

ROMOLO DONZELLI

Professore ordinario nell'Università di Macerata

NOTE SUL NUOVO ART. 101 C.P.C.

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. – 2. La Relazione illustrativa. – 3. I dubbi interpretativi. – 4. Considerazioni preliminari. – 5. I diversi modi di intendere il concetto di lesione in riferimento al diritto di difesa. – 6. I profili di incostituzionalità del pregiudizio d'ingiustizia. – 7. L'inalterata disciplina delle nullità processuali. – 8. Il giudice garante del contraddittorio nel processo. – 9. I rapporti tra nullità e lesione del diritto di difesa: *a)* le variabili. – 10. *Segue: b)* nel caso in cui la nullità sia prevista dalla legge. – 11. *Segue: c)* nel caso in cui difetti la norma «sanzionatrice». – 12. *Segue: d)* nel caso in cui la nullità sia fatta valere come motivo di impugnazione.

1. – Nel bel mezzo dell'art. 101 c.p.c., così come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ed in particolare nella prima parte del comma 2°, campeggia una nuova disposizione, che così recita: «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». Anche il lettore distratto ben comprende che questo piccolo ritocco potrebbe avere conseguenze sistematiche e pratiche assai importanti e maggiori degli interventi ben più corposi riservati ad altre parti del codice di rito.

2. – Nel tentativo di far chiarezza sul punto, c'è subito da segnalare che nella l. 26 novembre 2021, n. 246, non v'era delega alcuna ad occuparsi del principio del contraddittorio e delle conseguenze derivanti dalla sua violazione, né menzione al problema si rinviene nella Relazione finale licenziata dalla Commissione Luiso.

Se, d'altro canto, si volge lo sguardo alla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, si apprende che «l'art. 101 c.p.c. è stato modificato in virtù della necessità di operare il dovuto coordinamento, come disposto dal comma 22° della legge delega, fra le disposizioni vigenti anche non direttamente oggetto di specifico intervento delegato, per 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), così come – laddove occorra – se vi sia necessità di ripristinare “la parità delle armi” nel nuovo rito semplificato».

3. – Da quanto appena riportato emerge, dunque, la volontà del legislatore delegato di «rafforzare le garanzie processuali», tenuto conto delle modifiche apportate alla disciplina del processo ordinario, nonché in riferimento al nuovo rito semplificato di cognizione.

Comprendere cosa questo significhi è d'altro canto tutt'altro che immediato.

Nella prima direzione, l'obiettivo sarebbe – forse – quello di evitare che la fase preparatoria – che ora si svolge interamente prima del contatto diretto in udienza con il giudice – possa pregiudicare il corretto instaurarsi del contraddittorio.

La previsione, dunque, dovrebbe coordinarsi con il nuovo art. 171-*bis* c.p.c., che appunto impone al giudice di compiere in solitaria quei controlli di rito che prima della riforma dovevano essere svolti nella prima udienza di comparizione e trattazione ai sensi del comma 1° dell'art. 183 c.p.c.

Per quel che, invece, attiene al rito semplificato di cognizione, l'esigenza «di ripristinare la “parità delle armi”» potrebbe assumere rilievo – magari a favore del convenuto le cui difese sono state comprese dalla brevità dei termini a comparire – per valutare la sussistenza del «giustificato motivo» che condiziona la concessione dei termini per il deposito delle memorie di trattazione scritta di cui all'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c. Al contempo, procedendo sempre in via esemplificativa, la medesima esigenza potrebbe essere presa in considerazione – non da sola, ma assieme agli indici di complessità della controversia – ai fini della conversione del rito in ordinario, magari nel caso in cui sia autorizzata la chiamata del terzo.

È questa una prima linea interpretativa sollecitata dalla lettura della Relazione.

Tuttavia, questa rassicurante opzione è ragionevole pensare che non impedirà – né alla dottrina né alla giurisprudenza – di prospettare ulteriori proposte interpretative ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr., ad es., C. Delle Donne, *Principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.)*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2022, 63 s., che appunto si interroga se d'ora in poi la violazione del contraddittorio debba comportare anche la lesione del diritto di difesa e giunge a distinguere tra ipotesi di contraddittorio «forte» (relativo alle previsioni speciali attinenti alla fase genetica del processo) e ipotesi di contraddittorio

In primo luogo, infatti, il «dovuto collegamento» voluto dalla legge delega a cui si riferisce la Relazione stessa non pare fosse così ineludibile. Non sembra, insomma, che quanto ora richiesto dall'art. 101 c.p.c. aggiunga molto a quanto già si poteva ricavare dai principi.

In secondo luogo, e ancor più, colpisce la parte della nuova norma in cui l'adozione dei «provvedimenti opportuni» è condizionata all'accertamento di una violazione del contraddittorio, che abbia determinato una «lesione del diritto di difesa».

È insomma legittimo porsi il dubbio se la nuova previsione, oramai inserita nell'ordinamento e dotata – per così dire – di vita propria, possa costituire la consacrazione positiva delle concezioni dottrinali e giurisprudenziali in vario modo favorevoli a limitare i casi di nullità degli atti processuali alle ipotesi in cui il vizio abbia pregiudicato in concreto l'esercizio dei poteri riservati alle parti.

4. – Per cercare di orientarsi tra le diverse soluzioni interpretative possibili, è, tuttavia, opportuno preparare il campo di riflessione, formulando alcune considerazioni preliminari sulla base degli spunti testuali che offre la nuova norma se letta nella prospettiva appena indicata.

È bene osservare, innanzitutto, che il destinatario della stessa è il giudice, su cui gravano due doveri, ovvero quello di assicurare il rispetto del contraddittorio e quello di adottare i provvedimenti opportuni. Il secondo è subordinato alla lesione del diritto di difesa derivante dalla violazione del contraddittorio stesso. Ma è evidente che la norma, letta nella prospettiva funzionale che la innerva, implica anche il dovere del giudice di adottare i «provvedimenti opportuni» proprio al fine di assicurare «il rispetto del contraddittorio» ed impedire che si determini una «lesione del diritto di difesa».

