

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

C. CAVALLINI - V. COLESANTI

L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO

G. COSTANTINO - C. FERRI

R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA

S. MENCHINI - E. MERLIN

G. MONTELEONE - R. ORIANI

S. RECCHIONI - G. RUFFINI

A. SALETTI - L. SALVANESCHI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Gennaio-Marzo
2023

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

ANTONIO BRIGUGLIO

Professore ordinario nella Università di Roma "Tor Vergata"

VIOLAZIONE DEL CONTRADDITTORIO E SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI (MITO E REALTÀ DEL CARATTERE AUTONOMAMENTE INVALIDANTE DELLA VIOLAZIONE)

SOMMARIO: 1. Il carattere autonomamente invalidante della violazione del contraddittorio nella sentenza delle Sezioni Unite del 2021: la luce del principio e le ombre degli svolgimenti finali. – 2. La deliberazione della decisione anticipata rispetto al segmento finale del contraddittorio come radicale violazione del medesimo: è inutile (almeno per il giurista) chiedersi se la decisione non sarebbe stata comunque la medesima. – 3. Esclusione (salvo prova anche presuntiva contraria) del mero errore materiale. – 4. Il fondamento del carattere autonomamente invalidante della violazione secondo le Sezioni Unite (con chiose varie e divagazioni sull'arbitrato e sulla utilità ma non necessità della categoria della nullità extraformale). – 5. *Segue*: violazione del contraddittorio *radicale* e *non radicale*. – 6. Lo svolgimento – secondo le Sezioni Unite – del principio di diritto in relazione al sistema delle impugnazioni ed in particolare al caso del vizio di contraddittorio riscontrato in primo grado e lamentato in appello: l'autonoma valenza invalidante evapora, e con essa evapora la intrinseca ed insuperabile coesistenzialità fra rispetto del contraddittorio (e della imparzialità del giudice) e giustizia della decisione. – 7. *Segue*: l'«aggiuntiva conseguenza» delle Sezioni Unite relativamente al ricorso in cassazione avverso la sentenza d'appello che non abbia riscontrato il vizio di contraddittorio in primo grado; le sue implicazioni ed i suoi irrisolvibili paradossi. – 8. Per superare i paradossi occorre invertire la rotta applicativa smontando i dogmi di argilla: quando si tratta di radicale violazione del contraddittorio in primo grado la «specificità dei motivi» (di merito) deve lasciare il campo alla libera rinnovazione della cognizione in appello; conseguenze in ordine al ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello che non abbia riscontrato il vizio di contraddittorio in primo grado. – 9. *Appendice*: se la rotta non muta, una implicazione operativa necessitata dell'autonomia invalidante della violazione del contraddittorio sia per lo meno la liberazione dal limite della «doppia conforme».

1. – Sul finire del 2021, in singolare coincidenza con gli ultimi vivaci sussulti di una pandemia che – tra i suoi pochissimi risvolti positivi – ci aveva forse indotto a distinguere meglio l'essenziale dal superfluo, le Sezioni Unite (Cass. civ. 25 novembre 2021, n. 36596) ribadivano con fermezza la imprescindibilità del contraddittorio fra gli *essentialia* del processo⁽¹⁾. Cosa – si direbbe – ovvia, ma tutt'altro che banale visto l'eccessivo relativismo che

⁽¹⁾ «*Substantialia processus*» nell'acuto scritto di A. Panzarola, *Sulla ricerca dei substantialia processus* (in questa *Rivista* 2015, 680).

pervadeva uno degli orientamenti del contrasto risolto, quello sconfessato appunto dalle Sezioni Unite. Il quale orientamento non negava certo l'importanza del contraddittorio, e tuttavia finiva con il porre accanto ad esso, se non quale controlimite, per lo meno quale temperamento del rilievo impugnatorio della sua violazione, il principio della ragionevole durata del processo. Ciò che è di per sé spiacevole perché la ragionevole durata del processo, per quanti sforzi si facciano, resta un valore-mezzo, mentre incommensurabili rispetto ad essa sono il contraddittorio come pure l'imparzialità quali valori-fine, coesenziali, appunto, ed anzi coincidenti con la giustizia della decisione. E correlativamente altro difetto ideologico di quell'orientamento, che le Sezioni Unite hanno giustamente inteso superare, era non già la riconduzione del rispetto del contraddittorio alla «forma» della decisione (cosa comprensibile, pur se a rigore, ma solo venialmente, erronea), bensì il perdere di vista la graduazione e la differenza funzionale tra le «forme» del processo (graduazione ben inteso predicabile anche tra distanti profili di violazione di presidi normativi a garanzia del contraddittorio) e cioè il fatto che la *radicale* vulnerazione del contraddittorio, come la violazione della imparzialità⁽²⁾ rende per definizione, a differenza di altri vizi o nullità formali, impossibile ricondurre a giustizia qualsivoglia contenuto materiale e sostanziale della decisione del giudice.

L'occasione per simile, assolutamente condivisibile, presa di posizione di alto principio e per così dire ideologica era appunto data alle Sezioni Unite della necessità di risolvere un contrasto giurisprudenziale sul carattere *autonomo* o meno – io vorrei dire da ora in poi *autosufficiente* – della vulnerazione del contraddittorio nel senso della invalidità della decisione, pur scontata la nota e perfino qui invalicabile necessità della conversione in mezzo o motivo di impugnazione avverso la decisione medesima. Le Sezioni Unite – risolto il contrasto nel senso del carattere sicuramente autonomo o autosufficiente – ne hanno tratto spunto per completare l'opera delineando più o meno esplicitamente il rapporto complessivo fra il rilievo di quella violazione ed il sistema delle impugnazioni, il quale è tutt'altro che monolitico ed anzi articolato secondo modalità ben diverse a seconda che si passi dal primo al secondo grado, o da questo al grado di legittimità.

Ma è proprio a riguardo, e sul piano operativo e pratico, che la parte finale della sentenza delle Sezioni Unite n. 36596/2021 lascia l'amaro in bocca.

(2) Della imparzialità – si badi bene – e non della semplice indipendenza, quest'ultima anch'essa valore-mezzo.

In questo scritto si vuole soprattutto verificare se il senso di insoddisfazione e delusione suscitato⁽³⁾ dalla parte operativa e pratica della pro-

(3) Suscitato anche nella conclusione dell'accurato commento di una delle prime annotatrici della sentenza: cfr. V. Capasso, *Quando la nullità "fait nécessairement grief": le sezioni unite e la intrinseca offensività della nullità da violazione del contraddittorio*, in *Foro it.* 2021, 139 ss., la quale, tuttavia dopo una approfondita disamina dei temi coinvolti (cui non può che rinviarsi – oltre che all'ampia nota redazionale pubblicata sullo stesso fascicolo del *Foro it.*, 126 ss. – anche per ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza sulle complesse questioni, di dettaglio e di campo, coinvolte), pare tuttavia quasi scoraggiata e non propensa a superare la insoddisfazione.

Hanno salutato del tutto positivamente le affermazioni di principio delle Sezioni Unite anche altri valorosi annotatori: B. Capponi, *Buone notizie delle Sezioni Unite sulle nullità processuali (e sul rapporto tra norme e principi)*, in *www.giustiziainsieme.it* 2021; F. Santagada, *Le Sezioni Unite sulla nullità della sentenza emessa prima della decorrenza dei termini ex art. 190 c.p.c.*, in *Judicium* 2021. Più cauto P. Biavati, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *www.giustiziainsieme.it* 2021.

Successivamente il dibattito a commento delle Sezioni Unite è proseguito su questa *Rivista* con gli intelligenti contributi di F. Auletta, *La nullità degli atti processuali ovvero taking (procedural) right seriously* 2022, 546 ss.; R. Donzelli, *Sulla nullità della sentenza emessa in violazione dell'art. 190 c.p.c.*, *ivi*, 556 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., tutti concordi nel salutare con favore per lo meno il principio apicale stabilito dalle Sezioni Unite, quello cioè della autonomia invalidante della violazione del contraddittorio.

Oltre ad essere accolta con favore quanto alla soluzione di principio di fronte allo specifico contrasto, alla sentenza delle Sezioni Unite è stato conferito, in alcuni di questi primi commenti, un valore per così dire simbolico o addirittura di generale filosofia del processo e del diritto (qualcosa in più insomma che la semplice, si fa per dire, teoria generale). Il più impegnato ed anche accattivante su questo versante mi è parso F. Auletta, nel primo paragrafo del suo scritto *La nullità degli atti*, cit., 547-549. Sebbene un tantino enfatica, può essere anche condivisa la sua affermazione secondo cui grazie a sentenze come questa si rafforza legittimamente l'idea secondo cui «rimane il processo l'unico luogo in cui, *taking right seriously*, è ancora possibile ed esigibile affermare la vigenza, almeno residuale, del criterio di *one-right answer*, senza che la pretesa del singolo possa invece incontrare in ogni circostanza più alternative legittime, così finendo contraibile al rango di interesse».

Condivido questa impostazione quando ad esempio ad essa Auletta – sul piano dei dettagli pur significativi – fa corrispondere la necessaria differente cautela nell'intrapresa dell'*overruling* in materia di regole del gioco processuali ovvero in materia di regole sostanziali, la cui lettura evolutiva è spesso fortemente spinta da tumultuosi ed inattesi sostrati socio-economici (rispetto ai quali le norme processuali sono tendenzialmente indifferenti), più di quanto non sia frenata, come dovrebbe accadere per le regole processuali, da esigenze pressoché assolute di prevedibilità. Ed in questo torno di tempo il pensiero preoccupato non può che andare alla ipertrofia giurisprudenziale – lasciamo stare per carità di patria quella normativa – in materia processuale (di cui però anche la sentenza delle Sezioni Unite è un frutto questa volta benefico) e da ultimo all'ormai noto incidente di percorso nel quale un gigantesco *obiter* della S.C. spiega a tutti, ed anche argomentatamente, che la domanda di condanna generica, e cioè uno dei ferri del mestiere più normali e pacifici ed utili per l'avvocato medio, non si può più utilizzare, e subito dopo reinterviene la S.C. a Sezioni Unite (n. 29862 del 12 ottobre 2022) per dire – con una motivazione per altro esemplare e con giusto richiamo *inter alia* alla «necessaria» stabilità della interpretazione delle norme processuali – «tranquilli stavamo scherzando».

Più in generale condivido la medesima impostazione anche quale strumento da opporre

nuncia delle Sezioni Unite possa essere superato in modo armonico rispetto al sistema nonché rispetto ai principi affermati dalle stesse Sezioni Unite; e la risposta positiva che si darà rappresenterà anche l'auspicio che la giurisprudenza – Cassazione in testa – ritorni in argomento ed integri correttamente il quadro. Il quale altrimenti resterà uno dei tanti «non finiti» delle botteghe cinquecentesche: pregevole quanto al disegno di partenza ma appunto inappagante.

