

l'arbitro con sede in Italia a cui sia devoluta una controversia relativa a tale contratto ha il dovere di rispettare le rilevanti norme imperative italiane poste a tutela del lavoratore secondo quanto prevede l'art. 8, 1° comma, Reg. Roma I? Allo stesso modo, se un consumatore ha la residenza abituale in Italia, ma il contratto da questi concluso con il professionista è disciplinato per volontà delle parti dalla legge di un altro Stato, l'arbitro che sia investito di una lite concernente tale contratto ha il dovere di rispettare le rilevanti norme imperative italiane poste a tutela del consumatore come prescritto dall'art. 6, 2° comma, Reg. Roma I? E gli esempi potrebbero continuare<sup>62</sup>.

A nostro avviso, una lettura costituzionalmente orientata di tali disposizioni impone di ritenere che esse prevalgano su quelle "speciali" che la norma vuole introdurre per gli arbitri. È evidente, però, che essa – almeno per come formulata – crea più problemi di quanti vorrebbe risolverne sì da far sperare in una sua rimediazione.

## Conclusioni

Per rispondere all'interrogativo che ci eravamo posti all'inizio, non sembra che le fattispecie oggetto delle due pronunce in rassegna presentassero elementi di differenziazione tali da giustificare un diverso trattamento. Per le considerazioni svolte *supra*, la soluzione che a noi sembra preferibile allo stato attuale è quella

accolta dalla seconda sentenza, ossia di ricomprendere nella nozione di ordine pubblico concernente l'impugnazione del lodo anche le rilevanti norme imperative del foro. Ciò, però, a prescindere dal fatto che prevedano nullità c.d. di protezione o assolute, perché quello che rileva sono le garanzie che dette norme siano rispettate in caso di devoluzione della controversia ad arbitri; garanzie che, al momento presente, non sembrano adeguate anche per l'equivoco – ora alimentato pure dalla L. delega n. 206/2021 – circa l'assenza di un vero e proprio *dovere giuridico* dell'arbitro di applicare le rilevanti norme imperative della *lex arbitri*.

A nostro avviso, poi, nell'ottica di garantire una piena equiparazione tra sentenza e lodo, un'interpretazione estensiva dell'ambito applicativo dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. si impone anche per una ragione pragmatica. Gli autori che, specie con riguardo all'arbitrato internazionale, negano che l'arbitro abbia il dovere di applicare le rilevanti norme di ordine pubblico dell'ordinamento di radicamento dell'arbitrato sono soliti ritenere infatti che l'arbitro abbia pur sempre un "dovere di opportunità" di rispettare le norme di tale ordinamento la cui mancata applicazione può determinare l'annullamento del lodo<sup>63</sup>, il quale, come noto, può ripercuotersi negativamente anche sul diritto al rimborso delle spese e del corrispettivo dell'arbitro.

In attesa di interventi più lungimiranti del legislatore, si auspica che di ciò tenga conto la S.C.

## Nullità della sentenza e pregiudizio effettivo

Cassazione civile, Sez. II, 30 giugno 2022, n. 20834 – Pres. Lombardo – Rel. Varrone – P.M. Basile (conf.) – M.T., R.L.G. e R.M. (avv. Falzone) – L.C.A., S.G., Island Refinancing Srl. *Rigetto*.

**Ricorso per cassazione – Inammissibilità – Difetto d'interesse – Rimessione della causa al giudice di primo grado – Giudice d'appello – Pregiudizio effettivo – Diritto di difesa – Nullità della sentenza – Motivi d'impugnazione – Vizio processuale**

*È inammissibile, per difetto di interesse, il motivo di ricorso per cassazione con cui si denunci una violazione*

*processuale non correttamente valutata dal giudice d'appello, qualora la violazione non rientri tra i casi tassativi di rimessione della causa al primo giudice e non si sia tradotta in un effettivo pregiudizio per il diritto di difesa. In tal caso, infatti, convertendosi l'eventuale nullità della sentenza in motivi di impugnazione, l'impugnante deve, a pena d'inammissibilità, indicare specificamente quale sia stato il pregiudizio arrecato alle proprie attività difensive dall'invocato vizio processuale.*

*Omissis.* – Infine, risultava infondato l'appello nella parte in cui si censurava la mancata comunicazione del provvedi-

<sup>62</sup> In materia di obbligazioni extracontrattuali, un accordo sulla legge applicabile non può derogare alle norme – non solo imperative – applicabili all'obbligazione extracontrattuale che deriva da un atto di concorrenza sleale, da una restrizione della concorrenza (art. 6, 4° comma, Reg. c.d. Roma II) o da una violazione di un diritto di proprietà intellettuale (art. 8, 3° comma, Reg. c.d. Roma II) sulla base dei criteri di collegamento che attribuiscono rilievo alla localizzazione geografica di un elemento della fattispecie stabiliti dallo stesso Reg. Di conseguenza, ci si potrebbe chiedere: se una restrizione della concorrenza ha effetto sul mercato italiano, ma le parti hanno convenuto di sottoporre l'obbligazione extracontrattuale alla legge di un altro paese, l'arbitro con sede in Italia a cui sia devoluta la relativa controversia ha il dovere di applicare la legge italiana ai sensi dell'art. 6, 4° comma, Reg. Roma II? O, parimenti, se la protezione di un diritto di proprietà intellettuale è chiesta in Italia, ma le parti hanno convenuto di sottoporre l'obbligazione extracontrattuale che deriva dalla violazione

di tale diritto alla legge di un altro paese, l'arbitro con sede in Italia chiamato a decidere la controversia ha il dovere di rispettare la legge italiana ai sensi dell'art. 8, 3° comma, Reg. Roma II? E così via.

<sup>63</sup> Paradigmatica l'evoluzione che si è avuta in materia di diritto antitrust dopo la celebre sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Eco Swiss*, la quale ha statuito che nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere l'impugnazione di un lodo, fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico, esso deve accogliere una domanda fondata sulla violazione dell'art. 81 Tr. CE (Corte di giustizia 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*). Sull'arg. v., per tutti, Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Riv. Arb.*, 1999, 664 e segg.; Rasia, *L'arbitrato e il diritto dell'Unione europea*, in Salvaneschi e Graziosi, *L'arbitrato*, Milano, 2020, 849 e segg.

mento con cui era stata spostata l'udienza di precisazione delle conclusioni. Al riguardo, come esattamente evidenziato dalla controparte era sufficiente rilevare che il vizio poteva assumere significato solo se la parte avesse dimostrato un concreto pregiudizio del diritto di difesa, laddove nella specie nessun pregiudizio vi era stato. Infatti, anche se gli appellanti non avevano partecipato all'udienza di precisazione delle conclusioni, non potendo insistere per l'ammissione dei mezzi di prova da ciò non era derivata nessuna conseguenza negativa. Il giudice, infatti, con la sentenza impugnata, lungi dal ritenere abbandonate le richieste istruttorie le aveva espressamente rigettate per irrilevanza. Per gli stessi motivi andava dichiarata inammissibile per difetto di specificità la richiesta avanzata in appello di ammissione delle prove orali non accolte. In caso di riproposizione in appello di prove non accolte il problema doveva essere sollevato con i motivi d'impugnazione, posto che la reiezione o la decadenza configuravano veri e propri capi di sentenza contro i quali era necessario esperire una specifica impugnazione che criticasse le ragioni della decisione assunta dal primo giudice.

(*Omissis*). Il terzo motivo ha ad oggetto la violazione processuale che i ricorrenti avevano sollevato con l'ultimo motivo di appello e che la Corte ha rigettato per mancanza di pregiudizio concreto.

Con ordinanza dell'11 luglio 2011, la causa era stata rinviata per la precisazione delle conclusioni alla data del 4 settembre 2013, nella quale il difensore era infruttuosamente comparso, mentre l'udienza di precisazione delle conclusioni si era tenuta il 19 settembre 2013 senza alcuna comunicazione di cancelleria di differimento o rinvio. Tale vizio procedimentale – a dire dei ricorrenti – aveva precluso al procuratore costituito di chiedere la modifica dell'ordinanza e, in ogni caso, di reiterare le richieste istruttorie articolate nella memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, n. 2, attestanti la prova del possesso ultraventennale, così da non essere pregiudicato in appello per non averle reiterate. I ricorrenti evidenziano che le richieste istruttorie dovevano essere reiterate in sede di precisazione delle conclusioni a pena della non riproponibilità in sede di impugnazione.

Pertanto, la mancata comunicazione da parte della cancelleria dell'udienza di precisazione conclusioni avrebbe pregiudicato il diritto di difesa delle attrici.

Inoltre, i ricorrenti evidenziano che la comunicazione a cura del cancelliere dell'ordinanza pronunciata fuori udienza e diretta a rendere dedotte le parti del contenuto del provvedimento del giudice della data della nuova udienza fissata costituisce un requisito formale indispensabile perché il provvedimento raggiunga il suo scopo. La mancata comunicazione al procuratore costituito di una delle parti, pertanto, determina la nullità ex art. 156 c.p.c., dell'ordinanza e la conseguente nullità, ex art. 159, dello stesso codice degli atti successivi per violazione del principio del contraddittorio. Pertanto, la Corte d'Appello, ricostruendo in modo erroneo un fatto decisivo per la controversia, sarebbe pervenuta ad una conclusione completamente illogica in violazione degli artt. 156 e 159 c.p.c. oltre che degli artt. 177, 189, 345 e 346 c.p.c.