L'ambito di applicazione della previsione, quindi, investe l'intero procedimento giurisdizionale⁽²⁾ ed entro questa cornice il compito assegnato al giudice consiste nel garantire che le parti siano poste nella condizione di esercitare il proprio diritto di difesa, ovvero, più nel dettaglio, poter pren-

«debole» (relativo a «tutti gli altri infiniti casi in cui la legge prescrive, nel corso del processo ed in qualunque forma, il dibattito delle parti su un tema prima che il giudice assuma le pertinenti determinazioni»).

(²) Il punto è ben messo in evidenza da C. Delle Donne, *Principio*, cit., 60, nel rilevare che «la portata dell'intervento normativo odierno appare addirittura più ampia perché abbraccia il contraddittorio nel suo multiforme universo e non solo sotto il profilo del rilievo ufficioso di questioni».

dere parte al procedimento ed ivi giovare delle facoltà processuali volte ad influire sul contenuto della decisione⁽³⁾.

Ad oggi, il mancato raggiungimento degli scopi suddetti è causa di nullità degli atti a ciò destinati.

Sul punto si tengano a mente le regole contenute negli artt. 160, 164, commi 1°-3°, 156 ss., 161, 354, commi 1° e 4°, 360, comma 1°, n. 4, 383, commi 1° e 3°, c.p.c.

Accanto a tali previsioni, inoltre, ce ne sono altre recanti particolare disciplina per il caso del contumace involontario, ovvero gli artt. 294 e 327, comma 2°, c.p.c., che invero, come noto, proprio per la rilevanza assegnata alla mancata conoscenza del processo da parte del contumace, già avevano sollecitato una riflessione sui rapporti intercorrenti tra pregiudizio effettivo e nullità della citazione o della sua notificazione⁽⁴⁾.

(3) Sul contraddittorio come elemento centrale del giudizio, v. A. Nasi, voce *Contraddittorio (principio del): a) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 720 ss., sulla scia di G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano 1959, 63 ss.; S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova 2000, 173 s.; G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, 7^a ed., I, Padova 2015, 17, secondo cui «il processo giurisdizionale è l'organizzazione giuridica del contraddittorio», che è «la cellula da cui nasce tutto l'edificio del giudizio»; cfr. anche C. Vocino, *Annulabilità del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Studi in onore di A. Scialoja*, IV, Milano 1953, 422, che vede negli atti del procedimento che precedono la sentenza «l'ambiente esterno di quel formarsi della volontà del magistrato. In confronto alla quale essi compiranno una funzione di sollecitazione, di direzione, d'ispirazione, aprendo al giudice l'adito e mettendolo nella necessità di quel movimento psicologico che deve condurlo alla determinazione del volere, costruendo le basi alle sue convinzioni, che sono a lor volta premessa di quest'ultima, discovrendogli la realtà sulla quale egli deve comandare e permettendogli, con l'apprestare il materiale probatorio e con fornire i dati tecnici di esperienza di cui difetta, la cognizione dell'ignoto, indirizzandone lo spirito verso il modo migliore d'adeguare la propria volontà a quella della legge e suggerendogli la maniera d'intenderne la formula e di cogliere l'intima portata di questa, che egli deve esprimere nell'ipotesi particolare concreta»; sulla paritetica partecipazione nel contraddittorio dei destinatari degli effetti del provvedimento come tratto differenziale e qualificante del processo rispetto al procedimento, v., invece, come noto, E. Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 861 ss.; Id., voce *Processo (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino 1966, 1067 ss.; Id., voce *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 819 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale*, 7^a ed., Padova 1994, 82 ss.; sul ruolo che il principio del contraddittorio ha svolto nelle diverse concezioni del processo, v. N. Picardi, «Audiatur et altera pars», *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 7 ss.; sui rapporti tra diritto al contraddittorio e diritto di difesa v. invece L.P. Comoglio, voce *Contraddittorio (principio del): D) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1997, 12.

(4) Per un esame critico, ampio ed analitico, del dibattito suscitato dagli artt. 294 e 327, comma 2°, c.p.c., v. G. Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli 1984, 81 ss.; più di recente, C. Delle Donne, *Tra neutralità e concludenza, La contumacia nel processo civile*, Torino 2019, 46 ss.; nonché il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 95 ss., 147, nota 12,

Va, inoltre, ricordato che sul problema della garanzia del contraddittorio, influisce anche il rapporto sussistente tra il tasso di predeterminazione legale delle forme ed i poteri direttivi e determinativi del procedimento attribuiti al giudice.

Può darsi, infatti, che le forme del processo siano dettagliatamente regolate dalla legge, oppure che vengano assegnati al giudice poteri direttivi che includono la possibilità di variare il percorso processuale entro moduli prestabiliti, oppure, ancora, può accadere che siano attribuiti allo stesso più ampi e discrezionali poteri di determinazione dell'intero percorso processuale o di sua parte.

È chiaro, di conseguenza, che assicurare il rispetto del contraddittorio ed adottare i provvedimenti opportuni costituiscono locuzioni il cui significato varia a seconda dell'ambiente processuale di riferimento.

5. – Si è poc'anzi osservato che la violazione del contraddittorio nel nostro ordinamento è trattata come motivo di nullità degli atti o del procedimento. Formulati questi primi rilievi d'ordine generale, occorre ora chiedersi come si possa porre il problema della lesione del diritto di difesa nel perimetro appena indicato.

Il tema è estremamente ampio, ma si possono indicare per punti alcune soluzioni emerse nel dibattito dottrinale in riferimento a fattispecie particolari o con riguardo ai giudizi di impugnazione.