2. – Prima di fare ciò occorre ricostruire in ordine logico, anche al di là della esposizione motivazionale, ed all'occorrenza chiosare il percorso delle Sezioni Unite.

(Auletta non lo dice, ma, ne sono sicuro, lo pensa) alla ipertrofica passione per le *adr* non aggiudicative come buone e sane in sé medesime (il diritto vivente, nel senso della aspirazione almeno tendenziale alla *one-right answer*, si fa con il processo e nel processo e non con le mutevolissime ragion pratiche che sottostanno all'*aliquid datum aliquid retentum*, ed è perciò che – scontata ogni giusta lamentela per l'*overload* e per l'abuso del processo – quest'ultimo, se rispettoso dei suoi *essentialia*, ha una intrinseca pregevolezza non solo solutoria rispetto al passato ma preventiva e «didattica» rispetto al futuro. Meno condivido la impostazione se spinta (ma non mi pare certo il caso dell'A. in questione) ad una sorta di panprocessualismo cieco dimentico del gigantesco fluire della attuazione spontanea come fattore principale della positività del diritto (l'unico ovvio problema essendo che per il giurista decifrare ciò che accade nei processi è piuttosto agevole, molto più difficile è seguire il fluire della attuazione spontanea, in parte «creativa» e adeguatrice, delle norme sostanziali; ma ogni tanto una maggiore attenzione, più o meno *a' la manière* del realismo nord-americano ormai storico, a ciò che accade negli studi degli avvocati o dei notai o negli uffici legali delle grandi imprese il giurista, anche teorico, dovrebbe concederla: più di una concessione a ciò, e davvero utilissima, sta nella amplissima raccolta *Clausole negoziali*, a cura di M. Confortini, I e II, Milano 2017-19).

Ma per il momento, e tornando all'argomento che ora ci occupa, non è tanto questo il punto. Il punto è che a mio avviso le ultime Sezioni Unite stoppano effettivamente la strada a qualunque relativismo, e difficilmente prevedibile mutevolezza di soluzioni giudiziali caso per caso, quando vi siano di mezzo non solo e non tanto le forme processuali ma appunto gli *essentialia processus*. Sennonché non si può certo dire che il relativismo insito nella applicazione, forzatamente ondivaga, del principio di offensività in ordine al rilievo delle nullità processuali tramonti con questa sentenza, e neppure che fosse in assoluto giusto il suo drastico tramonto. Tanta acqua dovrà ancora passare sotto i ponti e non solo quanto al processo civile (lo stesso Auletta, rammenta ad esempio l'«arretramento delle nullità in nome del pregiudizio effettivo» nel processo penale citando Cass. pen., sez. IV., 12 gennaio 2021, n. 893). E – come avrò modo di rilevare in più occasioni, nel testo ed in nota, nel seguito di questo scritto – le stesse ultime Sezioni Unite sembrano non proprio determinate ma sì sufficientemente propense, a limitare per il momento il tramonto del principio del pregiudizio effettivo tendenzialmente ai soli casi di ciò che cercherò di spiegare essere la vulnerazione *radicale* del contraddittorio (cui è senz'altro equiparabile la violazione della imparzialità). Altrettanto certamente – ed in ciò non può che darsi ragione all'approccio filosofico di Auletta – nel futuro scorrere dell'acqua sotto i ponti, queste Sezioni Unite daranno nondimeno un significativo *imprinting* antirelativista alla riflessione giurisprudenziale: nella selezione di ciò che è e di ciò che non è radicale violazione e del contraddittorio, e perfino nella attrazione al novero dei vizi autonomamente invalidanti di casi in cui il contraddittorio non è neppure traibile in campo.

Il fatto (processuale) anzitutto: nel testo di una sentenza d'appello la corte territoriale incautamente enuncia la data della deliberazione, «confessando» così di aver deciso la controversia un paio di settimane prima dello scambio fra le parti delle finali memorie di replica, posto che la data di pubblicazione della sentenza è invece sicuramente successiva a tale scambio. Il soccombente propone, anzitutto in ragione di ciò, ricorso per cassazione.

Prima di considerare rilevante per la definizione del ricorso il contrasto segnalato dalla Seconda Sezione – e posto che le Sezioni Unite avrebbero potuto ovviamente pronunciare comunque su tale contrasto nell'interesse della legge – occorre stabilire:

a) se si trattasse davvero in astratto di una violazione del contraddittorio e quanto grave;

b) in caso di risposta affermativa, se il fatto processuale che la determinava – e cioè che la *deliberazione* della sentenza avesse preceduto e non seguito lo scambio delle memorie di replica – fosse reale, e perciò comportante la violazione del contraddittorio, e non invece apparente perché l'indicazione della data di deliberazione potesse considerarsi frutto di semplice errore materiale.

a) Alla prima domanda la risposta delle Sezioni Unite è affermativa senza tanti fronzoli. E così deve essere. Pacifico che se la sentenza risultasse addirittura *pubblicata* senza attendere la esplicazione finale del contraddittorio scritto fra le parti non vi sarebbe remissione di peccati, non si vede perché la risposta possa essere diversa quando indebitamente anticipato è il momento della *deliberazione*.

Le Sezioni Unite hanno cura di precisare che la data di deliberazione «non è, a differenza di quella di sua pubblicazione (che ne segna il momento di acquisto della rilevanza giuridica), un elemento essenziale dell'atto processuale», ma ove essa sia indicata risulta evidente che la volontà decisoria (indifferentemente se del collegio o del giudice monocratico) si è formata fino a prova contraria prima di quel segmento finale. E che ciò rappresenti una *radicale* violazione del contraddittorio non possono esservi dubbi. Né le Sezioni Unite se ne pongono con riferimento ad un per vero irrilevante profilo «quantitativo». È indifferente che il giudicante abbia deciso prima delle sole repliche o della sola discussione orale ove prevista o disposta, o anche delle conclusionali, o semplicemente senza attendere le une o le altre, e addirittura senza disporle ove a ciò tenuto dalla legge.

Queste varianti «quantitative» sono per l'appunto irrilevanti perché, una volta che si sia stabilito, con la nota discrezionalità legislativa anche a fronte degli artt. 24 e 111 Cost., e nei congrui casi anche giudiziale (o soprattutto arbitrale), in quanti e quali momenti successivi debba esplicitarsi

la contraddittoria dialettica fra le parti, essa è poi una ed una sola e neppure un suo segmento può essere ignorato⁽⁴⁾.

Perciò – altro aspetto della solidità di un approccio di principio che ha da essere intransigente – solo l'uomo della strada, o lo psicologo o il sociologo possono chiedersi «ma davvero e quanto un giudice si fa influenzare dalle spesso ripetitive conclusionali o memorie di replica o interloquzioni orali?».

La risposta del giurista non è che non lo si può sapere o che la faccenda varia caso da caso. La risposta è che se la giustizia intrinseca della decisione giudiziale coincide con (e non già è semplicemente favorita da) l'essere emanata all'esito dell'intero contraddittorio stabilito per legge (come pure dall'essere emanata da un terzo imparziale), allora non è neppure possibile chiedersi, guardando in avanti oltre la decisione ingiusta se il suo contenuto sarebbe stato per avventura identico anche se il contraddittorio fosse stato integralmente rispettato (né più e né meno di come l'efficacia preclusiva impedisce di guardare indietro rispetto alla decisione processualmente giusta e chiedersi se davvero vi corrispondesse la realtà fattuale e giuridica in essa accertata). Solo vi è in quel caso da ripetere integralmente il percorso decisionale. E solo all'esito potrà darsi, ove si voglia, risposta a quella domanda; risposta per altro giuridicamente oziosa come la domanda medesima, visto che la precedente decisione più non vi sarà e sarà sostituita dalla nuova decisione; e se ciò dispiace alla «economia dei giudizi», *tant pis pour* l'economia dei giudizi.

(4) Rileva giustamente M. Stella, *La nullità*, cit. 571, nota 2: «altra cosa è invece dire che “la richiesta della parte di concessione di termine ai sensi del comma 6 dell'art. 183 non preclude al giudice di esercitare il potere di invitare la parte a precisare le conclusioni ed assegnare la causa in decisione”». Così infatti dicono Cass. civ. 6 maggio 2020, n. 8510 e numerose altre. Qui come osserva Stella «vi è una norma quale l'art. 187 c.p.c. che abilita il giudice a rimettere subitanamente la causa in decisione, là dove egli ravvisi questioni pregiudiziali o preliminari definitorie già mature e non bisognose di istruttoria». In effetti se si assegna così primazia all'art. 187 c.p.c. sull'art. 183 c.p.c. (si può ovviamente non essere d'accordo, ma a me la soluzione pare corretta) è segno che è lo stesso legislatore a rendere nei congrui casi non necessarie le memorie *ex art.* 183. Non così per conclusionali e repliche.

Resta poi fermo che, emanata a seguito di subitaneo trattenimento in decisione sentenza non definitiva e separata ordinanza di rimessione in istruttoria, le memorie *ex art.* 183 richieste, ma legittimamente a suo tempo non concesse, devono successivamente essere assegnate, pena la soppressione di un segmento di contraddittorio a quel punto doveroso, con le stesse conseguenze, perciò, che si hanno in caso di soppressione del segmento finale.

Accurati richiami alla giurisprudenza della Cassazione che già in precedenza (e non era infatti questo il *focus* del contrasto sottoposto alle Sezioni Unite) aveva fatto giustizia dell'idea del «carattere puramente illustrativo» degli scritti conclusivi, sono in R. Donzelli, *La nullità*, cit. 557.

Al che corrisponde per l'appunto il nucleo essenziale del carattere *autosufficiente* della radicale violazione del contraddittorio come causa di invalidazione, affermato in principio dalle Sezioni Unite, che è anche, come si vedrà, il principio tradito dai deludenti svolgimenti operativi finali delle stesse Sezioni Unite in ordine al rilievo impugnatorio.

Ho utilizzato sopra l'espressione «*radicale* violazione del contraddittorio» non in senso quantitativo bensì in senso qualitativo. Non è espressione tratta dal *wording* delle Sezioni Unite, ma essa è a mio avviso feconda al fine di evitare esagerazioni proprio quanto al ritenuto (dalle Sezioni Unite) carattere di per sé invalidante dalla violazione. Ne dirò dunque specificamente a tempo debito.

