione della decisione contumaciale per poterla contestare utilmente».

giurisdizionale da porre in essere nel segmento procedimentale successivo[221]. Lo scopo, pertanto, non è che un **evento cognitivo**.

L'esegesi qui proposta non è distante dall'interpretazione che la dottrina classica francese forniva delle disposizioni che subordinavano la rilevanza della nullità al «pregiudizio inflitto agli interessi difensivi dell'avversario» (artt. 70^2 e 173^1 *c.p.c.*). La nullità – si insegnava – può essere fatta valere solo a condizione che a risultare pregiudicato sia l'interesse coincidente con lo «scopo generale della regola astratta»[222] la cui «finalità essenziale (…) non è nel rispetto del formalismo in sé, ma nella tutela della parte che è stata lesa da determinate irregolarità di forma»[223]. L'interesse canonizzato è dunque quello, del destinatario dell'atto, all'osservanza delle forme che gli consentono di contraddire in posizione paritaria[224]. Non diversa, peraltro, è l'orientamento della contemporanea dottrina francese che fa coincidere la prova del pregiudizio al «fatto di non poter far valere in giudizio le proprie ragioni»[225].

Osservo però che è allora pleonastica la disposizione dell'art. 114^2 *n.c.p.c.* nella parte in cui stabilisce che, nell'eccepire la nullità, la parte deve provare il pregiudizio «anche quando si tratti di una *formalité substantielle*». Se il vizio ha compromesso le ragioni difensive dell'avversario, la forma violata non può che essere *substantielle* ossia indispensabile al raggiungimento dello scopo dell'atto. I

---

[221] Non dissimile è la posizione di G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 409 e 416, per il quale la forma dell'atto è la modalità di esercizio del potere processuale che garantisca l'esercizio e la posizione del potere altrui.

[222] Così R. JAPIOT, *op. cit.*, 29. Non condivido però l'affermazione dell'A. secondo cui il nocumento al diritto di difesa va ponderato con l'interesse dell'autore a conservare il proprio atto e con quello pubblico a che l'errore non intralci il percorso del giudizio verso la sua fisiologica conclusione. Questi interessi non meritano alcuna considerazione se il destinatario dell'atto è espropriato della possibilità di difendersi nel merito.

[223] Testualmente H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 372 e 386 s. Merita peraltro d'essere ricordato che gli Autori proponevano l'introduzione nel *code* di una formula analoga a quella dell'art. 156^3.

[224] Insegnamento che già si ritrova in E. GLASSON, A. TISSIER, *op. cit.*, II, 351; e, appunto, in R. JAPIOT, *op. cit.*, 31 s. Anche la dottrina contemporanea, tra cui S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 88 e 657; e L. CADIET, *op. cit.*, 396, dà risalto al fatto che ogni prescrizione di forma deve ricollegarsi a un principio garante delle libertà fondamentali, come il diritto di difesa, e che, se ciò non avviene, bisogna interrogarsi sull'opportunità di mantenere una tale prescrizione.

[225] In tal senso L. CADIET, *op. cit.*, 397, secondo cui «il pregiudizio deve provenire dalla stessa irregolarità, nel senso che l'incertezza in cui versa la difesa deve trovare la propria causa nel vizio di forma».

due concetti sono insomma coincidenti e ciò spiega la difficoltà, avvertita dalla dottrina francese, di definire concettualmente le *formalités substantielles* prescindendo dal concetto di scopo dell'atto[226].

Si comprende meglio a questo punto anche il rapporto che corre tra scopo dell'atto ed effetto procedurale remoto: l'effetto di onerare l'avversario a replicare o di obbligare il giudice a provvedere nel «merito» si produce a condizione o che l'atto sia confezionato in conformità allo schema legale o che il destinatario sia posto *aliunde* nella condizione di esercitare quei poteri che dalla previsione normativa gli sono attribuiti nel segmento procedimentale successivo.

Nei §§ 1.4. e 1.6. mi sono riservato d'individuare quali disposizioni del capo III trovino applicazione ai vizi della volontà e alle nullità extra-formali: le une, ricordo, sono rilevanti se l'atto, il cui contenuto sia idoneo a fondare la decisione, sia effetto di dolo o violenza, le altre se l'inosservanza delle forme determini l'inammissibilità della decisione nel merito.

Con riguardo al primo problema, sarei propenso a escludere l'applicabilità dell'art. 156. Il principio di tassatività delle nullità formali e la causa di inopponibilità del vizio per raggiungimento dello scopo non mi paiono compatibili coi vizi della volontà.

Un discorso più articolato meritano invece le nullità extra-formali. Occorre innanzitutto precisare che lo scopo a cui mirano questi adempimenti di forma non coincide necessariamente con l'evento cognitivo poc'anzi descritto. Lo scopo normativo di tali forme è l'acquisizione al giudizio dell'elemento assurto a presupposto per l'ingresso della domanda all'esame di merito. Ciò premesso, non mi pare che possa mettersi in discussione l'applicabilità dell'art. 156[2e3] alle imperfezioni di tipo extra-formale, poiché, una volta acquisito il presupposto processuale carente, perde necessariamente di rilevanza l'originaria violazione di forma.

Paradigmatico è ancora il caso della notificazione della domanda, la cui imperfezione formale infirma la regolare instaurazione del contraddittorio. Tale

[226] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 665, definiscono la *formalité substantielle* come la forma che conferisce all'atto «la sua natura, le sue caratteristiche, che ne costituisce la ragion d'essere ed è a lui indispensabile per adempiere al suo oggetto». La definizione è appunto criticata da L. CADIET, *op. cit.*, 397, per l'eccessivo spazio che lascia all'interpretazione giurisprudenziale.

presupposto processuale deve considerarsi sanato se, per l'intervento di fattori causali sopravvenuti, il convenuto è posto «in tempo utile» nella condizione di «poter presentare le proprie difese» (art. $45^{1,b}$ Reg. U.E. 1215/2012). Non a caso richiamo le parole del Regolamento, esse confermano come l'osservanza di talune prescrizioni formali siano assunte come condizione per l'attuazione delle garanzie fondamentali in cui si sostanziano taluni presupposti processuali. Non solo, la norma avvalora la tendenza antiformalistica del legislatore comunitario, che fa salvo l'atto formalmente imperfetto purché il principio di difesa, sancito dall'art. 6^3 CEDU come diritto fondamentale dell'uomo, non ne esca vulnerato. Ciò vuole anche dire che l'instaurazione del contraddittorio (non meramente formale ma) sostanziale, ossia l'acquisizione *ex post* del presupposto difettoso, rappresenta il raggiungimento dello scopo idoneo a sanare la nullità di tipo misto (*infra* § 3.9.).

2.5. Se lo scopo dell'atto consiste nella conoscenza dei requisiti necessari all'esercizio dei poteri processuali consequenziali, che significato bisogna attribuire al comportamento qualificato dell'avversario che si difenda nel merito? La risposta al quesito può a mio parere evincersi da quelle stesse disposizioni che hanno poc'anzi consentito di definire la destinazione teleologica degli atti processuali.

Dalla costituzione del convenuto e della parte dichiarata contumace gli artt. 164^3, 294^1 e 327^2 ricollegano la prova presuntiva della conoscenza della domanda[227]. La regolarità formale dell'atto rende invece superfluo qualunque accertamento sul raggiungimento dello scopo perché dalla conformità dell'atto alla fattispecie astratta l'ordinamento presume il raggiungimento dello scopo. Al ricorrere del *vitium in procedendo*, dunque, la presunzione ricollegabile alla conoscenza legale non opera, ma resta surrogabile dalla presunzione di conoscenza effettiva evinta dal comportamento qualificato dell'avversario[228].

---

[227] Non dissimile è l'orientamento giurisprudenziale espresso da Trib. Napoli 27 giugno 1974, con nota di S. LA CHINA, *L'art. 159 c.p.c. a proposito di norme meritevoli di miglior fortuna*, in *Giur. it.*, 1976, II, 151. Va precisato che mentre l'imperfezione di forma della *vocatio in ius* può impedire la conoscenza degli elementi che consentono l'esercizio del potere di contraddire, l'irregolare esecuzione della notifica può precludere la conoscenza stessa dell'azione intentata.

[228] Per «comportamento qualificato» ci si riferisce all'attività consequenziale del destinatario canonizzata dalla norma processuale. In tal senso è anche la pronuncia della Cass. 12 aprile 1994, n. 3405, secondo cui la conoscenza comunque acquisita deve considerarsi equipollente alla comunicazione dell'atto, poiché l'una concreta il fine che l'altra persegue. Di contrario avviso è C. PUNZI, *La notificazione degli atti nel processo civile*, Milano, 1959, 75 ss., secondo cui «la

Si può così trarre una prima conclusione. Dalla conformità dell'atto all'archetipo legale l'ordinamento presume *iuris et de iure* la sua conoscenza (legale) e ciò perché le esigenze di certezza e di celerità, che il processo è chiamato a soddisfare (art. 111^{1e2} Cost.), impediscono di mettere in discussione il raggiungimento dello scopo dell'atto valido. Al contrario, l'inosservanza delle forme legali esclude che il raggiungimento dello scopo possa essere oggetto di presunzione sottratta a verifica, perciò dal comportamento qualificato del destinatario si può presumere solo *iuris tantum* questa conoscenza (effettiva).

Lamentando la sola nullità (art. 164^{3}) o provando che la nullità ha causato l'intempestiva notizia della lite (art. 294^{1}), la presunzione viene vinta e al convenuto è restituito il potere di compiere le attività che gli sarebbero altrimenti precluse. La rimessione in termini è invece interdetta ove, anche a fronte della prova contraria, risulti che il vizio non ha impedito alla parte di avere egualmente conoscenza del processo oppure che la rinnovazione della citazione, disposta ai sensi degli artt. 164^{2e5} e 291^{1}, o la notificazione degli atti di cui all'art. 292^{1}, *medio tempore* intervenuta, le ha dato notizia della lite[229].

In definitiva, lo «scopo dell'atto» – o *rectius* la conoscenza effettiva degli elementi dell'atto idonei a consentire l'esercizio del diritto di difesa o del potere di

---

notificazione (quando è elemento costitutivo di una fattispecie) porta a un risultato, detto appunto "conoscenza legale", che non è fungibile con una conoscenza effettiva *aliunde* conseguita, in conseguenza della quale, la legge poi fa nascere gli effetti giuridici sperati», perciò solo se «sia stata posta in essere dal soggetto titolare del potere o del diritto e sia stata espressa nelle forme stabilite dalla legge (…) se ne potranno far discendere gli effetti giuridici, che a quel potere o a quel diritto vengono ricollegati dall'ordinamento».

[229] L'antinomia che corre tra gli artt. 164^{3} e 294^{1} è solo apparente. Certo, l'art. 294^{1} subordina il rimedio alla deduzione di una prova difficile da fornire e a fronte di un vizio che può effettivamente precludere la conoscenza del processo, mentre l'art. 164^{3} subordina la rimessione al solo accertamento del vizio della *vocatio in ius* che, all'opposto, ha meno probabilità di impedire questa conoscenza. Senonché la condizione deteriore in cui si trova il contumace tardivamente costituitosi è dettata da un duplice ordine di ragioni: per un verso, la retrocessione a cui è sottoposto il giudizio nel primo caso è sempre più impegnativa della semplice rinnovazione della prima udienza di comparizione; per un altro, il trascorrere del tempo rende sempre meno credibile l'inconsapevolezza del giudizio – soprattutto se nel frattempo sono disposte le notificazioni di cui all'art. 292^{1} – e ciò desta il sospetto che la costituzione tardiva sia funzionale a tattiche dilatorie. Non mi pare poi condivisibile l'opinione, sostenuta da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, Milano, 2013, 231 s., secondo cui, a seguito della novella dell'art. 164^{3} (*ex* L. 353/1990), il contumace, per ottenere la rimessione in termini, dovrebbe dedurre soltanto la nullità della *vocatio in ius*, perché in questo modo non solo si viene a determinare un'ingiustificata disparità di trattamento con l'ipotesi più grave di nullità della notifica, ma si finisce altresì per ammettere la retrocessione del procedimento anche a fronte di vizi che non impediscono la cognizione della lite (ad es. in difetto dell'avvertimento prescritto dall'art. $163^{n.7}$).

provvedere nel merito – deve considerarsi raggiunto ogniqualvolta il destinatario sia messo nella condizione di prendere posizione sul contenuto dell'atto senza che, a tal fine, sia necessario acquisire al processo il risultato pratico (del compimento dell'atto consequenziale) voluto dall'ordinamento. Il comportamento qualificato del destinatario dell'atto è invece il fatto che prova presuntivamente questa conoscenza[230].

Ma v'è di più. La tesi di coloro che scorgono nel comportamento qualificato del destinatario lo scopo dell'atto non merita accoglimento anche perché incorre nell'irresolubile aporia di far coincidere il fatto del raggiungimento dello scopo con l'evento che questo raggiungimento prova. Questi due momenti vanno invece tenuti distinti.

La conclusione a cui si è ora giunti ha importanti riflessi sul tema dell'evento probante. Bisogna infatti chiedersi se sia soltanto il comportamento qualificato del destinatario a provare il raggiungimento dello scopo o se tale dimostrazione possa essere fornita con qualunque mezzo idoneo a dimostrare l'acquisizione di tutti gli elementi necessari per replicare o provvedere nel «merito»[231]. Considerando ancora l'ipotesi dell'irregolare notificazione, si tratta di capire se il raggiungimento dello scopo risulti provato dalla sola costituzione in giudizio del convenuto o se, invece, sia dimostrabile con altri mezzi di prova.

Al comportamento qualificato del destinatario non mi sentirei di riconoscere il monopolio della prova[232]. È vero che, a più riprese (artt. 164^{3e5}, 291^{1}, 294^{1} e 650^{1}), il codificatore ha indicato come prova del raggiungimento dello scopo l'esercizio del

[230] Si consideri il seguente caso: a causa dell'irregolarità della notificazione eseguita in data 1 febbraio 2013 il convenuto non viene a conoscenza dell'azione intentata contro di lui ed è dichiarato contumace. Venuto a sapere del processo il 1 marzo del 2014, si costituisce solo il 1 di ottobre. Il giudice deve ammettere il convenuto a compiere le attività svoltesi dal 1 febbraio 2013 al 1 marzo 2014, ma non può anche restituirlo nei termini per la *tranche* che va dal 1 marzo al 1 ottobre 2014, in quanto la conoscenza effettiva dell'atto ha qui consentito il prodursi dell'effetto procedurale remoto e la maturazione della preclusione per mancato esercizio dei poteri-oneri difensivi.

[231] A favore della prima soluzione si schierano V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 477; e A. PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali*, cit., 1720; a favore della seconda R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, cit., 497 s., nt. 80.

[232] Il problema, già ben noto alla giurisprudenza tedesca sin dagli anni '20, viene da lei risolto nel senso opposto da me suggerito. Secondo il *Reichsgericht*, in *RG WarnRspr* 1937, n. 122, 287, «è concepibile che la prova (del raggiungimento dello scopo) possa fornirsi anche in altro modo, ma ciò non corrisponde al modo ritenuto idoneo dalla legge.

potere al cui esercizio l'atto omesso o invalido è preordinato[233]. È altresì vero che la limitazione dei mezzi di prova, semplificando l'accertamento giudiziale, trova la propria giustificazione nei canoni di certezza ed economia processuale (art. 111[1e2] Cost.) che sconsigliano di aprire un varco ad accertamenti complessi come quello sull'evento cognitivo. Tuttavia, s'è già detto che tale soluzione fa indebitamente coincidere lo scopo dell'atto con il fatto che quest'evento prova, finendo per sovvertire il sistema probatorio generalmente applicabile ai fatti processuali. E infatti, in tutte le ipotesi in cui occorre accertare un fatto processuale irrilevante ai fini del merito – com'è la conoscenza degli elementi necessari allo sviluppo dialettico del contraddittorio – l'accertamento dovrebbe avvenire secondo le regole ordinarie stabilite dal secondo libro del codice[234].

L'interpretazione che mi pare preferibile è dunque quella che ammette la parte interessata alla conservazione dell'atto nullo a provare, mediante i normali mezzi d'istruzione, la conoscenza, che il destinatario abbia egualmente avuto, di tutti gli elementi necessari e sufficienti per replicare o provvedere. Se non m'inganno tale soluzione consente di contemperare le due opposte esigenze: da un lato, tutelare la parte pregiudicata dal vizio tramite la dimostrazione rigorosa, che la controparte deve fornire, dell'innocuità del vizio, dall'altro, scoraggiare le tattiche dilatorie della parte rimasta in malafede passiva per lucrare sull'errore avversario.

2.6. La nullità non è l'unica categoria di valore con cui sono sanzionati i vizi di attività. Altra sanzione conosciuta dall'ordinamento è l'irregolarità, concetto strettamente connesso con la nozione di scopo dell'atto.

---

[233] La giurisprudenza difatti esclude che la conoscenza dell'atto di citazione, *aliunde* ottenuta dal convenuto, possa sanare la nullità della notifica: v. Cass. 20 maggio 1983, n. 3495. Una posizione più moderata è espressa da C. PUNZI, *op. cit.*, 220 ss., secondo cui la prova del raggiungimento dello scopo «non si potrebbe ricavare da un qualsiasi comportamento del destinatario dell'atto, che si manifesti all'esterno del processo», ma occorre un «comportamento che, rivelando una sua effettiva presa di conoscenza a seguito della notificazione claudicante, si manifesti nell'ambito del processo, o, se si vuole essere più rigorosi, in un atto processuale».

[234] Con riferimento alla prova dei fatti extraprocessuali rilevanti per l'accertamento della sussistenza dei presupposti di decidibilità nel merito v. F.P. LUISO, *op. cit.*, I, 121 s. Nella letteratura tedesca l'interpretazione più liberale è sostenuta da M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 394 e 397 ss., secondo cui l'inosservanza delle forme deve reputarsi innocua allorché, entro la scadenza del termine concesso per il compimento dell'atto, risulti inequivocabilmente dimostrato il raggiungimento dello scopo, insomma *in dubio contra formam*.

Avverto subito che il concetto di irregolarità non è affatto pacifico ma è da tempo oggetto di una viva disputa dottrinaria. La difficoltà di rinvenirne una nozione soddisfacente è causata principalmente dalla mancanza di una disciplina unitaria e coerente. L'irregolarità trova infatti accoglimento in varie disposizioni prive di connessione, che non le attribuiscono un significato univoco né le impartiscono una disciplina omogenea. A ciò si aggiunga che il linguaggio a-tecnico impiegato dal codificatore è foriero di ulteriori incertezze nella ricostruzione della categoria e nella sua distinzione dalla nullità. Va inoltre riconosciuto che la giurisprudenza, impiegando talvolta l'irregolarità come sinonimo di nullità sanabile, non facilita il compito ricostruttivo dell'interprete[235].

Nell'assenza di sicuri punti di riferimento e nella comprensibile divergenza di opinioni sono tuttavia individuabili tre filoni interpretativi.

I) Secondo una prima interpretazione, l'irregolarità consisterebbe sì in una divergenza formale dell'atto dallo schema legale, ma essa non sarebbe abbastanza grave da provocare la nullità (c.d. *lex minus quam perfecta*)[236].

II) Muovendo dalla distinzione, accolta dall'art. 56[2] del previgente codice, tra elementi «essenziali» ed elementi «accidentali», un secondo indirizzo identifica l'irregolarità con la mancanza di requisiti meramente utili che non pregiudica l'efficacia dell'atto[237].

III) Lo sviluppo di quest'ultimo insegnamento ha condotto taluni studiosi a riferire l'irregolarità all'inosservanza di particolari obblighi che, anziché influire sull'efficacia tipica dell'atto, determina una sovrapproduzione di effetti consistenti nell'imputazione di una responsabilità a carico dell'autore (cfr. art. 186 c.p.p.). Più

[235] Difetto riscontrabile in Cass. 14 luglio 1975, n. 2771; e in Cass. 17 novembre 1976, n. 4280.

[236] In questo orientamento possono ricomprendersi le posizioni di S. SATTA, *op. cit.*, I, 278 ss.; G. LEONE, *op. cit.*, 312; e C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 325, il quale, nel successivo lavoro *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile, in Riv. dir. civ.*, 1977, I, 512 ss. e 517, precisa che l'irregolarità è impiegata dal legislatore per convogliare vizi minori verso le conseguenze proprie della nullità.

[237] A favore del mantenimento della distinzione tra requisiti essenziali e requisiti accessori si schierano F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 491 ss., e *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], cit., I, 360; e V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., 413 ss.

che di atto irregolare bisognerebbe allora parlare, secondo quest'ultima dottrina, di irregolarità nel compimento dell'atto (cfr. art. 124 c.p.p.)[238].

Queste ricostruzioni prestano tutte il fianco a gravi critiche. Il primo indirizzo ha il non trascurabile difetto di fornire una definizione negativa: concludendo che l'irregolarità non è una nullità, si incorre in un'evidente petizione di principio. Inoltre, il riferimento a "vizi meno gravi" di quelli che determinano la nullità sposta il problema senza risolverlo, lasciando nell'ombra il criterio che consente di definire quando un vizio è meno grave.

Il secondo orientamento, dal canto suo, pecca di eccessiva genericità. Come ho già rilevato al § 2.3., quelli processuali sono atti tendenzialmente idonei a produrre una pluralità di effetti, peraltro neppure sempre omogenei. Inoltre ogni effetto è, di regola, la risultante di determinati elementi, i quali possono anche non coincidere con i requisiti necessari alla produzione di quegli altri effetti che il medesimo atto è chiamato a esprimere[239]. Parlare di requisiti non-essenziali all'efficacia dell'atto, perciò, non contribuisce a dare un significato preciso all'irregolarità.

Non va esente da critiche neppure l'ultima interpretazione che reca con sé l'insormontabile difetto di non ricevere dalle norme del codice di rito civile un puntuale fondamento giuridico.

A questo punto mi pare metodologicamente corretto ripartire dal dato positivo, per poi tentare di elaborare una nozione di irregolarità che sia utile dal punto di vista pratico e coerente con il sistema positivo degli *errores in procedendo*.

Si è già avvertito che il legislatore impiega frequentemente la locuzione «irregolarità» in senso a-tecnico. Il termine è talvolta utilizzato in senso ampio, così

---

[238] All'indirizzo aderisce anche F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 492 s. L'orientamento si divide poi tra chi, come G. CONSO, *op. cit.*, 23 s., sostiene che a risultare violato è l'obbligo di fornire l'atto di tutti i requisiti imposti dalla fattispecie e chi, come V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 478, riferisce l'inottemperanza a obblighi estranei alla fattispecie dell'atto.

[239] Paradigmatica è la domanda giudiziale. È atto formalmente e sostanzialmente unico, seppur scindibile sul piano strutturale in *vocatio in ius* e in *editio actionis*. Il vizio dei requisiti dell'*editio actionis*, che forniscono le coordinate del diritto oggetto del giudizio (art. $163^{n.3e4}$) e preclude la produzione degli effetti sostanziali e processuali della domanda (art. 164^{4e5}) ma non intacca l'effetto procedurale immediato. Al contrario, l'imperfezione dei requisiti della *vocatio in ius* (art. $163^{n.1,2e7}$) inficia l'effetto di instaurazione del contraddittorio (artt. 101^{1} e $164^{1,2\ e3}$), ma non pregiudica la produzione, seppur in via precaria, degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

da ricomprendere qualunque fenomeno di invalidità, e talora in senso stretto, riferendosi a un *quid minoris* rispetto alla nullità. Per capire quando la legge utilizza il concetto di irregolarità nell'un senso e quando nell'altro, non trovo altro strumento esegetico utile che quello dell'interpretazione sistematica, che sola consente di far emergere i fattori comuni e caratteristici della categoria in esame e di evidenziarne l'autonomo trattamento rispetto al regime delle nullità.

i) Nel quadro dei poteri di direzione del procedimento attribuiti in funzione del sollecito e leale svolgimento del processo, l'art. 182^1 conferisce al giudice il potere di verificare d'ufficio la regolare costituzione delle parti nonché, quando occorre, la facoltà di invitare le parti a regolarizzare gli atti difettosi. Per capire se a risultare viziati siano meri requisiti accidentali prescritti a pena di irregolarità o, invece, requisiti essenziali idonei a provocare la nullità[240], occorre prima chiarire se «la regolare costituzione delle parti» si riferisce alle sole imperfezioni della costituzione in giudizio delle parti (artt. 165 e 166) oppure anche alle nullità formali (artt. 164 e 291) ed extra-formali (art. 182^2) degli atti introduttivi del giudizio[241].

Ebbene, l'interpretazione sistematica delle norme citate mi pare suggerisca di limitarne la portata alla regolarizzazione degli errori accidentali nella costituzione *in iure* delle parti, giacché le nullità formali ed extra-formali della domanda trovano già negli artt. 182^2 e 183^1 la loro specifica disciplina. Ne è riprova il riferimento della seconda parte dell'art. 182^2 agli «atti e documenti che riconosce difettosi», il quale sembra riferire l'oggetto dell'accertamento alla «regolarità della costituzione delle parti» indicato nella prima parte della norma[242].

---

[240] Nel primo senso si orientano S. SATTA, *op. cit.*, II, 79 s., che riferisce però l'irregolarità al solo difetto di requisiti «di carattere generale esterno al processo»; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 218 ss.; nel secondo senso C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 511 s.

[241] Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 72, e *Diritto processuale civile*, I, cit., 641 s., per il quale i vizi indicati dall'art. 182^1 «sono non sempre di ordine supremo»; S. SATTA, *op. cit.*, II, 1, 458, in considerazione del fatto che sono fattispecie già oggetto di precise disposizioni; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 219, secondo cui l'investitura al giudice del potere di rilievo *ex officium* va limitato alle più gravi inosservanze.

[242] Nel senso invece che la regolarizzazione debba avere a oggetto vizi formali desumibili dall'esame degli atti stessi e non anche atti omessi o elementi extra-formali v. E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore*, 320 e nt. 16. Senonché, come osserva C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 515, nt. 15, lo scrutinio del giudice non si esaurisce in un esame superficiale degli atti né esclude il potere di chiedere alle parti precisazioni o di invitarle a fornire una documentazione integrativa.

Ma v'è di più. Il legislatore usa qui una terminologia assai diversa da quella impiegata con riferimento al regime dei rimedi delle nullità. L'art. 182[1] parla di «mettere in regola gli atti (…) difettosi», laddove, viceversa, gli artt. 164[2,3e5], 182[2], 183[1] e 291[1] fanno riferimento alla «rinnovazione» di atti nulli che il giudice, stando allo schema generale dell'art. 162[1], ha il dovere di disporre, assegnando alle parti un termine perentorio per provvedervi.

E ancora, mentre l'una stabilisce che il giudice «quando occorre, le invita (…) a mettere in regola gli atti», le altre attribuiscono al giudice il potere di ordinare alle parti, «quando sia possibile, la rinnovazione degli atti».

E infine, la regolarizzazione dell'attività di costituzione in giudizio è preceduta non dalla «pronuncia sulla nullità», che è condizione richiesta dall'art. 162[1] per la rinnovazione dell'atto nullo, bensì dal semplice invito del giudice, che senza dover essere reso a mezzo di ordinanza può anche consistere in un mero suggerimento.

La differente formulazione mi pare metta in risalto il diverso valore programmatico dei due regimi. L'irregolarità è ricollegata dall'art. 182[1] al vizio formale di elementi non-essenziali per il raggiungimento dello scopo degli atti introduttivi[243]. Per tale motivo, l'iniziativa ufficiosa del giudice nell'accertamento dell'irregolarità e nella rettificazione dell'attività di costituzione in giudizio non subisce quelle gravi e importanti limitazioni che, all'opposto, sono previste per la rilevazione e la sanatoria delle nullità[244]. La maggiore flessibilità e discrezionalità a cui è ispirata la regolarizzazione degli atti dipende dalla minore serietà del vizio ed esige una collaborazione, tra i soggetti del giudizio, maggiore di quella attesa per correggere le gravi conseguenze della nullità[245].

---

[243] L'obiettivo primario dell'art. 182[1], per S. SATTA, *op. cit.*, II, 79 s., è la riparazione di irregolarità o, tutt'al più, di nullità prive di sanzione. La disposizione è invece comprensiva della nullità per C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 512.

[244] Si vedrà approfonditamente nel § 3.8. come la locuzione «quando sia possibile», adoperata nell'art. 162[1], pone delle precise condizioni di legittimità all'esercizio della potestà correttiva del giudice, che non ricorrono, invece, nella regolarizzazione degli atti. L'assenza di tali restrizioni si ricava dai lemmi «quando occorre» e «può disporre» che lasciano intendere l'attribuzione al giudice di un potere correttivo discrezionale ed esercitabile *propter opportunitatem*.

[245] Cfr. in giurisprudenza: Corte Cost. 18 giugno 1979, n. 49; e Trib. Torino, 25 marzo 1974, in *Foro it.*, I, c. 1528 ss.; e in dottrina: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 71, e *Diritto processuale civile*, I, 641 s; ed E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 580.

ii) All'art. 257^2, rubricato «assunzione di nuovi testimoni e rinnovazione dell'esame», il codice contempla un'irregolarità nell'esame dei testimoni, che può derivare dal difetto di ammonizione o di giuramento (art. 251^2) o dall'omessa lettura o sottoscrizione del verbale (art. 126^2)[246]. Ebbene, le riflessioni poc'anzi sviluppate intorno all'irregolare costituzione in giudizio mi paiono ripetibili.

Ancora una volta la discrezionalità e l'informalità a cui è ispirata l'iniziativa ufficiale del giudice nella regolarizzazione dell'attività istruttoria rivela la vera natura di questo vizio formale. E infatti, dalla formulazione letterale della disposizione, a norma della quale il giudice «**può disporre**» d'ufficio il riesame del testimone «al fine di (…) **correggere irregolarità**», riemerge l'attribuzione di un «potere discrezionale legato soltanto all'opportunità, e non alla necessità, di rettificare il difetto»[247]. E ancora, neppure questa volta, la regolarizzazione dell'atto è preceduta dalla dichiarazione di nullità né è accompagnata dall'assegnazione alle parti di un termine perentorio. È invece sufficiente che il giudice indichi il vizio e l'atto da ripetere. Insomma, il potere del giudice di avocare l'iniziativa nella rilevazione e correzione del vizio – al di fuori dei limiti e degli obblighi imposti dall'art. 162^1 per la sanatoria della nullità – dimostra l'accidentalità del requisito e la minore gravità dell'errore che il rimedio è volto a correggere[248].

iii) Affinità lessicale e strutturale con le predette disposizioni sembra presentare l'art. 350^2, il quale demanda al giudice dell'appello la verifica della «regolare costituzione del giudizio». Senonché, la lettura sistematica mostra come l'art. 350^2 regoli una fattispecie non coincidente con quella prevista dagli artt. 182^1 e

---

[246] Per l'estensibilità analogica della norma a qualsiasi altro provvedimento di assunzione probatoria in quanto espressione di un principio generale v. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 367. L'ordine di ripetizione dell'esame testimoniale come strumento di correzione dell'irregolarità non va confuso con il potere del giudice, attribuito dal medesimo art. 257^2, di rivolgere al testimone domande utili a «chiarire la loro deposizione». Quest'ultimo strumento, dei cui omologhi v'è traccia negli artt. 183^4 e 253^1, si inserisce all'interno dei poteri istruttori e di direzione del processo di cui il giudice dispone *ex officio* al fine di chiarire i fatti contestati oggetto dell'esperimento testimoniale.

[247] B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 230.

[248] La non-essenzialità del vizio è ammessa da S. SATTA, *op. cit.*, II, 1, 284 ss.; e da C. FURNO, *op. cit.*, 430. Di contro, l'art. 257^2 costituirebbe una specifica applicazione dell'art. 162^1 per V. ANDRIOLI, *Prova testimoniale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 362; e C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 512 s. L'art. 257^2 sarebbe infine per B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 230, espressione di un principio generale di rettificazione, suscettibile di applicazione analogica a tutte le ipotesi di irregolarità nell'attività di assunzione probatoria.

257^2. Sia chiaro però che non rinvengo il diverso ambito applicativo sulla base di una stretta interpretazione letterale dei lemmi «regolarità della costituzione delle parti» (art. 281^1), «regolarità del contraddittorio» (art. 183^1) e «regolare costituzione del giudizio» (art. 350^2), bensì dal coordinamento del vizio con il rimedio specificamente predisposto.

Mi spiego: ricollegando la «(ir)regolare costituzione del giudizio» ai poteri correttivi del giudice del gravame (artt. 350^2, 331 e 332) emerge chiaramente come il controllo del giudice non si arresti alle sole questioni attinenti alla «regolarità della costituzione delle parti», a cui è tenuto per il rinvio alle norme relative al giudizio di prime cure (art. 359)[249], ma investa la corretta e integrale instaurazione del contraddittorio[250]. Il riferimento alla «regolare costituzione del giudizio», allora, non richiama alcuna verifica di irregolarità di elementi accidentali ma un vero e proprio sindacato di nullità degli atti.

La conclusione mi sembra infine suffragata da un argomento letterale: anziché prevedere che il giudice «può disporre» «quando occorre» la regolarizzazione, l'art. 350^2 stabilisce che egli «ordina» la sanatoria e ciò mi sembra implicare l'attribuzione in capo al giudice di un obbligo e non di una facoltà.

iv) Speculare all'art. 182^1 è la disposizione dettata per il rito lavoro dall'art. 421^1, che assegna al giudice l'ufficio di indicare alle parti «le irregolarità degli atti e dei documenti», coordinandolo col potere di ordinarne la sanatoria «salvo gli eventuali diritti quesiti».

La lettura sistematica della norma evidenzia un duplice ordine di fattori da cui emerge la diversità di funzione e di struttura con l'omologa disposizione prevista per il rito ordinario. Il primo fattore è il riferimento testuale alle imperfezioni «che possono essere sanate», che aggancia il rimedio al sistema di recupero degli atti nulli. Se infatti venissero in gioco mere «irregolarità», il legislatore attribuirebbe al giudice il potere non di disporre la sanatoria, ma di «mettere in regola» o di «correggere» le attività difettose e non gli avrebbe impartito l'obbligo di ordinare la convalidazione –

[249] B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 223.

[250] Anche secondo C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 513 s.; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 218 ss., l'irregolarità a cui fa riferimento l'art. 350^2 va ricollegata alle irritualità e alle incompletezze del contraddittorio che sono sanabili attraverso l'iniziativa del giudice descritta da questa disposizione.

come si evince dalla locuzione «il giudice indica» – ma gli avrebbe conferito la facoltà di invitare le parti a rettificare, «quando occorre», i loro atti (cfr. artt. 182[1] e 257[2]).

Il secondo fattore è l'inciso di chiusura che fa salvi «gli eventuali diritti quesiti». La norma lascia intendere che i vizi considerati sono tali da privare la domanda degli effetti sostanziali e processuali e che il rimedio non ha la capacità di sanarli retroattivamente. Ciò significa che non di mera irregolarità si tratta. I requisiti accidentali sono elementi utili dell'atto e la loro carenza non può far maturare preclusioni né far sorgere diritti in capo all'avversario.

Perciò delle due l'una: o quei «diritti quesiti» sorgono in corrispondenza delle preclusioni stabilite per il rito del lavoro oppure il termine «irregolarità» è inteso in senso a-tecnico come comprensivo della nullità. Ebbene, la prima soluzione[251] finisce per dire una banalità che certo non esigeva di essere positivizzata. A voler infatti "prendere in parola" il legislatore, l'art. 421[1] finirebbe per dire che il maturare di una decadenza o di una prescrizione rende superflua la regolarizzazione della domanda. Se non si vuole svuotare di significato la norma, bisogna allora ammettere che il termine «irregolarità» sia impiegato *lato sensu* così da ricomprendere, accanto all'irregolarità, una vera e propria nullità[252].

In definitiva, l'art. 421[1] assimila la nullità all'irregolarità per attribuire al giudice il potere di disporre tanto la sanatoria degli atti viziati nei loro elementi essenziali (nullità) quanto la rettificazione degli atti e dei documenti carenti dei requisiti accidentali (irregolarità).

v) Accanto alla fattispecie regolata dall'art. 350[1] vi sono altre ipotesi in cui il codificatore ha impiegato la locuzione irregolarità come sinonimo di nullità. Gli artt. 650[1] e 668[1] ammettono a proporre opposizione tardiva l'intimato che provi di non

---

[251] Soluzione invece avanzata da B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 225 s.

[252] L'interpretazione qui sostenuta è proposta anche da E. FAZZALARI, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 4 s., secondo cui nella norma è una ripetizione di poteri di cui il giudice già dispone contro le nullità; e da G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*[4], Milano, 1999, 86, per il quale questa lettura consente di colmare il *vacuum legis* lasciato dal rito del lavoro in tema di nullità degli atti. Ammettendo infatti che la formulazione a-tecnica impiegata dall'art. 421[1] ricomprende tanto la nullità quanto l'irregolarità, si dota il processo del lavoro di un meccanismo di accertamento e di correzione delle imperfezioni compatibile con il sistema dei rimedi dei vizi formali e non-formali già disegnato dagli artt. 182[1] e 183[1] per il rito ordinario.

aver avuto tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo o dell'intimazione di licenza o sfratto «per irregolarità della notificazione».

Se si condivide che l'irregolarità consegue al difetto di un elemento accidentale dell'atto, così da risultare innocuo al raggiungimento dello scopo, allora si dovrà convenire che una mera «irregolarità della notificazione» non può mai impedire la «tempestiva conoscenza» del provvedimento monitorio. Come credo di aver dimostrato (*supra* § 2.4.), la «tempestiva conoscenza» del provvedimento opponibile è lo scopo della notificazione, la cui mancata realizzazione non può dipendere dal difetto di requisiti marginali ma soltanto dall'imperfezione di elementi essenziali, perché solo questi sono capaci di vulnerare il diritto di difesa. L'intimato può pertanto essere rimesso nei termini solo al ricorrere di vere e proprie cause di nullità[253].

vi) Analoghi rilievi possono formularsi in ordine all'art. 617[1] che concede il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi contro la «(ir)regolarità formale del titolo esecutivo e del precetto». Il termine irregolarità è ancora una volta inteso in senso a-tecnico come sinonimo di nullità. Non sarebbe infatti razionale un sistema che consentisse di aprire, nella pendenza del processo esecutivo, un'incidentale giudizio di cognizione per accertare se siano viziati requisiti meramente accidentali degli atti dell'esecuzione[254].

In realtà l'impiego a-tecnico dell'espressione «regolarità formale» appare giustificata dalla premura del legislatore di evitare gli equivoci a cui avrebbe condotto il riferimento alla nullità. Poiché, infatti, l'inefficacia del titolo esecutivo nullo dà luogo a contestazioni che vanno proposte in forma di opposizione all'esecuzione (art. 615), il riferimento all'irregolarità cautela da eventuali incertezze interpretative, limitando l'area applicativa dell'opposizione agli atti alle nullità del titolo esecutivo in senso documentale e alle nullità di ogni altro atto della procedura esecutiva[255].

---

[253] Al contrario, riferisce l'irregolarità della notificazione anche a cause d'imperfezione diverse dalla nullità C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 514.

[254] Ritiene invece che la formula «regolarità formale», impiegata dall'art. 617[1], vada intesa in senso ampio così da ricomprendere ogni tipo di invalidità C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 514 s.

[255] F.P. LUISO, *op. cit.*, III, 267.

Terminata la disamina delle fattispecie di irregolarità contemplate dal codice bisogna ora trarre le conclusioni. Nella ricostruzione del significato d'irregolarità e della sua disciplina tornano utili non solo le disposizioni che concepiscono la categoria *stricto sensu* (artt. 182[1] e 257[2]), ma anche quelle previsioni che, impiegandola in senso a-tecnico (artt. 350[2] e 421[1]), consentono di definirne in via contrastiva la portata e l'ambito applicativo.

Le norme che impiegano la categoria in senso tecnico confermano, in primo luogo, che l'**irregolarità** è sanzione comminata per vizi formali di minore gravità. Sarebbe però illusorio pensare di dedurre la minore gravità di un vizio in base a un'indeterminabile serietà o importanza dell'imperfezione. Essa può invece valutarsi in base alla natura del requisito carente, la quale, a sua volta, va accertata muovendo dallo scopo dell'atto[256]. Perciò, se un requisito dell'atto è essenziale, non importa quanto sia seria l'inosservanza della norma che lo prescrive, l'atto processuale è, in ogni caso, nullo perché inidoneo a raggiungere il proprio scopo.

L'irregolarità allora non può che derivare dal vizio di requisiti «utili» o «accessori» dell'atto, che non sono prescritti dalla legge a pena di nullità, ma sono comunque connessi al rispetto di un determinato modulo processuale ritenuto opportuno dal legislatore. Questa conclusione si evince anche dalla lettura *a contrario* dello stesso art. 156, per cui accanto a requisiti «essenziali» o «indispensabili per il raggiungimento dello scopo» ve ne sono altri semplicemente «utili» o «accessori», la cui mancanza non vulnera il correlato diritto di difesa dell'avversario né pregiudica l'esame nel merito dell'atto da parte del giudice[257].

La diversa natura dell'irregolarità si proietta sul trattamento riservatole dal legislatore sia in ordine alla tecnica di rilevazione che con riguardo al sistema dei rimedi. L'assenza di un pregiudizio alle ragioni difensive dell'avversario impedisce di ipotizzare un suo interesse a eccepire il vizio. Si comprende allora perché non sarebbe logico subordinare l'accertamento dell'irregolarità all'adempimento dell'onere di opposizione da parte dell'avversario. La rilevazione dell'irregolarità,

[256] Gli Autori citati *supra* (n.ri II e III) ritengono invece che occorra muovere dall'effetto dell'atto per acclarare se il requisito carente è essenziale o accidentale.

[257] Di irregolarità di elementi formali accidentali che non impediscono il raggiungimento dello scopo dell'atto scrivono anche H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 370.

dunque, non trova nell'art. 157 la propria disciplina, ma è informata, come risulta dall'art. 182[1], al principio dell'**iniziativa ufficiale** del giudice.

La minore gravità del vizio dei requisiti utili rispetto al difetto degli elementi essenziali si riflette parimenti sul sistema dei rimedi. Si è già rilevato come la diversità del meccanismo di correzione delle nullità e dell'irregolarità emerga dalla stessa terminologia legislativa: l'una è rimediabile mediante «sanatoria» o «rinnovazione» e solo «quando sia possibile», l'altra mediante «**regolarizzazione**» e «**quando occorre**». La sanatoria della nullità è quindi subordinata da precisi parametri di legalità – riassunti dalla condizione di «possibilità» – al ricorrere dei quali il giudice è obbligato a disporre la convalidazione dell'atto. La regolarizzazione, al contrario, è occasionata da una valutazione di opportunità, per cui il giudice gode della potestà di ordinare il rimedio.

Non coincide neppure il *modus procedendi*, poiché, mentre la rinnovazione esige la previa «pronuncia sulla nullità» in funzione dell'individuazione degli atti «ai quali la nullità si estende» e che attendono perciò d'essere rettificati (art. 162[1]), la regolarizzazione prescinde da tale declaratoria, non essendo necessario alcun accertamento sulla dimensione del fenomeno estensivo, che è proprio della sola nullità (art. 159[1]). Anche la collaborazione che si instaura tra parti e giudice nell'esperimento del rimedio si atteggia in termini diversi. Mentre al potere-dovere dell'ufficio di ordinare la sanatoria della nullità corrisponde il potere-onere dell'interessato, le parti che non ottemperino all'invito del giudice di rettificare l'irregolarità non subiscono alcuna dichiarazione di inammissibilità o di inutilizzabilità dell'atto.

In definitiva, mi sembra potersi concludere che all'area della nullità e dell'irregolarità corrisponda una diversa latitudine dei poteri del giudice. L'iniziativa ufficiosa nell'accertamento dell'irregolarità e nell'avvio degli strumenti correttivi non solo non subisce le gravi e importanti limitazioni che si rinvengono nella rilevazione e nella sanatoria delle nullità, ma è inoltre improntata a criteri di elasticità e di informalità più consoni alla minore gravità del vizio.

Si potrebbe a questo punto obiettare che è un'illusione distinguere gli elementi della fattispecie degli atti secondo la loro qualità. Ogni elemento dell'atto, in fondo, è essenziale o costitutivo in quanto nessuno requisito è ipoteticamente eliminabile

senza che l'atto diventi inefficace o inidoneo al raggiungimento dello scopo[258]. L'obiezione mi pare priva di pregio. Una volta che si è messo in luce come lo scopo tipico di ogni atto consista nel porre, in tempo utile, il destinatario nella condizione di replicare o di provvedere sul contenuto dell'atto, si capisce che non tutti i requisiti formali dell'atto sono «essenziali». Alcuni esempi saranno esplicativi.

a) Con riguardo alla domanda, l'indicazione anagrafica del difensore (*ex* art. $163^{n.6}$) è requisito accidentale in quanto surrogabile dalla sottoscrizione del procuratore (art. 125^{1})[259]. Lo stesso dicasi dell'indicazione della procura. Una volta che questa sia rilasciata» (art. $163^{n.6}$), infatti, non si vede quale importanza rivesta la sua indicazione formale. Ciò che invece rileva è la regolare investitura del difensore al momento della costituzione in giudizio dell'attore; di contro, la mera indicazione della procura non aggiunge alcunché alla validità della rappresentanza tecnica[260]. E ancora, requisito utile della citazione è «l'indicazione specifica dei mezzi di prova (…) e in particolare dei documenti» prescritta dall'art. $163^{n.5}$, in quanto le iniziative istruttorie dell'attore oltre a essere differibili a uno stadio successivo del giudizio (art. 183^{6}) acquisiscono rilevanza anche in base al comportamento difensivo del convenuto (art. 115^{1}). E infine, non-essenziale può dirsi l'indicazione, richiesta dall'art. 125^{1}, dell'indirizzo di posta elettronica certificata o del numero di fax[261].

b) Più in generale sono requisiti accidentali degli atti difensivi l'omessa indicazione del giudice istruttore o del numero di ruolo della causa. Non essenziale è altresì l'indicazione del giudice allorquando la scelta dell'autorità giudiziaria competente non lasci spazio a incertezze[262]. E ancora non-essenziale è il deposito di un numero di copie di un determinato atto o documento.

---

[258] Obiezione mossa da R. JAPIOT, *op. cit.*, 31, alla distinzione giurisprudenziale tra *formalités essentielles* e *formalités accessoires*.

[259] Non a caso Cass. 5 febbraio 1953, n. 293; e Cass. 10 marzo 1951, n. 741, tolgono rilevanza a tale adempimento di forma, negando che l'omissione del nome o del cognome del procuratore cagioni la nullità della citazione.

[260] A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, II, 1, Torino, 1980, 257, nt. 97. Si spiega così perché Cass. 5 aprile 1955, n. 1180, non ricolleghi alcuna nullità alla mancata indicazione della procura.

[261] Cfr. Cass., 26 febbraio 2013, n. 4792; e Cass. 23 novembre 2011, n. 24717.

[262] E difatti Cass. 13 dicembre 1948; e Cass. 13 maggio 1953, n. 1344, confermano che non si tratta di un elemento essenziale della citazione di appello. Per S. SATTA, *op. cit.*, II, 1, 19, l'indicazione del giudice è un «relitto» storico di cui la tecnica della citazione a udienza fissa non ha bisogno perché assorbita dall'invito a comparire di cui all'art. $163^{n.7}$.

Gli esempi forniti credo diano prova dell'esistenza di elementi che, pur appartenendo alla fattispecie astratta, non concorrono a determinare l'evento cognitivo in cui vedo consistere lo scopo dell'atto. Non solo, l'esemplificazione proposta mi pare che giovi a comprendere meglio cosa intendo per «scopo dell'atto» e per «effetto procedurale remoto». La mancanza dei requisiti accidentali non vulnera il diritto di difesa dell'avversario né impedisce al giudice di provvedere nel merito dell'atto. E se la disformità dal modello legale non impedisce all'atto di raggiungere lo scopo, allora non vi saranno ostacoli alla produzione dell'effetto procedurale remoto, sicché l'avversario risulterà onerato ad assumere le proprie difese e il giudice sarà obbligato a pronunciarsi sul contenuto dell'atto[263].

Nonostante l'elemento accidentale giochi un ruolo secondario nell'efficacia dell'atto, il codice fornisce svariati esempi in cui tali requisiti sono prescritti a pena di nullità. La questione su cui, da ultimo, vale la pena di soffermarsi è: quali ragioni spingono il legislatore a scegliere di sottrarre il difetto di requisiti meramente utili dal "limbo" dell'irregolarità per attribuirgli la rilevanza che meritano le più gravi imperfezioni?

Ebbene, gli *accidentalia processus* sono requisiti prescritti dal legislatore per mere ragioni di opportunità, legate all'efficienza dell'amministrazione giudiziaria, alla celerità ed economicità della procedura, al finanziamento dell'apparato giudiziario etc. Essi non hanno nulla a che vedere con tutti quegli elementi che sono, *der Natur der Sache nach*, indispensabili al raggiungimento dello scopo del processo[264]. La loro inosservanza non può pertanto condurre alla nullità se non nella misura in cui sia la stessa legge a sanzionarla.

I giureconsulti dell'età intermedia definivano la nostra «irregolarità» come *nullitas iuris positivi*, appunto per distinguere l'inosservanza di forme non-essenziali da tutte le altre disformità che determinano, *ex iure naturalis*, l'inidoneità dell'atto a perseguire il proprio scopo[265]. Ciò significa che quando il legislatore sanziona con la

[263] La tesi *sub II*), prima criticata, può allora essere recuperata se per requisiti utili si intendono gli elementi da cui non dipende l'efficacia procedurale remota dell'atto.

[264] Sul significato che il pensiero giusnaturalista tedesco attribuiva al concetto di *Natur der Sache* e sulle sue connessioni con lo scopo degli atti processuali v. K.F. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozeß*, Tübingen, 1976, 31 s.

[265] L.H. VON ALMENDINGEN, *op. cit.*, 258 ss.

nullità atti carenti di requisiti soltanto utili v'è una ragione politica: sottrarre al giudice il potere di avocare la decisione sulla censura di un inadempimento "innocuo" per il raggiungimento dello scopo dell'atto, obbligandolo a pronunciare in ogni caso la nullità.

Mi pare che il codice fornisca qualche esempio di quanto vado sostenendo.

α) Quantunque previsto a pena di nullità dall'art. 164[1], accidentale è l'invito del convenuto a costituirsi e a comparire nonché l'avvertimento di cui all'art. 163[n.7]. Le decadenze stabilite dagli artt. 38 e 167 discendono infatti da disposizioni legislative che il convenuto è tenuto a conoscere non meno del suo avversario e operano indipendentemente dalla loro previa conoscenza[266].

β) Non-essenziale al raggiungimento dello scopo tipico mi sembra poi l'omessa lettura del dispositivo in udienza prescritta dagli artt. 281 *sexies* e 429[1] e dall'art. 23[7] L. 689/1981.

Concludo l'argomento spendendo qualche parola sulle conseguenze sanzionatorie. Il fatto che l'irregolarità non incontri le gravi conseguenze che la nullità reca con sé (inammissibilità, inutilizzabilità, impugnabilità etc.) non la derubrica a imperfezione giuridicamente irrilevante. D'altro canto, l'assenza di un qualche deterrente condannerebbe le norme che prescrivono elementi meramente accidentali alla costante elusione[267]. L'omessa regolarizzazione trova così la propria sanzione nella responsabilità per le spese e per i danni processuali (artt. 92 ss.) se la violazione sia imputabile alle parti oppure nella responsabilità civile del magistrato e nelle sanzioni disciplinari quando l'errore sia invece addebitabile al giudice o al pubblico ministero. Se si vuole, nell'irrogazione di tali sanzioni può essere visto proprio quel *surplus* di effetti che, secondo l'orientamento precedentemente criticato (*supra* n. *II*), l'atto irregolare sarebbe idoneo a produrre rispetto all'atto valido[268].

---

[266] Il tema è oggetto di disputa. L'inosservanza renderebbe la citazione nulla solo per la giurisprudenza più risalente: Cass. 21 luglio 1952, n. 2287; Cass. 21 maggio 1949. Di citazione inesistente parla invece Cass. 7 agosto 1948, n. 1414; e Cass. 3 luglio1948, n. 1414, con nota di DENTI. Non sussisterebbe invece alcuna nullità per Cass. 11 aprile 1978, n. 1688; Cass. 26 marzo 1971, n. 876; e per Cass. 21 marzo 1962, n. 581. In dottrina l'invito a costituirsi e a comparire è considerato elemento non indispensabile da A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., 251, nt. 65, 262 ss. e 352.

[267] Per questa ragione R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes*[1], Wien, 1906, 116 ss., riconosce rilevanza alle *instruktionelle Normen* solo quando sono destinate al giudice.

[268] Si veda in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 492 s.

2.7. Agli artt. 159[1] e 162[1] il codificatore disciplina il fenomeno della nullità derivata sotto la duplice prospettiva della non propagazione del vizio agli atti dipendenti e della rinnovabilità degli atti a cui l'imperfezione si estende. Anche queste disposizioni, come quella dell'art. 156, pongono delle condizioni e delle limitazioni oggettive alla rilevanza dell'*error in procedendo*. L'intenzione legislativa di ridurre il campo di operatività del vizio si evince, peraltro, dalla stessa formulazione negativa dell'art. 159[1e2] in virtù della quale «la nullità di un atto non importa quella degli atti» indipendenti.

Il fenomeno dell'invalidazione degli atti dipendenti è tradizionalmente inteso alla luce del concetto di «procedimento». Esso postula che la fattispecie astratta di ogni atto della serie – esclusa la domanda – abbia tra i propri elementi costitutivi l'atto logicamente e cronologicamente pregiudiziale e che ogni atto – esclusa la sentenza definitiva – vada a comporre la fattispecie di quello logicamente e cronologicamente dipendente[269]. Da questa premessa si evince che la nullità si propaga solo se risulti viziata un'attività incondizionatamente necessaria (*sine qua non*) per la validità degli atti consequenziali (ad es. gli atti di impulso) e non anche quando inficiato è un atto autonomo ed eventuale rispetto alla sequenza procedimentale (ad es. gli atti d'istruzione)[270]. Impostato in questi termini, il fenomeno della «estensione della nullità» sembra davvero più il portato di regole naturalistiche che il risultato di una scelta positiva e si potrebbe anche convenire che «queste limitazioni sono così ovvie, che davvero non valeva la pena che venissero enunciate»[271].

Il dibattito fiorito sulla trasmissibilità alla sentenza dei vizi pregressi mostra però quanto poco soddisfacente sia quest'impostazione. La nozione di procedimento non è infatti in grado di chiarire una delle questioni cruciali per la ricostruzione del sistema delle nullità in sede d'impugnazione e cioè se l'imperfezione degli atti

---

[269] Nella vigenza del codice del 1865 v.: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, 491; E. BETTI, *op. cit.*, 627; P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, 253; e sotto il vigente codice v.: F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 362; G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 407; e E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 243. Nella letteratura tedesca cfr. W. SAUER, *op. cit.*, 443 ss., 456 e 462.

[270] La conclusione è unanimemente condivisa in dottrina: v. per tutti R. ORIANI, *op. cit.*, 13.

[271] S. SATTA, *op. cit.*, I, 544.

necessari si comunichi anche al provvedimento conclusivo del giudice[272] o se, invece, la decisione rimanga immune dalla nullità pregressa[273].

Non solo, il vincolo di pregiudizialità-dipendenza tra le fattispecie non è neppure in grado di spiegare in quali termini la nullità dell'atto (appartenente a un sub-procedimento) autonomo sia capace di contagiare la decisione che su di esso si fondi. E infatti, se si muove dal postulato che il procedimento è una sequenza di fattispecie connesse per pregiudizialità-dipendenza[274], o si sostiene che sulla sentenza si ripercuotono tutte le nullità degli atti pregressi oppure si ammette che solo le nullità degli atti necessari sono idonee a riverberarsi sulla pronuncia finale, perché solo tra questi v'è un vincolo d'interdipendenza.

Senonché, proprio per il fatto di muovere dal (pre)concetto di procedimento, entrambe le impostazioni giungono a un vicolo cieco: se si sostiene che tutti gli atti sono connessi per pregiudizialità-dipendenza, non si riesce poi a spiegare perché la validità della decisione resta impregiudicata dalla nullità dell'atto che non incida sul giudizio in essa contenuto; se, invece, si ammette l'indipendenza degli atti eventuali dalla sequenza procedimentale, non si capisce poi perché il vizio dell'atto autonomo infici la pronuncia allorché il giudice fondi su questo il proprio convincimento.

E ancora, interpretare la «dipendenza degli atti» alla luce del concetto di procedimento conduce alla conclusione inaccettabile per cui la validità di ogni atto risulta condizionata dalla regolarità di ogni fattispecie anteriore[275]. Una moderna

---

[272] Tesi peraltro sostenuta da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 362; G. CONSO, *op. cit.*, 93; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, 100 s.; e da C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, cit., 322.

[273] L'orientamento che scherma la decisione dalle nullità pregresse fa ricorso ai concetti di valida chiusura della serie effettuale e di fattispecie autosufficiente o autonoma dagli atti della serie. La tesi è sostenuta da C. VOCINO, *Annullabilità del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Studi giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Milano, 1953, 421 ss.; F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, cit., 255, e *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., nt. 14 e 41; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 482, e *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 192 ss.

[274] Sulla struttura formale del procedimento come sequenza in cui ogni atto è effetto della fattispecie pregressa (istanza applicativa) ed è, simultaneamente, costitutivo della fattispecie consequenziale (istanza produttiva) v. W. SAUER, *op. cit.*, 443 ss., 456 e 462.

[275] Attesa la necessità di preservare l'autoritatività del potere giurisdizionale e la stabilità dei provvedimenti giudiziali, A. NUßBAUM, *op. cit.*, 66 e 71, afferma che la validità ed efficacia dei provvedimenti del giudice non possono mai dipendere dall'esistenza e dalla validità degli atti di parte; questi ultimi, al più, possono influire sul contenuto di quelli. In Italia gli fa eco VOCINO C., *op. cit.*, 423, secondo cui «perfino la mancanza dell'istanza introduttiva del giudizio non rende insanabilmente irrita la sentenza». L'A., 429, scrive altresì che il diverso «modo di vedere trascura quella visione

concezione del processo, a mio avviso, non può invece ammettere alcun automatismo nell'estensione della nullità formale, perché ciò finisce per consentire a ogni imperfezione pregressa d'inficiare le attività consequenziali dell'avversario o del giudice che non abbia alcuna responsabilità nella causazione del vizio. L'esegesi dell'art. 159[1], a parere di chi scrive, esige insomma di guardare oltre la categoria del «procedimento»[276].

Il nodo cruciale sta, a mio parere, nel concetto di «dipendenza» degli atti. Essa può anche essere intesa come connessione per pregiudizialità-dipendenza tra fattispecie, ma, in tal caso, l'ambito in cui la propagazione della nullità può verificarsi va circoscritto alle sole ipotesi in cui un atto, diretto al funzionamento estrinseco del procedimento (*Bewirkungshandlung*), si trovi in rapporto di mezzo-a-scopo con un atto captatorio (*Erwirkungshandlung*), già compiuto o da compiersi e di cui costituisca il fondamento. Qui, la nullità dell'atto causativo, in ragione appunto della connessione per pregiudizialità-dipendenza, priva inevitabilmente l'atto induttivo del suo necessario presupposto (*supra* § 1.7.*c.*)[277].

Tuttavia, non mi pare che la portata di una «norma di sistema», qual è quella enunciata dall'art. 159[1], possa limitarsi a queste sole ipotesi. Nell'intenzione del legislatore il concetto di «dipendenza» degli atti ha un valore più profondo di quello che si può evincere dalla pura connessione tra le fattispecie. Il suo significato credo vada piuttosto rinvenuto nel **rapporto di causalità** tra la violazione della legge processuale e il contenuto di un atto. Tale nesso eziologico si configura quando l'atto compiuto nell'inosservanza del diritto processuale influisca sul contenuto di un altro così da costituirne il fondamento logico-giuridico.

Concentrando l'attenzione – anche per scioltezza del discorso – sull'estensione della nullità alla decisione, mi pare corretto affermare che la dipendenza si manifesta solo a condizione di un'incidenza eziologica dell'atto pregresso sulla ricostruzione

---

atomistica degli atti del processo (…) la cui forte eterogeneità, la cui debole vicendevole coesione e l'accentuata diversità dei reciproci legami, la cui differente e spesso tenue rilevanza sopra l'atto finale, non permettono di fonderli in una entità, che non avrebbe valore superiore a una finzione».

[276] Le stesse obiezioni possono muoversi anche alla tesi di E. FAZZALARI, *op. cit.*, 102, che configura la decisione giudiziale come schema complesso, ove ogni atto antecedente assurgerebbe a elemento costitutivo della pronuncia.

[277] Quanto affermato nel testo non è che lo sviluppo della nota concezione di J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 357.

fattuale o sulla attività di sussunzione del fatto nella norma applicabile[278]. Questo nesso causale può assumere svariate forme e può derivare tanto dal difetto di un atto eventuale (a es. atto d'istruzione) come anche dal vizio di un atto necessario o di impulso (atto d'impugnazione). Il provvedimento è comunque contagiato nel momento in cui, anziché dichiarare la nullità pregressa, sia condizionato dall'errore processuale[279]. Viceversa, la sentenza ne resta impregiudicata se, eliminando concettualmente l'atto viziato, il contenuto della decisione non cambia.

L'interpretazione proposta consente di risolvere anche l'altra questione che mi sono proposto di affrontare e cioè se a comunicarsi siano solo le nullità formali o anche quelle non-formali.

Entrambe le *species* di nullità hanno certamente la capacità di diffondersi agli atti successivi della procedura, sollecitando così la chiusura in rito del giudizio. Senonché, a dispetto delle apparenti somiglianze, la capacità espansiva di queste due patologie dà luogo a fenomeni non sovrapponibili. Il lettore ricorderà che si è discriminata la nullità non-formale da quella formale per il fatto che l'una deriva dal difetto di un presupposto comune all'intera serie procedurale, mentre l'altra dipende dall'imperfezione di requisiti propri di un determinato atto.

Ne consegue che le **nullità non-formali** e le **nullità extra-formali** non conoscono il fenomeno della derivazione, in quanto il difetto di un presupposto di ammissibilità della decisione nel merito inficia già, in via originaria, ogni atto della sequenza procedurale[280]. E non può essere diversamente se si condivide l'idea che tali nullità sanzionano la violazione delle garanzie processuali oggettive e minime da osservarsi per il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia[281].

---

[278] Il medesimo concetto è più chiaramente espresso dal § $496^{1,n.1}$ *öZPO* che indica tra le cause di rimessione al primo giudice la sussistenza di vizi processuali essenziali e cioè di vizi che abbiano impedito la completa ed esauriente disamina e trattazione della causa o, per dirla con le parole di H.W. FASCHING, *op. cit.*, 893, che siano «astrattamente idonei a provocare l'ingiustizia della sentenza». Sul punto v. altresì E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren*, cit., 122; e W.H. RECHBERGER, D.-A. SIMOTTA, *op. cit.*, 572 s.

[279] Ne sono classici esempi l'accoglimento della domanda che meriti il rigetto in rito e la ricostruzione fattuale basata sulle risultanze di un atto di acquisizione probatorio nullo.

[280] Diversa opinione è sostenuta da B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 137 s., secondo cui la nullità sostanziale di un atto sarebbe capace di contagiare la serie degli atti successivi.

[281] P. BÖHM, *Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis*, cit., 56; e E.-M. BAJONS, *Von der formellen zur wirkungsbezogenen Beschwer*, cit., 187.

Diversamente accade per l'inosservanza di forma che, circoscrivendosi a un determinato atto della serie, è suscettibile di riflettersi sul provvedimento giudiziale solo nel momento in cui ne determini l'ingiustizia. In tal caso, la diffusione del **vizio formale** agli atti dipendenti rappresenta un fenomeno di imperfezione derivata, che ha la sua causa nell'anomalia di un'attività, in senso logico e temporale, antecedente e dunque in un atto pregiudiziale della serie pregressa. Parlo di «derivazione» in quanto il provvedimento giudiziale non diverge dalla corrispondente fattispecie legale, è semmai il ragionamento giuridico-fattuale del giudice a essere inquinato, nelle sue premesse, dall'errore pregresso[282].

La capacità di invalidare in via originaria o in via derivata i successivi atti della serie consente di spiegare le ragioni del diverso trattamento giuridico. E infatti, uno dei corollari principali di questa *summa divisio* sta in ciò che mentre la **nullità non-formale** è rilevante a prescindere dall'incidenza che abbia esercitato sull'erronea dichiarazione della concreta volontà di legge, la **nullità di forma** diviene innocua se non condiziona effettivamente il contenuto della decisione. A questa ipotesi si riferisce l'art. 159[1] quando stabilisce che «la nullità di un atto non importa quella degli atti (…) successivi che ne sono indipendenti».

Nell'un caso difetta un presupposto di ammissibilità comune all'intera sequenza – in ciò consiste appunto la «originarietà» dell'imperfezione sostanziale – ed è perciò superfluo interrogarsi sul contributo causale che il vizio abbia apportato all'ingiustizia della sentenza. Nell'altro caso, l'anomalia alligna in un determinato atto, sicché ha senso ammetterne la capacità pervasiva solo nella misura in cui le attività successivamente compiute – e soprattutto la pronuncia definitiva – ne risultino concretamente contagiate. Solo con riguardo all'inosservanza delle forme è allora corretto asserire che, se il provvedimento giudiziale è riconosciuto come giusto, non giova disputare intorno alla nullità sua e delle attività antecedenti[283].