In presenza di un *error in procedendo* che impedisca l'esercizio di prerogative processuali riconosciute alle parti nel segmento di procedimento colpito dal vizio, la lesione del diritto di difesa è stata ritenuta sussistente:

a) *in re ipsa* ⁽⁵⁾;

161 ss., con particolare riguardo alle tesi dottrinali in cui l'art. 294 c.p.c. ha assunto un ruolo centrale per reinterpretare gli artt. 156, comma 3°, e/o 157, comma 2°, c.p.c. e per richiedere alla parte colpita dalla nullità la dimostrazione del suo interesse concreto al recupero dei poteri processuali perduti in ragione del vizio: cfr. nel senso ora indicato, sebbene lungo prospettive interpretative non del tutto conformi, A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo di cognizione*, Napoli 1991, 84 ss. e 140; Id., *Controversie individuali di lavoro*, Torino 1993, 84; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli 1999, 107; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli 2014, 95; R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996, 253 e 398; F. Marelli, *La conversione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova 2000, 97 ss. e 142 ss.

⁽⁵⁾ Cfr., per tutti, E. Minoli, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano 1942, 195 s.; cfr., poi, G. Martinetto, *Delle nullità*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino 1973, 1597 s.; R. Oriani, voce *Nullità degli atti processuali: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma 1990, 11; Id., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli 1987, 121; R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino 2012, 206

b) solo se è grave, ovvero se il potere processuale colpito è diretta espressione dei principi del giusto processo ⁽⁶⁾;

c) solo se è provato dalla parte il pregiudizio effettivo subito ⁽⁷⁾.

ss.; Id., *Le nullità degli atti processuali*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, I, Torino 2019, 1342. È bene poi ricordare che questa impostazione – più o meno esplicitamente fatta propria dall'ampia maggioranza della dottrina processualciviltistica – si rinviene anche nel nucleo centrale della motivazione di Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, in *Foro it.* 2022, I, 117 ss., con nota sostanzialmente adesiva di V. Capasso, *Quando la nullità "fait nécessairement grief": le sezioni unite e l'intrinseca offensività della nullità da violazione del contraddittorio*; pronuncia resa dalle Sezioni Unite a soluzione del caso della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c. ed accolta con favore, salvo qualche fisiologico distinguo, dalla dottrina processualciviltistica intervenuta sul tema: cfr. B. Capponi, *Buone notizie dalle Sezioni unite sulle nullità processuali (e sul rapporto tra norme e principi)*, in *www.giustiziasieme.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*; P. Biavati, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *www.giustiziasieme.it*; F. Auletta, *La nullità degli atti processuali ovvero ... Taking (procedural) rights seriously*, in questa *Rivista* 2022, 546 ss.; M. Stella, *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c.*, è in re ipsa, *ivi*, 571 ss.; D. Volpino, *Violazione dei diritti processuali "essenziali" e nullità della sentenza*, in *Giusto proc. civ.* 2022, 191 ss.; nonché, *si vis*, il nostro *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2022, 556 ss. Va, inoltre, segnalato che l'impostazione riferita nel testo *sub lett. a)* è presente anche allorché ci si proietti nei giudizi di gravame e, ad esempio, si discuta della nullità della sentenza della terza via: cfr. C. Ferri, *Contraddittorio e poteri decisorii del giudice*, in *Studi urbinati*, Rimini 1980-1982, 120; Id., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 782; F.P. Luiso, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *www.judicium.it*; D. Buoncristiani, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in questa *Rivista* 2010, 402; A. Chizzini, *Legitimation durch verfahren*, *Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 45. In riferimento all'appello fondato in via esclusiva sulla nullità della sentenza, v., invece, A. Ronco, *Erroris in procedendo, errores in iudicando e requisiti dell'atto d'appello*, in *Giur it.* 1999, 1807 s.

⁽⁶⁾ Questa linea interpretativa ha trovato conforto nel disposto dell'art. 360 bis, n. 2, c.p.c., che, come noto, vuole sia dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione «quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo». In dottrina, sebbene con posizioni non del tutto conformi, cfr. C. Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.* 2009, 740; Id., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2012, 346 s.; Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12^a ed., Torino 2019, II, 599 s.; G. Salmè, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Foro it.* 2009, V, 441; R. Rordorf, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in questa *Rivista* 2010, 143; M.R. Morelli, L. Macioce, *La ragione del nostro lavoro*, in Aa.Vv., *La Corte "del precedente", Riflessioni, su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360 bis del codice di procedura civile*, Roma 2010, in *www.cortedicassazione.it*; possibilisti L. Salvaneschi, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in questa *Rivista* 2009, 1580; G. Raiti, *Brevi note sul "filtro" in cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in questa *Rivista* 2009, 1608 s.; M. Fornaciari, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 674 s.

⁽⁷⁾ Le tesi favorevoli alla regola del pregiudizio effettivo sono esaminate partitamente

Nell'ultima ipotesi indicata, tuttavia, occorre operare ulteriori distinzioni, poiché il pregiudizio in questione può essere variamente inteso, mutando gli oneri allegativi e probatori che gravano sulla parte colpita dal vizio.

Più in particolare, tale pregiudizio si è ritenuto sussistere quanto:

c1) la parte può recuperare l'esercizio del potere colpito dal vizio solo all'esito della declaratoria di nullità e della conseguente rinnovazione⁽⁸⁾;

nei rilievi che seguono nel testo e in nota. Può, d'altro canto, essere utile ricordare che anche uno dei primi e più autorevoli sostenitori di una concezione delle nullità processuali votata al principio di offensività giungeva a tale conclusione per ragioni storiche ben precise, ovvero spinto dall'avversione per un modello, quello francese, molto diverso dal nostro attuale. Osservava, infatti, L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, s.d., 809, che «la concezione di un (...) sistema di nullità, imposte dal rigore della legge, intransigente e assoluto, per omissione o violazione di forme inutili, o per lo meno superflue (per eufemismo furono denominate *accidentali*), si presenta al pensiero come un rudero ben poco venerabile, come un membro che ha perduto ogni attiva funzione, fastidioso peso all'organismo al quale aderisce nella tenace sopravvivenza». Se queste considerazioni si leggono anche alla luce del disposto dell'art. 54 del Progetto Orlando (di cui Mortara è notoriamente autore), nella parte in cui la nullità è subordinata alla prova che la violazione «ha prodotto alla parte che la oppone un pregiudizio che non può altrimenti essere riparato se non con la dichiarazione di nullità», si può ritenere che detto «pregiudizio» fosse da intendersi come puramente processuale, ovvero dovesse ricorrere ogni qual volta la violazione della legge avesse privato una delle parti della facoltà di esercitare le proprie prerogative processuali. D'altro canto, per quanto consta, non si rinviene nel pensiero di Mortara un riferimento esplicito ad un pregiudizio «altro», cioè attinente al merito delle difese. Sicché pare plausibile sostenere che il precipuo obiettivo del Maestro fosse quello di evitare l'invalidazione del procedimento nei casi di nullità accidentale, ovvero – diremmo noi oggi – di nullità prive di «scopo» ma ciononostante imposte dalla legge. E non è un caso che l'esigenza di introdurre il principio «*pas de nullité sans grief*» – palesata dalla dottrina francese già dall'800 – sia sorta proprio in risposta a tale assetto normativo. Per approfondimenti, v. il nostro *Pregiudizio*, cit., 7 ss., 13 ss.