3. – *b)* Quanto alla seconda domanda, la idea che la eventuale indicazione di una data di deliberazione della sentenza anticipata rispetto alla chiusura del contraddittorio corrisponda sempre a mero errore materiale correggibile circolava da tempo⁽⁵⁾. Le Sezioni Unite la sconfessano giustamente quanto solennemente: non la si può certo ritenere apoditticamente una svista dato che è anzi «*fisiologico che il momento deliberativo della sentenza*» preceda «*sempre la pubblicazione che è atto di cancelleria conseguente a precisi ed ulteriori incumbenti*». Vale dunque, semmai, la presunzione opposta. Le Sezioni Unite non lo dicono, ma siffatta presunzione può essere ovviamente vinta: da, per vero rari, riscontri di prova contraria diretta, o più probabilmente da presunzione contraria (basta che la data indicata sia ad esempio palesemente incongrua rispetto allo svolgimento del giudizio, perché precedente al suo stesso sorgere)⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Vedi ad esempio Cass. civ. n. 21806/2017 e, subito prima dell'intervento delle Sezioni Unite, Cass. civ. n. 3569/2021.

⁽⁶⁾ Se è il collegio ad aver deliberato anticipatamente, ad assicurare il lieto fine, in modo un tantino ipocrita (ma non sapremo mai quanto), basterà che ci si avveda di ciò prima della pubblicazione e si riconvochi la camera di consiglio per nuova deliberazione *ex art. 276 c.p.c.* (lo segnala giustamente F. Auletta, *La nullità*, cit. 551, rammaricandosi se ben intendo che le Sezioni Unite non l'abbiano precisato in motivazione (...); sarebbero state allora fin troppo pignole e didascaliche).

Il giudice monocratico che si avveda in tempo avrà per la soluzione a lieto fine spazi di ancor maggiore ipocrisia: gli basterà depositare sentenza emendata quanto alla data di deliberazione; l'avrà concepita ed effettivamente scritta prima di conclusionali e/o repliche, ma lo sapranno solo lui e la sua coscienza. Il senso di scoramento che questa marginale realtà suscita nell'uomo della strada (meno nel giurista) finisce per confermare la necessità dell'assoluto rigore nel sorvegliare sugli *essentialia processus*: nonostante qualunque rigore, infatti, il giudice ha già tanti inevitabili margini di imperscrutabile libertà; dobbiamo e possiamo fidarci del giudice purché per lo meno la griglia del rispetto delle garanzie essenziali sia assoluta ed imprescindibile.

4. – Giunte poi di fronte al contrasto rimesso loro, le Sezioni Unite lo risolvono in modo ineccepibile.

In estrema sintesi, richiamato quanto qui già anticipato al par. 1, scelgo fior da fiore i passaggi argomentativi che mi paiono più significativi e sufficienti, e però riordinandoli secondo un personale criterio:

a) All'orientamento secondo cui «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 tale modo risulta impedito ai difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa» (7), «si è contrapposto nel tempo l'indirizzo che richiede, invece, ai fini della nullità della sentenza», derivante da violazione del contraddittorio e della difesa, «anche l'allegazione (e la prova) di un 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» (8).

A fondamento comune di tale secondo orientamento sta la intenzione di «evitare eccessi formalistici, a fronte della prevalenza, invece, di principi di economia processuale, ragionevole durata del processo e interesse ad agire».

b) Sennonché: «se è vero come è vero che quello del contraddittorio, di cui il diritto di difesa finisce per essere compiuta espressione (9), è il

(7) Vedi tra le meno risalenti Cass. civ. n. 20158/2015, Cass. civ. n. 24636/2016, Cass. civ. n. 26883/2019.

(8) Vedi ad esempio Cass. civ. n. 4020/2006, Cass. civ. n. 24969/2018 e da ultimo Cass. n. 7413/2021.

(9) Su ciò si potrebbe forse questionare *ad infinitum*. Ho sempre creduto che fra diritto di difesa e contraddittorio (e se si vuole fra art. 24, comma 2° e art. 111, comma 1°, Cost.) vi sia una relazione per così dire biunivoca e senza graduazione logica, una relazione cioè di assoluta immedesimazione e compenetrazione dovuta per l'appunto alla circostanza che non è possibile stabilire quale sia – per usare le parole delle Sezioni Unite – il «cardine» e quale sia l'«espressione del cardine». La ragione di ciò mi sembra molto semplice e risiede nella diversità dei piani e cioè nel fatto che il primo principio o presidio (il diritto di difesa) guarda in primo luogo *alla parte* ed appunto al suo diritto processuale nei confronti della controparte non meno che del giudice, l'altro (il contraddittorio) guarda direttamente allo svolgimento del rapporto processuale trilatero e dunque alle parti ed al giudice. Sennonché anche il primo va naturalmente esteso ad ogni parte. Perciò l'affermazione incidentale delle Sezioni Unite si potrebbe agevolmente ribaltare e potrebbe ben dirsi che «il contraddittorio finisce con l'essere compiuta espressione del diritto di difesa». Ma ci si renderebbe subito conto che anche tale ordine è fallace, perché il contraddittorio, come regola del processo e per il giudice, non è altro che il diritto di difesa pariteticamente assegnato (e non potrebbe

principio cardine del processo giurisdizionale, a niente serve evocare come limite il diverso principio di economia processuale»⁽¹⁰⁾.

Detto in altre parole (che certo difficilmente potevano essere utilizzate proprio dalle Sezioni Unite, o forse sì?): il principio di economia processuale può valere e può essere valso (discutibilmente, ma ormai è acqua ben passata) a riscrivere l'art. 37 c.p.c. ed a minimizzare il mancato rilievo officioso del difetto di giurisdizione, ma lì non vi era, come invece qui, di mezzo altro valore costituzionale sicuramente poziore⁽¹¹⁾.

c) Quanto poi alla (pur giusta ma anodina se non circostanziata) aspirazione all'«antiformalismo», è senz'altro vero che «l'esattezza del rito non è mai suscettibile di essere considerata come fine a sé stessa, donde può essere invocata solo per riparare anche ad una precisa apprezzabile lesione».

Ma le Sezioni Unite icasticamente replicano (con successivi ulteriori condivisibili svolgimenti): «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 di diritti processuali essenziali, come il diritto al contraddittorio e alla difesa giudiziale. Che è 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⁽¹²⁾, 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»⁽¹³⁾.

A me pare che la distinzione fra violazione (radicale) del contraddittorio e semplice errore sul rito, che le Sezioni Unite enfatizzano, meriti di esser tenuta ferma⁽¹⁴⁾, pur potendo essa sfumare nei singoli casi concreti.

che essere così per logica, ed in assenza di regola contraria, anche se un principio di parità delle armi non fosse espressamente stabilito) nel concreto del processo ad entrambi le parti.

⁽¹⁰⁾ Vedi a riguardo anche *infra* la nota 18, nonché la piena ed argomentata conclusione sul punto e sulla ferma graduazione dei valori in gioco di R. Donzelli, *La nullità*, cit. 564.

⁽¹¹⁾ Il confronto è giustamente adombrato da M. Stella, *op. cit.*, 574.

⁽¹²⁾ O a singola disposizione del rito, della cui violazione dovrà semmai dimostrarsi in concreto la incidenza effettiva e lesiva sul contraddittorio e la difesa.

⁽¹³⁾ Si veda per altro in proposito anche quanto si osserverà *infra* alla nota 23.

⁽¹⁴⁾ Perplesso in proposito è invece R. Donzelli, *La nullità*, cit. 560-561.

Ogni (diverso) rito è per definizione idoneo al rispetto del contraddittorio altrimenti sarebbe incostituzionale, e la sua adozione, così come è discrezionale per il legislatore a fronte della garanzia costituzionale del contraddittorio, è *in thesi* rimediabile e sanabile ove erronea nel singolo caso concreto, non potendo appunto il «rito» esser fine a sé stesso, né coincidere la giustizia della decisione con l'adozione integrale del rito esatto. Altro discorso è poi che l'errore sul rito possa (ma non sempre debba) volgersi in violazione del diritto di difesa; ma appunto occorrerà dimostrarlo, dimostrare cioè il concreto pregiudizio arrecato al contraddittorio, e verificare poi se la vulnerazione sia davvero radicale al punto da invalidare di per sé l'intera decisione.

d) Quanto poi all'interesse ad agire (e qui a dolersi di una invalidità di atto processuale) – altro profilo posto alle volte a fondamento dell'orientamento disatteso delle Sezioni Unite – non è che si tratti di profilo liquidabile come irrilevante per definizione⁽¹⁵⁾.

È piuttosto che se l'atto è quello decisorio e la invalidità corrisponde ad una violazione, quella del contraddittorio, che rende quell'atto per definizione ingiusto quale che sia il suo contenuto, è proprio questa affermazione, costituzionalmente fondata, ad occupare per prima il campo logico. Dopo di che l'interesse a dolersi è ovviamente *in re ipsa*.

e) Conferma della necessità di accordare prevalenza all'orientamento che predica la «autosufficienza» invalidante della violazione del contraddittorio si ha – sempre secondo le Sezioni Unite – guardando al 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 arbitrato», e ragionando perciò nel senso della assoluta incongruenza che il contraddittorio e la difesa, dal punto di vista delle conseguenze invalidanti della loro violazione, siano trattati «meglio» o considerati con più cura in relazione al giudizio privato di quanto non lo siano in relazione al giudizio statale. «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. civ., sez. 1, n. 1099-16, Cass.

⁽¹⁵⁾ Così – se male non intendo – mi pare invece orientato M. Stella, *La nullità*, cit. 577, ove si dice dell'«eccentrico richiamo alla figura dell'interesse ad agire» il quale «per vero non gioca alcun ruolo nel discorso sulla nullità degli atti processuali, loro rilevanza e sanatoria».

civ., Sez. 1, n. 28660-13 e v. pure, implicitamente, Cass. civ., Sez. 1, n. 24008-21, Cass. civ., Sez. 1, n. 28189-20, Cass. civ., Sez. 1 n. 2717-07)».

Qui in realtà il discorso è più complesso.

La esistenza di un motivo specifico e autonomo quale quello *ex art.* 829, n. 9, c.p.c. nel catalogo dei vizi invalidanti il lodo, dipende dall'essere l'impugnazione del lodo a critica vincolata, e sarebbe dunque di per sé neutra rispetto alla soluzione del contrasto rimesso alle Sezioni Unite quando si assumesse come termine di confronto, rispetto al lodo, la sentenza giudiziale di primo grado. Meno neutra, invece, pensando alla sentenza d'appello ed al fatto che il catalogo «a critica vincolata» *ex art.* 360, n. 5, c.p.c. non comprende nulla di specificamente simile all'art. 829, n. 9. Ma per ciò vi sono tante ragioni, ed in ogni caso non è certo la presenza dell'art. 829, n. 9 che avrebbe potuto impedire l'affermarsi dell'orientamento sul carattere *non autonomamente* invalidante della lesione del contraddittorio (orientamento ora scartato dalle Sezioni Unite per la sentenza) in relazione al lodo arbitrale. Il che non pare sia accaduto.