3. Il terzo motivo di ricorso è inammissibile. La censura ha ad oggetto il rigetto del motivo di appello circa la nullità della sentenza di primo grado per mancata comunicazione del differimento dell'udienza di precisazione delle conclusioni. I ricorrenti in appello hanno dedotto che, a causa del mancato avviso, hanno subito un pregiudizio al loro diritto di difesa in quanto non hanno potuto insistere nella propria richiesta di ammissione dei mezzi istruttori finalizzati a provare il possesso.

La Corte d'Appello, tuttavia, ha evidenziato che il Tri-

bunale aveva rigettato le richieste istruttorie nel merito e non perché non reiterate nella precisazione delle conclusioni. Pertanto, era onere degli appellanti proporre uno specifico motivo di appello sull'erroneità della statuizione di irrilevanza delle istanze istruttorie.

La decisione della Corte d'Appello è conforme ai dettami della giurisprudenza di legittimità. Il vizio processuale dedotto dal ricorrente con il motivo di appello, infatti, non è tra quelli che comportano la regressione del giudizio in primo grado; dunque, la Corte d'Appello non ha potuto far altro che valutare la violazione processuale in relazione al concreto pregiudizio che i ricorrenti hanno dedotto con il motivo di appello. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, in caso di violazione processuale non rientrante tra i casi tassativi di rimessione della causa al primo giudice, poiché l'eventuale nullità della sentenza si converte in motivo di impugnazione, l'appellante deve, a pena d'inammissibilità, indicare specificamente quale sia stato il pregiudizio arrecato alle proprie attività difensive dall'invocato vizio processuale (in senso analogo vedi Sez. 3, Sent. n. 3712 del 2012, Sez. 5, Sent. n. 8159 del 2011, Sez. 3, Sent. n. 1505 del 2007).

In conformità a tale principio, la Corte d'Appello di Firenze ha evidenziato l'insussistenza del pregiudizio dedotto, in quanto le istanze istruttorie dei ricorrenti erano state ritenute irrilevanti dal Tribunale con una motivazione espressa rispetto alla quale non era stato proposto appello.

In proposito, deve richiamarsi il seguente principio di diritto: Allorché il giudice di primo grado abbia rigettato l'ammissione di una deduzione istruttoria, ritenendola irrilevante in quanto attinente ad un fatto incontrovertito, l'appellante ha l'onere di censurare la statuizione di rigetto dell'istanza istruttoria con uno specifico motivo di gravame, non essendo sufficiente che egli impugni la sentenza, lamentando l'omessa pronuncia su domande e l'errata valutazione del materiale probatorio da parte del primo giudice, perché quello d'appello deve necessariamente compiere un nuovo apprezzamento discrezionale della complessiva rilevanza delle richieste istruttorie disattese in primo grado" (Sez. 2, Ord. n. 1532 del 2018). In senso analogo si è evidenziato che: "Nel giudizio di appello la parte può chiedere l'ammissione di prove nuove, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., ma non anche riproporre istanze istruttorie espressamente o implicitamente disattese dal giudice di primo grado, senza espressamente censurare – con motivo di gravame – le ragioni per le quali la sua istanza è stata respinta, ovvero dolersi della omessa pronuncia al riguardo" (Sez. 3, Sent. n. 1691 del 2006).

La mancata impugnazione delle ragioni di irrilevanza delle istanze istruttorie formulate con la sentenza di primo grado, pertanto, ha determinato l'inammissibilità della reiterazione delle stesse nel giudizio di appello, senza alcun pregiudizio per il diritto di difesa dei ricorrenti derivante dalla dedotta violazione processuale.

Con il motivo in esame, i ricorrenti insistono nel dedurre il pregiudizio derivante dalla implicita rinuncia alle istanze istruttorie senza cogliere la ratio decidendi della Corte d'Appello sulla mancata proposizione di uno specifico motivo di appello avente ad oggetto il rigetto per irrilevanza delle medesime istanze. Peraltro, il motivo difetta anche di specificità, perché il ricorrente omette del tutto di riportare quali fossero le istanze istruttorie rigettate sin dal primo grado. In altri termini, i ricorrenti lamentano quale pregiudizio conseguente al mancato avviso del differimento dell'udienza la non ammissione delle prove, ma non indicano quali siano queste prove che avrebbero consentito un esito diverso della controversia. – *Omissis*.

Cassazione civile, Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596 – Pres. Curzio – Rel. Terrusi – Stellina 4 S.r.l. (avv. Ventura) – Risorse per Roma S.p.A. + 2 (avv.ti Tamponi, Nusiner e Rocchi). *Cassazione con rinvio.*

**Appello civile – Nullità della sentenza – Onere di allegazione – Prova – Violazione del contraddittorio – Principio di effettività – Processo civile**

*Il ricorrente che denunci la nullità della sentenza d'appello deliberata prima della scadenza (o in difetto della concessione) dei termini per il deposito degli scritti conclusivi non ha alcun onere di allegare (e/o provare) la concreta lesione subita, l'offensività essendo intrinseca alla violazione del contraddittorio, di cui deve viceversa essere assicurata l'effettività durante tutto il corso del processo. (Massima non ufficiale)*

*Omissis.* – II. – L'intervento delle Sezioni unite è stato sollecitato dalla seconda sezione civile della Corte in ordine al problema sollevato nel primo motivo di ricorso.

Specificamente la seconda sezione ha rilevato che la sentenza impugnata è stata in effetti deliberata in data 24 giugno 2015, e dunque prima della scadenza del doppio termine di cui all'art. 190 c.p.c., assegnato all'udienza del 21 aprile 2015 – cosa evincibile dalla inequivoca dicitura (“Così deciso in Roma in data 24.6.2015”) presente in calce alla medesima, da ritenere munita di forza fidefacente fino a querela di falso. Ha quindi prospettato come rilevante oggetto di contrasto la questione processuale relativa alla sussistenza o meno della nullità della sentenza (nella specie di quella d'appello) “che sia stata emessa prima della scadenza dei termini concessi ai sensi dell'art. 190”, ovvero e comunque della sentenza emessa prima che sia scaduto anche una soia di tali termini.

III. – Sulla questione si è effettivamente radicato un contrasto, in seno alla giurisprudenza della Corte, tra due orientamenti.

IV. – Secondo un primo orientamento, ancora maggioritario, la violazione determinata dall'aver il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza, perché in tal modo risulta impedito ai difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa. Dacché la violazione del principio del contraddittorio, non riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma da realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo.

Espressione di tale orientamento sono le seguenti decisioni: Cass., Sez. 3, n. 6817-01, Cass., Sez. 1, n. 11949-03, Cass., Sez. 3, n. 20142-05, Cass., Sez. 3, n. 6293-08, Cass., Sez. 2, n. 14657-08, Cass., Sez. 2, n. 7072-10, Cass., Sez. 6-2, n. 7760-11, Cass., Sez. 6-3, n. 20180-15, Cass., Sez. 3, n. 24636-16, Cass., Sez. 2, n. 26883-19.

Tutte codeste sono – accomunate dalla sottolineatura che la conseguenza invalidante deriva dall'essere le afferenti norme espressione intrinseca del principio del contraddittorio, cardine del giusto processo. La relativa lesione informa dunque di sé il pregiudizio derivante dall'inosservanza dei principi fondamentali di cui all'art. 24 Cost., comma 2 e art. 111 Cost., comma 2.

A tale basilica sottolineatura è stata in qualche caso aggiunta la considerazione – ritenuta necessaria per i contrari riferimenti a certa tesi dottrinale – che la sentenza sarebbe nulla anche per mancato raggiungimento dello scopo (art.

156 c.p.c., comma 2), da rinvenire nella pronuncia di una decisione consapevole dell'illustrazione definitiva delle difese che le parti possono fare negli scritti conclusionali (v. in particolare le citate Cass., Sez. 3, n. 20142-05 e Cass., Sez. 3, n. 6293-08).

V. – All'orientamento si è contrapposto nel tempo l'indirizzo che richiede, invece, ai fini della nullità della sentenza derivata dal mancato rispetto dei termini dell'art. 190 c.p.c., anche l'allegazione (e la prova) di uno specifico pregiudizio conseguente. Un pregiudizio il cui fondamento sarebbe da individuare in una concreta lesione delle possibilità di ottenere nel merito una decisione diversa da quella infine adottata dall'organo deliberante.

Secondo questa tesi la pronuncia della sentenza prima della scadenza dei termini assegnati alle parti per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, così come la mancata assegnazione di suddetti termini, non costituisce; di per sé, causa di nullità, essendo indispensabile, perché possa dirsi violato il principio del contraddittorio, che si sia determinata in concreto una lesione del diritto di difesa della parte.

Siffatta lesione andrebbe peraltro diversamente parametrata, visto che alla parte spetterebbe di dimostrare il pregiudizio mediante indicazione delle argomentazioni o delle deduzioni difensive che avrebbe riversato negli atti pretermessi, e che se fossero state debitamente considerate dal giudice avrebbero potuto ragionevolmente condurre a una decisione diversa da quella assunta.

Espressione di codesto indirizzo sono le decisioni seguenti: Cass., Sez. 3, n. 4020-06, Cass., Sez. 3, n. 708615, Cass., Sez. 2, n. 24969-18, Cass., Sez. 3, n. 7413-21.

La preoccupazione di fondo, che concettualmente le accomuna, è quella di evitare eccessi formalistici, a fronte della prevalenza, invece, dei principi di economia processuale, ragionevole durata del processo e interesse ad agire.