⁽⁸⁾ Questa impostazione si rinviene, sebbene non sempre in termini espliciti, in diverse letture avanzate dalla dottrina con riguardo al problema dell'appello proposto sulla base della sola nullità della sentenza o a quello della nullità della decisione della terza via: cfr., nel primo ambito, L. Mortara, voce *Appello civile, Parte speciale*, in *Dig. it.*, III, 2, 1890, 766; P. Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1979, VIII, 520; F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova 1930, 473 ss.; G. Giannozzi, *Il reclamo nel processo civile*, Milano 1968, 40, nt. 13; T. Segrè, *Irrilevanza dei vizi formali nei provvedimenti soggetti ad opposizione o appello*, in questa *Rivista* 1971, 479 ss.; G. Balena, *La rimessione*, cit., 318 ss., 322 s.; L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, 364; A. Proto Pisani, *Note sulla struttura dell'appello civile e suoi riflessi sulla cassazione*, in *Foro it.* 1991, I, 112; C. Cavallini, *Nullità della citazione per inosservanza del termine a comparire e poteri del giudice dell'appello*, in questa *Rivista* 1998, 479 e nt. 6; Id., *Note minime in tema di omessa cancellazione della causa dal ruolo in primo grado (e di nullità del procedimento di primo grado per vizi inerenti alla "vocatio in ius") e poteri del giudice d'appello*, in *Giur. it.* 1994, I, 1, 334; S. Chiarloni, voce *Appello: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1995, 24; N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996, 331 s.; A. Panzarola, *L'appello per soli motivi di rito e la sanatoria in appello*

c2) la parte indica specificamente le difese che in concreto avrebbe speso qualora il vizio non si fosse verificato⁽⁹⁾;

c3) la parte dimostra che tali concrete difese potrebbero o avrebbero potuto influire sul contenuto della decisione, poiché plausibili, verosimili, non manifestamente infondate o comunque non puramente pretestuose⁽¹⁰⁾;

della nullità della citazione introduttiva di primo grado per mancata indicazione della udienza di comparazione, in questa *Rivista* 2006, 1414 s.; nel secondo ambito, invece, ossia quello della sentenza a sorpresa, v. S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1987, 578; Id., *La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.* 2002, 1364; E.F. Ricci, *La sentenza "della terza via" e il contraddittorio*, in questa *Rivista* 2006, 751; C. Consolo, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corriere giur.* 2006, 509; Id., *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corriere giur.* 2010, 358; Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12^a ed., Torino 2019, I, 685; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 140; Id., *Lezioni*, cit., 1999, 220; Id., *Lezioni*, cit., 2014, 95; M.G. Civinini, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione, Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.* 1999, V, 8 s.; *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.* 2006, I, 3177; C. Consolo, F. Godio, in *Codice di procedura civile commentato, La riforma del 2009*, diretto da C. Consolo, Milano 2009, sub art. 101, 65; G. Costantino, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in questa *Rivista* 2010, 1033 s.; M. Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, *ivi* 2010, 840 s.; F. Ferraris, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni "a sorpresa": questioni di fatto e questioni di diritto*, *ivi* 2016, 1186. Per un esame critico e più analitico delle diverse posizioni, che in questa sede non possono essere esaminate tenendo conto delle diverse sfumature personali, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 103 ss., 119 ss.

⁽⁹⁾ Anche questa impostazione ha avuto fortuna con riguardo ai giudizi di impugnazione ed in particolare riferimento alla sentenza a sorpresa: cfr. ad es. la posizione di M. Gradi, *Il principio del contraddittorio*, cit., 841; R. Poli, *Invaldità*, cit., 211, nota 139; Id., *Le nullità*, cit., 1344.

⁽¹⁰⁾ Questa impostazione, come quella indicata nel testo *sub* lett. d), si presenta come uno sviluppo della precedente, nel senso che, indicati i poteri colpiti dal vizio, si ritiene occorra anche valutare la loro influenza sul contenuto della decisione. In questo senso, v., in particolare, l'articolata posizione di C. Consolo, F. Godio, *sub* art. 101, cit., 68; C. Consolo, *Spiegazioni*, cit., II, 234 s. Se si volge lo sguardo alla giurisprudenza, si nota che la necessità di operare questo giudizio contro-fattuale, ovvero il comprendere come sarebbe stata la decisione laddove la parte avesse esercitato le facoltà processuali colpite dal vizio, è frequentemente ribadita negli ambiti applicativi più disparati (cfr., per un esame della giurisprudenza, il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 45 ss.), ma è difficile scovare provvedimenti che chiariscano quali intensità e natura abbia il sindacato giudiziale sulle difese che la parte avrebbe speso in giudizio. Per questa ragione ci era apparso assai interessante quanto statuito da Cass. civ., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24823, in *Foro it.* 2016, I, 103 ss., sebbene in ambito diverso dal nostro, cioè in materia di violazione del contraddittorio endoprocedimentale negli accertamenti riguardanti tributi armonizzati. Nella decisione appena indicata, infatti, la Corte, dopo aver ribadito che tale violazione può determinare l'annullamento dell'atto «soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, [il] procedimento

c4) la parte dimostra che dette difese sono decisive, ovvero sono idonee a determinare il contenuto della decisione o ne avrebbero determinato uno diverso⁽¹¹⁾.