Sul piano sistematico, tuttavia, ciò potrebbe non essere accaduto proprio perché il lodo è di regola insindacabile per ragioni di merito di fatto o di diritto, e dunque risulterebbe incongruo assegnare alla corte d'appello un potere-dovere di verificare, oltre alla pura e semplice violazione del contraddittorio ed al solo scopo di dare ingresso al suo riscontro, la sussistenza di un conseguente errore di merito, che essa non potrebbe invece verificare, ai fini del rescindente, sotto l'ombrello di alcun altro diverso e distinto motivo del catalogo. Se così fosse l'argomento *a fortiori* adombrato dalle Sezioni Unite (come si fa a tutelare il contraddittorio più e meglio nell'arbitrato che nel giudizio ordinario?) potrebbe non valere granché, ed anzi risultare al postutto ideologicamente ribaltabile: il contraddittorio deve tutelarsi «più e meglio» nell'unico grado di merito innanzi ai giudici privati (con le opportune conseguenze impugnatorie) proprio perché la cognizione di merito degli arbitri non è altrimenti controllabile, a differenza di quella del giudice di primo o di secondo grado⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Diversamente orientato mi sembra F. Auletta, *La nullità*, cit., che parimenti considera incongruo il confronto svolto dalle Sezioni Unite con il giudizio arbitrale, ma per ragioni diverse (e per così dire fondate, all'opposto di quanto osservo nel testo, su un minor quoziente di contraddittorio nell'arbitrato) che tuttavia non mi persuadono (l'«annullabilità», piuttosto che la nullità, predicata dall'art. 808-ter c.p.c. per il lodo irrituale emesso in violazione del contraddittorio, mi pare argomento secondarissimo visto il carattere praticamente effimero della distinzione in materia processuale; e la «espressa sanzione di nullità», richiesta alla volontà compromissoria all'art. 829, n. 7 c.p.c. per il lodo rituale, è del tutto

In ogni caso quell'argomento *a fortiori* è, nel ragionamento delle Sezioni Unite, solo confermativo e tutto sommato marginale⁽¹⁷⁾.

f) Una volta assegnata argomentata prevalenza all'orientamento pre-scelto, le Sezioni Unite precisano ulteriormente (ancor qui con compiuti svolgimenti): «La ragione per cui, nonostante la mancanza di un'esplicita sanzione per "inosservanza di forme", le norme citate [quelle cioè che presidiano il segmento finale del dispiegarsi del contraddittorio] 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». Ed è ovvio che la violazione della disposizione ordinaria sottostante e specificamente invocabile nel caso di specie, e cioè dell'art. 190 c.p.c., divenga in fin dei conti secondaria.

Le Sezioni Unite hanno dunque occasione di ricostruire nel modo migliore l'inquadramento concettuale della invalidità derivante dalla violazione del contraddittorio.

Sebbene al fine di superare l'ostacolo della assenza di espressa previsione di legge (art. 156 c.p.c.) non sarebbe affatto eretico discorrere di «mancato raggiungimento dello scopo», ove una decisione giudiziaria sia resa in violazione del contraddittorio come anche in violazione della imparzialità, essendo contraddittorio ed imparzialità non solo funzionali bensì coesenziali alla giustizia della decisione e coincidenti con essa ed essendo scopo della decisione quello di essere giusta, non vi è alcun bisogno di un simile complicato castello concettuale. Esso oltretutto ha il difetto di poter turbare qualcuno (non il sottoscritto) ove in definitiva si sia costretti a concludere drasticamente che scopo della sentenza è (anche) decidere in

fuori campo quando vi sia di mezzo il vizio radicale *ex art.* 829, n. 9, salvo ovviamente che il riscontro di quel vizio sconta la nebulosa libertà di forme in arbitrato: v. la nota successiva).

(17) Da aggiungere, a proposito del giudizio arbitrale, che in assenza di apposite (e come ognuno sa rarissime) determinazioni delle parti, gli arbitri sono liberi, purché il contraddittorio sia nel complesso ed in relazione al caso concreto assicurato, di non assegnare memorie conclusive di sorta, ma se le assegnano non possono certo rimangiarsi la parola e decidere prima che le parti abbiano completato la loro prevista dialettica.

Vi è infine da osservare che proprio la libertà di forme del giudizio arbitrale rende il pur indiscutibile carattere autonomamente invalidante dalla violazione del contraddittorio, nel giudizio di impugnazione del lodo, di fatto ed in qualche modo più sfumato: se gli arbitri assegnano le sole conclusioni e non le repliche, dedurre in sede di impugnazione la violazione del contraddittorio (in assenza del carattere *ex lege* necessitato di quelle repliche) significherebbe invariabilmente dimostrare alla corte d'appello perché, in relazione al peculiare caso concreto, le repliche sarebbero state essenziali al rispetto del contraddittorio; sicché la contaminazione fra motivo «autonomamente invalidante» imperniato sulla violazione del contraddittorio e «merito» sarà forzatamente maggiore.

contraddittorio e imparzialmente, e soprattutto ha il difetto di ricondurre la violazione del contraddittorio e della imparzialità al modesto circolo delle nullità formali *ex artt.* 156 ss. (operazione concettuale questa che è semmai utile quando proprio non se ne può fare a meno, e cioè al fine di estendere la nullità-inesistenza *ex art.* 161, comma 2°, c.p.c., impedendo così che passi in giudicato una decisione viziata dal vizio più atroce e cioè dalla effettiva coincidenza del giudice con una parte).

È invece sufficiente rilevare – come rilevano le Sezioni Unite – che «il fenomeno della nullità processuale va oltre la mera “inosservanza di forma”», o se si vuole che gli *errores in procedendo* invalidanti, restando poi da stabilire quanto e come invalidanti, non sono certo tutti riconducibili agli artt. 156 ss. c.p.c.

«Per quanto quello dell’inosservanza della forma (*id est* del paradigma) dell’atto sia il terreno naturale della nullità, vi è che un atto processuale può essere formalmente perfetto in rapporto al suo specifico modello legale e tuttavia anche nullo per violazioni di altro genere, come per l’appunto quelle relative all’esistenza (o al dispiegarsi) del potere di compierlo. In questa prospettiva una specifica previsione di nullità neppure è necessaria, perché non può considerarsi indifferente che una potestà decisionale risulti concretizzata quando la legge non lo permette. La sentenza non fa eccezione, nel senso che l’affermazione di insussistenza della potestà di deliberare apre la prospettiva dell’invalidità a prescindere da un aspetto propriamente “formale”»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Sul fondamento costituzionale di un simile ragionamento, nonché del principio del contraddittorio (fondamento che le Sezioni Unite ovviamente non mancano di richiamare) non vi è davvero bisogno di insistere. Ed a fronte di tale fondamento costituzionale (si tratta della vulnerazione di un principio che la Costituzione e la CEDU considerano non solo funzionale alla, ma coincidente con la giustizia sostanziale della decisione giudiziale, e così è anche per la violazione della imparzialità, così non è evidentemente per la violazione della durata ragionevole: ecco la elementare graduazione fra i valori costituzionali del processo) mi pare non abbia davvero senso richiamare ad ulteriore conferma – come invece fanno le Sezioni Unite (cautamente condivise sul punto specifico, da R. Donzelli, *La nullità*, cit., 560 ma anche anticipate ad esempio, ed in generale riguardo alla base del riscontro di nullità processuali fuori dai casi previsti espressamente dalla legge, da F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2012, 446) – una delle disposizioni peggio scritte del nostro codice di rito e cioè quell’art. 360-*bis*, comma 2° che o è imperscrutabile oppure è ovvio nel confermare l’eccezionalità dei principi regolatori del giusto processo: nel primo caso è disfunzionale a qualsiasi ragionamento di principio, nel secondo caso è del tutto inutile, a fronte degli artt. 24 e 111 Cost., trarre in campo l’art. 360-*bis*, n. 2. Il quale è oltretutto concettualmente pericoloso, visto che – come lo stesso Donzelli, *op. loc. ult. cit.*, non manca di ricordare – esso ha dato perfino il destro a quel dogma della necessità del «pregiudizio effettivo» che ora le Sezioni Unite intendono, almeno con riferimento ai casi di vulnerazione del contraddittorio, svellere.

Sulla non pertinenza del richiamo all’art. 360-*bis*, n. 2, v., sotto parzialmente diversi

La categoria della nullità extraformale che le Sezioni Unite evocano in questi passaggi pur senza nominarla, e che ben si attaglia alle ipotesi di violazione del contraddittorio e della imparzialità è concettualmente utile anche se perfino non necessaria.

Non necessaria perché la invalidazione per via impugnatoria di una sentenza non avrebbe neppure bisogno della evocazione della nullità, potendo ben passare per il riscontro della vulnerazione di una regola – pur diversa da quella di stretto diritto sostanziale – che comporta la radicale ingiustizia/erroneità della sentenza, la quale è dunque ingiusta per quanto in astratto giusto possa essere il suo contenuto di merito, e dunque è ingiusta nel merito, potendosi anzi perfino rinunciare in tal caso alla distinzione fra merito e rito. Comunque, utile perché discorrere di nullità extraformale evidenzia per l'appunto correttamente il travolgimento integrale dell'atto-sentenza a prescindere da qualsivoglia suo contenuto decisorio⁽¹⁹⁾.

g) In conclusione – ed è questo il principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite con rigorosa attinenza al caso concreto (violazione del contraddittorio riscontrabile nel grado di appello e conseguente ricorso per cassazione) – «la parte che proponga l'impugnazione della sentenza d'appello deducendo la nullità della medesima per non aver avuto la possibilità di esporre le proprie difese conclusive ovvero per replicare alla comparsa conclusionale avversaria non ha alcun onere di indicare in concreto quali argomentazioni sarebbe stato necessario addurre in prospettiva di una diversa soluzione del merito della controversia; la violazione determinata dall'aver il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i

profili, anche F. Santagada, *Le Sezioni Unite sulla nullità*, cit., e F. Auletta, *La nullità*, cit., 553. Altro discorso è quello (che in relazione al rapporto fra nullità autonomamente invalidante e sistema delle impugnazioni tornerebbe utile, se non fosse che le ultime Sezioni Unite come si dirà infra al par. 7 finiscono col limitare di molto e non condivisibilmente gli spazi) secondo cui l'art. 360-bis, n. 2 potrebbe trovare applicazione «per l'errore del giudice di primo grado denunziato in appello» ed «erroneamente escluso dal giudice d'appello» (cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*, II, Torino 2019, 600).