All'esito dell'interpretazione si approderebbe osservando che la denuncia di vizi formali nell'attività del giudice non serve a tutelare l'interesse alla astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma a eliminare il pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito dalla parte.

VI. – Il cuore del problema sul quale le Sezioni unite sono chiamate a pronunciare è dunque compendiato nell'interrogativo se la sentenza di primo grado o d'appello, che sia adottata prima della scadenza dei termini concessi ai sensi dell'art. 190 c.p.c., per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, o anche di uno solo di essi, ovvero a fortiori in ipotesi di mancata concessione dei suddetti termini, sia affetta da nullità per il solo fatto della risultante impeditiva, per i difensori delle parti, dell'esercizio compiuto del diritto di difesa nel rispetto dei termini perentori all'uopo fissati dalla legge, oppure se la detta nullità presupponga l'accertamento anche di un pregiudizio concreto, passato nella terminologia corrente sotto la denominazione di pregiudizio “effettivo”, ulteriormente parametrato alla possibile incidenza della violazione sulla soluzione finale di merito.

(*Omissis*). Possiede generale riscontro l'affermazione secondo cui le norme processuali hanno natura servente, sicché la deduzione dei vizi derivanti dalla loro inosservanza (i cd. vizi formali) non serve a tutelare l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma a eliminare i pregiudizi conseguenti all'esercizio delle facoltà in cui si esprime il diritto di difesa.

Per quanto ciò abbia legittimato la conclusione dell'onere argomentativo aggiunto per le ipotesi di inosservanza di norme sul rito applicabile al tipo di controversia – in base alla giusta constatazione che è inammissibile per difetto di interesse la doglianza dedotta come motivo di impugnazione relativa alla mancata adozione di un diverso rito qualora

non sia indicato anche lo specifico pregiudizio processuale che dalla sua mancata adozione sia concretamente derivato (Cass. Sez. U. n. 375809) –, vi è che una conclusione del genere è strettamente collegata alla ratio sottintesa, che è appunto – quella relativa alla questione del rito.

L'esattezza del rito non è mai suscettibile di essere considerata come fine a sé stessa, donde può essere invocata solo per riparare a una precisa e apprezzabile lesione che, in conseguenza del rito seguito, si sia determinata (per la parte) “sul piano pratico processuale” (così Cass. Sez. U. n. 3758-09).

Non è difficile cogliere, tuttavia, l'ambito di specificità di codesta affermazione.

Essa – per quanto condivisibile – non può essere enfatizzata fino al punto da estenderla al ben diverso caso della dedotta lesione dei diritti processuali essenziali, come il diritto al contraddittorio e alla difesa giudiziale. Che anzi proprio l'eventualità di una lesione siffatta conduce l'orientamento appena richiamato a considerare integrato il presupposto di rilevanza pratica della questione di rito.

Ne segue che quella affermazione, specifica e puntualmente orientata alla soluzione del problema dell'esatta individuazione del rito al quale è soggetta la singola controversia, non ottiene che si possa poi pretendere come sempre necessaria l'individuazione di un pregiudizio “altro” (id est, un pregiudizio effettivo ulteriore), da porre a fondamento della sanzione di nullità, rispetto alla lesione dei diritti processuali essenziali al contraddittorio e alla difesa giudiziale.

D'altronde, come in qualche misura si accennava, un tale pregiudizio andrebbe parametrato in modo necessariamente distinto rispetto al diritto effettivamente tutelato, che è un diritto processuale fondamentale e che attiene (appunto) al contraddittorio e alla difesa in sé considerati. E questo è illogico, dal momento che, così presentata, la deduzione di un simile pregiudizio svelerebbe la destinazione a sorreggere non tanto la prospettazione di nullità della sentenza, che fosse stata pronunciata all'esito di quella lesione, quanto piuttosto l'affermazione della sua verosimile (contenutistica) ingiustizia.

IX. – Viceversa ai fini dell'apprezzamento della nullità per lesione di un tal diritto (al contraddittorio e alla difesa) la parte, nel cui interesse il termine a difesa è stabilito, niente altro deve allegare, né tanto meno è tenuta a provare come invece l'estremizzazione dell'orientamento minoritario vorrebbe.

La parte, il cui diritto processuale è stato leso, non ha l'onere di allegare o di dimostrare che la violazione le abbia provocato un pregiudizio specifico ulteriore rispetto a quello relativo al compiuto esercizio del suo diritto. E la dimostrazione più evidente, di codesta conclusione si ha guardando al fenomeno della rimessione al primo giudice sancito dall'art. 354 c.p.c., in caso di nullità della notificazione della citazione introduttiva del giudizio.

Il contumace involontario, in base all'art. 354 c.p.c., ottiene la dichiarazione di nullità della sentenza impugnata e la rimessione della causa a primo giudice semplicemente dando prova della nullità della notifica della citazione, anche in mancanza di allegazioni circa le difese che avrebbe potuto far valere dinanzi a quel giudice. E ciò non perché in quel caso la legge impone la retrocessione del processo, quanto e piuttosto perché la diversa regola, che vuole necessario ai fini dell'apprezzamento della nullità processuale anche il riferimento a un pregiudizio effettivo “altro” rispetto a quello a tal fine considerato dal legislatore, non è in alcun modo presidiata nell'ordinamento processuale italiano, a differenza di quel che accade (per esempio) nell'e-

sperienza dell'ordinamento francese (art. 114 del Nouveau code de procedure civile).

(*Omissis*). XI. – La ragione per cui, nonostante la mancanza di un'esplicita sanzione per “inosservanza di forme”, le norme citate debbono esser considerate (e di fatto sono considerate) come rivolte a una tutela sancita da nullità è nel fatto che esse costituiscono espressione di un principio costituzionale: segnatamente del presidio accordato dall'art. 24 Cost. e art. 111 Cost., comma 2.

L'art. 111, comma 2, considera e tutela il diritto al contraddittorio per tutto l'arco del processo, salve eventuali eccezioni dettate dalla garanzia associata al diritto di azione – come accade per esempio nel rito cautelare ante causam – anche in questo caso da contemperare, peraltro, in vista del recupero del contraddittorio nelle fasi immediatamente successive (per esempio per la conferma, modifica o revoca di un provvedimento assunto inaudita altera parte).

Il diritto al contraddittorio è insito nel diritto di difesa, che a sua volta è garantito dall'art. 24 Cost.

Si è dinanzi a quelli che i grammatici chiamerebbero elementi di una tautologia perfetta, qui intesa nel suo significato base come viene definito nella logica formale classica di “proposizione vera per definizione”: il diritto al contraddittorio è insito nel diritto di difesa e il diritto di difesa richiede che il processo si strutturi, nelle varie fasi, secondo il principio del contraddittorio.

In ciò si realizza la più elementare concretizzazione della garanzia del giusto processo.

XII. – Che questo equivalga a dire che il processo che risulti celebrato in violazione del principio del contraddittorio (nelle sue varie espressioni) dia corso a una sentenza nulla è allora assolutamente ovvio.

L'evidenza è del resto puntualmente realizzata nell'ambito del giudizio arbitrale, che pur si contiene nel senso della libertà degli arbitri di fissare le regole del processo ove codeste non siano precisate nella convenzione di arbitro (art. 816-bis c.p.c.).

Nel processo arbitrale è ben specificato che la mancata osservanza del principio del contraddittorio è causa di nullità del lodo, “nonostante qualunque preventiva rinuncia” (art. 829 c.p.c., n. 9). E in tal caso la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che la parte lesa nel contraddittorio possa ottenere, impugnando il lodo, la relativa declaratoria di nullità per ciò solo (v. esplicitamente Cass., Sez. 1, n. 1099-16, Cass., Sez. 1, n. 28660-13 e v. pure, implicitamente, Cass., Sez. 1, n. 24008-21, Cass., Sez. 1, n. 28189-20, Cass., Sez. 1, n. 2717-07).

Anche nell'arbitrato, cioè, premessa la conformazione “dinamica” del principio del contraddittorio, se ne ribadisce costantemente il carattere di limite invalicabile ex art. 111 Cost. e art. 6 Cedu, attesa la rilevanza assunta quale cardine dell'ordine processuale, vero crisma di legittimità del procedimento e garanzia processuale finanche inderogabile. Tale connotazione esige, come per l'appunto questa Corte va ripetendo, che ciascuna parte sia messa nella condizione di svolgere le proprie difese per tutto il corso del procedimento arbitrale.

Cosicché di singolare bizzarria sarebbe ipotizzare che una violazione, che a motivo di ciò costituisce causa di nullità della sentenza arbitrale, possa non determinare invece la nullità della sentenza adottata, in eguale condizione patologica, dal giudice ordinario.

XIII. – In tale contesto di regole e principi, se è vero, come è vero, che quello del contraddittorio, di cui il diritto di difesa finisce per esser compiuta espressione, è il principio cardine del processo giurisdizionale, a niente serve evocare come limite il diverso principio di economia processuale.

Non si dubita che accanto al principio del contraddittorio l'art. 111 Cost., comma 2, abbia recepito anche il principio di ragionevole durata, e tramite questo (giustappunto) il principio di economia processuale.

Tuttavia queste Sezioni unite hanno già messo in luce che il principio del giusto processo, anche in base all'art. 6 della Cedu, non si esplicita nella sola sua durata ragionevole (v. in particolare Cass. Sez. U. n. 5700-14 e Cass. Sez. U. n. 9558-14).