Come già indicato in altra sede, nelle prime due opzioni il pregiudizio è inteso in senso – pur concreto, ma – processuale, mentre nelle altre due detto pregiudizio gradatamente si converte nell'ingiustizia della decisione⁽¹²⁾. In queste, dunque, si assiste ad un'inversione tra rito e merito, posto che la declaratoria di nullità dipende, sebbene in misura variabile, da una previa valutazione che attiene alla fondatezza delle difese che la parte non ha potuto spendere.

6. – Va, d'altro canto, evidenziato che – pur volendo ammettere per ipotesi che lo scopo della nuova previsione sia quello di condizionare l'annullamento dell'atto processuale alla dimostrazione di una lesione subita in concreto nell'esercizio del diritto di difesa – le concezioni volte a

«avrebbe potuto comportare un risultato diverso»», esclude che ciò implichi la «prova del fatto che l'omissione del contraddittorio (...) ha impedito di far emergere circostanze e ragionamenti idonei ad attestare altri eventuali profili d'illegittimità o l'infondatezza (totale o parziale) della pretesa fiscale» e ciò in quanto «l'obbligo del contraddittorio endoprocedimentale risulterebbe, di per sé, in assoluto derubricato a precetto senza sanzione» (c.vo nostro). In tale prospettiva, si è altresì precisato che la parte interessata all'annullamento dell'atto non è tenuta alla dimostrazione che la decisione assunta avrebbe avuto un contenuto differente in assenza della violazione, bensì, molto più limitatamente, dovrà dimostrare «che tale ipotesi non va totalmente esclusa», ovvero che «avrebbe potuto difendersi più efficacemente in assenza dell'irregolarità procedurale», adducendo «elementi difensivi non del tutto vacui e, dunque, non puramente fittizi e strumentali» ed in ogni caso da valutarsi «con riferimento al momento del mancato contraddittorio» (c. vo nostro). Il ruolo che riveste nel nostro studio (in particolare nell'ambito delle impugnazioni: cfr. *Pregiudizio effettivo*, cit., 228 ss.) il precedente della Cassazione appena indicato non pare esser colto appieno da M. Stella, *La nullità*, cit., 580 s. Il nostro intento era evidenziare che la giurisprudenza favorevole al pregiudizio effettivo (invero ricostruita e poi criticata da chi scrive) richiama comunque l'attenzione su un problema, cioè il distacco che può venirsi a realizzare tra rescissorio e rescissorio nei giudizi di impugnazione ed in particolare in cassazione (cfr. *infra*, par. 12). Inoltre, sembrava interessante il dover prendere atto che la versione più cauta e strutturata della nozione di pregiudizio effettivo (in una variante che potremmo dire a cavaliere tra il pregiudizio processuale e quello d'ingiustizia) era stata sviluppata dalla Cassazione in ambiti diversi dal processo civile, che pur è assistito da garanzie costituzionali che avrebbero dovuto indurre all'elaborazione di principi giurisprudenziali più cauti. Infine, si riteneva opportuno evidenziare che anche le letture più propense a farsi carico delle esigenze sottese alla regola del pregiudizio effettivo non si sarebbero potute comunque spingere oltre il limite segnato dalle Sezioni Unite citate.

⁽¹¹⁾ In dottrina la posizione indicata nel testo non è proposta, per quanto consta, da nessuna voce, ma per alcune precisazioni su siffatta impostazione, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 233 ss.

⁽¹²⁾ Sulla distinzione indicata nel testo, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 56 ss., 156 ss., 164 ss., 214 ss., 220 ss., 228 ss., 233 ss., 284 ss.

attingere anche al merito le cause giustificatrici dell'annullamento pongono problemi sul piano costituzionale, in quanto «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»⁽¹³⁾.

Come già evidenziato altrove, infatti, i poteri processuali che costituiscono espressione del diritto di difesa sono garantiti in una veste puramente astratta⁽¹⁴⁾, cioè le parti possono scegliere se esercitarli o meno, e possono veicolare con essi le difese che più ritengono opportune, salvo poi risponderne all'esito del giudizio, anche sul piano del regolamento delle spese processuali.

Subordinare, invece, la declaratoria di nullità dell'atto alla dimostrazione che le difese precluse posseggono *chances* più o meno corpose di influire sulla decisione, attribuendo al giudice penetranti poteri discrezionali non espressamente previsti dalla legge⁽¹⁵⁾, significa:

- a) degradare le norme processuali a meramente facoltative⁽¹⁶⁾;
- b) aggravare la posizione processuale della parte incolpevolmente colpita dal vizio in manifesta violazione del principio di parità delle armi;
- c) introdurre surrettiziamente nel nostro ordinamento delle valutazioni preliminari di ammissibilità delle difese determinanti la sommarizzazione di segmenti più o meno ampi della cognizione⁽¹⁷⁾.

Quanto appena indicato è contrario ai principi costituzionali di cui agli artt. 3, commi 1° e 2°, 24, comma 2°, 111, commi 1°, 2° e 7°, Cost.

Se, dunque, ad oggi, come altrove sostenuto, nessuna norma del nostro ordinamento – *ivi* inclusi gli artt. 156, 157, 294, 327, 342, 360, comma 1°, n. 5, 360-*bis* c.p.c. – può autorizzare l'interprete a pervenire a siffatti risultati, nulla muta con l'arrivo della nuova previsione, che, peraltro, come detto, è stata intesa dal legislatore delegato al fine di «rafforzare le garanzie processuali»⁽¹⁸⁾.

⁽¹³⁾ Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, cit.

⁽¹⁴⁾ Cfr., sul punto, le incisive e preoccupate osservazioni di G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in questa *Rivista* 2011, 523, e A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, *ivi* 2015, 693.

⁽¹⁵⁾ Su questo aspetto, v. le efficaci considerazioni di F. Auletta, *La nullità*, cit., 549 ss.