⁽¹⁹⁾ Posto quanto si è appena chiarito, il richiamo al principio di conversione ex art. 161, comma 1°, c.p.c. può del tutto legittimamente essere tratto in campo in via pacificamente estensiva anche ove la violazione del contraddittorio (ovvero questa o quella violazione del contraddittorio ed in particolare quella radicale di cui ci occupiamo) sia ricondotta – come le Sezioni Unite finiscono per ricondurla – fuori dall'alveo ristretto delle nullità formali ex artt. 156 ss. c.p.c. ed invece nell'alveo delle nullità extraformali. Ma la regola della conversione sarebbe ovvia, siccome intrinseca alla formazione del giudicato formale (e precisata espressamente nell'art. 161, comma 1°, c.p.c. solo a scanso di equivoci di matrice storica derivanti dal fantasma dell'autonoma *actio nullitatis*), anche ove si volesse semplicemente discorrere – senza neppure far ricorso a qualsivoglia categoria di nullità – di ingiustizia-erroneità integrale della sentenza per violazione di una regola fondamentale.

termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza per impedimento frapposto alla possibilità dei difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa, in quanto la violazione del principio del contraddittorio, al quale il diritto di difesa si associa, non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma implica che il contraddittorio e la difesa si realizzano in piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo».

5. – Può esservi, in relazione alla perdurante affermazione del carattere autosufficiente delle violazioni del contraddittorio, una differenza qualitativa interna al novero ed al tipo di tali violazioni.

Il profilo non è trattato da queste Sezioni Unite, ma riterrei senz'altro di sì ed è perciò che – come ho anticipato *retro* al par. 2 – preferisco discorrere, di là dalla espressione delle Sezioni Unite, di «radicale violazione» del contraddittorio (in senso appunto qualitativo) come ragione autosufficiente di invalidazione.

Decidere la lite prima che le parti abbiano esaurito il loro dibattito nella compiutezza delle sue articolazioni predeterminate è una radicale violazione del contraddittorio, poiché è potenzialmente su tutte le questioni da decidere che il giudice, nel suo imperscrutabile foro interno, si è formato un convincimento senza ascoltare integralmente le parti. Ed è appunto perciò che l'unico modo per scoprire se quel «potenziale» deficit è stato reale è invalidare la decisione e rifarla (v. *retro* par. 1).

Decidere la lite imboccando la «terza via» in diritto è certamente una violazione del contraddittorio, ma non radicale. Nel senso che è allora perfettamente individuabile (non tanto e non solo il segmento del contraddittorio vulnerato bensì) il segmento della decisione ingiusta perché ignara del dire e contraddire. E quel segmento è solo rappresentato dal giudizio di diritto corrispondente all'imbocco della «terza via» e dunque su una o più determinate questioni. Ed è perciò – e non in nome di una economia processuale *bonne à tout faire* – che merita a mio avviso di restare ferma, anche dopo le Sezioni Unite del 2021, la tesi secondo la quale la violazione del contraddittorio finisce con l'essere irrilevante in sede impugnatoria se non si censura come erroneo quel giudizio di diritto. È del resto proprio una tale censura che schiude la opportunità della sufficiente ripetizione, nel grado successivo, del (solo) segmento decisionale viziato⁽²⁰⁾.

(20) Secondo R. Donzelli, *La nullità*, cit., 567 «non mancano ostacoli ad armonizzare quanto oggi sostenuto dalle Sezioni Unite con la pregressa giurisprudenza di legittimità»

Analogamente – seppur qui con parziale diversità dei connotati *non radicali* della vulnerazione del contraddittorio – se ad una parte è illegittimamente impedito di presenziare alla assunzione di una prova testimoniale in primo grado⁽²¹⁾ non è di per sé ed in assoluto ingiusta e travolta la decisione nel suo complesso. Ed è invece bene individuabile il segmento della decisione ingiusta perché spregiativa del contraddittorio. Ed esso consiste nella utilizzazione di quella prova, da parte del giudice di primo grado, per l'affermazione o negazione di un fatto rilevante ai fini del decidere. Pacifico dunque che l'assunzione della prova vada reiterata in appello a seguito dell'accoglimento dell'apposito motivo imperniato sulla nullità per violazione del contraddittorio e pacifico che ai fini dell'ammissibilità di quel motivo non abbia alcun senso pretendere che l'appellante censuri specificamente le deduzioni in punto di fatto che il giudice ha tratto dalla audizione (invalida) del teste⁽²²⁾, è altresì pacifico che il motivo relativo alla nullità della assunzione della prova è ammissibile solo se quella prova è stata effettivamente utilizzata ai fini del decidere in senso sfavorevole all'impugnante e se cioè davvero sia individuabile un segmento di decisione pregiudizievole causato dalla (non radicale) violazione del contraddittorio⁽²³⁾.

riguardo alle «sorti della sentenza della terza via». A me pare invece, ed ho cercato di argomentarlo implicitamente nel testo, che l'insegnamento delle Sezioni Unite ultime dovrebbe riferirsi solo alla *radicale* violazione del contraddittorio, e sia dunque perfettamente armonico (anche se l'esito operativo è in parte diverso) rispetto all'abituale orientamento sulla sentenza della «terza via».

(21) Traggio l'esempio da uno scritto di G. Balena, che avrò occasione di menzionare ad altro riguardo alla nota 32.

(22) Rinvio ancora *infra* alla nota 32.

(23) Perciò ha ben ragione M. Stella, *op. cit.*, 583 (al quale si rinvia per accurato riepilogo del dibattito più o meno recente sulla «sentenza della terza via») nel congetturare che la sentenza delle Sezioni Unite in discorso non condurrà ad un ripensamento dell'indirizzo apertosi con Cass. civ., sez. un., n. 20935 del 2009 su quel tipo (ben diverso) di violazione del contraddittorio.

Altro discorso è se sul piano generale, e si direbbe della teoria generale del processo, le ultime Sezioni Unite (che F. Santagada, *Le Sezioni Unite*, cit., e un a mio avviso innocuo passaggio della successiva Cass. civ. 16 marzo 2022, n. 8580 rammentato dallo stesso Stella, *op. cit.*, 577, nota 14, vorrebbero invece riferibili solo all'ambito della violazione del contraddittorio) condurranno ad un totale ribaltamento del c.d. «principio di offensività», altrove espresso con il noto brocardo «*pas de nullité sans grief*», o di quel poco o molto che ancora ne resta, in relazione ad ogni tipo di nullità anche formale. So bene che voci assai acute, anche al di là del rilievo dell'assenza di fondamento positivo di un tale principio nel nostro regime di nullità, si sono levate a più riprese contro di esso (v. ad esempio e soprattutto R. Oriani, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, 11 e più di recente A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, cit., 2015, 693; una rivisitazione del complesso tema che esula dagli angusti limiti di questo scritto è ora in R. Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli 2020).

Io sarei tuttavia un po' prudente in proposito (e prudenti mi sembrano anche le ultime

6. – Una volta risolto nel modo più condivisibile il contrasto, le Sezioni Unite ben percepiscono che l'affermata valenza autonoma o autosufficiente della violazione del contraddittorio quale ragione di invalidità della sentenza non significa che tale valenza, dovendo estrinsecarsi attraverso il sistema delle impugnazioni in ragione del principio di conversione *ex art. 161, comma 1°, c.p.c.*, operi nell'identico modo quale che sia il mezzo di impugnazione proposto.

L'assunto è fin troppo ovvio ma anodino. Occorre capire come esso vada in concreto declinato.

Questa la declinazione delle Sezioni Unite, confermativa di giurisprudenza pregressa che a mio avviso meritava invece di essere rimeditata con riferimento alla particolare ipotesi della radicale violazione del contraddittorio:

«Dopodiché v'è anche la necessità di raccordare la conclusione alla regola che postula la conversione delle nullità nel prestabilito mezzo di gravame.

Tale necessità ottiene di precisare che in modo parzialmente diverso l'onere processuale della parte si atteggia nel caso in cui il vizio riguardi invece la sentenza di primo grado [piuttosto che quella di secondo grado come nel caso risolto I dalle Sezioni Unite – N.d.r.].

Nell'ipotesi in cui la sentenza di primo grado sia stata deliberata anticipatamente rispetto alla scadenza dei termini dell'art. 190 c.p.c., non basta alla parte soccombente impugnare la sentenza denunziandone la nullità. Non le basta perché il giudice d'appello, una volta constatata tale nullità, non potrebbe rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., essendo tenuto a deciderla invece egli stesso nel merito.

Sezioni Unite nel passaggio riportato *supra* al par. 4, al richiamo della nota 12, ove, sia pure relativamente al particolare caso della erroneità del rito, non sembrano affatto voler seppellire definitivamente il principio di offensività), perché l'antiformalismo e la percezione delle forme processuali come mezzi e non come scopi non sono suggestioni trascurabili – quando non siano implicati gli *essentialia* del processo appunto – e perché molto spesso il problema, pur teoricamente interessantissimo, è praticamente falso: la nullità formale è sanata non a cagione della mancata indicazione del pregiudizio conseguito, ma a cagione del raggiungimento dello scopo (che è l'aspetto positivo del negativo consistente nella assenza, e dunque nella impossibilità di allegare, quel pregiudizio); il che è più che positivamente fondato. Quando invece è radicalmente violato il contraddittorio nessun raggiungimento dello scopo è predicabile se non prima si rinnova il giudizio. Analogamente e prudentemente orientato mi sembra R. Donzelli, *La nullità*, cit., 569: «bisognerebbe chiedersi se in alcune ipotesi una cauta valorizzazione del pregiudizio effettivo processuale possa costituire lo strumento per raggiungere un adeguato punto di equilibrio tra opposti valori costituzionali».

Poiché ciò comporta che la decisione avvenga sempre nei limiti delle doglianze prospettate, è in questo caso da individuare, sotto pena di inammissibilità, l'onere della parte di impugnare la sentenza di primo grado anche in rapporto alle statuizioni di merito (esattamente in questo senso Cass., Sez. 6-3, n. 4125-20, Cass., Sez. 3, n. 5590-11)».

E questa è l'*excusatio non petita* esposta subito di seguito dal supremo consesso nel (vano) tentativo di salvare capra e cavoli, e cioè principio sacrale e (asserite) conseguenze operative:

«Alla base della differenza non sta però una sorta di differente onere esplicativo della rilevanza della nullità in capo alla parte lesa (quasi che la nullità non sia in tale ipotesi essa stessa automatica), ma semplicemente il fatto che nel sistema di diritto processuale la nullità della sentenza si converte nell'apposito mezzo di gravame: l'appello o il ricorso per cassazione (art. 161 c.p.c.).

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 denunciare la nullità della sentenza distinto dall'appello, è dunque pienamente giustificato che alle regole e alle caratteristiche sostitutive dell'appello abbia a soggiacere anche la possibilità di dedurre un vizio di tal genere solo unitamente alle ulteriori doglianze di merito».

Tutto questo argomentare ha un apparente sentore di correttezza e rigore sistematico, ma al primo scalfire la vernice satinata esso già desta sospetto.