---

[282] Scrive VOCINO C., *op. cit.*, 421, che «l'inosservanza della forma (…) non potrebbe essere del pari una violazione di forme (…) della sentenza, ch'è un atto per sé stante e posto in essere da un altro subietto e pel quale la legge detta particolari prescrizioni formali».

[283] L'affermazione, che è di F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, cit., 281 ss., e *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 377, se non è relativizzata alle nullità di forma, finisce per negare indebitamente l'autonomia degli errori non-formali. Parimenti, il rilievo di P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 118 s., per cui «il giudice deve annullare la sentenza, per il difetto processuale che la vizia, senza curarsi di conoscere se essa sia giusta» non è corretto se riferito *tout court* a ogni tipo di nullità.

Lo stesso fenomeno estensivo descritto dall'art. 159[1] si riscontra nei vizi della volontà o, *rectius*, in quelle circoscritte occasioni in cui quelli assumono rilevanza (§ 1.6.). Anch'essi si appuntano su singoli atti e, tuttavia, sono suscettibili di contagiare la sentenza che risulti appunto essere «effetto del dolo del giudice (o) del dolo (o della violenza) di una delle parti in danno dell'altra» (art. 395[n.1e6]).

È proprio con riferimento all'estensione della nullità alla pronuncia giudiziale che si rimanifesta quel fenomeno peculiare di sovrapposizione della nullità (derivata) sull'ingiustizia della decisione che ho cercato di mettere in luce al § 1.3. Da nullità derivata è affetta la decisione che, anziché dichiarare la nullità degli atti anteriori, giudichi nel merito, basando su questi atti il giudizio logico-fattuale. La sentenza che si fondi sulle deduzioni o sulle risultanze di un atto pregresso erroneamente dichiarato valido non è solo inficiata per derivazione, ma è altresì affetta da *error in iudicando quoad processum* per violazione della norma processuale che detta il criterio con cui sindacare la validità dell'atto[284]. Lo stesso discorso vale per i provvedimenti interlocutori, sicché sono contagiati per derivazione le ordinanze e i decreti che provvedano sull'atto di parte senza avvedersi o tener conto della sua nullità. E ancora, la nullità derivata e l'ingiustizia processuale si cumulano nella sentenza o nell'ordinanza che, disconoscendo il difetto dell'elemento volitivo, si espone alla revocazione (art. 395[n.1e6])[285].

Sia chiaro comunque che l'interferenza della nullità sull'ingiustizia è frutto di una scelta legislativa. In assenza di una norma quale l'art. 159[1], a rigore di logica, la decisione che neghi l'assoluzione dall'osservanza del giudizio o provveda su altra questione sarebbe viziata solamente da *error in iudicando quoad processum*[286]. Mi sento infatti di condividere l'assunto secondo cui la decisione giudiziale, in quanto

---

[284] Dello stesso ordine di idee sembra essere A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*[2], I, cit., 436, che ammette la nullità quando appunto il giudice abbia «tenuto conto nella sua pronuncia del contenuto e degli effetti di tale atto». Cfr. altresì P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 295 s., secondo il quale il vizio derivato della sentenza si traduce nel vizio originario dovuto all'errore di giudizio sulla nullità pregressa.

[285] Parzialmente contrario è V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 223, il quale scorge nell'erroneo accertamento della validità della confessione affetta da errore o violenza non una «invalidità derivata, (…) ma (un) *error in judicando*».

[286] Di opposto avviso è G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., II, 577, secondo cui il difetto non cessa d'essere di attività quando si sommi all'errore di giudizio sul diritto processuale.

fattispecie esclusiva dei propri effetti, trova soltanto in sé il proprio fondamento e che, una volta passata in giudicato, si pone come valida chiusura del procedimento[287]. D'altro canto, misconoscere la propagazione del vizio alla decisione fondata sull'atto nullo equivarrebbe a obliterare la portata dell'art. 159[1].

Al legislatore si può certo rimproverare di aver supinamente ereditato dal *droit commun* concezioni che ancora confondevano il profilo della validità degli atti con quello della loro fondatezza[288]. Ma è proprio per rimediare a indebite sovrapposizioni di distinti profili che diviene indispensabile porre l'accento sulla natura derivativa della nullità, in quanto è proprio tale carattere il sintomo che segnala l'interferenza della nullità pregressa sull'ingiustizia della sentenza[289].

[287] Nella dottrina classica tedesca l'autonomia della sentenza dagli atti antecedenti è affermata da A. NUßBAUM, *op. cit.*, 71; A. WACH, *Urteilsnichtigkeit*, cit., 373 ss. e 401; J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 290 s.; e da K. SIEGERT, *op. cit.*, 54 s.

[288] La tesi secondo cui la nullità di un atto determinerebbe la caducazione degli atti successivi dipendenti, quali ad es. gli atti d'istruzione, si ritrova ancora in R. MOREL, *op. cit.*, 331.

[289] Concordo perciò con la premessa posta da VOCINO C., *op. cit.*, 424, per cui i vizi derivati emergono per la relazione corrente tra gli atti del procedimento, ma non condivido la sua conclusione secondo cui «hanno da considerarsi «propri» anche i vizi derivati».

CAPITOLO TERZO

IL TRATTAMENTO GIURIDICO DELLE NULLITÀ PROCESSUALI

SOMMARIO: 3.1. Il sistema misto di emersione delle nullità: *α*) *profilo normativo*; *β*) *profilo oggettivo-soggettivo*. – 3.2. Il regime di rilevazione dettato dall'art. 157 c.p.c. – 3.3. (*Segue*) Indagine sull'ambito applicativo dell'art. 157 c.p.c. – 3.4. I confini naturali dell'eccezione di nullità formale: *α*) *provvedimenti del giudice*; *β*) *istanze di parte*. – 3.5. Inquadramento teorico del sistema dei rimedi: *I*) *struttura ope iuris e ope iudicis*; *II*) *funzione preventiva-convalidante e integrativa*; *III*) *efficacia ex tunc ed ex nunc*. – 3.6. Le cause di inopponibilità del vizio. – 3.7. La rinnovazione degli atti nulli. – 3.8. (*Segue*) Il limite della «clausola di possibilità»: *i*) *rinnovazione della domanda*; *ii*) *rinnovazione della domanda riconvenzionale*; *iii*) *rinnovazione della notificazione della domanda*; *iv*) *non-riproponibilità dell'impugnazione dichiarata inammissibile*. – 3.9. Le cause di sanatoria delle nullità non-formali ed extra-formali: *a*) *translatio iudicii per difetto di giurisdizione*; *b*) *translatio iudicii per difetto di competenza*; *c*) *rinnovazione della citazione e della sua notificazione*; *d*) *chiamata in causa del litisconsorte necessario pretermesso*; *e*) *sanatoria del difetto di rappresentanza*. – 3.10. Nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice e all'intervento del pubblico ministero. – 3.11. Il «superamento dell'imperfezione» come canone regolatore del giusto processo.

3.1. Come anticipato nell'introduzione, il presente capitolo ha a oggetto il trattamento giuridico delle nullità degli atti processuali. Sotto questo tema rientra la rilevazione delle nullità e il sistema dei rimedi. In accordo a tale suddivisione la prima parte del capitolo sarà dedicata alle regole che presiedono all'emersione della questione di nullità, la seconda agli strumenti che consentono di rimuoverla.

La nullità, come ogni altra questione di rito, è introdotta nell'ambiente processuale o mediante eccezione di parte o mediante rilievo officioso del giudice.

Con il *nomen iuris* «eccezione» viene indicato il mezzo con cui le parti, conferendo rilievo giuridico a un fatto, radicano il dovere del giudice di pronunciarsi sulla relativa questione[290]. Con le eccezioni di merito non si fa valere un diritto proprio, non si dilata l'oggetto del processo e del giudicato, ma si oppone un fatto

[290] Non passa inosservato come l'attenzione della dottrina italiana si sia prevalentemente concentrata sulla ricostruzione teorica delle eccezioni di merito, lasciando in ombra le eccezioni di nullità, quasi che queste, a dispetto della loro rilevanza pratica, non godessero della stessa dignità scientifica delle prime. Le fasi salienti di questo dibattito restano scandite dai contributi di: G. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 149 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, cit., 177 s.; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 449 ss.; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, *Riv. dir. proc.*, 1961, 274 ss.; V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 22 ss.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 172 ss.; e G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, 334 ss. La letteratura tedesca sul tema è vasta, rinvio per tutti all'opera di H. ROTH, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988.

impeditivo, modificativo o estintivo del diritto altrui. Le eccezioni di rito, al contrario, non hanno alcuna attinenza con la *res in iudicio deducta*. Con esse si censura l'*error in procedendo* del giudice o dell'avversario e, se fondate, precludono la trattazione e decisione sul contenuto dell'atto processuale, sicché hanno carattere pregiudiziale. Più precisamente, l'**eccezione di nullità** è il mezzo difensivo di cui le parti dispongono contro le deviazioni degli atti del giudice e dell'avversario dal loro archetipo normativo. In accordo col significato etimologico, l'eccezione è dunque l'opposizione alla patologica divergenza di un (f)atto dalla regola[291].

La **rilevazione d'ufficio** della nullità è un atto dovuto del giudice, che, in mancanza di diversa previsione, può essere compiuto in qualunque stato e grado del giudizio e, dunque, per la prima volta anche dalla Corte di cassazione (*infra* § 4.5.). Se infatti la logica dell'iniziativa ufficiale è assicurare il controllo sull'osservanza di una norma imperativa, sarebbe contraddittorio delimitarla temporalmente[292], salvo appunto che lo stesso legislatore non valuti prevalente l'opposto interesse alla stabilità degli atti e alla parità delle armi tra attore-convenuto. In tal caso è però la stessa legge a dover introdurre esplicitamente "l'eccezione" alla regola (v. ad es. artt. 38^3 e 819 *ter*^{1}, art. 4^1 L. 218/1995 e art. 26^1 Reg. n. 1215/2012). E la ragione di una tale scissione della rilevabilità d'ufficio dalla deducibilità in qualunque stato e grado non può che stare, ancora una volta, nella priorità accordata all'esigenza di sicurezza e celerità della procedura in considerazione della minore gravità del vizio.

Come si avrà modo di verificare nel prosieguo della trattazione, la scelta a favore dell'uno o dell'altro modello di rilevazione non dipende solo da scelte di politica legislativa, ma è anche ispirata a criteri logico-sistematici. L'indagine retrospettiva e comparatistica mostra comunque la tendenza degli ordinamenti europei a improntare la tecnica di rilevazione degli *errores in procedendo* a un **modello di tipo misto**, che esige, in parte, l'impegno dei litiganti e, in parte, l'iniziativa del giudice.

---

[291] Come le eccezioni di merito, anche le eccezioni di nullità possono essere inquadrate sotto tre diversi profili. Per la teoria generale, l'eccezione di nullità è il contro-diritto del convenuto con cui si postula il giudizio sulla validità dell'atto impugnato. Nella teoria dei rapporti, è l'esercizio di un potere-onere processuale volto a conseguire la pronuncia di nullità dell'atto censurato. Nella teoria degli atti, è l'istanza difensiva di parte, composta dall'allegazione di un (f)atto processuale, integrante la ragione dell'istanza, e dalla richiesta della comminatoria di nullità.

[292] F.P. LUISO, *op. cit.*, I, 421; cfr. anche E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 104 s.

La questione centrale è il fondamento del binomio impulso di parte-iniziativa ufficiale. Caratterizzando il sistema di relazioni e di poteri tra il giudice e le parti, il tema della rilevazione della nullità rappresenta un privilegiato punto di osservazione dal quale esaminare in che misura l'impulso di parte e l'impulso ufficiale coesistano nel processo civile e ne delineino i tratti fisiognomici. Come il lettore avrà intuito, l'argomento non è che la naturale proiezione di quella più ampia e impegnativa problematica rappresentata dal rapporto tra autonomia privata e principio di autorità.

In letteratura è pacifico che l'iniziativa nella rilevazione della nullità spetti al giudice quando l'errore processuale leda un interesse pubblico o quando a essere violata sia una norma dal carattere imperativo. La stessa iniziativa è invece conferita alle sole parti quando l'infedeltà processuale vulneri un interesse esclusivo dei litiganti o quando a risultare ineseguita sia una norma dal carattere dispositivo[293].

Queste affermazioni colgono nel segno, tuttavia, da sole, non soddisfano ancora il bisogno di una compiuta e sistematica ricostruzione del tema. Per capire le ragioni del sistema misto e per descriverne il meccanismo basteranno alcune riflessioni di teoria generale, generalmente valide, e perciò ripetibili, per ogni ordinamento. L'analisi storica e comparatistica lo confermeranno.

Nel processo intervengono diversi soggetti (giudice, parti, terzi etc.), ognuno dei quali è portatore di propri interessi, talvolta concorrenti e talvolta in conflitto tra di loro. Nel momento in cui procedimentalizza i rapporti tra giudice-attore-convenuto, spetta al legislatore ponderare i diversi interessi in gioco e determinare, volta per volta, quali debbano prevalere e quali recedere. La sequenza di atti in cui si articola la procedura dovrà quindi rispettare i requisiti che la legge, man mano,

[293] Per la letteratura italiana v.: L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*[5], Milano, 1923, II, 797; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], cit., 656, e *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 274; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 71 e 190; ed E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 419 ss. L'opinione, in realtà, era già ricorrente nella dottrina classica francese: E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, 103 ss.; R. JAPIOT, *op. cit.*, 466 s.; R. MOREL, *op. cit.*, 329 s.; e più di recente: S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 674. Per la dottrina austriaca rinvio a H.W. FASCHING, *op. cit.*, 888 s.; e per quella tedesca a K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Leipzig, 1912, 8 e 553; D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], IV, Tübingen, 2008, *sub* § 295, n.ri 1 e 5, 832 ss.; e W. LÜKE, *Zivilprozessrecht*[9], München, 2006, 227.

prescrive nell'interesse della giurisdizione, delle parti o dei terzi. Ognuno di questi soggetti nutrirà un corrispondente interesse a che tali disposizioni siano adempiute[294].

Allo Stato è riferibile una pluralità di interessi tra di loro confliggenti. Il principio di legalità, che è la proiezione giuridica dell'interesse alla ritualità del giudizio, si trova a confliggere con il principio di economia processuale, che preme per la conservazione dell'attività compiuta. D'altro canto, regolarità e celerità sono garanzia di attendibilità e utilità del risultato processuale, i capisaldi su cui si fonda l'affidamento della comunità nella giustizia statale.

Su questo conflitto di interessi, riferibili allo Stato, tra «il fare presto» e «il fare bene»[295] se ne innesta un secondo. Se il destinatario dell'atto nutre interesse a farne valere l'irregolarità che pregiudica le proprie ragioni difensive, l'autore dell'atto nutre l'interesse contrario a che l'attività da lui compiuta sia conservata. Sarà inoltre avvertita, da almeno una delle parti, l'esigenza di evitare che si procrastini la chiusura dell'istruttoria per dilungare la trattazione su incidentali accertamenti di rito. La disciplina della rilevazione offre dunque al legislatore l'occasione di ordinare un coacervo di interessi disomogenei, ora concorrenti ora contrapposti[296].

Si comprendono allora a quali contraddizioni e inconvenienti condurrebbe un «sistema monistico» che cedesse l'iniziativa al monopolio esclusivo delle parti o del giudice. Investendo il giudice del potere solitario di rilevare ogni errore processuale, si metterebbero a repentaglio la celerità e la sicurezza del procedimento[297]. Viceversa, subordinando l'accertamento di ogni violazione di legge all'esclusivo impulso di parte, si finirebbe per conferire ai privati il potere di sovvertire, in spregio al principio di legalità, ogni regola della procedura e ciò anche quando siano coinvolti interessi di terzi o di rilevanza pubblica[298].

---

[294] Per il rapporto tra interesse, norma, violazione di legge e nullità v. R. JAPIOT, *op. cit.*, 32.

[295] L'efficace espressione è di F. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, cit., 365.

[296] Questo conflitto tra interessi generali e interessi di parte nella rilevazione delle nullità processuali è ancora una volta ben descritto da R. JAPIOT, *op. cit.*, 32.

[297] R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes*[1], cit., 116 e 118.

[298] Scrive G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 417, che il sistema trova la sua chiusura «facendo costantemente coesistere il potere di eccezione di parte (sia pure non necessario) con il potere di rilevazione d'ufficio, sicché basta che la parte voglia (ossia prospetti la sua eccezione) e il mancato esercizio del potere del giudice rifluirà senz'altro, se la nullità sussiste, in motivo d'impugnazione della sentenza che abbia tenuto per validi gli effetti viziati dell'atto nullo».

Ecco dunque la *ratio* del sistema misto. Il legislatore investe (anche) il giudice del potere di rilevare d'ufficio la nullità allorché siano violate norme di cui esige l'osservanza incondizionata. Al contrario, l'emersione della nullità è subordinata all'iniziativa (esclusiva) di parte quando lo Stato ritiene più opportuno rimettere alla disponibilità dell'interessato la scelta tra accertare o trascurare l'errore. Nel primo caso, l'ordinamento reputa preminente l'interesse alla legalità degli atti, nel secondo, le esigenze di celerità della procedura e di salvaguardia della parità delle armi.

Spiegate le ragioni, bisogna ora analizzare come funziona il modello dualistico. La teoria generale del processo è ancora una volta in grado di descriverne il meccanismo sotto la prospettiva normativa, oggettiva e soggettiva.

α) Sotto il **profilo normativo**, le disposizioni di diritto processuale si distinguono in base alla loro natura e al loro destinatario. Tale disomogeneità dipende dal diverso modo di concepire le relazioni tra Stato-magistratura-cittadini e giustifica la c.d. «relatività della violazione di legge»[299]. Il rapporto tra Stato-magistratura e il rapporto tra Stato-cittadini sono entrambi impostati secondo un criterio di supremazia, ma mentre l'uno ha natura organica e di-servizio, l'altro è strumentale all'attuazione della concreta volontà di legge e alla tutela delle situazioni giuridiche[300].

Si comprende così perché, nei confronti delle parti, le disposizioni processuali non godano indistintamente della medesima forza vincolante, ma si distinguano in:

- norme **imperative**, incondizionatamente cogenti;
- norme **dispositive**, derogabili su accordo delle parti;
- norme **imperative-cedevoli**, la cui violazione perde rilevanza per effetto della decadenza dall'eccezione[301].

Nei confronti del giudice le norme processuali sono tutte vincolanti e le parti hanno ragione di pretendere che questi le osservi (art. 101^2 Cost. e art. 113^1)[302]. E infatti

[299] La felice espressione «*Relativität der Normverletzungen*» è coniata da R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes*[1], cit., 118 s.

[300] È ancora R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes*[2], cit., 98, a ricostruire i rapporti tra Stato-giudice e tra Stato-parti sui concetti di *Hoheitsverhältnis* e *Wohlfahrtseinrichtung*.

[301] Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 104 s.

[302] Nei confronti del giudice, si distinguono norme auto-applicative, che trovano immediata applicazione al ricorrere dei loro presupposti (*vollständige Normen*) (ad es. art. 48^1); norme la cui applicazione è subordinata alla valutazione di opportunità del giudice e all'adozione di un

proprio perché il rapporto tra Stato-magistratura è informato a un criterio di supremazia, il giudice non può, a sua discrezione, riplasmare né rifiutarsi di applicare la regola processuale[303]. Senonché, mentre le norme imperative vincolano immediatamente il giudice, all'applicazione delle altre egli è tenuto solo quando non siano oggetto di accordo in deroga o la parte non decada dal potere di eccepirne la violazione.

Si comprende allora che quando a essere violata è una **norma imperativa**, l'errore deve ricevere immediata considerazione da parte del giudice, il quale è direttamente tenuto a osservare e a far osservare quella norma[304]. Al giudice è invece sottratta qualunque iniziativa quando a essere violata è una **norma cedevole**, appunto perché spetta esclusivamente alla parte interessata la scelta se estendere l'ambito della decisione all'errore commesso.

β) Sotto il **profilo oggettivo** e **soggettivo** gli ordinamenti processuali conoscono due distinte fattispecie di nullità:

- l'una opera «di diritto» quando è la legge a sanzionare con la nullità l'atto imperfetto, sicché il rilievo d'ufficio è atto dovuto del giudice;
- l'altra opera «su eccezione di parte» quando la legge subordina l'annullamento dell'atto imperfetto all'esercizio del potere-onere di opposizione della parte[305].

Quando opera «di diritto», la nullità è conseguenza direttamente ricollegata dalla legge all'atto imperfetto, secondo lo schema *norma-nullità-inefficacia remota*[306]. In

---

corrispondente provvedimento integrativo (*Ermessensnormen*) (art. 295); e norme istruttive (*instruktionelle Normen*) che dettano ordini di servizio sulla conduzione del procedimento (art. 127).

[303] «Non esistono norme processuali rivolte soltanto a favore del giudice», insegna O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 94, «quando il giudice è autorizzato a far qualcosa, è a ciò anche obbligato e all'adempimento l'obbligato non può sottrarsi». Se così non fosse, scrive P. BÖHM, *Bewegliches System und Prozeßzwecke*, in *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, F. BYDLINSKI, H. KREJCI, B. SCHILCHER, V. STEININGER (a cura di), Wien, 1986, 228, «sarebbe posta in questione la prevedibilità dell'andamento processuale e più ancora l'eguaglianza delle parti davanti al giudice e la sua obiettività. In ciò si manifesta la funzione eminentemente politica della *funzione di garanzia* delle "forme poste a tutela"».

[304] La rilevabilità d'ufficio della violazione delle norme imperative è allora coerente con l'idea, evidenziata da O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 11, «di non volere sacrificare le inalienabili garanzie connesse al giusto metodo di attuazione del diritto».

[305] È ancora O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, cit., 308 ss., a delineare il diverso modo di operare delle due fattispecie che vanno sotto il nome di *rechtsverfolgende Einreden* (eccezioni in senso stretto) e *rechtshindernde-rechtsaufhebende Tatsachen* (eccezioni in senso lato).

[306] Ricordo che la locuzione «inefficacia remota» si riferisce all'inidoneità dell'atto a essere esaminato nel «merito sostanziale o processuale» (*supra* § 2.3.). Viceversa, per quanto imperfetto sia,

tal caso, il giudice è automaticamente investito del potere di rilevare il vizio e senza che ciò vulneri il principio dispositivo. La sola divergenza dell'atto dal modello legale è già sufficiente a perfezionare la fattispecie di nullità, appunto perché questa non ha tra i propri elementi costitutivi l'istanza di parte, sicché la questione ricade in via immediata e diretta nell'ambito cognitivo del giudice[307].

Viceversa, la nullità *ope exceptionis* segue lo schema *norma-nullità-eccezione-inefficacia remota*. La sola difformità dell'atto dal paradigma legale non basta a integrare gli estremi della nullità, ma occorre che la parte opponga l'eccezione, che è la condizione indispensabile perché il vizio possa ricevere considerazione da parte del giudice[308]. Se, per pura ipotesi, il giudice rilevasse di sua iniziativa l'imperfezione, ne risulterebbe sovvertita la fattispecie della nullità che si perfeziona solo con l'esercizio di un potere rimesso all'esclusiva disponibilità dell'interessato.

I giuristi dell'età classica e intermedia non potevano esprimersi in questi termini, tuttavia le riflessioni poc'anzi svolte sono applicabili anche agli ordinamenti di quelle epoche. L'indagine storica mostra infatti come il rifiuto del modello di tipo monistico non sia una conquista del diritto moderno.

Sebbene non si distinguesse tra nullità «rilevabili (solo) su eccezione» e nullità «rilevabili (anche) d'ufficio», a un sistema impostato sull'iniziativa concorrente del giudice e delle parti era già informata la rilevazione delle nullità nel diritto romano classico. Nell'*ordo iudiciorum*, se nella fase *in iure* risultava provato il difetto di un "presupposto processuale" o il vizio della *postulatio actionis*, il *praetor*, anche

---

l'atto spiega sempre «l'effetto immediato» di far correre la procedura verso il suo esito finale, anche se di solo rito. Se così non fosse il processo non sarebbe un fenomeno dinamico e la nullità processuale non resisterebbe all'obiezione di O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 27 s., secondo cui «un processo perpetuamente nullo, una sentenza nulla, la cui validità processuale potrebbe per sempre essere messa in discussione, sono concetti intollerabili e impossibili per l'ordinamento».

[307] È questa, peraltro, una delle argomentazioni impiegate da B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen, 1966, 32 e 146 s., per dimostrare la rilevabilità *ex officio* del vizio dei presupposti di ammissibilità della decisione di merito.

[308] È questo il caso in cui norme dispositive concedono un vero e proprio *dispositiv normirte Parteihandlungsbefugnis* che non è però prospettato nella classificazione proposta da O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 99 s.

d'ufficio, denegava seduta stante la *iurisdictio* o l'*actio*[309]. Se invece tali anomalie necessitavano d'essere provate, il magistrato, anche d'ufficio, induceva l'attore ad accettare, nella *formula*, l'inserimento di una clausola contenente l'eccezione di rito, prospettandola come alternativa alla *denegatio actionis*, della quale doveva poi essere fornita la prova nella fase *apud iudicem*[310]. Che il magistrato disponesse del potere di porsi da sé la questione era poi del tutto coerente con la concezione romanistica della sentenza nulla quale provvedimento inefficace e insanabile.

È nell'età intermedia che si affaccia sulla scena del diritto processuale il fenomeno della «relatività della violazione di legge». La reviviscenza della concezione romanistica della nullità contrapposta all'annullabilità del diritto longobardo ha condotto a isolare, dalle nullità *ope exceptionis*, le nullità *ipso iure*: le une corrispondenti ai *defectus iuris positivi*, le altre ai *defectus iuris naturalis*. Distinzione, questa, su cui il diritto comune germanico avrebbe poi sviluppato la distinzione tra *nullitates sanabiles* e *insanabiles*[311]. In termini di teoria generale, questa suddivisione ha posto le basi per la distinzione tra norme (cedevoli), alla cui osservanza le parti possono rinunciare trascurando di esercitare l'*exceptio declinatoria*, e norme (cogenti) la cui violazione, non potendo sanarsi con la preclusione del mezzo di attacco, è rilevabile *ex officio*[312].

Tornando all'attualità, mi pare che la comparazione con le legislazioni a noi più vicine dimostri non solo il rifiuto degli ordinamenti moderni per un sistema monistico, ma anche il riconoscimento della «relatività della violazione di legge». E infatti, mentre la tecnica di rilevazione del difetto dei presupposti processuali è generalmente impostata sul principio della rilevabilità d'ufficio (cfr. artt. 100, 120,

---

[309] «*Praetoris est* (…) *aestimare, an sua sit iurisdictio*» riferisce il passo di ULPIANO in D. 5, 1, 5. Per l'accertamento d'ufficio dei fatti da cui dipendevano i presupposti processuali v. G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Genova, 1948-1949, 75.

[310] Sul punto rinvio alle pagine di M. KASER, *op. cit.*, 242, 257 e 261 nt. 30.

[311] La distinzione tra nullità *ipso iure* e *ope exceptionis* è delineata da S. VANZI, *Tractatus de nullitatibus processum ac sententiarum*, Venezia, 1554, cap. 4, n. 1; e da D.B. ALTIMARO, *op. cit.*, Rub. IV, qu. 2, n.ri 1 e 2, sulla falsariga delle *exceptiones facti* e *iuris* di diritto civile. Sull'impiego e sulla classificazione di tali categorie negli Statuti comunali e nella dottrina di diritto comune rinvio ai contributi di A. SKEDL, *op. cit.*, 100 ss. e 144 ss.; e di J. KOHLER, *op. cit.*, 131 ss.

[312] Sul sistema misto di rilevazione dei vizi nel processo romano-canonico v. K.W. NÖRR, *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht, Erkenntnisverfahren erster Instanz „in civilibus"*, Heidelberg, 2012, 48, 81, 98, 117, 119 e 123. Un'analoga traduzione in categorie generali è operata da P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, cit., 183 ss., quando distingue le due specie di nullità in base alla natura dichiarativa o costitutiva dei mezzi di attacco della sentenza.

125 *n.c.p.c.*; 41[1] *JN* e §§ 6, 230[3], 411[2] *öZPO*; e § 56 *dZPO*), cosicché solo nei casi previsti dalla legge è sottratto al giudice il potere di porsi da sé la questione (§ 43[1] *JN* e §§ 18[2], 260[4] *öZPO*; e § 39 *dZPO*), l'accertamento delle imperfezioni formali è improntato al modello inverso, per cui l'accertamento è, di regola, subordinato all'istanza di parte, mentre, solo nei casi previsti dalla legge, è rimesso anche all'iniziativa del giudice (art. 112 *n.c.p.c.*; § 196 *öZPO*; e § 295 *dZPO*).

La coincidenza dei concetti giuridici del passato con le moderne categorie processuali non deve sorprendere. Il diritto vigente non ha fatto che accogliere gli insegnamenti più validi dell'esperienza storica delle nullità: la distinzione tra questioni impeditive-estintive dell'azione e questioni declinatorie dell'osservanza del giudizio nonché la riferibilità dell'iniziativa nella rilevazione delle anomalie processuali ora alle parti ora anche al giudice.

Il dato storico e quello comparatistico avvalorano le considerazioni di teoria generale, che possono sintetizzarsi nei seguenti termini. Ove il legislatore esige l'osservanza incondizionata di determinati requisiti dell'atto, li prescrive con norme imperative, la cui violazione è «di diritto» sanzionata con la nullità. Il vizio, per ciò solo, rientra automaticamente nell'ambito decisorio del giudice e non può quindi perdere rilevanza per effetto della preclusione dell'eccezione.

Ove invece lo Stato reputi recessivo l'interesse alla legalità degli atti, la nullità è comminata da norme cedevoli, la cui attuazione è esclusivamente rimessa alla tempestiva opposizione di parte. La decadenza dal potere di opposizione, privando di rilevanza la nullità, consente di conservare l'atto senza che sia necessario alcun accertamento incidentale di rito[313].

3.2. A un modello di tipo misto è improntata la tecnica di rilevazione delle nullità regolata dall'art. 157[1], che, sotto la rubrica intitolata «rilevabilità e sanatoria della nullità», ne ha disciplinato il meccanismo secondo una tecnica legislativa "di regola a eccezione". Come già nell'art. 56[3] del previgente codice, viene qui enunciata la regola, a norma della quale il giudice non può pronunciare la nullità d'ufficio senza istanza di parte, e, al contempo, l'eccezione, in virtù della quale il giudice può porsi da sé la questione di rito solo se la legge lo dispone.

[313] Analoga sintesi è proposta da O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 48 s.

Il principio, dunque, è che l'annullamento postula l'opposizione di parte (o «eccezione») con la quale si costituisce a carico del giudice il dovere di pronunciare la nullità. L'eccezione – il lettore perdonerà il bisticcio di parole – è invece rappresentata dalla rilevazione *ex officio* del vizio, sicché, nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge, l'emersione della questione è sottratta all'impulso della parte interessata.

Alla legittimazione, ai termini dell'eccezione e alla convalida per effetto della preclusione sono dedicati i successivi due commi dell'art. 157.

La **legittimazione** a «opporre la nullità dell'atto» spetta «soltanto (al)la parte nel cui interesse è stabilito (il) requisito» difettoso ovvero, come si ricava dall'omologo art. 182^1 c.p.p., alla parte che «ha interesse all'osservanza della disposizione violata». L'art. 157^2 conferisce dunque il potere di censura (e di convalida) alla parte a cui l'atto viziato nuoce[314]. In applicazione del principio di auto-responsabilità, che impedisce di *venire contra factum proprium*, l'art. 157^3, come già l'art. 57^2 del previgente codice, priva di legittimazione il soggetto che abbia causato la nullità o che «ha concorso a darvi causa» (arg. *ex* art. 182^1 c.p.p.).

È tuttavia dubbio se spetti il potere di eccepire le nullità rilevabili d'ufficio anche alla parte responsabile del vizio[315]. Si tratta in verità di un'eventualità rara nella pratica e, sotto il profilo teorico, di un'ipotesi bislacca. Se il principio di auto-responsabilità non si applicasse a ogni nullità degli atti di parte, rimarrebbe frustrata l'esigenza di evitare che le attività poste in essere naufraghino per volontà dello stesso soggetto che le ha compiute o stimolate[316]. È dunque un filtro che non ha solo un valore pratico ma anche teorico-sistematico, essendo funzionale a un altro

---

[314] La legittimazione, ricorda F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 523, può anche spettare a un soggetto estraneo al procedimento, come nel caso in cui il falso rappresentato eccepisca il difetto di rappresentanza del *falsus procurator* o in cui il terzo si opponga agli atti esecutivi *ex* art. 619.

[315] Ammettono che l'autore dell'atto viziato sia legittimato a eccepire le nullità rilevabili anche d'ufficio: G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 114, nt. 11; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 361 ss.; E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 242; e C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. cit.*, I, 567. L'orientamento contrario è rappresentato da R. ORIANI, *op. cit.*, 12; F.P. LUISO, *op. cit.*, I, 82; e M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], Torino, 2012, 106, nt. 22.

[316] Conf. Cass. 16 gennaio 1986, n. 230, secondo cui l'art. 157^2 non si applica agli atti del giudice, quantunque emessi su istanza della parte che deduca la nullità.

principio: quello di economia processuale. Ciò non significa che l'autore del vizio non possa segnalare al giudice l'errore, ma solo che tale indicazione non è espressione di una situazione giuridicamente protetta bensì di una mera facoltà che non conferisce alcun potere di impugnazione se il suggerimento è ignorato[317].

Non vedo poi quale interesse, giuridicamente apprezzabile, giustifichi una tale legittimazione. Certo non la tutela dell'interesse pubblico, come talvolta si afferma in considerazione della natura imperativa delle norme violate[318]. L'imperatività di una norma impedisce che le parti possano escluderne pattiziamente l'applicazione ma nulla di più. E comunque l'interesse pubblico alla legalità della procedura giustifica, semmai, la rilevazione del giudice ma non quella dell'autore che, al contrario, nutre il divergente interesse alla conservazione dell'atto. Senza poi contare che è un'assurdità consentire all'attore di impegnare lo Stato nell'accertamento della sua pretesa per poi concedergli il potere di affondarne l'attività.

Al fine di soddisfare nel più breve tempo possibile il bisogno di certezza intorno alla stabilità degli effetti dell'atto censurato, l'ordinamento introduce un rigido sistema di preclusioni. A tal fine i **termini dell'eccezione** vengono scanditi sui tempi delle deduzioni difensive dell'avversario che ha interesse a far valere la nullità.

Alla decadenza dal potere-onere di proporre l'istanza è quindi ricollegata la **causa di inopponibilità sopravvenuta della nullità**. Il meccanismo per cui *qui tacet consentire videtur* non soltanto soddisfa solo quel bisogno di certezza sullo stato di pendenza dell'atto ma risponde altresì all'esigenza di speditezza della procedura (*infra* § 3.6.). E infatti, se la parte legittimata all'eccezione trascura di opporsi entro «la prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso», il vizio smarrisce subito, in conseguenza della preclusione la sua rilevanza giuridica. Se si preferisce può anche dirsi che l'omessa o l'intempestiva proposizione dell'istanza integra una figura normativa sussidiaria (o di riserva) equivalente alla fattispecie legale tipica.

La necessità di limitare l'eccezione entro stretti termini preclusivi non risponde solo all'esigenza di rimuovere rapidamente l'incertezza intorno alla precaria efficacia

[317] F.P. LUISO, *op. cit.*, I, 82.

[318] È questo l'argomento invocato dalla dottrina francese; cfr. E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 103, e III-1, 539; E. GLASSON, A. TISSIER, *op. cit.*, II, 348; R. JAPIOT, *op. cit.*, 38; e S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 674. Per la rilevabilità del difetto dei presupposti processuali su eccezione dell'attore v. L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 513.

dell'atto nullo, ma anche alla necessità pratica di prevenire che la questione venga sollevata, per mero tatticismo difensivo, dopo la pronuncia di merito e che vengano così inutilmente sprecate le energie profuse nella trattazione e decisione della lite[319].

Fattispecie principale	=	Fattispecie sussidiaria (o di riserva)
↓		↓
Atto valido	=	Atto nullo + Preclusione = Convalida

Va detto che le disposizioni dell'art. 157 riproducono le disposizioni degli artt. 56[3], 57[1e2] e 191 del previgente codice, il quale, a sua volta, ricalca le regole che la giurisprudenza d'oltralpe andava ricavando dall'art. 173 del *Code Napoléon*. Dove invece il codificatore si discosta dal modello francese è sulla concreta applicazione del principio *pas de nullité sans grief*. Tanto il codice napoleonico (art. 173[1]) quanto il codice del 1976 (art. 114[2]), ripiegando su un'antica regola del *droit commun*, onerano l'avversario a provare che «la disorganizzazione della difesa trovi la sua causa nel vizio di forma allegato»[320]. Al contrario, l'art. 157 non subordina la nullità di forma alla dimostrazione del nesso causale tra l'irregolarità dell'atto e il nocumento al diritto di difesa. La valutazione dell'interesse difensivo in gioco è infatti operata *ex ante* dall'ordinamento nel momento in cui prescrive, a tutela di una parte, determinati requisiti, per cui il pregiudizio non può che essere *in re ipsa*.

In definitiva, «nullità rilevabile su istanza di parte» significa monopolio della parte nell'emersione della questione e, per contro, divieto, per il giudice, di supplire all'inadempimento della parte legittimata. Se il giudice violasse tale divieto non vi sarebbe spazio per la sanatoria. Viceversa, laddove il legislatore vuole la «nullità rilevabile d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo», è anche per escludere

[319] Analoghe considerazioni sono addotte da R. MOREL, *op. cit.*, 330.

[320] Sul punto v. L. CADIET, *op. cit.*, 397; e S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 670, a cui rinvio anche per i riferimenti giurisprudenziali. Per l'esclusione dell'onere probatorio quando la nullità aggredisca atti diversi da quelli di parte v. R. JAPIOT, *op. cit.*, 28 s., il quale ricorda come, nella prassi forense, questa regola abbia stimolato la prassi virtuosa di non eccepire irregolarità innocue. Stando alla concezione più manierata di H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 373, il pregiudizio non sarebbe propriamente condizione della nullità quanto piuttosto condizione della sua comminatoria. Ciò è però sostenibile solo se si rifiuta la coincidenza dei requisiti essenziali con gli elementi indispensabili al raggiungimento dello scopo.

che la decadenza dall'eccezione sani il vizio, senza che ciò, ovviamente, escluda la rilevabilità dell'errore (anche) su eccezione di parte[321].

Al pari di quelle previste dagli artt. 156 e 159, la rilevazione è condizione di rilevanza delle nullità. Perché rivesta apprezzabile significato, non basta che il difetto sia sanzionato dalla legge con la nullità o che impedisca all'atto il raggiungimento del suo scopo, occorre altresì che la sua incidenza negativa non si esaurisca nel passaggio da uno stadio all'altro del giudizio. La rilevazione interviene così a sottrarre gli errori processuali a quel fenomeno di progressivo affievolimento a cui sarebbero altrimenti sottoposti. Nel succedersi degli stadi processuali, perciò, le preclusioni incontrate dagli strumenti di rilevazione (4^1 L. 218/1995; e artt. 38^{1e3}, 157^2, 617, 817^2 e 819 *ter*^{1}) contribuiscono a quell'opera di derubricazione delle nullità che ne impedisce la riesumazione nel prosieguo del giudizio e che troverà nell'istituto della cosa giudicata la sua estrema e ultima causa (art. 161^1).

Al lettore non sarà sfuggito come, nell'impostare l'istituto, non mi sia riferito alla tradizionale opposizione tra «nullità assoluta» e «nullità relativa». La ragione è che non mi è sembrato opportuno complicare un tema, che già di per sé sconta una terminologia antiquata e insidiosa, con formule ignote al codice di rito e sul cui significato neppure si registra il consenso della dottrina[322].

È stato dimostrato quanto questa bipartizione pecchi di semplicismo. Vi sono infatti nullità non classificabili né come relative né come assolute. È il caso della citazione e della notificazione nulle, che sono pronunciabili d'ufficio fintantoché il convenuto sia contumace, ma che diventano rilevabili su eccezione dopo la sua costituzione in giudizio. Lo stesso si verifica a seguito dell'omesso intervento del p.m. (artt. 70, 158 e $397^{n.1}$). La nullità nasce qui rilevabile anche d'ufficio, ma, una

[321] La proposizione dell'art. 157^1 non è perciò corretta e va letta nel senso che «non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata (anche) d'ufficio».

[322] L'indirizzo maggioritario distingue le due categorie in base al solo criterio della legittimazione: P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 241; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., 412; e C. FURNO, *op. cit.*, 425. V'è poi chi, come F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, cit., 495 ss., fonda la contrapposizione sulla sanabilità del vizio. Un terzo indirizzo, rappresentato da E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 241 s., le discrimina infine considerando sia il fattore della legittimazione che quello della sanabilità.

volta esaurite le impugnazioni ordinarie, è esposta a revocazione su iniziativa dell'organo requirente (artt. 326[1] e 397[n.1]).

Questa «trasformabilità» della tecnica di rilevazione ha indotto a sostituire il binomio «nullità assoluta-relativa» con la distinzione tra «nullità sottratte all'esclusiva disponibilità di soggetti diversi dal giudice» e «nullità lasciate alla piena disponibilità di soggetti diversi dal giudice»[323]. Tuttavia, mi pare che questa diversa nomenclatura non dica nulla di più o di diverso di quanto già non esprimano i termini «nullità rilevabile anche d'ufficio» e «nullità rilevabile solo su istanza di parte», il che dissuade dal preferire una terminologia convenzionale rispetto a quella legislativa.

3.3. Finora, mi sono limitato a spiegare la *ratio* e il *modus operandi* del sistema misto. L'ordine logico delle questioni che mi sono proposto di affrontare suggerisce, a questo punto, di tracciare l'ambito di applicazione dell'art. 157. Il problema è di capire se il descritto meccanismo di "regola a eccezione" previsto al primo comma si riferisca a ogni ipotesi di nullità o se, invece, debba applicarsi ai soli vizi di forma. Nell'assenza di un esplicito riferimento, la dottrina, come può immaginarsi, non ha mancato di dividersi nei due schieramenti, trascurando però di ricercare un solido fondamento teorico alle opposte soluzioni[324].

Poiché, come ho avvertito, la letteratura italiana non ha fornito argomentazioni esaustive né originali rispetto al dibattito fiorito oltralpe[325], vale la pena dare conto delle posizioni espresse al riguardo negli ordinamenti a noi più vicini.

---

[323] Lo studio a cui mi riferisco è quello di G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., 119 ss. e 134 ss.

[324] La dottrina maggioritaria riferisce l'art. 157 alle sole nullità formali: S. SATTA, *op. cit.*, I, 535; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, 100; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit. 477; C. FURNO, *op. cit.*, 425; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., 344; E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore*, cit., 324 s., e *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 412 s., nt. 50, 51, e 419; e G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1616. Di contro, riconducono i vizi non-formali nell'ambito applicativo dell'art. 157[1]: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, 412; e C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in Jus, 1966, 338.

[325] Anche per C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali»*, cit., 320, ss., «la dottrina e la giurisprudenza si limitano ad affermare, con riguardo al difetto di presupposti, che tale fenomeno è rilevabile d'ufficio, senza impegnarsi nella riconduzione del fenomeno stesso sotto la specie della nullità e tanto meno nella individuazione del fondamento positivo di tale nullità».

a) Pur nell'assenza di un'espressa previsione del *Code Napoléon*, la dottrina e la giurisprudenza classica distinguevano la tecnica di rilevazione delle nullità processuali a seconda che l'errore fosse lesivo dell'interesse di parte o dell'*ordre public*. Qui finiva però il consenso tra gli interpreti francesi, poiché non solo era dubbio quali fossero le nullità sanzionate nell'interesse privato e quali nell'interesse pubblico, ma, ancora prima, era incerto quali fossero i *vice de forme* da contrapporre alle *irrégularité de fond* e quali le *formalité substantielle* da contrapporre alle *formalité accessoires*[326].

Il *nouveau code* sembra aver sopito il dibattito, prevedendo, da un lato, la sola eccezione di nullità formale (artt. 112 s. *n.c.p.c.*) e, dall'altro, la rilevabilità d'ufficio delle nullità non-formali «allorché abbiano carattere di ordine pubblico» (artt. 120 e 125 *n.c.p.c.*). Il dibattito odierno s'incentra dunque sull'individuazione dei requisiti non-formali che rispondono a interessi pubblici, essendo invece ammesso, quantomeno in linea di principio, il carattere essenzialmente disponibile delle prescrizioni di forma[327].

b) Salvo l'incompetenza, il giudice tedesco avoca a sé il potere di rilevare d'ufficio il difetto dei presupposti di ammissibilità della domanda (§§ 39 e 56 *dZPO*). Di converso, l'accertamento dei vizi formali è subordinato all'eccezione di parte, salvo che a risultare violate siano norme «alla cui osservanza la parte non possa efficacemente rinunciare» (§ 295[2] *dZPO*).

---

[326] La confusione dei concetti ricorrenti nella letteratura francese rende difficile l'inquadramento dei diversi orientamenti in precisi filoni interpretativi, mi limito perciò a segnalare le posizioni dei singoli Autori. E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 103 s., e III-1, 130, 137; e R. MOREL, *op. cit.*, 329 s., sostengono la rilevabilità su eccezione delle nullità di forma rispondenti a interessi privati e la rilevabilità d'ufficio delle nullità di forme sostanziali prescritte da norme di ordine pubblico. E. GLASSON, A. TISSIER, *op. cit.*, II, 342, 344 e 348, concordano con quest'impostazione, aggiungendo però la rilevabilità d'ufficio anche delle nullità non-formali. R. JAPIOT, *op. cit.*, 37 s., distingue tra non ben identificate nullità di interesse privato, opponibili dall'avversario, e nullità di ordine pubblico, rilevabili anche d'ufficio. H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 388, affermano la rilevabilità su eccezione di ogni nullità formale in quanto «*nullités de protection*» degli interessi privati. La giurisprudenza, dal canto suo, si limita a statuire la rilevabilità d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, della nullità di ordine pubblico: v. *ex pluribus* Cass. 9 maggio 1950, D. 1959, 429, in *Sem jur.*, 1950, IV.

[327] In tal senso S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 672 ss., i quali si limitano a sostenere l'opponibilità, anche da parte dell'autore dell'atto imperfetto, delle violazioni di forme prescritte da norme di ordine pubblico. Per la giurisprudenza v. Cass. 23 ottobre 1991, in *JCP*, 1991, IV, 453, che esclude la rilevabilità d'ufficio delle nullità formali.

Il dato positivo conferma un'opinione che era già ben radicata nella letteratura classica e cioè che la rilevabilità «*von Amts wegen*» o «*auf Rüge hin*» sia la naturale proiezione del carattere imperativo o disponibile della norma violata ovvero della natura pubblica o privata dell'interesse protetto[328]. Da tale sistema ne esce suffragato anche un altro convincimento, quello secondo cui il vizio formale è secondario rispetto al difetto dei presupposti di ingresso della domanda.

Tuttavia, proprio l'eccezione posta dal § 295[2] *dZPO*, lascia aperto il problema di determinare quali siano le prescrizioni di forma alla cui osservanza le parti non possono rinunciare. Coerentemente alle premesse teoriche assunte, il quesito viene generalmente risolto col riferimento alle norme aventi carattere imperativo o poste a tutela del superiore interesse pubblico[329].

c) Impostazione analoga è seguita dal codice austriaco. Il difetto dei presupposti di ammissibilità sono rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo (41[1] *JN* e §§ 6, 230[3], 411[2] *öZPO*), fatta salva l'incompetenza per materia e territorio (§ 230a *öZPO*), mentre «la violazione di (ogni altra) disposizione regolante il procedimento e specialmente la forma di un atto processuale» è rilevabile su eccezione di parte, salvo che a essere violate siano norme «alla cui osservanza una parte non possa efficacemente rinunciare» (§ 196 *öZPO*)[330].

A dispetto delle forti somiglianze con l'ordinamento tedesco, la *ZPO* austriaca si dimostra più avanzata. E infatti, il sistema degli errori processuali costruito da KLEIN consente di interpretare pianamente la clausola di riserva del § 196[2] *öZPO*, evitando così il ricorso a teoretiche speculazioni sul carattere rinunciabile delle norme di diritto processuale. A non essere lasciate alla disponibilità delle parti non possono che essere proprio quelle violazioni delle prescrizioni di forma indicate dal § 477[4,8e9] *öZPO* come causa di nullità del procedimento[331].

---

[328] L'affermazione è ricorrente nella letteratura tedesca, per cui mi limito a richiamare i soli K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrecht*, I, cit., 8 e 553; A. NIKISCH, *op. cit.*, 26 s. e 239 s.; e A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, W NIESE, *op. cit.*, 27.

[329] Rinvio per tutti a B. HESS, F. LENT, O. JAUERNIG, *op. cit.*, 130.

[330] La diversità delle eccezioni con cui censurare i *Sachentscheidungsvoraussetzungen* dalle eccezioni con cui si contestano i *wesentliche Verfahrensmängel* è rimarcata da F. KLEIN anche sotto il profilo terminologico, poiché l'una è chiamata *Einrede* e l'altra *Rüge*.

[331] Cfr. R. HOLZHAMMER, *op. cit.*, 153; e H.W. FASCHING, *op. cit.*, 888 s. Nella letteratura austriaca R. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes*[2], cit., 107, nt. 77; e H. SPERL,

L'indagine comparatistica fa emergere la tendenza a contrapporre, alla rilevabilità *ex officio* del difetto dei presupposti processuali, l'opponibilità *ope exceptionis* dei vizi di forma, in ragione della diversa natura dell'interesse protetto o della norma violata. Bisogna ora verificare se tali criteri risultino di utilità anche per la determinazione della sfera applicativa dell'art. 157[1].

i) Stando al criterio che fa riferimento alla **natura della norma**, si è tentati di concludere che, mentre la violazione di norme dispositive è pronunciabile su iniziativa di parte, la violazione di norme imperative o di ordine pubblico è, all'opposto, immediatamente considerabile dal giudice.

Senonché, una così rigida bipartizione desta perplessità. Poiché l'ordinamento non ammette il *Konventionalprozess*[332], le norme regolanti gli atti di procedura hanno, di regola, carattere imperativo[333], salvo poi distinguersi a seconda che la loro violazione sia o meno idonea a smarrire rilevanza per effetto della preclusione del potere di contestazione. E infatti, un conto è l'inammissibilità di un accordo preventivo in deroga alla legge; ben altra cosa è la decadenza in cui sia incorsa la parte interessata all'osservanza della norma violata: l'imperatività non ammette l'una, ma può benissimo consentire l'altra[334]. Ad ogni modo, il problema è solo spostato, restando comunque da capire quando la norma violata appartenga alla prima categoria e quando alla seconda.

ii) Di scarsa utilità si rivela anche il criterio della **natura dell'interesse**. Il problema, infatti, è ancora una volta semplicemente spostato, dovendosi capire

---

op. cit., 686, sostengono che le prescrizioni di forma non siano norme a cui le parti possono validamente rinunciare e che, pertanto, la loro violazione debba essere rilevabile anche d'ufficio. Pur ritenendo auspicabile una riforma in tal senso, la tesi è comunque criticata da H.W. FASCHING, *op. cit.*, 423, perché incompatibile coi §§ 196[2] e 462[2] *öZPO*.

[332] O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 1; e A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, 188 s.

[333] Le forme processuali, scrive P. BÖHM, *Bewegliches System und Prozeßzwecke*, cit., 228, «sono infatti riconosciute come garanzia istituzionale del corretto ed efficiente decorso processuale e del suo corretto risultato in punto di fatto e di diritto, sicché non possono alla lunga essere sottoposte all'influenza delle parti o alla loro "disponibilità"».

[334] Vietando accordi in deroga alla legge, l'ordinamento previene che la giustizia statuale sia piegata a regole prefabbricate a uso dei litiganti, in quanto, *ex ante*, non è prevedibile se l'atto (o la serie di atti) divergente dallo schema legale vulneri le ragioni difensive di una delle parti o gli interessi dello Stato, mentre, *ex post*, l'avversario può quantomeno valutare se il vizio pregiudichi le sue ragioni; sul punto cfr. A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, W NIESE, *op. cit.*, 150; e G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*[2], I, cit., 63.

quando una norma o un certo un requisito è posto nell'interesse di parte e quando nell'interesse dello Stato. Non va neanche sottaciuto che il rinvio a un concetto così vago si presta peraltro a interpretazioni arbitrarie[335].

La verità è che non è agevole discernere se un certo requisito sia imposto dall'ordinamento a tutela dell'interesse di parte o dell'interesse pubblico. E infatti, come si può con sicurezza asserire che i requisiti di forma imposti a salvaguardia delle garanzie processuali fondamentali (contraddittorio, diritto di difesa, eguaglianza delle parti, principio della domanda e ragionevole durata del giudizio)[336] tutelino l'interesse di parte piuttosto che l'interesse pubblico? Mi sembra invece che il regime delle forme, che procedimentalizza i rapporti tra parti e giudice secondo un canovaccio prestabilito, presenti sempre, seppur in misure diverse, una connotazione anche pubblicistica per il fatto di garantire l'ordinato svolgimento del giudizio. Lo stesso può ripetersi per i presupposti di ammissibilità che riguardano le parti, rispetto ai quali sarei più propenso a sostenere una commistione di interessi, pubblici e di parte, a che siano soddisfatte le condizioni per il regolare esercizio dei poteri di parte. In diritto processuale, insomma, non è immaginabile un «interesse di parte», degno di tutela, che non si coordini in qualche modo con l'«interesse pubblico» al corretto funzionamento della giurisdizione.

iii) Resta da saggiare infine la praticabilità del riferimento alla violazione dell'**ordine pubblico processuale**, che, nello spazio giuridico europeo, identifica quella serie di principi e garanzie fondamentali sanciti dall'art. 47 CDFUE e dall'art. 6 CEDU nonché dai sistemi processuali degli Stati membri (imparzialità del giudice, diritto di difesa, parità delle armi, contraddittorio, ragionevole durata, principio dispositivo).

---

[335] Paradigmatica è l'ammissione di A. NIKISCH, *op. cit.*, 240, secondo cui si risolverebbe tutto in un problema d'interpretazione della legge (!). Non stupisce perciò che Autori come P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968, 9 s.; e G. WAGNER, *Prozessverträge*, Tübingen, 1998, 50, abbiano negato che il requisito dell'interesse possa risultare di utilità nella distinzione tra norme imperative e norme dispositive.

[336] Sebbene E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 419 e 421, sostenga che «non può immaginarsi (…) un interesse della parte degno di tutela che non si coordini in qualche modo con l'interesse al buon andamento del processo e alla giusta composizione della lite», finisce anch'egli per indicare la natura dell'interesse come criterio discriminante.

Ebbene, neppure il riferimento all'*ordre public* mi sembra risolutivo e ciò per il semplice motivo che il legislatore comunitario (art. 45[1,a)-b)] Reg. 1215/2012/UE)[337] così come quello interno in ordine al rito arbitrale (art. 829[2] c.p.c.) lasciano chiaramente intendere come la primazia dei canoni regolatori del giusto processo non esiga affatto di essere presidiata dal controllo del giudice. Perché questi diritti connessi al *fair trial* possano considerarsi effettivamente tutelati, è necessario e sufficiente che la parte interessata disponga del potere di contestarne la violazione[338].

La scarsa utilità dei criteri proposti suggerisce un cambio di approccio. Si è concluso che la *ratio* discriminante le nullità di forma e le nullità non-formali sta in ciò che l'una aggredisce il singolo atto, mentre l'altra investe in via originaria ogni attività della serie (*supra* § 1.4.). Considerata questa distinzione, s'intuisce come una congrua ponderazione dei contrapposti valori in gioco suggerisca di dare la precedenza al canone di legalità nel caso d'inammissibilità della decisione nel merito e al principio di economia ove la violazione si appunti sulle sole regole di forma[339].

Se a essere minacciata è solo l'utilizzabilità di un determinato atto della procedura, è logico rimettere alla disponibilità dell'avversario la scelta se eccepirne la nullità o se convalidarne gli effetti col proprio silenzio in quanto il **vizio formale** non mette in gioco l'ammissibilità dell'intera serie degli atti[340].

Diverso è il caso in cui è in discussione un **presupposto di ammissibilità** dell'intera sequenza procedurale, perché qui a essere minacciata è la perseguibilità

[337] La funzione della clausola di *ordre public* è, secondo B. HESS, *Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung*, in *JZ*, 2001, 578, quella di tutelare i diritti del soccombente e non gli interessi sovrani degli Stati. V'è qui il convincimento che le garanzie fondamentali servano a tutelare la posizione delle parti più che l'amministrazione della giustizia.

[338] Sulla compatibilità della tecnica dell'opposizione di parte con la tutela delle garanzie e dei principi pubblicistici del diritto processuale europeo v. M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, II, 631. Non è poi da escludere che la rilevabilità ufficiale dei motivi di diniego del riconoscimento e dell'eseguibilità della decisione (artt. 45 s. Reg. 1215/2012/UE) sia stata vista dal legislatore comunitario come un potenziale fattore di disturbo alla circolazione delle sentenze. E penso sia sempre per questa ragione che il Reg. 44/2001 abbia stabilito, al *considerandum* n. 17, che il giudice non possa rilevare d'ufficio motivi di diniego dell'esecuzione.

[339] Anche per L.H. VON ALMENDINGEN, *op. cit.*, 341 s., alla base dello strumento dell'eccezione di rito e della sanabilità connessa alla preclusione vi sono ragioni di economia processuale.

[340] Solo in tal caso può condividersi l'affermazione di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*[2], I, cit., 274, secondo cui «di fronte al fatto compiuto, il diritto è facilmente largo di sanatorie, sebbene la norma violata avesse carattere cogente».

della definizione nel merito della lite. In tale ipotesi è opportuno sottrarre al convenuto il monopolio della rilevazione del vizio e consentire al giudice di porsi da sé la questione e ciò anche al fine o di sollecitare le parti alla sanatoria del vizio o, se ciò non è (più) possibile, di assolvere subito il convenuto dall'osservanza del giudizio (art. $279^{n.ri1e2}$)[341].

Per l'identico motivo, sentirei di ammettere l'iniziativa dell'ufficio anche nella rilevazione delle **nullità extra-formali**, che, per il fatto di tradursi nel difetto di un presupposto processuale, sono idonee a contagiare l'intera sequenza procedurale[342]. In definitiva, la regola secondo cui «non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte» è razionale solo se riferita ai difetti di forma (prima parte dell'art. 157^1). È invece ragionevole che, per tali nullità miste, «la legge dispone che sia pronunciata d'ufficio» (seconda parte dell'art. 157^1)[343].

Un altro limite naturale alla pronunciabilità su istanza di parte mi sembra rinvenibile nella nullità derivante da **vizi del volere**. Quella stessa logica di economia processuale che giustifica la revocazione anticipata degli atti coartati dal dolo o dalla violenza altrui (*supra* § 1.6.) legittima anche il riconoscimento in capo al giudice del potere di porsi da sé la questione. Sarebbe infatti irrazionale ammettere la revocazione anticipata al fine di cautelare il giudicato dal contagio del vizio che inficia il materiale di causa e poi negare al giudice il potere che, più di ogni altro, consente di scongiurare la riapertura di un procedimento definitivamente chiuso[344].

---

[341] Si spiega così perché, come scrive E.-M. BAJONS, *Von der formellen zur wirkungsbezogenen Beschwer*, cit., 187, sulla «rilevazione di vizi processuali di tale gravità (…) alle parti non spetti mai alcun potere dispositivo».

[342] Sull'opportunità dell'intervento ufficiale nella rilevazione di vizi formali idonei a contagiare la serie degli atti si leggano le considerazioni di G. CONSO, *Due apparenti anomalie del processo penale le nullità assolute «sanabili» e le nullità relative «rilevabili d'ufficio»*, in *Giust. pen.*, 1979, I, 267 s.; e di G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 116 ss. e 148.

[343] Il codice, in cui questa logica traspare con più chiarezza, è certamente quello austriaco. Nell'opera di KLEIN, il giudice è investito del potere di rilevare qualunque vizio, anche formale, che sia causa di inammissibilità della decisione di merito, a prescindere dalla sua idoneità a far regredire il processo fino al punto della sequenza in cui è stato commesso l'errore (§ 477 s. *öZPO*).

[344] L'argomento della *Prozessökonomie* è invocato da chi sostiene l'ammissibilità della *Restitutionsklage* contro gli atti di procedura irrevocabili: v. per tutti H.F. GAUL, *op. cit.*, 353, secondo cui l'applicabilità delle regole privatistiche va altresì esclusa per impedire che la legittimazione all'esercizio dell'eccezione di dolo o violenza spetti alla sola parte lesa (343 e 349 s.). Per l'esclusione delle norme civilistiche e per l'autosufficienza del diritto processuale nella regolazione del fenomeno dei vizi della volontà v. anche D. LEIPOLD, *ZPO*[22], III, cit., *vor* § 128 D, n.ri 228, 613.

Una volta chiarito quando e perché il legislatore introduce l'una o l'altra tecnica, è possibile recuperare l'elemento dell'interesse. Ho concluso che non è immaginabile un interesse di parte al rispetto delle garanzie fondamentali svincolato dall'interesse pubblico al corretto funzionamento della giurisdizione. Ebbene, il riferimento dell'iniziativa d'ufficio ai vizi che contagiano l'intera sequenza consente di affermare *a posteriori* ciò che non è determinabile *a priori* e cioè quando questi interessi siano recessivi rispetto agli altri.

Quando l'errore processuale mette in crisi la costituzione stessa del processo è razionale che la giurisdizione avochi a sé il potere di rilevare il vizio, in quanto diviene prioritario impedire che non siano vanificate le energie umane e le risorse materiali dell'Amministrazione gravanti sulla fiscalità generale.

Quando l'inesecuzione di legge minaccia il singolo atto, viceversa, è più ragionevole subordinare il controllo di legalità degli atti all'iniziativa di parte, sollevando il giudice dall'incombenza di ulteriori verifiche procedurali che metterebbero a repentaglio celerità, economicità e certezza del processo. La parte è qui il soggetto più idoneo a valutare se la violazione di norme di diritto pubblico meriti di essere censurata[345]. Perciò, non ogni violazione di norme imperative o di ordine pubblico necessita di essere presidiata dal controllo del giudice, ma solo quella che mette a repentaglio l'ammissibilità dell'intera sequenza.

3.4. Il sistema di relazioni tra impulso di parte e impulso ufficiale, disegnato dall'art. 157[1], pone un'ultima questione e cioè se l'onere dell'impulso di parte nella rilevazione del vizio formale incontri dei limiti naturali, inespressi dal legislatore, di modo tale che l'eccezione di parte costituisca davvero "la regola" e l'iniziativa ufficiale la "eccezione" confinata entro ipotesi tassativamente previste.

Perplessità sull'effettività di questo modello sorgono infatti dalla disamina di almeno due nullità testuali (artt. 161[2] e 167[2]), di rilevanza per nulla trascurabile, che, seppur non qualificate dalla legge come «assolute», non si sottraggono, per evidenti

[345] Il motivo non ha a nulla che vedere col principio dispositivo. Un conto è la disponibilità della tutela giurisdizionale (*Dispositionsmaxime*), tutt'altra cosa è la natura disponibile delle norme di diritto processuale (*dispositives Zivilprozessrecht*). L'una è la naturale proiezione del carattere privato-disponibile dei diritti, che sono oggetto del giudizio civile (l'*an* e il *quid* dell'azione); l'altra riguarda il grado di vincolatività delle disposizioni processuali (il *quomodo* dell'azione). Sul punto cfr. T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1955, II, 742.

ragioni logico-sistematiche, al rilievo ufficiale. L'assolutezza della regola posta dall'art. 157[1] appare altresì incrinata dall'esiguità delle disposizioni che apertamente codificano i vizi formali come rilevabili d'ufficio (art. 164[2]), per cui è lecito dubitare che il controllo e la sanatoria di ogni altro – non meno grave – *error in procedendo* restino affidati all'esclusiva iniziativa della parte interessata.

Se dunque esiste un'area della nullità processuale che si sottrae alla clausola di tassatività enunciata dall'art. 157[1], quale valore deve attribuirsi alla proposizione per cui «non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio»? L'individuazione di questa "zona franca" e dei criteri per delimitarla sono le questioni che mi propongo ora di risolvere.

Un criterio con cui individuare tali ipotesi potrebbe essere, ancora una volta, quello della natura dell'interesse. Si potrebbe essere tentati di riconoscere al giudice il potere di rilevare d'ufficio i vizi di quei requisiti formali posti a salvaguardia (non tanto delle ragioni difensive di parte quanto) del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale[346]. Tuttavia, come ho già rilevato e come la casistica mostra[347], non è agevole discernere *a priori* a tutela di quale interesse un certo requisito di forma è prescritto. Come suggerisce la lettera dell'art. 157[2] (cfr. art. 1441[1] c.c.) è allora preferibile riservare all'«interesse» di parte nulla più che la funzione di criterio di legittimazione.

---

[346] La rilevabilità d'ufficio dei vizi dei requisiti formali che interessano l'ordine pubblico è sostenuta da: E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 103; R. MOREL, *op. cit.*, 330; R. ORIANI, *op. cit.*, 9 s.; e da B. HESS, F. LENT, O. JAUERNIG, *op. cit.*, 130.