⁽¹⁶⁾ Osservazione compiuta anche dai cugini d'Oltralpe: cfr., in particolare, G. Wiederkehr, *La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile*, in *Rec. Dalloz* 1984, C., 167.

⁽¹⁷⁾ Per approfondimenti sul punto, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 167 ss., 288 s.

⁽¹⁸⁾ Ci si intenda, il problema dell'esercizio pretestuoso e dilatorio delle eccezioni di nullità è ben chiaro a chi scrive, tanto da aver evidenziato come tale questione possa comportare conseguenze ancor più gravi allorché della nullità ci si intenda giovare come

7. – C'è, poi, un ulteriore profilo che merita attenzione.

Qualora, infatti, il legislatore delegato avesse voluto modificare l'assetto normativo delle invalidità processuali civili derivanti dalla lesione del contraddittorio, la novellazione si sarebbe dovuta indirizzare altrove, apportando modifiche alla disciplina generale delle nullità di cui agli artt. 156 ss. c.p.c. ⁽¹⁹⁾.

Più in particolare, la norma che più delle altre si presta a legare la fattispecie costitutiva dell'invalidità dell'atto processuale alla sussistenza di un pregiudizio concreto subito dalla parte nell'esercizio delle facoltà processuali è senz'altro l'art. 157, comma 2°, c.p.c.

La disposizione appena indicata, infatti, si occupa di conferire alla parte il potere di opporre la nullità dell'atto quando questa è stabilita nel suo interesse; un interesse che, all'evidenza, è individuale ed esclusivo ⁽²⁰⁾.

Tra queste rientrano senz'altro tutte le nullità conseguenti la violazione del contraddittorio e la lesione dei poteri processuali delle parti, ovvero poteri che sono – come già evidenziato – nella loro piena e libera disponibilità ⁽²¹⁾.

motivo di impugnazione. D'altro canto il problema, anche in questa sede, non può risolversi introducendo nel nostro ordinamento il pregiudizio d'ingiustizia per insuperabili ostacoli d'ordine costituzionale.

⁽¹⁹⁾ È l'argomento speso da parte della dottrina – come si ricorderà – per meglio perimetrare il significato da attribuire al disposto dell'art. 360-bis, n. 2, c.p.c., ovvero per escludere che detta previsione avesse lo scopo di limitare le censure spendibili in cassazione sulla base dell'inalterato n. 4 dell'art. 360, comma 1°, c.p.c.: cfr., in questo senso, E.F. Ricci, *Il filtro in Cassazione scivola sui paradossi*, in *Il Sole 24 ore* 29 maggio 2009, 35; G. Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Le modifiche al codice di procedura civile*, a cura di G. Alpa, Napoli 2010, 125; A. Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 55; S. Menchini, in *Aa.Vv.*, *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, sub art. 360-bis, 115.

⁽²⁰⁾ Sul concetto, si rinvia al nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli 2008, 259 ss.

⁽²¹⁾ Sul punto, v., per tutti, R. Poli, *Le nullità degli atti processuali*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, I, Torino 2019, 1333 ss., secondo cui «il giudice assicura che le parti possano esercitare il loro diritto di difesa all'inizio e per tutto il corso del processo», ma la violazione del principio del contraddittorio «è rilevabile d'ufficio (...) solo quando, a causa del vizio stesso, una parte non sia in grado di esercitare il suo diritto di difesa in ordine ad un determinato segmento del processo», valendo più in generale «il principio secondo cui la deviazione dalla serie procedimentale legale non è rilevabile d'ufficio tutte le volte in cui la parte interessata si trova nella condizione di poter eccepire tale deviazione, in quanto ad essa legalmente nota».

Sicché, se si fosse inteso condizionare la declaratoria di nullità alla sussistenza di un pregiudizio effettivo, si sarebbe dovuto riscrivere il comma 2° dell'art. 157 c.p.c. in guisa tale da richiedere la sussistenza di un interesse concreto.

Per meglio intendersi, può essere opportuno ricordare quanto osservava Minoli nelle sue puntuali e misurate osservazioni a commento del nostro art. 157 c.p.c.

«Sarebbe stato probabilmente miglior consiglio – diceva – adottare il sistema proposto dal Redenti (artt. 139 e 140 del progetto), e richiedere un concreto “interesse tipico” e cioè un concreto “pregiudizio”, ma la formula della legge non è affatto in questo senso, sicché l’opinione, pure abbastanza diffusa, che tale “interesse” occorra non pare fondata»⁽²²⁾.

E volendo risalire controcorrente il lungo percorso segnato dalle opzioni di riforma del codice di rito, si incontra ovviamente il Progetto Orlando, dove ancor più chiaramente, per mano di Mortara, era previsto che «la nullità di un atto deve essere dichiarata quando la violazione di legge ha prodotto alla parte che la oppone un pregiudizio che non può altrimenti essere riparato se non con la dichiarazione di nullità»⁽²³⁾.

8. – Alla luce di quanto sinora evidenziato, sono diversi gli argomenti che inducono ad offrire una lettura rassicurante della nuova previsione, difatti:

- l’obiettivo palesato dal legislatore non era quello di ridurre le garanzie processuali;
- il decreto legislativo n. 149 del 2022 non è intervenuto sulle norme che disciplinano i presupposti della declaratoria di nullità;
- la legge n. 246 del 2021 non conteneva alcuna delega a rivedere i rapporti tra nullità processuale e pregiudizio effettivo, né un siffatto intervento può essere inteso come uno sviluppo coerente delle scelte espresse dal legislatore delegante.

La norma deve, dunque, essere letta nella prospettiva di «rafforzare» la posizione processuale delle parti, andando a completare il disposto dell'art. 101 c.p.c., ora rivolto a garantire il contraddittorio in tutte le sue possibili manifestazioni, ovvero al momento della sua instaurazione (comma 1°), nel corso del procedimento (prima parte del comma 2°),

⁽²²⁾ E. Minoli, *L'acquiescenza*, cit., 196.

⁽²³⁾ Per ulteriori riferimenti e riflessioni sul punto, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 16 ss., spec. 23 s., anche in nota.

nonché nei casi in cui il giudice ritenga di porre a base della decisione una questione rilevata d'ufficio (seconda ed ultima parte del comma 2°).