Perché una cosa è dire che una nullità per radicale violazione del contraddittorio è sì di per sé invalidante ma soggiace alla regola positiva della conversione (ed altrimenti alla preclusione del giudicato) valevole per tutte le nullità della sentenza. Le due affermazioni non sono evidentemente in contrasto, anzi la seconda è figlia della prima (violazione del contraddittorio → nullità → necessità di sua deduzione attraverso i mezzi di impugnazione) ed il carattere autosufficiente della violazione del contraddittorio ai fini della nullità è un invariante rispetto a questo rapporto positivamente necessitato. La virata, nel senso della sottrazione di tale ipotesi di nullità all'art. 161, comma 1°, c.p.c., dovrebbe dunque compierla il legislatore (non volendosi davvero trarre in campo la categoria della inesistenza come abusato *refugium peccatorum* e semmai invocabile in caso di vulnerazione della terzietà data della coincidenza fra giudice e parte, ma se

è invece violato «solo» il contraddittorio, la parte che non propone il gravame saprà ben gli affari suoi e la sentenza resta comunque emanata, male sî, ma da un giudice e perciò valida⁽²⁴⁾).

Ben altra cosa⁽²⁵⁾ è invece dire che la radicale violazione del contraddittorio è *in thesi* autosufficiente quale ragione di nullità, senonché in realtà non lo è e perciò deve essere necessariamente accompagnata da ulteriori doglianze di merito perché la sua deduzione deve «soggiacere» alle «caratteristiche sostitutive» dell'appello; e non viceversa, dovendo invece e semmai il carattere autosufficiente della ragione di invalidità, siccome discendente oltretutto da principio costituzionale, imporsi e conformare le caratteristiche sostitutive dell'appello (ben più malleabili di quanto non sia il principio di conversione connesso intrinsecamente alla essenziale garanzia di certezza del giudicato).

Insomma comunicare alla vittima della menomazione di un segmento obbligatorio di contraddittorio che non ha bisogno di spiegare al giudice d'appello cosa, se avesse potuto profittare di quel segmento, avrebbe detto di decisivo per invertire il segno della decisione, e però dirgli «perciò devi aggiungere apposite e distinte censure avverso il segno di quella decisione» significa all'evidenza che la prima rassicurazione semplicemente evapora. Perché bene che vada (almeno questo!) *quel che avrei potuto dire e non ho detto* lo dirò attraverso quelle apposite censure. Le quali censure dunque saranno per forza di cosa perfino un po' più libere del dovuto e del solito (perché con esse normalmente ed altrimenti indicherei al giudice d'appello non *ciò che avrei potuto dire* ma *ciò che ho detto* e non è stato considerato o è stato frainteso da quello di primo grado), ma di certo – se ritenute, come vogliono ora le Sezioni Unite, necessarie – varranno esattamente a dimostrare che la violazione del contraddittorio non è affatto autosufficiente

(24) Lo stesso è a dirsi per i casi di violazione del dovere di imparzialità diversi dalla radicale ed effettiva coincidenza soggettiva fra giudice e parte (ove cioè non si possa ragionevolmente discorrere di «non giudice», bensì solo di giudice parziale); ipotesi questa anch'essa rara - ma non rarissima come il dolo accertato con sentenza parziale passata in giudicato quale motivo di revocazione straordinaria - e deducibile invece (solo) con i mezzi ordinari di impugnazione quale nullità extraformale della sentenza (es. il giudice che abbia colloquiato sulle questioni da risolvere con il solo avvocato di una parte fuori dalle sedi canoniche, ammesso che lo si riesca a provare; ovvero il giudice che abbia suggerito ad una parte una certa strategia processuale, ammesso che lo si riesca a provare).

(25) Ben altra cosa insomma rispetto alla semplice riconduzione (anche) della nullità per violazione del contraddittorio rispetto al principio di conversione; che è invece cosa assolutamente ovvia, ma non certo bastevole a giustificare gli svolgimenti operativi delle Sezioni Unite che si stanno per sottoporre a critica (diversamente orientato mi sembra invece R. Donzelli, *Sulla nullità*, cit., 567).

come motivo di impugnazione e dunque non è neppur sufficiente come ragione di invalidazione visto che questa si ottiene e può ottenersi solo attraverso l'impugnazione.

Una conferma se si vuole particolarmente eclatante della prospettiva, che qui si preannuncia e sarà ancora sviluppata di seguito, si ha sostituendo per un momento alla radicale violazione del contraddittorio la violazione della terzietà del giudice e ponendo poi subito mente al fatto che non vi è alcuna ragione valida per differenziare le due ipotesi dal punto di vista della «gravità» invalidante e che la violazione della imparzialità è per l'appunto solo più eclatante perché implica sempre il soggettivo tradimento della missione giurisdizionale e mai una semplice per quanto grave distrazione.

Ebbene il punto di partenza del ragionamento di conferma – punto di partenza già confermativo esso stesso – è che nei casi riconducibili all'art. 395, n. 6, c.p.c., vuoi che siano posti a fondamento di una revocazione straordinaria avverso la sentenza di primo grado vuoi che siano posti a fondamento di un appello (come è del tutto inverosimile di fatto ma astrattamente possibile: arg. ex art. 396, comma 2, c.p.c.), la rinnovazione del giudizio di merito in sede rescissoria ha luogo in modo del tutto svincolato da qualunque ulteriore censura di merito o di rito, ulteriore censura del resto ed ovviamente neppure necessaria a monte per giustificare l'ammissibilità del mezzo rescindente. La faccenda non può essere diversa – perché sempre della vulnerazione dello stesso principio fondamentale e coesistente alla giustizia intrinseca della decisione si tratterebbe – qualora, pur al di fuori dell'accertamento del dolo penale con sentenza passata in giudicato, sia speso come unico motivo di impugnazione *ordinaria* e di radicale nullità della sentenza di primo grado un caso di palese violazione della imparzialità del giudice e lo si riesca a provare⁽²⁶⁾. Sarebbe assurdo pretendere che accanto all'unico motivo d'appello e per giustificare l'ammissibilità debbano spendersi ulteriori censure di merito, e del pari e correlativamente assurdo sarebbe che la rinnovazione «rescissoria» ad opera del giudice d'appello debba passare necessariamente e solo per l'esame di quelle ulteriori censure⁽²⁷⁾. Perché ciò vorrebbe dire che la

⁽²⁶⁾ Si vedano gli esempi, pur fortunatamente ipotetici, cennati *retro* alla nota 24.

⁽²⁷⁾ La circostanza che in caso di riscontrata materiale coincidenza fra il giudice e la parte, se ancora la si riconduce all'art. 161, comma 2, c.p.c., la rinnovazione del giudizio torni pacificamente, ai sensi dell'art. 354, comma 1, ultimo inciso, in primo grado e senza ulteriori limiti connessi all'eventuale contenuto «altro» della impugnazione, è conferma aggiuntiva di quanto si sostiene nel testo. La differenza fra la materiale coincidenza fra giudice e parte (il giudice socio della S.r.l. attrice o convenuta), che rende possibile discor-

sentenza di primo grado resa in violazione del dovere di imparzialità può anche essere una sentenza giusta e se è ingiusta lo è per ragioni prescindenti dalla parzialità del giudice: palmare negazione, questa, della coesistenza della imparzialità del giudice rispetto alla giustizia intrinseca della decisione.

7. – Ma prendiamo per buoni momentaneamente la base o meglio l'approdo operativo del ragionamento delle Sezioni Unite. Il problema è che su tale approdo – possibilità di impugnare con unico motivo per cassazione la sentenza d'appello violativa del contraddittorio (nonché, è da ritenersi, con unico motivo *ex art. 829, comma 1°, n. 9, c.p.c.*, il lodo arbitrale macchiato dello stesso vizio), necessità invece di motivi di appello ulteriori allorché si impugni per violazione del contraddittorio la sentenza di primo grado – si impianta, senza spazio di alternativa logica, nelle tre righe finali della motivazione, una «aggiuntiva conseguenza» apparentemente innocua nella sua letterale ed esplicita enunciazione, paradossale invece nelle sue implicite ma a loro volta inevitabili implicazioni. Per superare i paradossi, che le Sezioni Unite creano ma non risolvono, occorrerà dunque inevitabilmente ridiscutere quell'approdo operativo.

L'«aggiuntiva conseguenza» è 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 [se proposto solo per quel motivo] inammissibile per difetto di interesse, ove la sentenza d'appello fosse giunta, come suo preciso dovere, a decidere la causa nel merito».

Ma ciò vuol dire invariabilmente⁽²⁸⁾:

(i) che se la sentenza d'appello – dopo aver mancato di rilevare la nullità, del tutto indifferentemente se per omissione di pronuncia sul

rere di sentenza resa *a non iudice*, e la violazione contingente del dovere di imparzialità non comporta affatto una minore ma solo una diversa incidenza della seconda sulla radicale ingiustizia della decisione. Perciò possono mutare, nell'uno e nell'altro caso, le modalità processuali della rinnovazione del giudizio, ma non la effettività e la portata di tale rinnovazione.

⁽²⁸⁾ F. Auletta, *La nullità*, cit. 554 è anche egli assai perplesso di fronte alla «aggiuntiva conseguenza» finale della motivazione delle Sezioni Unite, «per la eccessiva densità delle implicazioni non svolte». A me pare che (a parte le altre indicate da Auletta) le «implicazioni non svolte» come si stanno per enunciare nel testo siano assolutamente imprescindibili ed evidenti se non si ribalti *ab imo* (come si tenterà fra breve di fare) il ragionamento finale (formulato *in obiter*, ed è proprio ed anche ciò che lo rende ribaltabile in concreto ed in futuro) delle Sezioni Unite, e che quelle implicazioni non svolte siano, più che eccessivamente dense, del tutto paradossali.

motivo o per violazione delle regole che presiedono al contraddittorio ed alla verifica della sua osservanza – ha deciso «come suo preciso dovere» «la causa nel merito» (*rectius* ha pronunciato in qualunque modo sull'appello anche in relazione ad altre questioni di rito), il motivo di ricorso per cassazione sul mancato rilievo della vulnerazione del contraddittorio è in realtà inammissibile per difetto di interesse a cagione della correttezza per il resto della decisione d'appello e del suo passaggio in giudicato siccome non impugnata sul resto;

(ii) che dunque quel motivo ridiviene all'apparenza sorretto dall'interesse sol che «per il resto» la sentenza d'appello non passi in giudicato e dunque sol che la Cassazione sia investita anche da altri motivi sul merito (*rectius* sugli altri contenuti) della decisione d'appello;