[347] Applicando il criterio dell'interesse, la risposta che le Corti hanno fornito al quesito è stata nel senso di dichiarare rilevabili su istanza di parte: la nullità della consulenza tecnica d'ufficio derivante dalla mancata comunicazione alle parti della data di inizio o di proseguimento delle operazioni peritali, in quanto il vizio «deriva dalla non controversa violazione del principio del contraddittorio» (Cass. 14 febbraio 2013, n. 3716 e Cass. 24 gennaio 2013, n. 1744); la nullità della testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246, in quanto il divieto è posto nell'interesse dell'avversario (Cass. 10 aprile 2012, n. 5643); l'invalidità della vendita senza incanto avvenuta in violazione dell'art. 572[3], che può essere fatta valere dal solo creditore procedente, sebbene «la complessiva disciplina della vendita, come emergente dalla riforma, risulti predisposta – anche – a beneficio della procedura, in quanto finalizzata alla realizzazione della garanzia patrimoniale nell'interesse vuoi dei creditori, vuoi anche del debitore, nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo *ex* art. 111 Cost., che deve presiedere anche alla fase dell'esecuzione» (Cass. 11 maggio 2012, n. 7267).

Neppure mi sembra più utile il suggerimento di distinguere tra norme dispositive e norme imperative-cedevoli[348]. Per individuare se e quando il giudice debba considerare *motu proprio* il vizio di forma, infatti, bisognerebbe prima capire quando la vincolatività delle prescrizioni formali ceda in difetto di eccezione. Senonché, anche questo approccio imbocca un circolo vizioso, non facendo che sostituire l'incognita che ci si era proposti di conoscere con un'altra.

Ciò premesso, a me sembra che siano due le ipotesi in cui la rilevazione dei vizi formali vada sottratta al principio dell'impulso di parte.

α) La più importante categoria esclusa dall'ambito applicato applicativo dell'art. 157[1] è quella dei **provvedimenti del giudice**. Dalla lettura dei tre commi dell'art. 157 emerge che la regola per cui «non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte» si riferisce all'opposizione della «parte nel cui interesse è stabilito un requisito» contro l'atto della «parte (che) vi ha dato causa». I requisiti dei provvedimenti non afferiscono però a un «atto di parte» né sono dettati nell'interesse «di una parte», ma provengono da un organo dello Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale e nell'accertamento della concreta volontà di legge[349].

V'è poi un'altra considerazione che induce a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 157 ai soli atti di parte. Riconoscere in capo al giudice il dovere di rilevare la nullità dei suoi provvedimenti consente quell'assunzione di responsabilità e di consapevolezza dei propri errori che a me appare l'indispensabile contropartita di quegli importanti poteri di direzione e di governo del processo che lo Stato di diritto assegna alla magistratura civile[350].

β) Non vedo neppure ostacoli a che il giudice eserciti il potere-dovere di porsi da sé la questione ogniqualvolta un'istanza di parte, su cui il giudice ha l'obbligo di

---

[348] È indicativa l'ammissione di E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *op. cit.*, II-1, 79, i quali, pur invocando il criterio della natura dell'interesse, sono costretti a riconoscere che «si sa quanto sia difficile trovare un criterio per (…) determinare con certezza quali leggi siano di ordine pubblico».

[349] A favore della rilevabilità d'ufficio delle ordinanze del giudice istruttore e del giudice dell'esecuzione si schiera anche R. ORIANI, *op. cit.*, 10. Si limita invece ad affermare l'opponibilità da entrambe le parti dei vizi dei provvedimenti giudiziali D. LEIPOLD, *ZPO*[22], IV, cit., *sub* § 295, n. 2, 832.

[350] Se non si condivide l'idea di sottrarre la rilevazione dei vizi formali dei provvedimenti giudiziali all'esclusiva l'iniziativa di parte, si dovrà quantomeno ammetterne la rilevabilità *ex officio* ogniqualvolta l'imperfezione si appunti su attività dominate dall'impulso ufficiale perché su queste le parti non hanno, per definizione, alcun potere dispositivo; in tal senso si esprime anche D. LEIPOLD, *ZPO*[22], IV, cit., *sub* § 295, n. 5, 833.

pronunciarsi, sia così erroneamente redatta da impedire l'individuazione dell'oggetto della pretesa processuale avanzata. Le coordinate che consentono l'individuazione del bene processuale domandato sono requisiti che trovano ingresso nel giudizio solo a opera di chi propone l'istanza e che non possono essere recuperati dall'inattività dell'avversario (*quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*)[351]. L'intollerabile stallo in cui verserebbe il procedimento, incapace di fornire una qualunque pronuncia sull'istanza, impedisce insomma di ancorare la verifica della nullità alla censura di controparte[352].

3.5. Il processo è la prova che la pretesa materiale deve superare perché le sia riconosciuto lo stato di diritto sostanziale[353]. Tuttavia, se l'errore processuale fosse idoneo a determinare la perdita della tutela giurisdizionale, il processo, anziché la prova, diverrebbe l'alea del diritto sostanziale. Alla moderna consapevolezza giuridica appare quindi come un'asperità iniqua e sproporzionata che la pretesa fondata venga disconosciuta a causa di un errore recuperabile[354]. Guardando indietro, la storia del diritto processuale appare davvero come un'interminabile lotta tra la formalizzazione delle garanzie processuali e la liberazione dal rigorismo formale[355], tra il bisogno di certezza della procedura e di effettività della tutela giurisdizionale.

Per evitare che l'azione naufraghi di fronte a qualsivoglia errore, l'ordinamento appresta degli strumenti che prevengono l'inutilizzabilità dell'atto processuale e la chiusura anticipata del giudizio. Nel sistema delle nullità, il regime dei vizi e delle sanatorie sono talmente intrecciati da persuadere che il codificatore abbia inteso costruire un sistema di limiti e di rimedi piuttosto che di mere sanzioni processuali. I «rimedi» costituiscono una categoria generale che abbraccia ogni fattispecie di diritto

[351] Uno schema siffatto si riscontra ogniqualvolta un'istanza sia affetta da vizi di forma-contenuto che rendano indeterminabile l'oggetto stesso del potere esercitato (si pensi, ad es., all'istanza di ammissione della prova testimoniale in cui non siano indicati i fatti oggetto dei capitoli o i testimoni di cui si chiede l'escussione).

[352] Una situazione analoga si riscontra nei vizi dell'*editio actionis* (art. 164[5]) che, lasciando in ombra l'oggetto del contendere, precludono non solo la trattazione e la decisione della causa ma anche lo scrutinio dei presupposti processuali, sicché in assenza di eccezione, il giudice è comunque tenuto a dichiarare l'inammissibilità della domanda; v. *ex pluribus* Cass. 23 agosto 2011, n. 17495.

[353] F. KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*[2], Vortrag 1901, Frankfurt, 1958, 7.

[354] «Mai e poi mai il diritto fondato può patire il dominio delle forme del processo», scrive M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 7 s., «se è in qualche modo possibile, il diritto non deve e non può fallire a causa delle prescrizioni processuali».

[355] A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung*[2], Bonn, 1896, 148.

processuale idonea a correggere la deviazione dell'atto di procedura dal corrispondente modello legale[356]. In questo conflitto di valori, il sistema dei rimedi costituisce l'aspirazione dell'ordinamento a trovare un difficile punto d'equilibrio tra ritualità ed equità.

Senonché, non tutti gli errori sono rimediabili. Correggibili sono i vizi di forma e quelli extra-formali. Irreparabili sono invece alcune nullità non-formali, come il difetto d'interesse ad agire, la litispendenza, la cosa giudicata e le attività compiute nonostante l'irregolare costituzione del giudice o l'omesso intervento del p.m. A mio parere, la distinzione tra vizi rimediabili e irrimediabili non è imposta dalla maggiore o minore gravità del vizio né dalla natura pubblica o privata dell'interesse leso[357]. La distinzione riposa piuttosto su una ragione di ordine pratico: il vizio è insanabile se, a fronte di questo, la lite non può essere trattata e decisa nel merito senza che ne escano vulnerati gli interessi sottesi a quelle inviolabili garanzie o a quei fondamentali principi a tutela dei quali tali presupposti sono stabiliti[358].

Tuttavia, anche laddove non si pongano ostacoli di ordine logico-sistematico alla rimediabilità, non va trascurato che la propensione a revisionare e a disinnescare i vizi procedurali soddisfa sì l'interesse a recuperare l'attività imperfettamente compiuta, ma sacrifica anche l'urgenza della celere definizione della lite. Si rimanifesta qui il noto conflitto di interessi tra «fare bene» e «fare presto» che involge drammaticamente ogni interstizio della procedura[359]. Sebbene astrattamente concepibili, non si riscontrano, nell'esperienza storica, sistemi processuali che prediligano un interesse a totale scapito dell'altro, preferendosi piuttosto – per

---

[356] F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, cit., 487.

[357] Opinione invece sostenuta da G. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie*, Tübingen, 1908, 103.

[358] Si pensi alla litispendenza e alla pronuncia irrevocabile, l'interesse a prevenire il contrasto dei giudicati e l'esigenza di economia processuale di evitare una doppia decisione sull'*eadem re* possono essere salvaguardati solo col rigetto in rito della domanda. Si consideri altresì l'interesse ad agire, quando manca tale presupposto non v'è concretamente modo di acquisirlo al giudizio per evitare l'assoluzione dall'osservanza del giudizio. Per F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 6, insanabile è invece la nullità non-formale a cui chi propone la domanda non può rimediare «facendo acquisire al processo ciò che manca attraverso la sanatoria del presupposto processuale viziato».

[359] Sul conflitto tra gli scopi della corretta decisione, dell'attuazione della concreta volontà di legge materiale e della concentrazione del giudizio v. P. BÖHM, *Bewegliches System und Prozeßzwecke*, cit., 218 e 233 s., per il quale le sanzioni processuali descrivono «in quali forme e in quale misura è da concedere, in linea di principio, la tutela giuridica».

comprensibili motivi pratici prima ancora che teorici – soluzioni che bilancino le opposte esigenze.

Alla serie di rimedi previsti dalle disposizioni generali si aggiungono altri strumenti riparatori, per lo più di vizi non-formali, regolati in maniera sparsa e disorganica in norme collocate fuori del capo dedicato alla «nullità degli atti». Come mi sono proposto di indagare, occorre innanzitutto sincerarsi dell'ambito applicativo dei singoli rimedi per poi verificare se siano definibili delle categorie che ne consentano un coerente inquadramento teorico in un sistema compiuto.

Al fine di farne emergere convergenze e divergenze sui diversi profili, i diversi rimedi vanno esaminati sotto tre prospettive: *I*) struttura, *II*) funzione, *III*) efficacia temporale. Per ognuno di essi sono ipotizzabili due opposti modelli.

I) Il rimedio opera «di diritto» se la legge ricollega a un (f)atto successivo la convalida dell'attività invalidamente compiuta (***ope iuris***). Quando invece consiste in un atto sostitutivo o integrativo di quello imperfetto, al cui compimento la parte è onerata su iniziativa del giudice, il rimedio opera su «ordine dell'ufficio» (**struttura reiterativa** e ***ope iudicis***).

II) Connessa col diverso modo di operare è la funzione del rimedio. Quando l'atto imperfetto è convalidato *ope iuris*, il rimedio, di regola, priva il vizio di giuridica rilevanza, prevenendo così la pronuncia di nullità (**funzione preventiva e convalidante**). Quando opera attraverso l'adempimento di un ordine di reiterazione o di rettificazione dell'atto censurato, il rimedio è volto ad acquisire al giudizio l'elemento dichiarato difettoso (**funzione integrativa**).

Basta tenere conto di questi due profili per comprendere l'importanza di scindere il momento della rilevazione da quello della pronuncia di nullità. La rilevazione del vizio, *ex officio* o *ope exceptionis*, conferisce al giudice il potere-dovere di verificare l'esistenza del vizio. La pronuncia di nullità invece segue l'accertamento della mancata sanatoria del vizio. Ebbene, il rimedio che opera di diritto e ha funzione convalidante previene tanto la rilevazione quanto la pronuncia di nullità. Quando il rimedio ha struttura reiterativa e funzione reintegrativa, invece, questi due momenti sono indispensabili nonché logicamente e cronologicamente distinti

dall'accertamento della mancata sanatoria, poiché tra essi va a interporsi il rimedio ordinato dal giudice con la pronuncia di nullità[360].

III) I rimedi si distinguono infine in base alla loro efficacia nel tempo. Se dispongono di **efficacia retroattiva** l'atto imperfetto è considerato come se fosse stato sin dall'inizio validamente compiuto; se hanno invece **efficacia irretroattiva** l'atto imperfetto è equiparabile al corrispondente atto valido solo a partire dal momento in cui viene corretto. Nel primo modello gli effetti si riallacciano al compimento dell'atto nullo, il che ha il pregio di ridurre al minimo la discrasia tra fattispecie valida e fattispecie anomala, ma ha il difetto, se si vuole, di favorire la parte responsabile dell'errore. Non potendo rimuovere le preclusioni (sostanziali e processuali) *medio tempore* maturate, il secondo modello, per contro, reca con sé il rischio di sacrificare quelle stesse esigenze che sollecitano il superamento dell'imperfezione, ma ha il pregio di non alterare la *par condicio partium*[361].

La proiezione cronologica del rimedio presenta delle complicazioni con riguardo alle nullità non-formali ed extra-formali. La caratteristica di contagiare in via originaria la sequenza procedurale svoltasi in difetto del presupposto di ammissibilità pone in questione la validità degli atti compiuti tra la proposizione della domanda e la correzione del vizio. Di regola, il rimedio «impedisce ogni decadenza» (art. 291^{1}) o «sana gli effetti sostanziali e processuali della domanda» (cfr. artt. 164^{2e3} e 182^{2}; art. 59^{2} L. 69/2009), ma ciò significa solo che ogni conseguenza giuridica connessa alla litispendenza si riannoda alla domanda originaria e non anche che gli atti *medio*

[360] Della distinzione è consapevole lo stesso legislatore che tiene ben separati i due momenti. Di rilevazione o verificazione il codice parla agli artt. 158, 164^{2e5}, 182^{2}, 183^{1}, 291^{1} e 350^{2}, mentre di pronuncia o dichiarazione di nullità agli artt. 156, 162^{1}, 183^{1} e 354^{1e4}. Sulla distinzione v. G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., 131, 148, nt. 59, 71 e 94.

[361] Che la retroattività della sanatoria delle nullità non-formali favorisca colui che propone la domanda, mentre l'irretroattività avvantaggi colui nei cui confronti è esercitata l'azione è affermato anche da F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, cit., 8, il quale ricorda altresì come le riforme del 1990 e del 2009 abbiano, di fatto, accolto il movimento dottrinale favorevole all'estensione della sanabilità *ex tunc* dei vizi dei presupposti processuali. Esprimono la preferenza per il primo modulo A. PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali*, cit., 1721 s., e quella giurisprudenza di legittimità (v. ad es. Cass. 12 febbraio 1992, n. 123), secondo cui è costituzionalmente illegittimo il secondo modulo ove non giustificato dal bisogno di tutela di diritti delle controparti o da esigenze connesse alla ragionevole durata del processo, in quanto «eccezionali devono essere le ipotesi in cui la violazione delle norme disciplinatrici del processo imponga che questo si concluda con sentenza che non conosca del diritto sostanziale controverso»

tempore compiuti divengano opponibili. Gli effetti procedurali remoti dipendono dall'efficacia cronologica del rimedio. Sicché, solo quando gli effetti procedurali si sanano *ex tunc*, gli atti compiuti sono conservati e le attività che, al momento del rimedio, non sono più consentite rimangono precluse. Viceversa, quando a salvarsi retroattivamente sono solo gli effetti sostanziali e processuali della domanda, la parte nel cui interesse è prescritto il presupposto ha diritto a essere rimessa in termini, appunto perché il vizio ha impedito che sorgesse in capo a lei l'onere di compiere attività processuali[362].

Tutti questi profili mi pare mettano in luce il complesso rapporto che corre tra **rimedio** e **tempo**. Da un lato, la restituzione del potere di rettificare l'attività imperfetta ritarda la definizione del giudizio; dall'altro, nel tempo necessario all'emendamento può intervenire la prescrizione, la decadenza, l'acquisito di un diritto opponibile o lo spirare di un termine perentorio. E mentre l'una trova un freno nel principio costituzionale di ragionevole durata del processo, gli altri si scontrano con l'aspirazione a evitare che meri errori di rito vanifichino la pretesa fondata. D'altro canto, l'economia processuale può essere intesa anche in altro senso e cioè come propensione a impedire che vadano dispersi il tempo e le energie investiti nella composizione della lite e, quindi, che la macchina della giustizia giri a vuoto.

Naturalmente, spetta al legislatore scegliere a quale schema conformare un certo rimedio. A ognuno di quelle formule corrisponde una determinata regolazione del rapporto tra rimedio e tempo. Come vi sono dei modelli che stabiliscono la piena equiparazione tra atto valido e atto emendato, ve ne sono altri che pongono l'uno e l'altro su un piano di alterità[363]. Nel prosieguo dell'indagine bisognerà mettere in luce **struttura**, **funzione** ed **effetti** dei singoli rimedi per verificarne la possibilità di inquadramento entro categorie generali che agevolino la risoluzione dei profili critici connessi all'interpretazione e all'applicazione dei diversi istituti.

---

[362] «Infatti, una cosa è considerare il processo pendente fin dall'inizio per ciò che attiene agli effetti della domanda» scrive F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], I, 132, «altra cosa è considerare validi gli atti compiuti quando il processo era viziato».

[363] In senso contrario si schiera M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1946 422, il quale, assume come coefficiente fermo e indiscutibile di ogni rimedio l'identità di effetti dell'atto imperfetto e del corrispondente atto valido.

3.6. Il primo rimedio previsto dal codice è il **raggiungimento dello scopo dell'atto** (art. 156^3). Non serve che il giudice disponga né che le parti ottemperino all'ordine di riparazione dell'atto[364], giacché, come si evince dalla stessa formula secondo cui «la nullità non può (mai) essere pronunciata», il conseguimento della meta è l'evento impeditivo della rilevazione e della pronuncia di nullità. L'atto che «ha raggiunto lo scopo», dunque, non può che produrre effetti sin dal suo compimento[365]. Il rimedio opera allora «di diritto», ha funzione preventiva ed effetti retroattivi.

La capacità di convalidare *ex iure* e *ab initio* l'atto imperfetto induce a inquadrare il conseguimento dello scopo tra i rimedi a più rapida ed elevata potenzialità correttiva. E proprio perché l'atto, pur rimanendo imperfetto, gode della stessa rilevanza ed efficacia del corrispondente atto valido, trovo appropriato indicare il conseguimento dello scopo come **causa di inopponibilità del vizio**[366].

Occorre ora chiedersi se il raggiungimento dello scopo si configuri o no come rimedio di portata generale e, dunque, se trovi applicazione anche con riguardo alle nullità degli atti del giudice[367] e alle nullità non-formali[368]. Per quanto riguarda i primi, non v'è ragione per cui i loro vizi non debbano perdere rilevanza per raggiungimento dello scopo. Il principio di strumentalità delle forme processuali vale per i provvedimenti del giudice come per ogni altro atto del giudizio. Di questa vocazione finalistica non dubita peraltro neppure il legislatore (art. 131^2)[369].

---

[364] La contraria opinione di V.A. GIOVANARDI, *op. cit.*, 281 s., secondo cui la declaratoria di nullità anticiperebbe la convalida dell'atto, mi sembra smentita dalla stessa lettera dell'art. 156^3.

[365] Come ricorda anche H. GÖCKER, *Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß*, Jena, 1933, 59 ss., l'efficacia retroattiva della *Zweckerreichung* non può convalidare l'atto intempestivo.

[366] Diversa è la terminologia impiegata dagli Autori tedeschi che qualificano la *Zweckerreichung* come causa di sanatoria dell'atto imperfetto; in tal senso v. G. GÜNTZEL, *Die Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen der Partei im Zivilprozeß und die Möglichkeit ihrer Heilung*, Marburg-Lahn, 1967, 172; e M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 395. Nella letteratura italiana il raggiungimento dello scopo è qualificato come causa d'irrilevanza da G. LEONE, *op. cit.*, 328; e come causa di sanatoria da F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, cit., 248.

[367] Lo esclude G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1593.

[368] Per la soluzione negativa: V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 470; ed E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 414 s.; per quella favorevole: C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali»*, cit., 333 ss.

[369] Per un'applicazione concreta del raggiungimento dello scopo della sentenza v. Cass. 10 novembre 2010, n. 22845, secondo cui il difetto di narrazione dei fatti della causa prescritti dall'art. $132^{2,n.4}$ è irrilevante se, nel caso concreto, non impedisce l'individuazione dei presupposti e delle ragioni della decisione.

Stando all'interpretazione letterale e sistematica degli ultimi due commi dell'art. 156, sembra che il codificatore abbia voluto riferire il concetto di «scopo» ai soli «requisiti formali». Va pure considerato che l'evento cognitivo, in cui vedo consistere lo scopo costante degli elementi formali, è un evento materiale, che può verificarsi nonostante la divergenza dell'atto dal modello legale. Diversamente si atteggiano gli scopi dei presupposti di ammissibilità. Si pensi alla giurisdizione e alla competenza, il cui scopo è garantire che le parti non siano espropriate del giudice naturale precostituito per legge[370]; alla *res iudicata* e alla litispendenza, che prevengono il contrasto dei giudicati e l'inutile dispendio di risorse giudiziarie[371]; alla capacità, alla rappresentanza tecnica e al contraddittorio, preordinati a tutelare il diritto di difesa[372]. Questi scopi attuano principi e garanzie fondamentali che possono considerarsi osservati solo se il presupposto prescritto sia acquisito al giudizio.

Le precondizioni di ammissibilità sono assistite da presunzione assoluta d'indispensabilità, cosicché, in loro difetto, non è verificabile se quei principi e quelle garanzie possano *aliunde* considerarsi rispettati. Imparzialità del giudice, tutela del contraddittorio e del diritto di difesa etc. sono dati la cui realizzazione non si può apprezzare in assenza di quei presupposti e ciò perché «non potrebbe mai esprimersi un giudizio di certezza del contrario»[373].

---

[370] Il limite verso le giurisdizioni straniere è altresì funzionale a «che si riduca al minimo la possibilità di pendenza di procedimenti paralleli e che non vengano emesse, in due diversi Stati membri, decisioni tra loro incompatibili» (*Considerandum* n. 21, Reg. UE 1215/2012). Attiene all'ufficio anche il presupposto della regolare costituzione del giudice, volto a garantire che l'organo sia investito del potere giurisdizionale o che la lite sia definita nel rispetto dell'unitarietà della fase decisoria.

[371] Tra i presupposti relativi all'oggetto del giudizio va annoverato il patto compromissorio, che è volto a preservare la volontà, dei contraenti, di sottrarre la controversia alla giurisdizione statale per devolverla ad arbitri privati; sul punto v. M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2013, 36 s.

[372] Altri presupposti riguardanti le parti sono la legittimazione e l'interesse ad agire. L'uno è finalizzato a evitare l'intromissione nelle sfere giuridiche altrui. Disputato è il fine dell'altro. La dottrina maggioritaria, v. per tutti F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], I, 222 ss., scorge nell'art. 100 un filtro all'inutilità della tutela giurisdizionale o dei risultati processuali perseguibili. Nell'interpretazione proposta da M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c., origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 138 ss., l'interesse è invece concepito come criterio determinante l'area di tutela giuridica dell'azione di mero accertamento.

[373] In questi termini si esprime E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 414 s., il quale vede nella giustizia della decisione di merito lo scopo dei presupposti processuali, che per me, invece, è lo scopo ultimo dei requisiti degli atti (*supra*, § 2.7.).

Tuttavia, l'indubbia diseguaglianza tra la proiezione finalistica dei requisiti di forma e dei presupposti di ammissibilità non è di per sé sufficiente a escludere l'applicabilità dell'art. 156[3]. Nulla, difatti, impedisce di considerare raggiunto lo scopo quando il presupposto sia, *ex post* e senza l'intervento del giudice, acquisito al processo. In tal senso, perde di rilevanza per raggiungimento dello scopo[374]:

- il difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto «se i fatti e le norme che la determinano sopravvengono nel corso del processo» (art. 8 L. 218/1995);
- il difetto di capacità processuale, qualora, nella pendenza della lite, la parte acquisti il potere di esercitare liberamente i diritti dedotti in giudizio e accetti il contraddittorio nello stadio in cui la causa si trova oppure colui al quale spetta la rappresentanza legale o l'assistenza si costituisca e ratifichi l'attività svolta;
- il difetto di rappresentanza tecnica se, in difetto di rilevazione, una valida procura sia rilasciata al difensore munito di *ius postulandi* che comunichi la volontà del rappresentato di accettare il contraddittorio nello stadio in cui la causa si trova;
- l'irregolare instaurazione del contraddittorio se, omessa la rilevazione del vizio, il convenuto, costituendosi, non eccepisca la nullità della domanda o della sua notificazione;
- il vizio d'integrità del contraddittorio, se il litisconsorte necessario erroneamente pretermesso intervenga senza essere citato in giudizio e accetti il contraddittorio nello stadio in cui la causa si trova[375].

Spiego subito perché, in alcune ipotesi, lo scopo è raggiunto solo a condizione che la parte, nel cui interesse è prescritto il presupposto, accetti il giudizio nello stato attuale. Per assurgere a causa di inopponibilità del vizio, non basta che l'acquisizione *ex post* del presupposto mancante sani retroattivamente gli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria, ma dev'essere altresì sufficiente a convalidare gli effetti procedurali remoti della serie già posta in essere. Solo in tal caso gli atti *medio tempore* compiuti si conservano e restano opponibili, rendendo superflue la pronuncia di nullità e l'adozione di rimedi supplementari, come la rinnovazione

[374] È lo stesso rimedio ricollegato dagli artt. 121 e 126[1] *n.c.p.c.* al venir meno della *nullité pour irrégularité de fond* e della *fin de non-recevoir*. La formulazione adottata dal codificatore francese è tuttavia imprecisa perché ricollega la sanatoria non al venire meno del vizio ma all'integrazione del presupposto carente.

[375] Cfr. M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], cit., 301 s.

dell'atto e la rimessione in termini. Se così non fosse, l'evento fausto non avrebbe quella piena capacità convalidante che caratterizza il rimedio descritto dall'art. 156^{3}. Quanto vado dicendo è confermato dal regime della nullità dell'atto introduttivo.

La costituzione in giudizio, avvenuta entro la prima udienza, non espropria il convenuto del potere di eccepire l'imperfezione della sua chiamata in giudizio[376] e di conseguire per il tramite dell'ordinanza giudiziale la fissazione di una nuova prima udienza di comparizione (art. 164^{3e6}). «La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali» della domanda, ma non è di per sé sufficiente a sanarne anche l'effetto procedurale remoto, che onera il convenuto degli adempimenti stabiliti dall'art. 167. Affinché «lo scopo a cui (la domanda) è destinata» possa considerarsi raggiunto e «la nullità non (possa) mai essere pronunciata», occorre che il convenuto trascuri di censurare l'irregolare instaurazione del contraddittorio, accettando il giudizio nello stato in cui si trova[377].

A me pare che lo schema compiutamente descritto dall'art. 164^{3} sia analogicamente applicabile ai citati difetti dei presupposti processuali che impediscono alla parte di spiegare un'adeguata difesa. L'acquisto della capacità di agire, l'intervento del convenuto, del litisconsorte, del rappresentale legale, del difensore munito di procura aprono sì la strada alla decisione nel merito, sanando *ex tunc* gli effetti sostanziali e processuali della domanda, tuttavia gli atti in precedenza compiuti restano annullabili e, conseguentemente, ripetibili.

---

[376] In forza dell'applicazione analogica dell'art. 164^{3e6}, il convenuto erroneamente notificato deve poter beneficiare del rinvio della prima udienza senza che, a tal fine, sia obbligato a provare l'incidenza causale della nullità sull'ignoranza del processo. L'interpretazione estensiva va ammessa per due ordini di motivi. Il primo è che, essendosi tempestivamente costituito, il convenuto non può essere dichiarato «contumace» (art. 171^{3}) e non può perciò trovare applicazione l'art. 294^{1}. Il secondo è che, nel silenzio della legge, solo con l'*analogia legis* si evita che il convenuto, irregolarmente notificato, sia trattato con maggiore severità rispetto all'omologo convenuto invalidamente citato e ciò è tanto più vero se si considera la minore gravità dei vizi descritti dall'art. 164^{1}, essendo improbabile che l'irregolare chiamata in giudizio impedisca al convenuto di acquisire cognizione del giudizio.

[377] Lo stesso concetto è espresso da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, 14 e 226, quando scrive che «la costituzione del convenuto non comporta una convalidazione oggettiva, in quanto la sua presenza nel processo significa che il contraddittorio si è realizzato, ma non anche che si sia *ben* realizzato» e che «la convalida degli atti compiuti non ha luogo per il solo fatto che è sanato il vizio del presupposto processuale (attraverso (...) la spontanea costituzione del convenuto), ma perché il convenuto manifesta la volontà di tener buoni gli atti del processo compiuti quando sussisteva il vizio».

In altre parole, con l'evento fausto si elimina l'ostacolo all'inammissibilità della decisione di merito, ma gli atti compiuti tra l'instaurazione del giudizio e l'integrazione del presupposto carente restano affetti da nullità extra-formale. Spetta alla parte interessata decidere se eccepire la nullità al fine di essere rimessa in termini e rinnovare la trattazione già svolta o se accettare il contraddittorio nello stato in cui si trova. Ciò che si indica con «nullità trasformabile», allora, non è che la logica conseguenza del potere, rimesso alla disponibilità della parte nel cui interesse il presupposto è stabilito, di scegliere se ripetere la trattazione e l'istruzione già svolte oppure se recuperarle ratificandone gli atti o trascurando di domandarne la rinnovazione[378]. Se ne può allora concludere che il raggiungimento dello scopo degli atti colpiti da nullità non-formale ed extra-formale corrisponde a una fattispecie complessa, in parte, integrata dall'acquisizione del presupposto difettoso e, in parte, dalla decadenza dall'eccezione di nullità o dalla ratifica della parte pregiudicata.

La seconda tipologia di rimedi introdotta dal codificatore è rappresentata dalla **decadenza** (o **preclusione**) e dalla **rinuncia** (d)all'eccezione di nullità. L'ammissibilità del rimedio, s'è visto, è circoscritta alle violazioni di norme cedevoli[379] e la sua operatività è condizionata al mancato raggiungimento dello scopo dell'atto. La contestazione perderebbe infatti la propria ragione d'essere se l'avversario non avesse motivo di dolersi del vizio e, d'altro canto, l'eccezione che fosse proposta nonostante la soddisfazione dell'interesse a cui lo scopo è preordinato costituirebbe esercizio abusivo del potere di opposizione[380].

Tre sono le cause di convalidazione contemplate dall'art. 157:

- la rinuncia espressa, consistente nella dichiarazione di volontà di accettare l'atto;

[378] Si spiega in questi termini il fenomeno della nullità trasformabile descritto da G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., 139, nt. 77.

[379] L'idea ha radici antiche. Una compiuta elaborazione teorica degli effetti convalidanti della decadenza dal potere di eccezione, anche con riguardo ai limiti segnati dalla violazione di norme inderogabili o di diritti indisponibili, si ritrova già in N.T. GÖNNER, *op. cit.*, §§ 13 e 28 ss.

[380] In tal senso è orientato anche M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 33. Nega invece l'efficacia sanante della rinuncia all'eccezione T. SÜSS, *Ist die Klageerhebung eine Prozeßvoraussetzung? Ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßvoraussetzungen*, in *ZZP*, n. 54, 1929, 40 s., il quale ribalta l'impostazione tradizionale, sostenendo che i vizi degli atti sono irrilevanti fintantoché non intervenga l'eccezione. È agevole replicare che, se così fosse, non si spiegherebbe l'operare di altre forme di sanatoria, come la *Zweckerreichung* o la *Wiederholung*, che prescindono dalla censura del vizio.

- la rinuncia tacita, rappresentata dall'adozione di comportamenti processuali incompatibili con la volontà di avvalersi dell'eccezione[381];
- la preclusione, risultante dal comportamento della parte che trascuri di opporsi entro la prima istanza o difesa successiva all'atto viziato o alla notizia di esso.

Mentre la rinuncia, espressa o tacita (art. 157^3), all'esercizio dell'eccezione costituisce una forma di acquiescenza all'inosservanza della norma processuale, la decadenza dal potere-onere di opporre la nullità (art. 157^2) non è equiparabile a un'accettazione implicita dell'irregolarità dell'atto. Non si tratta di una dichiarazione implicita di volontà, perciò va esclusa qualsiasi rilevanza dei vizi del volere e della reale conoscenza del vizio o della sussistenza di una concreta volontà di rinuncia. La preclusione o decadenza, a cui è connesso l'effetto convalidante, è piuttosto una sanzione processuale che opera oggettivamente: la transizione allo stadio successivo del procedimento, senza la proposizione dell'eccezione di rito, depura il giudizio dei vizi maturati nella fase antecedente. Anche in ciò vedo il portato della concezione dinamica del processo.

Il rimedio non agisce sulla fattispecie dell'atto, che resta imperfetta, ma *ab extra*, risolvendosi in una vicenda estintiva del potere di eccezione e di dichiarazione della nullità. L'atto va quindi considerato come se fosse stato *ab origine* validamente confezionato. La conservazione dell'effetto procedurale, che ne consegue, fornirà certezza sull'idoneità delle deduzioni o dei risultati probatori, in esso contenuti, a far parte del materiale decisorio[382].

Da quanto detto si può concludere che anche la preclusione e la rinuncia operano «di diritto», hanno funzione preventiva ed effetti retroattivi. La loro massima capacità convalidante consente di ricondurre anch'esse tra le **cause di inopponibilità della nullità**. Per quanto riguarda infine l'ambito applicativo del rimedio, non v'è altro da aggiungere alle considerazioni già esposte, per cui la decadenza e la rinuncia sono ammissibili solo dove la rilevazione della nullità sia esclusivamente condizionata all'impulso della parte pregiudicata dall'errore.

---

[381] Un esempio di rinuncia tacita è l'accettazione degli effetti dell'atto imperfetto (cfr. art. 183[a] c.p.p.). L'inopportunità di ricollegare l'acquiescenza tacita a malsicure diagnosi comportamentali è contestata da F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 702.

[382] La *ratio* di un tale meccanismo, secondo F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 688 «va ricercata nell'inopportunità di modificare una già acquisita e tendenzialmente definitiva situazione processuale, quando la parte, arbitra del proprio interesse, si è astenuta dal dolersene».

L'ordinamento conosce un secondo rimedio imperniato sulla decadenza dal potere-onere di contestazione: la **cosa giudicata**. Sulla sentenza, in quanto atto conclusivo del procedimento, si riverberano gli errori pregressi che non abbiano smarrito rilevanza e che il soccombente ha l'onere di attaccare con quegli stessi mezzi d'impugnazione predisposti avverso la sua ingiustizia. La progressiva opera di depurazione del processo dalle nullità, non ancora eliminate dai rimedi predisposti nell'arco del giudizio, culmina con la chiusura definitiva del giudizio, quando anche le più gravi anomalie cadono nel vuoto. L'esaurimento o l'omesso esperimento degli ordinari mezzi d'impugnazione, com'è noto, preclude di aggredire la nullità fuori della sede processuale con attacchi esterni e autonomi (*infra* § 4.3.).

Il coordinamento tra questa disposizione e la decadenza dall'eccezione non è tra i più immediati. Tuttavia, mi pare doversi escludere la possibilità di censurare in sede di precisazione delle conclusioni o come motivo di gravame la nullità di forma non tempestivamente eccepita ai sensi dell'art. 157^2. Il potere di contestare il vizio, una volta decaduto, non può ritornare nella disponibilità della parte[383].

L'automaticità del rimedio, la capacità di prevenire la pronuncia di nullità in ogni altra sede e l'idoneità a rimuovere *ex tunc* anche le patologie insanabili (v. la clausola di rinvio dell'art. 158) fanno della cosa giudicata formale il rimedio dalla portata più vasta e dagli effetti convalidanti più elevati. Mi pare allora indubbio che per struttura, funzione ed efficacia, il passaggio in giudicato formale della sentenza non possa che essere inquadrato tra le **cause di inopponibilità della nullità**.

3.7. Anche l'istituto della rinnovazione degli atti imperfetti è terreno su cui si scontrano opposti valori. Ripristinando la legalità processuale violata, il rimedio attua la tendenza del processo a superare gli errori commessi in funzione della composizione nel merito della lite e dell'utilizzabilità del materiale decisorio invalidamente introdotto. D'altro canto, indulgere alla sostituzione dell'attività

[383] In tal senso si pronunciano Cass. 14 marzo 2006, n. 5505; e Cass., S.U,. 7 marzo 2005, n. 4814. La formulazione dall'art. 182^3 c.p.p. lascia ancor meno spazio a dubbi, prevedendo che «i termini per rilevare o eccepire le nullità sono stabiliti a pena di decadenza». Una siffatta possibilità è esclusa anche dai §§ 534 e 556 *dZPO*, a norma dei quali l'errore commesso nel primo o nel secondo grado di giudizio non può essere fatto valere in appello o in revisione se la parte interessata non abbia tempestivamente eccepito il vizio nelle precedenti istanze.

invalida stride col canone di economia processuale, che suggerisce di non rallentare il procedimento per ripetere atti già compiuti.

Sullo sfondo di questo conflitto di valori va interpretato l'art. 162^1, che è l'ultimo rimedio disciplinato dal capo III sulle nullità degli atti. Il codificatore prescrive che il giudice, con la stessa ordinanza con cui accerta o espunge gli effetti dell'atto nullo, oneri la parte della correzione dell'attività viziata, sempre che a ciò non osti la «clausola di possibilità».

È bene ricordare che l'introduzione del rimedio è storicamente coincisa con l'esigenza di riparare agli atti dell'ufficio, affinché non ricadessero sui litiganti le conseguenze di errori a questi non imputabili. E infatti, le difficoltà interpretative incontrate nello studio della rinnovazione derivano proprio dall'aspirazione a generalizzare un istituto che è stato concepito per correggere i provvedimenti del giudice e dei suoi ausiliari e non per dare alla parte responsabile del vizio una seconda *chance* di difesa[384].

Si spiega allora perché il codificatore del 1865, che ha il merito d'aver sostituito una disciplina generale alle sporadiche ed eccezionali disposizioni delle previgenti codificazioni[385], vietasse la rinnovazione degli atti di parte una volta «scaduto il termine perentorio» (art. 58^2) e ammettesse, tra quei casi fatti salvi dalla legge, la ripetizione dei soli atti ufficiali ancorché preclusi (come la notificazione della citazione e l'esame testimoniale: artt. 145^2 e 249). E si spiega altresì perché nei procedimenti penali, ove le attività compiute sono in prevalenza formate dall'ufficio, l'istituto goda di un maggior ambito operativo rispetto al processo civile.

La questione della rinnovabilità degli atti sta ancora oggi tutta qui, nel conflitto tra la propensione a emendare il vizio, in funzione del conseguimento di un risultato processuale utile, e l'ostacolo della decadenza, posto a presidio della celere definizione della lite. Si comprendono così anche i commenti espressi dagli interpreti

---

[384] Lo dimostra il fatto che il *Code Napoléon* (artt. 5, 292 e 1031) come anche le codificazioni preunitarie (artt. 107^2 e 386 s. Codice delle Due Sicilie; artt. 52, 1121 e 326 Codice Sardo del 1854) e postunitarie (artt. 52^2, 145^2 e 249^1 c.p.c. e art. 850 c.p.p. del 1865) ammettono senza particolari limiti la rinnovazione della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio e dell'esame testimoniale nulli per errore dell'ufficio, a carico del quale sono poi poste le spese dell'atto nullo o della sua ripetizione.

[385] Anche la dottrina francese formatasi sotto il *Code Napoléon* rinviene nella preclusione e nella prescrizione il limite insuperabile alla rinnovabilità degli atti nulli: R. MOREL, *op. cit.*, 331; e H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 390.

sull'art. 162^1, ora esaltato come centrale e cruciale nel sistema delle nullità[386], ora qualificata come superfluo[387], se non addirittura come pericolosamente ambiguo[388].

«Tolta quasi di peso dal codice di procedura penale»[389], l'art. 162^1 accoglie l'idea, già positivizzata nell'art. 189^3 del previgente codice di rito penale, di collegare la rinnovazione alla pronuncia di nullità. Al giudice è così conferito un incisivo potere di intervento, volto a ricondurre il procedimento entro i binari della legalità processuale. Ebbene, proprio il maggiore attivismo del giudice nel meccanismo di rinnovazione offre lo spunto per ragionare sul modello giuridico a cui sono ispirati i rimedi attuativi di un ordine di rettificazione.

Come già avviene in ordine alla rilevazione delle nullità, anche nell'ambito dei rimedi si può distinguere tra modelli ispirati o all'impulso di parte o all'iniziativa ufficiale, a seconda che la correzione sia lasciata al monopolio dei litiganti o sia disposta su iniziativa del giudice. La scelta tra i due schemi non è arbitraria, ma deve essere compatibile con l'architettura del processo.

Il processo civile è strutturato sul principio dell'impulso di parte. Non si tratta di una scelta sistematicamente obbligata dal carattere privato-disponibile dei diritti sostanziali che sono oggetto dell'azione civile. Sono invece ragioni di opportunità che hanno indotto il legislatore a considerarlo, sotto il profilo tecnico, il modello più efficiente[390]. Tuttavia, una volta che il legislatore sceglie di regolare l'*iter* processuale sull'iniziativa di parte, coerenza sistematica vuole che anche la

---

[386] C. FURNO, *op. cit.*, 415.

[387] Così S. SATTA, *op. cit.*, I, 550, il quale osserva che «nel processo civile un "ordine" generale di rinnovazione è privo di ogni razionalità, perché la rinnovazione può avere ragione soltanto in ipotesi particolari non riconducibili ad unità, in relazione ai concreti interessi che si tutelano». Anche V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 481, ritiene che è scarso il significato della norma quanto agli atti propulsivi, rispetto ai quali sarebbe difficile scorgere un ambito applicativo al di là delle ipotesi di rinnovazione specificatamente contemplate (artt. 291 e 332).

[388] In tal senso R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 76, secondo cui l'art. 162^1 rappresenta, al più, il sottofondo di disposizioni specifiche, come quella contenuta nell'art. 354.

[389] S. SATTA, *op. cit.*, I, 550.

[390] Una volta rimesso al privato il potere di adire le vie legali e di delimitare i confini della propria domanda, nulla impedisce di far procedere il giudizio su iniziativa dell'ufficio. Lo dimostra la struttura del giudizio di cassazione che rappresenta la più importante eccezione al principio dell'impulso di parte. Diverso è il discorso rispetto all'attuazione e all'oggetto della tutela giudiziaria, che devono essere rimessi alla disponibilità dei privati quale conseguenza logico-sistematica del carattere privatistico del rapporto litigioso.

rinnovazione dell'atto propulsivo spetti al responsabile del vizio. Per contro, obbligare il giudice alla rimozione del vizio significherebbe sovvertire la struttura del processo, sostituendo situazioni di potere-dovere riferibili al giudice a situazioni giuridiche di potere-onere imputabili alle parti.

Fanno ovviamente eccezione i provvedimenti che il giudice adotta *motu proprio*, ad esempio nell'esercizio dei poteri di iniziativa istruttoria (artt. 117, 118 e 213). E infatti, ove il giudice disponga di un potere d'impulso concorrente a quello delle parti, non v'è alcuna incongruenza sistematica nell'obbligare l'organo a eliminare e a rinnovare d'ufficio l'esercizio del potere processuale erroneamente esercitato dagli stessi litiganti[391].

Per quanto teoricamente valida, la contrapposizione tra rimedio a impulso di parte e a iniziativa ufficiale non esaurisce la gamma intermedia delle soluzioni. Proprio questa coerenza sistematica, che vuole le misure correttive impostate sul medesimo modello che regola il fisiologico compimento degli atti, non è minacciata da un meccanismo misto o integrato che veda la collaborazione del giudice nella fase prodromica alla rinnovazione. Ed è proprio su un sistema di collaborazione ufficio-parti che il codificatore ha impostato la rinnovazione degli atti nulli.

Non v'è alcun *vulnus* al principio dell'impulso di parte, appunto perché non v'è alcuna surrogazione dell'ufficio nell'attività dei litiganti né alcuna gestione autoritativa del rimedio. Il giudice non rimuove la causa di nullità, al contrario si limita a indicare l'anomalia e a ordinare la rettificazione alla parte responsabile del vizio, che, dal canto suo, potrà solo subire le conseguenze negative dell'inottemperanza al provvedimento[392]. L'iniziativa dell'ufficio rientra dunque tra i poteri-doveri di direzione del giudice. Ne consegue l'assunzione di corresponsabilità tra giudice-parti per il superamento degli *errores in procedendo*. E ciò significa che

[391] L'interrogatorio formale, l'ispezione e l'esibizione del mezzo di prova sono così rinnovabili su ordine del giudice. I risultati acquisiti attraverso l'iniziativa del giudice, tuttavia, non godono necessariamente dello stesso valore probatorio posseduto dai mezzi di prova dedotti o assunti su richiesta delle parti, potendo degradare a meri argomenti di prova (v. artt. 116^2, 117 e 118^2).

[392] Scrive B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 163, che «il sistema offre dunque al giudice uno pseudo-potere, incapace di operare *contra nolentes* e, quindi, inidoneo a una reale e diretta funzione correttiva. Esso può solo funzionare *inter consentientes*, ossia fra persone che accettino di collaborare con il giudice». Ravvisano invece un'insuperabile contraddittorietà tra la previsione dell'ordine di rinnovazione e il principio d'impulso processuale di parte: V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 481; S. SATTA, *op. cit.*, I, 550; e G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1650.

l'eventuale errore delle parti si converte nell'errore del giudice che non osservi l'obbligo di ordinare la correzione e sarà l'inadempimento dell'ufficio a costituire motivo di impugnazione della sentenza[393].

Se si concorda con quanto poc'anzi ho esposto, si converrà altresì che l'operatività e l'estensione della rinnovazione non hanno nulla a che vedere col carattere inquisitorio o dispositivo del procedimento. Il potere di iniziativa del giudice nello stimolare la depurazione del giudizio dagli errori e l'avanzamento del giudizio verso la conclusione di merito non è uno strumento inquisitorio né è, perciò, compatibile coi soli procedimenti dominati dall'impulso ufficiale[394].

Neppure può rinvenirsi nei principi d'imparzialità del giudice e di uguaglianza delle parti un limite operativo all'istituto. Fintantoché il rimedio sia solo disposto d'ufficio e il giudice si astenga dall'indicare le necessarie correzioni[395], non può dirsi che il giudice sia sussidiario alla parte[396] né che il suo impegno privilegi la parte responsabile del vizio a danno di quella incolpevole.

Neppure mi sembra sostenibile che il raggiungimento di un risultato utile sia esigenza avvertita più nei procedimenti ad azione pubblica o a carattere inquisitorio che nei giudizi ad azione privata o strutturati sull'impulso delle parti[397]. L'articolato sistema di rimedi messo in campo dal legislatore dimostra, all'opposto, che la tendenza alla conservazione dei risultati del procedimento non è meno avvertita nel giudizio civile. E infatti, laddove è necessario espungere dal giudizio le nullità che menano alla chiusura anticipata del giudizio, il legislatore è intervenuto a introdurre misure correttive che assicurano non solo il raggiungimento della meta naturale della

---

[393] La riconduzione del dovere di ordinare l'emendamento dell'atto (§ 84 *öZPO*) ai poteri di governo del giudice e l'assunzione di corresponsabilità tra parti-giudice sono evidenziate dalla dottrina austriaca: H.W. FASCHING, *op. cit.*, 266 s.; e G.E. KODEK, in H.W. FASCHING, A. KONECNY (a cura di), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*[2], Wien, 2003, II/2, *sub* §§ 84-85, n. 4 s. e 43.

[394] Opinione invece espressa da V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 481; S. SATTA, *op. cit.*, I, 550 s.; e da R. VACCARELLA, *op. cit.*, 76.

[395] A. KONECNY, *Zur Erweiterung der Verbesserungsvorschriften durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983*, in *JBl*, 1984, 18.

[396] In un sistema informato al principio dell'impulso ufficiale è coerente che all'organo giudiziale sia attribuito il compito di eliminare le cause di nullità. Un esempio era fornito dall'art. 187[1] del codice Rocco, dedicato alle sanatorie generali, a norma del quale «il giudice che rileva una causa di nullità provvede immediatamente ad eliminarla, se è possibile».

[397] In questo ordine di idee: S. SATTA, *op. cit.*, I, 550 s.; e R. VACCARELLA, *op. cit.*, 76.

tutela di merito ma anche l'eliminazione delle decadenze nel frattempo maturate (cfr. art. 59^2, L. 69/2009; e artt. 50^1, 102^2, 164^2, 291^1, 181^2 e 183^1).

Semmai è l'esigenza di economia e celerità che dissuade dall'aprire una breccia nel sistema delle preclusioni. È però questo un limite naturale del rimedio, dipendente dalla perentorietà dei termini, che può essere superato solo in via eccezionale e che non è meno avvertita nel processo penale di stampo accusatorio o inquisitorio, ove pure la rinnovazione è ammessa solo «qualora sia necessaria e possibile» (art. 185^2 c.p.p. e art. 189^3 Codice Rocco).

Come rimarcato dalla stessa rubrica dell'art. 162^1, indefettibile condizione del rimedio correttivo è il provvedimento che «pronuncia la nullità»[398]. La «pronuncia sulla nullità» non si confonde con la rilevazione, che, consentendo l'emersione del vizio, sottopone al fuoco incrociato del contraddittorio tra parti-giudice la trattazione e l'istruzione delle questioni di rito (cfr. artt. 101^2 e 183^2). Perché sia pronunciabile, il giudice deve sincerarsi della persistenza della nullità – per non aver operato le cause di inopponibilità del vizio (artt. 156^3 e 157^{2e3}) – e quindi della possibilità del rimedio. Solo allora il giudice è ammesso a disporre «la rinnovazione (dell'atto imperfetto e) degli atti ai quali la nullità si estende».

Sebbene la disposizione non chiarisca la natura del termine assegnato per la rinnovazione, mi pare se ne possa escludere il carattere perentorio[399]. L'art 152^1 è chiaro nell'interdire il giudice dal potere di fissare termini perentori qualora non sia espressamente autorizzato dalla legge. D'altro canto, ne va esclusa anche la natura ordinatoria, che contrasta con l'utilità del rimedio e con l'esigenza di celerità. La soluzione più razionale è allora quella di ammettere che la natura perentoria o ordinatoria del termine a cui è soggetto l'atto viziato si comunichi al termine assegnato dal giudice per la rinnovazione. Opinando il contrario, d'altronde, si rischia di piegare l'ordine del giudice all'elusione delle decadenze di rito.

L'art. 162^1 precisa infine che si rinnovano gli atti a cui la nullità si propaga. A tal fine, la pronuncia del giudice e l'ordine di rinnovazione indicano la dimensione

[398] Sulla correlazione tra pronuncia di nullità e ordine di rinnovazione v. le opposte opinioni di C. FURNO, *op. cit.*, 435; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*[2], I, cit., 430; e S. SATTA, *op. cit.*, I, 551, il primo vi scorge un rapporto necessario e automatico, il secondo soltanto eventuale, il terzo di reciproca esclusione.

[399] Così invece C. FURNO, *op. cit.*, 460 s.

operativa del rimedio in relazione alla diffusione del vizio. Poiché «la nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti» (art. 159[1]), l'art. 162[1], coerentemente, non menziona la possibilità di rinnovare gli atti pregressi[400]. Va da sé che la rinnovazione degli atti consequenziali implica la possibilità, per ogni soggetto del giudizio, di esercitare tutti quei poteri che non hanno trovato, a causa del vizio, la loro piena realizzazione[401].

3.8. Con la locuzione anodina del «quando sia possibile», la legge detta i presupposti legittimanti il potere-dovere del giudice di disporre il rimedio. Come ho già anticipato, è proprio la clausola di possibilità il tallone di Achille dell'istituto. Condizionando l'operatività e l'estensione del rimedio, la rinnovabilità non è che un altro terreno su cui vanno a scontrarsi le opposte esigenze del «fare bene» e del «fare presto». Il tema è decisivo: in un caso si promuove l'utilità sacrificando la celerità del procedimento, nell'altro si incentiva la rapidità del risultato processuale a scapito della perseguibilità della tutela di merito.

«Il testo è poco chiaro, perché non spiega qual è l'ostacolo che può impedire la rinnovazione»[402]. Il rischio è che un concetto evanescente di possibilità finisca per rimettere l'ammissibilità del rimedio all'arbitraria valutazione del giudice. Certo è che la formula di possibilità non va riferita ad alcuna categoria di atti in particolare, dato che nessuna di loro si sottrae in via necessaria al rimedio. Il codificatore, infatti, ha ammesso la rinnovazione tanto degli atti d'impulso (artt. 164, 167[2] e 291[1]) quanto degli atti eventuali (artt. 196, 257[2] e 281). È vero invece che l'inammissibilità della correzione ha conseguenze diverse, giacché l'irrimediabilità degli atti istruttori mena alla sola ablazione dell'atto di acquisizione probatoria e perciò incide soltanto sulla sorte della lite, mentre l'impossibilità di rettificazione degli atti d'impulso, chiude le porte alla stessa definibilità nel merito della lite.

Sul significato della clausola di possibilità sono state fornite diverse letture riconducibili a tre filoni interpretativi.

---

[400] La rinnovazione degli atti pregressi va esclusa anche se questi perdano efficacia a seguito dell'imperfezione dell'atto successivo con cui siano connessi per pregiudizialità e dipendenza Un esempio è fornito dalla rinnovazione della notificazione (art. 291[1]), che non implica anche l'emendamento della citazione. Per la tesi opposta v. B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 124 ss.

[401] A. PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali*, cit., 1720.

[402] E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 251.

a) Un primo orientamento individua nella scadenza del termine perentorio l'ostacolo automatico e insuperabile alla rinnovazione dell'atto censurato[403]. L'impossibilità è spiegata ora con l'irretroattività del rimedio[404], ora con la preclusione processuale[405].
b) Altro indirizzo attribuisce un significato più effettivo all'art. 162[1] ammettendo la rinnovabilità nonostante la preclusione, in quanto il compimento dell'atto nullo entro la scadenza prefissata equivarrebbe a osservanza del termine perentorio, ma con la riserva del consolidarsi nella controparte di diritti di natura sostanziale[406].
c) Un'ultima tesi distingue l'efficacia del rimedio, limitata da situazioni *ab initio* irresolubili, dall'ammissibilità dell'ordine di rinnovazione, esclusa rispetto a situazioni giuridiche indisponibili e, come tali, rilevabili d'ufficio. Le decadenze che consentono l'acquisizione di diritti disponibili non precludono la rinnovabilità, ma conferiscono all'interessato il potere di eccepire l'efficacia sanante del rimedio[407].

Ebbene, se si vuole agganciare una formula indeterminata, come quella della possibilità, al dato certo del diritto positivo bisogna cambiare impostazione e ripartire dalle norme che ne costituiscono concreta applicazione. Senza perdere di vista il tipo di atto e di imperfezione su cui il rimedio, di volta in volta, agisce, occorre verificare quale sia il limite concreto che le singole fattispecie pongono alla rinnovazione.

i) Costituisce applicazione del rimedio, la rinnovazione della citazione per difetto dei requisiti che attengono alle modalità di chiamata in giudizio del convenuto

---

[403] Tesi sostenuta da: E. REDENTI, *op. cit.*, 127; S. SATTA, *op. cit.*, I, 550 s.; e V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., 423. Muovendo dal § 230 *dZPO*, anche la dottrina tedesca individua nella preclusione processuale un limite insormontabile all'ammissibilità della *Wiederholung* e della *Nachholung*, la cui efficacia retroattiva è unanimemente esclusa: K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrecht*, I, 401; M VOLLKOMMER, *op. cit.*, 1 s.; e A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *ZPO*[72], *sub* § 518, 2 A.

[404] F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], cit., I, 367; N. PICARDI, *Irretroattività degli effetti dell'ipotesi di rinnovazione dell'atto processuale nullo*, in *Giur. it.*, 1961, I, 391 s.; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 481; e G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1650.

[405] F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 507 s.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, 423 ss.; e R. ORIANI, *op. cit.*, 18.

[406] La tesi sostenuta da C. FURNO, *op. cit.*, 437 ss., postula un imprecisato accertamento sulla nullità (efficacia parziale) o inesistenza (inefficacia) dell'atto, per cui solo nel secondo caso la decadenza non sarebbe evitata. L'assunto di partenza è peraltro contrario alla logica giuridica, per la quale, come scrive M. VOLLKOMMER, *op. cit.*, 319 e 379, «solo gli atti formalmente ineccepibili osservano il termine. L'inosservanza delle forme e dei termini è processualmente equipollente. In entrambi i casi, l'atto processuale è da rigettare come inammissibile».

[407] B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 80 ss.

(art. 164[2])[408]. Non essendo d'ostacolo all'individuazione dell'oggetto dell'azione, il vizio non compromette l'idoneità della domanda a produrre, seppur in via precaria, gli effetti sostanziali e processuali. Nel tempo intercorrente tra l'irregolare citazione in giudizio e la sua rettificazione, è ostacolato il sorgere di diritti quesiti così come si producono gli effetti della litispendenza. La rinnovazione, perciò, non retrodata, ma conserva tali effetti. L'inutile scadenza del termine perentorio assegnato dal giudice per la correzione, viceversa, li estingue (art. 307[3]). La citazione, tuttavia, è inidonea a instaurare il contraddittorio. L'effetto procedurale remoto, pertanto, non potrà che decorrere dalla rinnovazione della citazione.

L'imperfetta formulazione degli elementi che identificano l'oggetto del processo lascia indenne i soli effetti procedimentali immediati della domanda (art. 164[4]). Ogni altro effetto è impedito dal difetto delle coordinate indispensabili all'individuazione del diritto vantato e potrà esplicarsi solo dal momento in cui il titolare dell'azione precisi gli elementi identificativi dell'azione (art. 164[5]).

In definitiva, la rettificazione della *vocatio in ius* e dell'*editio actionis* non hanno efficacia retroattiva. In entrambi i casi, quindi, la domanda conserva gli effetti che, nonostante il vizio, era già capace di esprimere, mentre la rinnovazione gli ricollega ogni altro effetto che l'atto introduttivo era inidoneo a provocare.

ii) Riconducibile allo schema previsto dall'art. 162[1] è la rinnovazione della domanda riconvenzionale. L'ipotesi è solo parzialmente sovrapponibile al vizio della citazione per difetto di *editio actionis*. Diversamente dalla domanda introduttiva che non sottostà ancora ad alcuna preclusione, il convenuto è già incorso nelle decadenze di cui agli artt. 38 e 167 al momento in cui è rilevata la nullità. La scadenza del termine perentorio, tuttavia, non condiziona l'ammissibilità dell'ordine di rinnovazione, che anzi equivale a una rimessione in termini del convenuto.

La retrodatazione degli effetti sostanziali e procedurali è giustificata dall'esigenza di preservare la *par condicio partium* (art 111[2] Cost.). Il legislatore, infatti, sarebbe incorso in una censura di illegittimità costituzionale se, denegando al convenuto un potere già concesso al suo avversario, avesse posto chi resiste all'azione in una condizione deteriore rispetto a chi assume l'iniziativa. Neppure sarebbe stato

[408] Incerto è il punto di vista espresso da C. FURNO, *op. cit.*, 440, nt. 69, e 442 s., il quale prima afferma che l'art. 164 contempla un'ipotesi di convalidazione e non di rinnovazione, e poi lo annovera tra le fattispecie che costituiscono specifica applicazione dell'art. 162[1].

coerente negare la rimessione in termini alla parte che subisce l'iniziativa altrui, quando la stessa avrebbe potuto ottenerla agendo per primo.

iii) Altra fattispecie riconducibile all'istituto della rinnovazione è contemplata dall'art. 291[1], in virtù del quale alla notificazione originaria, irritualmente eseguita, si ricongiungono retroattivamente gli effetti sostanziali[409] e processuali della domanda nuovamente notificata[410].

Il motivo che ha spinto il codificatore del '40 a ribadire l'efficacia retroattiva della rinnovazione della notificazione sta nella volontà di sottrarre l'attore alle conseguenze negative di errori imputabili per lo più all'ufficio. V'è però un'altra ragione: la nullità, che aggredisce l'atto introduttivo del giudizio, è extra-formale, nasce come imperfezione di forma per poi tradursi nel difetto del contraddittorio. Per evitare che l'azione civile naufraghi a causa di una mera inosservanza di forme e che il diritto resti derubricato a mera pretesa materiale, l'art. 291[1] introduce un rimedio che evita la chiusura anticipata del giudizio e che, soprattutto, «impedisce ogni decadenza»[411].

iv) Vanno da ultimo considerate le disposizioni contenute negli artt. 358 e 387, che escludono la possibilità di riproporre l'appello[412] e il ricorso in cassazione dichiarati inammissibili o improcedibili, quand'anche non sia decorso il termine per l'impugnazione. Tali mezzi subiscono un'importante eccezione al principio di libera rinnovabilità degli atti imperfetti che è dettata da ragioni "litisedative". Si tratta di un'eccezione che non contrasta con l'obbligo dello Stato di garantire la tutela giurisdizionale dato che un pronunciamento è già intervenuto (*infra* § 4.2.).

---

[409] Intendono in un'accezione restrittiva l'inciso «impedisce ogni decadenza»: S. SATTA, *op. cit.*, II, 1, 375, per il quale la rinnovazione non salverebbe gli effetti sostanziali della domanda; C. PUNZI, *op. cit.*, 674, secondo cui la retrodatazione riguarderebbe solo il decorso dei termini per l'esercizio del diritto; e G. BALENA, *op. cit.*, 114 s., ad avviso del quale non retroagirebbero gli effetti a carattere attributivo.

[410] Ritengono che la rinnovazione della notificazione costituisca applicazione dell'art. 162[1]: C. FURNO, *op. cit.*, 443; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 598; e E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 251. Di contrario avviso è invece V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 482.

[411] Per contro, di «un caso (quello della rinnovazione, art. 291) in cui la convalida dovrebbe avere, di natura, efficacia *ex nunc*» parla E. FAZZALARI, *Notificazione dell'atto di appello presso il procuratore costituito nel giudizio di primo grado*, cit., 256.

[412] Anche l'art. 354[4], sulla rinnovabilità in appello degli atti di prime cure, è proiezione dell'art. 162[1], tuttavia non ne è ricavabile alcun criterio ermeneutico poiché si limita a ripetere che l'ordine di rinnovazione è ammesso solo «in quanto possibile».

Dalla lettura sistematica delle norme regolanti specifiche ipotesi di rinnovazione si ricava che, di regola, l'atto rinnovato e l'atto rinnovante integrano una fattispecie complessa, la cui efficacia risulta dagli effetti (sostanziali, processuali e procedimentali) che ciascuno di essi è autonomamente idoneo a esprimere[413]. L'efficacia di questa fattispecie complessa è dunque scomponibile negli effetti (ridotti) dell'atto nullo e nei (restanti) effetti dell'atto di rinnovazione[414]. L'efficacia di quest'ultimo si scompone, a sua volta, nella stabilizzazione degli effetti che l'atto rinnovato, nonostante la nullità, è idoneo a esprimere e nella produzione delle conseguenze giuridiche che il vizio aveva impedito. Per ricostruire l'efficacia della fattispecie complessa, in definitiva, occorre stabilire quale requisito sia difettoso e quali effetti siano impediti e resi precari dall'errore compiuto[415].

Dall'interpretazione sistematica delle citate disposizioni si deduce altresì che l'effetto di onerare l'avversario a replicare o di obbligare il giudice a provvedere nel merito dell'atto è impedito non solo dalla nullità ma anche dall'inutile scadenza del termine perentorio stabilito per il suo compimento[416]. Validità formale e tempestività sono allora le condizioni, che devono ricorrere, perché l'atto esprima gli effetti procedurali remoti. A ogni vizio corrisponde un preciso rimedio: la nullità formale lo rinviene nelle cause di inopponibilità o nelle misure di correzione del vizio, la decadenza nella rimessione in termini. Sicché, quando tra l'atto nullo e l'ordine di rinnovazione è intervenuta la preclusione, il rimedio è possibile solo rimettendo nei termini la parte responsabile del vizio[417].

Se si condividono queste conclusioni, si converrà che la clausola di possibilità si riferisce, in primo luogo, all'ammissibilità cronologica del rimedio, che è esclusa

---

[413] Per l'autonomia dell'atto rinnovato dall'atto di rinnovazione v. N. PICARDI, *op. cit.*, 391 s.

[414] Sostengono invece che l'atto di rinnovazione sostituisca l'atto nullo in ogni suo effetto: E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 251.

[415] Ne esce confermata l'idea che l'atto nullo è solo un atto a efficacia ridotta. Per contro, ritengono che la rinnovazione abbia sempre efficacia retroattiva: F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 494; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 77; e E.T. LIEBMAN, V. COLESANTI, E. MERLIN, *op. cit.*, I, 251.

[416] Il diverso trattamento a cui i §§ 85^1 e 146^1 *öZPO* sottopongono gli atti intempestivi e gli atti viziati conduce la dottrina austriaca a sostenere che il termine si considera osservato anche se l'atto è imperfetto; rinvio per tutti a G.E. KODEK, *op. cit.*, n. 22.