La nuova previsione ha, pertanto, una funzione di completamento e perfezionamento di un quadro normativo già esistente e risponde allo scopo di individuare nel giudice il garante del contraddittorio nel procedere; posizione che evidentemente assume un ruolo ancor più centrale allorché la regolamentazione del processo passi per le sue mani, ovvero gli siano attribuiti poteri di determinazione dell'itinerario processuale.

9. – Il problema dei rapporti tra nullità e lesione del diritto di difesa pare, quindi, doversi risolvere negli stessi termini in cui si riteneva dovesse essere affrontato prima della riforma, ovvero tenendo conto delle seguenti variabili:

a) la rilevanza del vizio ai fini dell'annullamento è prevista dalla legge oppure manca una previsione legale che commini la nullità;

b) il procedimento o il segmento del procedimento affetto dall'*error in procedendo* è regolato dalla legge o spetta al giudice determinarne il corso;

c) il vizio di nullità è opposto nel corso del procedimento o come motivo di impugnazione della sentenza.

Anche la mera ricognizione delle alternative prospettate dovrebbe far comprendere che il tema è molto complicato e difficilmente si presta a soluzioni *à la carte*.

Cerchiamo di far ordine, anche servendoci di qualche esemplificazione.

10. – Iniziamo col caso in cui la parte opponga nel corso del procedimento una nullità espressamente prevista dalla legge e – è questo un presupposto imprescindibile – funzionale all'esercizio dei propri poteri processuali. In questa fattispecie non v'è spazio per imporre la dimostrazione di un pregiudizio in concreto e l'atto dovrà essere annullato se ciò è richiesto in conformità al disposto dell'art. 157 c.p.c.

V'è da dire, anche, che la lesione del diritto di difesa sussiste senz'altro, poiché, nell'essere la norma violata diretta a consentire alla parte l'esercizio dei poteri *ivi* previsti dal regolamento formale del processo, l'illecito ha impedito di porre la parte stessa nella condizione legale di usufruirne, salvo, ovviamente, il configurarsi della sanatoria di cui all'art. 156, comma 3°, c.p.c.

11. – Pensiamo ora al caso in cui difetti la suddetta previsione legale. Ciò potrà accedere tanto nel procedimento regolato dalla legge, quanto – e soprattutto – in quello informale.

Nella prima opzione, come altrove sostenuto⁽²⁴⁾, i parametri normativi per risolvere la questione dovranno essere quelli stabiliti dall'art. 156 c.p.c.

Occorrerà, dunque, chiedersi quale sia lo «scopo» della norma processuale violata, ovvero comprendere se essa è diretta a consentire l'esercizio di poteri processuali riconosciuti alle parti nel segmento del procedimento preso in considerazione, e verificare se la sua inosservanza ne preclude l'esercizio nell'ambito del procedimento.

Si pensi al caso della violazione dell'art. 190 c.p.c., che priva la parte quantomeno della possibilità (legittimamente riservata) di articolare il contraddittorio sulle questioni di diritto e (cosa che non poteva farsi prima) sulle risultanze dell'istruzione probatoria espletata.

In un procedimento informale, come ad esempio quello camerale, il discorso è invece più complesso, poiché in tal caso non solo manca la norma «sanzionatoria», ma anche l'indicazione dei diritti processuali attribuiti alle parti, nonché la loro organizzazione formale (tempo e modo d'esercizio).

D'altro canto, gli atti che costituiscono l'esercizio dei poteri determinativi del giudice rispondono allo «scopo» di porre le parti nella condizione di esercitare le facoltà dirette ad influire sul contenuto della decisione, ai sensi degli artt. 24, comma 2°, e 111, comma 2°, c.p.c., da interpretarsi anche alla luce di una lettura sistematica dei procedimenti previsti dal secondo libro del codice di rito⁽²⁵⁾.

Ovviamente la strada dell'annullamento potrà in alcuni casi essere più impervia, ma non impossibile. Così, il giudice che si pronuncia prima dell'udienza di discussione già fissata o che non consenta il contraddittorio finale sulle risultanze istruttorie o su una questione rilevata d'ufficio e posta a fondamento della decisione o, ancora, che non conceda all'attore un congruo termine per replicare al convenuto costituitosi in udienza incorrerà in un *error in procedendo* certamente invalidante.

⁽²⁴⁾ Sulla nullità, cit., 562 s.; *Il principio del pregiudizio effettivo tra nullità testuali e non*, in *Rass. es. forz.* 2022, 531 ss.

⁽²⁵⁾ Sulla natura determinativa e non meramente ordinaria dei poteri spettanti al giudice in questo procedimento e sulle conseguenze che ne derivano sul piano delle dovute garanzie costituzionali, sia consentito il rinvio al nostro *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in questa *Rivista* 2015, 955 ss.

In definitiva, in tutti i casi sinora indicati, la lesione del diritto di difesa richiesta dal nuovo art. 101 c.p.c. sussiste sempre.

Se, infatti, i poteri processuali in cui tecnicamente si traduce il diritto di difesa hanno carattere astratto, ovvero si manifestano come facoltà riconosciute alle parti, la lesione di questi, ossia – in definitiva – del diritto di difesa, si determina proprio quando l'inesecuzione della legge processuale priva le parti di dette facoltà.

Che non possa, al contrario, dirsi che detta lesione debba intendersi come riferita ad altro, lo dimostrano assai bene alcune pronunce giurisprudenziali. Nelle loro parole ben emerge la torsione del concetto, che si sposta dal piano processuale, ovvero dal piano degli astratti poteri processuali, al piano sostanziale. Si osserva, infatti, che la nullità degli atti del processo può attenersi «ai soli vizi processuali che risultino “effettivamente” insanabili in quanto suscettibili di determinare una “effettiva compromissione del risultato” cui deve tendere il giudizio, volto a rendere alle parti una decisione “giusta” ossia una regola del rapporto di diritto sostanziale controverso che risponda al canone di giustizia prefissato dall'ordinamento giuridico»⁽²⁶⁾. Chi, insomma, vorrà convincerci che il nuovo art. 101 c.p.c. subordina l'annullamento alla dimostrazione di un pregiudizio subito sul piano del contenuto della decisione, dovrà prioritariamente – ovvero per restare nel perimetro applicativo della previsione – sostenere che il diritto di difesa è tutelato dal nostro ordinamento solo a favore di chi ha ragione e non a prescindere da chi risulterà vittorioso in giudizio.