(iii) che tuttavia se tali altri motivi di ricorso sono respinti, ne discenderà che «per il resto» la decisione d'appello è corretta ed il giudice d'appello aveva fatto, per usare le espressioni delle Sezioni Unite, il «suo preciso dovere»; e ritorna dunque inutile chiedersi se il giudice d'appello abbia errato o meno nel non rilevare la vulnerazione del contraddittorio in primo grado; ed anzi è inutile chiederselo, e dunque esaminare il relativo motivo di ricorso, anche se uno o più di quegli altri motivi siano accolti, perché o la Cassazione deciderà senza rinvio *ex art.* 384 c.p.c. sostituendo l'esercizio corretto dal «preciso dovere» di decidere il merito allo scorretto esercizio di quel dovere da parte del giudice d'appello, o tale compito sarà commesso al giudice di rinvio, lasciando in entrambi i casi uscire fra le quinte e poi dal teatro, come un comprimario della Traviata dopo il primo atto, il pur «ideologicamente» tanto sacrale rispetto del contraddittorio nonché la sua violazione (ed a me spiace già istintualmente che sua maestà il contraddittorio sia equiparato ad un comprimario della Traviata);

(iv) che dunque – e detto in altro modo – proposto in Cassazione il motivo concernente il mancato rilievo del vizio di contraddittorio in primo grado e proposti anche gli «altri motivi» al fine di supportare l'interesse a proporre il primo, proprio questo potrebbe e dovrebbe a rigore considerarsi (salvo il caso particolare di cui si dirà *infra sub 9*) *in limine* «assorbito» sol perché gli «altri» motivi sono *semplicemente proposti* (mentre l'assorbimento di un motivo dovrebbe sempre seguire e non certo precedere l'esame degli altri ed il loro accoglimento); il che – oltre a risultare davvero difficilmente digeribile sul piano logico – è come se il comprimario della Traviata neppure entrasse in scena al primo atto;

(v) che abbiamo insomma un motivo di ricorso, quello relativo al mancato rilievo da parte del giudice d'appello della vulnerazione del con-

traddittorio in primo grado, che o è carente di interesse ovvero sia è inutile in ogni caso; ed un motivo inutile in ogni caso è un motivo finto, un motivo che non c'è almeno come mezzo idoneo di per sé ad invalidare la sentenza impugnata, e la grave vulnerazione del contraddittorio cui esso si riferisce annega (o sguazza) nell'acqua di rose in netta antitesi con lo spirito complessivo del nuovo o seminuovo insegnamento delle Sezioni Unite.

8. – Per superare questi esiti paradossali occorre, come detto, rimontare indietro fino all'approdo della motivazione delle Sezioni Unite che concerne il coordinamento fra rilevanza della violazione del contraddittorio e la diversità fra i gradi di impugnazione, ed in particolare le caratteristiche del giudizio d'appello come legislativamente discrezionale (perché, come ognuno sa, il doppio grado di giudizio non è imposto dalla Costituzione) giudizio sostitutivo a seguito di motivi specifici e con possibilità di remissione al primo giudice circoscritte rigorosamente dal legislatore.

Siamo sicuri che non si possa saltare il fosso? Siamo sicuri che l'alternativa sia sempre e solo fra *novum iudicium* integrale (ben inteso nel senso debole di rinnovazione della cognizione su tutto il materiale di primo grado tendenzialmente esclusi i *nova*) previa remissione al primo giudice ovvero *revisio prioris instantiae* sempre più limitata a seguito della progressiva implementazione dal canone di specificità dei motivi?

Non ne sono affatto sicuro. Credo piuttosto che la soluzione debba essere diversa attraverso una via sistematica di assoluta semplicità e linearità la cui intrapresa richiede – ammetto – solo un po' di coraggio, e spero un po' di coraggio della Suprema Corte alla prossima occasione, nel superare dogmi dai piedi di argilla e feticci.

Che i casi di remissione al primo giudice siano tassativi ed il loro catalogo non possa essere valicato (né esteso o applicato analogicamente nemmeno alla ipotesi che ci riguarda) non è affatto un dogma dai piedi d'argilla, bensì la chiara volontà del legislatore dell'art. 354⁽²⁹⁾, c.p.c., condivisibile o meno che essa sia.

(29) Le stesse Sezioni Unite (punto IX della motivazione, secondo capoverso) evocano la remissione al primo giudice e perciò la integrale rinnovazione della cognizione prevista dall'art. 354 c.p.c. in caso di nullità della notifica della citazione, come argomento forte per l'affermazione del carattere autonomamente invalidante della violazione del contraddittorio (pur nel segmento finale del giudizio). Non si vede davvero perché non abbiano percepito parallele implicazioni deducibili dall'art. 354 nel senso della assurdità ed incostituzionalità di una rinnovazione in appello (della cognizione viziata quanto al contraddittorio in primo grado) limitata dal filtro di «altri» motivi specifici.

Un primo dogma dai piedi d'argilla, ammesso che sia mai esistito, è invece che in quel catalogo siano davvero ricompresi tutti i casi in cui il giudizio di primo grado non si è svolto o è come se non si fosse svolto, sicché è appunto ragionevole che la causa ritorni indietro ai blocchi di partenza. Non è così, giusta o sbagliata che sia la scelta discrezionale del legislatore⁽³⁰⁾ (il quale, non vincolato dalla necessità di assicurare un «doppio grado», può scegliere discrezionalmente se farlo o commettere invece la rinnovazione allo stesso giudice d'appello).

E non è così proprio ponendo mente alla radicale violazione del contraddittorio che rende di per sé, e come *in thesi* vogliono proprio le Sezioni Unite, *tamquam non esset* la decisione finale.

Ebbene in tale ipotesi, pacifico che la causa non possa essere rimessa al primo giudice, non è però affatto pacifico – ecco il secondo dogma dai piedi di argilla – che è il canone di specificità dei motivi quale letto di Procuste dell'effetto devolutivo dell'appello possa ancora operare⁽³¹⁾. Quel canone ha infatti senso se un precedente giudizio di merito (o anche di rito) vi è stato, ed allora sì si tratta di sindacarlo in appello solo attraverso motivi specifici, ed al di là della cognizione su di essi non è tendenzialmente possibile, nell'attuale sistema delle impugnazioni, che il giudice d'appello si spinga.

⁽³⁰⁾ V. ad esempio gli auspici *de iure condendo* di C. Consolo, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo*, in *Jus* 1997, 79 ss., spec. 87.

⁽³¹⁾ La giurisprudenza (v. ad es. Cass. civ. 18 febbraio 2020, n. 4125) non ha ovviamente alcuna difficoltà a riconoscere che, rilevata la nullità della sentenza di primo grado fuori dai casi di rimessione, il giudice d'appello possa e debba decidere la causa nel merito (ci mancherebbe!), ma si aggiunge sempre «nei limiti delle doglianze svolte»: così la cit. Cass. civ. n. 4125/2020, alla quale sostanzialmente si arrende anche M. Stella (*op. cit.*, 572: «nei limiti di quanto devolutogli con i motivi di appello»). Successivamente, 575 ss. l'. A. si dimostra insoddisfatto dell'approdo delle Sezioni Unite in discorso, ma si limita ad auspicare un ripensamento, se ben intendiamo, nel senso di una semplice attenuazione del canone di specificità dei motivi (e svolge in proposito adeguati richiami a Cass. civ. n. 9105/1995 nonché ad A. Panzarola, *L'appello per soli motivi di rito e la sanatoria in appello della nullità della citazione introduttiva di primo grado*, in questa *Rivista* 2006, 1411 ss.; C. Cavallini, *Nullità della citazione per inosservanza del termine a comparire e poteri del giudice d'appello*, *ivi* 1998, 474; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 533; N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996, 336 ss.; B. Gambineri, *Appello*, Bologna 2018, 163), ma non invece nel senso dell'abbandono della imprescindibile necessità che una qualche ulteriore critica impugnatoria alla sentenza di primo grado via sia.

Ed è proprio a ciò invece – a siffatto «nei limiti delle doglianze prospettate» espressione usata anche al punto XVIII della motivazione delle ultime Sezioni Unite – che non riesco ad arrendermi, non volendo far scomparire del tutto la valenza intrinseca o di per sé sufficiente della violazione del contraddittorio in primo grado come ragione di invalidità della sentenza.

Ma se tutto ciò che il giudice di primo grado ha deciso nel merito (o anche in rito) nonostante la radicale violazione del contraddittorio (o della imparzialità) è come se non ci fosse, non ha alcun senso formulare motivi di censura men che meno specifici – di là da quello che riguarda la violazione del contraddittorio (o dell'imparzialità) – su un giudizio che non c'è. Né ha senso che il giudice d'appello non debba e non possa, *a misura che la parte interessata lo voglia*, reiterare integralmente e liberamente la cognizione mancante perché radicalmente viziata in primo grado⁽³²⁾.

Detto in diverse parole: la caratteristica funzione «sostitutiva» dell'appello, di cui le Sezioni Unite fanno enfatica menzione, correttamente articolandola fra la necessaria specificità dei motivi di gravame e la tassatività dei casi di rimessione al primo giudice, comporta soltanto che la deduzione del vizio del contraddittorio in primo grado debba essere esplicita e specifica e che una volta riscontrato il vizio, autonomamente invalidante come vogliono in principio le Sezioni Unite, la cognizione di merito debba essere reiterata, e lo debba essere nel medesimo grado d'appello, non potendo per l'appunto essere rimessa al giudice di primo grado. Null'altro. Proiettare la «specificità dei motivi», al di là della sua incidenza naturale quale filtro della censura, e farne un crivello della (successiva) rinnovata cognizione di merito mi sembra aver poco costruito; ed essere anche incostituzionale per irragionevole disparità di trattamento vuoi rispetto ad altri casi in cui la rinnovata cognizione di merito è affidata *ex artt.* 353 e 354 c.p.c. al giudice di primo grado e senza restrizioni di sorta, vuoi rispetto alla parallela situazione della decisione privata arbitrale, censurata la quale per violazione del contraddittorio, la Corte d'appello conosce della controversia, nel rescissorio, non certo soltanto e limitatamente a profili investiti da altri motivi (li addirittura tassativi) di impugnazione.

⁽³²⁾ Mutuo in proposito, *mutatis mutandis* o se volete ampliandole e generalizzandole, le espressioni di G. Balena, *In tema di appello formulato esclusivamente sulla nullità della citazione*, in *Foro it.* 2006, I 3223: «Che senso avrebbe, ad es., pretendere una critica puntuale del convincimento che il primo giudice ha tratto da una certa deposizione testimoniale se l'appellante chiede per l'appunto che il teste sia sentito nuovamente, in ragione del vizio di contraddittorio che gli aveva impedito di partecipare alla sua escussione?».