[417] L'ostacolo maggiore alla retrocessione del procedimento resta comunque la dimostrazione che l'inosservanza delle prescrizioni formali sia dipesa da *error in procedendo* scusabile (art. 153^2). È altrettanto vero che, salvo deroghe (a es. artt. 358 e 387), non sussistono preclusioni alla rinnovabilità se il potere processuale di compiere l'atto non si è ancora consumato.

dalla scadenza del termine perentorio. La decadenza determina l'insorgere di una situazione processuale indisponibile, rilevabile d'ufficio, che preclude al giudice di ordinare la rinnovazione. L'esistenza di questo limite è giustificata dal fatto che se si consentisse alla parte di posticipare un'attività che la legge vuole compiuta entro un preciso termine perentorio, si assegnerebbe al giudice il potere di sovvertire il regime delle preclusioni processuali e la rinnovazione finirebbe per fare concorrenza sleale all'istituto della rimessione in termini. Non solo, l'ostacolo della decadenza rappresenta anche un deterrente contro le manovre abusive della parte che cercasse di guadagnare tempo introducendo vizi nell'arco del giudizio[418].

Il sistema delle preclusioni, impedendo la regressione del giudizio, risponde al canone di «ragionevole durata» del processo (art. 111^2 Cost.) e, per i suoi riflessi pubblicisti, non è materia di cui le parti o il giudice possano disporre. L'unico strumento con cui può essere superata la preclusione processuale è la *restitutio in integrum* (artt. 153^2) che, consentendo la retrocessione del procedimento, ripristina, in capo alla parte incorsa nella decadenza, il potere di replicare l'atto nullo.

Tutto ciò non toglie che l'ammissibilità del rimedio vada esclusa anche qualora sia maturata una decadenza sostanziale (art. 2969 c.c.) o siano sorti, in capo all'avversario, contro-diritti in materia sottratta alla disponibilità delle parti[419]. L'insorgenza di un fatto estintivo del diritto dedotto in giudizio impedisce al giudice, che l'abbia rilevato d'ufficio, di ordinare la rinnovazione, fatto salvo il caso in cui la legge, con una *fictio iuris*, retrodati gli effetti sostanziali della domanda. L'indagine appena compiuta, mostra infatti che, quando il legislatore ha inteso rendere possibile la rinnovazione, le ha conferito efficacia retroattiva (art. 291^1) proprio per legittimare la deviazione dalla regola che nega al rimedio effetti *ex tunc*.

In ciò mi sembra stia la principale differenza di trattamento tra le eccezioni sostanziali rilevabili anche d'ufficio e le decadenze processuali: le une, intervenute tra l'irrituale proposizione della domanda e la pronuncia di nullità, sono eliminate dall'efficacia retroattiva della rinnovazione; per contro, nessuna fittizia retrodatazione dell'effetto procedurale consente di superare le preclusioni *medio tempore* intervenute. Solo la riapertura dei termini processuali lo permette e la

[418] R. MOREL, *op. cit.*, 331 s.

[419] Va da sé che, se a risultare imperfetta è l'*editio actionis*, il giudice non potrà prospettarsi situazioni impeditive di un diritto non ancora individuato.

ragione è evidente: nessuna *fictio iuris* può riallacciare all'atto nullo l'effetto procedurale se l'avversario e il giudice non sono stati posti tempestivamente nella condizione di replicare e di provvedere nel merito.

Le conclusioni ricavate in ordine alla rinnovazione degli atti nulli sono ripetibili con riferimento agli atti materialmente inesistenti. In entrambi i casi, il termine perentorio non può ritenersi osservato, pertanto la preclusione è ancora una volta superabile se e solo se ricorrono gli estremi per la rimessione in termini[420]. A opposta conclusione sentirei di pervenire in ordine agli atti nulli per vizi della volontà. Se si ammette la loro annullabilità per effetto dell'anticipata operatività della revocazione (art. 395[n.1e6]), la clausola di possibilità non può rappresentare un impedimento insormontabile alla rinnovazione e ciò perché la decadenza in cui sia incorsa la parte per effetto del dolo o della violenza altrui non può non integrare gli estremi di quella causa incolpevole che è la condizione per concedere la rimessione in termini.

Se si condivide che la clausola di possibilità non consente la ripetizione di attività precluse nello stadio in cui il giudice valuta la rinnovabilità dell'atto nullo, si converrà altresì l'esclusione degli **atti di parte** (propulsivi, induttivi e causativi) dall'orizzonte applicativo dell'art. 162[1] ogniqualvolta non ricorrano le condizioni per la rimessione in termini.

Un margine di operatività maggiore viene generalmente riconosciuto all'istituto con riferimento agli atti di istruzione[421]. Senonché, anche l'attività probatoria di parte deve fare i conti con il limite della preclusione. Le **istanze istruttorie**, in quanto atti induttivi volti a provocare la decisione di ammissibilità e rilevanza di prove costituende, non sono emendabili una volta che la scadenza del termine perentorio abbia consumato il potere delle parti di indicare i mezzi probatori[422].

---

[420] Per la rinnovabilità, *ex* § 84 *öZPO*, dei non-atti v. A. KONECNY, *op. cit.*, 18; e G.E. KODEK, *op. cit.*, n. 27 s.

[421] F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, cit., 254; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 482; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1593 e 1649 ss.; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 106 s.

[422] In considerazione dell'oggetto e della natura dell'attività di produzione documentale, non sembra invece ipotizzabile la sua imperfezione formale né dunque la sua rinnovabilità.

Un più esteso ambito applicativo va invece accordato alla rinnovazione dei **provvedimenti del giudice** e, in generale, degli **atti dell'ufficio**. La clausola di possibilità non può limitare la rimediabilità del vizio quando l'*error in procedendo* non è imputabile alle parti. Anche se la preclusione è maturata, non vedo insomma ostacoli alla retrocessione del procedimento proprio perché responsabile della nullità è il giudice o un suo ausiliario.

Per quanto riguarda i provvedimenti istruttori e l'attività di acquisizione del mezzo probatorio, ricordo che l'istituto non rimedia all'inosservanza delle disposizioni sull'ammissibilità del mezzo di prova né all'errore di giudizio sulla sua rilevanza. L'assunzione di un mezzo di prova inammissibile o irrilevante è errore che determina non la nullità ma l'ingiustizia dell'ordinanza, perché a risultare violato è il divieto di introdurre nel giudizio un certo dato probatorio e cioè l'*an* dell'istruttoria[423]. Rientra invece nell'ambito applicativo dell'art. 162[1] l'inosservanza delle norme che regolano la forma dell'ordinanza di ammissione o le modalità di assunzione del mezzo di prova, perché qui è in gioco il *quomodo* dell'istruttoria[424].

Si dispone ora di tutti gli elementi necessari per inquadrare l'istituto nel sistema dei rimedi. La rinnovazione degli atti nulli opera su iniziativa del giudice, ha funzione sostitutiva (o integrativa) dell'atto difettoso ed effetti decorrenti dal momento della correzione (*ex nunc*). La sua esecuzione costringe ad allungare i tempi processuali e rinviene nella decadenza un confine invalicabile quando a dover essere sostituiti sono gli atti di parte. La rinnovazione si pone dunque in antitesi alle cause di inopponibilità della nullità, che invece elidono retroattivamente il vizio senza compromettere la rapidità del giudizio, e pertanto va a inquadrarsi nella contrapposta categoria delle **misure correttive dell'atto nullo**.

Il tema dei limiti cronologici del rimedio, soprattutto se comparato con le codificazioni europee a noi più vicine, offre importanti spunti per una riflessione conclusiva sulla funzionalità dell'istituto per com'è positivamente regolato dal nostro

[423] Nello stesso senso v. B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 108, nt. 115. Rinvio il lettore anche ai rilievi formulati *supra* al § 1.7.*b*.

[424] Vizi di forma-contenuto possono derivare dalla carenza di elementi volti o a individuare l'oggetto della richiesta stessa o a determinare le circostanze di fatto o di diritto che il mezzo di prova è chiamato a dimostrare. Il primo è il bene processuale di cui si domanda l'acquisizione, il secondo fornisce le coordinate con cui misurare quell'oggetto.

codificatore. Coerentemente con la tendenza espressa anche dall'ordinamento francese[425] e tedesco[426], l'ordinamento rinviene nella preclusione processuale un impedimento invalicabile alla rinnovazione. Può darsi che al fondo di questa ragione ostativa vi sia «ancora l'idea che le nullità cagionate da errori della parte e non dell'ufficio non possono essere oggetto del rimedio, perché la parte che ha commesso l'errore deve essere punita e la sanzione deve essere applicata»[427]. Tuttavia, a me sembra che la ragione vada rinvenuta soprattutto nel timore dei ritardi alla definizione della lite.

Una diversa scelta di politica legislativa è adottata dal codificatore austriaco, il quale non ricollega alla decadenza processuale alcuna preclusione alla rinnovabilità, purché l'atto viziato sia compiuto entro l'originario termine perentorio (§§ 84 e 85^1 *öZPO*)[428]. Ma v'è di più, la rinnovazione è ammessa al fine di prevenire non solo che la preclusione conduca all'*absolutio ab instantia* ma anche che all'inosservanza del termine segua il rigetto in merito della domanda per il sorgere di decadenze sostanziali o di contro-diritti opponibili[429]. L'idea di fondo insomma è che il rimedio vada concesso ogniqualvolta l'alternativa alla rinnovazione sia il diniego della tutela giurisdizionale domandata dalla parte caduta in errore[430].

Bisogna tuttavia riconoscere che, seppur moderno e suggestivo, una tale concezione dello strumento correttivo non sembra purtroppo importabile nel nostro ordinamento. Non vi sono d'ostacolo solo il dato positivo e la struttura formale del procedimento ma anche (ahimè!) l'amara condizione in cui versa l'amministrazione della giustizia italiana. Una misura correttiva come quella regolata dall'art. 162^1 può infatti funzionare solo in un procedimento che non sia ingessato da numerose e rigide

---

[425] Anche la *régularisation* dell'atto nullo è impedita dalla preclusione (art. 115 *n.c.p.c.*) e dalla prescrizione del diritto nel frattempo intervenuta; v. L. CADIET, *op. cit.*, 398; e S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 671.

[426] G. GÜNTZEL, *op. cit.*, 8 e 170; e L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 352.

[427] B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 281.

[428] L'atto viziato ha dunque un effetto prenotativo che rende superflua la rimessione in termini, la quale resta applicabile ai soli casi di attività omessa o intempestiva. Il pericolo di dilatazione dei tempi processuali è scongiurato vietando la rinnovazione in ipotesi di dolosa violazione delle prescrizioni formali; su tutto ciò rinvio alla trattazione di G.E. KODEK, *op. cit.*, n.ri 18 ss., 33, 45 s. e 220.

[429] Il § 84^3 *öZPO* ammette per la verità solo la rinnovazione degli atti sottoposti a termine, senonché, in forza del principio di parità delle armi tra attore e convenuto, il rimedio è esteso anche alla domanda introduttiva; v. A. KONECNY, *op. cit.*, 61 s.; e G.E. KODEK, *op. cit.*, n.ri 119 ss. e 220 s.

[430] A. KONECNY, *op. cit.*, 15; e E. KODEK, *op. cit.*, n.ri 118, 122 e 130.

preclusioni. La rinnovazione poteva allora funzionare in un giudizio flessibile, aperto a mutamenti e a novità, quale era quello delineato dalla rif. della L. 581/1950, ma non certo in quel percorso ad ostacoli che è ormai divenuto il processo dopo le novelle susseguitesi dal 1990 al 2005. Non solo, occorre altresì che il giudice studi gli atti di causa di causa sin dalla loro produzione (e non solo in sede di decisione) e che si ponga in dialogo costante con le parti così da essere in grado di correggere tempestivamente gli errori.

È anche vero che, senza il limite della possibilità, la funzionalità del rimedio rischia di essere sabotata da certi comportamenti abusivi che la parte interessata potrebbe essere tentata di mettere in campo per finalità meramente dilatorie. E, d'altro canto, è proprio l'esigenza di ridurre l'irragionevole durata dei processi a frenare l'istanza per una più ampia rinnovabilità degli atti. Resta però un'incoerenza di fondo: se si sceglie di sostituire la tecnica dell'oralità e dell'immediatezza con quella della scrittura non è ragionevole poi espropriare le parti del più importante rimedio che esse possiedono contro le sviste e gli errori di forma. Occorre invece che il legislatore accantoni quest'altro residuo privatistico del processo, che è l'ossessione per la forma scritta, e che giudice e difensori si riabituino all'oralità perduta, e ciò anche in ragione di una più consapevole assunzione di corresponsabilità nel superamento dei vizi processuali.

3.9. Non si è ancora indagato se le nullità non-formali ed extra-formali siano emendabili tramite rinnovazione degli atti o tramite altre tipologie di rimedio. Per rispondere al quesito occorre passare brevemente in rassegna le diverse fattispecie sananti predisposte dal legislatore per poi sincerarsi se ricorrano caratteristiche comuni sufficienti a ricondurle alle categorie tracciate.

a) Sanabile è il difetto di giurisdizione relativo ai rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali[431]. Il rimedio consiste nella riproposizione della domanda dinanzi al giudice indicato come fornito di giurisdizione, a cui l'art. 59[2], L. 69/2009, ricollega *ex tunc* gli effetti sostanziali e processuali[432]. Nonostante siano tenute «ferme (…) le

[431] La sanabilità del difetto relativo di giurisdizione si fonda sul principio, affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza del 12 marzo 2007, n. 77, in virtù della quale la pluralità di giurisdizioni all'interno della struttura giudiziaria statale non può risolversi in un pregiudizio per la tutela dei diritti.

[432] Il riformatore del 2009 ha così accolto l'indicazione della Corte Costituzionale (sent. cit. nt. *supra*) secondo cui è incompatibile col diritto alla tutela giurisdizionale il fatto che la domanda

decadenze intervenute», non si vede però come possano valere in un successivo e diverso giudizio le preclusioni maturate nel precedente processo chiusosi in rito. Coerenza logica induce a interpretare *praeter legem* questa disposizione, che altrimenti rimarrebbe priva di senso, ammettendo che gli effetti procedimentali si producano dalla proposizione, anche tardiva, della nuova domanda[433].

b) La riassunzione tempestiva del processo dinanzi al giudice indicato come competente è l'atto di impulso che consente l'acquisizione del presupposto mancante e la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria (art. 50^1)[434]. Ancora una volta la sanatoria della nullità è frutto di una cooperazione tra giudice e parti, coerente con il principio dell'iniziativa di parte (art. 307^3), ma, a differenza dell'ipotesi precedente, non è una riproposizione della domanda bensì un atto di riassunzione a consentire la conservazione degli effetti connessi alla litispendenza.

c) Si è già visto come la rinnovazione della chiamata in giudizio o della notificazione corregga l'irrituale instaurazione del contraddittorio, salvando retroattivamente gli effetti sostanziali e processuali della domanda (artt. 164^2 e 291^1).

Anche la spontanea costituzione del convenuto rende la causa decidibile nel merito, ma questa diversa causa di sanatoria pone il problema dei limiti al compimento degli atti non più consentiti nello stadio in cui è acquisito al processo il presupposto carente. Le preclusioni sono tuttavia superabili con la rimessione in termini, da concedersi senza condizioni o subordinatamente alla prova dell'ignoranza incolpevole del processo a seconda che il convenuto si costituisca, rispettivamente, entro la prima udienza di comparizione (art. 164^3) o dopo di essa (art. 294^{1e2}).

d) La domanda con cui sono erroneamente individuati i necessari contraddittori è sanata, con salvezza *ex tunc* degli effetti sostanziali e processuali, dalla citazione del

---

proposta al giudice carente di giurisdizione perda, nella *translatio iudicii*, i propri effetti sostanziali e processuali. Tuttavia il legislatore sembra essere incorso in contraddizione facendo prima «salvi gli effetti sostanziali» e poi tenendo «ferme (…) le decadenze intervenute». Se si vuole salvare l'incoerenza dell'art. 59^2, bisogna allora ricondurre alla proposizione della domanda originaria ogni effetto materiale, salvo quello di impedire le decadenze sostanziali (artt. 2964 ss. c.c.).

[433] L'interpretazione abrogativa è suggerita da M. BOVE, *La riforma della procedura*, in *Il nuovo processo civile*, M. BOVE, A. SANTI (a cura di), Matelica 2009, 24 s.

[434] F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, cit., 7 s.

litisconsorte pretermesso[435]. La nullità è qui purgata dall'atto di impulso compiuto in adempimento all'ordine di integrazione del contraddittorio (artt. 102^2 e 307^3).

Il presupposto difettoso è altresì integrato al giudizio dalla spontanea costituzione in giudizio del litisconsorte, il quale non subisce limitazioni ai suoi poteri processuali, avendo diritto a una vera e propria restituzione in termini (art. 268^2) o alla rimessione del procedimento al primo giudice se la nullità è pronunciata in sede di impugnazione (artt. 354^1 e 383^3).

e) La costituzione della persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, il rilascio dell'autorizzazione all'organo rappresentante dell'ente e la rinnovazione della procura alle liti rendono ammissibile la decisione nel merito e salvano gli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria (art. 182^2). Tuttavia, non perciò solo gli atti *medio tempore* compiuti diventano validi, perché altrimenti si negherebbe quell'esigenza di tutela delle ragioni difensive degli incapaci o dei non-rappresentati che è la ragion d'essere della nullità non-formale (su cui v. *infra*).

Ebbene, tali rimedi non sembrano riducibili alla categoria delle misure di correzione. La sanatoria del difetto di giurisdizione relativa e del contraddittorio per vizio di notifica sono conseguenze di una rinnovazione della domanda che non ha nulla in comune con l'istituto previsto dall'art. 162^1. Anche volendo vedere nell'indicazione del giudice munito di giurisdizione (art. 59^1, L. 69/2009) un ordine di rinnovazione, l'ammissibilità del provvedimento non è impedita dalle decadenze nel frattempo intervenute. Neanche la rinnovazione della notifica dell'atto introduttivo (art. 291^1) e della procura alle liti (art. 182^2) sono riconducibili allo schema dell'art. 162^1, dato che qui il rimedio rimuove retroattivamente le decadenze e i diritti quesiti. E neppure la *translatio iudicii* dinanzi al giudice competente e la chiamata in giudizio del necessario contraddittore sono qualificabili come rinnovazione della domanda, dato che la riassunzione della causa (art. 50) e l'integrazione del contraddittorio (artt. 102^2 e 331) non ripropongono l'azione ma sono meri atti di impulso processuale (art. 307^3). Esulano infine dall'ambito applicativo dell'art. 162^1 la costituzione della parte a cui spetta la rappresentanza o

[435] La retroattività della sanatoria *ex* art. 102^2 è in dottrina riconosciuta da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*[5], Napoli, 2012, 299; ed è confermata in giurisprudenza da Cass., S.U., 22 aprile 2010, n. 9523. In senso dubitativo v. invece CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, II, 419.

l'assistenza e il rilascio delle autorizzazioni all'organo agente, in quanto non determinano alcuna sostituzione tecnica degli atti nulli[436].

I rimedi predisposti dal legislatore contro le nullità non-formali ed extra-formali sono piuttosto qualificabili come **cause di sanatoria**, consistenti in un'attività di parte integrativa del presupposto carente e conservativa degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria. A tale categoria appartengono anche la spontanea costituzione della parte irritualmente chiamata in giudizio, del rappresentante, del litisconsorte pretermesso e il rilascio dell'autorizzazione o del mandato *ad litem*[437]. È vero che queste ultime cause di sanatoria divergono da quelle poc'anzi menzionate per il fatto di operare *ex lege* anziché su iniziativa dell'ufficio, ma tale fattore non ne giustifica una separata classificazione in quanto non ne modifica né la funzione, che è pur sempre integrativa, né l'efficacia, che resta per l'appunto retroattiva[438].

La sanatoria delle nullità non-formali pone all'attenzione dell'interprete un'ulteriore questione, che è quella della sorte degli atti compiuti e delle preclusioni maturate al momento in cui il presupposto è acquisito al giudizio. Il problema, che si presenta anche «quando sia possibile la rinnovazione degli atti ai quali la nullità (di forma) si estende», dipende dalla capacità delle nullità non-formali di propagarsi, in via automatica e originaria, all'intera serie degli atti processuali. E poiché tra l'instaurazione del giudizio e l'ordine di sanatoria può intercorrere anche un lasso di tempo considerevole – data anche la tendenziale rilevabilità del vizio in ogni stato e

[436] Di opposto avviso è G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., 287 s., secondo cui l'art. 182^2 prevedrebbe una vera e propria forma di rinnovazione dell'atto.

[437] Non mi trova d'accordo la tesi di G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 24 ss., secondo cui le cause di sanatoria rappresenterebbero una deroga processuale al principio di irrilevanza dell'atto imperfetto. Si è visto che l'eguaglianza tra atto imperfetto e atto inefficace è frutto di una concezione privatistica incompatibile con il dinamismo del processo, che ricollega anche all'attività invalida l'effetto di costituire situazioni rilevanti e, da ultimo, il potere decisorio del giudice.

[438] Significativo è il rilievo di F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, cit, 8 s., per cui «la retroattività della sanatoria costituisce una scelta di opportunità del legislatore che è ulteriore e non necessaria rispetto al principio da cui ha tratto origine (…) chi ha proposto la domanda viziata è ammesso a sanare il vizio senza dover in qualche modo giustificare il proprio errore: anche la sbadataggine più marchiana o finanche l'errore volontario consentono la sanatoria».

grado del giudizio – si capisce come le dimensioni del fenomeno finiscano per dipendere dallo stato di avanzamento della procedura[439].

La stabilità degli atti *medio tempore* compiuti non dipende dalla mera acquisizione del presupposto di ammissibilità né dalla sua idoneità a sanare retroattivamente gli effetti della domanda. La causa di sanatoria rimuove l'ostacolo alla composizione della lite nel merito e ricollega all'atto introduttivo gli effetti sostanziali della domanda originaria, ma non può convalidare le attività di trattazione, istruzione e decisione già svolte. L'inefficacia degli atti compiuti quando il procedimento non era in regola con i presupposti di ammissibilità dipende infatti dall'inidoneità degli atti posti in essere a onerare l'avversario a difendersi e a obbligare il giudice a provvedere nel merito.

Occorre a questo punto distinguere le nullità attinenti all'organo giudicante (artt. 37 s.) o che incidono sul diritto di difesa (art. 182^{2}) dai vizi che impediscono l'effettiva instaurazione del contraddittorio (artt. 102, $164^{2,5e6}$, 291^{1} e 294).

- Per quanto riguarda l'attività di trattazione effettuata di fronte al giudice sfornito di giurisdizione o di competenza due sembrerebbero le soluzioni prospettabili: o si sostiene che la riassunzione della causa consente la conservazione degli atti oppure si ammette che l'inosservanza delle regole che concretizzano il principio del giudice naturale precostituito per legge rende la pregressa attività inutilizzabile[440]. Il legislatore sembra propendere per la prima soluzione quando stabilisce che, con la riassunzione della causa, «il processo continua davanti al nuovo giudice» (art. 50), mentre si mostra indeciso tra «riassunzione» e «riproposizione» della causa nel regolare la traslazione della domanda all'ufficio munito di giurisdizione (art. 59 L. 69/2009)[441].

---

[439] Accade così che la rinnovazione, come scrive C. FURNO, *op. cit.*, 441 s., «può talvolta assumere l'aspetto di un vero e proprio (nuovo) procedimento: tutte le volte che sia possibile e necessario rinnovare una fase – che potrà essere più o meno estesa, secondo i casi; e che potrà perfino abbracciare un procedimento intero, invalidamente svolto – del processo».

[440] L'interpretazione più liberale, condivisa peraltro anche dalla dottrina tedesca (L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 196) è sostenuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria: v. per tutte Cass., 10 maggio 2013, n. 11234; e C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. cit.*, I, 321. Per la soluzione restrittiva v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], I, 133 s.

[441] Anche su questo argomento va segnalata la puntualità e la chiarezza del codificatore austriaco, che, al § 261^{6}, prevede l'«utilizzo del fascicolo di causa e di tutti gli altri atti».

Ebbene, posto che la soluzione non è ricavabile con un'interpretazione meramente letterale – che qui mostra tutti i suoi limiti – a me pare preferibile riconoscere l'inutilizzabilità degli atti, che è la soluzione più fedele alla garanzia del giudice precostituito (art. 25^1 Cost., art. 47^2 CDFUE e art. 6^1 CEDU) e alla tecnica dell'oralità e dell'immediatezza.

Neppure le attività di allegazione, deduzione e probatorie compiute dalla parte incapace, dall'organo sprovvisto di autorizzazione o dall'attore sfornito di rappresentante tecnico divengono utilizzabili per effetto della costituzione del rappresentante o del rilascio dell'autorizzazione e della procura alle liti[442]. Sostenere il contrario significherebbe esautorare il diritto di difesa (art. 24^2 Cost.) a tutela del quale l'ordinamento prescrive l'osservanza di quelle garanzie. E allora tanto varrebbe ammettere le parti a difendersi da sole o l'incapace a far valere personalmente le proprie ragioni o l'organo ad agire indipendentemente dalla manifestazione di volontà dell'ente che è chiamato a rappresentare.

Bisogna allora concludere che le attività compiute sono recuperabili solo se il soggetto, capace di compiere gli atti della procedura, dichiari la volontà di ratificarle o non si opponga alla loro nullità nella prima istanza o difesa utile[443]; in tali modi si convalidano retroattivamente gli atti già compiuti[444]. Qualora invece sia eccepita la

---

[442] In tal senso anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], I, 215; e M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], cit., 135. Vedono invece nella costituzione del rappresentante o dell'assistente l'inequivoca volontà di ratificare gli atti compiuti: E. ALLORIO, *Mancanza di sottoscrizione, vizio di rappresentanza ratifica della citazione*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 169 e 175; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 278 ss. e 293 ss.; C. PUNZI, *op. cit.*, 210 s.; G. BALENA, *La riforma della giustizia civile*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI (a cura di), Torino, 2009, 70 s.; e in giurisprudenza Cass. 13 febbraio 1963, n. 274, in *Foro it.*, 1963; 10 agosto, n. 2290, in *Mass. giur. it.*, 779.

[443] Nel codice di KLEIN quest'idea è positivizzata dal § 477^2 *öZPO*, che conferisce l'efficacia della ratifica all'intervento del rappresentante legale che ometta di eccepire il difetto di capacità.

[444] Quando l'art. 182^2 stabilisce che «l'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione» si riferisce alla sanatoria del presupposto processuale e al momento dal quale decorrono gli effetti connessi alla litispendenza. La ratifica o la restituzione dei termini trova perciò la propria disciplina al di fuori della norma sul «difetto di rappresentanza o di autorizzazione». Nella letteratura tedesca, l'inidoneità della sopravvenuta capacità e dell'intervento del rappresentante a sanare *ipso iure* le attività compiute è sostenuta da G. GÜNTZEL, *op. cit.*, 95, secondo cui la convalida può essere solo conseguenza di una ratifica.

nullità della trattazione e istruzione già svolta, la parte in senso formale avrà diritto alla restituzione dei termini[445].

- Le imperfezioni che impediscono l'effettiva instaurazione del contraddittorio pongono il problema inverso. Avendo impedito la conoscenza della lite, il convenuto o il litisconsorte necessario non è stato posto nella condizione di difendersi. L'alternativa che qui si pone è tra la conservazione delle preclusioni maturate e la rimessione in termini. Il legislatore mostra chiaramente di preferire la seconda soluzione ma con dei contemperamenti. La regressione del procedimento, infatti, è talvolta ricollegata dal legislatore alla semplice proposizione dell'istanza di parte (artt. $164^{2,3e6}$, 268^{2} e 291^{1})[446]. Quando invece il legislatore ha avvertito l'esigenza di cautelare il procedimento dalle manovre dilatorie del convenuto, ha espressamente subordinato la rimessione alla prova che la nullità dell'atto introduttivo del giudizio abbia impedito la conoscenza della domanda (artt. 294^{1}, 327^{2}, 650^{1} e 668^{1})[447].

È inoltre doverosa una precisazione: ripristinare, in capo alla parte pregiudicata dalla nullità, la serie di poteri non esplicati non significa automatica eliminazione e rinnovazione dell'attività compiuta. La ponderazione dei principi di celerità ed economia processuale (art. 111^{2} Cost.) e delle garanzie di difesa e di eguaglianza delle parti (artt. 24^{2} e 111^{2} Cost.) suggeriscono di conservare l'attività pregressa[448] e di modulare la regressione del procedimento in modo da concedere all'avversario la facoltà di replica ai soli *nova* legittimamente introdotti dalla parte citata o intervenuta tardivamente. L'ordine del giudice che dispone la rimessione in termini è così anche chiamato a regolare le dimensioni del fenomeno rinnovativo.

Anche i rimedi contro i vizi extra-formali degli atti posti in essere tra l'azione esercitata in difetto dei presupposti e la pronuncia di nullità sono inquadrabili entro le costruite categorie. Poiché la ratifica e la decadenza dall'eccezione convalidano «di diritto» e con efficacia retroattiva le attività compiute, di guisa che gli effetti procedurali di ogni atto della serie vanno considerati *ex post* come regolarmente

[445] Ritengono che la parte abbia diritto alla restituzione dei termini se non manifesta la volontà di ratificare l'attività compiuta dall'incapace: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 73; e S. SATTA, *op. cit.*, II, 1, 81; e in giurisprudenza Cass. 12 febbraio 1963, n. 274.

[446] La rimessione in termini non mi pare concedibile su iniziativa del giudice. Esclude che la restituzione dei termini *ex* art. 268^{2} sia accordabile d'ufficio B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 166 ss.

[447] Sulle ragioni politiche di tale scelta legislativa v. *supra* § 2.5.

[448] Per l'utilizzazione delle attività compiute dopo l'invalida proposizione della domanda v. A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., 340.

prodotti, tali rimedi sono qualificabili come **cause di inopponibilità della nullità**. Viceversa, la rinnovazione, combinata con la rimessione in termini, opera su ordine del giudice, ha funzione integrativa di attività che altrimenti rimarrebbero precluse ed ha efficacia *ex nunc*. Date queste caratteristiche, tale rimedio non può che appartenere alle **misure di correzione**.

3.10. I vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del p.m. costituiscono ipotesi di nullità extra-formale che l'art. 158 vuole insanabili e rilevabili d'ufficio. Che l'emersione della nullità sia svincolata dall'eccezione di parte è logico corollario dei profili pubblicistici connessi a tali patologie ed è coerente con la loro non-sanabilità[449].

La clausola che «fa salva la disposizione dell'art. 161» sembra riferibile al primo comma della norma, che priva di rilevanza la nullità non tempestivamente censurata col mezzo d'impugnazione[450]. La formula di salvezza va dunque interpretata nel senso che l'unico rimedio concepibile contro vizi di tale gravità è l'esaurimento degli ordinari mezzi d'impugnazione (salvo l'art. 397[n.1]).

Nonostante l'estremo rigore con cui l'art. 158 sembra trattare i due vizi, occorre domandarsi se, al di qua del giudicato, sia concepibile una qualche forma di rimedio o se, all'opposto, la validità dell'intero procedimento sia irreparabilmente compromessa. Malgrado la qualifica di insanabilità del vizio, che sembra non lasciare spazio ad alcuna forma di riparazione[451], la ricerca di strumenti capaci di porvi riparo è mossa dal comprensibile intento di non accollare alle parti le conseguenze negative di un *error in procedendo* imputabile all'ufficio. Tanto più che all'ordinamento non è sconosciuta l'ipotesi di nullità insanabile e, purtuttavia,

---

[449] Riferisce la rilevabilità d'ufficio alla non sanabilità del vizio F. CARNELUTTI, *Nullità della sentenza per vizio nella composizione del collegio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 85 ss.

[450] In letteratura è condivisa l'opinione che non sia consentito un aggancio all'art. 161[2] e che, una volta esauriti i mezzi d'impugnazione, anche queste nullità insanabili siano oppugnabili: E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore*, cit., 32; G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., 120 ss.; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 478; S. SATTA, *op. cit.*, I, 542 s.; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1605; e per la giurisprudenza: Cass.14 febbraio 1994, n. 1448. L'opposta interpretazione, se può avere il pregio di conferire un preciso significato alla qualifica d'insanabilità e di consentirne la rimediabilità attraverso la rimessione al primo giudice, presenta l'inconveniente di curare il male con una soluzione ancora più gravosa, che rende ostaggio la sentenza dell'*actio nullitatis*.

[451] Per l'inammissibilità di ogni forma di riparazione v. B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 186.

rimediabile con la regressione del procedimento e la rinnovazione della decisione (artt. 161^2 e 354^1).

Ebbene, è sintomatico che la *littera* dell'art. 158 ricolleghi l'insanabilità non all'irregolare costituzione dell'organo bensì alla «nullità (degli a.p.) derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice». Ciò induce a credere che il legislatore abbia voluto sguarnire di ogni rimedio l'inammissibilità degli atti compiuti dinanzi al giudice non investito del potere giurisdizionale ma non anche il difetto del presupposto relativo all'organo giudicante.

Se si accede a questa interpretazione, si converrà che la devoluzione della causa al giudice superiore regolarmente costituito è di per sé idonea a ripristinare le condizioni di ammissibilità della decisione di merito. A questo punto, nulla impedisce al giudice del gravame di avocare a sé il giudizio e di disporre, ai sensi dell'art. 354^4, la ripetizione dell'attività di trattazione e istruzione del primo grado. E infatti, quando il codificatore parla di «nullità insanabile» fa riferimento ad atti non convalidabili ma ciò non ne esclude la loro ripetibilità[452].

La rinnovazione non può neppure trovare impedimento nelle preclusioni maturate. Le decadenze dipendono da errore imputabile all'ufficio, le cui conseguenze negative non possono essere trasferite sulle parti incolpevoli. Se il giudice non vuole rendersi inadempiente all'obbligo di concedere la tutela giurisdizionale, deve essere accordata la rimessione in termini. E poiché la pronuncia di nullità travolge gli effetti della domanda originaria e ogni risultato raggiunto in prima istanza, il giudizio d'appello si svilupperà sulla falsa riga del primo grado[453].

Dato il ruolo di convitato di pietra che il p.m. riveste nella pratica, la sanzione di nullità insanabile appare una reazione sproporzionata rispetto alla reale consistenza del vizio, dovuta più probabilmente a una tralatizia suggestione esercitata dall'art. $185^{n.2}$ del codice Rocco che a una meditata scelta di politica legislativa.

L'art. 158 rinvia alla violazione delle disposizioni che prevedono l'intervento obbligatorio del p.m. (art. 70). È però disputato se l'obbligo sia adempiuto solo con

[452] Cfr. R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, cit., 478, nt. 26.

[453] Alla soluzione proposta non vedo altra alternativa che rassegnarsi, come scrive B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 177, a «un'innegabile quanto inammissibile lacuna del sistema, che finisce per fallire proprio uno degli obiettivi primari in tema di nullità, ossia l'esigenza di non far ricadere sulle parti le conseguenze di errori dell'organo ufficiale».

l'ingresso dell'organo pubblico o se, invece, sia sufficiente la trasmissione degli atti per informarlo della pendenza del processo (art. 71^1)[454]. Il problema nasce dal coordinamento dell'art. 71, che impone al giudice di comunicare gli atti al p.m., con l'art. 75^1 ord.g., che esige, per la valida celebrazione dell'udienza, l'intervento dell'organo requirente[455]. È evidente che solo dopo aver risolto la questione nell'uno o nell'altro senso è possibile individuare la causa della nullità e il momento in cui essa si radica nel procedimento.

Ebbene, la partecipazione obbligatoria del p.m. al giudizio è prescritta a garanzia dell'esauriente e non collusiva trattazione e istruzione della lite sul diritto indisponibile oggetto del processo. L'organo requirente è imposto dal legislatore come parte necessaria di un giudizio litisconsortile in funzione di controllo e di vigilanza dell'operato delle parti e del giudice[456]. La partecipazione del p.m. assurge così a condizione di integrità del contraddittorio[457].

Ciò non significa che l'istituto vada ridotto entro lo schema del litisconsorzio necessario (art. 102). I presupposti sono diversi[458]: il litisconsorzio *ex* art. 70 non trae origine da rapporti unitari di contitolarità né da esigenze processuali connesse alla legittimazione straordinaria, bensì dal bisogno di garantire l'interesse pubblico alla cognizione completa e regolare di diritti sottratti all'autonomia negoziale dei privati.

Non solo. Per l'adempimento della funzione di controllo, il codificatore non ha imposto la partecipazione dell'organo requirente all'intero giudizio, ma ha ritenuto

---

[454] Ha statuito che il p.m. assolve le sue funzioni partecipando all'udienza collegiale di trattazione, anche se non abbia presentato delle proprie conclusioni: Cass. 4 febbraio 1987, n. 993; 22 dicembre 1978, n. 6152; e 10 marzo 1972, n. 677; conf. in dottrina: M. VELLANI, *Del pubblico ministero*, E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, I, Torino, 1973, 831. Il disposto di legge è invece osservato con la comunicazione degli atti al p.m. per Cass. 27 aprile 1985, n. 2742; Cass. 5 giugno 1984, n. 3407; Cass. 18 febbraio 1982, n. 1023; e Cass. 10 dicembre 1979, 6380; conf. in dottrina: F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], I, 150.

[455] Dall'art. 3^{1e3} disp. att. risulta che l'intervento del p.m. può alternativamente esercitarsi dinanzi al giudice istruttore o all'udienza collegiale di discussione.

[456] La dottrina è divisa tra chi qualifica il p.m. come organo amministrativo per la tutela dei diritti morali dello Stato: E. ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 212; e P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 304; chi lo considera organo giurisdizionale: S. SATTA, *op. cit.*, I, 232; e chi lo riduce a mera parte del giudizio: M. VELLANI, *op. cit.*, 818 s.; e V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., 301.

[457] V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 479; e G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1613 s.

[458] Non riconducono l'intervento del p.m. alla figura del litisconsorzio necessario: G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, 225 s.; e R. VACCARELLA, *op. cit.*, 113 ss.

sufficiente anche la sola presenza all'udienza di discussione per la formulazione delle conclusioni. L'intervento del p.m., quando la causa si trova davanti al collegio (art. 3 d.att.), non costituisce perciò partecipazione tardiva e può, al più, sollecitare la regressione della causa in istruttoria se lo stesso non aderisce alle conclusioni di una delle parti (art. 3^3 d.att.)[459]. Viceversa, la costituzione tardiva del litisconsorte necessario in pendenza di giudizio sana *ex tunc* il difetto d'integrità del contraddittorio e legittima la rimessione in termini per la ripetizione delle attività processuali compiute in sua assenza (art. 268^2).

Senonché, al di là di queste differenze, ragioni di ordine sistematico e logico militano affinché la nullità consegua all'omessa comunicazione degli atti al p.m. E infatti, tanto nel litisconsorzio necessario quanto nel litisconsorzio ufficiale si avverte l'esigenza di espropriare il litisconsorte pretermesso del potere di veto sulla decidibilità nel merito. È per tale motivo che l'art. 102^2 ritiene sufficiente la citazione in giudizio del necessario contraddittore per legittimare la decisione nel merito.

L'aver individuato, nell'intervento del p.m., una condizione indispensabile per l'integrità del contraddittorio suggerisce di estendere, alle fattispecie di cui all'art. 70, lo strumento sanante della *denuntiatio litis*. Se si favorisse invece l'altra interpretazione, si giungerebbe al paradosso per cui l'organo requirente, scegliendo di disertare il giudizio, non solo impedirebbe la celebrazione dell'udienza di discussione (giusta il divieto posto dall'art. 75^1 ord.g.) e la pronuncia di merito, ma renderebbe pure l'intera serie degli atti annullabile per revocazione (art. $397^{n.1}$).

Quanto al momento in cui si radica il vizio, va considerato che il collegio può ordinare la comunicazione degli atti al p.m. se il giudice istruttore non vi ha tempestivamente provveduto e che l'intervento può essere utilmente spiegato fino al momento che precede la decisione. Se ne può allora concludere che il vizio matura solo con il passaggio dalla fase di trattazione a quella decisoria[460].

Veniamo ora all'altro corno del problema, che è quello – già esaminato con riguardo ai vizi di costituzione del giudice – dei rimedi all'omessa trasmissione degli

---

[459] Essendo pienamente legittimo l'intervento tardivo del p.m., l'integrazione della fase istruttoria non ha nulla a che vedere con l'istituto della rinnovazione degli atti nulli di cui all'art. 162^1.

[460] Si aggiunga che l'art. 71^1 parla genericamente del «giudice, davanti al quale è proposta una delle cause indicate» nell'art. 70^1, il che non implica un esclusivo riferimento al giudice istruttore; in tal senso v. anche M. VELLANI, *op. cit.*, 843. La soluzione non cambierebbe neppure ammettendo il collegio a rimettere la causa al giudice istruttore affinché provveda alla trasmissione degli atti.

atti. Ancora una volta occorre muovere dal fatto che l'art. 158 riferisce l'insanabilità agli atti del processo e non ai «vizi relativi (…) all'intervento del p.m.». Ciò rivela la volontà legislativa di escludere la rimediabilità degli atti posti in essere a contraddittorio non integro, ma non anche la possibilità di eliminare l'ostacolo all'inammissibilità della trattazione e decisione nel merito.

Se l'imperfezione è rilevata dal collegio in sede decisoria, l'*impasse*, com'è se visto, è superabile ammettendo il collegio a sanare il vizio trasmettendo gli atti al p.m.[461]. Nell'ipotesi in cui il vizio sia rilevato solo nel successivo grado[462], va esclusa la rimessione della causa al primo giudice in quanto gli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva non si salverebbero, ma decorrerebbero dalla riassunzione della causa in primo grado (infra § 4.9.*β*.). Non v'è insomma motivo di interpretare analogicamente l'art. 354[1], visto che la rimessione al primo giudice avrebbe, sotto il profilo cronologico, la stessa efficacia della domanda nuova[463]. Pertanto, dichiarata la nullità in sede di gravame, il giudice *ad quem* può solo trasmettere gli atti al p.m. perché intervenga in sede d'appello.

La tardiva comunicazione del fascicolo non costituisce però sanatoria, poiché non salva gli effetti della domanda originaria né consente il recupero degli atti del primo grado, ma pone soltanto le condizioni perché siano ammissibili l'istruzione e la decisione nel merito[464]. Ancora una volta, l'unico rimedio[465] resta la rinnovazione

---

[461] Tecnicamente la rimessione può avvenire ammettendo che l'inadempimento della comunicazione imposto dall'art. 71 rientri tra le «questioni relative all'istruzione della causa» su cui il collegio può provvedere senza definire il giudizio (art. 279[1]). La soluzione può condividersi solo a patto di intendere la «istruzione» in senso a-tecnico come omnicomprensiva della trattazione, istruzione e rimessione in decisione. D'altro canto, è lo stesso art. 3[1] d.att. ad ammettere l'intervento del p.m. «anche quando la causa si trova davanti al collegio».

[462] Facendo leva sul rinvio operato all'art. 161, M. VELLANI, *op. cit.*, 836 ss., sostiene che la mancata censura del vizio, tra i motivi d'impugnazione, condurrebbe alla sanatoria della nullità, mentre in caso di doglianza il giudice d'appello sarebbe tenuto a dichiarare la nullità dell'intero giudizio. La tesi non appare condivisibile, sia perché pretende di ricavare dall'art. 161 una regola sui poteri del giudice superiore, quando invece la norma sanziona solo l'onere d'impugnazione, sia perché non si spiegherebbe, altrimenti, come potrebbe il p.m. domandare la revocazione delle «sentenze pronunciate (…) in unico grado» o «per le quali è scaduto il termine per l'appello» (artt. 395 e 396[1]).

[463] Ammettono invece la rimessione al primo giudice: V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 479; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1613, nt. 49; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 68; e A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 484 ss.

[464] G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit., 225 s.

[465] La soluzione prospettata nel testo è circoscritta da M. VELLANI, *op. cit.*, 836 ss., ai soli casi in cui le parti non abbiano sollevato il vizio come motivo di gravame. Secondo R. VACCARELLA, *op.*

degli atti ai sensi dell'art. 354[4]. Naturalmente ogni atto rinnovato produrrà gli effetti *ex nunc* con conseguente perdita di un grado di giudizio[466], ma, d'altro canto, si tratta di un'alternativa che il codificatore ha mostrato di voler sacrificare nel momento in cui non ha annoverato il vizio nel catalogo dell'art. 354[1].

Contro la soluzione proposta sono sollevabili alcune obiezioni, che, tuttavia, mi sembrano agevolmente superabili[467]. La chiusura dell'udienza collegiale di primo grado non segna alcuna preclusione alla trasmissione del fascicolo né alla rinnovazione degli atti. La disposizione contenuta nell'art. 3 d.att. si rivolge al p.m. fissandogli il termine ultimo per il suo intervento senza stabilire alcun limite all'esercizio dei poteri del giudice superiore. Lo riprova il fatto che l'art. 71 attribuisce il potere di ordinare la comunicazione degli atti non al solo giudice di primo grado ma, più in generale, «al giudice, davanti al quale è proposta una delle cause indicate».

Priva di pregio è anche l'obiezione per cui il conferimento del potere di proporre la revocazione impedirebbe l'assimilazione del p.m. alle parti del processo. Difatti, anche al litisconsorte pretermesso è concessa dall'art. 404[1] la legittimazione a proporre un mezzo d'impugnazione straordinario con cui contestare la sentenza irrevocabile emessa *inter pauciores*, senza che ciò sia d'ostacolo alla regressione e alla rinnovazione del procedimento.

Nessun argomento contrario mi pare infine ricavabile dalla qualifica di insanabilità o dall'anomia intorno alla rimediabilità del vizio. Come ho più volte rilevato, a risultare compromesse sono solo le attività compiute e non anche il difetto d'integrità del contraddittorio. Inoltre, ragioni di equità suggeriscono di non trasferire sulle parti incolpevoli le conseguenze di un vizio imputabile all'ufficio[468]. Parimenti, la rinnovazione degli atti di parte non può essere limitata da preclusioni processuali maturate per causa imputabile all'ufficio. Sicché, una volta provocato l'intervento del p.m. nel procedimento d'appello, non sussistono impedimenti a che, *ex* artt. 153[2]

---

cit., 115, invece, il giudice che rilevi *ex officio* il vizio deve limitarsi a ordinare l'integrazione del contraddittorio davanti a sé e disporre la rimessione in termini del p.m. ai sensi dell'art. 294.

[466] È naturalmente fatta salva la rinunciabilità delle parti agli atti del giudizio (art. 306).

[467] Le obiezioni di cui appresso sono avanzate da B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 185 s.

[468] Non va comunque sottaciuta l'incoerenza di sanzionare con la nullità insanabile un difetto, come l'omesso intervento del p.m. all'udienza collegiale, che non appare neppure di particolare gravità.

e 354[4], sia ripristinato, in capo all'organo requirente, i poteri indicati dall'art. 72 e, in capo alle parti, la facoltà di contraddire sui *nova* che quello decidesse di introdurre nel giudizio.

Riassumendo: la devoluzione della causa al giudice superiore regolarmente costituito, la trasmissione del fascicolo al p.m. e la conseguente ripetizione degli atti sono rimedi funzionali all'integrazione di presupposti e di atti difettosi, i cui effetti si producono dal momento della correzione del vizio. La *denuntiatio litis* all'organo requirente e la rinnovazione dell'attività insanabilmente viziata, inoltre, sono rimedi operanti su iniziativa dell'ufficio. Struttura, funzione ed efficacia *ex nunc* menano tutte a ricondurre i descritti rimedi alla categoria delle **misure di correzione**.

3.11. Dall'analisi sistematica degli strumenti predisposti avverso le nullità si evince che la rimediabilità del vizio costituisce la regola e l'irrimediabilità l'eccezione. Essa si orienta verso due direttrici.

L'attitudine a metabolizzare gli ostacoli che si oppongono alla trattazione e alla decisione di merito rivela la propensione del diritto processuale a promuovere la tutela giurisdizionale di merito delle situazioni giuridiche soggettive. Le cause di inopponibilità e di sanatoria delle nullità non-formali ed extra-formali sono dunque «espressione del principio processuale che assegna il primato alla composizione nel merito della lite» e «"ricordano" che il rigetto in rito della domanda per vizi di forma o di sostanza è ammissibile solo dopo il fallito tentativo di correggerli»[469]. Non solo, la sanatoria retroattiva dei vizi della domanda, neutralizzando gli effetti negativi del tempo intercorso tra l'instaurazione del giudizio e il rimedio, impedisce alla nullità di compromettere il diritto a tutela del quale è proposta l'azione giudiziale[470].

[469] Testualmente G.E. KODEK, *op. cit.*, n.ri 2 e 10, con riferimento alla rinnovazione degli atti. Tra gli Autori italiani, è V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 28 e 281, a distinguersi per primo nella difesa del principio per cui il giudizio deve tendere a una decisione di merito. Impostazione diversa è seguita dalla più recente dottrina e giurisprudenza francese, che individuano nella preclusione processuale il limite di ammissibilità anche della sanatoria delle nullità non-formali e delle cause di inammissibilità: rinvio anche per i riferimenti giurisprudenziali a L. CADIET, *op. cit.*, 350; e S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.*, 671.

[470] Così H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, I, 390 s., che evidenziano come sia l'azione combinata della nullità e dello spirare dei termini a provocare il disconoscimento della pretesa fondata.

La funzione dei rimedi, tuttavia, non si riduce a promuovere l'«accesso alla giustizia di merito»[471]. La conservazione e il recupero degli atti imperfetti a cui menano, rispettivamente, le cause di inopponibilità delle nullità e le misure di correzione sono strumentali alla rimozione dei limiti che il giudice incontra nell'utilizzazione del materiale dedotto. Il loro scopo è, per quanto è possibile, quello di approssimare l'accertamento all'effettiva realtà giuridica e fattuale costitutiva del rapporto oggetto del giudizio[472]. In quest'opera di avvicinamento della verità processuale alla realtà sostanziale vedo l'aspirazione del processo a perseguire non solo il traguardo della tutela giurisdizionale di merito ma anche quello di una giusta decisione della lite[473].

L'impressione definitiva è che l'ordinamento elevi il «**superamento dell'imperfezione**» a canone regolatore del giusto processo, alla cui attuazione contribuiscono giudice-attore-convenuto in funzione cooperativa e con assunzione di corresponsabilità. In ciò è riconoscibile l'aspirazione dell'ordinamento a perseguire i propri scopi attraverso un modello cooperativo che ha il suo baricentro nelle funzioni di governo e di direzione del processo assegnate al giudice[474].

---

[471] Traduco così l'espressione *Zugang zum Recht* adottata negli studi sui rimedi da H.W. FASCHING, *op. cit.*, 266; A. KONECNY, *op. cit.*, 62; e G.E. KODEK, *op. cit.*, n. 1, e con la quale si indica uno dei fondamentali canoni del diritto processuale austriaco.

[472] Nella garanzia di una completa e corretta trattazione e decisione di merito G.E. KODEK, *op. cit.*, n. 14, scorge il fine dei rimedi operanti su impulso del giudice.

[473] Il fine dell'attuazione della concreta volontà di legge materiale non è perseguito a ogni costo, ma è controbilanciato da altri scopi, quali l'economia e la ragionevole durata del processo, a presidio dei quali sono poste le preclusioni; sulla composizione di questi scopi del processo v. P. BÖHM, *Bewegliches System und Prozeßzwecke*, cit., 227. Volendo impiegare il metodo teleologico-sintetico proposto dall'A., si potrebbe dire che, ove è in gioco l'ammissibilità della decisione di merito, il principio di economicità è recessivo, almeno fino a quando è adempiuto l'ordine di correzione del giudice; ove è in gioco la rinnovabilità degli atti successivi alla domanda, l'aspirazione a preservare il materiale di causa introdotto cede il passo alle esigenze di celerità, almeno fino a quando l'errore è imputabile alla parte.

[474] È forse troppo ottimistico aspettarsi che la cooperazione e la corresponsabilità realizzino quell'accordo e quell'effetto pedagogico ambito da F. KLEIN, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien, 1900, 9 e 11, e *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Österreich*, Wien, 1891, 23, ma è quantomeno legittimo attendersi, come scrive P. BÖHM, *Bewegliches System und Prozeßzwecke*, cit., 237, che «contribuiscano a incrementare la fiducia del popolo nell'amministrazione della giustizia, e con ciò la legittimazione del procedimento giurisdizionale, nonché a rafforzare la coesione sociale».

CAPITOLO QUARTO

LE NULLITÀ DEGLI ATTI NEL SISTEMA DEI MEZZI DI IMPUGNAZIONE ORDINARI

SOMMARIO: 4.1. Le ragioni politiche del «valido processo» e dei rimedi avverso la nullità della sentenza e del procedimento. – 4.2. Una figura speciale di nullità: l'inammissibilità degli atti di impugnazione. – 4.3. Inquadramento teorico delle impugnazioni per motivi di nullità. – 4.4. Le nullità radicalmente insanabili della sentenza civile. – 4.5. L'«oggetto processuale» del processo e le sue implicazioni nel sistema delle impugnazioni. – 4.6. La tesi del giudicato implicito su questioni di rito. – 4.7. Divergenze di struttura tra giudizio di gravame contro l'ingiustizia e giudizio di gravame contro la nullità della sentenza: *a*) *indicazione del capo impugnato nella domanda d'appello*; *b*) *riproposizione delle questioni pregiudiziali di rito*; *c*) *conclusioni della domanda di impugnazione*; *d*) *ragioni dell'impugnazione*; *e*) *motivi specifici*. – 4.8. (*Segue*) Limiti in appello all'esercizio dello *ius novorum*: *1.a.*) *eccezioni di nullità non-formale*; *1.b.*) *mezzi di attacco e di difesa non proposti a causa dell'errore nella conduzione del processo*; *2.a.*) *eccezioni di nullità non-formali*; *2.b.*) *allegazioni e mezzi di prova*.– 4.9. (*Segue*) Procedimento e sentenza nella fase rescissoria dell'appello: *α*) *rinnovazione delle attività nulle*; *β*) *rimessione al primo giudice*; *γ*) *chiusura in rito del processo*. – 4.10. L'inammissibilità del ricorso in cassazione per immeritevolezza delle censure di rito *ex* art. 360 *bis*. – 4.11. I motivi di nullità censurabili in cassazione come oggetto di cognizione della S.C.: critica alla dottrina dell'azione di impugnativa e del ricorso incidentale condizionato. – 4.12. Il limite del sindacato diretto di cassazione sul (f)atto processuale. – 4.13. Esiti del processo di cassazione sulle nullità processuali e giudizio di «rinvio»: *i*) *cassazione senza rinvio*; *ii*) *rimessione al primo giudice*; *iii*) cassazione con rinvio.

4.1. La giustizia della decisione di merito è costantemente minacciata dalla fallibilità dell'attività intellettuale del giudice. Perché i cittadini nutrano quella fiducia nell'operato della magistratura, che è alla base dell'autorità e dell'osservanza delle sue decisioni, è necessario che l'ordinamento promuova, quanto più è possibile, pronunciamenti che rispecchino la realtà sostanziale. La pluralità di istanze di giudizio, in cui contestare l'ingiustizia della decisione, è il meccanismo processuale predisposto per ridurre la distanza tra l'effettiva volontà di legge materiale e la dichiarazione giudiziale di questa volontà.

Senonché, prima ancora che la corretta interpretazione e applicazione delle norme sostanziali, vi è un'esigenza avvertita con maggiore impellenza che attende d'essere soddisfatta: è l'esigenza di legittimità del processo o – se si preferisce – di giustizia processuale[475]. Questa esigenza è tanto più importante perché solo sul

[475] Sulla distinzione tra ingiustizia materiale (*außerprozessuale Ungerechtigkeit*), come divergenza tra l'effettiva situazione giuridica e la dichiarazione della concreta volontà di legge sostanziale, e ingiustizia processuale (*prozessuale Unrichtigkeit*), come prodotto della violazione delle norme processuali che regolano o l'ordinata successione degli atti (*Verfahrensmängel*) o il

«valido processo» può fondarsi l'attendibilità della decisione e, da ultimo, quella pace sociale e giuridica che è lo scopo finale del processo. Al pari del bisogno di giustizia sostanziale, anche questo anelito alla legittimità del processo (*Justizförmigkeit*) deve dunque trovare soluzione nella concessione di più istanze di giudizio[476]. Tanto basta, credo, a dare ragione del motivo politico, e non solo giuridico, per cui anche il provvedimento giurisdizionale non può sfuggire al controllo di legalità processuale.

La maggiore attendibilità della pronuncia *ad quem* non dipende dalla più elevata preparazione tecnico-professionale del giudice superiore, né dalla diversa composizione dell'organo giudicante. Al contrario, ciò dipende dal fatto di beneficiare di una più lunga prospettiva processuale e, in particolare, dell'analisi critica formulata dal soccombente, attraverso i motivi d'impugnazione, alle conclusioni logiche della sentenza impugnata. È questo che consente – o rende più probabile – una migliore decisione della controversia nel rito e nel merito[477].

Tuttavia, l'attaccabilità del provvedimento che definisca interamente o parzialmente la lite non toglie che la sentenza sia un atto efficace. Non si tratta di una presunzione, come la dottrina tedesca suole dire[478], ma di un dato giuridico. La decisione è efficace perché pronunciata da un organo dello Stato all'esito di un procedimento regolato dalla legge, da celebrarsi nell'osservanza di precise garanzie e con la collaborazione tra il magistrato e le parti.

---

procedimento per giungere all'accertamento della concreta volontà di legge (*Rechtsfindungsmängel*) v. P. GILLES, *Rechtsmittel im Zivilprozeß. Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Frankfurt a.M., 1972, 51 ss., 58 s., 76 s. e 251.

[476] Sul mezzo di impugnazione quale strumento politico per rinsaldare la fiducia del popolo nell'amministrazione della giustizia v. L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 770.

[477] «Il giudice dell'impugnazione non parte da zero», spiega F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 283 s., «non si trova a dover selezionare e utilizzare il materiale decisorio per la prima volta, ma decide sulla base di una cognizione, che è già effettuata, e di una decisione, i cui (asseriti) punti deboli sono individuati con i motivi dell'impugnazione». In merito, si leggano altresì le riflessioni di C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*[3], Padova, 2012, 164 s.

[478] Nella letteratura tedesca si contrappongono due «*Vermutungslehren*»: l'una, sostenuta da E. SCHUMANN e da D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[21], cit., IV, *sub* § 322, III, n. 25, p. 202, per cui è il giudicato materiale a determinare la presunzione assoluta di giustizia della decisione, l'altra, propugnata da P. GILLES, *op. cit.*, 248 ss., secondo cui è la tecnica del procedimento di cognizione a fondare tale presunzione e a legittimare il potere giurisdizionale dello Stato.

Il tema delle nullità in sede di impugnazione, tuttavia, non è limitato al trattamento dei vizi della sentenza, ma abbraccia anche quello delle imperfezioni degli atti di gravame. Come anticipato nell'introduzione, perciò, l'ordine logico degli argomenti che verranno affrontati seguirà due direttrici: prima, saranno esaminate le imperfezioni prodottesi nel giudizio di impugnazione e, successivamente, i vizi maturati in prime cure e censurati con l'atto di gravame.

4.2. Il regime delle nullità degli atti processuali finora descritto ha valenza generale ed è dunque applicabile anche alle imperfezioni delle attività compiute nei giudizi di impugnazione. Il codificatore, tuttavia, ha pensato di introdurre una peculiare figura di invalidità, che non compare nel giudizio di prime cure[479] e su cui si concentrerà la mia attenzione: l'**inammissibilità**[480].

Il termine è equivocabile. Nella teoria generale del processo, l'(in)ammissibilità è riferita alla decidibilità nel merito della domanda in presenza delle condizioni d'ingresso dell'azione (*Un- Zulässigkeit*)[481]. Non è naturalmente a questa categoria generale a cui il codificatore ha pensato con riferimento all'inammissibilità dei mezzi d'impugnazione.

Con l'inammissibilità degli atti d'impugnazione, il codificatore sanziona una serie di difetti formali e non-formali privi di caratteristiche uniformi, ma che, tuttavia, rivelano due tratti comuni: α) il primo è di riguardare vizi di costruzione, insanabili o non sanati, degli atti introduttivi dell'impugnazione; β) il secondo è di

[479] Tra le questioni di rito proprie dei soli giudizi d'impugnazione v'è anche l'improcedibilità (tassativamente prevista dagli artt. 348, 369 e 399), che non è però oggetto della presente trattazione. Si tratta, infatti, di una sanzione processuale irrogata contro l'inattività dell'impugnante, accostabile, dunque, più alla figura della consunzione del potere di impugnazione per effetto della decadenza processuale che non a una vera e propria divergenza dell'atto dal corrispondente archetipo legale.

[480] Va detto che l'inammissibilità non trova una disciplina unitaria nel codice. Oltreché nella disciplina dei mezzi di impugnazione, è prevista in norme sulla: istruzione della causa (artt. 183^{7}, 184^{1}, 241 e 698^{2e3}); ricusazione (artt. 54 e 815^{4}); pignoramento (artt. 492^{3}, 495^{2e7}, 499^{2}); procedimento ingiuntivo (art. 633), giudizio sommario di cognizione (art. 702 *bis*^{2}) e liberazione dalle ipoteche (art. 795^{1}).

[481] Categoria importata dalla dottrina germanica: v. E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren*, cit., 63 s.

porsi come causa impeditiva della pronuncia di merito[482] e di essere pregiudiziale alle stesse questioni di rito generale[483].

L'identificazione di queste due caratteristiche comuni consente di estendere analogicamente l'inammissibilità ad altre anomalie, che pur presentando questi stessi tratti, sono rimaste neglette dal legislatore. Vi rientrano le impugnazione proposte fuori termine, da chi non è legittimato, contro un provvedimento non impugnabile o con un mezzo errato[484]. L'inammissibilità non sembra invece analogicamente irrogabile contro meri vizi di forma finché sono ancora rimediabili.

Al generale regime di rimediabilità dei vizi di forma, tuttavia, si sottraggono, in via del tutto eccezionale, le imperfezioni di forma contemplate dagli artt. 365 e 366. Si tratta di vizi che, seppur non particolarmente gravi (o comunque non più di quanto lo siano i vizi della *vocatio in ius*), sono insensibili a qualunque forma di rimedio e che, pertanto, conducono direttamente all'inammissibilità del ricorso in cassazione. Un tale mutamento *in peius* dell'ordinario regime di sanabilità si spiega solo col prevalere dei principi di celerità e stabilità delle decisioni sull'esigenza di giustizia perseguita con la revisione delle sentenze.

Quanto al profilo effettuale, va sottolineato come gli artt. 358 e 387, che regolano le conseguenze giuridiche dell'appello e del ricorso in cassazione inammissibile, ricolleghino l'inidoneità dell'impugnazione a mettere capo a una pronuncia di merito non all'inammissibilità ma alla sua declaratoria. È dunque la pronuncia di inammissibilità a consumare il potere di impugnazione, anche se al momento di questa rilevazione non sono ancora scaduti i termini per appellare o per ricorrere in cassazione[485]. Occorre però prestare attenzione a ciò che la c.d. consumazione del potere di impugnazione può essere provocata dalla dichiarazione di inammissibilità se e solo se quel potere sia già sorto in capo al soccombente.

---

[482] Per merito intendo le richieste avanzate con l'atto di impugnazione (*petitum* immediato), che possono consistere o nella riforma della sentenza o nel suo annullamento con rimessione al primo giudice (*infra* § 4.4.).

[483] È quanto si ricava dalla lettura sistematica della nutrita costellazione di norme relative all'atto introduttivo del giudizio di impugnazione: artt. 331[2], 334[2], 342[2], 345[1], 358, 363[3], 365, 366[1], 367[1], 372, 375[n.1], 380 *bis*[1e3], 387, 391 *bis*[3], 391 *ter*[2], 398[2], 408 e 420 *bis*[3].

[484] F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 359 s.

[485] S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 171; B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 202; e in giurisprudenza Cass., S.U., 3 novembre 2008, n. 26373, con nota di L.P. COMOGLIO.

Si comprende allora perché, nonostante il rigido divieto di riproponibilità dell'impugnazione – «anche se non è decorso il termine fissato dalla legge» – vi sia ancora spazio per la rinnovazione dell'atto finché l'inammissibilità non è pronunciata. E si comprende anche perché la rinnovazione dell'atto di impugnazione sia ancora consentita se, al momento della dichiarazione di inammissibilità, il potere d'impugnazione non è (ancora) sorto[486].

Per quanto riguarda il profilo più propriamente dinamico, mi pare che l'irrimediabilità del vizio e la gravità della sanzione inducano a concludere che, pur in assenza di una previsione testuale, l'inammissibilità sia rilevabile anche d'ufficio[487]. Il contrasto con la regola sancita dall'art. 157[1] è solo apparente. La pronuncia di inammissibilità preclude la trattabilità e decidibilità dell'impugnazione, è allora conseguente che la questione sia sottratta alla libera disponibilità delle parti (*retro* § 3.3.).

Un discorso a parte va dedicato alla nuova figura di inammissibilità prevista dagli artt. 348 *bis*, 348 *ter* e 360 *bis*, con cui il legislatore ha introdotto il c.d. "filtro" all'impugnazione «manifestamente infondata» o che «non ha una ragionevole probabilità di essere accolta» quale misura per alleggerire gli uffici giudiziari dalla mole di contenzioso pendente presso le Corti superiori[488].