Il principio della ragionevole durata del processo è certamente divenuto punto costante di riferimento nell'esegesi delle norme processuali, conducendo a privilegiare, sempre nel doveroso rispetto del dato letterale, opzioni contrarie a ogni inutile appesantimento del giudizio. Ma, come è stato sottolineato anche in dottrina, mai è dato al giudice, in nome del citato principio, eludere distinte norme processuali improntate alla realizzazione degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo: e tali sono per l'appunto il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio, e, in definitiva, il diritto a un giudizio nel quale le parti siano poste in condizioni di interloquire con completezza nelle varie fasi in cui esso si articola.

Nell'ottica di una simile constatazione è da intendere che le norme sopra citate, sottintendendo la garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio, attengono, in definitiva, ai principi essenziali regolatori del giusto processo. Cosicché la relativa violazione determina la nullità della sentenza finanche senza necessità di una testuale previsione.

Una conferma non secondaria, dopo la riforma di cui alla L. n. 69 del 2009, è rinvenibile nell'art. 360-bis c.p.c. n. 2. Questa ulteriore norma porta a consolidare l'assunto, giacché la sentenza di merito è impugnabile per cassazione non solo dinanzi a casi canonici di nullità testuale per inosservanza di forme (cosa per la quale già depone l'art. 360 c.p.c., n. 4), ma anche quando siano stati comunque violati i principi regolatori del giusto processo mediante le specifiche concretizzazioni dell'attività processuale. E quindi anche quando, come nel caso in esame, la sentenza sia stata deliberata prima che le parti abbiano potuto compiutamente esercitare il diritto di difesa secondo le modalità riconosciute nella fase del giudizio.

Per l'appunto questo giustifica la scelta del legislatore di connettere la deliberazione della sentenza alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica di cui all'art. 190 c.p.c.: la massima valorizzazione dei citati diritti ha indotto a modellare le norme (artt. 190-bis, 275,281-quinquies e 352 c.p.c.) in coerenza con una garanzia di effettività, da realizzare durante tutto l'arco del processo, così da limitare il dispiegarsi della stessa potestà decisionale. Di talché la pronuncia che sia deliberata in data antecedente a quella fissata dalla scadenza dei ripetuti termini è da ritenere nulla in sé e per sé, in quanto assunta in mancanza del potere all'uopo conferito secondo la disciplina di legge.

XIV. – Occorre infine osservare che gli artt. 156 e 157 c.p.c., non incidono in vista di una soluzione difforme.

Rispetto al problema qui in discussione, il richiamo all'art. 156 c.p.c., comma 2, in ordine alla sanatoria delle nullità processuali per raggiungimento dello scopo costituisce generalizzazione di un'ipotesi dottrinale.

Esso non pertiene al caso, per varie ragioni.

XV. – Innanzi tutto perché lo scopo della sentenza non è semplicemente quello di distribuire la ragione e il torto: in altre parole, non è quello di decidere la controversia dando ragione, mediante i fondamenti della tutela dichiarativa, a chi sia effettivamente titolare del diritto sostanziale.

Lo scopo è sì quello di realizzare il diritto sostanziale, ma sempre nel rispetto delle regole e dei principi del processo giurisdizionale.

Che altrimenti vano sarebbe discorrere di valenza garantistica dell'insieme di regole e principi predisposti dall'ordinamento in guisa di processo.

In secondo luogo – ed essenzialmente – perché il richiamo all'art. 156, comma 2, è inconcludente di per sé.

La realizzazione dello scopo, al quale la norma allude, richiede un altro fatto, successivo all'atto nullo, che consente a quell'atto di raggiungere la finalità che il legislatore si proponeva di conseguire mediante la regola elusa. Pertanto, ove manchi un evento successivo all'atto nullo non può (per un'altrimenti ovvia intima contraddizione) attribuirsi all'atto medesimo l'idoneità di produrre gli effetti dell'atto valido; né può escludersi la nullità in sé e per sé, visto che il conseguimento dello scopo, per il tramite di un altro fatto, non incide sulla qualificazione in termini di nullità ma semplicemente sulla possibilità di sanatoria.

(*Omissis*). La nullità della sentenza di primo grado, per lesione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, si converte in un motivo d'appello. E l'appello è il rimedio istituito per porre riparo alla sentenza ingiusta nell'alveo della funzione sostitutiva.

All'esito del processo storico che ha condotto, dopo l'actio nullitatis, alla soppressione della stessa querela nullitatis quale mezzo di impugnazione teso a denunziare la nullità della sentenza distinto dall'appello, è dunque pienamente giustificato che alle regole e alle caratteristiche sostitutive dell'appello abbia a soggiacere anche la possibilità di dedurre un vizio di tal genere solo unitamente alle ulteriori doglianze di merito. Con l'aggiuntiva conseguenza che l'eventuale ricorso avverso la sentenza d'appello, che, nelle condizioni date, avesse mancato di dichiarare la nullità della sentenza di primo grado assunta anteriormente alla scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., sarebbe inammissibile per difetto di interesse (v. Cass., Sez. 1, n. 18578-15, Cass., Sez. 1, n. 27777-08), ove la sentenza d'appello fosse giunta, come suo preciso dovere, a decidere la causa nel merito. – *Omissis*.

## Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo

Francesco Fradeani\*

Le sezioni unite cercano di fare chiarezza sul principio di offensività componendo un contrasto esistente tra le sezioni semplici, relativamente all'applicazione del c.d. pregiudizio effettivo, a fronte di una violazione dei principi fondamentali e regolatori del processo quali, ad esempio, il contraddittorio. Ne discende una definizione non assoluta, ma relativa, dell'istituto che valorizza il rispetto del dato formale, in luogo della mancanza di prova circa l'esistenza di un'effettiva lesione sul piano sostanziale dei diritti

\* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

soggettivi dedotti in giudizio. Ed infatti, già solo pochi mesi dopo la pubblicazione di questa importante pronuncia, la sezione seconda sembra non tenerne conto appieno, considerando “relativamente” imprescindibile la prova del pregiudizio effettivo subito al proprio diritto di difesa per la parte processuale che, in un caso di mancata comunicazione del differimento di un’udienza, eccipisca il vizio di nullità della conseguente sentenza.

## Introduzione

Il principio di offensività, che sta alla base della teoria del c.d. pregiudizio effettivo, costituisce argomento particolarmente rilevante e discusso in ambito processualcivile, sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>1</sup>. La sua decisiva importanza trova giustificazione e conferma sul piano della teoria generale<sup>2</sup>, ma si misura anche con quello multidisciplinare e comparatistico<sup>3</sup>.

Le sezioni unite<sup>4</sup>, partendo dalla necessità di comporre un contrasto emerso nelle sezioni semplici<sup>5</sup>, collegano l’occasione per tracciare alcuni punti fermi in gran parte condivisibili, così come emersi, del resto, nel più recente dibattito scientifico in tema. Ne scaturisce una nozione giustamente relativa del principio: vi sono norme che, poste a presidio di garanzie e diritti di rango costituzionale primario, se violate determinano, *in re ipsa*, una lesione della posizione processuale, di conseguenza anche sostanziale, della parte che ne lamenta il mancato rispetto. Tanto è vera questa “semplice” considerazione che, solamente alcuni mesi orsono, la sezione seconda è tornata a ribadire, in un caso diverso, ma dalle medesime potenzialità lesive del principio del contraddittorio, *i.e.* la mancata comunicazione dell’udienza di p.c. da parte della cancelleria, la necessità di provare il pregiudizio effettivo al diritto di difesa per ottenere la declaratoria in appello della sentenza di primo grado. Resta, tuttavia, sempre difficile individuare l’esatto, giusto, punto di compromesso esegetico tra l’esigenza, sicuramente costituzionale, di garantire il rispetto delle forme processuali attraverso

cui procedere verso la decisione idonea al giudicato sostanziale e formale su diritti ed il tasso di discrezionalità del giudice, forse eccessivo, anche sul piano dell’interpretazione delle regole del giuoco.

A tale ultimo riguardo, infatti, come è stato autorevolmente osservato<sup>6</sup>, il problema della giustizia/ingiustizia di una pronuncia giurisdizionale si risolve nel prendere atto che a tale risultato si arriva *sic et simpliciter* quando, sul piano formale, quindi processuale, non sono più proponibili i rimedi previsti dall’ordinamento per metterne in discussione l’esito, o perché è perito il termine perentorio stabilito dalla legge per avvalersene, ovvero perché, infine, sono stati già tutti esperiti senza successo<sup>7</sup>.

Fermo restando che il sacrosanto obiettivo di assicurare ragionevole durata al processo civile non può andare a discapito del necessario, indefettibile rispetto di principi costituzionali, di rango certamente superiore, quali la difesa ed il contraddittorio<sup>8</sup>.

## Le due pronunce della Cassazione: analisi critica

Le Sezioni unite attendono al loro fondamentale compito nomofilattico quale precipua conseguenza di un’ordinanza interlocutoria della sezione seconda, *ex art. 374, 2° comma, prima parte, c.p.c.*, che dava conto dell’esistenza di un contrasto tra due orientamenti interpretativi emersi in Cassazione sul modo di operare delle nullità processuali in conseguenza della violazione di principi fondamentali del processo quali, ad esempio, il contraddittorio tra le parti<sup>9</sup>. Nel caso di

<sup>1</sup> In dottrina, v. da ultimo di R. Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, *passim*; per le più recenti oscillazioni della giurisprudenza di legittimità, sia consentito il rinvio a F. Fradeani, *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2021, spec. 1486 e segg.