12. – Ancora diverso è il discorso allorché la nullità del procedimento sia fatta valere come motivo di impugnazione della decisione.

Il tema è estremamente complesso e non può essere ripreso distesamente in questa sede, ma una cosa è bene sia chiarita.

È nostra radicata opinione che un dibattito proficuo attorno alla questione non possa non muovere dal tentativo di comprendere le ragioni più intime dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla regola del pregiudizio effettivo, poiché la sua critica – pur dovuta – non solleva l'interprete dall'onere di prendere in considerazione le esigenze che lo hanno determinato.

E tali esigenze si manifestano con chiarezza – come altrove evidenziato – proprio in sede di gravame, ove la meccanica dei giudizi di impugnazione – così in Cassazione, ma anche in appello, se in una certa maniera

⁽²⁶⁾ Così, emblematicamente, Cass. civ. 13 luglio 2018, n. 18522.

inteso – pone l’annullamento della sentenza e la rinnovazione del giudizio in un rapporto asincronico, determinando quel «distacco»⁽²⁷⁾ tra rescindente e rescissorio che già Carnelutti aveva evidenziato essere un aspetto «assai mal risolto secondo il diritto italiano vigente»⁽²⁸⁾. In altre parole, la rimozione della sentenza – potenzialmente contenente l’accertamento del rapporto controverso, nonché dotata di efficacia esecutiva – si compie prima della (e a prescindere dalla) cognizione sul merito delle difese colpite dal vizio. E con ciò, nel mazzo dei valori in gioco non pare più spiccare solitariamente il principio della ragionevole durata, correttamente ritenuto dalle Sezioni Unite recessivo rispetto agli altri principi del giusto processo⁽²⁹⁾, ma anche quello, prioritario, dell’effettività della tutela giurisdizionale.

È questo un dato di cui, a prescindere dalla sensibilità propria di ciascun interprete, è bene prendere atto per poi chiedersi:

– se il nostro ordinamento processuale conferisca alla nullità del procedimento, allorché questa sia spesa come motivo di impugnazione della sentenza, la medesima rilevanza che alla stessa appartiene nel grado precedente⁽³⁰⁾ o se al contrario, come si crede, nel difetto di previsioni

⁽²⁷⁾ F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova 1938, II, 651, sul cui pensiero, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 216 s., note 65 e 66, 224 ss. Importanti suggestioni si ritrovano, poi, in S. Satta, *Passato e avvenire della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1962, 949; Id., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1966, II, 2, 179; Id., voce *Corte di Cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 798; ripreso da A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino 2015, 855, per rilevare che in «una voce si compendiano tante voci», ovvero le diverse voci inclini «a dubitare dell’opportunità di recepire in Italia il sistema francese»; cfr. anche F. Cipriani, *Contro la cassazione con rinvio*, in *Foro it.* 2002, I, 2522, secondo cui «la cassazione con rinvio (...) sembra con tutta evidenza un’assurdità, se non proprio uno scandalo, ma sta di fatto che la dottrina, salvo rare eccezioni, preferisce sorvolare su questo aspetto dell’istituto» (c.vo nostro); nonché C. Consolo, *Le impugnazioni*, cit., 371, che ritiene il giudizio di rinvio «una sorta di guasto nel corso di un rapporto processuale unico» (c.vo nostro).

⁽²⁸⁾ F. Carnelutti, *Sistema*, cit., 651.

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass. civ. 25 novembre 2021, n. 36596, cit.; per l’esame degli ulteriori principi ed argomenti (principio di proporzionalità, buona fede, correttezza e lealtà processuale, abuso del processo, ecc.) spesi dalla giurisprudenza sostenitrice del principio del pregiudizio effettivo, v. il nostro *Pregiudizio effettivo*, cit., 45 ss.

⁽³⁰⁾ Fermi i rinvii alla dottrina compiuti alle note 5 ss., la soluzione indicata nel testo è stata di recente sostenuta, nell’ambito di rigorose posizioni in larga misura condivise da chi scrive, da F. Auletta, *La nullità*, cit. 554 s. e V. Capasso, *Quando la nullità*, cit., 133, sulla scorta del disposto dell’art. 354, comma 4°, c.p.c., che, tuttavia, a nostro giudizio, non appare un parametro normativo del tutto dirimente, poiché la norma potrebbe intendersi come diretta a dire cosa debba fare il giudice allorché la nullità è dichiarata e non quando questa lo debba essere.

normative del tutto univoche, la questione debba essere risolta sulla base di una lettura sistematica;

– laddove si risolva l’alternativa nel primo senso, se sia opportuno – *de iure condendo* – ripensare la meccanica dei mezzi di impugnazione e – *de iure condito* – favorire la ricostruzione di questi rimedi (si pensa in particolare all’appello) al fine di evitare il «distacco» di cui sopra;

– laddove si risolva l’alternativa nel secondo senso, se sia opportuno proporre soluzioni interpretative volte a garantire, per quanto possibile, un bilanciamento tra le opposte esigenze.

È questa solo una proposta di metodo o forse un auspicio, avendosi già sostenuto altrove che il problema della rilevanza della nullità deve essere risolto muovendo dalla natura del giudizio di impugnazione, ovvero verificando se la parte possa liberamente e senza aggravio alcuno esercitare in tale sede il potere illegittimamente precluso senza dover previamente ottenere l’annullamento della sentenza ⁽³¹⁾.

Laddove ciò sia possibile, la lesione del diritto di difesa verificatasi nel grado precedente potrà ritenersi superata dal naturale recupero del potere in sede di gravame.

⁽³¹⁾ *Pregiudizio effettivo*, cit., 200 ss.