È evidente come il legislatore, confondendo il profilo di rito con quello di merito, abbia impropriamente impiegato la categoria dell'inammissibilità per sanzionare non un difetto di costruzione dell'atto bensì la sua infondatezza. Quelle norme finiscono così col dire che va rigettata in rito l'impugnazione quando non

[486] Si pensi al caso in cui sia dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione proposta contro il dispositivo della sentenza del giudice del lavoro prima del deposito della motivazione in cancelleria. La dichiarazione di inammissibilità non preclude la rinnovazione dell'impugnazione, appunto perché quel potere, al momento della pronuncia sfavorevole, non era ancora sorto.

[487] Sostengono la rilevabilità d'ufficio V. ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile: processi di cognizione e di esecuzione forzata*, Napoli, 1962, 136; e V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 471 ss.; e in giurisprudenza Cass. 8 marzo 1995, n. 2722.

[488] Sulla divergenza tra la classica e la nuova inammissibilità – riconosciuta peraltro da Cass., S.U., ord., 6 settembre 2010, n. 19051 – e sugli altri numerosi profili critici delle citate disposizioni si è levato un coro di voci dissenzienti tra gli studiosi; rinvio, anche per le indicazioni bibliografiche, a C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *op. cit.*, II, 518 ss. e 603 ss.

ricorrono le condizioni stabilite dalla legge per ottenere, dal giudice, gli effetti giuridici domandati[489].

Proprio come l'art. 360 *bis*[n.1e2] (*infra* § 4.10.), anche l'art. 348 *bis*[1] si riferisce a un'infondatezza della domanda di impugnazione che può essere di rito o di merito, a seconda che gli effetti giudizialmente domandati abbiano carattere processuale o sostanziale. Se così non fosse – e cioè se la probabile fondatezza si riferisse al solo merito dell'impugnazione – vi sarebbe il serio pericolo di far saltare i normali rapporti tra rito e merito[490]. Ma se questa era l'intenzione del legislatore, allora si è persa l'occasione di ripensare l'intera materia delle pronunce sul rito. A mio sommesso avviso, se si vogliono davvero accelerare i processi decisionali e scindere in modo chiaro i rapporti tra rito e merito, sarebbe opportuno dare forma di ordinanza a ogni provvedimento su questione pregiudiziale, a prescindere che definisca o no il giudizio ovvero che accolga o rigetti l'eccezione di nullità[491].

Ciò detto, vado ora a trattare il secondo e più complesso tema che mi sono proposto di affrontare: quello del trattamento delle nullità che hanno la loro origine nella prima istanza.

4.3. La nostra indagine sul trattamento delle nullità maturate nel precedente grado di giudizio muove da un'importante, seppur banale, constatazione: l'errore che ha determinato la nullità della sentenza o dell'intero procedimento si converte sempre in errore del giudice. Vuoi perché non ha rilevato il vizio o perché ha rigettato o ignorato l'eccezione di nullità, vuoi perché non ha ordinato alle parti la sanatoria quando era doveroso disporla, il vizio maturato nel giudizio *a quo* è censurabile e riesaminabile.

---

[489] Ne esce così completamente stravolto il significato che la categoria dell'inammissibilità ha nel sistema di diritto positivo e nella scienza processuale da J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 369 ss.; e W. NIESE, *op. cit.*, 96 ss., in poi.

[490] Così osserva anche M. BOVE, 395 s., *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 395 s., quantomeno con riguardo all'ipotesi che la questione di inammissibilità sia di semplice soluzione.

[491] È proprio sulla distinzione tra decisione su questioni di rito e decisione sul merito che F. KLEIN differenzia la sentenza (*Urteil*) dall'ordinanza (*Beschluß*). Distinzione che permane anche quando l'eccezione di rito è rigettata, cosicché l'ordinanza è formalmente inserita all'interno della sentenza ed è collocata all'inizio del provvedimento, a sottolinearne il carattere pregiudiziale e la sostanziale alterità dalla decisione di merito.

Il principio d'impugnazione non consiste in nient'altro che nell'annullabilità-riformabilità della sentenza per effetto della deviazione del procedimento dalle norme che ne regolano l'instaurazione, lo svolgimento e la conclusione[492]. Questa revisione degli errori commessi è introdotta appunto dall'atto di impugnazione, il quale apre un'istanza superiore all'interno della medesima litispendenza.

Questo meccanismo di «conversione delle nullità in motivi d'impugnazione» è il punto terminale di un'evoluzione storica millenaria, segnata dal passaggio dall'*actio nullitatis sententiae* (azione di accertamento imprescrittibile proponibile al giudice di prime cure) alla *querela nullitatis* (impugnazione costitutiva soggetta a termine decadenziale lungo)[493] e infine culminata nella sua incorporazione nell'appello, che, da nuovo giudizio sul fatto e sul rapporto dedotto, è così divenuto mezzo di gravame a vocazione generale.

La confluenza dell'(impugn)azione di annullamento della sentenza negli ordinari mezzi di impugnazione è fenomeno a cui il codificatore ha dato veste positiva nell'art. 161[1], nel quale sono enunciate due proposizioni fondamentali per la chiusura del sistema:

- l'onere di censurare la nullità della sentenza «soltanto» nei modi e nei termini stabiliti per l'impugnazione vieta di contestare il vizio fuori della sede endo-processuale e con mezzi esterni[494];
- l'esaurimento del potere di impugnazione rappresenta il limite oltre il quale è preclusa ogni indagine intorno alla validità della sentenza e del procedimento[495].

Queste due proposizioni sollecitano alcune considerazioni. La norma è, in realtà, espressione di un principio già immanente nel sistema. Il significato

---

[492] Sull'*Anfechtungsprinzip* come condizione per la riforma del contenuto della decisione nel merito v. ancora P. GILLES, *op. cit.*, 13, 19, 35 s. e 226 ss.

[493] Il percorso storico che ha condotto all'introduzione di uno specifico mezzo d'impugnazione contro gli errori procedurali, dà ragione alla tesi, magistralmente esposta da P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 249 ss., secondo cui, in assenza di una superiore istanza, l'errore di giudizio sarebbe irrilevante per mancanza di un termine di confronto, mentre la nullità della sentenza potrebbe essere comunque fatta valere da chiunque vi abbia interesse con strumenti esterni al processo.

[494] La «nullità è quindi qualifica interna al processo», scrive C. BESSO, *op. cit.*, 23, «la cui imperfezione è rilevabile, all'interno del processo, finché il processo esiste».

[495] La norma sancisce il principio, messo in luce per primo da O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheit*, cit., 76, in virtù del quale «ogni "sentenza nulla" si convalida definitivamente a seguito dell'inattività dell'interessato».

sistematico di queste proposizioni va perciò ben al di là degli angusti limiti verbali in cui un'interpretazione letterale potrebbe confinarle. Il divieto di opporre la nullità fuori del rimedio predisposto e la convalidazione della pronuncia viziata per decadenza dal potere d'impugnazione sono principi validi per tutti i provvedimenti giudiziali – anche diversi dalla sentenza e non appellabili o ricorribili in cassazione – purché idonei ad acquisire la stabilità del giudicato[496].

La seconda considerazione è che la preclusione connessa al giudicato formale assurge a causa di inopponibilità della nullità se e in quanto operi il principio dell'onere di impugnazione, il che equivale a escluderla quando è ammessa l'azione di nullità (art. 161[2]) o un mezzo straordinario di impugnazione (art. 327[2]).

E infine, l'operatività del c.d. «principio di conversione» presuppone l'esistenza di un ambiente processuale idoneo a rilevare, ad accertare e – in quanto possibile – a correggere l'imperfezione. Avendo struttura cognitoria e funzione dichiarativa, i giudizi di impugnazione, sotto tale profilo, sono certamente in grado di assolvere a tali funzioni. A questa attività di controllo contribuisce lo stesso giudice *ad quem* il quale è investito del potere – simmetrico a quello del giudice *a quo* – di porsi da sé la questione allorché la nullità sia ancora rilevabile «d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo».

Se questo è vero, bisognerebbe allora riconsiderare l'espressione «conversione» o «assorbimento delle nullità in motivi di gravame»[497]. La formula è equivoca poiché non ogni nullità si converte in motivo di impugnazione ma solo quella trattata e decisa. Anche le nullità latenti – cioè non ancora emerse – e rilevabili d'ufficio, possono ancora condurre alla riforma della sentenza se il giudice *ad quem* si pone da sé la questione. Formule come quella della «conversione» o dello «assorbimento» sono, in realtà, il frutto di due errori di prospettiva: uno è quello di leggere le norme sulle disposizioni generali delle nullità sempre dal lato dell'attività di parte e mai dal punto di vista del giudice; l'altro è dovuto alla confusione tra vizi essenziali del procedimento e cause di inammissibilità della decisione di merito, che

[496] Tipici es. sono i decreti e le ordinanze conclusivi dei procedimenti d'ingiunzione, di licenza e sfratto di cui al libro IV, la cui nullità è appunto censurabile con atto di opposizione.

[497] Locuzioni formulate da F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 631, sotto l'imperio del previgente codice.

il codificatore ha scriteriatamente concentrato nell'ambigua categoria della «nullità». Da qui sarà bene riprendere le mosse.

La distinzione tra inosservanza dei presupposti di ammissibilità della decisione di merito (**nullità non-formale**) e violazione delle prescrizioni che presiedono alla costruzione formale dei singoli atti (**nullità formale**) rimane di fondamentale importanza anche nei giudizi di impugnazione e ciò non solo per le differenza di trattamento a cui sono sottoposte anche nei superiori gradi di giudizio, ma anche per le loro diverse ripercussioni sulla giustizia della decisione. Esaminiamo partitamente quale rilevanza assume l'una e quale l'altra cominciando dalle **nullità non-formali**.

In difetto dei presupposti processuali – si è detto – l'intera serie degli atti è, in via originaria, affetta dal comune vizio non-formale. Qui il problema dell'ingiustizia della sentenza viene meno per due ragioni: innanzitutto, perché si tratta di un vizio autogeno che si (ri)manifesta al compimento di ogni atto, fino al provvedimento conclusivo, a prescindere dall'incidenza causale sul suo contenuto e dunque sulla sua giustizia; inoltre, perché il presupposto processuale è condizione indispensabile e infungibile dell'ammissibilità della decisione di merito, sicché, in suo difetto, è irrilevante se la decisione sia giusta o no[498].

L'impugnazione per motivi di nullità non-formale, pertanto, prescinde dal problema dell'ingiustizia ed è direttamente volta a far valere l'inammissibilità della decisione nel merito[499]. Sono prospettabili, in tal caso, tre scenari[500]:

a) un'impugnazione per ragioni di nullità non-formale non ancora rilevate né d'ufficio né su istanza di parte;

b) un'impugnazione per erronea decisione sulla nullità non-formale;

---

[498] Anche per H. WALSMANN, *Die Anschlußberufung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Berufung, insbesondere Grundlagen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung*, Leipzig, 1928, 55, n. 3; e per P. GILLES, *op. cit.*, 78 e 87, la presunzione assoluta di ingiustizia non consente, di confermare la decisione fondandola su altre valide ragioni. Non condivido perciò la categorica affermazione di F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], I, cit., 354, e *Diritto e processo*, cit., 230, secondo cui se la sentenza è reputata giusta, non giova disputare intorno alla sua nullità.

[499] Ha ragione O. JAUERNIG, *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt a.M., 1958, 1, nt. 1, quando ammette che anche la sentenza giusta ma viziata è attaccabile.

[500] Sono poi le tre alternative che F. KLEIN ha introdotto nel § 471[n. 5,6e7] *öZPO* quando in appello sia rilevata o fatta valere una nullità della sentenza o del procedimento.

c) la rilevazione, nelle more del gravame, della nullità non-formale non contestata con l'atto di impugnazione.

In tutti questi casi non si può sostenere che la domanda di impugnazione è carente di interesse quando, insieme alla nullità, non si censuri anche l'ingiustizia sostanziale della sentenza[501]. Nulla, infatti, impedisce al soccombente di lamentare la nullità al fine di ottenere una pronuncia meramente rescindente, sempreché, naturalmente, ricorrano le condizioni per la cassazione senza rinvio o per la rimessione della causa al precedente giudice. E la riprova è fornita dallo stesso dato positivo che ammette l'impugnazione per la sola «nullità della sentenza o del procedimento» (artt. 353, 354[1e2], 360[n.4], 382 e 383[3e4]). Qui, l'eventuale ingiustizia di merito della sentenza rimane fuori dal tema della decisione[502].

Diversamente si comportano le **nullità di forma**. In tal caso, l'impugnante contesta o il vizio di struttura della stessa sentenza oppure il difetto di costruzione formale di un atto pregresso. Senonché – si è visto – la mera esistenza del vizio non basta a provocare l'annullabilità della decisione, ma occorre che l'atto formalmente viziato condizioni causalmente l'ingiustizia processuale della sentenza, inquinando la ricostruzione storica del fatto o l'accertamento della concreta volontà di legge[503]. La domanda di impugnazione si rivela dunque fondata se l'atto viziato sia posto, dal

---

[501] Evincono dall'art. 161[1] la regola per cui la nullità della sentenza non può essere fatta valere disgiuntamente dall'ingiustizia della sentenza: P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 117 s.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 230; e S. SATTA, *op. cit.*, I, 1, 35.

[502] E infatti, anche P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 118 e 120, è costretto ad ammettere, in questi casi, che «il giudice deve annullare la sentenza, per il difetto processuale che la vizia, senza curarsi di conoscere se essa sia giusta»; così anche E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 150. L'interesse a impugnare anche se solo per le nullità enunciate dagli artt. 353 e 354[1e2] è riconosciuto ad es. da Cass. 15 marzo 2007, n. 6031.

[503] Nella letteratura tedesca, il tema è stato oggetto di acceso dibattito nel vigore del previgente § 539 *dZPO*. La maggior parte degli autori, tra cui A. NIKISCH, *op. cit.*, 488; A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, *ZPO*[30], cit., *sub* § 539, 1 B.; e H. THOMAS, H. PUTZO, *ZPO*[21], cit., *sub* § 539, 2 b, 876, sostengono che il vizio essenziale è quello causalmente incidente sul materiale decisorio o sul contenuto della pronuncia, all'opposto, una parte minoritaria della dottrina, rappresentata da P. GILLES, *op. cit.*, 76 ss. e 86 s., lo identifica con la violazione delle norme processuali indisponibili, la cui inosservanza farebbe presumere l'assoluta ingiustizia della sentenza. Sulla base della nuova disciplina della rimessione al primo giudice, la dottrina contemporanea intende per essenziali quei vizi che impediscono alle parti di contribuire all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione; sul punto v. B. RIMMELSPACHER, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*[3], II, München, 2007, *sub* § 538, n. 24, p. 213, il quale li ricollega alla violazione del contraddittorio.

giudice, a fondamento della decisione o – se si preferisce – se l'ipotetica eliminazione del vizio avrebbe condotto a una diversa decisione[504].

Ne concludo che l'impugnazione per motivi di nullità formale, proprio come l'impugnazione per ragioni di merito, è sempre volta a porre in discussione l'ingiustizia della decisione[505]. Resta naturalmente una differenza fondamentale tra le due censure: l'impugnazione per ragioni di merito è volta a censurare l'erronea o incompleta ricostruzione del fatto storico o la violazione e falsa applicazione del diritto materiale (*materiellrechtliche Unrichtigkeit*), con l'impugnazione per motivi di rito si lamenta invece che questa ingiustizia sostanziale sia determinata da un vizio di forma o da un errore di conduzione del processo (*prozessuale Unrichtigkeit*).

In questi casi, insomma, la decisione non può essere viziata a prescindere dalla sua ingiustizia. Solo in questo senso mi pare sostenibile che la domanda di impugnazione è carente d'interesse quando accanto alla nullità della sentenza non se ne censuri anche l'ingiustizia sostanziale. Il giudice superiore, infatti, non può qui sindacare sulla nullità senza prendere in esame anche il merito.

A prescindere poi che sia censurata un'anomalia formale o non-formale, nulla esclude che l'*error in procedendo* si converta in un *error in iudicando quoad processum*. Ciò avviene perché – come ho già cercato di metter in luce – la complicazione del diritto processuale fa sì che una stessa norma possa essere, per il giudice, tanto regola di condotta (da qui il difetto di attività) quanto metro di giudizio (da qui l'errore di giudizio sulla norma processuale)[506].

4.4. Bisogna a questo punto della trattazione soffermare l'attenzione su quella che è la più importante eccezione al sistema delle impugnazioni per ragioni di nullità.

I principi della conversione delle nullità in motivi di impugnazione e di consumazione delle nullità nella cosa giudicata trovano un limite insuperabile

[504] Come sottolineano A. NIKISCH, *op. cit.*, 497; e A. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*[2], Berlin, 1985, 589 s., è sufficiente una valutazione probabilistica della causalità, non potendosi pretendere alcuna certezza.

[505] L'ingiustizia della pronuncia per ragioni di merito non è allora qualitativamente diversa da quella determinata da motivi di rito. In ogni caso il giudice commette un errore nell'accertamento o nella ricostruzione storica del fatto, nella valutazione delle risultanze probatorie, nell'individuazione o nell'interpretazione della legge applicabile e nella sussunzione del fatto sotto la norma; cfr. ancora P. GILLES, *op. cit.*, 60 s. e 76 s.

[506] Si pensi al caso in cui il giudice – magari trascurando di disporre la sanatoria – dichiari infondata la rilevata questione di rito e si pronunci sul contenuto dell'atto o nel merito della domanda.

nell'ipotesi eccezionale, prevista dall'art. 161[2], in cui la «**sentenza manca di sottoscrizione** del giudice». In presenza di un tale vizio formale di costruzione il vizio non perde rilevanza una volta che la decisione acquisti la stabilità della cosa giudicata. Questa apparente inefficacia del provvedimento non sottoscritto ha condotto la giurisprudenza e la dottrina dominante a inquadrare la figura nella categoria degli atti inesistenti.

Avverto subito il lettore che, a mio avviso, il termine «inesistenza» è inaccettabile sia nel suo significato logico-letterale che in quello più strettamente tecnico-giuridico. La locuzione inesistenza, infatti, evoca un non-atto o un fatto privo di efficacia giuridica. Ebbene, la pronuncia carente di sottoscrizione non è né l'uno né l'altro. Non è l'uno in quanto il vizio è causa di annullamento di un *quid* esistente – la decisione appunto – e della rimessione della causa al giudice che l'ha pronunciata (artt. 354[1] e 383[3])[507]. E non è l'altro dato che la sentenza non sottoscritta ha pur sempre l'effetto di esaurire il potere-dovere del giudice di decidere la controversia e, con ciò, di divenire impugnabile (artt. 339[1] e 360)[508]. Questa sentenza è invece un provvedimento giuridicamente rilevante sebbene a efficacia ridotta, perché incapace di produrre tutti quegli altri effetti riconducibili alla corrispondente fattispecie legale (effetto di accertamento del giudicato sostanziale, effetto costitutivo, effetto esecutivo ed effetti secondari[509]).

Se si conviene che la nullità è sanzione interna al processo e che rinviene il proprio rimedio solo dentro il giudizio, allora la categoria della **non-sentenza** potrebbe ammettersi, al più, nelle ipotesi in cui il provvedimento non trovi, nell'ordinamento, alcun mezzo di controllo e di correzione, né ordinario né

[507] Se si condivide, quanto scrive F. AULETTA, *op. cit.*, 50, che «un fatto è rilevante se è possibile giudicarlo per il diritto e, giudicandolo, predicare del medesimo finanche la negatività assoluta (…) perché la rilevanza si esaurisce nella possibilità della valutazione, fosse pure negativa, come l'irrilevanza risiede nell'impossibilità della valutazione giuridica», si dovrà allora riconoscere la rilevanza anche di quella sentenza che con l'appellativo "inesistente" si vorrebbe relegare nel mondo del giuridicamente inqualificabile.

[508] L'impugnabilità, insegna O. JAUERNIG, *op. cit.*, 141 s., è il *trait d'union* tra l'effetto endo-processuale di concludere il grado di giudizio e la stabilità propria del giudicato formale.

[509] Sugli effetti accessori che il diritto materiale ricollega a quella fattispecie complessa di cui la sentenza è elemento costitutivo v. H.F. GAUL, *Die "Bindung" an die Tatbestandswirkung des Urteils*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner*, Tübingen, 1994, 317 ss. Agli effetti secondari vanno ricollegati la possibilità di iscrivere l'ipoteca sui beni del debitore, l'effetto sostitutivo della sentenza di primo grado, gli effetti sostanziali della domanda accolta e l'effetto di conversione del termine di prescrizione breve in quello ordinario.

straordinario[510]. Solo in questo caso la sentenza sarebbe radicalmente inefficace nel senso da non potersi neppure porre come valida conclusione del grado di giudizio. Si tratta però di casi limite, che, per l'appunto, esulano dal tema delle nullità degli atti processuali[511].

La sentenza manchevole di sottoscrizione, invece, rappresenta molto più semplicemente un'ipotesi di provvedimento nullo per vizio di forma. Non lo scrivo per mero ossequio alla lettera della legge, che parla di «nullità», ma perché questa qualifica risponde a una coerente logica di sistema.

Si è infatti detto che anche l'atto nullo produce sempre quel risultato, di far avanzare il giudizio verso la sua meta, che ho indicato come effetto procedurale immediato. E anche la sentenza nulla è idonea a concludere il grado di giudizio, a esaurire il potere del giudice di decidere e a divenire impugnabile. Si comprende allora come il difetto di sottoscrizione sia perfettamente riconducibile alla categoria della nullità[512]. Certamente l'anomalia da cui sia affetto il provvedimento presenta delle peculiarità che distingue questa **nullità radicalmente insanabile** da ogni altra anomalia degli atti processuali[513].

Chiarisco quali sono queste peculiarità che mi inducono a parlare di «nullità radicalmente insanabile». Nel momento in cui è controverso se la sentenza sia o no sottoscritta, sorge in capo alle parti, vincitrice e soccombente, l'onere di impugnarla

---

[510] C. BESSO, *op. cit.*, 158 s.

[511] È già stato evidenziato da G. BALENA, *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro it.*, 1993, I, 179 ss.; e da M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], cit., 170 s., come sotto l'impropria formula dell'inesistenza si pretenda di sussumere due fenomeni, la non-sentenza e la sentenza insanabilmente nulla, che, seppur accomunati dall'inapplicabilità della regola dell'art. 161^1, non sono affatto assimilabili.

[512] L'idoneità a chiudere il grado di giudizio (*Instanzbeendigung*), la vincolatività verso il giudice (*negative innerprozessuale Bindungswirkung*) e l'impugnabilità (*Anfechtbarkeit*) rendono la sentenza priva di sottoscrizione riconducibile alla categoria della *wirkungslose Entscheidung* censurabile anche con l'azione di nullità; sul punto v. O. JAUERNIG, *op. cit.*, 141 ss. e 188 s.

[513] In tale caratteristica sta poi tutto il significato della formula impiegata dall'art. 161^2 per cui «questa disposizione (l'art. 161^1) non si applica». La difficoltà di definire questo fenomeno patologico è dimostrata dal numero di termini impiegati dalla dottrina: di «nullità veramente insanabile» parla G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., 119; di «nullità radicale assoluta insanabile» E. REDENTI, M. VELLANI, *op. cit.*, I, 235; di «nullità assoluta in senso proprio» G. BALENA, *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro it.*, 1993, I, 182; di «nullità assoluta in senso stretto» P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 115; di «nullità effettivamente assoluta e radicale» C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*[2], I, Torino, 2012, 474; di «nullità veramente assoluta» M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], cit., 170 s.

con quella che è una vera e propria *querela nullitatis*: cioè un'impugnazione dall'oggetto meramente processuale. Fino a quando il processo è pendente – e lo è finché non spirano i termini per proporre appello o ricorso in cassazione – è dentro il processo che deve essere risolta l'incertezza sulla validità della pronuncia. E ciò non solo per una ragione sistematica, che assegna al processo la funzione di auto-controllo dei propri vizi[514], ma anche per una ragione di economia processuale, che suggerisce di non rinviare l'accertamento a un futuro e autonomo procedimento.

Il vizio, tuttavia, è reputato dal codificatore talmente grave da non smarrire rilevanza – da qui la radicale insanabilità – neppure con la preclusione del potere di impugnazione, che, com'è noto, convalida anche le nullità definite insanabili (cfr. artt. 158 e 161^1). Il vizio resta dunque opponibile in una sede esterna al giudizio in cui è sorto. Ed è questo un caso di sopravvivenza dell'antica *actio nullitatis*, la quale, però, non è spendibile in ogni sede ma solo in un processo di cognizione, unico ambiente idoneo a cogliere e ad accertare questo difetto. Anche in questo caso il giudizio avrà un unico oggetto a carattere processuale. E in fondo, è ragionevole presumere che sia proprio questa singolarità di essere accertabile prima dentro e poi anche fuori dal processo ad aver persuaso a qualificarla «inesistenza».

Dottrina e giurisprudenza non dubitano sulla configurabilità di altre ipotesi di nullità radicalmente insanabili. Al di là delle comprensibili divergenze sulla qualificazione di alcune tipologie di vizi[515], si registra una generale unanimità nel sottrarre alla portata precettiva dell'art. 161^1 le sentenze dal contenuto incerto o rese da chi è privo di potere giurisdizionale. Vi è però un'ulteriore ipotesi, trascurata nella letteratura italiana, che a mio avviso va ricondotta a questa figura e che assume un valore fondamentale per una compiuta ricostruzione del sistema delle nullità: è la **sentenza pronunciata in difetto di domanda** o, più precisamente, di *editio actionis*[516].

---

[514] È questo uno degli insegnamenti più profondi lasciatici da O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, cit., 26: e da R. POLLAK, *Gerichtliches Geständnis im Civilprozesse*, Berlin, 1893, 36.

[515] Sui diversi orientamenti formatisi in tema di decisioni affette da vizi della volontà, da ultra-, extra- e minus-petizione, di sentenze impossibili, pronunciate contro un soggetto inesistente, in violazione dei diritti di difesa o prive di motivazione rinvio allo studio di C. BESSO, *op. cit.*, 160 ss.

[516] All'omessa domanda non è equiparabile la sentenza viziata da *ultra-*, *extra-* o *minus-*petizione. In tali caso l'oggetto della pronuncia diverge sì dal diritto affermato (*Sachantrag*) ma

La domanda giudiziale, infatti, è l'atto di affermazione del diritto litigioso e di richiesta di tutela giurisdizionale, col quale si instaura il giudizio e se ne determina l'oggetto. Il giudice riceve certamente l'investitura e l'autorità giurisdizionale dallo Stato, ma è pur sempre l'azione della parte che mette in moto l'operare dell'organo pubblico. In difetto di azione manca pertanto l'indispensabile impulso ad attuare la concreta volontà di legge[517], sicché non vedo come per la decisione erroneamente pronunciata su una non-domanda possa anche solo spendersi il termine «sentenza».

Per quale motivo però solo la domanda e la sentenza radicalmente nulle sono attaccabili fuori dal processo? La ragione a mio avviso sta in ciò: la domanda e la sentenza hanno un *quid* comune che li rende irriducibilmente altro da ogni atto intermedio ed è che l'uno è atto introduttivo e l'altro è il provvedimento conclusivo del giudizio. Domanda e sentenza sono dunque atti speculari del processo. Finché la lite è pendente, la loro nullità è rilevabile ed emendabile solo dentro il processo (artt. 164^{5}, 354^{1} e 383^{3}). Tuttavia, proprio per il fatto di costituire l'inizio e la fine del processo, i loro più radicali difetti sono censurabili anche al di fuori del sistema dei mezzi di impugnazione[518].

4.5. L'impugnazione delle decisioni sui presupposti di decidibilità nel merito involge cruciali profili pratici del sistema delle nullità nei superiori gradi di giudizio, quali: l'ordine logico delle questioni di rito e di merito, l'identificazione dei capi di sentenza, la tecnica di devoluzione delle eccezioni di nullità nelle superiori istanze nonché l'ammissibilità dell'istituto del giudicato implicito. Gli argomenti sono tra i più complessi della materia delle impugnazioni, non fosse altro perché implicano impegnative prese di posizione su problemi teorici assai delicati e dibattuti in

---

rientra pur sempre all'interno del procedimento e dello *Streitprogramm* introdotti da una precisa richiesta di tutela giuridica (*Rechtsschutzbegehren*); parzialmente simile è la posizione di O. JAUERNIG, *op. cit.*, 156 ss.

[517] G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, 5 s., in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 5 s.

[518] Sostiene l'inefficacia della sentenza (*wirkungsloses Urteil*) pronunciata in assenza di domanda A. BLOMEYER, *op. cit.*, 436; e dopo la revoca dell'azione O. JAUERNIG, *op. cit.*, 153 ss. In difetto di domanda sostengono la tesi della non-sentenza (*Nichturteil*) anche i seguenti Autori austriaci: R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes*[2], cit., 82, 507 e 536; G. PETSCHEK, *op. cit.*, 52; H.W. FASCHING, *op. cit.*, 799, con l'importante eccezione di W.H. RECHBERGER, *op. cit.*, 42 ss. e 88 ss., che vi scorge un motivo di annullabilità *ex* §§ 405 e 477 *öZPO*. Ha invece ritenuto semplicemente impugnabile la sentenza pronunciata su una domanda carente dei requisiti stabiliti dall'art. $163^{n.3e4}$ Cass. 3 novembre 2000, n. 14348.

letteratura come la qualificazione giuridica dell'azione e la determinazione dell'**oggetto del processo**.

Poiché tali argomenti – come dicevo – costituiscono il nodo critico di taluni profili delle impugnazioni per ragioni di nullità, tenterò subito di impostare il tema, fornendo, seppur in maniera estremamente sintetica, un quadro delle diverse prospettive, e di prendere infine una posizione che consenta di giungere a conclusioni coerenti con l'assetto positivo. Il cuore del problema – e del vasto dibattito che si è agitato sul punto – è se l'oggetto della decisione, introdotto con l'azione, sia unico o duplice o, in altri termini, se coincida con la domanda di tutela giurisdizionale della situazione giuridica soggettiva pretesa o se, invece, si frammenti nel diritto sostanziale fatto valere e nella ricorrenza dei presupposti di decidibilità nel merito[519].

I termini del vastissimo dibattito agitatosi in Germania e in Italia possono, in estrema sintesi, riassumersi nella contrapposizione di due concezioni.

α) Secondo una prima impostazione, la domanda sottopone alla decisione del giudice un unico oggetto, la richiesta di tutela giurisdizionale sul diritto fatto valere, e due temi di cognizione, l'uno di rito e l'altro di merito, i quali si trovano posti sullo stesso piano in quanto condizioni preliminari per la sentenza di accoglimento. Tra infondatezza e inammissibilità non vi sarebbe così alcun ordine logico o cronologico, rappresentando due paritari temi d'indagine di un quesito unitario: l'accoglibilità della domanda o, se si preferisce, la concedibilità del provvedimento richiesto[520].

---

[519] Il tema ha rappresentato uno dei nodi centrali della moderna speculazione processuale, sebbene le tesi originariamente avanzate risentissero ancora della romanistica suddivisione del processo in due fasi. Nella dottrina di O. BÜLOW, *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Gießen 1868, lo scrutinio intorno ai presupposti del rapporto processuale era l'oggetto del *Vorverfahren*, mentre l'accertamento del rapporto sostanziale lo era dell'*Hauptverfahren*. È stato poi A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, cit., 37 s., a ipotizzare l'esistenza di due distinti rapporti processuali, di rito e di merito corrispondenti al *Vorverfahren* e all'*Hauptverfahren*, ma aventi il medesimo oggetto ossia la pretesa alla tutela giuridica.

[520] Sono di matrice germanica le tesi che individuano nella fondatezza della pretesa processuale (*Rechtsschutzanspruch*) o dell'affermazione giuridica (*Rechtsbehauptung*) l'oggetto unitario del processo: W. HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Heidelberg, 1961, 196; e L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*[11], München, 1977. In termini più radicali si esprime B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 102 ss, 133 ss. e 144 s., il quale, vedendo negli antecedenti di rito e di merito delle mere questioni omogenee ed equipollenti, finisce per negare la differente portata delle sentenze di rigetto in rito e in merito; a questi fa seguito P. GILLES, *op. cit.*, 21 s. e 96, con riguardo alle decisioni d'impugnazione. Contro tale concezione si schiera F. LENT, *Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand*, in *ZZP*, n. 72, 1959, 80 ss., secondo cui la

Partendo da questa premessa – che tradisce per la verità una concezione concreta dell'azione – si riconoscono tanti capi di sentenza quanti sono i diritti dedotti in giudizio. La soccombenza pratica si misura, perciò, sul risultato complessivamente ottenuto su ogni corrispondente domanda, cosicché l'impugnazione sarà il mezzo per ribaltare ogni decisione sfavorevole contenuta nel capo di sentenza, mentre la riproposizione costituirà lo strumento per rimettere in gioco le questioni non accolte. Anche nel superiore grado di giudizio, l'oggetto del giudizio resterà unitario, il che porta, ancora una volta, ad appiattire il rito e il merito al rango di accertamenti equipollenti e preliminari alla decisione sulla pretesa sostanziale.

Questa prima concezione conosce una significativa variante che ne modifica parzialmente le conclusioni. Presupponendo sempre che il diritto litigioso costituisca l'unico oggetto del processo e che le condizioni d'ingresso dell'azione di merito entrino nell'ambito della cognizione del giudice al pari delle questioni di merito, si inferisce che l'ammissibilità, in quanto strumentale, sia da esaminarsi prima della fondatezza della domanda. Al di là del riconoscimento di un naturale ordine logico delle questioni, anche questa tesi – come la precedente – si ritrova a dover riconoscere che la sentenza di rigetto in rito, pur senza pronunciarsi su un autonomo oggetto processuale, va contestata con il mezzo di impugnazione[521].

β) Stando alla seconda concezione – che si sposa con una visione astratta dell'azione – la proposizione della domanda introduce due temi di decisione, l'uno di rito, avente a oggetto l'ammissibilità dell'azione a essere decisa nel merito, e l'altro di merito, sulla fondatezza della domanda o sull'esistenza del diritto materiale

---

parificazione delle questioni di rito e di merito costringerebbe a ricercare nella motivazione della sentenza il contenuto e la portata preclusiva del giudicato di rigetto. Nella letteratura classica nostrana, individuava nel merito l'oggetto esclusivo del processo G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 93, 650 ss., 738, e *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, 54, e II, 269 ss., 299, sebbene, con qualche ambiguità, l'A. parlasse di un parallelo rapporto di rito nullo o annullabile per difetto dei presupposti processuali.

[521] Una volta riposto l'oggetto e il fine del processo nella decisione nel diritto litigioso, le condizioni di decidibilità della causa nel merito non rappresentano che mere questioni pregiudiziali e strumentali, che il processo deve conoscere nell'attività di controllo dei suoi presupposti di funzionamento, «anche se, il più delle volte (la pronuncia che ne attesta la difettosità) assume esteriormente la veste di una risposta alla domanda dell'attore»: in tal senso si esprime A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 58.

vantato[522]. La duplicità del *thema decidendum* è teorizzata non solo per giustificare l'antecedenza della decisione sull'ammissibilità e la sua indipendenza dal sindacato di fondatezza, ma anche per spiegare la capacità della pronuncia di rito a definire interamente la domanda. Entrambi gli accertamenti costituiscono insomma due distinti capi di sentenza, suscettibili di passare autonomamente in giudicato[523].
Condotta alle estreme conseguenze, l'impostazione dualista finisce per esigere dalla parte vittoriosa nel merito un'impugnazione incidentale anche solo per contestare il rigetto dell'eccezione di nullità. E infatti, poiché alla duplicità delle cause corrisponde un frazionamento della sentenza in due giudizi, il loro autonomo passaggio in giudicato non può che essere impedito dall'impugnazione di entrambi i capi del provvedimento. La non-pariteticità dell'oggetto processuale con l'oggetto sostanziale, infine, esigerà ancora una volta che, anche nel superiore grado, sia osservata la pregiudizialità logica del giudizio di rito rispetto a quello di merito.

Esaminiamo ora i profili critici delle diverse teorie. Lasciando da parte le concezioni di matrice germanica – ormai tramontate in Italia – che tendono a identificare lo *Streitgegenstand* con la pretesa al rilascio di un provvedimento favorevole, mi pare che il cuore del problema resti quello di capire se i presupposti di decidibilità nel merito vadano o no a integrare un distinto oggetto del processo, quantunque (parallelo e) autonomo dal diritto sostanziale azionato.

Per una duplice serie di ragioni, a mio avviso, la prima tesi non trova cittadinanza nell'ordinamento. Il primo argomento, di carattere positivo, è fornito dall'art. 276^2 che esige l'osservanza della sequenza logica e cronologica nell'esame delle questioni[524]. A ciò si aggiunge l'argomento di carattere sistematico che

---

[522] La più elaborata teoria del doppio oggetto si ritrova in A. BLOMEYER, *op. cit.*, 52 ss. e 196 ss.; ma v. anche A. NIKISCH, *op. cit.*, §§ 98, III, 2, 105, I, 2, e 106, I, 4; e nella letteratura italiana C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 219 ss., il quale è però ben attento a sottolineare la diversa portata e funzionalità dell'accertamento di rito e di merito. Accenni all'oggetto processuale del giudizio si leggono anche in E. BETTI, *op. cit.*, 113 s.; e V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, cit., 69 s.

[523] Avverte giustamente A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 49, 124 e 340, che la configurazione di un oggetto di giudizio puramente processuale e autonomo da quello di merito è l'insopprimibile premessa teorica per il riconoscimento dell'efficacia di giudicato in capo alle sentenze di rito.

[524] La tesi monistica più radicale, sostenuta da B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 104, 133 ss., 144 e 204, giunge a sostenere che anche il rigetto in rito, per il fatto di negare il rilascio del provvedimento favorevole richiesto, contiene pur sempre un giudizio di

sconsiglia di appiattire rito e merito su una paritaria scala di condizioni di accoglibilità della domanda. Siffatto modo di procedere, infatti, finisce per derubricare surrettiziamente quei presupposti e quelle garanzie fondamentali da cui dipende la decidibilità nel merito e, con questa, l'attendibilità stessa dei provvedimenti giurisdizionali (*supra* § 4.1.). Ma anche prescindendo da questi rilievi, la tesi monistica non convince comunque, non riuscendo a spiegare perché il procedimento sia definibile con una sentenza (di rigetto) a oggetto processuale, quando le questioni di rito non sono che meri punti di cognizione di un *thema decidendum* avente natura esclusivamente meritoria.

Criticabile, d'altro canto, è altresì il presupposto della seconda tesi, secondo cui la mera proposizione della domanda postulerebbe un giudizio sulla sua ammissibilità. Si tratta di una complicazione tanto necessaria a giustificare la duplicità degli oggetti quanto artificiosa e inconseguente. La causa, infatti, può essere instaurata e definita senza che la domanda o la sentenza o alcun atto della procedura spenda una sola parola sulla trattabilità della lite nel merito, il che contraddice l'implicita introduzione di un parallelo oggetto di rito da parte dell'attore. E comunque, a lasciare perplessi è soprattutto la conclusione pratica a cui giunge questa tesi, che è quella di costringere il soccombente teorico, che si sia visto respingere l'eccezione di nullità, a esperire impugnazione incidentale quando ha praticamente vinto la causa.

Insomma, qui l'interprete è tenuto a operare una scelta di fondo sull'ammissibilità della decisione di merito, per cui questa o è la risultante di una serie di questioni rientranti nell'ambito di cognizione del giudice oppure rappresenta un distinto oggetto della decisione, pregiudiziale e strumentale al merito.

Impostato il problema in tali termini, a me sembra che teorizzare una naturale precedenza delle questioni di rito, ammettendo contestualmente un unico oggetto di merito, non abbia alcun senso. Mi pare piuttosto doversi riconoscere che il tema di ammissibilità costituisca uno degli oggetti del processo, con un'importante precisazione però ed è che l'accertamento del diritto sostanziale resta pur sempre la

---

«meritevolezza» della domanda. Nella letteratura italiana è M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 427 s., a sostenere che la chiusura in rito del giudizio «è pronuncia sulla controversia sostanziale (sia pure *sub specie* di rifiuto di pronunciare sul merito)» per cui «il contenuto imperativo di simile sentenza è dato esclusivamente dal non accoglimento della domanda».

meta fisiologica del processo[525]. Tale prospettiva mi sembra la sola in grado di spiegare il motivo per cui l'accertamento di una nullità non-formale (o extra-formale) conduca all'emanazione di una sentenza a oggetto meramente processuale quando la domanda contiene invece soltanto una richiesta di tutela nel merito del diritto affermato. Ponendo i presupposti processuali a oggetto di distinta cognizione e decisione si comprende altresì perché, pur non fornendo alcun parametro per giudicare sul diritto sostanziale, le norme di procedura diventino metro per giudicare in via definitiva sulla domanda. Ciò non toglie – come ho poc'anzi accennato – che l'oggetto di rito conserva delle peculiarità che non ne consentono l'equiparazione con l'oggetto di merito, il quale resta pur sempre il tema per accertare il quale esiste e funziona il processo.

Quello di rito è difatti un oggetto eventuale, che, pur essendo connesso per pregiudizialità con l'oggetto di merito, gode di una sua autonomia. Mi spiego: è eventuale perché non è introdotto con la domanda ma dal rilievo del giudice o dall'eccezione di parte[526]. È poi connesso per pregiudizialità perché la fondatezza della domanda è scrutinata solo dopo che ne sia verificata l'ammissibilità[527]. La connessione, tuttavia, perdura finché la domanda è ritenuta decidibile e viene meno una volta acclarato il difetto delle condizioni di ammissibilità; in tal caso, infatti, il giudice deve arrestarsi all'assoluzione del convenuto senza scrutinare il fondo della lite[528]. A questo punto, se la causa è trattata e decisa nel merito, il giudizio di ammissibilità va censurato tramite riproposizione dell'eccezione di nullità, altrimenti acquista l'autorità di cosa giudicata interna. Nell'ipotesi inversa, invece, la pronuncia

[525] Se così non fosse, scrive C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 222, si arriverebbe all'incongrua conclusione «di fare del processo un fenomeno, almeno in parte, fine a sé stesso ed introverso (portando così, in qualche modo, acqua ed alibi a vari malvezzi e formalismi di cui è ricorrente l'esperienza in sede giurisdizionale ed, ancora prima, legislativa)».

[526] Dalla discrepanza tra l'oggetto della sentenza di rito e l'oggetto della domanda, E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 395, nt. 16, ricava che il tema dell'ammissibilità non è posto dall'atto introduttivo del giudizio ma è occasionato da esigenze di ordine pubblico processuale.

[527] Sulla necessaria pregiudizialità del sindacato di ammissibilità rispetto a quello di fondatezza v. J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 414.

[528] È A. BLOMEYER, *op. cit.*, 196 ss., a sottolineare come l'oggetto processuale venga a emersione proprio quando sia rigettata in rito la domanda inidonea a essere scrutinata nel merito.

di rigetto in rito costituirà l'unico capo di domanda, attaccabile perciò soltanto col mezzo d'impugnazione[529].

Al pari dell'oggetto di merito, che postula uno scrutinio delle questioni preliminari costituenti l'antecedente logico-necessario del giudizio di fondatezza, anche l'oggetto di rito è deciso sulla scorta delle singole questioni impedienti la pronuncia sulla lite. Le une, come le altre, sono quindi suscettibili di assurgere ad autonome statuizioni non-definitive[530]. Ecco però emergere subito un'altra fondamentale differenza: mentre la domanda è infondata se manca uno dei fatti costitutivi o anche un solo fatto modificativo, impeditivo o estintivo del diritto vantato, affinché la domanda sia inammissibile è sufficiente il difetto di un solo presupposto insanabile o l'omessa sanatoria di un presupposto rimediabile. La sentenza di rito contiene perciò un'unica decisione sull'oggetto processuale e non tanti capi di sentenza quanti sono i presupposti esaminati, per cui può ben dirsi che il giudizio di ammissibilità è un «tema di decisione globale, di cui i singoli impedimenti non sono che aspetti»[531]. E, d'altro canto, non essendo concepibile un obbligo del giudice di verificare ogni presupposto processuale, non trovo difficoltà nel riconoscere nell'accertamento di solo alcuni profili di rito un unico ed autonomo capo di sentenza sull'oggetto processuale e, quindi, il riconoscimento *en bloc* dell'ammissibilità della domanda.

Con queste brevi note sui rapporti tra sindacato di ammissibilità e giudizio di fondatezza, confido di aver fornito le coordinate indispensabili – se non per

---

[529] Il concetto di parte della sentenza che qui accolgo è dunque quello di decisione su autonoma domanda o su questione processuale idonea a definire in rito il giudizio, formulato da E. LIEBMAN, *«Parte» o «capo» di sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 54 s., e *Manuale di diritto processuale civile*[4], II, 231 s. e nt. 15. Ricordo che a questa concezione si contrappongono quella di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 988, che individua il capo di sentenza in ogni decisione su autonoma domanda, idonea, di per sé, a costituire il contenuto di una sentenza definitiva; quella di F. CARNELUTTI, *Sulla reformatio in peius*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 183, che lo fa coincidere con la soluzione di qualunque questione controversa; e, infine, quella relativistica di V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 384, che lo identifica con la decisione su autonoma domanda, contenuta nella sentenza di primo grado appellabile, e con la soluzione delle questioni, contenuta nella sentenza ricorribile per cassazione.

[530] Constata come la sentenza non-definitiva di rito, accertando la sussistenza del presupposto processuale, risolva positivamente solo una delle questioni pregiudiziali del più ampio tema posto dall'azione K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrecht*, I, cit., 793. A ciò si aggiunge la considerazione di A. BLOMEYER, *op. cit.*, 199, per cui la pronuncia non-definitiva di rito implica un accertamento in blocco dell'ammissibilità della decisione nel merito.

[531] Così A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 167, nt. 61.

condividere quantomeno – per comprendere le linee argomentative del mio pensiero sui temi che saranno trattati nel prosieguo del lavoro e che, come si vedrà, affondano le loro radici proprio nelle profondità dell'oggetto del processo d'impugnazione.

4.6. Il tema dei rapporti tra vizio di attività ed errore di giudizio è suscettibile di ulteriori sviluppi con riguardo alla portata preclusiva del giudicato sui presupposti di ammissibilità della decisione di merito.

Per il fatto di impedire un pronunciamento sul merito stesso della domanda – e, in definitiva, sul contenuto dell'intera serie degli atti di trattazione-istruzione della causa – la nullità non-formale riveste un'importanza e una gravità maggiori di qualunque altro vizio procedurale. Si è visto che è proprio per questo motivo che, finché la nullità non-formale non è contestata o non è posta d'ufficio, la questione resta impregiudicata e, dunque, «rilevabile in qualunque stato e grado del processo» (come esemplificativamente recitano gli artt. 37 e 39[1]).

L'affermazione può apparire scontata[532], se non fosse che questa ovvia concezione è messa in discussione dalla «teoria del giudicato implicito» accolta dalla Corte di Cassazione[533]. Stando a questa ricostruzione, sarebbe inammissibile eccepire o rilevare, per la prima volta in cassazione, il difetto di un presupposto processuale quando il giudice di primo grado si sia pronunciato nel merito e la questione di rito non sia stata oggetto d'impugnazione, perché a ciò osterebbe il c.d. giudicato

[532] L'affermazione è infatti scontata in ordinamenti come quello austriaco o tedesco ove né la dottrina né la giurisprudenza ha mai dubitato del potere d'iniziativa del giudice superiore di indicare i vizi «rilevabili d'ufficio». Rinvio per tutti a E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren*, cit., 121, la quale spiega che «non possono essere rilevati - per la prima o seconda volta – vizi processuali sfuggiti in primo grado; ma ciò non vale per un *Nichtigkeitsgrund* – almeno sin quando non è rilevata - poiché questa contagia il procedimento dal primo fino alla superiore istanza».

[533] Il *revirement* delle S.U. è avvenuto, con riferimento al difetto di giurisdizione, con le pronunce del 9 ottobre 2008, n. 24883; 30 ottobre 2008, n. 26019; e 18 dicembre 2008, n. 29523. Il tema, si badi bene, non ha nulla a che vedere con la questione del giudicato implicitamente sceso sulle questioni di rito non decise per effetto dell'omessa impugnazione della sentenza di merito. Ma questo è un falso problema, poiché è del tutto naturale che la nullità sia assorbita dal giudicato di merito; e infatti, come osservano rispettivamente A. BONSIGNORI, *op. cit.*, 1617, e A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, VI, 1299 s., viene meno qui il mezzo tecnico dell'impugnazione col quale investire il giudice superiore della questione pregiudiziale, per cui l'indiscutibilità del presupposto processuale discende dalla non controvertibilità dell'accertamento definitivo sul merito.

implicito[534]. La tesi si fonda sull'antecedenza logico-giuridica delle questioni di rito su quelle di merito (art. 276), per cui qualsiasi decisione sul diritto litigioso implicherebbe sempre la preventiva verifica, da parte del giudice, della *potestas iudicandi*, la quale sarebbe destinata a divenire irrevocabile per effetto dell'acquiescenza tacita del soccombente sul capo implicito di sentenza (art. 329[2])[535].

La tesi del giudicato implicito finisce così per introdurre surrettiziamente una preclusione processuale, che andrebbe a coincidere con la scadenza dei termini per impugnare[536]. «Il silenzio» del giudice – si afferma in un arresto[537] – «equivale ad una pronuncia positiva, così come il silenzio delle parti vale acquiescenza (art. 329): una sorta di trilaterale "silenzio assenso" giurisdizionale» che diviene causa di inopponibilità della nullità non-formale (analoga a quella dell'art. 157[2]).

Contro la configurabilità del giudicato implicito sono già state levate gravi obiezioni che a me paiono difficilmente superabili[538]: l'incompatibilità col dato sistematico e positivo che vuole le nullità non-formali rilevabili anche d'ufficio in qualunque stato e grado; la cancellazione del regime di rilevabilità officiale e la sua sostituzione col rimedio dell'impugnazione[539]; la paradossale petizione di principio per cui si considera decisa una questione che non è neppure stata sollevata né d'ufficio né su istanza di parte; la surrettizia legittimazione di una statuizione viziata da difetto di motivazione e da omessa provocazione del contraddittorio sulla

[534] Di «abrogazione tacita di tutte le norme che prevedono la rilevabilità di una certa questione in ogni stato e grado del processo» scrive F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2009, 21.

[535] Anche per C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*[3], cit., 192 s., la pronuncia di fondatezza della domanda presupporrebbe l'accertamento implicito dell'ammissibilità dell'azione, tuttavia – e qui si differenzia la posizione dell'A. – l'impugnazione del solo capo di merito non sottrarrebbe al giudice *ad quem* il potere di rilevare il difetto del presupposto processuale. La tesi a me sembra criticabile perché trasforma la rilevabilità d'ufficio in una «riesaminabilità d'ufficio» sconosciuta al codice e incompatibile col principio dispositivo.

[536] Ciò è evidente dal riferimento della Cass., S.U., 18 dicembre 2008, n. 29523, a una presunta «sollevazione tardiva della questione di giurisdizione nelle note di replica alla comparsa conclusionale (…) per cui la Corte di appello non avrebbe dovuto tenerne conto».

[537] Cass., S.U., 9 ottobre 2008, n. 24883.

[538] Critiche che erano già state sollevate sotto il previgente codice da E. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 244 ss.

[539] Per questi primi due profili critici v. A.A. ROMANO, *op. cit.*, 1295 ss. e 1300, secondo cui, nonostante sia ravvisabile un giudicato implicito sui presupposti processuali, la preclusione *pro iudicato*, che si vorrebbe introdurre con questo istituto, è legislativamente impedita dal potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio in ogni grado il difetto di talune condizioni di trattabilità nel merito e non potrebbe condurre, per contro, alla configurazione dell'onere di impugnare la decisione implicita.

questione pregiudiziale; l'imposizione alla parte integralmente vincitrice dell'onere di impugnare in via incidentale un capo di pronuncia privo di consistenza materiale prima ancora che giuridica.

Le contro-argomentazioni addotte dalla dottrina, dicevo, sono convincenti e non necessitano di ulteriori sviluppi. In questa sede, dirò solo quale è, a mio avviso, il punto debole del ragionamento della Corte. La formulazione di una teoria così bislacca, come quella sul giudicato implicito, mi pare riveli una certa confusione concettuale intorno alla natura giuridica delle nullità non-formali.

I difetti dei presupposti processuali non sono semplici punti di cognizione, alla stregua delle eccezioni di merito, e neppure pongono soltanto mere questioni di rito, come i vizi procedurali. Dai presupposti di ingresso della lite dipende l'ammissibilità dell'azione stessa. Il tema delle condizioni di ammissibilità pone una situazione processuale autonoma consistente nel potere-dovere del giudice di giudicare la lite e nel diritto delle parti alla decisione del merito. È questa autonomia da ogni altra questione di rito e di merito che spiega perché le nullità non-formali, se sono controverse, vanno accertate con un giudizio pieno e a sé stante[540].

La contestazione o la rilevazione dell'irregolare ingresso della domanda introduce nel giudizio un ulteriore oggetto, per l'appunto, processuale e autonomo. Ne esce così dilatato non solo il tema della cognizione del giudice ma anche l'ambito della sua decisione. Il giudice, a questo punto, chiude in rito il giudizio, se reputa fondato il rilievo, altrimenti si pronuncia nel merito, ma, in ogni caso, la decisione sull'oggetto processuale assurge a capo indipendente della sentenza.

Senonché, può anche accadere che la questione non sia sollevata. Ed è qui il punto; se manca una contestazione o un rilievo, la questione di nullità rimane latente,

[540] Se la pronuncia sulla nullità non-formale assurga o no a capo autonomo della sentenza definitiva è questione a lungo dibattuta. Tuttavia, la soluzione che valorizza l'autonomia del capo di rito a me pare preferibile sia per un motivo di ordine logico che per ragioni sistematiche. Il motivo di ordine logico è che la decisione sui c.d. presupposti processuali afferma o nega il potere-dovere del giudice di giudicarne il merito con ripercussioni dirette sulla stessa decidibilità dell'altro oggetto, il diritto litigioso (art. 276^{2}). La ragione di ordine sistematico è che il legislatore ha mostrato di attribuire un autonomo significato alla pronuncia sul rito, conferendole una forma autonoma in caso di decisione non-definitiva (art. 279^{1e2}) e consentendone l'autonoma impugnabilità (art. 279^{4}). Non solo, senza il riconoscimento di questa autonomia rimarrebbe inspiegabile la capacità della decisione sull'oggetto di rito di acquisire l'autorità di giudicato interno (artt. 310^{2} e 382^{2}).

ma non perde la sua autonomia, sicché resta una situazione processuale non decisa, che non può essere desunta dal semplice fatto del pronunciamento nel merito.

Si hanno ora gli elementi per impostare il tema sul piano dell'impugnazione. Il sistema dei rapporti tra iniziativa del giudice nella ricognizione della *potestas iudicandi* e potere di impugnazione della parte non modifica in nulla la tecnica di rilevazione delle nullità, che conserva, nel passaggio da un grado all'altro del giudizio, il medesimo regime del primo grado. Nel tempo intercorrente tra la pubblicazione della sentenza e l'instaurazione del gravame, l'unico soggetto legittimato a lamentare la nullità è il soccombente. Se poi l'impugnazione è proposta, ma il motivo di nullità non è fatto valere, perché la doglianza si appunta solo sul merito o su una diversa questione di rito, il vizio torna a essere rilevabile anche su impulso del giudice[541].

Quando l'art. 161[1] onera il soccombente a censurare la nullità col mezzo di impugnazione, non regola né limita i poteri di iniziativa del giudice superiore[542], ma circoscrive soltanto i poteri delle parti, sottraendogli il rimedio dell'antica *querela nullitatis*. Né, d'altro canto, l'importanza dell'errore giustifica alcuna disparità di poteri tra il giudice di prime cure e il giudice dell'impugnazione.

Quanto al progressivo meccanismo di passaggio in giudicato dei capi non impugnati (art. 329[2]), esso non gioca alcun ruolo. E infatti, il dovere di giudicare nel merito è situazione processuale autonoma dal rito che – al pari delle situazioni sostanziali – non può essere ammessa né negata in assenza di un accertamento. Né si può trarre alcun argomento dal concetto di pregiudizialità, che non cancella l'autonomia della questione. Pregiudizialità significa che il merito è esaminabile solo se ricorrono le prescritte precondizioni di rito, ma ciò non toglie che la nullità, se non è oggetto di cognizione e di decisione, resta impregiudicata dall'emanazione di una sentenza sull'oggetto sostanziale.

---

[541] Sotto il vigore del previgente codice, già G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*[3], cit., 658, aveva fugato dubbi al riguardo, chiarendo che «poiché il giudice non procede mai d'ufficio all'impugnativa di una sentenza così a questo punto la nullità si confonde con l'annullabilità. Proposta però l'impugnativa, la questione risorge davanti al giudice del procedimento di impugnativa poiché questi trovandosi involto nel rapporto processuale ha gli stessi poteri che ebbe il giudice nella fase anteriore al suo svolgimento, anche se la nullità non fu dedotta».

[542] G. LASERRA, *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 571.

V'è infine un'altra ragione, a mio parere, per cui l'ambito della cognizione del giudice superiore non tollera restrizioni: nel pronunciarsi nel merito nonostante il difetto di un presupposto di ammissibilità, il giudice di prime cure viola gli obblighi di direzione materiale del processo, in ottemperanza ai quali deve indicare alle parti le questioni che costituiscono gli antecedenti logici necessari della decisione di merito (artt. 101^{2}, 127, 175^{1}, 183^{1e4} e 276^{2}). Alla nullità, che contagia l'intera sequenza, si aggiunge così l'errore del giudice, che, a sua volta, deve potersi rilevare d'ufficio. Sicché, l'inosservanza del giudice *a quo* agli obblighi di conduzione processuale rientreranno automaticamente nell'ambito della cognizione del giudice *ad quem*[543].

Al di là di queste contro-argomentazioni, l'impressione è che l'interpretazione sovversiva del dato positivo sia esclusivamente dettata da due preoccupazioni. La prima è per «le parti che consapevolmente non sollevano l'eccezione (perché) hanno evidentemente la riserva mentale di formularla successivamente in base ad un calcolo di convenienza (e) "tentano" la carta estrema della "distruzione processuale"». La seconda per la situazione di emergenza in cui versa la giustizia italiana e a cui contribuirebbe «l'interpretazione tradizionale (che) produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo (…), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito».

Intendiamoci, i timori della S.C. sono comprensibili, ma c'è un'ingenuità di fondo e sta nell'illusione che l'irragionevole durata dei processi civili possa addebitarsi alle norme di procedura e che manipolando l'interpretazione di queste disposizioni – a pallida imitazione della Corte Regolatrice – si possa rimediare alle inefficienti prestazioni dell'amministrazione della giustizia. L'errore di prospettiva non è però privo di inconvenienti.

Nel momento in cui si afferma che la coerenza-logico concettuale delle soluzioni interpretative deve essere sacrificata in favore dell'imprescindibile canone

[543] La mistificazione capziosa a cui conduce il giudicato implicito sta appunto nel tramutare in decisione tacita quello che è un inadempimento del giudice, per poi accollarlo al soccombente. Rimettere al soccombente il potere di prestare acquiescenza all'inosservanza del giudice all'obbligo di rilevare d'ufficio i presupposti processuali e di condurre cautamente la trattazione non è, insomma, che un duplice paradosso!

di celerità[544]; che, nel bilanciamento dei valori costituzionali, occorre prediligere sempre la soluzione che realizzi «il diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli»; che, insomma, ogni altro canone regolatore del giusto processo va sacrificato sull'altare della rapidità giudiziaria, si finisce per curare il male con un vaccino ancora più nocivo della malattia! Lo scompaginamento dei concetti e delle categorie, costruiti dalla scienza giuridica moderna nell'ultimo secolo e mezzo, non giova all'efficienza del sistema giustizia, ma può, al più, generare incertezza sull'applicazione degli istituti e compromettere l'attenta attuazione delle garanzie.

Ora, ciò non toglie che alcune delle riflessioni della Corte siano più che condivisibili, soprattutto quelle relative alla sensibilità per un processo che sia servizio per la collettività. Il principio di ragionevole durata del processo impone certamente una rimeditazione del sistema di quei controlli che non sono posti a tutela dell'effettività del diritto di difesa e della tutela giurisdizionale ma a presidio di una tramontata concezione della giurisdizione statale. Così com'è auspicabile che si valorizzi la collaborazione tra giudice e parti al fine di verificare, fin dalle prime battute processuali, il corretto esercizio della *potestas iudicandi* così da scongiurare il rischio di vanificazione del risultato processuale raggiunto.

Senonché – ed è questo il problema – nessun timore, per quanto fondato, e nessuna aspirazione, per quanto legittima, può legittimare un'interpretazione *contra legem* (tanto più pericolosa se proveniente dalla S.C.!). Certamente, in una prospettiva *de iure condendo*, è auspicabile che la rilevabilità del difetto di giurisdizione, rispetto ai giudici speciali e ai giudici dell'U.E., sia anticipata alle soglie del giudizio d'appello, ma questa è una scelta che, nello Stato di diritto, spetta al legislatore e a nessun altro.

4.7. Circoscrivendo per il momento l'indagine alla fase c.d. rescindente del controllo dei vizi in sede di gravame, occorre esaminare le differenze, che, sotto il profilo sistematico, distinguono la struttura del giudizio di appello quando a essere

[544] Va anche detto che spostando il baricentro dell'interpretazione delle norme processuali sul solo parametro di riferimento costituzionale della «ragionevole durata», ne esce sacrificato ogni altro principio - non solo costituzionale (v. artt. 47 s. CDFUE e art. 6 CEDU) - con cui quel valore deve essere congruamente ponderato e bilanciato. È invece solo nell'organica complessità di tutti i principi accolti dall'ordinamento che si delinea il modello costituzionale del «giusto processo».

contestata è la nullità della sentenza. E infatti, la confluenza della *querela nullitatis* nell'*appellatio* non ha eliminato l'autonoma rilevanza delle nullità, sicché il loro trattamento non risulta completamente sovrapponibile a quello degli errori di giudizio. Tale divergenza richiede infatti degli adattamenti alla struttura del processo d'appello, che è nato e concepito come rimedio contro l'ingiustizia della sentenza. Prendiamo le mosse dalla domanda di impugnazione.

Prima di esaminare cosa cambia nella struttura dell'atto introduttivo, occorre preliminarmente richiamare i criteri guida che ne regolano la costruzione. L'importanza dell'argomento è evidente, dato che è proprio il contenuto della domanda di impugnazione a determinare l'oggetto del giudizio di gravame e a delineare l'ambito della cognizione del giudice superiore. Il suo contenuto è astrattamente suddivisibile in cinque elementi costitutivi:

(*a*) l'indicazione dei capi di sentenza impugnati;

(*b*) la riproposizione delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito;

(*c*) le conclusioni della domanda di impugnazione;

(*d*) le ragioni della domanda di impugnazione;

(*e*) i motivi specifici della domanda di impugnazione.

I primi tre elementi costituiscono la parte volitiva dell'atto di gravame: *a*) e *b*) individuano quindi l'ambito della decisione (diritto litigioso oggetto di autonoma statuizione) e della cognizione (questioni pregiudiziali e preliminari sfavorevolmente decise)[545] del giudice superiore, mentre *c*) indica la modifica del giudizio (accoglimento o rigetto, in rito o in merito, dell'azione) e il tipo di provvedimento richiesti (riforma, annullamento e rimessione al primo giudice)[546].

---

[545] Individuano nella riproposizione il mezzo, concesso dall'art. 346 all'appellante e all'appellato, per investire il giudice *ad quem* delle ragioni di domanda assorbite e delle eccezioni rigettate o assorbite: A. ATTARDI, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 167; e M. BOVE, *Breve riflessione sui motivi specifici dell'appello e sull'art. 346 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, 476 s. Vede invece nella riproposizione il mezzo per devolvere le sole questioni non-esaminate A.A. ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1222 s.

[546] La struttura dell'atto di impugnazione è ricavabile dall'interpretazione logico-sistematica di una serie di disposizioni (per l'appello v. artt. 342 e 346 e per il ricorso in cassazione v. artt. 360^1 e 366^1), che, ahimè, peccano di incompletezza e imprecisione. Criticabile è, a mio avviso, il novellato art. 342, che solo apparentemente riproduce il "corrispondente" § 520^3 *dZPO*. Innanzitutto, rilevo che sotto la rubrica «*Forma dell'appello*» il legislatore disciplina in realtà il contenuto dell'appello.

Gli ultimi due elementi rappresentano la parte argomentativa dell'impugnazione, ma mentre con *d*) si censurano i vizi di procedura o di giudizio e gli errori sotto il profilo di diritto o di fatto commessi dal giudice, invece *e*) è volto a incrinare il ragionamento logico-giuridico contenuto nella motivazione della sentenza[547]. Ciò premesso, vado a esaminare cosa cambia nella struttura dell'impugnazione per motivi di nullità.