<sup>2</sup> “Qui si gioca una partita decisiva sul senso del processo e delle sue regole”. Così, testualmente, P. Biavati, *Tutela de contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022, 3.

<sup>3</sup> Ad esempio nel processo penale v., tra gli altri, il contributo di M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim*. Sul piano comparatistico basterà ricordare come nel sistema francese viga il diverso principio *pas de nullité sans grief* secondo cui la nullità processuale deve essere dichiarata in conseguenza di un pregiudizio effettivo subito dalla parte che intende avvalersene. In particolare, l’art. 114, al. 2, del NCPC recita che la nullità di un atto processuale non può essere pronunciata “*qu’à charge pour l’adversaire qui l’invoque de prouver le grief que lui cause l’irrégularité, même lorsqu’il s’agit d’une formalité substantielle ou d’ordre public*”. V. per approfondimenti G. Wiederkehr, *La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile*, in *D.*, 1984, *chron.*, 165 e segg. e, più recente, J. Bauchard, *Originalité et difficulté d’application de la théorie des nullités des actes de procédure dans le proces civil*, in *La théorie des nullités. Etudes réunies par M. Boudot-P. M. Vecchi*, in *LGDJ*, 2008, 147.

<sup>4</sup> Tra i primi commenti v.: R. Donzelli, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell’art. 190 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2022, 556 e segg.; F. Auletta, *La nullità degli atti processuali ovvero taking (pro-*

*cedural) rights seriously*, *ibidem*, 546 e segg.; B. Capponi, *Buone notizie dalle Sezioni unite sulle nullità processuali (e sul rapporto tra norme e principi)*, in *www.giustiziainsieme.it*; F. Santagada, *Le Sezioni unite sulla nullità della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c. (note a prima lettura a Cass., Sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596)*, in *www.judicium.it*.

<sup>5</sup> V. Cass. civ., Sez. II, 9 marzo 2021, n. 6451, in *Giustizia Civile.Com*, 22 aprile 2021, con oss. di L. Conte, *La nullità (o meno) della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c.: la parola alle Sezioni unite* ed anche in *Ilprocessocivile NEWS*, 2021, con oss. di S. Calvetti, *Sentenza depositata prima dello scadere delle repliche: nullità automatica?*

<sup>6</sup> Cfr. A. Segni, *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, spec. 597 e segg. In definitiva, dunque, prescindendo del tutto dalla giustizia sul piano sostanziale ed in particolare dal veritiero e corretto accertamento/percezione dei fatti ad opera del giudice. In proposito, v. anche M. Gradi, *L’obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, spec. 55 e segg.

<sup>7</sup> “Con la pronuncia delle Sezioni unite del 25 novembre 2021, n. 36596, viene indubbiamente segnato un punto a favore del “diritto” processuale”. Così F. Auletta, *cit.*, 546.

<sup>8</sup> Secondo C. Cavallini, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2021, 826, “il “valore” della ragionevole durata del processo, pur appartenendo al novero dei presupposti di una giustizia efficiente e dunque effettiva, non riveste carattere assoluto, dovendo bilanciarsi con altri “valori” parimenti tutelati dalla carta costituzionale, in primo luogo il diritto delle parti di azione e di difesa”.

<sup>9</sup> La questione viene in ogni caso, giustamente, riconosciuta

specie, si trattava della mera emissione, non della formale pubblicazione, di una sentenza della Corte d'appello di Roma prima della scadenza del termine assegnato alle parti per il deposito delle memorie di replica previste dall'art. 190 c.p.c. In proposito, come noto, secondo un primo indirizzo<sup>10</sup>, più formalista e garantista, in fattispecie analoghe di violazione del diritto di difesa ed al contraddittorio, la nullità della sentenza deve essere dichiarata a prescindere dalla prova, da parte di colui che si avvale, lamenta, censura, tale vizio, di aver subito un effettivo pregiudizio quale diretta conseguenza dell'accaduto. Per il contrapposto orientamento<sup>11</sup>, invece, la irrituale conduzione del processo non comporterebbe *ex se* la nullità della sentenza, essendo indispensabile accertare il verificarsi in concreto di una lesione del diritto di difesa.

Gli argomenti a sostegno della tesi prescelta dalle Sezioni unite, si diceva nel complesso certamente condivisibili, meritano tuttavia alcune precisazioni, anzitutto sul piano sistematico e generale. Vale la pena, pertanto, ripercorrerli brevemente in chiave critica, per quanto di necessità. Anzitutto, forse tautologica<sup>12</sup>, ma comunque apprezzabile, la considerazione contenuta nell'ordinanza di rimessione secondo cui il principio del contraddittorio deve dispiegarsi effettivamente ed efficacemente durante tutto il corso del giudizio; diversamente opinando si violerebbe una "pietra angolare" del giusto processo, come sancito in primo luogo, ma non solo, dall'art. 111 Cost. Con particolare riferimento poi ai termini di cui all'art. 190 c.p.c., la Cassazione ritiene ora, ancor di più, che il legislatore stesso abbia predeterminato le forme di estrinsecazione del diritto di difesa nel processo a cognizione e contraddittorio pieni ed esaurienti nel giudizio ordinario di primo grado e di appello, individuando come elemento essenziale, perentorio, per il suo effettivo dispiegarsi, anche la facoltà per le parti di depositare comparse conclusionali e memorie di replica. Ne discende che, ove il giu-

dice abbia deciso la causa prima dello scadere di uno dei termini perentori previsti dalla norma del codice di rito poc' anzi menzionata, che si tratti di pubblicazione o "semplice" emissione poco importa, la conseguente sentenza non potrà che essere nulla, comportando il mancato esercizio del diritto di difesa e la violazione del contraddittorio, principi cardine del giusto processo. Appunto, senza che sia necessario andare ad individuare/indicare l'effettivo pregiudizio subito dalla parte che ha contestato la lesione<sup>13</sup>.

Il cuore di questa interpretazione giurisprudenziale risiede nel fatto che la nullità si determina automaticamente poiché si ritiene impedito *in re ipsa* ai difensori delle parti lo svolgimento, con completezza, del diritto di difesa. Inoltre, la sentenza sarebbe nulla anche per mancato raggiungimento dello scopo *ex art. 156, 2° comma, c.p.c.* ma, francamente, dubitiamo che questo argomento possa essere utilizzato in modo persuasivo. A nostro avviso, infatti, l'effettiva valutazione del mancato raggiungimento dello scopo di un'attività processuale deve essere compiuta in concreto e, quindi, aderendo a questa tesi ci discosteremo chiaramente dal riconoscere come automatico in potenza, *i.e.* in astratto, il pregiudizio subito<sup>14</sup>.

In realtà, la Suprema corte, aderendo al primo indirizzo interpretativo non intende superare il principio del c.d. pregiudizio effettivo, bensì relativizzarlo di fronte alle singole fattispecie concrete di volta in volta poste all'attenzione del giudicante. Vale la pena, allora, come in effetti emerge dalla motivazione della sentenza, sottoporre a critica e valutazione anche taluni argomenti che sostengono l'orientamento oggi perdente. Inaccettabile, anzitutto, è richiedere alla parte che intende avvalersi del vizio la dimostrazione del pregiudizio subito mediante l'indicazione puntuale delle argomentazioni o deduzioni difensive che avrebbe introdotto nel giudizio con l'atto pretermesso. In questo caso, infatti, si chiede di provare troppo: non

come "di particolare importanza", ai sensi del medesimo art. 374, 2° comma, seconda parte, c.p.c., "incidendo sul rispetto di valori costituzionalmente garantiti come quelli attinenti al diritto di difesa e al principio del contraddittorio" (parole tratte dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite).

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, 3 giugno 2008, n. 14657, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 6, 860; Cass. civ., Sez. II, 24 marzo 2010, n. 7072, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, 427 ed in *Il civilista* 2011, 2, 53 con nota di E. Fronticelli Baldelli; Cass. civ., Sez. VI, 5 aprile 2011, n. 7760, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 4, 544; Cass. civ., Sez. III, 2 dicembre 2016, n. 24636, in *Foro It.*, 2017, 2, I, 592; Cass. civ., Sez. II, 22 ottobre 2019, n. 26883, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019 e Cass. civ., Sez. VI, 18 febbraio 2020, n. 4125, in *Giust. Civ. Mass.*, 2020; Cass. civ., Sez. III, 18 maggio 2001, n. 6817, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 461 con nota di C. Asprella; Cass. civ., Sez. I, 8 agosto 2003, n. 11949, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass. civ., Sez. III, 18 ottobre 2005, n. 20142, in *Giur. it.*, 2006, 12, 2350 con oss. di M. Bertolino, in *Foro It.*, 2006, 4, I, 1086 ed in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 10; Cass. civ., Sez. III, 10 marzo 2008, n. 6293, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 3, 383.

<sup>11</sup> V. Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2006, n. 4020, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2; Cass. civ., Sez. III, 9 aprile 2015, n. 7086, in *Guida Dir.*, 2015, 20, 66 con oss. di M. Piselli e Cass. civ., Sez. II, 10 ottobre 2018, n. 24969, in *Guida Dir.*, 2019, 6, 79.

<sup>12</sup> "Basica" per le Sezioni unite.