(*a*) L'indicazione della parte di sentenza che si intende impugnare (*Anfechtungserklärung*) non costituisce sempre un elemento indispensabile dell'atto di gravame (art. $342^{2,n.1}$). Non lo è quando il giudice *a quo* non si sia pronunciato sull'ammissibilità della domanda, perché in tal caso il provvedimento è sfornito di un autonomo capo di rito (c.d. nullità latente). L'eventuale accoglimento dell'impugnazione travolgerà di diritto la pronuncia dipendente sul merito (art. 336^{1}). Diviene invece necessaria nel momento in cui l'eccezione di nullità sia respinta, di modo che il soccombente si ritrova onerato a provocare il riesame sul capo pregiudiziale[548].

Inoltre, la locuzione similare del primo e del secondo comma pongono l'interrogativo se la «motivazione dell'appello» sia o no uguale ai «motivi specifici dell'impugnazione». A parte questo, l'art. 342^{2}, mescola nella «motivazione d'appello» elementi assai dissimili tra loro, che il legislatore tedesco – a sua volta ispirato dai §§ 467 e 506^{1} *öZPO* – tiene invece ben distinti. Gli ordinamenti germanici, infatti, all'interno della *Berufungs-* e *Revisionsbegründung*, scindono la *Anfechtungserklärung* (l'indicazione dei capi e micro-capi della sentenza impugnata), dai *Rechtsmittelgründe* (le ragioni dell'impugnazione: *error in procedendo* ed *errores in iudicando in iure* e *in facto*) e dal *Rechtsmittelantrag* (la richiesta di modifica della decisione).

[547] I «motivi specifici» rappresentano, come ricorda H. WALSMANN, *op. cit.*, 105 ss., un residuo storico dell'istituto di diritto comune della repressione degli appelli frivoli. La loro funzione resta però quella di privare la decisione della base logica che la sorregge, contrapponendo, se la censura è di diritto, una diversa ricostruzione giuridica (analogamente a quanto previsto dall'art. $346^{2,n.1}$ per la censura in punto di fatto). Due es. serviranno da chiarimento. *a*) Rigettata la domanda risarcitoria per intervenuta prescrizione quinquennale, la motivazione può consistere nel lamentare che la soccombenza deriva dall'erronea qualificazione del danno come extra-contrattuale e il motivo specifico nella ricostruzione della responsabilità secondo il diverso schema del «contatto sociale» soggetta al termine di prescrizione decennale; *b*) Rigettata la domanda per violazione del *ne bis in idem*, la motivazione può consistere nella contestazione che il giudice ha erroneamente ravvisato l'identità della domanda di annullamento contrattuale per dolo con quella di annullamento per violenza e il motivo specifico nell'argomentazione che l'individuazione dell'oggetto dell'azione non coincide col motivo ma col tipo di modificazione giuridica richiesta.

[548] L'ordinamento austriaco e quello tedesco non fanno uso del concetto di «parte della sentenza». Il § $467^{n.3}$ *öZPO* e il § $520^{3,n.1}$ *dZPO* onerano più semplicemente a «dichiarare in che misura la sentenza è impugnata».

(*b*) Mentre la riproposizione delle questioni pregiudiziali di rito (rigettate) non si comporta diversamente dalla riproposizione delle questioni preliminari di merito (rigettate o assorbite), (*c*) peculiarità presenta il *petitum* dell'impugnazione per ragioni di nullità della sentenza. Se, infatti, la contestazione dell'ingiustizia della decisione mira sempre a ottenere una pronuncia di riforma nel merito (con rigetto o accoglimento nel merito della domanda), la censura di nullità può perseguire:

- la riforma in rito della sentenza per inammissibilità della decisione di merito dovuta a una nullità insanabile o non concretamente sanata (*absolutio ab instantia*);
- l'annullamento della sentenza con rimessione della causa al primo giudice nei casi previsti dagli artt. 353, 354[1e2] e 383[3e4] (*iudicium rescindens*);
- la riforma nel merito della decisione a seguito dell'eliminazione o della rinnovazione delle attività formalmente viziate (*novum iudicium*).

Da questa tripartizione delle domande proponibili in appello emerge la duplice funzione che il giudizio di gravame può assumere. Nei primi due casi, ove l'appello è mezzo d'annullamento, l'indagine sulla nullità non può mai essere assorbita da quella sulla giustizia[549]. Nella terza ipotesi, ove il gravame si atteggia a mezzo di riforma, è invece configurabile l'onere dell'appellante di domandare, subordinatamente all'accoglimento della domanda di nullità, una nuova pronuncia nel merito[550].

Con ciò non intendo dire che ricorre l'interesse a impugnare solo se l'accoglimento dell'eccezione di nullità basti a capovolgere la decisione di merito sfavorevole dell'appellante, perché se a volte basta una nullità insanabile o l'inutilizzabilità di un atto probatorio a travolgere la sentenza impugnata, altre volte l'esito della lite sarà determinato dalle risultanze degli atti rinnovati in appello (art. 354[4])[551].

(*d*) Più articolato è il problema con riguardo alle ragioni del gravame. Se per «indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge (processuale) e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata» si intende l'individuazione

[549] P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 78, nt. 1 e 2.

[550] La giurisprudenza è consolidata nel ritenere inammissibile l'appello per soli motivi di nullità se il vizio non conduce alla chiusura in rito del processo o alla rimessione al primo giudice: v. *ex pluribus* Cass. 4 febbraio 2008, n. 2551 e Cass. 2 luglio 2007, n. 14977.

[551] La prima ipotesi si verifica, a es., quando la decisione si fonda su una domanda o su un'eccezione contenuta in una citazione o in una comparsa nulla, la seconda quando l'accertamento dei fatti si basa su una prova invalidamente acquisita e di cui è richiesta la riassunzione.

dell'errore commesso dal giudice nella risoluzione della *quaestio iuris*, un tale onere non è configurabile a carico dell'appellante quando il giudice accoglie la domanda senza statuire alcunché sulla sua ammissibilità o sulla nullità dell'atto che sia antecente logico-giuridico della decisione (c.d. nullità latente)[552]. Emerge qui il solo profilo statico della violazione di legge: il giudice viola una norma processuale-canone di condotta che gli impone o di rigettare in rito la domanda, perché il vizio non è sanato o è insanabile, o di espungere un certo atto dalla trama procedurale, perché disforme dal modello legale.

Se poi si interpreta la formula di cui all'art. $342^{2,n.2}$ come indicazione dei fatti da cui deriva il vizio[553], allora bisogna distinguere il caso in cui sia censurata un'imperfezione formale da quello in cui sia lamentato un vizio non-formale. Censurata la violazione di una prescrizione di forma, incidente sull'ingiustizia della decisione[554], l'atto o la serie di atti formalmente viziati costituisce la ragione dell'impugnazione (da indicare *ex* art. $342^{2,n.2}$, come circostanza da cui deriva la violazione di legge processuale) e rappresenta al contempo il mezzo di prova documentale della nullità lamentata. Se è invece una causa d'inammissibilità dell'azione a essere contestata, la ragione dell'impugnazione (la circostanza da cui deriva la violazione della legge processuale) va a coincidere col fatto impeditivo della decisione di merito, mentre la serie degli atti potrà utilizzarsi, al più, come prova documentale della nullità non-formale del procedimento e della sentenza. In tale ipotesi, ciò che non può pretendersi è l'indicazione dell'incidenza causale dell'errore sulla sentenza appunto perché il problema dell'ingiustizia resta fuori dal tema delle nullità non-formali.

---

[552] Dubbio è quando il giudice, senza che vi sia alcuna controversia, neghi *incidenter tantum* una nullità rilevabile su istanza di parte. A mio avviso, in tale ipotesi, il giudice non decide in senso tecnico, ma effettua una mera ricognizione dei propri poteri-doveri processuali. In tal senso sembrerebbe orientato anche P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 225, quando afferma che «se, ora, nel corso del processo sorge contrasto o incertezza sulla esistenza di una di queste concrete volontà di legge processuale già nate, il giudice è chiamato a risolvere immediatamente questa controversia (...) e la sua pronuncia ha carattere *dichiarativo*».

[553] Con maggiore precisione il § $551^{3,n.2b)}$ *dZPO* stabilisce che, se il ricorso in revisione si fonda sulla violazione della legge processuale, vanno indicati «i fatti da cui deriva il vizio».

[554] Poiché, come si è visto, il nesso causale tra imperfezione formale di un atto e ingiustizia della sentenza è condizione di rilevanza della nullità, solo nell'impugnazione per vizi di forma l'appellante ha l'onere di indicare la «loro rilevanza ai fini della decisione impugnata» (art. $342^{2,n.2}$).

(*e*) La distinzione tra vizio di attività ed errore di giudizio assume inoltre rilevanza con riguardo ai motivi di gravame[555]. E infatti, anche le motivazioni in grado di fondare l'accoglimento della domanda non rappresentano sempre un momento immancabile dell'atto di impugnazione (art. 342[1]). Occorre però operare una distinzione a seconda che il giudice *a quo* sia sceso o meno nella decisione della questione di nullità.

È ragionevole onerare l'impugnante a «contrapporsi con proprie argomentazioni volte a incrinare il fondamento logico-giuridico delle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata»[556] solo se il giudice inferiore si sia pronunciato sulla causa e sulle ragioni della nullità.

Diverso è il caso in cui la sentenza impugnata contenga un accertamento della concreta volontà di legge processuale, perché entra qui in gioco il profilo dinamico. Quanto deciso dal giudice nella verifica dei propri poteri o sulla validità degli atti che fondano la decisione è sempre rilevante, nel senso che onera il soccombente a specificare le proprie censure così come obbliga il giudice *ad quem* a verificare il fondamento logico-giuridico della decisione impugnata.

Se questo è vero non può condividersi l'opinione secondo cui non sarebbe «decisione in senso tecnico» quella con cui il giudice dirime il contrasto sul corretto esercizio del suo potere[557]. E infatti, caratteristica fondamentale del processo è proprio la capacità di auto-comporre i conflitti che nascono al suo interno. Il giudice adito non è solo un destinatario della regola di condotta, ma è anche l'organo deputato a dirimere

---

[555] Secondo P. GILLES, *op. cit.*, 38 ss., non sono i motivi di impugnazione a tracciare l'oggetto del giudizio di gravame bensì la dichiarazione di voler impugnare la sentenza, l'indicazione del capo devoluto e del procedimento prescelto per capovolgerne il risultato. L'A. giunge a sostenere (36 ss.) che oggetto dell'impugnazione sia la domanda di annullamento della sentenza in funzione di controllo della decisione, contrapponendosi così alla dottrina dominante che, concependo l'impugnazione come prosecuzione del giudizio di prime cure, lo individua nel diritto litigioso: v. per tutti A. BLOMEYER, *op. cit.*, 539.

[556] La massima è divenuta ormai un *leitmotiv* della giurisprudenza: v. *ex pluribus* Cass., S.U., 29 gennaio 2000, n. 16 e 9 novembre 2011, n. 23299. Va da sé che si può imporre un tale onere solo quando la decisione processuale sia, per prima, sorretta da una specifica motivazione in tal senso.

[557] È la tesi formulata da P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 38; e P. CALAMANDREI, C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Noviss. dig.*, II, Torino 1957, 1071 e 1073; e sposata da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 416, secondo cui è irrilevante l'opinione che il giudice, destinatario della norma processuale-canone di comportamento, abbia circa la questione di rito, come lo è l'opinione che il privato cittadino ha della regola di condotta a lui destinata.

le liti endo-processuali, applicando la norma metro di giudizio e dichiarandone la concreta volontà[558].

D'altro canto, se è vero che la funzione della pronuncia di rito è di fornire certezza sul modo d'essere della situazione processuale e che esse divengono intangibili una volta che sia precluso il potere di impugnazione (c.d. giudicato interno), non può allora disconoscersene la natura decisoria. Come ogni provvedimento istituzionalmente diretto all'accertamento dei rapporti giuridici, anche le pronunce di mero rito sono quindi decisioni in senso tecnico (*supra* § 4.5.).

E comunque, se fosse vero che la pronuncia sulle questioni pregiudiziali equivale all'opinione ininfluente del destinatario della regola di condotta, si giungerebbe al paradosso di non poter mai avere «decisioni» ogniqualvolta sia censurata l'inosservanza di norme processuali che hanno come diretti destinatari anche i giudici dei successivi gradi di giudizio; il che avviene, ad esempio, ogniqualvolta sia contestato il difetto di un presupposto processuale generale.

Se, dunque, la decisione assunta dal giudice di prime cure non è una mera delibazione ma un vero e proprio giudizio, idoneo a statuire sulla concreta volontà di legge processuale e suscettibile di acquisire l'autorità del giudicato interno, il vizio logico da cui tale comando dovesse essere affetto va censurato secondo le stesse regole applicabili all'impugnazione sul merito[559].

4.8. Il trattamento delle patologie processuali tende inoltre a distinguersi sotto il profilo delle c.d. **novità ammissibili**. L'attuale struttura positiva del giudizio di

---

[558] Insegna O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, cit., 26: «dietro a ciò che accade nel processo non c'è poi un altro processo che si occupi di esaminarne la legittimità, nessun secondo sistema di controllo. Non c'è alcun processo = processo! Al processo spetta di vigilare su se stesso, di autocontrollarsi». A queste parole fa eco l'affermazione di R. POLLAK, *Gerichtliches Geständniß im Civilprozesse*, Berlin, 1893, 36, secondo cui «dietro al diritto civile è impiantato (…) il processo; ma dietro al processo non v'è nulla».

[559] Lo stesso P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 295, che viene invocato a sostegno della tesi opposta, ammette che «si può avere un *error in iudicando* consistente nella «erronea dichiarazione» da parte del giudice di una concreta volontà di legge processuale (...) tutte le volte che il giudice, durante il corso del processo, si trovi a dover decidere su questioni di natura processuale (...) come se si trattasse di decidere una controversia di diritto sostanziale». Che il gravame deve contenere l'esposizione delle ragioni per cui si ritiene erronea la decisione sulla questione di rito è statuito da Cass. 18 luglio 2007, n. 15733; Cass. 5 giugno 2007, n. 13161; e da Cass. 9 gennaio 2008, n. 178; in senso contrario v. però Cass. 20 luglio 2007, n. 14288.

gravame corrisponde a quella di un appello chiuso (o limitato) all'adozione di mezzi di attacco e difesa che non siano già stati spiegati in prime cure, con l'importante deroga delle domande consequenziali, delle eccezioni in senso lato e dei mezzi di prova incolpevolmente non dedotti[560].

Bisogna dunque esaminare se e in che misura il limitato regime di ammissibilità dei *nova* trovi applicazione con riguardo alle nullità del primo grado. Nella disamina si terrà conto della distinzione di due diverse tipologie di errori: l'imperfezione formale e non-formale degli atti del precedente grado di giudizio e l'errore del giudice nella conduzione del processo.

1.a.) Si sottraggono certamente al divieto dello *ius novorum* le eccezioni di **nullità formali** derivanti da un difetto di costruzione dell'atto sentenza.

1.b.) Il divieto all'esercizio dello *ius novorum* trova un secondo limite in conseguenza della violazione del giudice al dovere di dirigere in modo corretto e leale lo svolgimento della procedura. Qui l'errore – di cui generalmente ci si accorge solo alla lettura della sentenza – sta nel non aver provocato il contraddittorio sulle questioni rilevanti per la decisione e dunque nel non aver assicurato la completa ed esauriente trattazione della causa (*supra* § 1.5.*i.*).

Si badi bene che la questione non verte qui sull'ammissibilità di istanze e mezzi di prova nuovi a sostegno della nullità della sentenza bensì sull'ammissibilità di mezzi di attacco e difesa nel merito, che il soccombente non ha proposto a causa

[560] Mi concederà il lettore una breve digressione sui modelli di gravame. La letteratura giuridica italiana e tedesca non hanno ancora riconosciuto a F. KLEIN il merito di aver intuito i pregi dell'appello ispirato al modello della *revisio prioris instantiae* e di averlo, per primo, tradotto in sistema positivo. L'insigne giurista austriaco, come sottolinea P. BÖHM, *" Was will das Neuerungsverbot?" Hintergrund, Funktion, und Einfluß auf das Prozeßverhalten in erster Instanz*, in *Festschrift 100 Jahre ZPO. Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, Wien, 1998, 239 ss., non ne ha soltanto compreso i vantaggi pratici, come il contenimento dei costi e l'accelerazione dei tempi processuali, a cui hanno peraltro interesse sia lo Stato che le parti, ma anche quelli pedagogici sui giudici di primo grado e sui difensori affinché siano consapevoli della responsabilità di assicurare, gli uni, una trattazione e istruzione esaustiva della lite e, gli altri, una difesa completa e puntuale. Senonché, come rileva E.-M. BAJONS, *Landesbericht Österreich*, in *Rechtsmittel im Zivilprozeß, unter besonderer Berücksichtigung der Berufung*, P. GILLES, K. RÖHL, P. SCHUSTER, D. STREMPEL (a cura di), Köln, 1985, 218, il modello chiuso di appello – ed è questo il cuore della questione – funziona solo se il giudizio di primo grado sia strutturato in modo tale da garantire la trattazione e istruzione più esauriente possibile, senza che vi siano rigide preclusioni a impedire di completare l'istruttoria, e se il giudice sia capace di esercitare efficientemente i poteri di direzione materiale del processo, così da coinvolgere e corresponsabilizzare le parti nel celere ed esaustivo accertamento della verità, secondo quella che è appunto l'idea kleiniana dell'*Arbeitsgemeinschaft*.

dell'erronea o incauta direzione del processo. Ciò può accadere per due ragioni: o perché il giudice ha erroneamente impedito che la causa fosse trattata e istruita in modo completo ed esauriente (*primärer Verfahrensmangel*) oppure perché, a causa dell'erronea prospettiva giuridica assunta dal giudice, alle parti non sia stato concesso di spendere, in prime cure, i mezzi di attacco e di difesa consoni alla corretta qualificazione giuridica del fatto allegato (*sekundärer Verfahrensmangel*).

Ebbene, se la censura è fondata, il divieto dei *nova* non può valere e ciò per l'evidente motivo che sulle parti non è trasferibile l'errore del giudice[561]. La questione è allora quella di capire se trovi qui applicazione l'eccezione, posta dall'art. 345[3]. È questo, a mio avviso, il cuore del problema. E infatti, a me sembra che la disciplina descritta dall'art. 345 sia pensata con riferimento ai soli mezzi di attacco e di difesa nel merito e che non trovi dunque diretta applicazione alle questioni di rito. Il divieto dello *ius novorum*, infatti, «presuppone che la sentenza di primo grado sia immune da vizi»[562]. Ciò, d'altro canto, corrisponde all'idea per cui il rito sia un oggetto radicalmente distinto e autonomo dal merito e che, come tale, vada trattato. E comunque, la limitata operatività al solo merito del giudizio mi pare trasparire dal riferimento dell'art. 345 a «domande», «eccezioni» e «mezzi di prova», tutti termini che il codificatore impiega per riferirsi ai mezzi di attacco e di difesa nel merito[563].

Ammessa dunque la proposizione di nuove allegazioni e di nuovi mezzi di prova, la struttura del giudizio di gravame risulterà così modificata: non sarà più quella ordinaria della *revisio prioris instantiae*, ma corrisponderà a un *novum iudicium* o,

[561] Questo concetto è ben espresso da E.-M. BAJONS, *Zivilverfahren*, cit., 124, secondo cui «il divieto di allegazione di nuovi fatti e di indicazione di nuovi mezzi di prova nell'istanza superiore non è mai tale da impedire la rilevazione dell'errore del giudice; in altre parole non vige là dove l'incompletezza nel primo grado si riallacci a un siffatto errore del giudice». L'A. indica un ulteriore limite al divieto dei *nova* con riferimento alle allegazioni e ai mezzi di prova indispensabili a confutare l'erronea valutazione delle risultanze probatorie.

[562] In tal senso F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 26, secondo cui «le parti si trovano, infatti, in sede di rinnovazione degli atti, nella situazione in cui erano al momento in cui si è verificato il vizio». In questi stessi termini si è pronunciata anche Cass. 10 febbraio 2003, n. 1935.

[563] Si può al più ammettere l'estensione analogica dell'art. 354. La clausola legislativa del «non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa (alla parte) non imputabile» si adatta benissimo anche al caso dei mezzi di prova non spesi a causa dell'errore del giudice.

più correttamente, a un giudizio prosecutorio del primo grado (*fortgesetztes Verfahren erster Instanz*).

2.a.) Ammissibile è altresì la proposizione di nuove eccezioni di **nullità non-formali**, cioè che non siano state già dedotte, trattate e decise nel giudizio *a quo*, purché, s'intende, siano «rilevabili anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo» (v. *supra* § 4.4.)[564].

2.b.) Bisogna chiedersi se, a sostegno delle **nullità non-formali** eccepite per la prima volta in appello, siano anche allegabili nuovi (f)atti processuali e se siano deducibili nuovi mezzi probatori[565]. Naturalmente, l'interesse a nuove allegazioni e prove sorgerà per lo più con riguardo a fatti accaduti fuori dal processo dai quali dipende la risoluzione della questione di rito[566].

Ebbene, eccezione ed allegazione, se nella pratica possono confondersi, restano due atti giuridicamente distinti: l'una obbliga il giudice a decidere su un fatto che con l'altra si introduce nel processo. Se la legge ammettesse l'una e non l'altra, allora sarebbero rilevabili solo i fatti già allegati, ma a me non pare che sia questo il caso. E infatti, il regime di limitata ammissibilità dei *nova*, posto dall'art. 345 – come ho scritto – si riferisce alle novità di merito e non alle difese in punto di rito.

Dirò di più, il regime restrittivo dei *nova* non è in generale applicabile alla trattazione e istruzione di ogni eccezione di nullità non-formale, anche se già decisa e riproposta. La ragione non sta nell'irrilevanza della pregressa delibazione[567], perché

---

[564] Nessuna difficoltà pongono le eccezioni trattate e decise ma non coltivate dal soccombente col gravame, la cui cognizione è preclusa al giudice superiore dall'irrevocabilità della decisione; in giurisprudenza v. ad es. Cass. 6 novembre 2006, n. 23628. Se così non fosse, osserva V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 480, «si avrebbe, non un rilievo d'ufficio della nullità, bensì un riesame d'ufficio della sentenza (o della parte di sentenza) non impugnata». Opinione contraria è espressa da A. BONSIGNORI, *Effetto devolutivo dell'appello e nullità insanabili*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1978, 1607 s., il quale, a mio avviso, confonde la rilevabilità d'ufficio della questione latente con la devoluzione d'ufficio della questione decisa.

[565] Il problema non si pone per le nullità di forma ed extra-formali che non sono mai nuove risultando già agli atti. Il giudice d'appello le conosce autonomamente tramite l'accesso diretto al fascicolo di causa (art. 347^{3}) e il giudice di legittimità tramite «la specifica indicazione (e produzione) degli atti processuali, dei documenti (...) sui quali il ricorso si fonda» (artt. $366^{n.6}$ e $369^{2,n.4}$).

[566] Si pensi all'eccezione di difetto di capacità che è distinta dall'allegazione del fatto extra-processuale dell'interdizione e per la quale sorgerà l'interesse a produrre la relativa sentenza.

[567] Come invece sostiene F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 22 ss., secondo cui quella del giudice di primo grado «è una mera opinione del tutto ininfluente, come quella di qualunque soggetto destinatario di una regola di condotta (...) non può "decidere" in senso proprio

il giudice *a quo*, seppur destinatario della regola di condotta, riceve comunque dallo Stato il potere di dichiarare la concreta volontà di legge processuale. E, d'altro canto, l'inammissibilità di nuovi mezzi di prova non è mai dipesa dall'esistenza di una decisione quanto piuttosto dalle esigenze di celerità e di concentrazione dell'istruttoria[568]. La ragione che giustifica il diverso trattamento, io credo, sta nell'esigenza di assicurare che, sulle condizioni di ammissibilità della decisione di merito, l'istruttoria sia, per quanto possibile, completa ed esauriente, appunto perché, in tali casi, è in gioco l'attendibilità stessa della decisione di merito[569].

4.9. Anche la struttura della fase rescissoria del gravame subisce importanti variazioni quando censurata è la nullità della sentenza o del procedimento di prime cure. Il codice predispone una scala di soluzioni che va dall'*optimum* garantistico, rappresentato dall'arretramento del processo dalla fase di gravame alla prima istanza, fino alla soluzione in rito del processo quando l'imperfezione si pone come ostacolo insormontabile all'utile sortita del giudizio[570]. Tra i due antipodi si colloca la soluzione intermedia del recupero del vizio nello stesso giudizio di gravame, che, pur essendo meno drastica per il principio di celerità, non consente comunque la salvezza della garanzia del doppio grado di giurisdizione. Esaminiamo partitamente le tre soluzioni.

α) In quanto giudizio avente struttura cognitoria e funzione dichiarativa, l'appello costituisce un ambiente processuale idoneo non solo ad accertare ma anche a correggere gli errori verificatisi nella precedente istanza. È questo appunto il modello generale e residuale predisposto dall'art. 354[4], per cui il giudice d'appello avoca a sé il potere di disporre la ripresa del procedimento dallo stadio processuale in cui si è prodotta la nullità, previa rinnovazione dell'attività consequenziale

---

circa i propri diritti e doveri (...) rispetto alla questione di rito – come già evidenziato – il processo di appello è un giudizio di primo grado».

[568] Lo dimostrano i modelli processuali (v. il previgente art. 345 e § 250 *dZPO*) che costruiscono il gravame come *novum iudicium*.

[569] Mi ritrovo così d'accordo con l'opinione espressa da B. GRUNST, *op. cit.*, 151, secondo cui il traguardo del processo non sta tanto nella sentenza di merito quanto nella ritualità del procedimento per giungere a questo giudizio (*Justizförmigkeit*).

[570] Tanto nei casi in cui la nullità del primo grado conduce all'assoluzione del convenuto dall'osservanza del giudizio, quanto nelle ipotesi in cui mena alla rimessione al primo giudice, non opera l'effetto sostitutivo dell'appello; sul punto v. F. DANOVI, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1488 s.

irritualmente compiuta in prime cure (con l'eccezione degli atti «successivi che ne sono indipendenti» *ex* art. 159[1]). Per come è positivamente strutturato, l'appello per motivi di nullità ha dunque, tra i suoi scopi immediati, anche il controllo e il recupero delle nullità del primo grado.

Sulla falsariga dell'art. 162[1], anche l'art. 354[4] consente la rinnovazione degli atti nulli ma solo «in quanto possibile». Non serve che sottolinei come dall'esegesi che si fornisce di questa clausola dipenda l'estensione del rimedio e dunque, in definitiva, la stessa capacità correttiva dell'appello. Lo dimostrano le opposte conclusioni a cui giungono chi, da un lato, interpreta restrittivamente la norma, circoscrivendo la rinnovabilità ai soli atti istruttori e ai provvedimenti iterativi, e chi, dall'altro, ne offre una lettura estensiva, ammettendo le parti al riesercizio di tutti i poteri concessi nel primo grado[571].

A mio avviso, la struttura del gravame deve risultare coerente con la funzione che l'ordinamento gli assegna[572]. La funzione di un tale appello è di cogliere e correggere gli errori del primo grado[573]. Il raggiungimento di questo fine è perseguibile tramite due modelli: retrocessione della causa al primo grado o correzione del vizio nel giudizio di gravame. Ebbene, nulla lascia pensare che un modo di procedere sia un *quid minoris* rispetto all'altro. Al contrario, entrambi sono modelli alternativi ed equipollenti, nel senso che, al di là del diverso decorso procedimentale, le loro capacità correttive non sono (e non possono essere) diseguali. Se così non fosse il regime del trattamento delle nullità in sede di gravame non sarebbe razionale né costituzionalmente legittimo. Se infatti si condivide l'idea dell'eccezionalità delle ipotesi di regressione al primo giudice, non possono poi sminuirsi le capacità del

[571] A sostegno del primo indirizzo si schierano: V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 482; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 411; a favore del secondo si spende invece F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 26.

[572] Esaminare ogni fenomeno processuale sotto il duplice profilo della struttura e della funzione è «la spina dorsale» del metodo giuridico insegnato da F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., I, 78.

[573] La funzione correttiva degli errori commessi nel precedente grado di giudizio è richiamata da A. BONSIGNORI, *op. cit.*, 1603 s., per spiegare l'assorbimento delle nullità nell'impugnazione e la ripetibilità delle attività viziate in un appello che si atteggia a *novum iudicium*.

gravame di correggere vizi che, per qualità e gravità, non sono differenti da quelli che comportano la retrocessione[574].

Perché la rinnovazione sia integrale e funzionalmente equiparabile alla rimessione, è necessario, insomma, che la rinnovazione abbia luogo secondo le regole vigenti nello stadio in cui il vizio è maturato e, pertanto, che si ripristinino, in capo alle parti e al giudice d'appello, quegli stessi poteri di cui godono nel primo grado. E così, qualora sia lamentata una **nullità non-formale** o **extra-formale** (non ricompresa nel catalogo di cui all'art. 354^{1}), non v'è necessità che l'appellante formuli specifiche censure d'ingiustizia alla decisione di merito. D'altra parte, non si intendono rinunciati i mezzi di attacco e di difesa non accolti che non siano riproposti, appunto perché ogni attività compiuta ne esce integralmente falcidiata.

Quando sia lamentata la **nullità formale** di un atto pregresso, è sufficiente che l'impugnante indichi la sua incidenza causale sull'ingiustizia della sentenza di merito (art. $342^{2,n.2}$)[575]. Il soccombente teorico, dal canto suo, non è tenuto a coltivare le eccezioni non accolte, in quanto il giudizio riprenderà in appello dallo stadio in cui è maturato il vizio, con rimozione di tutta l'attività susseguente[576].

Mi spiego: nel momento in cui sia viziato anche un solo micro-capo (o capo di cognizione) della sentenza (*c*), perché fondato su un fatto allegato o provato invalidamente, la decisione sull'autonoma domanda che da quello dipende (*x*) ne diviene, per ripercussione, contagiata (art. 159^{2}). Per il principio *simul stabunt vel simul cadent*, anche gli eventuali accertamenti incidentali sulle altre questioni

[574] Se, in appello, si dischiudono le porte alla piena rinnovabilità degli atti del primo grado, viene meno l'esigenza di estendere, in via interpretativa, le ipotesi di rimessione, come invece ritiene di dover fare G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, 85 s., 131, 200 s., 232 ss., che presuppone per l'appunto un appello tendenzialmente chiuso alla rinnovazione.

[575] In sede d'appello potrà così rinnovarsi l'assunzione del mezzo di prova invalidamente avvenuta in primo grado, purché, s'intende, l'istanza istruttoria sia stata tempestivamente proposta.

[576] Può esservi casomai l'opportunità di criticare nel merito la sentenza qualora la censura di rito non sia accolta. Non mi sembra dunque corretto affermare, come pur fa P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 117 s., che «l'indagine sulla nullità perde di solito ogni interesse» e che, pertanto, «è assorbita dalla indagine sulla ingiustizia e che l'appello che fosse fondato soltanto su motivi di annullabilità della prima sentenza, senza gravarsi contemporaneamente della sua ingiustizia nel merito, sarebbe privo di interesse». L'ammissibilità dell'impugnazione volta a ribaltare la soccombenza nel merito nel rigetto in rito della domanda è, nell'ordinamento tedesco, riconosciuta da W. OHNDORF, *Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer*, Berlin, 1972, 129; e da K.A. BETTERMANN, *Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeß*, in *ZZP*, n. 82, 1969, 57.

preliminari decadono ($a + b - d$), non potendo autonomamente sostenersi senza il macro-capo di sentenza (x). E non è certo pensabile di salvare l'accertamento delle questioni impregiudicate dalla nullità facendo leva sul disposto di cui all'art. 159^2, dato che i micro-capi non assurgono a parti indipendenti della sentenza. La nullità, a questo punto, impedisce alla decisione di adempiere alla funzione di accertamento della controversa situazione giuridica, almeno finché il passaggio in giudicato non le sottragga rilevanza, restituendo alla sentenza la sua efficacia dichiarativa[577].

$$x = a + b - c - d$$

Nella pendenza dei termini d'impugnazione, la sentenza nulla non equivale alla sentenza valida. Questa loro differenza emerge proprio con riguardo all'operatività dell'effetto (potenzialmente) devolutivo dell'appello. E infatti, solo quando è impugnata una sentenza valida opera quel filtro selettivo alla cognizione del giudice d'appello che è la presunzione di rinuncia ai mezzi di attacco e difesa non riproposti (art. 346), appunto perché solo la sentenza valida può produrre il giudicato interno sulla questione pregiudiziale o preliminare. Avverso la sentenza nulla non è viceversa prospettabile l'onere di riproporre le questioni non accolte ($a + b - c - d$), sicché qui l'appello possiede, in via eccezionale, un vero effetto devolutivo automatico.

Non occorre neppure che ricorrano gli estremi della rimessione in termini (art. 153^2) per rimuovere l'ostacolo delle preclusioni. Pronunciata la nullità, il giudice d'appello dispone la ripresa del giudizio dallo stadio processuale in cui il vizio si è verificato,

[577] Un esempio servirà a chiarire. Si pensi a una sentenza di rigetto della domanda di adempimento contrattuale (x), che respinga l'eccezione di cessione del credito (c), ma accerti l'inesigibilità della prestazione per mancato avveramento della condizione sospensiva (d) sulla base di una prova invalidamente acquisita. La nullità dell'atto di acquisizione probatoria travolge l'intera pronuncia (x), sicché l'attore appellante, soccombente pratico, non è onerato a censurarne l'ingiustizia né in punto di fatto né di diritto, così come il convenuto, soccombente teorico, non è tenuto a riproporre l'eccezione di cessione del credito (d). Se così non fosse, la sentenza nulla si comporterebbe come una sentenza valida, con la conseguenza che le parti rimarrebbero tenute a individuare i limiti della devoluzione. L'appello, invece, riprende dalla rinnovazione dell'istruttoria sulla condizione sospensiva, conservando il restante materiale di causa già allegato e provato, e l'ambito della cognizione e della decisione rimane identico a quello di primo grado ($a + b - c - d$).

sicché parti e giudice riacquistano il potere di porre in essere gli atti consequenziali della serie[578].

Non solo. Una volta che sia accertata la nullità della sentenza impugnata, non può trovare applicazione il divieto dello *ius novorum*, il quale postula una sentenza immune da vizi. La serie di atti colpita dal vizio è falcidiata dalla pronuncia di nullità del giudice d'appello, sicché è improprio parlare di "novità" in ordine ad attività compiute che vanno considerate *tamquam non essent*. Viene infatti a mancare il parametro di riferimento rispetto al quale stabilire se un certo atto è nuovo o no. Se dunque la struttura fisiologica dell'appello vertente sul riesame del merito è informata al modello della *revisio prioris instantiae*, questa stessa struttura si conforma allo schema del *novum iudicium* o del *fortgesetztes Verfahren erster Instanz* ogniqualvolta bisogna rinnovare una porzione, più o meno estesa, del procedimento di prime cure.

La ricostruzione finora proposta non può dunque che dare una lettura restrittiva della clausola di possibilità, per cui, in definitiva, impossibile può essere solo la rinnovazione di quelle nullità che, quantunque astrattamente recuperabili in prime cure, non siano più rimediabili nella corrente sede d'appello per cause materiali irreversibili che possono anche prescindere dal vizio[579].

β) Se il rimedio generale e residuale alle irritualità commesse nella fase precorsa è la fusione, in seno al gravame, della fase rescindente e della fase rescissoria, il rimedio speciale è la rescissione della sentenza e della serie degli atti di primo grado con regressione della causa dinanzi al giudice *a quo* per la celebrazione della fase rescissoria.

Ai fini della presente trattazione interessano le tre ipotesi di rimessione[580] contemplate dall'art. 354^1:

---

[578] In tal senso v. F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 26. La rinnovazione in appello degli atti conseguenti alla domanda nulla sarebbe invece subordinata alla rimessione in termini *ex* art. 294 per G. BALENA, *op. cit.*, 123 ss., 152, 341 e 351. Il problema è eluso dalla giurisprudenza che non risulta aver mai condizionato la rinnovazione in appello alla dimostrazione che il vizio abbia impedito al convenuto la conoscenza del processo; v. da ultimo Cass. 8 giugno 2012, n. 9306.

[579] Si pensi alla nullità dell'escussione di un testimone ormai deceduto o di cui è sopravvenuta l'incapacità.

[580] La rimessione al primo giudice per erroneo disconoscimento della giurisdizione (art. 353) o per erronea dichiarazione di estinzione (art. 354^2) non consegue alla nullità della sentenza di prime

1) dichiarazione di nullità della notificazione della citazione;

2) pretermissione ed estromissione del litisconsorte necessario;

3) nullità della sentenza per difetto di sottoscrizione del giudice.

Nelle prime due ipotesi la rimessione opera come «rimedio surrogatorio» della sanatoria che avrebbe dovuto essere approntata, in via preventiva, dal giudice del grado in cui il vizio è originato (*supra* § 3.9.)[581]. In altri termini, si interviene qui a seguito dell'inadempimento del primo giudice all'obbligo di ordinare alle parti la sanatoria, per cui la rimessione può, a tutti gli effetti, considerarsi proiezione speculare della mancata correzione del vizio nella precorsa fase.

Viceversa, nell'ultimo caso, la rimessione opera come «rimedio primario e tempestivo dell'invalidità»[582], poiché è in sede d'appello che si profila per la prima volta la possibilità di cogliere l'errore. In ogni caso, l'operatività del rimedio – successivo o primario che sia – è rimessa alla collaborazione del giudice, tenuto *ex officio* a rilevare il vizio e a ordinare la rimessione, e delle parti, sulle quali grava l'onere di ottemperare all'ordine riassumendo il processo nel termine perentorio di tre mesi (art. 353[2]). Anche tale meccanismo regressivo non devia perciò dal principio dell'impulso di parte, che è solo stimolato dall'iniziativa ufficiale in funzione cooperativa senza però mai esserne surrogato.

Ciò detto, bisogna fare subito i conti con i principali profili critici che l'istituto presenta e, innanzitutto, con la *vexata quaestio* della nominatività delle fattispecie di rimessione. Nonostante la lettera della legge sembri escludere l'applicabilità dell'istituto oltre i casi da essa contemplati – «il giudice d'appello non può rimettere la causa al primo giudice, tranne che…» – si nutrono fondate perplessità sulla ragionevolezza di tale estromissione. La tassatività delle ipotesi ammesse al regime speciale di rimessione fa sì che, senza alcuna razionale giustificazione, siano assoggettate a regole diverse ipotesi del tutto analoghe. Non è infatti dato di capire in base a quale criterio selettivo il codificatore abbia riservato alle sole fattispecie

---

cure. Il giudice qui, ricusando di pronunciarsi nel merito quando ne ricorrono i presupposti, commette solo un *error in iudicando quoad processum*. Si assiste a un peculiare caso di provvedimento valido, perché non toccato da alcun vizio di struttura, e, ciò malgrado, annullabile per errore di giudizio.

[581] In questi casi, scrivono E. REDENTI, M. VELLANI, *op. cit.*, II, 475, «la rimessione al primo giudice funziona ora come un rimedio tardivo, seguito (sempre con effetto *ex tunc*, ma senza ferire il criterio del doppio grado) a quell'altro, non adottato dal giudice al momento opportuno».

[582] B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 404.

indicate dagli artt. 353 e 354[1e2] una disciplina così garantista, escludendo ogni altra ipotesi di nullità retroattivamente sanabile.

Non va neppure sottaciuto che l'assegnazione di uno speciale trattamento giuridico a un *numerus clausus* di vizi, finisce per discriminare una serie di errori ancora più gravi, che pure meriterebbero il medesimo regime garantistico[583]. Insomma, poiché non esiste un diritto costituzionalmente garantito al doppio grado di giurisdizione, è ragionevole che il legislatore imponga al giudice d'appello il potere di avocare il giudizio previa rinnovazione, avanti a sé, degli atti invalidamente compiuti, ma nel momento in cui si sottraggono alcune fattispecie a questo regime generale o la deroga vale per una categoria omogenea di nullità oppure non dovrebbe valere per nessun vizio.

Malgrado i fondati sospetti di legittimità costituzionale, resta comunque minoritario l'orientamento favorevole al superamento del numero chiuso[584]. La riluttanza della maggioranza degli interpreti a riconoscerne l'analogica estensibilità è principalmente dovuta al timore delle pesanti conseguenze cronologiche che il riflusso della causa al precedente grado potrebbe far pagare al sistema della giustizia civile.

Non è neanche passato inosservato[585] che taluni vizi per i quali è ammessa la rimessione – e in particolare i difetti della notificazione – non sempre impediscono la conoscenza della pendenza del giudizio e ciò lascia paventare che la rimessione possa essere abusivamente sfruttata dal convenuto per fini meramente dilatori. Ma qui la verità è che, per quanto ci si sforzi di assicurare un'adeguata tutela alla parte pregiudicata nel suo diritto di difesa, resta comunque un'ingenuità credere di poter stabilire *a priori* quali vizi di forma – soprattutto degli atti introduttivi – siano concretamente capaci di vulnerare la parità delle parti e la garanzia del contraddittorio. Una ripercussione di tal genere può essere verificata solo *a*

---

[583] La disciplina, limitata ai soli casi nominati dalla legge, nasce così "predestinata" a essere aggirata dall'interpretazione evolutiva delle Corti, che non hanno mancato di concedere la rimessione per vizi talmente gravi da far ritenere addirittura «inesistenti» il primo grado e la sentenza; v. a es. Cass. 8 giugno 2009, n. 2009, n. 13165; Cass. 16 luglio 1998, n. 6954; Cass. 11 aprile 1980, n. 2318; e Cass. 4 gennaio 1977, n. 9, annotata da B. SASSANI, *Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 517 ss. Contro l'estensione della rimessione a presunte ipotesi di inesistenza si schiera G. BALENA, *op. cit.*, 298.

[584] L'orientamento in dottrina è rappresentato da G. OLIVIERI, *op. cit.*, 249 ss.; e da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 422 s.

[585] Il rilievo è di G. BALENA, *op. cit.*, 330 ss. e 337.

posteriori. Diversa però è stata la scelta del codificatore, che ha preferito sostituire al previgente sistema di rinvio discrezionale al primo giudice (art. 492[2] codice del 1865) un meccanismo di rimessione automatico.

Sebbene il quadro positivo non certo dei più confortanti, non condivido le perplessità nutrite dagli interpreti nei riguardi dell'istituto e della possibilità della sua limitata estensibilità analogica. Vi sono infatti almeno due ragioni che compensano il timore di una dilatazione dei tempi del giuoco processuale. Innanzitutto, il «primo giudice» di fronte al quale va riassunta la causa è lo stesso magistrato che ha istruito e deciso la causa in prima istanza (art. 125[2] d.att.), sempreché sia ancora incardinato presso il medesimo ufficio. Si tratta dunque di un magistrato che ha già cognizione della domanda e (di parte) del materiale decisorio e che – si presume – non dovrebbe tirare per le lunghe la rinnovazione del primo grado. La seconda è che l'istituto svolge un'importante funzione di controllo e "pedagogica" verso il giudice del primo grado, nella misura in cui questi è tenuto a riparare alle proprie manchevolezze sulla base delle indicazioni impartitegli dall'organo superiore.

Ma v'è di più. La ripresa del procedimento dallo stadio in cui il vizio è maturato non implica l'automatica ripetizione di ogni atto del procedimento pregresso. Una soluzione siffatta, imposta *sic et sempliciter* come necessaria, sarebbe a mio avviso diseconomica. Nelle ipotesi in cui il vizio comprometta la piena realizzazione del contraddittorio, la rinnovazione del precorso grado andrebbe limitata alle sole attività che il contumace non ha potuto compiere e alle repliche consequenziali dell'avversario[586]. La ripetizione degli atti del primo grado è insomma fenomeno a dimensione variabile, la cui estensione va commensurata agli atti strettamente necessari a garantire il diritto di difesa e la parità delle armi.

Senza lasciarsi impressionare troppo dal timore per la dilatazione dei tempi processuali, mi sembra dunque potersi condividere la tesi[587] dell'estensibilità della

[586] Superflue sono anche le attività del litisconsorte pretermesso che non vanno a innovare il materiale decisorio già introdotto con i mezzi di attacco e di difesa spesi dagli altri litisconsorti. La pura ripetizione di atti rispetto ai quali l'interveniente ha una posizione meramente adesiva si tradurrebbe in un'irragionevole dilatazione dei tempi processuali. Sul punto cfr. A. ATTARDI, *Sui limiti della rimessione della causa al giudice di primo grado*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 122.

[587] Tesi sostenuta da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 422 s. Non concordo invece con l'insigne giurista quando scrive che solo nelle ipotesi di erronea *absolutio ab instantia* l'istituto funzionerebbe a tutela del doppio grado di giudizio. E infatti, anche quando il primo grado è affetto da

rimessione ad altre figure di nullità non-formali ed extra-formali[588] sanabili con efficacia retroattiva. Tuttavia, qualora si senta di dover respingere l'interpretazione proposta e si ritenga sufficiente il rimedio della rinnovazione in appello degli atti nulli, occorre però che questa alternativa sia pienamente fungibile al rimedio della rimessione in primo grado. E perché sia così occorre che si restituisca al convenuto, pregiudicato dall'errore, il potere di spiegare tutti quei mezzi di attacco e di difesa che, per causa imputabile all'avversario e al giudice, non ha potuto spendere nel precedente grado[589]. Non va però taciuto come questa soluzione appesantisca irragionevolmente il giudizio di gravame ed anche per questo motivo ritengo preferibile l'altra soluzione.

Una considerazione in ordine al profilo dinamico. La disciplina codicistica non specifica se la rimessione presupponga l'istanza di parte o se, invece, possa essere disposta d'ufficio[590]. La prima soluzione, a mio modo di vedere, non è sostenibile. Non vedo infatti come l'operatività del rimedio possa essere lasciata alla disponibilità della parte quando le stesse nullità, che esigono la rimessione, sono rilevabili su iniziativa dell'ufficio. Nei processi di tipo giurisdizionale, come ho già osservato (*supra* § 3.3.*i.*), il *modus procedendi* è, di regola, dettato da norme imperative, che non possono essere messe preventivamente fuori gioco con accordo o su istanza delle parti[591]. Anche in mancanza di apposita istanza, di conseguenza, il giudice superiore non potrebbe avocare a sé la causa.

---

nullità non sanata, il legislatore restituisce alle parti il beneficio del doppio grado, solo che qui si vogliono «anche» salvare *ab ovo* gli effetti sostanziali e processuali della domanda.

[588] Paradigmatica è la nullità della citazione per vizi della *vocatio in ius*.

[589] Intravede invece degli ostacoli alla proposizione di domande nuove o riconvenzionali G. BALENA, *op. cit.*, 345 ss.

[590] Vuole la rimessione subordinata alla richiesta di parte S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 164; tesi accolta da Cass. 8 giugno 1965, n. 1145. Contrario è l'orientamento maggioritario, rappresentato in dottrina da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], II, cit., 164; e, in giurisprudenza, da Cass. 18 novembre 1972, n. 3427, secondo cui l'omessa istanza non esclude l'obbligo del giudice di disporre la rimessione.

[591] Una conferma al riguardo è rinvenibile nell'abrogato § 478[4] *öZPO* che consentiva alle parti di domandare al giudice d'appello di trattenere la causa per la trattazione e decisione della causa; sul punto v. H. SPERL, *op. cit.*, 649; e R. HOLZHAMMER, *op. cit.*, 330. A me sembra che qui F. KLEIN ci abbia lasciato un insegnamento da non ignorare: atteso il divieto del *Konventionalprozess*, alle parti è sottratto il potere di scegliere un rimedio alle nullità che sia alternativo a quello legalmente previsto, salvo appunto che non sia diversamente previsto dal legislatore.

In conclusione, l'impressione definitiva è che l'istituto dell'appello a carattere rescindente sia stato mal congegnato. La disciplina meriterebbe una complessiva rimeditazione. In una prospettiva *de iure condendo* la soluzione più opportuna sarebbe quella di reintrodurre una valutazione discrezionale del giudice d'appello, quantomeno per le ipotesi di nullità extra-formale, conservando magari la rimessione automatica in caso di nullità non-formali. Questa soluzione – che è anche quella suggeritaci dalla codificazione austriaca (§§ 478[2], 494 e 496 *öZPO*) – mi sembra la più consona a contemperare le opposte esigenze del «fare bene» e del«fare presto». In questo modo si toglierebbe la S.C. dall'imbarazzo di ritrovarsi, in casi del tutto analoghi, talvolta a cassare le sentenze dei giudici ribelli all'obbligo della rimessione e talaltra a concedere a quegli stessi giudici il potere di decidere nel merito, così "a seconda dei casi"[592].

γ) L'annullamento della sentenza di merito, con chiusura in rito del processo e assoluzione del convenuto dall'osservanza del giudizio, è il destino delle nullità insanabili che il primo giudice non abbia rilevato e delle nullità non tempestivamente eliminate a causa dell'inadempimento del giudice o delle parti, rispettivamente, all'obbligo di emanazione o all'attuazione dell'ordine di rettificazione. Sono tutte ipotesi che avrebbero già dovuto condurre al rigetto in rito della domanda e che, a causa dell'*error in procedendo* (e dell'*error in iudicando quoad processum*), impongono al giudice del gravame il dovere di pronunciare la nullità dell'intera serie procedimentale.

In letteratura si è affacciata l'interpretazione che vorrebbe assolvere il convenuto dall'osservanza del giudizio ogniqualvolta gli atti del primo grado siano affetti da nullità ancora sanabile. La tesi è sorta principalmente con riguardo alla nullità della citazione introduttiva del giudizio[593]. A suo sostegno si è scritto che la regola della

[592] Porto a es. due casi analoghi risolti in modo diametralmente opposto dalle S.U.: accertata l'erronea dichiarazione di difetto di giurisdizione, Cass., S.U., 10 febbraio 1996, n. 1030, ha dichiarato la nullità della sentenza con cui il giudice d'appello, anziché rimettere le parti in primo grado, aveva deciso nel merito; viceversa, accertata sempre l'erronea dichiarazione di difetto di giurisdizione da parte del giudice *a quo*, Cass., S.U., 28 aprile 2009, n. 9946, ha riconosciuto il potere del giudice dell'impugnazione di decidere nel merito la causa.

[593] Tesi formulata da E. LIEBMAN, *Le nullità processuali e il giudizio di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 201 ss.; e sposata da E. REDENTI, M. VELLANI, *op. cit.*, II, cit., 475; e da R. VACCARELLA, *op. cit.*, 108 ss. e nt. 25, 190, nt. 55; e, in giurisprudenza, da Cass. 10 febbraio 2003, n. 1947.

conversione delle nullità in motivi di impugnazione non si spinge fino ad attribuire al giudice del gravame poteri che non possiede e che consentire qui la prosecuzione del processo significherebbe espropriare le parti di un grado di giudizio.
La tesi è discutibile. L'ordinamento predispone un sistema di rimedi impostato sulla leale collaborazione tra giudice e parti, che non si conchiude nello stadio processuale in cui il vizio sorge. Lo riprova il potere di rilevare d'ufficio il vizio in ogni stato e grado, che è conferito ai giudici superiori proprio al fine di ricondurre il giudizio entro binari di regolarità e di stimolarne l'utile sortita. Non solo, prospettare l'ammissibilità della chiusura in rito significherebbe trasferire sull'attore le conseguenze dell'inadempimento del giudice *a quo* all'obbligo di rilevare e stimolare la sanatoria della nullità.

La disamina sugli adattamenti di struttura dell'appello di nullità offre l'occasione per una riflessione conclusiva sull'oggetto del gravame. Quanto finora si è detto non induce a concludere che questo si identifichi coi motivi dell'impugnazione o coi vizi della sentenza lamentati[594].

E infatti, perché sia sostenibile che un'impugnazione ha a oggetto l'annullabilità della sentenza – o, *rectius*, l'accertamento del diritto potestativo all'eliminazione della sentenza – non basta che si oneri l'impugnante alla censura specifica degli errori commessi dal giudice (art. 342)[595]. Occorrerebbe invece che il giudice superiore fosse tenuto ad accertare la sussistenza o meno del vizio, senza poter prescindere dalle doglianze sollevate, e che la fase rescindente fosse logicamente e cronologicamente autonoma, quale passaggio indispensabile per la nuova trattazione e decisione della causa in sede rescissoria[596]. La riforma del 2012 non ha pertanto innovato nulla al riguardo.

---

[594] Di una trasformazione del giudizio d'appello da mezzo di gravame a impugnazione in senso stretto parlano invece R. POLI, *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 120; e, in termini più moderati, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*[5], cit., 505.

[595] In tal senso invece A.A. ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., 1237 e 1243, che vede nella verifica dei vizi della decisione sulle singole questioni, censurati tramite i motivi specifici, l'oggetto del giudizio di seconde cure.

[596] Nel nostro ordinamento, impugnazioni aventi a oggetto i motivi di censura proposti sono la revocazione e l'opposizione di terzo revocatoria e negli ordinamenti germanici la *Nichtigkeitsklage* e la *Wiederaufnahmsklage* austriache (§§ 529 ss. *öZPO*) e la *Nichtigkeitsklage* e la *Restitutionsklage* tedesche (§§ 578 ss. *dZPO*).

Di un'azione di impugnativa non può neppure parlarsi quando l'appellante persegua la chiusura in rito del processo, perché, anche qualora la doglianza fosse fondata, il giudice d'appello non si limiterebbe comunque ad annullare la sentenza, ma riformerebbe la decisione sulla causa, rigettando in rito la domanda. In realtà, l'unica ipotesi in cui oggetto dell'accertamento è la sola nullità della sentenza si verifica quando l'appello sia proposto per i motivi indicati negli artt. 353 e 354[1e2]. Sono gli unici casi in cui può ben dirsi che sopravvive l'antica *querela nullitatis*, un residuo del diritto comune costretto a vivere, nell'ordinamento moderno, sotto mentite spoglie[597]. E infatti, si dichiari l'erronea chiusura in rito del processo di prime cure ovvero si accerti l'omessa rilevazione di una nullità retroattivamente sanabile, in entrambi i casi l'esito del giudizio d'appello sarà la rescissione della sentenza impugnata e la decisione della questione processuale vincolante per il giudice *a quo* nei cui confronti è disposta la rimessione[598]. Tuttavia, si tratta di un'eventualità del tutto eccezionale che non immuta quello che è l'oggetto naturale del giudizio d'appello.

Né l'ambito della cognizione né l'oggetto della decisione è circoscritto alla griglia delle censure mosse alla sentenza: non la cognizione, atteso che il giudice può discostarsene, risolvendo nuovamente la causa sulla base di una nullità rilevata per la prima volta d'ufficio o di una diversa valutazione delle prove e ricostruzione del fatto o di un diverso profilo giuridico non ancora considerato o, infine, dello *ius superveniens*[599]; e neppure la decisione, atteso che l'oggetto dell'appello resta

[597] P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, cit., 519 ss.; ed E. LIEBMAN, *Le nullità processuali e il giudizio di impugnazione*, cit., 202 s. Solo in caso di appello rescindente è chiara l'alternativa tra rigetto dell'impugnazione infondata e annullamento della sentenza affetta da uno dei vizi censurabili: su cui cfr. V. TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, 95 e nt. 44, per il quale mentre il gravame sostitutivo costituisce esercizio di quello stesso potere d'azione che introduce il processo, l'impugnazione rescindente concreta un'azione di annullamento ancorché finalizzato alla prosecuzione del giudizio (79 ss., 141 ss. e 195 ss.).

[598] Escluse le ipotesi di nullità della notificazione e dell'indebita estromissione di una parte, l'appello *ex* artt. 353 e 354[1e2], secondo V. TAVORMINA, *Azione di impugnativa e potere d'impugnazione*, cit., 53 s., non svolgerebbe invece alcuna funzione rescindente «ché altrimenti dovrebbe dedursene la possibilità per il giudice di primo grado (…) di dichiarare una seconda volta la propria incompetenza, il proprio difetto di giurisdizione o l'estinzione del processo».

[599] Così anche H.W. FASCHING, *op. cit.*, 881, il quale aggiunge che «il giudice dell'impugnazione può estendere il proprio riesame in tutte le direzioni, anche oltre le eccezioni riproposte, purché all'interno dell'oggetto del processo di prime cure e devoluto in appello».

sempre la domanda originaria su cui ha pronunciato il primo giudice[600]. E, d'altro canto, l'effetto devolutivo e sostitutivo, che fanno della sentenza d'appello il provvedimento su cui si forma il giudicato e il titolo esecutivo, operano proprio perché il gravame ha lo stesso oggetto del primo grado[601].

L'onere dell'appellante di dedurre, in modo articolato e argomentato, i vizi della sentenza assolve soltanto alla funzione di agevolare l'attività del giudice superiore, il quale trova nei motivi di gravame uno schema critico dal quale muovere. L'idea è che la lite può essere composta in modo più giusto – e che dunque la sua risoluzione diviene più attendibile – se si giudica nuovamente la domanda prendendo le mosse dal riesame critico dell'attività di trattazione e decisione già svolte[602]. La valorizzazione del ruolo svolto dai motivi d'appello e dall'indicazione dei vizi della sentenza si muove insomma nella direzione di esaltare il compito del giudice d'appello di controllare ed eliminare (o correggere) gli errori giudiziali[603]. Ciò non toglie che la funzione dell'appello resta quella di rendere un nuovo giudizio sul rapporto litigioso dedotto con l'azione introduttiva, senza che si debba restare

---

[600] È ancora valido l'insegnamento di A. ATTARDI, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, cit., 161 s., secondo il quale «l'appello non è un gravame a carattere rescindente volto a controllare cioè la sussistenza di eventuali vizi della sentenza impugnata (…). In un gravame che assicura il riesame immediato della causa – qual è appunto l'appello – il giudice non deve controllare la sentenza impugnata ma giudicare nuovamente sulla domanda».

[601] Cfr. ancora A. ATTARDI, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, cit., 169. E neppure sono venuti meno i riferimenti positivi che, secondo V. TAVORMINA, *op. cit.*, 90 ss., e 95, nt. 43, corroborano direttamente (artt. 336, 359 e art. 129 *bis* d.att.) o indirettamente (artt. 353 s.) l'efficacia sostitutiva della pronuncia d'appello.

[602] Sulla funzione di orientamento della cognizione svolto dalla specificità delle doglianze v. A.A. ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, cit., 1217 e 1246, secondo cui è implicito nel concetto di impugnazione il «combattimento» della sentenza: «per ottenere la riforma diventa necessario illustrare perché la si ritiene ingiusta, mostrare dove il ragionamento che essenzialmente la sorregge è inaccettabile».

[603] L'analisi proposta da D. LEIPOLD, *Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle*, in *Rechtsmittel im Zivilprozeß*, cit., 289 s., sui modelli di impugnazione mostra come lo schema della *revisio prioris instantiae* sia più idoneo al raggiungimento degli scopi di garantire l'eguale trattamento delle cause, il controllo dell'operato dei giudici inferiori e l'uniforme interpretazione giurisprudenziale, mentre il modello del *novum iudicium* sia più adeguato al perseguimento degli obiettivi di incremento della garanzia di giustizia del caso singolo, del grado di accettazione della decisione e di fiducia popolare nell'amministrazione della giustizia. La dottrina tedesca è accorta nel separare con nettezza la funzione di controllo degli errori commessi in primo grado, che attiene al tema della cognizione del giudice d'appello, dall'oggetto dell'appello, che rimane la pretesa fatta valere con l'azione introduttiva; si veda sul punto L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *op. cit.*, 800 ss.

vincolati alle censure sollevate[604]. Di fatto, un'impugnazione soltanto rescindente non ha cittadinanza nell'ordinamento, neppure quando l'impugnante domanda la chiusura in rito del processo o la rimessione al primo giudice, in quanto si mira pur sempre «non alla semplice eliminazione della sentenza impugnata, bensì ad una sua modificazione»[605].

Neppure mi pare sostenibile che il gravame contro la nullità della sentenza abbia un oggetto meramente processuale. E infatti, è una pura eventualità che l'appello verta sulla sola questione pregiudiziale. Ciò dipende dalla circostanza del tutto occasionale e contingente che il giudice *ad quem* sia investito della sola domanda di assoluzione in rito del convenuto o di rimessione della causa al primo giudice. Ma si tratta appunto di un'evenienza, che non contribuisce a definire, in modo generalmente valido, l'oggetto del giudizio d'appello. Tanto più che se l'appello di nullità (*Nichtigkeitsberufung*) è infondato, la sentenza di secondo grado, nel rigettare l'impugnazione, confermerà la pronuncia nel merito[606].

4.10. Nel terzo grado di giudizio avanti alla Corte di Cassazione si ripropone sia il tema del controllo delle nullità pregresse che quello del trattamento degli atti nulli di ultima istanza. Come per l'appello, vado a esaminare prima quest'ultimo argomento. Fermo restando quanto detto intorno alla categoria generale dell'inammissibilità degli atti di impugnazione, bisogna dare conto di un'altra speciale figura di inammissibilità che, analogamente a quella regolata dall'art. 348 *bis*[1], non sembra inquadrabile entro i tradizionali canoni della nullità.

---

[604] Spiega C. ALTHAMMER, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], VI, Tübingen, 2013, *sub vor* § 511, n.ri 1, 6, e 7, 4 e 7, che la riforma dell'appello tedesco, con cui si è abbandonato il modello della *Verfahrensfortsetzung* in favore della *Entscheidungskontrolle*, non ne ha mutato la funzione, che resta quella di una modificazione più giusta della decisione, né l'oggetto, che consiste nel giudicare la causa dedotta in primo grado e non nell'accertare se la sentenza è valida o giusta.

[605] Così M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], cit., 353, 355 ss. e 381, il quale osserva come non sia possibile tracciare un vero parallelo con l'impugnazione dei negozi giuridici che mirano alla pura eliminazione. Anche in questa divergenza tra lo scopo dei rimedi avverso le sentenze e quello delle impugnazioni dei negozi privati si riflette l'ontologica diversità tra un ordinamento statico, quale è il diritto sostanziale, e un ordinamento dinamico, quale è invece il diritto processuale.

[606] Traggo questa conclusione sulla scia dell'insegnamento di W. SAUER, *op. cit.*, 15 ss., secondo cui l'unica indagine giuridica metodologicamente corretta è quella che tragga i concetti non dall'osservazione empirica del fenomeno processuale (*Sein*) ma dall'idea a cui il fenomeno deve corrispondere (*Sollen*).

Nel tentativo di deflazionare il carico di lavoro della S.C. e di potenziarne la funzione nomofilattica, il legislatore del 2009 ha introdotto due peculiari figure di inammissibilità con lo scopo dichiarato di filtrare il cospicuo numero di ricorsi da cui il Collegio è regolarmente investito. Entrambe le cause di inammissibilità introducono un giudizio di immeritevolezza del ricorso, tuttavia, mentre la prima fattispecie sanziona censure inidonee a stimolare un ripensamento o una conferma dell'orientamento giurisprudenziale fissato dalla Corte (art. 360 *bis*$^{n.1}$), la seconda fattispecie sanziona censure di nullità manifestamente infondate per non essere stato violato, nei precedenti gradi di giudizio, alcun principio regolatore del giusto processo (art. 360 *bis*$^{n.2}$).

Come già si è visto per l'art. 348 *bis*^{1}, si rimanifesta qui un'incongruenza tra il lessico del legislatore e il concetto espresso: si sanziona con l'inammissibilità un ricorso che è infondato, confondendo così il rito col merito. E infatti, il soccombente che non abbia ragione di pretendere la cassazione di una decisione conforme all'orientamento indicato dalla S.C. o che non fornisca convincenti argomentazioni per la sua modifica non propone un'impugnazione affetta da vizio di costruzione, bensì un'impugnazione che non può essere accolta nel merito. Insomma, dietro l'ordinanza di rigetto per inammissibilità, si nasconde quella che, in realtà, è solo una via per definire in termini più rapidi ricorsi manifestamente infondati[607]. È vero che una tale lettura priva la norma di qualunque carica innovativa, ma, d'altro canto, non potrebbe intendersi diversamente senza che risulti trasgredito il dettato costituzionale che vuole «contro le sentenze (…) sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge» (art. 111^{7})[608].

Al di là dell'imprecisione terminologica, mi pare che la formula dell'art. 360 *bis*$^{n.1}$ riveli un maldestro tentativo del legislatore di ridimensionare la funzione nomofilattica della Corte. Rispetto al tradizionale compito di riesaminare ogni

[607] L'equivoco è peraltro palesato dalle stesse parole dell'art. 360 *bis*$^{n.2}$ quando stabiliscono che «il ricorso è inammissibile quando è manifestamente infondata la censura».

[608] È una critica già formulata dai commentatori e su cui si registra una sostanziale unanimità; richiamo per tutti il contributo di M. MARINELLI, *La recente riforma del giudizio di cassazione e i suoi riflessi sul terzo grado del processo tributario*, in *Giust. trib.*, 2009, n. 4., 403 ss. È peraltro la stessa Cass., S.U., ord. 6 marzo 2010, n. 19501, a riconoscere che l'art. 360 *bis*^{1} non introduce un filtro di ammissibilità ma un vaglio di manifesta infondatezza nel merito del ricorso. Al contrario, secondo C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*^{3}, cit., 342, quello previsto dall'art. 360 *bis*$^{n.2}$ sarebbe un vero e proprio giudizio di inammissibilità.

questione di diritto che consenta di enunciare un principio interpretativo – con il solo limite invalicabile del sindacato sul fatto – l'intenzione del riformatore sembra quella di voler escludere dal vaglio di legittimità ogni questione giuridica che non rivesta importanza fondamentale per l'evoluzione del diritto ovvero che non preluda a un mutamento o a una più salda conferma dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità.

Il sospetto, insomma, è che si sia tentato di ridefinire il compito nomofilattico della Corte attraverso una surrettizia riscrittura dei motivi di ricorso. L'impressione esce rafforzata dalla lettera dell'art. 360 *bis*$^{n.2}$, con cui si vorrebbe limitare il sindacato della Corte alle sole violazioni di – non ben identificati – canoni regolatori del giusto processo[609], di modo tale che non ogni vizio processuale evocato dai n.ri 1, 2 e 4 dell'art. 360 sarebbe censurabile in Cassazione ma solo l'errore lesivo di valori e garanzie fondamentali[610].

Senonché, qualunque lettura restrittiva è appunto impedita da quell'art. 111^{7} Cost. a cui ho fatto poc'anzi riferimento. Con esso, il costituente ha escluso che l'accesso al giudizio di legittimità possa essere consentito solo per violazione del diritto vivente o per la rilevanza di principio della questione sottoposta. Sicché, anche accogliendo l'orientamento giurisprudenziale che vorrebbe restringere il giudizio di ammissibilità a quei soli *errores in procedendo* che pregiudicano concretamente il diritto di difesa, si finirebbe comunque per delimitare surrettiziamente l'ambito del sindacato di legittimità tracciato dal Costituente[611].

---

[609] Da questo punto di vista l'art. 360 *bis*$^{n.2}$ sembra codificare quell'orientamento giurisprudenziale che, muovendo dal presupposto per cui la nullità non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma l'osservanza delle garanzie processuali fondamentali, ritiene di dover accogliere il ricorso solo quando la lamentata trasgressione della legge processuale abbia pregiudicato l'esercizio dei poteri difensivi della parte: v. *ex multis* Cass. 19 marzo 2010, n. 6686.

[610] È comunque la stessa Cass. 12 maggio 2012, n. 7558, a escludere che il filtro posto dai principi regolatori del giusto processo introduca un'implicita riscrittura dei motivi di cui all'art. 360$^{n.4}$.

[611] Di tutt'altro avviso è Cass. 16 maggio 2013, n. 11977, la quale riconosce che l'art. 360 *bis*$^{n.2}$ codifica «la necessità che la violazione delle norme processuali non sia meramente formale ma determini un *vulnus* effettivo all'esercizio dei diritti costituzionali che regolano il giusto processo». In realtà, un'interpretazione così restrittiva non trova accoglimento neppure presso l'ordinamento austriaco, ove l'importanza della questione di diritto per l'uniformità, la certezza o l'evoluzione del diritto è condizione di ammissibilità della revisione (§ 502^{1} *öZPO*); sul punto rinvio a A. ZECHNER, in H.W. FASCHING, A. KONECNY (a cura di), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*^{2}, Wien, 2005, IV/1, *sub* § 502, n. 92 ss., p. 344 ss.

Il punto è che nel momento in cui la Carta fondamentale non distingue tra violazione di legge censurabile e non-censurabile, ma apre incondizionatamente l'accesso a ogni violazione di legge, assegna alla S.C. la prerogativa di "fare giurisprudenza" ogni volta che sia investita della risoluzione di qualunque questione di diritto. Perciò, anche se il quesito giuridico non sia nuovo o non si registri un contrasto giurisprudenziale o il ricorso non abbia carattere seriale, in ogni caso, la S.C. è tenuta all'assolvimento del suo ruolo guida. L'unico limite resta l'indagine diretta sulle questioni di fatto che, per loro natura, non consentono di enucleare un principio interpretativo o di individuare un caso ripetibile in controversie future.

Ciò non significa però che la generalizzata riesaminabilità dei provvedimenti giurisdizionali dinanzi alla S.C. sia un principio irrinunciabile di ogni moderno Stato di diritto. Si tratta piuttosto di una scelta di opportunità politica che il Costituente potrebbe modificare in favore di un accesso selettivo alla S.C., senza che per questo ne esca stravolta la garanzia di legalità degli atti d'imperio. Fermo restando l'inopportunità di sottrarre alle parti il sindacato di legittimità quando il ricorso alla Corte rappresenti l'unica istanza in cui far valere vizi che non erano prima denunciabili, sono astrattamente concepibili altri modelli che, pur consentendo la revisione delle sole sentenze che violino i principi ordinanti del diritto processuale, non sovvertono, per ciò solo, le garanzie fondamentali dello Stato di diritto[612].

Mi rendo conto che, all'atto pratico, la distinzione tra violazione di legge e violazione dei principi non è sempre agevole e comprendo le ragioni delle istanze garantiste che vedono nella riesaminabilità degli atti compiuti in spregio alle norme processuali uno degli argini fondamentali contro gli abusi del potere giudiziario. Tuttavia, a me pare francamente eccessivo voler scorgere dietro ogni disposizione

[612] È proprio questa l'idea che ispira la terza istanza nell'ordinamento tedesco (§ 543[2] *dZPO*) e austriaco (§ 502[1] *öZPO*), della cui compatibilità con il sistema dello Stato di diritto nessuno dubita. Perché si schiudano le porte del *Bundesgerichtshof*, non basta il semplice errore di diritto, occorre che sia controversa una questione processuale di fondamentale importanza per l'evoluzione e la certezza del diritto o per l'uniforme interpretazione giurisprudenziale. Sul punto è ormai consolidata l'opinione che vede nelle violazioni dei principi e delle garanzie fondamentali del diritto processuale (*tragende Grundsätze des Verfahrensrechts*) i soli vizi idonei a superare il vaglio di meritevolezza: anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali rinvio a A. KLAUSER, G. KODEK, *JN-ZPO*[17], Wien, 2008, *sub* 502, E, n. 111 ss.; J. WENZEL, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*[3], II, cit., *sub* § 543, n.ri 17 s., p. 242 ss.; e M. JACOBS, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], VI, cit., *sub* § 543, n. 3, 5 ss. e 18 ss., p. 542 ss.

sulla costruzione degli atti un canone regolatore del «giusto processo» bisognoso del controllo di legalità della Corte[613].

Non è qui in gioco l'unico presidio contro l'illegittimità dei provvedimenti giurisdizionali. Parti e giudici dispongono già di due gradi di giudizio per cogliere e rimuovere gli eventuali errori processuali. Si tratta piuttosto di operare una scelta chiara e coerente sul ruolo che la S.C. è chiamata a svolgere nel sistema della giustizia civile[614]. Naturalmente, queste rimangono considerazioni *de iure condendo* che non vogliono denegare, a Costituzione invariata, il principio di generalizzata revisionabilità delle sentenze per violazione di legge processuale.

4.11. Dal catalogo degli errori processuali contenuto nell'art. 360[n.1,2e4] esce confermato che è censurabile in Cassazione qualunque specie di nullità maturata nei pregressi gradi di giudizio[615]. La norma sui motivi di ricorso dà così attuazione tanto al dettato costituzionale che sancisce l'ammissibilità incondizionata del controllo di legalità (art. 111[7] Cost.) quanto al moderno principio processuale che vuole le

[613] Individuare positivamente i canoni regolatori del giusto processo è operazione ermeneutica ardua, ma non impossibile. Nella letteratura classica tedesca è ad es. frequente il richiamo alla distinzione tra diritto processuale formale, regolante l'ordine e la forma del procedimento, e diritto processuale materiale, disciplinante i presupposti di decidibilità nel merito. A tali fini la distinzione risulta di indubbia utilità. Ciò non significa però che le regole formali del procedimento non siano astrattamente suscettibili di fissare, al pari delle disposizioni sostanziali, dei *Maßstäbsnormen*, come invece sostiene B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 138 ss. e 185 ss. Sul punto rilievi critici sono mossi da V. TAVORMINA, *Azione di impugnativa e potere di impugnazione*, cit., 69 s., nt. 90. Più di recente è R. RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 143, ad ancorare i canoni regolatori del giusto processo ai principi di immediata rilevanza costituzionale.

[614] Scrive M. CAPPELLETTI, *Dopo vent'anni*, in *Prefazione a Opere giuridiche di P. Calamandrei*, VII, cit., VI: «che nella grande opera giovanile di Calamandrei ci sia anche un fondo di illusione – e di un'illusione rivelatasi in parte fallace – è un altro dato che riterrei sicuro (…) alludo (…) all'illusione, che Calamandrei mantenne ancora in sede di Costituente quando si fece propugnatore di quello che è oggi l'art. 111 della Cost. repubblicana, del ricorso in cassazione come diritto inalienabile e fondamentale – tipica espressione di quell'eccesso di garantismo, che finirà per ritorcersi contro l'effettività della garanzia volutasi attuare».

[615] Se si considera che l'art. 360 consente la denuncia di ogni *error in procedendo* e di ogni *error in iudicando quoad rem* e *quoad processum* si comprende quanto sia equivoca la tesi, sostenuta dai teorici dell'azione di impugnativa (*infra* nel testo), che vede nel ricorso per cassazione un'impugnazione a critica vincolata. Che nel catalogo contenuto nell'art. 360 siano in realtà contenute tutte le possibili anomalie con la sola eccezione dell'*error in iudicando in facto* è rilevato da M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, II, 953, nt. 9.

sentenze nulle impugnabili con gli stessi mezzi ordinari predisposti per lamentarne l'ingiustizia sostanziale (art. 161[1]).

Gli errori di attività ricorribili in cassazione sono ordinabili secondo la seguente suddivisione:

α) i n.ri 1 e 2 contemplano le figure di nullità non-formale per difetto di giurisdizione e competenza, riconducibili alla più ampia categoria della **violazione di norme sull'attribuzione del potere giurisdizionale**;

β) nell'ampia formula di cui al n. 4 sono inquadrabili gli altri vizi non-formali (o extra-formali)[616] nonché i difetti di costruzione formale degli atti che sono causa di ingiustizia processuale della decisione. Nel suo complesso ogni imperfezione classificabile entro questo motivo consegue alla **violazione di norme sull'esercizio dei poteri processuali**.

Non sono tralasciati neppure gli **errori di giudizio sulla nullità**. A rigore, sono vizi logici, riconducibili dunque alla «violazione di norme di diritto» (art. 360[n.3]). Nulla lascia infatti supporre che la norma restringa il motivo alla sola «violazione o falsa applicazione di norme di diritto» sostanziale. Tuttavia, come ho già scritto, il contagio a cui la serie degli atti dipendenti è esposta fa sì che l'imperfezione si sovrapponga all'omessa declaratoria di nullità. È una scelta legislativa criticabile (*supra* § 2.7.), ma dalla quale non si può prescindere[617]. La decisione con cui erroneamente il giudice rigetta l'eccezione di rito potrebbe perciò indifferentemente comparire tanto sotto il n. 3 quanto sotto il n. 4, cosicché l'impugnante non incorrerà in un errore di rubricazione lamentando la violazione del diritto processuale anziché la nullità della sentenza[618]. Riconducibile all'art. 360[n.3] è invece ogni censura mossa

[616] Vanno ricondotte al n. 4 anche le nullità provocate dal difetto di presupposti speciali del giudizio d'appello che conducono alla cassazione senza rinvio per improseguibilità del processo o, *rectius*, per inammissibilità dell'esame nel merito dell'impugnazione (art. 382[3]).

[617] Al contrario, per E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*[4], II, 258, l'errore di giudizio sul rito costituirebbe un *error in procedendo* perché incide sul processo e non sul merito.

[618] La corretta intitolazione dei motivi di ricorso ha, d'altra parte, perso di rilevanza pratica. E infatti, al fine di preservare l'effettività della tutela giurisdizionale, la giurisprudenza recente ritiene superflua l'esatta indicazione numerica del titolo di ricorso, cosicché l'erronea rubricazione non osta alla riqualificazione della sua sussunzione entro diverso motivo; v. da ultimo Cass. 20 febbraio 2014, n. 4036; e Cass. 31 ottobre 2013, n. 24553.

contro la sentenza avente un oggetto esclusivamente processuale o contro l'erronea pronuncia declinatoria della decisione di merito[619].

Nel controllo e nella correzione degli errori processuali, la S.C. si comporta in modo tendenzialmente analogo al giudice d'appello. Se ne discosta solo nella misura in cui il rimedio contro il vizio presupponga la rinnovazione di atti o di intere fasi processuali che, per ragioni strutturali al procedimento di cassazione – che sono anche di organizzazione interna – non è possibile compiere avanti alla Corte. Quando si renda necessaria una tale attività di recupero, la fase rescissoria non può che svolgersi dinanzi al primo giudice a cui l'organo d'appello avrebbe dovuto rimettere la causa (art. 383^3) o al giudice di pari grado a quello che ha pronunciato la sentenza rescissa (art. 383^1).

Ciò premesso, occorre chiedersi quale ruolo svolgano i motivi di ricorso nel sistema di controllo esercitato dalla S.C. e se sia consentito introdurli nel giudizio di legittimità in via condizionata.

Secondo la teoria classica è il diritto all'annullamento della sentenza, identificato dai motivi di ricorso, a costituire l'oggetto del processo di Cassazione. La tesi non è che il portato di quella diffusa concezione che inquadra l'istituto del ricorso in Cassazione nella categoria delle azioni di impugnativa. Il ricorso avrebbe così un oggetto diverso da quello che il processo ha nei pregressi gradi di giudizio: non più la concreta volontà di legge sostanziale ma la legalità del provvedimento impugnato[620].

L'identificazione dell'oggetto di cassazione col diritto all'annullamento della sentenza sostanziato dai motivi di ricorso incontra tuttavia una grave e, a mio avviso, insuperabile obiezione. Se l'ambito della decisione è determinato dai soli motivi di

---

[619] L'erronea declinatoria è inquadrata nel motivo di cui all'art. $360^{n.3}$ anche da E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 64.

[620] La più sofisticata ricostruzione del giudizio di Cassazione si deve a CALAMANDREI, la cui concezione spiega molte delle idee che vanno a comporre tutt'ora l'interpretazione dominante dell'istituto. Va però ricordato che il codice del 1865, vigente quando il Maestro inquadrava l'istituto nell'azione d'impugnativa e l'appello nel mezzo di gravame (*Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, cit., 249 ss., e *La cassazione civile*, II, cit., 194 ss., 255 ss. e 286 ss.), disciplinava il ricorso per Cassazione come mezzo di impugnazione straordinario. Sotto il vigente codice è V. TAVORMINA, *Azione di impugnativa e potere d'impugnazione*, cit., 88, a ravvisare nel ricorso per cassazione un'azione «mirante a far valere appunto il «diritto» all'annullamento della sentenza impugnata (*rectius*: il potere di costituire il dovere del giudice di rescinderla)».

doglianza, non si spiega perché alla S.C. sia consentito discostarsene per definire la lite sulla scorta di nullità rilevate per la prima volta d'ufficio o sulla base dello *ius superveniens* oppure di una diversa qualificazione giuridica del fatto fissato nella sentenza impugnata[621].

I motivi fatti valere non possono allora che rappresentare dei meri punti di partenza. Essi vanno a costituire il programma che il ricorrente pone come oggetto della cognizione e dal quale la Corte muove per tornare sulla decisione della stessa causa introdotta con la domanda originaria[622]. Pertanto, fatto salvo il limite del sindacato diretto sulla *quaestio facti*, l'oggetto della decisione della cassazione non diverge dall'oggetto del processo d'appello[623].

Altra e forse più grave contraddizione a cui conduce la tesi tradizionale dell'azione d'impugnativa emerge con riguardo al problema dell'ammissibilità del **ricorso incidentale condizionato su questioni processuali**. Il tema, com'è noto, ha importanti riflessi sulla disponibilità dell'ordine logico delle questioni di rito e di merito.

L'istituto è di creazione giurisprudenziale. Con la sua introduzione si è voluto assecondare l'esigenza avvertita dalla parte vincitrice – ma soccombente su questioni pregiudiziali – di non esporsi alla scelta rischiosa di coltivare un'eccezione di nullità non accolta che frustrerebbe i maggiori vantaggi ricavati dalla decisione (di merito)

---

[621] Non a caso, proprio in considerazione della natura di diritto di impugnativa – schema concettuale ricostruito sulla falsariga dell'impugnazione dei negozi giuridici – P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 155 ss. e 246, nt. 19, negava alla Cassazione il potere di rilevare d'ufficio le nullità non censurate dal ricorrente. Nello stesso senso, più di recente, V. TAVORMINA, *Azione di impugnativa e potere d'impugnazione*, cit., 74. Secondo quella che a me pare invece la corretta ricostruzione dei rapporti tra organi giudiziari di diverso grado, il potere del giudice di porsi da sé la questione pregiudiziale non viene meno nel passaggio da un'istanza all'altra del giudizio (*supra* §§ 3.1. e 4.4.).

[622] Il sistema della Cassazione italiana, sotto questo profilo, non mi pare divergente da quello tedesco per il quale «sono soggette all'esame del tribunale di revisione solo le domande proposte dalle parti» senza che questi sia «vincolato dai motivi di revisione proposti» (§ 557[1e3]). Per la critica al ricorso per Cassazione come azione d'impugnativa v. A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 356, che vede nella potenziale divergenza tra motivi di ricorso e pronuncia di cassazione il naturale portato del superamento della concezione dell'azione d'impugnativa; e M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 981.

[623] In questo senso condivido la conclusione di V. TAVORMINA, *Azione di impugnativa e potere d'impugnazione*, cit., 90, per cui pure nell'impugnazione rescindente «si ripropone il problema di dare una risposta alla domanda originariamente proposta dall'attore; di definire cioè la controversia (per così dire) provvisoriamente risolta dalla sentenza rescissa».

impugnata. Incerti sono però i limiti di ammissibilità del condizionamento, dato che quella stessa giurisprudenza che ha partorito e che continua a riconoscere cittadinanza all'istituto si è mostrata più di una volta oscillante sul punto.

Un primo orientamento, infatti, ammette sì il resistente a subordinare la censura di nullità all'accoglimento del ricorso principale, ma ritiene che l'ordine logico delle questioni non possa essere sovvertito quando la questione sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado, in quanto il principio dispositivo, su cui si fonda il condizionamento, cederebbe di fronte al potere ufficioso del giudice[624]. Un secondo indirizzo, per contro, afferma che il ricorso incidentale avrebbe natura condizionata indipendentemente dall'indicazione di parte, in quanto l'interesse del soccombente teorico all'impugnazione emergerebbe soltanto a seguito dell'accoglimento del ricorso principale. La necessaria priorità delle questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio cederebbe invece qualora esse siano già state decise, perché solo allora diverrebbe attuale l'interesse del soccombente teorico al condizionamento del ricorso[625].

Anche contro l'ammissibilità di questo istituto giurisprudenziale sono state sollevate obiezioni difficilmente superabili. Si è rimproverato che l'interesse all'impugnazione incidentale non sempre sorge dall'accoglimento del ricorso principale, poiché la soccombenza potrebbe divenire effettiva solo all'esito del giudizio di rinvio; che l'interesse a coltivare la questione di nullità non nasce dalla semplice delibazione di fondatezza del ricorso principale ma dalla sua proposizione;

---

[624] Se la questione pregiudiziale è invece rilevabile su opposizione di parte, l'esame del ricorso incidentale può essere postergato all'eventuale accoglimento del ricorso principale: l'orientamento, è rappresentato da Cass. 9 settembre 2004, n. 18169; Cass., S.U., 23 maggio 2001, n. 212; e prima ancora da Cass., S.U., 11 aprile 1960, n. 826, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 299, con nota adesiva di V. ANDRIOLI.

[625] Il secondo indirizzo, il quale fa leva sull'(immancabile!) argomento della ragionevole durata del processo esclude l'ammissibilità del condizionamento solo quando il resistente fa valere questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio non ancora esaminate: Cass., S.U., 22 febbraio 2012, n. 2572; Cass., S.U., 3 marzo 2010, n. 5023; e Cass., S.U., 6 marzo 2009, n. 5456. Ai due filoni giurisprudenziali citati si oppone un terzo orientamento, apparentemente superato, secondo cui non è nella disponibilità delle parti l'apposizione di condizioni idonee a sovvertire l'ordine logico delle questioni: Cass., S.U., 11 dicembre 1990, n. 11795; e Cass. 1 marzo 2007, n. 4795. A dispetto del loro condizionamento, la priorità dell'esame del ricorso incidentale su qualunque questione pregiudiziale è poi affermata da Cass., S.U., 16 dicembre 2008, n. 29349; e Cass. 28 agosto 2004, n. 17192. Va infine ricordato che, nell'attuale contesto giurisprudenziale, la questione di giurisdizione sarà sempre subordinata all'accoglimento del ricorso principale data l'asserita irrilevabilità ufficiosa oltre il primo grado (*supra* § 4.4.).

che è inaccettabile l'alterazione dell'ordine naturale delle questioni, perché ciò rischia di adombrare l'attendibilità del risultato nel merito; che il condizionamento è contrario al principio di lealtà processuale che impinge il resistente a fare una scelta coerente e auto-responsabile[626].

Alle critiche mosse aggiungo che se la questione di rito è rilevabile anche d'ufficio, la sottrazione del potere di disporre del condizionamento – se davvero esiste – non può venir meno solo perché la nullità è esaminata e decisa dal giudice *a quo*. In tal modo non si fa che confondere due piani distinti. Il legislatore riconosce al giudice l'iniziativa nel controllo di validità degli atti quando esige che non passi inosservata la violazione di norme imperative (*supra* § 3.1.). È vero che l'esame di (in)validità espropria la questione del carattere di indisponibilità, ma ciò significa che il giudice *ad quem* non può riesaminarla d'ufficio ma solo su impugnazione del soccombente e non vuol dire anche che è concessa alle parti la facoltà di alterare la naturale sequenza tra rito e merito[627]. In definitiva, a me pare che dietro a questa giurisprudenza si celi un maldestro tentativo di assicurare alle parti un presunto "diritto alla sentenza di merito" che non ha alcun fondamento positivo[628]. In tal modo si dimentica che lo scopo del giudizio di cognizione è sì l'accertamento della concreta volontà di legge sostanziale ma solo quale esito di un «valido processo».

E veniamo dunque alla contraddizione a cui poc'anzi accennavo. Che per mantenere viva la questione di nullità, il soccombente teorico sia costretto a proporre ricorso incidentale si spiega solo alla luce delle teorie dell'azione di impugnativa e della scomposizione dei capi di sentenza in questioni[629]. E infatti, solo postulando

---

[626] Su tutte queste critiche v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 454 ss.

[627] Aggiungo una personale considerazione polemica. Non è forse vero che l'istituto del ricorso incidentale condizionato è il frutto di una malintesa concezione liberale che vede nel processo sempre e solo un "giuoco delle parti"? E Giuristi che come R. VON JHERING, *Der Kampf ums Recht*[7], Frankfurt am Main, 1989; J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, I; e P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Opere giuridiche*, cit., 537, insegnano a scorgere nel processo una lotta di parti, condividerebbero una siffatta applicazione del principio dispositivo? Io ho i miei dubbi.

[628] Di un fine primario del processo alla realizzazione del diritto delle parti a ottenere risposta nel merito parla invece Cass., S.U., 6 marzo 2009, n. 5456, cit. Va anche detto che l'insegnamento classico che individua lo scopo del processo nella tutela del diritto sostanziale, su cui v. A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, 4 ss., non ha nulla a che vedere con l'esistenza di un presunto diritto alla sentenza di merito.

[629] Non a caso F. CARNELUTTI, *A proposito di ricorso incidentale subordinato*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 104; e M. CAPPELLETTI, *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.*, 1960, I, 880, i quali leggono il ricorso per Cassazione attraverso il filtro dell'azione

che l'oggetto del giudizio sia costituito dal diritto all'annullamento per i motivi fatti valere, si giunge a onerare il resistente alla spendita di un'impugnazione incidentale per denunciare i vizi che il giudice *a quo* non ha riconosciuto. L'incoerenza emerge però nel momento in cui questa stessa giurisprudenza esclude il condizionamento delle censure di nullità quando il vizio è rilevabile d'ufficio, ritenendo di doverne preservare la pregiudizialità logica rispetto al merito. Se però si parte dal presupposto che ogni motivo costituisce un autonomo oggetto del ricorso per cassazione, le questioni censurate dovrebbero essere equivalenti, attenendo tutte al "merito" dell'impugnazione (*supra* § 4.5.). Ma se così è, non dovrebbe allora più porsi il problema dell'ordine logico delle questioni[630]!

L'esame gradato delle questioni di rito e di merito è invece prospettabile solo se si postula che l'oggetto – sostanziale o processuale – del giudizio di Cassazione è quello stesso diritto litigioso dedotto con la domanda introduttiva, perché solo in questo caso i singoli motivi sono concepibili come punti di cognizione della medesima causa. E se così è, allora si ripropone avanti alla S.C. la medesima situazione del primo grado e dell'appello, ove è impensabile il condizionamento dell'esame delle eccezioni di rito all'infondatezza delle censure di merito. E, del resto, non si vede per quale ragione, solo in Cassazione, diventi possibile il rovesciamento dell'ordine col quale devono affrontarsi le questioni da cui dipende la decisione sulla domanda. E neppure si comprende per quale motivo, solo in terza istanza, i capi della sentenza ricorribili in cassazione debbano scomporsi nella risoluzione delle singole questioni, quando invece i capi delle pronunce appellabili coincidono con le autonome decisioni sulle singole domande (*supra* § 4.5.)[631].

Ma se si condivide – come ritengo preferibile – che l'oggetto del giudizio di Cassazione non è diverso da quello del giudizio d'appello, allora l'impalcatura ideologica dell'istituto quale azione d'impugnativa implode e il sistema della Cassazione torna a leggersi attraverso quelle stesse categorie che consentono di

---

d'impugnativa, scrivono che il giudizio rescindente non implica un ordine logico delle questioni e che l'interesse al ricorso incidentale è condizionato alla fondatezza di quello principale. Per la giurisprudenza v. da ultimo Cass. 31 ottobre 2014, n. 23271.

[630] Su tale aporia v. M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 958.

[631] Non condivido perciò l'idea di A. ATTARDI, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 291 e 293 s., di giustificare il ricorso incidentale condizionato sull'assunto che «la situazione che si presenta in appello è ben diversa da quella che si avrebbe nel giudizio di cassazione».

spiegare l'appello. Insomma, in una visione unitaria dei mezzi di impugnazione ordinari, anche l'ambito della cognizione e decisione della S.C. vengono determinati secondo le regole e i criteri enunciati dagli artt. 329[2] e 346 per il giudizio d'appello.

Ciò comporta che se il soccombente teorico intende coltivare le questioni di nullità non-accolte, non dovrà dedurle in cassazione con impugnazione incidentale bensì tramite riproposizione. È pur vero che nel capo III del codice, dedicato al ricorso in terza istanza, non è replicata una norma analoga all'art. 346, ma è altresì vero che questa disciplina non contiene alcuna disposizione incompatibile con la struttura positiva del giudizio di Cassazione.

Non solo, ammettere la riproponibilità *ex* art. 346 delle questioni non accolte in luogo del ricorso incidentale consente di superare un'altra contraddizione in cui incorre la tesi dell'azione d'impugnativa. È logico che se si presuppone l'idoneità di ogni motivo (o vizio) a divenire oggetto del giudizio, non vi è altra forma di censura concepibile al di fuori del mezzo d'impugnazione. Seguendo questa linea di ragionamento, però, si costringe il vincitore, che non può certo assumere l'iniziativa, a utilizzare l'impugnazione incidentale condizionata nonostante non abbia patito alcuna soccombenza pratica. Ma che si debba costringere la parte vincitrice alla spendita di un mezzo di impugnazione, che è il mezzo per contestare la soccombenza pratica, a me pare francamente eccessivo[632]. La soluzione più coerente con il sistema dei rimedi è invece quella che riserva l'**impugnazione** alla contestazione dell'ingiusta soccombenza (pratica) sulla causa – e non (teorica) su singole questioni – e che individua nella **riproposizione** delle questioni pregiudiziali il mezzo per investire la S.C. della cognizione di quei singoli punti – e non della decisione su un autonomo capo di sentenza – su cui si è subita una soccombenza meramente virtuale (*supra* § 4.4.)[633].

[632] Tengo naturalmente fuori dal discorso l'impugnazione delle sentenze non-definitive. Nel testo non affronto neppure il tema della riproposizione delle questioni assorbite. Tuttavia, a me pare che i sostenitori della tesi dell'azione di impugnativa giungano anche qui a un'irresolubile contraddizione che li costringe o ad ammettere l'impugnazione incidentale condizionata su questioni neppure esaminate o ad affermarne la loro riproponibilità avanti al giudice del rinvio. Nel primo senso: A. ATTARDI, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, cit., 293; Cass. 23 maggio 2001, n. 212; e Cass. 7 marzo 2001, n. 3341. Nel secondo senso: Cass. 15 febbraio 2008, n. 3796.

[633] Che il ricorso per Cassazione, come anche l'appello, si fondi sul principio (potenzialmente) devolutivo è affermato da M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella*

4.12. Si è visto come il dettato costituzionale non consenta al legislatore ordinario di limitare il compito nomofilattico della Corte alla violazione di alcune norme processuali. Il tema dei limiti al sindacato della S.C. merita però d'essere maggiormente approfondito, non foss'altro perché consente di condurre a più ampi sviluppi la riflessione appena intrapresa su scopo e struttura del giudizio di Cassazione. Bisogna perciò ora chiedersi se il sindacato della S.C. sulle questioni di rito incontri limiti di altro tipo o se, invece, non ne incontri alcuno.

E infatti, stando sempre alla concezione classica, mentre è sottratta alla S.C. il potere di scendere nell'autonoma ricostruzione dei fatti storici rilevanti per il merito, la stessa non sarebbe invece costretta a recepire acriticamente i fatti processuali per come sono fissati nella sentenza impugnata, potendo procedere all'esame diretto del (f)atto da cui origina la nullità[634].

La tesi, in realtà, non è il frutto di una concezione isolata nel contesto europeo. Negli ordinamenti di lingua tedesca, ove la revisione tende ad assumere i caratteri di una terza istanza di giudizio, non solo è accolta l'idea che il *Bundesgerichtshof* possa autonomamente riconsiderare i fatti rilevanti per la risoluzione delle questioni attinenti ai presupposti d'ingresso dell'azione di merito, ma si ammette altresì l'allegazione dei fatti che siano avvenuti prima della chiusura della trattazione in appello e persino l'assunzione di nuovi mezzi di prova (§ 504^2 *öZPO* e § 559 *dZPO*). A sostengo di questo speciale trattamento dei vizi impedienti la decisione di merito sono fornite diverse giustificazioni che fanno leva ora sulla rilevabilità officiale in qualunque stato e grado dei presupposti processuali[635], ora sulla non limitabilità del

---

giurisprudenza della Corte di cassazione, in *Quaderni de «il giusto processo civile»*, Napoli, 2010, 85, nt. 90.

[634] La distinzione tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo* è stata riportata all'attenzione degli studiosi da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 1037 e 1054 s., e *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., II, 577, proprio per giustificare la diversa estensione dell'ambito di cognizione della Corte. In quest'ordine d'idee si pongono anche P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 256 s. e 358; S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 188 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 362; e G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 414. Conforme a tale orientamento è la giurisprudenza di legittimità che si riconosce investita del potere di esaminare direttamente gli atti e i documenti sui quali si fonda il ricorso *ex* art. $360^{n.4}$; v. da ultimo Cass., S.U., 22 maggio 2012, n.ri 8077 e 8078.

[635] K. KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfung tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, Bielefeld, 1964, 217.

sindacato della S.C. quando è in gioco l'eliminazione degli errori procedurali[636] e ora sul primato dell'interesse pubblico alla corretta decisione delle questioni pregiudiziali[637].

Priva di precisi riferimenti testuali, la dottrina italiana ripiega su argomenti più sofisticati che, in parte, ho già criticato. Bisogna intanto distinguere le argomentazioni addotte dagli Autori con riferimento al caso in cui sia denunciata una mera inesecuzione di legge da quello in cui è lamentato un errore di giudizio sulla concreta volontà di legge processuale.

Il mero **vizio di attività** – si dice[638] – non turba in modo grave l'ordinamento, perché il magistrato non «commette un eccesso di potere che lo porta a comandare in veste di giudice al di là dei confini entro i quali è contenuto il potere di comando di ogni giudice» né rivela, tramite la motivazione della sentenza, quell'errore interpretativo che minaccia di inquinare la corretta e uniforme interpretazione giurisprudenziale della legge. Se ne conclude che, quando il ricorso è fondato sugli *errores in procedendo*, la giurisdizione della S.C. non sarebbe più «di diritto» con finalità nomofilattiche ma «di legittimità» con obiettivi di vigilanza sull'attività svolta dagli organi a Lei sotto-ordinati. La funzione di controllo sulle nullità sarebbe del tutto identica a quella già svolta dal giudice del gravame – con il quale condividerebbe dunque una simmetria di poteri *in iure* e *in facto* – giustificata dalla posizione apicale rivestita dalla S.C. nella gerarchia giudiziaria[639].

Nella ricognizione dei propri poteri o nell'accertamento dei vizi di procedura – si prosegue[640] – il giudice non potrebbe «decidere in senso tecnico». Muovendo dal

---

[636] E. SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*[2], Bonn, 1960, 168 ss. e 171 s.

[637] P. GOTTWALD, *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz*, Berlin, 1975, 263 s.

[638] È quanto sostiene P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 294 s., e *La cassazione civile*, II, cit., 38, 49, 256 s. e 358 ss.; e P. CALAMANDREI, C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Noviss. dig.*, II, Torino 1957, 1071 e 1073.

[639] Nel pensiero di P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 360 s., l'osservanza delle norme di procedura è strumentale alla giusta composizione della lite, mentre l'attività di vigilanza della S.C. è il mezzo istituzionale che contribuisce al raggiungimento del traguardo della giusta decisione. La cassazione sarebbe così un istituto a doppia funzione: nomofilattica per gli *errores in iudicando* e di controllo per gli *errores in procedendo*.

[640] La tesi è sostenuta da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 434, secondo cui «quando la parte lamenta che la sentenza è nulla, perché il giudice ha mal individuato il proprio comportamento, la Cassazione non valuta se è corretta una "decisione" che decisione in effetti non è, ma procede direttamente ed autonomamente a qualificare come processualmente lecito o illecito il comportamento del giudice *a quo*». L'accoglimento di questa ricostruzione anche da parte della

presupposto che il giudice sta di fronte alle norme processuali nella medesima posizione in cui si trova il comune cittadino, si sostiene che nell'interpretare o applicare erroneamente la norma processuale il giudice *a quo* non commetterebbe un errore di giudizio ma un mero illecito. Se ne conclude che le affermazioni del giudice di merito non sono vincolanti per la S.C., la quale avrebbe perciò il potere di verificare, prima, il (f)atto processuale e di accertare, poi, la nullità.

L'impressione è che le argomentazioni addotte a sostegno di una generale ammissibilità della *revisio in facto* in punto di rito siano più il portato di una tralatizia ideologia della Cassazione che non il frutto di un'interpretazione coerente delle norme che regolano i poteri e la funzione della Corte. La prima argomentazione non convince nel momento in cui ignora che anche il mero vizio di attività può fornire lo spunto per enunciare un principio interpretativo idoneo a chiarire un concetto giuridico, a confermare o ripensare un dato orientamento giurisprudenziale e, in definitiva, a contribuire all'uniformità, alla certezza e all'evoluzione del diritto[641]. Ma a non essere accettabile di questa ricostruzione è, soprattutto, il postulato da cui muove. Negare al giudice il potere di accertare la concreta volontà di legge che gli detta il canone di comportamento equivale a disconoscere la capacità del processo di riconoscere e correggere le proprie anomalie.

Falsificate le premesse da cui muove l'orientamento criticato, torna ad aprirsi il problema dell'ammissibilità dell'accertamento diretto sul fatto processuale. Resta dunque da capire se vi sia una valida ragione per allargare o restringere le maglie del sindacato di Cassazione a seconda del tipo di errore denunciato. Lasciando alle spalle qualunque idea preconcetta, la questione va risolta tenendo conto dei poteri e dello scopo istituzionale che l'ordinamento assegna alla Cassazione civile. Ora, se è vero che l'interesse privato del soccombente al riesame della causa trova soddisfazione

---

giurisprudenza recente è testimoniato dalla rassegna di decisioni accuratamente riportata da G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, 216 ss.

[641] Che la nullità, non ancora rilevata e decisa, possa essere occasione per confermare o mutare l'interpretazione-applicazione di una norma processuale mi pare ad es. confermato dalla giurisprudenza formatasi in tema di giudicato implicito sul difetto di giurisdizione, che ha elaborato il corrispondente principio di diritto proprio con riguardo a una nullità (latente) su cui i giudici *a quibus* non si erano pronunciati. Si tratta comunque di un'eventualità. Non è detto che il mero vizio di attività dia sempre adito all'enunciazione di un principio di diritto. È per questo motivo che l'art. 348, al comma I, impone alla S.C. di enucleare il principio di diritto per i motivi di cui all'art. $360^{n.3}$, mentre il comma II lascia la facoltà di pronunciarlo per i motivi di cui all'art. $360^{n.1,2e3}$.

solo nella misura in cui coincida con l'interesse pubblico alla certezza e all'unità dell'interpretazione giurisprudenziale, ebbene o questa corrispondenza c'è sempre – a prescindere dal motivo di ricorso – oppure non deve esserci mai[642].

Se infatti lo scopo della Cassazione consiste nella fissazione di un principio interpretativo, allora non v'è motivo di estenderne il sindacato al fatto processuale se il giudice di merito ha commesso un errore di giudizio nel dichiarare la concreta volontà di legge processuale (*error in iudicando quoad processum*). In tale ipotesi la *quaestio facti* è già stata oggetto di autonomo accertamento, sicché consentire alla Corte di revisionare la correttezza della valutazione operata dal giudice di merito significherebbe costringerla a un giudizio che non avrebbe alcuna valenza oltre il caso concreto. In questo caso, insomma, la S.C. non può procedere a un'autonoma e diversa valutazione o ricostruzione dei fatti processuali ma è tenuta a recepirli nella configurazione fornita dalla sentenza impugnata.

Vi è pero un'area del controllo sulle nullità in cui a me pare indispensabile riconoscere una maggiore ampiezza dell'ambito di cognizione della Corte. Ciò accade quando:

i) la S.C. sia ammessa a rilevare d'ufficio un vizio su cui non vi sia stata alcuna trattazione e decisione (nullità non-formale o extra-formale latente);

ii) sia contestata una nullità maturata dopo la chiusura della trattazione, che non poteva quindi essere rilevata nel giudizio *a quo* (nullità formale della sentenza e inammissibilità del ricorso principale o incidentale).

Trattandosi di semplici *errores in procedendo*, è evidente come, in queste fattispecie, non sia neppure ipotizzabile l'enunciazione di un principio interpretativo senza passare per l'accertamento autonomo del fatto[643]. In uno scrutinio del genere, una revisione di diritto non può dissociarsi da un previo giudizio di fatto.

---

[642] In tal senso si esprime anche M. BOVE, *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, 434, nt. 3. Analoghe riflessioni sono svolte da H.-E. HENKE, *Rechtsfrage oder Tatfrage - Eine Frage ohne Antwort?*, in *ZZP*, (81) 1968, 323 ss., e 343. Una diversa latitudine dei poteri della S.C. è invece teorizzata da G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, III, 2012, 843, seconda cui il fatto endo-processuale può essere oggetto di sindacato diretto, mentre quello extra-processuale può essere valutato sotto il solo profilo della congruità della motivazione.

[643] Diversamente per P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, cit., 294, e *La cassazione civile*, II, cit., 401 ss., sfuggirebbero al vaglio della S.C. le semplici nullità processuali derivanti da *error in procedendo*, in quanto non offrirebbero occasione per

È pur vero che i limiti del sindacato di legittimità sono segnati dalla funzione nomofilattica. Tuttavia è innegabile che sopprimere, nel primo caso (*i*), un accertamento diretto del fatto significa, da un lato, espropriare surrettiziamente il giudice del potere di vigilare sull'osservanza di norme imperative e, dall'altro, obliterare il principio di impugnazione delle sentenze nulle (art. 161[1]).

Impedire poi alla S.C. di accedere all'esame diretto dell'atto compiuto dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni (*ii*) equivarrebbe a negare il sindacato su nullità che non potevano denunciarsi prima e che, data la mancanza di altro mezzo di reclamo, non sarebbero altrimenti censurabili. Negare la ricorribilità significa qui cancellare quel principio dello Stato di diritto che vuole almeno un controllo di legalità sugli atti d'imperio. Principio, questo, che deve essere preservato con maggiore scrupolo proprio quando a venire in gioco è la legalità dell'esercizio di un potere – qual è quello giurisdizionale – capace di incidere sensibilmente sulla sfera giuridica del singolo[644].

Mi rendo conto che riconoscere – seppur in un ambito assai ristretto – il potere della Corte di "sporcarsi le mani" con l'accertamento diretto del fatto processuale significa allontanare la S.C. dal compito nomofilattico che Le spetta nella fase rescindente del giudizio. È anche vero però che non vi sono ancora nell'ordinamento positivo sufficienti indizi per ancorare il sindacato sulle nullità processuali al solo interesse pubblico alla razionalizzazione e all'omogenea evoluzione del "diritto processuale vivente". Se si intende sganciare la revisione sugli *errores in procedendo* dalla "giustizia del caso singolo", occorre una scelta legislativa chiara e coerente in tal senso, che parta magari proprio dalla rimozione dell'accesso generalizzato alla Cassazione sancito dall'art. 111[7] Cost. Fino ad allora, la scelta esegetica più equilibrata mi pare rimanga quella di riconoscere alla S.C. un controllo del fatto processuale da cui originano le predette nullità sfuggite al controllo degli organi di giustizia inferiori.

---

soddisfare l'interesse pubblico all'esatta e uniforme interpretazione giurisprudenziale del diritto. La S.C. non avrebbe allora da preoccuparsi che dei soli *errores in iudicando quoad processum* ed è per tale motivo che l'A. proponeva di espungere dai motivi di ricorso la censura dei meri vizi di attività.

[644] A tal riguardo scrive J. KOHLER, *Moderne Rechtsprobleme*, Leipzig 1907, 96, che «il processo può ancora oggi privare il legittimato del suo diritto di privare l'avente diritto del suo diritto, dei suoi averi e della sua proprietà. Chi interviene in un processo deve sapere, come il soldato che entra in guerra, che mette in gioco il suo destino».

La rilevabilità, anche d'ufficio, di nullità non-formali rimaste latenti nei pregressi gradi di giudizio pone un'ulteriore problema che è quello di capire se sia ammissibile l'allegazione e la dimostrazione di fatti nuovi – *rectius* preesistenti ma non dedotti – accaduti fuori dal processo e dai quali dipenda la risoluzione della questione.

Allegazione e dimostrazione del fatto impediente non ancora dedotto sono gli strumenti indispensabili per fondare l'eccezione. Ora, rilevare una questione (di rito o di merito) significa costituire in capo al giudice l'obbligo di pronunciarsi su un fatto, ma perché questo fatto possa essere oggetto di valutazione giudiziale occorre che sia anche allegato e provato. Sebbene il più delle volte allegazione ed eccezione coincidano, ciò non toglie che siano atti logicamente distinti, che possono, anche nella pratica, risultare scissi.

Il problema non si pone con riguardo all'imperfezione formale di (f)atti intermedi avvenuti in seno al procedimento. Per quanto la sentenza ne risulti inficiata per derivazione (art. 159[1]), siamo di fronte a un (f)atto endo-processuale che sarà già stato eccepito nella prima difesa utile (art. 157[2]) e che, se rilevabile anche d'ufficio (*supra* § 3.4.), si troverà già documentato agli atti del fascicolo[645].

Più delicato è invece il problema in ordine alle nullità non-formali contestate per la prima volta in terza istanza e aventi causa in fatti avvenuti fuori del processo[646]. Bisogna intanto fare i conti con l'impossibilità, dettata dalla struttura interna della Cassazione, di assumere mezzi di prova costituendi. È consentita invece l'acquisizione di documenti che non richieda il compimento di alcuna attività istruttoria. Senonché, com'è noto, l'art. 372[1] esclude il deposito di documenti che potevano prodursi nei precedenti gradi. Da questa norma sulla prova, si è dedotto che, se manca il potere di provare fatti che si potevano dimostrare prima, deve mancare anche il potere di allegarli[647].

---

[645] Favorevole alla produzione di nuovi documenti a sostegno della censura di nullità della sentenza viziata per propagazione è A. TEDOLDI, *Note intorno all'istruzione probatoria nelle impugnazioni a critica vincolata*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1135 s.

[646] Si pensi all'ipotesi in cui, rilevato il difetto di giurisdizione rispetto al convenuto, occorra scrutinare se questi abbia o no la residenza o il domicilio nello Stato o in cui, eccepito il difetto di capacità, sia necessario sincerarsi dell'esistenza di un provvedimento di interdizione o, ancora, in cui, opposto un giudicato esterno, diventi indispensabile sincerarsi dell'emanazione di una tale pronuncia.

[647] In tal senso v. M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 958; e F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*[7], II, cit., 459 ss., secondo i quali la questione processuale

Tuttavia, se si condivide che il riferimento alla «nullità della sentenza» – a conforto della quale è consentito il deposito di «documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo» (art. 372[1]) – interessa anche le nullità non-formali rimaste latenti[648], non v'è allora ragione di vedere in questa norma una preclusione all'allegazione di fatti extra-processuali non ancora dedotti. Se infatti è ammessa la produzione della prova documentale del fatto, ne dovrà essere consentita anche l'allegazione[649]. Laddove si renda invece necessaria l'assunzione di nuovi mezzi di prova costituendi, è ragionevole dedurre che difetterà anche il potere di allegare il fatto extra-processuale costitutivo del vizio.

Resta però un limite all'accertamento diretto del fatto extra-processuale ed è segnato dall'impossibilità di assumere nuovi strumenti di convincimento che necessitano di assunzione[650]. La Corte non potrebbe neppure delegare al giudice del rinvio il compito di istruire la questione, perché il rinvio presuppone la cassazione della sentenza viziata, ma qui per verificare l'esistenza dell'errore occorre prima acquisire delle prove sul punto (!).

---

impediente, maturata nelle precedenti fasi del giudizio, deve essere decisa sulla base dei fatti già acquisiti al processo. Sotto il previgente codice, anche G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 1054 s. e *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., II, 577, ammetteva che il difetto dei presupposti del processo di prime e seconde cure dovessero essere decisi sulla base delle sole prove risultanti dagli atti, mentre sui «fatti attinenti al rapporto processuale di cassazione (…) quindi fatti necessariamente nuovi, i poteri istruttori della Corte sarebbero illimitati».

[648] Le cause di inammissibilità della decisione di merito, s'è visto, inficiano in via originaria ogni atto della serie processuale (*supra* § 1.4.). La giurisprudenza non è però univoca sul punto, registrandosi un primo indirizzo che interpreta in senso stretto la locuzione «nullità della sentenza» come vizio proprio del provvedimento: v. Cass. 7 gennaio 2004, n. 50; e Cass. 20 dicembre 2002, n. 18136; e un secondo orientamento che invece ammette la produzione di documenti volti a dimostrare vizi originari o maturati nel corso del procedimento: Cass. 29 settembre 1998, n. 9733; Cass. 18 giugno 1997, n. 5460; e Cass. 2 febbraio 1989, n. 653.

[649] È poi la conclusione a cui giungeva P. GOTTWALD, *op. cit.*, 263 ss., sotto la previgente formulazione dei §§ 554[3,n.2] e 561[1] *dZPO*. Secondo l'A., se si ammette la rilevabilità in Revisione del difetto dei presupposti processuali, si deve conseguentemente consentire l'allegazione dei nuovi fatti a essi relativi. In giurisprudenza ammettono la produzione di nuovi documenti concernenti vizi anteriori alla sentenza: Cass. 24 maggio 2004, n. 9942; e Cass. 29 settembre 1998, n. 9733; e riguardanti nullità rilevabili d'ufficio: Cass. 23 giugno 1995, n. 7156.

[650] Quando il codificatore, all'art. 372[1], consente che si producano documenti a fondamento dell'eccezione di nullità della sentenza o di inammissibilità del ricorso e del controricorso non fa che positivizzare una deroga naturale al sistema delle preclusioni. È nella *Natur der Sache* che il sistema delle preclusioni non possa escludere l'ammissibilità di atti che non erano neppure concepibili prima del verificarsi della decadenza. Per la producibilità in Cassazione di documenti che non potevano depositarsi prima v.: Cass. 29 novembre 2011, n, 25222; Cass. 3 marzo 2010, n. 5091; e Cass., S.U., 16 giugno 2006, n. 13916.

Diverso è invece il caso in cui la parte interessata abbia tempestivamente eccepito la nullità e il giudice di merito abbia erroneamente trascurato di trattare e istruire la questione. In tale ipotesi è plausibile rimettere al giudice del rinvio il compito di assumere la prova costituenda, poiché qui ricorre una violazione degli obblighi di conduzione processuale (*primärer Verfahrensmangel*), sicché il ricorso che la censuri merita accoglimento e la sentenza impugnata d'essere cassata.

Va precisato, inoltre, che il problema della prova non si porrà con riguardo ai fatti doppiamente rilevanti (per il rito e per il merito) che vengono assunti per come sono prospettati dalla parte, in quanto la non veridicità delle dichiarazioni saranno pagate dalla parte con la soccombenza nel merito.

A parte le due ipotesi sopra configurate (*supra i.* e *ii.*), ove è irrilevante scindere il fatto dal diritto, ogni altro motivo di nullità pone il problema della distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*. Avverto subito che, a mio avviso, l'area di insindacabilità deve individuarsi con quegli stessi criteri utilizzati per discernere il fatto dal diritto con riferimento al merito. Pertanto, nella stessa misura in cui si ammette un sindacato «indiretto» sul fatto rilevante per la causa di merito, nei medesimi termini bisognerà riconoscerlo rispetto al fatto processuale da cui ha origine la nullità.

A questo punto del discorso, la scelta ricostruttiva è obbligata. Se i limiti al sindacato di Cassazione sugli *errores in iudicando quoad processum* sono segnati dalla funzione nomofilattica, «questione di diritto» è solo quella che fornisce alla S.C. l'opportunità o di enunciare un principio interpretativo, che contribuisca a chiarire il concetto processuale applicato (o non applicato) dal giudice, oppure di fissare un'interpretazione esemplificativa (utilizzabile per i casi futuri) di una norma processuale indeterminata[651]. Viceversa, è questione insindacabile ogni affermazione sul fatto processuale che non abbia valore oltre il caso singolo e che, quindi, non

[651] Non v'è nulla di originale in tutto ciò, mi limito semplicemente a trasferire sul piano delle questioni di rito quanto i sostenitori della tesi teleologica hanno già ampiamente teorizzato con riguardo alle questioni di merito. Anche per i riferimenti alla dottrina tedesca rinvio allo studio di M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., 40 ss. e 95 ss. L'analoga tesi della *généralisation possible* si ritrova già in G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, 366, il quale, al fine di assicurare l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, riteneva necessario limitare il controllo della Corte ai soli errori aventi l'attitudine a riprodursi in casi simili.

inviti alla formazione di principi interpretativi o esemplificativi applicabili a una serie di casi futuri e ripetibili.

È noto, peraltro, come le difficoltà maggiori nel discernere «sindacato di fatto» dal «sindacato di diritto» emergano quando si censuri l'erronea interpretazione e applicazione di clausole generali. In diritto processuale, in realtà, il problema non si pone in termini diversi dal diritto sostanziale. Interesse ad agire (art. 100), scopo dell'atto (artt. 121 e 156[2e3]), lealtà (artt. 88[1] e 175[1]) e colpa processuale (art. 96[1]) sono tutte clausole generali, la cui corretta interpretazione e applicazione è sindacabile in sede di legittimità solo nella misura in cui il giudizio sussuntivo operato dal giudice di merito consenta alla S.C. di enunciare una fattispecie tipica che, per l'appunto, abbia i caratteri di un evento ripetibile o che rivesta un valore esemplificativo al di là del caso concreto.

Quando è censurato l'errore di giudizio nella valutazione della singola questione di rito, alla S.C. non è consentito scrutinare se il giudice *a quo* abbia rettamente valutato le risultanze probatorie e se abbia altrettanto correttamente ricostruito il fatto (extra-)processuale. In mano alla Corte resta però un margine di valutazione. Tale ambito è costituito dal controllo sul corretto uso delle norme metodologiche che regolano la valutazione delle prove poste alla base del convincimento del giudice. È un sindacato solo «indiretto» sul fatto, che non può essere sottratto alla S.C. proprio perché, essendo ancorato alla violazione di regole giuridiche sulla valutazioni delle prove, le dà l'occasione di enucleare quel principio interpretativo in cui si sostanzia la Sua funzione nomofilattica[652].

[652] Sul sindacato del c.d. difetto di base legale v. ancora M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., 211 ss., 219 s. e 230 ss. A tal proposito, l'A. critica come insufficiente la tradizionale distinzione tra *error in procedendo* ed *error in iudicando* perché non consentirebbe di collocare la violazione delle «norme sul metodo del giudizio di fatto» (221 ss.). E, in effetti, così stanno le cose se si rimane ancorati alla concezione classica che individua nell'uno un «vizio di attività» e nell'altro un «difetto di giudizio». Il difetto di base legale, infatti, segue la violazione di norme che non dettano propriamente criteri di giudizio né regole sulla costruzione degli atti. Tuttavia, se si condivide che l'*error in procedendo* è conseguenza dell'inosservanza di un canone di condotta a cui il giudice deve conformare la propria attività (qui logica) – e non valutare la conformità dell'attività di terzi alla regola legale – non dovrebbe essere difficile riconoscere nel *défaut de base legale* un *error in procedendo*. E infatti, la causa del vizio sta nell'inadempimento del giudice a quelle direttive che gli impongono di risolvere la questione di fatto in conformità a determinati canoni metodologici.

4.13. L'indagine sul trattamento, in sede di legittimità, delle nullità maturate nei precedenti gradi di giudizio va a concludersi con l'individuazione dei possibili esiti del processo di Cassazione in cui sia accertata la nullità della sentenza o del procedimento.

i) La prima ipotesi è che sia dichiarata l'esistenza di un **vizio non-formale** o **extra-formale** o anche **formale di un atto di impulso** insanabile o non tempestivamente sanato, che, impedendo l'emanazione di una sentenza di merito, solleciti la **cassazione della sentenza senza rinvio** (art. 382[3]). La S.C. si sostituisce qui al giudice di merito nel pronunciare quel provvedimento declinatorio che questi avrebbe dovuto emanare. Sono a essa riconducibili il difetto assoluto di giurisdizione, le ipotesi di improponibilità della domanda per carenza di un presupposto processuale insanabile o non sanato nonché ogni altro vizio che ostacoli la prosecuzione del giudizio (estinzione del processo, inammissibilità dell'impugnazione etc.).

ii) Accolto il ricorso per una delle cause di **nullità non-formale** o **extra-formale**, per le quali il giudice d'appello avrebbe dovuto *ex* art. 354[1] annullare la sentenza e **rimettere la causa al primo giudice**, la S.C. non fa che adottare, ancora una volta, quello stesso provvedimento che avrebbe dovuto pronunciare il giudice di merito. Questo potere, in fondo, si spiega con l'altra funzione svolta dalla Corte, che è quella di controllo della legalità procedurale e del corretto svolgimento dei rapporti tra le due istanze di merito.

La formulazione letterale dell'art. 383[3] ha destato non poche perplessità. La regressione del procedimento al primo grado di giudizio è qualificata dal codificatore come «rinvio», il che solleva interrogativi sull'effettivo parallelismo con la «rimessione» regolata dall'art. 353. L'anomala dicitura legislativa è ritenuta, da taluni, una mera improprietà lessicale, mentre è letta, da altri, come un riferimento a un giudizio di rinvio con funzione restitutoria[653]. L'anomala formulazione getta

[653] Rifiutano l'applicabilità del regime dettato dagli artt. 392 ss. in favore della disciplina della rimessione di cui all'art. 353[2e3]: S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 274, e voce *Corte di cassazione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962; P. CALAMANDREI, C. FURNO, *op. cit.*, 1098; E. REDENTI, M. VELLANI, *op. cit.*, II, cit., 465; e B. CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, 420 s. Più articolata è la ricostruzione fornita da E. RICCI, *op. cit.*, 74 s., 86 e 303 s., secondo cui il rinvio è un istituto composito, avente funzione ora prosecutoria, cioè volta a consentire una nuova definizione della lite, ora restitutoria, mirante all'attuazione del doppio grado di giudizio. In entrambi i casi, l'istituto sarebbe comprensivo delle due

ombre sulla funzione dell'istituto che si riversano sulla disciplina applicabile. Il problema dell'inquadramento sistematico del fenomeno non ha dunque rilevanza puramente teorica, ma involge una serie di questioni pratiche, come quella del meccanismo di riassunzione, delle conseguenze dell'eventuale estinzione del processo, del regime delle preclusioni e, più in generale, della struttura del giudizio «di rinvio» chiamato a correggere i vizi riscontrati dalla Corte.

Ogniqualvolta la S.C. colga l'esistenza di una nullità non-formale o extra-formale, idonea a inficiare l'intera serie degli atti successivi al sorgere dell'imperfezione, cassa la sentenza impugnata e le attività compiute dopo l'emersione del vizio[654]. Alla rescissione fa seguito il rimedio della retrocessione del procedimento allo stadio in cui è maturata l'irregolarità. La regressione consente, da un lato, l'acquisizione del presupposto mancante con ripristino delle condizioni di decidibilità nel merito e, dall'altro, la rinnovazione dell'attività di trattazione e istruzione colpite dal vizio. Sotto tale profilo, il giudizio di Cassazione sulle nullità processuali non è affatto diverso da quello esercitato da qualunque giudice del gravame investito da un appello rescindente (artt. 353 e 354^{1})[655].

Se ogni preclusione maturata dopo il sorgere del vizio è rimossa dalla cassazione della sentenza e ogni potere spettante in capo alle parti e al giudice negli stadi successivi al verificarsi della nullità è ripristinato dal provvedimento «di rinvio», il rinvio non è allora prosecutorio ma restitutorio. Ma se così è, vengono allora meno i presupposti per l'applicazione dell'art. 394. Il rinvio prosecutorio, che è soggetto al dominio di questa norma, presuppone infatti che la causa sia matura per la decisione, che il materiale raccolto sia a tal fine utilizzabile e che la S.C. ritenga completa l'istruttoria compiuta. Venendo meno tali condizioni, è naturale che il rinvio non si tiri dietro le decadenze indicate dall'art. 394^{2e3}.

---

fattispecie indicate dall'art. 383^{1e3}, ma quando ha natura restitutoria (art. 383^{3}) sfuggirebbe – in parte – alla disciplina dettata dagli artt. 392 ss. (271 ss., 289, 295 ss. e 305).

[654] Restano fuori dalla presente trattazione le ipotesi di erronea declinatoria in punto di rito (artt. 353 e 354^{2}), rispetto alle quali v'è da dubitare che la cassazione della sentenza sia idonea a travolgere ogni attività di trattazione-istruzione compiuta. Per la conservazione, in tali casi, dell'attività compiuta v. E. RICCI, *op. cit.*, 272 s. Altra ipotesi di rinvio restitutorio si configura nel caso in cui la S.C. ritenga che il giudice d'appello abbia erroneamente dichiarato inammissibile il gravame ai sensi dell'art. 348 *bis* (art. 383^{4}).

[655] Di una perfetta analogia del riesame di Cassazione sulle nullità processuali «con quella *querela nullitatis* della quale talvolta l'appello assume, anche nel nostro diritto, la struttura» parla P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, II, cit., 361.

La conferma di quanto vado scrivendo sta nella *littera* di questa disposizione che indica come giudice al quale «la Corte (…) rinvia la causa» quello stesso «primo giudice» al quale «il giudice d'appello avrebbe dovuto rimettere le parti». Il rinvio svolge dunque, nei confronti del magistrato che ha commesso l'errore, quella stessa funzione pedagogica e di controllo che esercita la rimessione disposta dal giudice d'appello (*supra* § 4.8.*β.*)[656]. Funzione che non può evidentemente svolgere il rinvio della «causa ad altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata» regolato dall'art. 383[1].

Se così stanno le cose, non credo che scegliere tra l'estensione analogica del regime della «rimessione» (art. 343) e l'applicazione "modulata" della disciplina del «rinvio» (art. 392 ss.) implichi una significativa differenza tecnico-procedurale[657]. In ogni caso, il giudice del rinvio deve, in primo luogo, attenersi al principio giuridico e alle direttive enunciate dalla S.C. ai sensi dell'art. 384[2], affinché non si riproduca quella violazione delle norme processuali che la Cassazione ha censurato.

In secondo luogo, data la diffusione delle nullità in questione all'intera sequenza procedurale, deve essere consentita la reiterazione di ogni atto successivo all'insorgere del vizio, cosicché, se l'imperfezione si annida già nella domanda introduttiva, sarà ripetibile l'intera serie procedurale. A questo punto, se si ritiene preferibile l'applicazione della disciplina dettata dagli artt. 392 ss., non v'è altra strada che privilegiare l'ultimo periodo dell'art. 394[3] per restituire alle parti e al giudice tutti i poteri processuali propri della fase procedurale fino alla quale il giudizio retrocede, al netto insomma di qualunque preclusione. Esigenza questa che è avvertita con ancor maggiore urgenza quando a risultare annullate siano intere fasi processuali. E difatti, più il procedimento retrocede a uno stadio remoto, più le parti

[656] Sull'inopportunità di investire della causa un giudice diverso da quello che ha commesso l'*error in procedendo* censurato dalla Corte v. ancora P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, 276.

[657] Un'importante differenza resta però nella tecnica di riassunzione. E infatti, se il giudizio prosecutorio segue la disciplina della rimessione, la riassunzione avviene con comparsa da notificarsi, al procuratore delle parti già costituite, nel termine perentorio di tre mesi dalla notificazione della sentenza (art. 353[2] e art. 125 d.att.). Viceversa, se segue quella del rinvio, la riassunzione è compiuta con atto di citazione da notificarsi personalmente alle parti entro il termine perentorio di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Corte (art. 392[1]). Altra significativa divergenza sta nella disciplina dell'estinzione. Se si ritiene estensibile la disciplina della rimessione, la chiusura in rito del giudizio di rinvio determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata (art. 338), all'opposto se si ritiene di dover applicare il regime del processo di rinvio, l'estinzione provoca la caducazione dell'intero procedimento con salvezza della sola pronuncia di Cassazione (art. 393).

avvertiranno l'urgenza di modificare e rimodulare i propri mezzi di attacco e di difesa[658].

iii) Resta infine da esaminare la sorte di tutte le altre cause di nullità, ancora rimediabili, verificatesi nei precedenti gradi di giudizio. Occorre a tal proposito distinguere il trattamento dei vizi non-formali o extra-formali da quello riservato alle imperfezioni di forma o procedurali.

Si ripropone in questa sede il problema dell'attrazione delle **nullità non-formali** o **extra-formali**, retroattivamente sanabili, nella disciplina della rimessione al primo giudice (*supra* § 4.8.*β.*). Ho già dato conto delle ragioni che militano a favore di un'estensione analogica del regime della rimessione a ogni causa di nullità non-formale sanabile *ex tunc*. Se si aderisce alla linea ricostruttiva proposta, si converrà che anche tali anomalie trovano nell'art. 383^3 la loro naturale sede normativa. Viceversa, se si ritiene che in questa disposizione si proietti la tassativa casistica degli artt. 353 e 354^{1e2}, una sede normativa diversa da quella rappresentata dall'art. 383^1 tali vizi non la posseggono[659].

L'ultima soluzione – che ritengo meno preferibile – si può tutto sommato accettare, a condizione però che il rinvio al «giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza» accordi alle parti e al giudice un'estensione di poteri adeguata alle esigenze imposte dall'annullamento disposto dalla Corte, sulla falsariga di quanto è parallelamente previsto dall'art. 354^4 per il regime di rinnovazione degli atti in appello. Ciò implica che, una volta cassata la sentenza e gli atti pregressi colpiti dal vizio, non potrà valere nel giudizio di rinvio alcun divieto di *ius novorum* che – come s'è visto – presuppone invece una decisione immune da vizi. Il rinvio che ne segue, insomma, avrà pur sempre natura restitutoria, sicché saranno rimosse le preclusioni

[658] A tale conclusione giunge sia E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, 177 ss.; e G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 421, per i quali l'art. 394^3 assegna alle parti un'estensione di poteri di ampiezza tale da rispondere alle esigenze dell'annullamento; sia E. RICCI, *op. cit.*, 294 ss., che rinviene direttamente nell'art. 162^1 la regola a cui deve attenersi il giudice del rinvio. Su questo quadro si staglia una giurisprudenza oscillante che ora afferma la natura restitutoria del giudizio di rinvio e la piena rinnovabilità degli atti: Cass. 28 gennaio 1984, n. 690; e che ora ne afferma la natura restitutoria con salvezza delle preclusioni maturate: Cass. 6 dicembre 1988, n. 6629.

[659] In tal senso: F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, II, 170; V. ANDRIOLI, *Commento*, II, 479; e S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 164.

medio tempore intervenute e saranno ripristinati in capo a tutti i soggetti quegli stessi poteri di cui disponevano al momento in cui è maturato il vizio[660].

Conduce alla restituzione di un solo grado di giudizio di merito (art. 383[1]) la cassazione di quelle decisioni che abbiano il proprio antecedente logico necessario in un **atto formalmente nullo** della serie pregressa o che siano emanate all'esito di una trattazione-istruzione svoltasi in modo incompleto o non esauriente a causa dell'**erronea direzione processuale**. Anche in tali ipotesi il giudice del rinvio e le parti sono chiamati a rinnovare l'attività processuale viziata[661]. Sono qui isolabili tre distinte ipotesi.

- Qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, occorrerà riprendere il procedimento dallo stadio in cui si inserisce l'atto da rinnovare, affinché si ripetano sia gli atti dipendenti sul cui contenuto il vizio ha esercitato un'efficacia causale sia gli atti consequenziali indispensabili a garantire il contraddittorio. Condizione del rinvio è che il giudice del merito non abbia disposto la correzione dell'atto disforme dal modello legale quando era possibile (art. 162[1]), sicché all'imperfezione formale ne sia conseguito l'errore giudiziale nella conduzione del procedimento.
- Può anche accadere che il giudizio di rinvio si renda necessario per colmare una lacuna nella trattazione o nell'istruzione di fatti rilevanti per la decisione della causa. L'incompletezza del materiale decisorio sarà qui provocata dalla violazione, da parte del giudice di merito, di una norma sulla direzione del processo (*primärer Verfahrensmangel*).
- L'incompletezza della trattazione-istruzione può infine verificarsi perché la S.C., in accoglimento del ricorso o d'ufficio in attuazione del principio *iura novit curia*, fornisca, del fatto controverso, una ricostruzione giuridica diversa da quella prospettata nella sentenza impugnata, sulla cui base il giudice di merito ha gestito il contraddittorio e accolto le istanze istruttorie. Se la Corte non è in grado di decidere nel merito, perché il mutamento della prospettiva giuridica rende necessario il

[660] Se così non fosse le parti non solo pagherebbero la perdita di un grado di giudizio a fronte di un vizio alla cui determinazione ha contribuito l'errore del giudice di merito, ma subirebbero altresì una disparità di trattamento – rispetto alle analoghe situazioni contemplate dagli artt. 353 e 354[1e2] – incompatibile col principio costituzionale di eguaglianza formale (*supra* § 4.8.*β*.).

[661] È fatta salva l'ipotesi in cui la S.C. negando, *ex* art. 162[1], l'ammissibilità della rinnovazione delle attività viziate, decida nel merito sulla scorta degli altri mezzi di prova già acquisiti (art. 384[2]).

compimento di un'attività istruttoria su fatti nuovi[662], il giudice del rinvio dovrà riprendere il procedimento dallo stadio di trattazione e istruzione (*sekundärer Verfahrensmangel*).

L'area della rinnovazione ha dunque geometra variabile. Il numero e il tipo di attività che dovranno ripetersi dipenderanno dall'estensione concreta del vizio e saranno, per ragioni di economia processuale, strettamente circoscritte alle dimensioni del contagio (art. 159[1]) e agli atti consequenziali che si rendano indispensabili per l'attuazione del contraddittorio e della *par condicio partium* (art. 111[2] Cost.). Sotto questo profilo giocheranno un ruolo fondamentale le direttive impartite dalla S.C. al giudice del rinvio (art. 384[2])[663].

Ancora una volta, le preclusioni stabilite dal primo periodo dell'art. 394[3] escono sì rimosse, ma solo nella misura in cui la cassazione e la rinnovazione di fasi del processo implichino, per le parti, la necessità di modificare o introdurre nuovi mezzi di attacco e di difesa. E non potrebbe essere altrimenti, dato che non ricorrono i presupposti da cui muove l'art. 394: causa matura per la decisione, completezza dell'istruttoria e utilizzabilità del materiale raccolto.

Le parti, insomma, non possono risultare pregiudicate dalla perdita del potere di apportare, alla strategia originaria, le acconce correzioni che il giudice abbia reso indispensabili con il proprio inadempimento ai doveri di direzione processuale. Lo esige il metodo procedurale della leale collaborazione e della reciproca corresponsabilità tra giudice e parti nella tempestiva rilevazione del vizio e nella rimozione degli atti processuali nulli che versano ancora in condizione di sanabilità.

---

[662] Privilegiando una lettura costituzionalmente orientata del principio di ragionevole durata del processo M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, cit., 975 s., sostiene che il rinvio vada disposto non per il semplice fatto che la sentenza della S.C. dà rilevanza a nuovi fatti, ma solo perché emerge una vera e attuale necessità di svolgere ulteriori attività di trattazione.

[663] Mi pare che il nuovo art. 384[2], così come modificato dal d.lgs. 40/2006, sopisca la polemica intorno all'esistenza di vincoli imposti dalla S.C. al giudice del rinvio sulle questioni di rito. Tali vincoli sono riconosciuti da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*[3], cit., 1037; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 159 ss.; S. SATTA, *op. cit.*, II, 2, 279; E. RICCI, *op. cit.*, 274; ed E. REDENTI, M. VELLANI, *op. cit.*, II, 475; e negati da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], II, cit., 201; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 582 s.; e G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, cit., 317.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 5.1. *Error in iudicando* ed *error in procedendo*. – 5.2. Nullità non-formali ed extra-formali. Tecnica di rilevazione e singoli rimedi. – 5.3. Nullità formali. Principio di nominatività e rapporti tra forma, scopo ed effetti dell'atto. – 5.4. L'irregolarità degli atti carenti dei requisiti di forma accidentali. – 5.5. Estensione della nullità formale agli atti dipendenti, tecnica di rilevazione e singoli rimedi. – 5.6. Il sistema dei rimedi. – 5.7. L'inammissibilità degli atti di impugnazione. – 5.8. Il trattamento in sede di impugnazione delle nullità maturate nelle precedenti istanze.

5.1. Ad analisi conclusa giova sintetizzare, in via riassuntiva, i risultati raggiunti per fissarli in una visione d'insieme. Lo studio intrapreso sulle nullità degli atti processuali conforta l'assunto di partenza: la fiducia che i cittadini nutrono nella giustizia dello Stato di diritto non dipende tanto dalla fedeltà del risultato processuale alla concreta situazione fattuale e giuridica – che è del resto un'utopia visto che dal giudizio può uscire solo una verità processuale – quanto dall'osservanza delle norme sul metodo del procedimento, unica realistica garanzia dell'attendibilità del giudizio[664]. Giustizia e validità degli atti forniscono dunque le coordinate indispensabili per orientarsi nel complesso tema degli errori processuali.

Nell'indagine svolta i rapporti tra vizio di attività e difetto di giudizio sono stati ricostruiti muovendo dal presupposto che, nel processo, operano norme che intrattengono con le parti e il giudice due diverse relazioni funzionali. Ogni disposizione (materiale o processuale) è, al contempo, **canone di comportamento** e **metro di giudizio**. Il discrimine è dato dal rapporto che il soggetto intrattiene con la norma: è l'uno nei confronti di chi, compiendo l'atto, dà immediata esecuzione alla regola di condotta; è l'altro per l'organo deputato a giudicare, in modo vincolante, la conformità dell'attività sua o del terzo alla concreta volontà di legge. La distinzione si è rivelata fondamentale per determinare quando l'atto compiuto in violazione della legge processuale sottostà al regime delle nullità.

Le norme processuali sono modello di condotta a cui il giudice e le parti debbono uniformarsi per conseguire, con un certo atto, un dato effetto giuridico, ma sono, simultaneamente, criterio di decisione per l'organo chiamato a sindacare la nullità/validità di quell'atto. Pertanto, la **nullità** (o difetto di attività) è sanzione contro l'inosservanza della norma, che regola i requisiti dell'atto, da parte dell'autore

[664] Va aggiunto che l'autorità della decisione giudiziale nei confronti del popolo, nel cui nome è impartita la giustizia, non prescinde neppure dalla razionalità o dall'equità del modo di procedere.

destinatario del canone di comportamento in essa contenuto. L'**ingiustizia** (o errore di giudizio) dipende dall'erronea interpretazione-applicazione di quella stessa norma da parte del giudice che la impiega, come metro di giudizio, per scrutinare la validità dell'atto[665].

L'*error in procedendo* ricorre ogniqualvolta l'atto diverga dallo schema legale a cui la parte o il giudice è tenuto a uniformarsi, l'*error in iudicando quoad processum* quando il giudice ricolleghi, all'atto suo o del terzo, conseguenze giuridiche che la concreta volontà di legge non prevede. La separazione del profilo statico (norma-canone di comportamento) dal profilo dinamico (norma-metro di giudizio) ha anche mostrato come la complicazione che il diritto processuale reca con sé – data dall'essere simultaneamente regola di condotta e metro di giudizio – fa sì che difetto di attività ed errore di giudizio possano concorrere.

5.2. L'indagine ha rivelato come gli errori del giudice e delle parti siano suddivisibili in due macro-categorie. La distinzione è fondamentale per la ricostruzione razionale del sistema delle patologie processuali.

Le **nullità non-formali** ricorrono quando il processo (o un suo grado) non è in regola con i presupposti di ammissibilità della trattazione e decisione nel merito, sicché ogni atto della serie ne è in via originaria contagiato. Al medesimo regime sottostanno le **nullità extra-formali** che si connotano per il fatto di originare da vizi formali idonei a provocare la chiusura in rito del giudizio.

Lo studio di queste nullità ha confermato che il tema dell'ammissibilità della decisione di merito non rappresenta un mero punto di cognizione ma rientra nell'ambito della decisione del giudice, anche se può rimanere latente fino alla sua definizione. È l'oggetto di rito del processo di cognizione ed è autonomo dalla lite sul diritto controverso, sicché dalla pronuncia di merito nulla può implicitamente evincersi sull'ammissibilità dell'azione, la quale, anzi, esige sempre un giudizio pieno e a sé stante (capo autonomo di sentenza)[666].

---

[665] Così come l'infondatezza dipende dalla divergenza della realtà fattuale e giuridica dalla situazione di fatto o di diritto affermata nell'atto di parte, che, per tale motivo, è inidoneo a conseguire gli effetti domandati.

[666] L'autonomia della questione di nullità non-formale e della sentenza sull'oggetto di rito dovrebbe condurre a una rimeditazione della concezione dominante che, sulla scorta dell'art. 310^2, nega l'idoneità di ogni giudicato processuale a produrre effetti vincolanti al di fuori del giudizio in cui

Le nullità non-formali ed extra-formali si sottraggono all'ambito operativo di alcune delle disposizioni generali sulla nullità previste nel capo III e, in primo luogo, al principio di nominatività (art. 156[1]). Neppure trova applicazione il principio di rilevabilità su istanza di parte (art. 157[1]). Pertanto, le cause di inammissibilità della decisione nel merito sono di regola **rilevabili su impulso dell'ufficio**. Poiché infatti la nullità non-formale preclude la stessa trattabilità e decidibilità nel merito della lite, l'interesse alla conservazione dell'atto imperfetto diviene recessivo rispetto al principio di legalità. Il canone di economia processuale suggerisce qui di sottrarre alla parte interessata il monopolio della rilevazione della questione di rito e di conferire al giudice il relativo potere di iniziativa e ciò anche al fine di sollecitare la sanatoria del vizio o, se ciò non è (più) possibile, di assolvere immediatamente il convenuto dall'osservanza del giudizio.

L'esigenza di prevenire o di accelerare la chiusura in rito del processo – affinché non siano vanificate le energie umane e le risorse materiali dell'Amministrazione giudiziaria – ha mostrato come i presupposti di ammissibilità della decisione di merito siano, di regola, prescritti da norme imperative, la cui violazione è «di diritto» sanzionata con la nullità. La questione rientra così automaticamente nell'ambito decisorio del giudice, restando sottratta alla parte il potere di privarla di rilevanza con la rinuncia o l'omissione dell'eccezione.

Le nullità non-formali si sottraggono altresì al fenomeno dell'estensione agli atti dipendenti (art. 159[1]). Il contagio degli atti dipendenti infatti è concepibile solo quando il vizio possa incidere sull'ingiustizia della decisione. Un tale rapporto di causalità non è invece configurabile in caso di difetto dei presupposti processuali. Le nullità non-formali rendono inammissibile la trattazione e decisione nel merito, sicché l'azione va incontro al rigetto nel rito senza che ci si debba chiedere se il vizio possa o no influire sulla giustizia della decisione. Pertanto, qualunque attività di trattazione, istruzione o decisione, compiuta in difetto di tali condizioni o garanzie,

si è formato. A mio avviso, l'interpretazione solitamente fornita di questa norma – che si riferisce in realtà alle sole pronunce non-definitive – è discutibile non solo perché apre la strada a un secondo processo in cui è ripresentabile la medesima questione ma anche perché rischia d'essere foriera di insolubili contrasti.

non è esaminabile e ciò a prescindere dall'incidenza del vizio sul contenuto della decisione[667].

L'analisi del fenomeno sotto il profilo statico e dinamico ha messo in luce come le cause di inammissibilità della decisione nel merito consentano una sovrapposizione del vizio di attività al difetto di giudizio. Ciò accade quando il giudice, pronunciandosi nel merito in difetto di quei presupposti, operi anche l'erronea ricognizione unilaterale dei propri poteri, dichiarando come concreta volontà di legge ciò che in realtà la legge processuale non vuole. Ricorre invece un mero vizio di attività quando la nullità sfugga all'accertamento del giudice, rimanendo una questione latente rilevabile in ogni stato e grado.

Dall'analisi dei rimedi esperibili contro queste nullità è risultata applicabile una serie di mezzi di riparazione predisposti anche per altre specie di errori.

a) Poiché i presupposti processuali hanno una destinazione finalistica, anche le nullità non-formali perdono rilevanza per **raggiungimento dello scopo**. Ciò accade quando il presupposto difettoso sia, *ex post*, acquisito al processo[668] e la parte interessata trascuri di opporsi o ratifichi gli atti *medio tempore* compiuti. Solo al ricorrere di queste due condizioni, consegue quella piena convalidazione degli atti che è effetto del rimedio di cui all'art. 156^{3}.

b) Perdono di rilevanza, per effetto della **decadenza dal potere di eccezione**, le nullità non-formali che, in via eccezionale, sono rilevabili solo fino a un determinato stadio del giudizio (artt. 38^{3} e 819 *ter*^{1}; art. 4^{1} L. 218/1995; e art. 26^{1} Reg. n. 1215/2012). Ogni altra nullità, che non sia stata ancora rilevata e rimossa nell'arco del giudizio, perde infine di rilevanza con il passaggio in **giudicato formale** del provvedimento definitivo.

c) Tipici rimedi contro le nullità non-formali sono le **cause di sanatoria**. Consistono in un'attività di parte integrativa del presupposto carente e conservativa degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria. L'acquisizione del presupposto, tuttavia, non convalida l'attività di trattazione, istruzione e decisione

[667] Non v'è dunque alcuna trasmissione del vizio agli atti dipendenti, bensì un fenomeno di nullità autogena, che si rimanifesta in occasione del compimento di ogni atto.

[668] Un'invincibile presunzione di indispensabilità dei presupposti processuali impedisce invece che le nullità non-formali possano smarrire rilevanza per il verificarsi di una fattispecie alternativa e sussidiaria, come invece accade per le nullità formali.

compiuta, sicché l'alternativa qui è tra la ratifica della parte interessata o la rinuncia all'eccezione e la rimessione in termini per consentire la rinnovazione di tutte le attività compiute al di fuori dei parametri di legalità.

d) Nella rinnovazione dinanzi al giudice dell'impugnazione dell'attività di primo grado si è scorto l'unico rimedio contro la nullità prevista dall'art. 158. L'aver riferito l'insanabilità alla nullità degli atti e non ai «vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del p.m.» ha consentito di individuare nella devoluzione della causa al giudice superiore regolarmente costituito – e nella trasmissione del fascicolo al p.m. – l'unico rimedio idoneo a ripristinare le condizioni di ammissibilità della decisione nel merito[669]. Poiché il riposizionamento del processo entro i binari della legalità non ha però l'effetto di stabilizzare *ex tunc* gli effetti sostanziali e processuali della domanda né di convalidare le attività di trattazione compiute in prime cure, si potrà soltanto ammettere la rinnovazione, con effetti *ex nunc*, di tutte le attività travolte, senza che a ciò possa ostare alcuna preclusione.

5.3. Alle nullità non-formali si contrappongono i **vizi essenziali del procedimento**, a loro volta suddivisibili in nullità di forma-contenuto ed errori di conduzione processuale. Tutti questi vizi si connotano per il fatto di inficiare uno o più atti della sequenza singolarmente isolabili.

α) La **nullità di forma** assume significati diversi a seconda della specie di atto processuale che ne è colpito. L'indagine ha confermato che: l'imperfezione formale degli atti di impulso dà luogo a una questione pregiudiziale di rito suscettibile di provocare l'estinzione del processo per inattività una volta che sia maturata la decadenza processuale (art. 307^3), mentre quella degli atti istruttori determina l'inutilizzabilità del risultato probatorio[670]; il vizio di forma degli atti induttivi conduce alla loro inammissibilità, al contrario quella degli atti causativi alla loro irrilevanza; la violazione delle regole di costruzione degli atti del giudice mena infine alla loro annullabilità o riformabilità.

---

[669] La ricerca di una forma di riparazione è sollecitata dall'esigenza di ovviare a un'inammissibile lacuna del sistema, che accolla alle parti incolpevoli le conseguenze di una nullità imputabile agli organi giudiziari.

[670] Si è visto invece come le istanze di accoglimento e le ordinanze di assunzione dei mezzi di prova inammissibili non siano nulle ma infondate nel «merito processuale», il che mi ha portato a escludere l'applicabilità del regime dettato dagli artt. 156 ss.

β) Alla violazione, da parte del giudice, dei doveri di direzione processuale è riconducibile una coppia di errori. Da un lato vi sono i vizi primari di conduzione processuale che impediscono la completa ed esauriente trattazione-istruzione della causa; dall'altro stanno i vizi secondari che si determinano quando l'incompletezza della trattazione-istruzione sia imputabile a un'erronea ricostruzione giuridica del giudice *a quo*.

Il codificatore dedica particolare attenzione alla disciplina delle forme e alle condizioni di rilevanza delle nullità formali.

Costruito su un ritmo sinusoidale di regola ed eccezione, ognuno dei tre commi dell'art. 156 riveste un'importanza inversa all'ordine con cui è proposto. Il **principio di nominatività** dei vizi formali (art. 156^1), riferibile ai soli atti a forma vincolata, svolge principalmente la funzione di assoggettare, al trattamento delle nullità, i difetti dei requisiti meramente utili che, in assenza di previsione testuale, rimarrebbero confinati nell'alveo dell'irregolarità. La nominatività risponde qui alla scelta politica di sottrarre il vizio a un giudizio sulla sua "innocuità" e di vincolare così il giudice alla pronuncia di nullità.

Ben più profondo e complesso è il concetto di **scopo normativo dell'atto**. Si tratta di una clausola generale, utilizzata dagli artt. 121, 131^2 e 156^2 come parametro guida per la valutazione dell'astratta idoneità dell'atto a perseguire il fine obiettivato dalla norma. Lo scopo diviene nell'art. 156^3 metro di giudizio per l'accertamento di un fatto estraneo e successivo al compimento dell'atto e idoneo a fungere da causa di inopponibilità del vizio. Entrambe sono norme di chiusura del sistema: evitano che il *numerus clausus* delle nullità formali lasci sfornite di sanzione imperfezioni più gravi di quelle testuali e che si conservi l'atto imperfetto quando il risultato pratico, che l'ordinamento vuole perseguire, sia comunque acquisito al procedimento.

Seppure non sia identificabile un obiettivo identico e unitario per ogni *species* di atto, l'esegesi sistematica delle norme che sanzionano la nullità di forma ha consentito di identificare uno <u>scopo costante</u> nella <u>conoscenza, da parte del destinatario, degli elementi necessari e sufficienti all'esercizio tempestivo del corrispondente potere di contraddire o di provvedere sul contenuto dell'atto</u>.

Il concetto di scopo ha permesso di mettere a fuoco gli effetti giuridici tipici degli atti validi e di quelli nulli. **Effetto procedurale immediato** di ogni atto è quello di far camminare il procedimento verso la sua meta, onerando l'avversario od obbligando il giudice al compimento dell'atto successivo nella trama procedimentale. Neppure i più gravi vizi ne impediscono la produzione, purché l'atto sia identificabile come unità appartenente al procedimento[671].

L'**effetto procedurale remoto**, che si produce solo a condizione che l'atto sia valido e tempestivo, consiste nell'onerare l'avversario ad assumere le proprie difese e nell'obbligare il giudice a provvedere nel merito. La sua imperfezione, invece, onera o obbliga alla rilevazione e alla decisione della questione di rito. Il giudice, che accolga il rilievo, pronuncia la nullità, il che si traduce nell'accertamento dell'inefficacia remota dell'atto di impulso, nell'annullamento dell'atto d'istruzione o nella riforma del provvedimento giudiziale[672].

La riflessione sulla destinazione teleologica degli atti ha consentito di ricostruire i rapporti tra forma, scopo ed effetto nei seguenti termini: i requisiti formali sono condizione per il raggiungimento dello scopo, il quale, a sua volta, è antecedente logico dell'efficacia remota dell'atto. La forma, quindi, può anche difettare senza che l'effetto venga meno, purché il fine normativo sia conseguito. Il raggiungimento dello scopo, difatti, rende innocuo il vizio del contraddittorio, sicché non vi sono ostacoli a che l'atto acquisisca la stessa efficacia riconosciuta alla corrispondente fattispecie perfetta. Questa tendenza alla conservazione dell'efficacia degli atti imperfetti non è che la conseguenza della vittoria del principio di strumentalità delle forme sul formalismo processuale.

5.4. Il riferimento dello scopo alla funzione di attuazione del contraddittorio ha altresì consentito di identificare l'**irregolarità** con la sanzione contro il difetto dei requisiti formali meramente utili, che non concorrono a determinare l'evento

[671] Ciò risponde alla concezione dinamica del processo quale progressivo avvicendamento di stadi che, a prescindere dalla loro ritualità, costituiscono sempre l'onere o il dovere di compiere l'attività successiva.

[672] Il discorso è stato svolto con riferimento alle imperfezioni formali, sebbene in realtà il problema dell'efficacia ridotta si presenti negli stessi termini per le nullità non-formali ed extra-formali. Il difetto delle condizioni di ingresso dell'azione di merito non priva la domanda e gli atti successivi dell'effetto procedurale remoto, ma onera l'avversario a contestare la regolare instaurazione del giudizio e obbliga il giudice a rigettare in rito la domanda.

cognitivo in cui consiste lo scopo normativo dell'atto e da cui non dipende la produzione dell'effetto remoto. Il loro difetto, infatti, non vulnera il diritto di difesa dell'avversario né impedisce al giudice di provvedere nel merito dell'atto, sicché l'irregolarità non è scontata con l'inefficacia remota dell'atto.

Anche se soltanto accessori, il difetto di tali requisiti si risolve nell'inosservanza del modulo procedimentale che il legislatore ritiene tecnicamente opportuno o funzionale e, pertanto, non può restare priva di implicazioni. Tuttavia, la scarsa rilevanza dell'imperfezione ne informa il trattamento a criteri di elasticità e di informalità. L'ordinamento prevede così la rilevabilità anche su impulso del giudice, il quale non risente delle limitazioni che invece incontra nella correzione delle questioni di nullità. Le parti, dal canto loro, non subiscono le conseguenze dell'inammissibilità o dell'inutilizzabilità, ma pagano l'inadempimento all'ordine giudiziale di regolarizzazione con l'irrogazione di sanzioni disciplinari e con la responsabilità per le spese e i danni.

5.5. Lo studio delle connessioni tra gli atti del procedimento ci ha persuaso a leggere il fenomeno della **propagazione delle nullità formali agli atti dipendenti** (art. 159[1]) senza gli "occhiali" della teoria classica del procedimento. Ricostruire i rapporti tra gli atti secondo il paradigma della pregiudizialità-dipendenza costringerebbe a concludere che l'efficacia della sentenza sia condizionata dalla ritualità di ogni attività pregressa. L'idea è inaccettabile, non solo perché l'errore di una parte non può travolgere l'attività di chi è estraneo alla causazione del vizio, ma soprattutto perché la sentenza, in quanto provvedimento autoritativo dello Stato, è fattispecie autonoma ed esclusiva dei propri effetti e si pone come valida chiusura del procedimento a prescindere da qualunque nullità pregressa.

L'indagine sulle diverse *species* di atto processuale ha rivelato come una propagazione delle nullità formali agli atti dipendenti sia concepibile solo tra un atto causativo e un atto induttivo col quale intrattenga un rapporto di mezzo-a-scopo. Al di fuori di queste limitate ipotesi, si è proposto di interpretare la dipendenza tra atti come rapporto di causalità tra l'atto imperfetto e l'ingiustizia della decisione. La nullità si trasmette così alla sentenza solo se le deduzioni contenute nell'atto formalmente viziato siano assunte dal giudice a presupposto della decisione, di modo tale che il ragionamento fattuale o giuridico ne risulti inquinato. Per volontà del

codificatore, si manifesta qui una sovrapposizione dell'*error in procedendo* all'*error in iudicando quoad processum*. Il giudice che, anziché dichiarare la nullità dell'atto, basi su di esso la decisione, commette un errore di giudizio. Ciononostante, per effetto della trasmissione del vizio, il provvedimento è a sua volta qualificato dalla legge come nullo.

La **tecnica di rilevazione dei vizi essenziali del procedimento** è impostata dall'art. 157[1] sul modello inverso a quello applicabile alle nullità non-formali. Il giudice è pertanto investito del potere di porsi da sé la questione solo se *expressis verbis* autorizzato dalla legge. L'impiego di norme cedevoli per regolare la forma degli atti impedisce l'emersione di vizi non tempestivamente eccepiti, agevolando così quell'opera di costante affievolimento delle nullità formali che caratterizza i moderni processi giurisdizionali.

Si è visto che, per una ragione di pura economia processuale, l'interesse dello Stato all'osservanza delle forme diviene recessivo rispetto all'esigenza di conservazione degli atti imperfetti. E infatti, poiché a essere minacciata è solo l'utilizzabilità di singoli atti, è razionale rimettere alla disponibilità della parte pregiudicata dal vizio la scelta se far emergere la questione o convalidare l'atto con la propria inattività.

Si è però anche individuata un'area sottratta alla clausola di tassatività enunciata dall'art. 157[1]. Ragioni logiche e sistematiche hanno condotto a escludere il monopolio della parte nella rilevazione della nullità quando divergenti dal modello formale siano i provvedimenti del giudice e le istanze processuali aventi un oggetto indeterminato o contraddittorio.

Lo studio del trattamento delle nullità ha condotto a individuare nelle seguenti cause di inopponibilità del vizio e nelle misure di correzione i rimedi contro le imperfezioni formali.

i) Identificato lo **scopo delle forme processuali** nell'apprensione degli elementi necessari al pieno dispiegamento del contraddittorio, è stato conseguente rinvenire la causa di inopponibilità del vizio nella conoscenza dell'atto che il destinatario abbia *aliunde* acquisito. L'esegesi del dato positivo ha quindi consentito di fare luce sui riflessi probatori dell'evento cognitivo. Mentre dalla conformità

dell'atto allo schema formale l'ordinamento presume *iuris et de iure* la conoscenza legale dell'atto, dal comportamento qualificato del suo destinatario si presume *iuris tantum* la conoscenza degli elementi sufficienti a consentire la replica. E infatti, lo scopo è raggiunto nel momento in cui il destinatario è messo in condizione di prendere effettivamente posizione sul merito dall'atto e non quando sia acquisito al processo il risultato pratico del compimento dell'attività successiva. Il comportamento qualificato del destinatario, invece, è il fatto che prova, in via presuntiva, quella conoscenza. Ciò non esclude la possibilità, per la parte interessata alla conservazione dell'effetto remoto dell'atto imperfetto, di provare, mediante gli ordinari mezzi di istruzione stabiliti dal II libro del codice, l'innocuità del vizio.

ii) Oltreché per raggiungimento dello scopo, i vizi di forma smarriscono rilevanza per effetto della **preclusione dell'eccezione** e per passaggio in **giudicato formale** del provvedimento definitivo. La mancanza di contestazione e di impugnazione si inseriscono in quell'opera di costante depurazione dagli errori commessi che il processo compie nel passaggio da uno stadio o da un grado all'altro del giudizio.

iii) Ultimo rimedio previsto è la **rinnovazione** dell'attività disforme dallo schema legale (art. 162[1]). L'interpretazione sistematica delle norme che ne costituiscono specifica attuazione ha consentito di identificare il limite di operatività dell'istituto (clausola di possibilità) nella decadenza sostanziale o processuale, nell'insorgenza di contro-diritti indisponibili e nell'impossibilità materiale di reiterare l'atto[673]. Tali ostacoli sono superabili soltanto nel caso in cui o siano retrodatabili gli effetti sostanziali-processuali al tempo della domanda originaria o ricorrano le condizioni per la rimessione in termini. Attesa l'intrasferibilità sulle parti di errori a loro non imputabili, si sottraggono invece alla clausola di possibilità gli atti dell'ufficio, i quali sono pertanto liberamente rinnovabili.

5.6. Mentre il controllo dell'ingiustizia nel merito si esaurisce nel sistema dei mezzi di impugnazione, viceversa le nullità, che non siano metabolizzate dal sistema

[673] Una generale ammissibilità della rinnovazione degli atti formalmente nulli – sul modello del § 84 *öZPO* – risponde certamente a un'esigenza di maggiore equità processuale, ma espone il processo al rischio di abusive tattiche dilatorie. In una prospettiva *de iure condendo*, un tale modello sarebbe introducibile solo accantonando quel residuo privatistico del processo che è l'ossessione per la forma scritta e riabituando magistrati e difensori alla perduta oralità.

delle preclusioni, sono sottoposte a revisione costante durante tutto l'arco della procedura e, infine, disinnescate dal passaggio in giudicato formale[674]. Poiché gran parte dei rimedi previsti sono applicabili sia alle nullità formali che a quelle non-formali si è creduto di poterne rinvenire un fondamento giuridico comune e di poterne fornire una ricostruzione unitaria e organica.

Si è visto come il sistema dei **rimedi contro le nullità** sia il prodotto del difficile contemperamento delle pulsioni formalistiche, tese ad assicurare la certezza del procedimento e il rispetto delle garanzie fondamentali, con l'istanza equitativa di preservare le risultanze processuali e il diritto sostanziale dal girare a vuoto della machina giudiziaria. L'impressione definitiva è che il superamento degli errori processuali non sia soltanto una semplice tendenza quanto piuttosto un canone del giusto processo, il cui traguardo sta nell'accesso alla giustizia di merito e nella giusta composizione della lite.

L'indagine su struttura, funzione ed effetti dei singoli rimedi ha messo in luce anche il conflitto tra tempo e sanatoria, che l'ordinamento processuale è chiamato a regolare stabilendo quando prevale l'uno e quando l'altro. Nello spettro delle possibili soluzioni si pongono agli antipodi due categorie: le **cause di inopponibilità della nullità** e le **misure di correzione degli atti**. Le une recuperano l'atto imperfetto prima che intervenga la declaratoria di nullità, senza dunque alcun dispendio di tempo ulteriore, e dispongono della più elevata capacità convalidante perché rendono il vizio *tamquam non esset*. Le altre esigono un allungamento dei tempi processuali per consentire, al giudice, di disporre la correzione e, alle parti, di adempiere all'ordine di sostituzione dell'atto nullo con uno valido. L'effetto di rettificazione decorrerà dalla ripetizione dell'attività, cosicché l'ammissibilità del rimedio incontra nelle decadenze, rilevabili anche d'ufficio, un ostacolo insormontabile. I rigorosi confini della possibilità cronologica fanno sì che il rimedio risulti spendibile quando cooperi con la rimessione in termini.

Tra i due modelli si interpongono le **cause di sanatoria dei presupposti non-formali**. Al pari delle misure di correzione, tali rimedi esigono un'attività di parte

[674] Scrive O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht*, cit., 26, che: «il processo, come un organismo vivo che reagisce colle proprie energie contro i germi patogeni che siano riusciti a introdursi nel sangue, tende a eliminare le conseguenze dei difetti che lo viziano e a sanare in sé stesso le sue manchevolezze».

sollecitata dall'iniziativa del giudice; invece, con le cause di inopponibilità, condividono la capacità di recuperare, in via retroattiva, gli effetti della domanda inammissibile. Le attività di trattazione e istruzione *medio tempore* compiute in difetto del presupposto processuale potranno a quel punto essere o ratificate o rinnovate.

La disamina dei singoli istituti ha dunque rivelato un importante elemento distintivo. Le misure di correzione e le cause di sanatoria sono ispirate a un modello collaborativo tra parti e giudice, corresponsabili del raggiungimento della meta primaria del processo. Non v'è alcun sovvertimento del principio dell'impulso di parte o dell'imparzialità dell'ufficio. Il giudice, infatti, non si sostituisce alle parti nella rimozione del vizio, ma ordina alle parti il ripristino delle condizioni di regolarità processuale[675]. Condizione di tali rimedi è la pronuncia di nullità, che il giudice emana una volta sinceratosi della sua persistenza, della possibilità del rimedio e degli atti da rinnovare in conseguenza della diffusione del vizio.

Il percorso imboccato va verso il superamento di una malintesa concezione liberale del processo che vede nel giudice uno spettatore passivo, esente da responsabilità, e nelle parti che sbagliano i soggetti da sanzionare. Lo studio dei rimedi ha infatti mostrato come il codificatore abbia inteso costruire un sistema di rimedi piuttosto che di penalità.

Sintetizzando i risultati raggiunti, il sistema dei rimedi risulta composto da:

- **cause di inopponibilità della nullità:** convalidano gli atti di diritto, hanno funzione preventiva ed effetti retroattivi. A queste appartengono: il raggiungimento dello scopo (art. 156^{3}), la decadenza dall'eccezione (art. 157^{2e3}), la ratifica e la cosa giudicata (art. 161^{1}).
- **cause di sanatoria delle nullità non-formali ed extra-formali**: hanno struttura reiterativa, funzione reintegrativa ed effetti retroattivi. Sono inquadrabili in questo modello: la *translatio iudicii* (artt. 59^{2}, L. 69/2009; art. 50^{1}), la rinnovazione dell'atto introduttivo della lite (artt. 164^{2} e 291^{1}), la chiamata in giudizio del litisconsorte pretermesso (art. 102^{2}), la costituzione della persona a cui spetta la rappresentanza o

[675] L'iniziativa del giudice non è che espressione dei poteri-doveri di direzione processuale. L'eventuale errore delle parti si converte così nell'errore del giudice.

l'assistenza, l'autorizzazione da parte dell'ente e il rilascio della procura alle liti (art. 182[2]).

- **misure di correzione della nullità**: hanno funzione reintegrativa ed effetti *ex nunc*. Sono riconducibili a questo schema: la rinnovazione degli atti nulli (artt. 162[1] e 354[4]), cumulabile con la rimessione in termini (art. 153[2]), l'impugnazione dinanzi al giudice regolarmente costituito e la comunicazione degli atti al p.m. (art. 71[1]).

5.7. Il trattamento delle nullità nelle superiori istanze percorre due direttrici: l'una ha a oggetto i vizi degli atti del giudizio di impugnazione, l'altra gli errori commessi nel pregresso grado.

L'analisi delle disposizioni che regolano gli atti introduttivi dell'impugnazione ha confermato che l'**inammissibilità** è sanzione, irrogabile d'ufficio, contro ogni vizio formale e non-formale, insanabile o non sanato, e si pone come pregiudiziale alle stesse questioni di rito generale. Si è poi evidenziato come a privare l'impugnazione delle condizioni d'ingresso all'esame di merito non sia l'inammissibilità in sé ma la sua dichiarazione giudiziale. La declaratoria di inammissibilità consumerà quindi il potere di impugnare se e solo se, al momento dell'impugnazione, questo potere sia già sorto in capo al soccombente.

5.8. Il **principio di impugnazione** vuole che i vizi insanabili o non-sanati, che abbiano origine nelle pregresse istanze, si convertano in errore del giudice e, di conseguenza, nell'annullabilità o nella riformabilità della sentenza. L'onere di censurarne la nullità della decisione «soltanto» con quello stesso mezzo predisposto per contestarne l'ingiustizia nel merito ha, *ex latere partis*, un duplice significato: che la nullità è fenomeno endo-processuale inattaccabile con mezzi esterni e che l'esaurimento del potere impugnatorio le sottrae qualunque rilevanza giuridica[676]. Lo

[676] Il fenomeno dell'assorbimento delle nullità nel giudicato incontra la più importante eccezione nella nullità radicalmente insanabile della sentenza *ex* art. 161[2]. La caratteristica di questa anomalia sta nell'aggredire l'atto terminale del procedimento. È ciò che rende la nullità attaccabile all'interno del processo, finché siano aperti i termini dell'impugnazione, e fuori dal processo, in un autonomo giudizio di cognizione, una volta che la sentenza abbia acquisito l'autorità di cosa giudicata formale.

scopo ultimo dell'impugnazione non è però la pura rescissione bensì la modificazione del giudizio sull'azione proposta[677].

Ciò è vero tanto nel caso in cui sia censurata la **nullità formale** della sentenza quanto nel caso in cui sia rilevata una nullità **non-formale** dell'intero procedimento. V'è però un'importante differenza: con l'una si contesta l'incidenza che il vizio processuale abbia esercitato sull'ingiustizia sostanziale della pronuncia al fine di ottenere un ribaltamento del giudizio di merito; con l'altra si censura l'inammissibilità della decisione nel merito, a prescindere dall'eventuale ingiustizia sostanziale della decisione, e ciò al fine di ottenere un rigetto in rito della domanda o la rimessione al primo giudice o la rinnovazione di ogni attività in sede d'impugnazione.

L'indagine sul trattamento delle errori commessi in prima istanza ha mostrato quali adattamenti subisce la struttura del giudizio di gravame quando la censura si appunti sulla nullità della sentenza. La **domanda d'appello** che censuri la nullità latente non deve indicare il capo impugnato né le ragioni né i motivi specifici dell'impugnazione, ma è chiamata a specificare, nelle conclusioni, se è richiesto il *iudicium rescindens*, l'*absolutio ab instantia* o il *novum iudicium*.

Inoltre, il giudizio di gravame sulle nullità originate in prime cure si sottrae al divieto di ***ius novorum***. L'art. 345 presuppone infatti una sentenza immune da vizi, sicché il suo ambito applicativo non può che restare circoscritto al solo appello per ragioni di merito. Sono così ammissibili: i mezzi di attacco e di difesa che l'appellante non ha potuto spendere per inosservanza del giudice agli obblighi di direzione processuale; le eccezioni di nullità non-formale ed extra-formale, rilevabili anche d'ufficio, rimaste latenti; le allegazioni e i mezzi di prova dei fatti extra-processuali da cui il vizio, ancora rilevabile, deriva.

A subire degli adattamenti è, infine, la **struttura del giudizio rescissorio**. Lo spettro delle soluzioni va dal rigetto in rito della domanda, quando l'irrimediabilità o

[677] Salvo l'ipotesi particolare della rimessione al primo giudice, ove il gravame non ha effetto sostitutivo, l'appello non si configura come un'azione di impugnativa sui vizi della sentenza, ma ha a oggetto lo stesso diritto litigioso dedotto con la domanda originaria, su cui il giudice *ad quem* è chiamato a decidere senza essere vincolato alle censure sollevate. La valorizzazione del ruolo svolto dai motivi d'appello (art. 342) è così funzionale soltanto a un esercizio più efficiente della funzione di revisione e rimozione degli errori processuali.

l'omessa sanatoria del vizio ostacoli l'utile sortita del giudizio (*absolutio ab instantia*); alla rinnovazione degli atti invalidamente compiuti, con ripristino in capo alle parti e al giudice di ogni potere riconosciutogli in primo grado (*novum iudicium*); fino alla regressione del processo allo stadio di emersione del vizio, da disporsi anche d'ufficio, che rappresenta per la parte pregiudicata dal vizio l'*optimum* garantistico (*iudicium rescindens*).

La limitazione della retrocessione del giudizio alle sole cause di nullità non-formali (ed extra-formali) retroattivamente sanabili, contemplate dall'art. 354[1], suscita fondati sospetti di incompatibilità col principio costituzionale di eguaglianza e ha persuaso chi scrive a escluderne la tassatività. Il timore per il rallentamento dei tempi giudiziali non è del tutto giustificato. Innanzitutto perché credo che la fase rescissoria debba accogliere soltanto le attività che la parte pretermessa non ha potuto compiere. E, inoltre, perché il «primo giudice», al quale è rimessa la causa, dovrebbe coincidere con quello stesso magistrato che conosce già la causa per averla istruita e decisa. Bisogna infine considerare che l'istituto svolge anche un'importante funzione pedagogica nei confronti dei giudici inferiori – contribuendo a una più consapevole assunzione di corresponsabilità per il superamento degli errori processuali – il che mi pare compensi le perplessità nutrite dagli interpreti sull'efficienza del rimedio[678].

Lo studio del sindacato di validità delle sentenze e del procedimento avanti alla S.C. ha indotto a leggere l'**istituto della Cassazione** non più col "filtro ideologico" dell'azione di impugnativa bensì in modo organico e coerente col giudizio d'appello. Né l'impossibilità strutturale di celebrare una nuova fase di trattazione né il limite del sindacato diretto sul fatto impediscono di individuare nel rapporto litigioso dedotto con l'azione introduttiva l'oggetto del giudizio di cassazione.

I motivi di ricorso – lungi dal rappresentare un elenco tassativo dei vizi oggetto di impugnazione – costituiscono le ragioni dell'impugnazione o i profili critici della sentenza dai quali la S.C. prende le mosse per ritornare sulla decisione della pretesa

[678] *De iure condendo*, si dovrebbe prendere seriamente in considerazione la proposta di reintrodurre un meccanismo di rimessione discrezionale, soprattutto con riguardo ai vizi extra-formali lesivi del diritto di difesa, rispetto ai quali è pressoché impossibile sapere *a priori* se siano concretamente inidonei a notiziare l'avversario della pendenza della causa e, quindi, a impedire la corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti.

azionata. Dall'elenco contenuto nell'art. 360 si ricava che il soccombente pratico può far valere ogni vizio logico commesso dal giudice *a quo* nella risoluzione delle questioni giuridiche (*error in iudicando quoad rem* o *quoad processum*) o una qualunque questione di nullità determinata dall'inesecuzione della legge processuale non ancora esaminata (*error in procedendo).* L'ambito della cognizione viene così profilato dalle questioni rimesse criticamente in gioco, dalle quale la Corte può però discostarsi esercitando quei poteri ufficiosi (di rilevazione delle nullità latenti, di qualificazione giuridica della fattispecie e di applicazione delle norme sopravvenute) che sono riconosciuti a qualunque giudice dell'ordinamento.

Se il *thema decidendum* del giudizio di cassazione è sempre quel diritto litigioso che è oggetto del processo nei precedenti gradi, allora anche il ricorso ha un effetto potenzialmente devolutivo, ancorché ancorato alla formulazione di specifiche censure. Corollari dell'impostazione assunta sono che delle eccezioni di nullità non accolte la S.C. è investita tramite riproposizione del soccombente teorico (art. 346) e che l'ordine delle questioni è sottratto all'indisponibilità delle parti né può essere sovvertito in omaggio a un presunto interesse all'impugnazione condizionata.

Il ruolo svolto dalla Cassazione nell'opera di unificazione, razionalizzazione ed evoluzione del diritto vivente ha indotto a respingere l'idea che la revisione della Corte sia circoscritta alla *quaestio iuris* solo quando è censurato l'errore di giudizio nel merito e ad accogliere l'opposta idea che anche il sindacato sulla corretta dichiarazione della concreta volontà di legge processuale trovi nella *quaestio facti* un limite invalicabile.

Un'autonoma ricostruzione del fatto processuale resta però consentita, in via eccezionale, qualora sia per la prima volta rilevata una nullità non-formale latente ovvero quando sia censurato il vizio di costruzione della sentenza o l'inammissibilità del ricorso: anomalie, queste, che non sarebbero esaminabili senza una previa ed autonoma ricognizione del fatto o che non avrebbero altra sede giurisdizionale in cui essere denunciate ed eventualmente eliminate.

Un limite alla rilevazione delle nullità non-formali, rimaste impregiudicate, è tuttavia segnato dall'impossibilità di assumere, dinanzi alla Corte, nuovi mezzi di prova costituendi, necessari per dimostrare il fatto extra-processuale su cui il vizio si fonda. Questo limite, tuttavia, non opera rispetto al fatto impeditivo della decisione

nel merito[679], essendo consentita la produzione di nuovi documenti a conforto di nullità non-formali del procedimento (art. 372[1]).

Verificata la ricorrenza del vizio censurato, la S.C. si comporta come il giudice di appello solo nella misura in cui l'imperfezione non ecciti la rinnovazione di atti o di intere fasi processuali, che è per l'appunto incompatibile con la struttura interna della Cassazione. Pertanto, mentre i vizi insanabili o non tempestivamente sanati sollecitano la cassazione senza rinvio con rigetto in rito della domanda (art. 382[3]), le nullità non-formali o extra-formali, che, seppur rimediabili, non siano state tempestivamente colte ed eliminate, devono trovare ora riparazione attraverso la rimessione al primo giudice o il rinvio ad altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata (art. 383[le3]). Si tratti di una «**rimessione al primo giudice**» o di un «**rinvio**» con perdita di un grado di giudizio, in ogni caso, alle parti devono essere restituiti tutti i poteri processuali di cui disponevano al momento dell'insorgere del vizio, affinché possano rinnovare la sequenza di atti contagiata dalla nullità e adottare le acconce correzioni ai propri mezzi di attacco e di difesa senza che alcuna preclusione sia di ostacolo. Altro modo non v'è per realizzare *ex post* quella collaborazione tra parti e giudice nel superamento del vizio che, per loro stesso errore, è mancata *ex ante* e che è strumentale al raggiungimento dello scopo del processo: la giustizia della decisione nell'osservanza del metodo di determinazione del suo contenuto[680].

[679] In quegli stessi limiti in cui è ammesso il «sindacato indiretto» della Corte sul fatto rilevante per la decisione nel merito, è anche consentito il «sindacato indiretto» del fatto rilevante per la decisione della questione di rito. Alla S.C. spetta dunque il potere di controllare il corretto impiego delle norme metodologiche sulla valutazione delle prove e il giudizio sul fatto processualmente rilevante.

[680] G. FABBRINI, *Potere del giudice*, cit., 408.

BIBLIOGRAFIA

Monografie

ALLORIO E., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937

AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012

ALMENDINGEN L.H. VON, *Metaphysik des Civilprocesses*, Giessen, 1821

APELT H., *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schramberg, 1936

ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955

- *La revocazione*, Padova, 1959

AULETTA F., *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999

ARENS P., *Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß*, Berlin-Zürich, 1968

BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984

BAUMGÄRTEL G., *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, Berlin-Frankfurt, 1957

BAUR F., *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963

BOVE M., *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993

- *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Quaderni de «il giusto processo civile»*, Napoli, 2010
- *La giustizia privata*, Padova, 2013

CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958

CHIZZINI A., *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, Milano, 2013

CONRAD H., *Deutsche Rechtsgeschichte*[2], I, Karlsruhe, 1962

CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955

CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985

- *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*[3], Padova, 2012

DE TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*[13], Paris, 1835

FABBRINI G., *Contributo allo studio dell'intervento adesivo*, Milano, 1964

FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Padova, 1960

- *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, 1965-1966

FISCHER F., *Die Lehre von der Nichtigkeit der Civilurtheile, ihren Ursachen und gerichtilichen Folgen*, Prag, 1829

GAUL H.F., *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, Biefeld, 1956

GILLES P., *Rechtsmittel im Zivilprozeß. Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Frankfurt am Mein, 1972

GÖCKER H., *Die Heilung von Mängeln im Zivilprozeß*, Dissertation, Jena, 1933

GOLDSCHMIDT J., *Der Prozeß als Rechtslage*[2], Berlin, 1962

GRUNST B., *Prozeßhandlungen im Strafprozeß*, Ebelsbach, 2002

GÜNTZEL G., *Die Fehlerhaftigkeit von Prozeßhandlungen der Partei im Zivilprozeß und die Möglichkeit ihrer Heilung*, Dissertation, Marburg-Lahn, 1967

HELLMANN F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914

JAUERNIG O., *Das fehlerhafte Zivilurteil*, Frankfurt a.M., 1958

JELLINEK W., *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Eine verwaltungs- und prozessrechtliche Studie*, Tübingen, 1908

JHERING R. VON, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*[5], III, 1, Leipzig, 1906

- *Der Kampf ums Recht*[7], Frankfurt am Main, 1989

KELSEN H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien 1934

KLEIN F., *Die schuldhafte Parteihandlung*, Wien, 1885

- *Vorlesungen über di Praxis des Zivilprozeß*, Wien, 1900
- *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*[2], Vortrag 1901, Frankfurt, 1958
- *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Österreich*, Wien, 1981

KOHLER J., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888

- *Moderne Rechtsprobleme*, Leipzig, 1907

KUCHINKE K., *Grenzen der Nachprüfung tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, Bielefeld, 1964

MANDRIOLI C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959

MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100*, Trento, 2005

MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929

MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1942

MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Torino, 1942

NIESE W., *Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*, Göttingen, 1950

NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960

NÖRR K.F., *Naturrecht und Zivilprozeß*, Tübingen, 1976

- *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht, Erkenntnisverfahren erster Instanz „in civilibus"*, Heidelberg, 2012

NUSSBAUM A., *Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse*, München, 1908

OHNDORF W., *Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer*, Berlin, 1972

OLIVIERI G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999

ORESTANO R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953

ORFANIDES G., *Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozeß*, Köln, 1982

PROTO PISANI A., *Opposizione di terzo ordinaria. Art. 404, 1° comma, c.p.c.*, Napoli, 1965

POLLAK R., *Gerichtliches Geständnis im Civilprozesse*, Berlin, 1893

PUNZI C., *La notificazione degli atti nel processo civile*, Milano, 1959

RECHBERGER W., *Die fehlerhafte Exekution*, Wien, 1978

RICCI E.F., *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967

RIMMELSPACHER B., *Zur Prüfung von Amts wegen*, Göttingen, 1966

RÖDIG J., *Gerichtliches Erkenntnisverfahren*, Berlin-Heidelberg-New York, 1973

ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958

ROSENBERG L., *Stellvertretung im Prozeß*, Berlin, 1908

ROTH H., *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988

SALVANESCHI L., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990

SCHWINGE E., *Grundlagen des Revisionsrechts*[2], Bonn, 1960

SIEGERT K., *Die Prozeßhandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung*, Berlin, 1929

SIMSHÄUSER W., *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny*, Bielefeld, 1965

SKEDL A., *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1886

STRÄULI T., *Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess*, Winterthur, 1966

TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967

- *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972

TAVORMINA V., *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990

VACCARELLA R., *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975

VOLLKOMMER M., *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*, München, 1973

WACH A., *Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung*[2], Bonn, 1896

WALSMANN H., *Die Anschlußberufung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Berufung, insbesondere Grundlagen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung*, Leipzig, 1928

Trattati e manuali

ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*[5], Torino, 1969

ALTIMARO D.B., *De nullitatibus sententiarum et contractum*, Venezia, 1706-1727

ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile: processi di cognizione e di esecuzione forzata*, Napoli, 1962

- *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973
- *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979

ATTARDI A., *Diritto processuale civile*[3], I, Padova, 1999

BAJONS E.-M., *Zivilverfahren. Grundlehren des Prozesses und der Exekution*, Wien, 1991

BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*[2], Roma, 1936

BLOMEYER A., *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*[2], Berlin, 1985

BOVE M., *Lineamenti di diritto processuale civile*[4], Torino, 2012

CADIET L, *Droit judiciaire privé*[7], Paris, 2011

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943

CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938

- *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*[4], Roma, 1951

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*[3], Napoli, 1925

- *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*[2], Torino, 2012

CORDERO F., *Procedura penale*[9], Milano, 2012

DURANTE G., *Speculum iudiciale*, Roma, 1237

FASCHING H.W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*[2], Wien, 1987

FAZZALARI E., *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, 1965-1966

FERRAND F., CHAINAIS C., GUINCHARD S., *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union euroéenne*[31], Paris, 2012

GARSONNET E., CEZAR-BRU CH., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*[2], I, Paris, 1912

GLASSON E.-D., TISSIER A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*[2], II, Paris, 1926

GÖNNER N.T., *Handbuch des gemeinen deutschen Processes*, III, Erlangen, 1804

HELLWIG K., *System des deutschen Zivilprozeßrecht*, I, Leipzig, 1912

HOLZHAMMER R., *Österreichisches Zivilprozeßrecht*[2], Wien-New York, 1976

JAPIOT R., *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*[3], Paris, 1935

KASER M., *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München, 1996

LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*[13], Napoli, 1988

LIEBMAN E.T, *Manuale di diritto processuale civile*[4], II, Milano, 1984

LIEBMAN E.T, COLESANTI V., MERLIN E., *Manuale di diritto processuale civile*[8], I, Milano, 2012

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*[7], I e II, Milano, 2013

LÜKE W., *Zivilprozessrecht*[9], München, 2006

MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*[23], Torino, 2014

MENESTRINA F., *Il codice giudiziario barbacoviano*, in *Festschrift für Wach*, Leipzig, 1913, II, 219 ss.

MERLIN P.A., *Nullité*, in *Répertoire de jurisprudence*[5], II, Paris, 1827

MICHELI G.A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959

MOREL R., *Traité élémentaire de procédure civile*[2], Paris, 1949

MUSIELAK H.-J., *Grundkurs BGB*[10], München, 2007

NIKISCH A., *Zivilprozeßrecht*[2], Tübingen, 1952

POLLAK R., *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtesmit Einschluß des Exekutionsrechtes*[1], Wien, 1906

- *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtesmit Einschluß des Exekutionsrechtes*[2], Wien, 1932

POTHIER R.J., *Traité des obligations*, ed. Bruxelles, 1831, I

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*[5], Napoli, 2012

RECHBERGER W.H., SIMOTTA D.-A., *Zivilprozessrecht*[8],Wien, 2010

REDENTI E., VELLANI M., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011

- *Diritto processuale civile*[4], II, Milano, 1997

ROSENBERG L., SCHWAB K.H., GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*[17], München, 2010

SAUER W., *Grundlagen des Prozeßrechts*, Stuttgart, 1929

SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000

SCACCIA S., *Tractatus de appellationibus*, Frankfurt, 1615

SCHMIDT E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*[2], I, Göttingen, 1952-1964

SCHÖNKE A., SCHRÖDER H., NIESE W., *Lehrbuch des Zivilprozeßrechts*[8], Karlsruhe, 1956

SOLUS H., PERROT R., *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961

SPERL H., *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, I, Wien, 1928

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*[4], Milano, 1999

WACH W., *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9], I, Scientia Verlag Aalen, 1984

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1946

Pubblicazioni in enciclopedie, commentari, raccolte monografiche e opere collettive

ALTHAMMER C., in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], VI, Tübingen, 2008, *sub vor* § 511, 1 ss.

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954

- *Prova testimoniale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 329 ss.

BAJONS E.-M., *Landesbericht Österreich*, in *Rechtsmittel im Zivilprozeß, unter besonderer Berücksichtigung der Berufung*, P. GILLES, K. RÖHL, P. SCHUSTER, D. STREMPEL (a cura di), Köln, 1985, 215 ss.

BALENA G., *La riforma della giustizia civile*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI (a cura di), Torino, 2009, 70

BATTISTA M., *Nullità degli atti di procedura*, in *Dig. it.*, XVI, Torino, 1905-1910, 528 ss.

BAUMBACH A., LAUTERBACH W., J. ALBERS, HARTMANN P., *Zivilprozessordnung*[72], München, 2011

BELING E., *Revision wegen «Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren»*, in *Festschrift für Binding*, II, Leipzig, 1911, 87 ss.

BÖHM P., *Bewegliches System und Prozeßzwecke*, in *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, F. BYDLINSKI, H. KREJCI, B. SCHILCHER, V. STEININGER (a cura di), Wien, 1986, 211 ss.

- *"Was will das Neuerungsverbot?" Hintergrund, Funktion, und Einfluß auf das Prozeßverhalten in erster Instanz*, in *Festschrift 100 Jahre ZPO. Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, Wien, 1998, 239 ss.

BOVE M., *La riforma della procedura*, in *Il nuovo processo civile*, M. BOVE, A. SANTI (a cura di), Matelica, 2009

CALAMANDREI P., *La cassazione civile*, I-II, in *Opere giuridiche*, VI-VII, Napoli, 1965

- *Vizi della sentenza e mezzi di gravame, ibidem*, VIII, 1979, 245 ss.
- *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo, ibidem*, VIII, 1979, 285 ss.

P. CALAMANDREI, C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Noviss. dig.*, II, Torino 1957,

CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1955, II, 714 ss.

CARRATTA A., *Poteri del giudice, sub art. 112*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, 1 ss.

CERINO CANOVA A., *Dell'introduzione della causa*, in E. ALLORIO(a cura di), *Commentario al c.p.c.*, II, 1, Torino, 1980, 357 ss.

CHIOVENDA G, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 1 ss.

- *Sulla eccezione, ibidem*, I,149 ss.
- *Le forme nella difesa giudiziale del diritto, ibidem*, I, 367 ss. processuali

COLESANTI V., *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 198 ss.

CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963

DENTI V., *I provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, 230 ss.

- *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, *ibidem*, 181 ss.
- *Nullità degli atti processuali civili*, 1965, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 467 ss.
- *Poteri del giudice*, Torino 1966, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 489 ss.

FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1989, I, 334 ss.

- *Potere del giudice*, *ibidem*, I, 405 ss.

FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di Redenti*, I, Milano, 1951, 403 ss.

GAUL H.F., *Die „Bindung" an die Tatbestandswirkung des Urteils*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner*, Tübingen, 1994, 317 ss.

GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, I, Torino, 1973, 831 ss.

HELLWIG K., *Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für O. VON GIERKE*, Breslau, 1910, 43 ss.

KLAUSER A., KODEK G., *JN-ZPO*[16], *Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht*, Wien, 2008

KODEK G.E., in FASCHING-KONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*[2], II/2, §§ 84 e 85 ZPO, Wien, 2003

LEIPOLD D., *Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle*, in *Rechtsmittel im Zivilprozeß, unter besonderer Berücksichtigung der Berufung*, P. GILLES, K. RÖHL, P. SCHUSTER, D. STREMPEL (a cura di), Köln, 1985, 285 ss.

- *Prozeßhandlungen*, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], III, Tübingen, 2005, *sub vor* § 128, 79 ss.
- *Sub* § 295, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], IV, Tübingen, 2008, p. 832 ss.

MARTINETTO G., *Della nullità degli atti*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, I, 2, Torino, 1973

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*[5], Milano, 1923, II

ORIANI R., *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, 1 ss.

PETSCHEK G., *Zivilprozeßrechtliche Streitfragen*, in *Festschrift zur Feier des 50jährigen Bestandes des ZBl*, Wien-Leipzig, 1933, 50 s.

PICARDI N., *Irretroattività degli effetti nell'ipotesi di rinnovazione dell'atto processuale nullo*, in *Studi in onore di Redenti*, I, Milano, 1951, 403 ss.

PISANELLI G., in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1875

PUGLIESE G., *Cosa giudicata e sentenza ingiusta*, in *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Camerino, 1985, 225 ss.

- *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, *ibidem*, II, 247 ss.

PUNZI C., *Notificazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 660 ss.

REDENTI E., *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 105 ss..

RIMMELSPACHER B., in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*[3], II, München, 2007, *sub* §§ 511 ss., 3 ss.

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, II-2, Milano, 1966

SEGNI A., COSTA S., *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1000 ss.

THOMAS H., PUTZO H., *Kommentar ZPO*[31], München, 2010

VELLANI M., *Del pubblico ministero*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, I, Torino, 1973, 831 ss.

VOCINO C., *Annullabilità del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Studi giuridici in onore di A. Scialoja*, 1953, 415 ss.

Pubblicazioni in riviste

ALLORIO E., *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 244 ss.

- *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 212 ss.
- *Mancanza di sottoscrizione, vizio di rappresentanza ratifica della citazione*, in *Giur.it.*, 1946, I, 2, 175 ss.
- *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge*, in *Giur.it.*, 1960, I, ss.

ATTARDI A., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 145 ss.

- *Sui limiti della rimessione della causa al giudice di primo grado*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 121 ss.
- *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 289 ss.

BAJONS E.-M., *Prozeßentscheidung als Verfahrensverstoß?*, in *JBl*, 1981, 631 ss.

- *Von der formellen zur wirkungsbezogenen Beschwer*, in *JBl*, 1978, 113 ss

BALENA G., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro it.*, 1993, I, 179 ss.

- *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, III, 2012, 837 ss.

BAUMGÄRTEL G., *Neue Tendenzen der Prozeßhandlungslehre*, in *ZZP*, 1974, 121 ss.

BETTERMANN, *Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeß*, in *ZZP*, n. 82, 1969, 24 ss.

BÖHM P., *Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis. Ein Beispiel verfehlter Rechtsfortbildung*, in *JBl*, 1974, 1 ss.

BONSIGNORI A., *Effetto devolutivo dell'appello e nullità insanabili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1595 ss.

BOVE M., *Breve riflessione sui motivi specifici dell'appello e sull'art. 346 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, 474 ss.

- *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, II, 947 ss.
- *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2013, 431 ss.

BÜLOW Ö, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheit*, in *Archiv. für die civilistische Praxis*, n. 62, 1879, 1 ss.

- *Dispositives Civilprozeßrechtund die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 64, 1881, 1 ss.

CALAMANDREI P, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, *Riv. dir. proc.*, 1951, 112 ss.

CAPPELLETTI M., *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.*, 1960, I, 879 ss.

- *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 266 ss.

- *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 556 ss.

CARNELUTTI F., *Sulla reformatio in peius*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 181 ss.

- *Convalidazione della citazione nulla per vizio di notificazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 116 ss.
- *Nullità della sentenza per vizio nella composizione del collegio giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 85 ss.
- *A proposito di ricorso incidentale subordinato*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 104 ss.

CONSO G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 110 ss.

CORDERO F., *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 253

- *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 680 ss.

DANOVI F., *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1466 ss.

DENTI V., *«Vocatio in ius» e nullità della citazione*, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 80 ss.

- *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*,1954, 10 ss.
- *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 34 ss.

FAZZALARI E., *Notificazione dell'atto di appello presso il procuratore costituito nel giudizio di primo grado, invece che alla residenza dichiarata o al domicilio eletto all'atto di notificazione della sentenza: nullità e sanatoria*, in *Giur. compl. S.C. Cass. civ.*, 1945, I, 253 ss.

GIOVANARDI C.A., *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 267 ss.

- *Osservazioni sulla asserita autonomia concettuale della inammissibilità*, in *Giur. it.*, 1986, I, 665 ss.

GRASSO E., *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 314 ss.

- *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 387 ss.
- *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.

GORLA G., *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *Foro it.*, 1976, V, 127 ss.

HEILBUT I., *„Müssen" und „Sollen" in der Deutschen Civilprozeßordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 69, 1886, 331 s.

KOHLER J., *Prozeß und Nichtprozeß*, in *Der Rechtsgang*, II, 1916, 113

KONECNY A., *Zur Erweiterung der Verbesserungsvorschriften durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983*, in *JBl*, 1984, 13 ss. e 61 ss,

LA CHINA S., *L'art. 159 c.p.c. a proposito di norme meritevoli di miglior fortuna*, in *Giur.it.*, 1976, I, 2, 151 ss.

LASERRA G., *Il giudice dell'impugnazione e le nullità insanabili non dedotte*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 567 ss.

LENT F., *Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand*, in *ZZP*, n. 72, 1959, 63 ss.

LIEBMAN E.T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 449 ss.

- *Le nullità processuali e il giudizio d'impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 201 ss.

LUISO F.P., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2009, 15 ss.

- *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1ss.

MANDRIOLI C., *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss.

- *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 509 ss.

MARINELLI M., *La recente riforma del giudizio di cassazione e i suoi riflessi sul terzo grado del processo tributario*, in *Giust. trib.*, 2009, n. 4, 403 ss.

MONTESANO L., *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 3.

OBERHAMMER P., *Sub* Art. 34 *EuGVVO*, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *ZPO*[22], X, Tübingen, 2011

PICARDI N., *Irretroattività degli effetti dell'ipotesi di rinnovazione dell'atto processuale nullo*, in *Giur. it.*, 1961, I, 391 ss.

POLI R., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 472 ss.

- *In tema di forme equipollenti e fattispecie equipollenti degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1164 ss.

PROTO PISANI A., *Violazione di norme processuali, sanatoria «ex nunc» o «ex tunc» e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1719 ss.

ROMANO A.A., *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1205 ss.

- *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, VI, 1292 ss.

RORDORF R., *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 134 ss.

SALVANESCHI L., *Soccombenza materiale e soccombenza processuale: spunto per una riflessione intorno all'interesse ad impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 570 ss.

SÜSS T., *Ist die Klageerhebung eine Prozessvoraussetzung? Ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßvoraussetzungen*, in *ZZP*, 1929, n. 54, 12 ss.

TAVORMINA V., *Azione di impugnativa e potere di impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, I, 43 ss.

TEDOLDI A., *Note intorno all'istruzione probatoria nelle impugnazioni a critica vincolata*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1131 ss.

WACH A., *Urteilsnichtigkeit*, in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1911, III, 373 ss.

WALSMANN H., *Der Irrtum im Prozeßrecht*, in *Archiv. für die civilistische Praxis*, 1907, n. 102, 1 ss.

WERNER A., *Willensmängel bei Prozeßhandlungen*, in *Grünhuts Zeitschrift*, 1915, n. 41, 337 ss.