<sup>13</sup> Si legge infatti nell'ordinanza interlocutoria di rimessione alle sezioni unite che l'illustrazione delle conclusioni, fatte dai difensori nelle comparse conclusionali e le osservazioni eventualmente redatte in contrapposizione ad esse nelle rispettive memorie di replica, rappresentano un complemento imprescindibile dell'esercizio del diritto di difesa nel contraddittorio tra le parti; o meglio come ritenuto tale dal legislatore in ossequio a quel principio di predeterminazione legale delle forme e dei termini che in se costituiscono la migliore definizione di processo a cognizione piena per distinguerlo da quello sommario ove invece si procede secondo la più o meno ampia discrezionalità del giudice di volta in volta adito. In proposito v. già il fondamentale contributo di L. Lanfranchi, *La roccia non incrinata, Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino 2011, spec. 139 e segg. ed oggi A. Carratta, voce "Processo sommario (diritto processuale civile)", in *Enc. Dir.*, X, 2017, 877 e segg.

<sup>14</sup> "La realizzazione dello scopo [...] richiede un altro fatto, successivo all'atto nullo, che consente a quell'atto di raggiungere le finalità che il legislatore si proponeva di conseguire mediante la regola elusa". Cfr. F. Marelli, *La conversione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 47 e segg.; F. Auletta, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova 1999, 176 e segg.; Id., *La nullità degli atti processuali*, cit., 554; R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 401 e segg.

ha molto senso introdurre degli argomenti di “merito” solo per rendere plasticamente lesiva la violazione di una norma processuale<sup>15</sup>. Semmai, questa attività difensiva servirà al giudice del grado successivo, laddove in particolare il vizio affligga una decisione di primo grado, astrattamente suscettibile di un completo riesame in grado di appello, per scendere nel merito una volta dichiarata la nullità della sentenza, poiché non potrà in tal caso applicarsi l’art. 354 c.p.c., stante la tassatività dei casi in cui, per *communis opinio*, risulta possibile rimettere la causa al giudice del precedente grado<sup>16</sup>. Questa norma peraltro è richiamata dalle sezioni unite anche per dimostrare come in caso, ad esempio, di nullità della notificazione della citazione introduttiva del giudizio, la parte che lamenta il vizio non debba affatto dimostrare il pregiudizio subito, bensì automaticamente ne discenderà la rimessione al processo di primo grado.

A sostegno delle tesi argomentata dalle sezioni unite viene utilizzato anche l’elemento comparatistico, in particolare richiamando l’art. 114 n.c.p.c.f. ove, invece, la regola del pregiudizio effettivo, in caso di violazione della norma processuale, è sancita direttamente dal codice di rito francese<sup>17</sup>.

Per contro, se è vero che nel nostro ordinamento all’art. 156 c.p.c. si prevede la nullità solo in caso di vizi formali nei confronti dei quali viene espressamente comminata tale sanzione, è parimenti vero che già il successivo principio di strumentalità delle forme testimonianza come sia possibile individuare ulteriori ipotesi di invalidità, oltre a quelle espressamente indicate in tal modo dal legislatore<sup>18</sup>. Del resto, esiste già l’art. 829, n.

9, c.p.c. che, in materia arbitrale, prevede espressamente la nullità del lodo in conseguenza della violazione del principio del contraddittorio<sup>19</sup>. Ed in termini di ragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*, sarebbe davvero insensato ritenere che la violazione del contraddittorio determini sempre, automaticamente, *in re ipsa*, la nullità del lodo ed invece tale non sarebbe la medesima conseguenza laddove il diritto di difesa fosse inciso durante lo svolgimento del processo giurisdizionale in senso stretto. In altri termini, non può certo una regola derivante dalla legge ordinaria impedire al giudice di individuarne una deroga in applicazione sistematica di un superiore principio di carattere costituzionale<sup>20</sup>.

Infine, una considerazione specifica merita il richiamo che viene fatto in motivazione all’art. 360-*bis* c.p.c. che, letto *a contrario*, apre alla possibilità di censurare in Cassazione la violazione dei principi regolatori del processo civile. Come noto, sui limiti applicativi della prescrizione da ultimo menzionata si discute da tempo in dottrina con diverse opinioni e qui viene scelta un’interpretazione più aperta alla possibilità di censurare la violazione di norme processuali<sup>21</sup>. Tale modo di intendere il c.d. “filtro” però, sembra andare in diretto contrasto rispetto al tenore letterale della norma che, a dispetto della scelta di utilizzare una sanzione “di rito” quale è l’inammissibilità, parla espressamente di “manifesta infondatezza” della censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo<sup>22</sup>. Pertanto, forse la Suprema Corte avrebbe fatto meglio a non richiamare una disposizione tanto oscura quanto fonte di discussioni dottrinali e giurisprudenziali, sin dal suo inserimento nel codice di procedura civile, al

<sup>15</sup> In proposito è possibile fare un parallelo, sebbene non perfettamente coincidente, con quanto accade per la nullità dell’atto di citazione *ex artt. 163 e 164 c.p.c.* Per approfondimenti in tema v. già: A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Comm. UTET*, II, 1, Torino 1980, 3; Id., *Dell’introduzione della causa*, *ibidem*, 235; Id., *Nullità del ricorso nelle controversie di lavoro*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I, 359.

<sup>16</sup> In giurisprudenza, *ex multis*, v.: Cass. civ., Sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, in *Guida Dir.*, 2022, 8, 10 e Cass. civ., Sez. un., 19 aprile 2010, n. 9217, in *Guida Dir.*, 2010, 20, 54. Per la dottrina si segnala, *ex multis*, G. Scarselli, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di remissione della causa al primo giudice*, in *Foro It.*, 1986, I, 3094 e segg.; F. Peroni, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 3, 710; G. Olivieri, *La remissione al primo giudice nell’appello civile*, Napoli 1999, 228 e segg.; F.P. Luiso, *Invalitità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1 e segg. Come noto, la riforma Cartabia, con d.lgs. n. 149 del 2022, ha tra l’altro modificato proprio l’art. 354 c.p.c. riducendo le fattispecie di remissione della causa in primo grado ai casi di violazione del contraddittorio. Ebbene, tale scelta, come si dirà più avanti nel testo non sembra affatto porsi in contrasto con l’orientamento qui da ultimo emerso in Cassazione.

<sup>17</sup> Per approfondimenti v. L. Cadiet, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. fr. d’adm. publ.*, 2008, 133 e segg.; L. Cadiet – E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 11a ed., Paris, 2020, 497 e segg.; G. Wiederkehr, *La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile*, in *D.*, 1984, *chron.*, 165 e segg.; J. Bauchard, *Originalité et difficulté d’application de la théorie des nullités des actes de procédure dans le proces civil*, in *La théorie des nullités. Etudes réunies par M. Boudot-P. M. Vecchi*, LGDJ, 2008, 147.

<sup>18</sup> Cfr. in proposito C.A. Giovanardi, *Sullo scopo dell’atto pro-*

*cessuale in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, 282 e R. Poli, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 493.

<sup>19</sup> Secondo C. Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II ed., 2, Padova, 2012, 559, “la specifica previsione della causa di nullità è parsa opportuna al legislatore soltanto al fine di adeguare la nostra normativa alle espressioni comunemente recepite nelle convenzioni internazionali”. Per approfondimenti in tema v. anche G.P. Califano, *Spunti sul principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale rituale*, in AA.VV., *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 97 e segg. ed ancora C. Punzi, *I principi generali della nuova disciplina dell’arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 331 e segg.

<sup>20</sup> Le Sezioni unite giustamente ricordano “il carattere di limite invalicabile *ex artt. 111 cost. e 6 Cedu* [del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, ndr.], quale cardine dell’ordine processuale, vero prisma di legittimità del procedimento e garanzia processuale finanche inderogabile”.

<sup>21</sup> In dottrina, la tesi fatta propria dalle Sezioni unite, si ritrova in F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2019, 446 e seg.; ma cfr. anche S. Menchini, *Sub art. 360 bis*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, 118-119; R. Poli, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 381 e segg.

<sup>22</sup> Per approfondimenti in tema si segnala A. Carratta, *Il giudizio di cassazione nell’esperienza del “filtro” e nelle recenti riforme legislative*, in questa rivista, 1, 2013, 241 e segg. secondo cui, in particolare, “le ipotesi nelle quali assume rilevanza il n. 2 dell’art. 360-*bis* sembrerebbero collocarsi al di fuori degli *errores in procedendo* dell’art. 360 e interessare direttamente le sole ipotesi in cui il ricorrente abbia genericamente fatto riferimento alla violazione da parte del giudice di merito dei ‘principi regolatori del giusto processo’”.

fine di decidere una fattispecie che, per essere risolta, non ne aveva alcun bisogno.

La seconda sezione, dal canto suo, a distanza di pochi mesi, pur non richiamando la pronuncia delle sezioni unite, sembra dare seguito al concetto “relativo” del principio di offensività, questa volta però riproponendo l’orientamento in precedenza uscito “sconfitto”. Ed infatti, di fronte ad una fattispecie potenzialmente lesiva “*in re ipsa*” del contraddittorio, ha invece inteso espressamente ribadire che, laddove la parte processuale intenda far valere il vizio determinatosi, per ottenere la declaratoria in appello di nullità della sentenza di primo grado, dovrà necessariamente indicare in concreto quale pregiudizio abbia subito il suo diritto di difesa.

### Sul rispetto delle forme processuali in funzione di una sentenza giusta

A fronte della naturale, già menzionata, contrapposizione tra diversi orientamenti, sia dottrinali che giurisprudenziali, è possibile però individuare chiaramente, *in nuce*, sul piano più generale e sistematico, un latente conflitto tra valori fondamentali del giusto processo, quali la difesa e la ragionevole durata. Da un lato il formalismo delle garanzie procedurali e dei rimedi nei confronti dei vizi della sentenza, dall’altro la necessità che il giudice scenda nel merito e decida in tempi certi<sup>23</sup>.

A questo punto, è necessario premettere come, a nostro avviso, sia difficile immaginare che un principio prevalga sempre sugli altri, al contrario è necessario, di volta in volta, valutare con molta attenzione avendo riguardo al caso concreto, trattandosi di valori fondamentali del processo, di livello costituzionale e di ordine pubblico interno<sup>24</sup>.

La teoria del pregiudizio effettivo nasce al fine di evitare eccessi formalistici onde far prevalere, invece, i principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, il diritto di azione, ma anche il divieto di *non liquet*, secondo cui compito precipuo del giudice è quello di decidere e, per quanto possibile, farlo nel merito, applicando il diritto sostanziale ai fatti accertati all’esito della trattazione/istruzione della causa<sup>25</sup>. In altre parole, la censura di violazioni formali nell’attività del giudice non deve servire a tutelare un’astratta regolarità del processo, bensì ad eliminare il pregiudizio del diritto di difesa in concreto subito dalla parte<sup>26</sup>.

È vero che un processo irragionevolmente lungo non è un giusto processo, *in primis* ai sensi dell’art. 6 CEDU, così come ci appare innegabile individuare, nella sentenza di merito, il naturale approdo dell’attività giudiziaria. Tuttavia, il rispetto delle norme processuali, in particolare quelle attraverso cui si dispiega l’esercizio del diritto di difesa, come predeterminate dal legislatore, proprio ai sensi dell’art. 111 Cost. rappresenta l’unica garanzia di giustizia della decisione<sup>27</sup>. Sul piano sostanziale ormai il diritto vivente riconosce il ruolo centrale, *lato sensu* normativo, dell’attività interpretativa del giudice. In altri termini, nell’applicare la norma sostanziale l’attuale tasso di discrezionalità in capo all’autorità giudiziaria è sempre più elevato. A fronte di tale oggettivo livello d’indeterminatezza nel merito, *in iure*, lo stesso vale, *a fortiori*, anche per quanto riguarda l’accertamento del fatto<sup>28</sup>.

Ebbene, se queste semplici considerazioni sono vere, è difficile negare come principalmente siano le norme processuali le sole capaci di garantire la giustizia della decisione. In altre parole, il giusto processo è norma essenzialmente processuale posta a garanzia, anzitutto, del diritto di difesa che non può mai essere

<sup>23</sup> Sul tema del tempo e della giustizia nel moderno processo civile, in una prospettiva comparata, si rimanda ad A. Giussani, *Efficienza della giustizia e cultura delle riforme*, 2017, spec. 241-246, ma già F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, spec. 156-157 e F. Cipriani, *Il processo civile italiano fra efficienza e garanzie*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2002, 1256, P. Biavati, *Osservazioni sulla Ragionevole Durata del Processo di Cognizione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2, 2012, 475, M. De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 282.

<sup>24</sup> In proposito suole parlarsi della necessità di ponderare differenti ed apparentemente contrapposti valori dello stesso rango, *i.e.* “stabilire una gerarchia assiologica tra i principi in conflitto [...] non stabilita in astratto, ma con riguardo al caso concreto”. Così R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, spec. 19-20. Ma v. anche Id., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 302-304 e *Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto Pubblico*, 1998, 651-659.

<sup>25</sup> Già secondo G. Gorla, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro It.*, 1969, V, 112 e segg., l’art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile del 1942 deve intendersi riferito al giudice e non all’interprete in generale, in quanto posto a presidio del divieto di *non liquet*, più che a guida dell’interpretazione in genere dei testi normativi.

<sup>26</sup> Sui pericoli derivanti dall’eccessivo formalismo nella teoria generale del diritto processuale civile v. per tutti S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle*

*garanzie*”, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, 569 e segg. Sul piano filosofico basterà citare G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., 4 ed., Bari, 1971, 193, secondo cui il formalismo processuale può farsi strumento del torto.

<sup>27</sup> In proposito, per tutti, le parole di A. Carratta, *Processo (ragionevolmente) breve*, in *www.treccani.it*, secondo cui, appunto, “la “ragionevole durata” che il legislatore ordinario è tenuto ad assicurare, per rispettare il dettato costituzionale, è solo e soltanto quella del processo “giusto”, cioè del processo che comunque assicuri le altre garanzie processuali costituzionalmente rilevanti. Qualsiasi altra soluzione che non miri a questo risultato di fatto si rivela per ciò che è: una sostanziale ed inequivocabile violazione del dettato costituzionale sia pure condotta in nome dell’affermata durata breve del processo”.

<sup>28</sup> Cfr. già A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, *passim*. Ma ora anche da ultimo, sempre sotto il profilo processuale ampiamente condivisibili sono le considerazioni di B. Sassani, *L’onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2, 2022, 424 e segg., quando afferma che la creatività del giudice nei suoi limiti istituzionali non deve superare il punto di rottura della ragionevole prevedibilità, residuo attuale del mito della certezza del diritto. Sotto il profilo invece della creatività giudiziale nel diritto sostanziale v. tra gli altri: A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2021, 633 e segg.; F. Roselli, *Sentenze creative?*, in *Ritorno al diritto*, 2005, 13 e segg.; L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, spec. 14.

ridotto a mero simulacro, ovvero inutile orpello che appesantisce, quasi intralcia il provvedimento del magistrato assunto *octroyée*<sup>29</sup>. Se questo è vero, il tempo occorrente per l'effettivo dispiegarsi dei rimedi previsti dalla legge, così come il compimento di quelle attività che, predeterminate dal legislatore vengono considerate come necessarie per procedere verso una giusta decisione, non possono essere sacrificate sull'altare dell'economia processuale. Diversamente opinando si giungerebbe, presto e prima, ad una decisione ingiusta di guisa che, in tal caso certamente, verrebbe clamorosamente ed irrimediabilmente "mancato il bersaglio" da parte del giudice.

Correttamente, allora, le sezioni unite chiariscono come "in tale contesto di regole e principi [...], quello del contraddittorio, di cui il diritto di difesa finisce per esser compiuta espressione, è il principio cardine del processo giurisdizionale", di fronte al quale il diverso principio di economia processuale deve cedere il passo<sup>30</sup>.

Non convince pertanto del tutto, seppur senz'altro costituisce un chiaro passo in avanti capace di limitare i peggiori effetti di un'applicazione estensiva del principio di offensività, la teoria del c.d. pregiudizio effettivo, relativo, cui giungono ora le sezioni unite.

Se è vero, infatti, che le norme processuali, in quanto secondarie, hanno funzione servente del diritto sostanziale, è del pari altrettanto vero che le medesime sono al servizio di una decisione giusta e non costituiscono affatto, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, un formalismo inutile<sup>31</sup>. Diversamente opinando, si arriva a conclusioni discutibili a cui, ad esempio, ci sembra giunga anche lo stesso autorevole collegio di legittimità quando afferma che "l'esattezza del rito non è mai suscettibile di essere considerata come fine a sé stessa, donde non può essere invocata solo per riparare una precisa e apprezzabile lesione che, in conseguenza del rito seguito, si sia determinata (per la parte) 'sul piano pratico processuale'"<sup>32</sup>. L'errore di un simile modo di ragionare risiede, a nostro avviso, nel voler attribuire a tale considerazione un valore assoluto quando, invece, ha anch'essa portata chiaramente relativa. Ed infatti, la contrapposizione tra rito

a cognizione piena e procedimenti sommari, camerali, cautelari *et similia*, risiede proprio nella necessità di garantire il rispetto di forme e termini predeterminati dal legislatore, contro la discrezionalità nel modo di procedere da parte del giudice che rischia, per ciò solo, di trasformarsi in mero arbitrio incontrollabile con i rimedi tipici predisposti dall'ordinamento<sup>33</sup>.

A *fortiori*, sono le stesse Sezioni unite che riconoscono come, quantomeno in taluni casi, segnatamente di fronte alla lesione di "diritti processuali essenziali", quali ad esempio il diritto al contraddittorio ed alla difesa, sia da considerarsi integrato il presupposto di rilevanza pratica della questione di rito. Solamente in queste ipotesi, il pregiudizio per la parte che si lamenta della lesione sarebbe da considerarsi automatico, *in re ipsa*, presunto in modo assoluto ed incontrovertibile in quanto obbiettivato nella stessa norma violata. Tale ricostruzione sistematica del modo di operare della violazione di regole processuali però risulta insoddisfacente nella misura in cui conferma sul piano generale la validità del principio di offensività, rendendo solamente relativa la necessità di provare il pregiudizio effettivamente subito di fronte ad alcune violazioni di rito non esattamente individuate; talché, in proposito, si lascia forse, eccessivo spazio, ancora una volta, alla discrezionalità del giudice<sup>34</sup>.

Non può che ritenersi apprezzabile, allora, lo sforzo delle Sezioni unite nel confermare che lo scopo del processo è certamente quello di realizzare il diritto sostanziale nel *dictum* contenuto in sentenza, ma al contempo che, a quest'ultima, non può arriversi se non "sempre nel rispetto delle regole e dei principi del processo giurisdizionale". Come a dire, insomma, che alla giustizia della decisione si arriva solo se si procede verso di essa applicando regole condivise predeterminate per legge.

A fronte di tali condivisibili considerazioni, costituisce forse un concreto passo indietro rispetto alla ricostruzione del principio di offensività, come da ultimo delineato dalle sezioni unite, ritenere che una, apparentemente grave, incisione del principio del contraddittorio, quale la mancata partecipazione ad un'udien-

<sup>29</sup> Cfr. sul punto, le considerazioni di G. Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 3, 2002, 676 e segg.

<sup>30</sup> V. la precedente nota 27.

<sup>31</sup> *Ubi remedium, ibi ius*. Si tratta, come noto, dell'impostazione sistematica romanistica ed angloamericana del rapporto tra diritto processuale e sostanziale nella quale i *remedies* precedono i *rights* e, pertanto, dominante diventa la disponibilità del rimedio inteso come cura di un torto (*wrong*), mentre l'interesse protetto ne rappresenta soltanto il *posterius*. Cfr. in proposito N. Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007, 42 e, più recente, C. Cavallini, *Diritto, rimedio e res giudicata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2020, 204 e segg.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2009, n. 3758, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 2, 248.

<sup>33</sup> Secondo L. Passanante, *Il diritto processuale civile tra positivismo e comparazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 3, 2020, 1066, "oggi è la stessa Costituzione a prescrivere che la giurisdizione si attui mediante il giusto processo regolato dalla legge, così tracciando una connessione forte tra giustizia del (le regole del) processo e loro

predeterminazione per legge, tanto da far sostenere a parte della dottrina che quei riti, le cui forme e termini non sono predeterminati dalla legge, siano costituzionalmente illegittimi". Ma prima v. i fondamentali contributi in tema di A. Proto Pisani, *Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena*, in *Il giusto processo (Roma, 28-29 marzo 2002)*, in *Atti dei convegni lincei* 184, Roma 2003, 167-183, nonché L. Lanfranchi, *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino 2001, 40 e segg.; Id., voce *Giusto processo*. I) *Processo civile*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma 2001, 1 e segg.; A. Carratta, *I nuovi riti speciali societari tra "decodificazione" e "sommarrizzazione"*, in L. Lanfranchi, A. Carratta (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino 2005, 67 e segg. Id., voce *Processo sommario*, cit., 877 e segg. e spec. 879 e segg.; Id., *Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari*, in Id. (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Napoli 2012, 1 e segg.

<sup>34</sup> Sul problema del potere eccessivamente discrezionale della giurisprudenza creativo-evolutiva v. da ultimo C. Cavallini, *Processo civile e semplificazione del sistema: quale ruolo per la Iurisprudenza?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 3, 2022, 839 e segg.

za, sebbene di p.c., di uno dei contendenti, a causa della mancata comunicazione da parte della cancelleria, non provochi *ex se*, una violazione del diritto di difesa, tale da determinare la nullità della sentenza impugnata. Come sopra anticipato, infatti, è proprio la seconda sezione a ribadire, nel giugno scorso, che “in caso di violazione processuale non rientrante tra i casi tassativi di rimessione della causa al primo giudice, poiché l’eventuale nullità della sentenza si converte in motivo di impugnazione, l’appellante deve, a pena d’inammissibilità, indicare specificamente quale sia stato il pregiudizio arrecato alle proprie attività difensive dall’invocato vizio processuale”.

### Riforma Cartabia, pregiudizio effettivo e conseguenze pratiche della sua applicazione

La c.d. riforma Cartabia del processo civile ha visto la luce con la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 ed ora il suo definitivo completamento è rappresentato, in primo luogo, dalla pubblicazione del D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 206<sup>35</sup>. Tra l’altro, per quanto qui rileva, la novella al codice di rito, così come realizzata, impedirà in futuro il verificarsi di fattispecie analoghe a quella oggetto di lite, semplicemente perché, l’art. 190 c.p.c. è stato soppresso ed il momento dello scambio di comparse conclusionali ed eventuali repliche viene anticipato a prima della data di udienza in cui il collegio tratterà la causa in decisione<sup>36</sup>. Più in generale, tuttavia, nonostante sia evidente la volontà del legislatore, anche in quest’ultimo caso, di assicurare ragionevole durata del giudizio ed economia processuale, riteniamo che il principio del pregiudizio effettivo, così come ricostruito ora dalla Suprema Corte e, soprattutto, le considerazioni addotte da quest’ultima a suo sostegno, non vengano incise direttamente dal nuovo assetto normativo. Anzi, in particolare la mo-

difica dell’art. 101 c.p.c. sembra confermare la necessità di porre la massima attenzione alla tutela del contraddittorio, soprattutto quando dalla sua violazione scaturisca una lesione del diritto di difesa della parte<sup>37</sup>. Lo stesso è a dirsi per le più che marginali considerazioni già sopra svolte con specifico riferimento al parziale intervento che ha interessato l’art. 354 c.p.c., conformemente alle indicazioni della delega che chiedeva di “riformulare gli artt. 353 e 354, riducendo le fattispecie di rimessione della causa in primo grado ai casi di violazione del contraddittorio”<sup>38</sup>.

Tornando invece, in ultimo, alla decisione della Suprema corte, è interessante evidenziare come gli effetti concreti sulla fattispecie oggetto di lite derivanti dall’applicazione del principio del pregiudizio effettivo, differiscano grandemente a seconda che il vizio venga rilevato in appello o in Cassazione. Se infatti, come accaduto nel caso in oggetto, è il giudice di legittimità a dichiarare la nullità per violazione del contraddittorio, la parte ricorrente ottiene un risultato tattico certamente rilevante, poiché il giudicante cesserà con rinvio la decisione impugnata pronunciando sulle spese, ovvero lasciando questo compito al giudice di pari grado a quello che ha pronunciato la sentenza cassata, *ex artt.* 383, 1° comma, 385, 3° comma e 392 c.p.c. Viceversa, laddove ad accorgersi dell’errore, anche perché magari compiuto questa volta in primo grado e non in sede di appello, sia appunto il collegio di gravame, non potrà applicarsi il 354 c.p.c., sia nella versione attuale che in quella riformata<sup>39</sup>. A questo punto, rilevata la nullità, semplicemente dovrà essere garantita *ex post*, nella sede processuale in quel momento pendente, l’attività difensiva che *ex ante*, nel precedente grado di merito, era stata lesa, con un risultato pratico certamente meno decisivo, ai fini dell’esito del giudizio in corso.

<sup>35</sup> Per approfondimenti sulla legge delega sia consentito il rinvio a AA.VV., *Il nuovo processo civile dopo la legge delega, 26 novembre 2021 n. 206 ed alla luce del d.lgs., 10 ottobre 2022, n. 149*, Roma, 2023, *passim*. Si ricorda, tuttavia, per completezza, che la legge di bilancio 2022 ha anticipato l’entrata in vigore della D.lgs. n. 149 del 2022, già fissata nell’art. 35 al 30 giugno 2023. L’anticipazione prevede che tutti i processi introdotti dopo il 28 febbraio 2023 (quindi con citazione notificata o ricorso depositato dal 1° marzo 2023), saranno soggetti alla nuova normativa. Lo spartiacque è quindi fissato alla data del 1° marzo 2023. Tra i primi commenti alla riforma v. G. Costantino (a cura di), *La riforma della giustizia civile, Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Bari, 2022, 19 e segg.

<sup>36</sup> Cfr. in proposito F. Cossignani, *Gli interventi sul processo di cognizione*, in AA.VV., *Il nuovo processo civile*, cit., spec. 86 dove l’autore ritiene lo “svolgimento dell’udienza di rimessione in decisione, funzionale alla sola riserva della decisione (la cui utilità appare dunque dubbia, se si eccettua quella di smistamento delle dei fascicoli presenti nel ruolo del giudice)”.

<sup>37</sup> Il nuovo testo dell’art. 101, 2° comma, c.p.c. prevede che il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta

che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Il legislatore delegato ha così inteso rafforzare le garanzie processuali delle parti nel nuovo “modulo” del rito ordinario (a trattazione scritta anticipata rispetto alla prima udienza di comparizione delle parti davanti al giudice); lo stesso a dirsi nel caso in cui vi sia necessità di ripristinare “la parità delle armi” nel nuovo rito semplificato.

<sup>38</sup> In particolare, la nuova formulazione dell’art. 354, 2° comma, riproduce testualmente gli ultimi due commi dell’abrogato art. 353 c.p.c. Dalle disposizioni di cui all’art. 356, non modificato in questa parte, si ricava poi che il giudice di appello procederà all’assunzione delle prove che non siano state assunte nel giudizio di primo grado. Per approfondimenti v. A. Rossi, *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Il nuovo processo civile*, cit., spec. 100 e segg.

<sup>39</sup> Sul principio di tassatività delle ipotesi di rimessione al primo giudice *ex art.* 354 c.p.c. v. da ultimo G. Balena, *L’appello civile (II Parte) – Esiti dell’appello tra decisione nel merito e rimessione al primo giudice*, in questa rivista, n. 2, 2019, 456 e segg. In giurisprudenza, ultima in ordine di tempo, v. Cass. civ., Sez. I, 5 luglio 2022, n. 21307, in *Guida Dir.*, 2022, 37.