Devo dire che, occasionalmente, perfino a livello di massima la Cassazione è giunta alle soglie del salto del fosso che qui auspico, ma senza che questo si sia solidamente affermato, come dimostra la sostanziale smentita che si è avuta dalle ultime Sezioni Unite. Si veda ad es. Cass. civ. 16 luglio 1998, n. 6954: «la impugnazione di una sentenza unicamente per violazione del principio del contraddittorio o del diritto di difesa perpetrate in primo grado è di per sé sufficiente in quanto (in caso di rigetto determinerebbe il passaggio in giudicato della statuizione sul merito e) in caso di accoglimento travolgerebbe necessariamente tale decisione imponendo la nuova trattazione della causa quale risultante dalle domande e dalle difese antecedenti la accertata violazione».

Si avrebbe insomma la preoccupante singolarità di decisioni ad effetti equivalenti – la sentenza di primo grado ed il lodo rituale – le quali se emanate in spregio al contraddittorio, danno luogo, l'una ad una nuova cognizione limitata dal filtro degli «altri» motivi, l'altra ad una nuova cognizione di merito del tutto libera; con l'ulteriore (forse veniale) singolarità che la prima sarebbe dischiusa da una impugnazione a critica libera, la seconda da una impugnazione a critica vincolata e dunque vocata ad una particolare restrizione della cognizione.

Anche in nome di una ricostruzione costituzionalmente orientata del sistema, insomma, altro è che non sia costituzionalizzato il doppio grado e dunque la causa, per discrezionale volontà dal legislatore, non debba e non possa nelle ipotesi di cui ci occupiamo tornare al primo giudice, altro è che almeno un grado di cognizione debba essere pieno ed effettivo e debba svolgersi come tale innanzi al giudice d'appello⁽³³⁾. Dopo un giudizio mancato, assicurare la cognizione innanzi al giudice d'appello e però limitarla attraverso il letto di Procuste di motivi specifici avverso un giudizio che non c'è, mi sembra, oltre che incostituzionale per la cennata e irragionevole disparità di trattamento, palesemente spregiativo dell'art. 111 Cost. nonché dell'art. 6 CEDU.

«A misura che la parte lo voglia» ben si intende, non potendo ovviamente derogarsi al principio dispositivo. Sennonché il punto è proprio questo: la volontà devolutiva, una volta proposto l'unico specifico motivo concernente la violazione del contraddittorio, non dovrà di necessità risultare propriamente «impugnatoria» (né obbedire al «*stantum devolutum quantum appellatum*»), ormai ulteriormente ristretto dall'onere di specificità dei motivi⁽³⁴⁾. Essa potrà ben essere puramente intesa ad ottenere dal

⁽³³⁾ Per un corretto consimile approccio in termini generali v. già G. Balena, *Nullità del procedimento di primo grado per vizi del contraddittorio e poteri del giudice d'appello*, in *Foro it.* 1996, I, 1298 ss., spec. 1300.

⁽³⁴⁾ Un approccio favorevole a questa soluzione si riscontra nella ancor più recente Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 2022, n. 2258.

Questo il principio di diritto «allorché venga dedotta come motivo di appello la nullità della citazione di primo grado per vizi della *vocatio in ius* (nella specie, per l'inosservanza dei termini a comparire), non essendosi il convenuto costituito e neppure essendo stata la nullità rilevata d'ufficio ai sensi dell'art. 164 c.p.c., il giudice d'appello, non ricorrendo una ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, deve ordinare, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti compiuti in primo grado, potendo tuttavia il contumace chiedere di essere rimesso in termini per compiere attività ormai precluse a norma dell'art. 294 c.p.c., e dunque se dimostra che la nullità della citazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo».

Le Sezioni Unite – in ciò l'approccio che sopra dico «favorevole» – si svincolano dal balzello degli «altri motivi specifici di merito» e ritengono che la vulnerazione del contraddittorio

giudice d'appello – in realtà giudice di unico grado di merito – una integrale cognizione sulla causa, anche mediante semplice richiamo alle domande, eccezioni, istanze, deduzioni ecc. di cui agli atti di primo grado.

Sul piano concreto, dunque, la parte che si ritenga vulnerata dalla radicale violazione del contraddittorio (o dalla imparzialità salvi i casi davvero riconducibili all'art. 161, comma 2°, c.p.c.) formulerà un primo motivo

dittorio a carico del convenuto erroneamente dichiarato contumace in primo grado (perché invece avrebbe dovuto disporsi la rinnovazione della citazione) vada rimediata mediante la tradizionale «rinnovazione degli atti» in appello (non essendovi anche qui spazio per la rimessione al primo giudice).

Poi comunque distaccano del tutto da questa prospettiva la applicazione dell'art. 294 c.p.c. e assegnano la rimessione in termini solo al convenuto contumace incolpevole e cioè a colui che dimostra che la nullità della citazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo. Il che è sul piano della logica ineccepibile per come è scritto l'art. 294, il quale, riferendosi proprio ed espressamente all'onere di dimostrare la ignoranza del processo a causa «della nullità della citazione», attesta la sua piena applicabilità anche al contumace erroneamente dichiarato tale (perché invece avrebbe dovuto procedersi al rilievo di quella nullità ed alla rinnovazione). Se vi è incongruenza è dunque semmai in ciò. Ma è del legislatore, e difficilmente superabile.

Nella specie poi si trattava di nullità nella citazione quanto alla *vocatio in ius* per inosservanza quanto ai termini a comparire; ipotesi nella quale è dunque ben difficile dimostrare la ignoranza del processo a causa della nullità. E le Sezioni Unite, a giustificazione ulteriore del loro *dictum*, svolgono considerazioni imperniate sulla economia processuale (che di per sé sole lasciano ancora un volta il tempo che trovano) ed altre più serie, un tantino moralistiche ma comprensibili, imperniate sulla non giustificabilità di imputare solo all'attore negligente le conseguenze che andrebbero invece scontate dal convenuto anch'egli poco attento (se non callido) nel non costituirsi in primo grado per eventualmente rilevare la nullità.

La cosa può anche non piacere appunto per quel tanto di moralistico «processo alle intenzioni» del convenuto. Ma se ciò si accetta, si ha un altro esempio di vulnerazione non radicale del contraddittorio, seguita dunque da una rinnovazione del giudizio in ipotesi non integrale. Perché certamente non è radicale – anzi non sarebbe neppure una vulnerazione del contraddittorio – la menomazione di attività difensive imputabile anche alla negligenza (o alla callidità) del convenuto interessato.

La realtà è probabilmente che la soluzione dovrebbe esser quella molto più semplice e *tranchante* (senza alcun conseguente spazio applicativo all'art. 294) secondo cui il contumace erroneamente dichiarato tale in primo grado che impugna in appello deducendo la nullità della citazione dovrebbe potersi attendere la semplice pronuncia rescindente del giudice d'appello, che appunto dichiara nulla la citazione e tutto ciò che ne è seguito. Il che, anche in riferimento al caso di pari negligenza fra attore e convenuto, varrebbe ad addossare le conseguenze sfavorevoli (e per altro non certo irrimediabili) all'attore visto che è lui ad aver negligenzatamente assunto l'iniziativa processuale ed è lui che assumendola doveva esser più diligente di ogni altro. Il che esprime un diverso e forse più condivisibile moralismo, ed è soprattutto la soluzione più semplice. Non è detto che sia, neppure questa, la più equilibrata. La più equilibrata sarebbe quella – ma ci vorrebbe una modifica normativa – di espungere dal novero della nullità della citazione l'ipotesi della erronea indicazione del termine a comparire e farne solo il presupposto per il diritto potestativo processuale del convenuto (formalmente costituito) di chiedere termine aggiuntivo.

d'appello a riguardo e potrà anche arrestarsi, ovvero (e come è prevedibile) formulare *subordinati* (ma non necessariamente aggiuntivi) ulteriori motivi di merito o di rito, in entrambi i casi avendo cura di esplicitare la richiesta al giudice d'appello di una integrale rinnovazione della cognizione a seguito dell'accoglimento di quel primo o unico motivo, accolto il quale il giudice d'appello assorbirà gli eventuali altri e procederà alla rinnovata cognizione. E ciò farà seguendo tranquillamente le regole procedurali del giudizio d'appello (e dunque ad esempio senza necessariamente assegnare i termini per le memorie *ex art. 183 c.p.c.*) visto che notoriamente il giusto processo ed il contraddittorio non hanno una unica e necessitata declinazione, e semmai utilizzando opportunamente, in relazione alla situazione indubbiamente peculiare, l'aureo combinato disposto – pur sovente e purtroppo estraneo alla schematica *routine* delle nostre corti d'appello – degli artt. 175, comma I° e 359 c.p.c. E si badi che il viatico, in punto di normazione ordinaria ed a prescindere dai cennati profili di costituzionalità, per soluzione siffatta vi è già ed è nell'art. 354, u.c., ove si dice che «il giudice d'appello» quando dichiara «la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ne ordina, in quanto possibile la rinnovazione». Nonostante segua, in tale disposto, il richiamo funzionale all'art. 356 c.p.c. in materia di prova, non vedo nulla di eretico nel considerarlo in termini più generali. Se la rinnovazione dell'atto nullo in appello rappresenta, nella logica dell'art. 354, alternativa ai casi tassativi di rimessione al primo giudice, e se la nullità (per vizio di contraddittorio) riguarda non un atto qualsiasi bensì l'atto decisionale finale, non vedo allora alcuna difficoltà sistematica al rinnovo integrale della decisione senza limiti o appesantimenti connessi alla proposizione di «altri» motivi d'appello. Che poi questa rinnovazione della decisione passi in concreto, in casi analoghi a quello deciso dalle Sezioni Unite, per la semplice nuova camera di consiglio decisoria da tenersi alla luce degli scritti finali (e dopo averli accuratamente letti), rispetto ai quali la decisione di primo grado era stata con indebito anticipo resa, può anche dirsi⁽³⁵⁾. Ma ben inteso in correlazione con l'intero materiale di primo grado (sempre che la parte interessata lo abbia riversato in appello) e non potendosi escludere la rinnovazione di altri atti interinali (ad esempio la assunzione di una prova non ammessa) se ciò appare opportuno ai nuovi decisori alla luce del contraddittorio ormai pienamente rispettato (e cioè della lettura di quegli scritti finali), e senza necessità che un apposito altro motivo d'appello abbia investito quel profilo.

(35) Intuizione di ciò è anche in F. Auletta, *La nullità*, cit., 555.

Se si perviene a questo approdo in luogo di quello cui sono per il momento pervenute le Sezioni Unite influenzate da una esorbitante ed ingiustificata ultrattività del canone della specificità dei motivi, si sgretola anche le paradossale «conseguenza aggiuntiva» che le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto di affermare *in cauda* vanificando notevolmente la sacralità del rispetto del contraddittorio che invece esse hanno inteso in principio rafforzare.

È evidente, infatti, che ove l'appellante abbia impostato l'impugnazione di secondo grado nel modo predetto e si sia visto non esaminare o erroneamente non accogliere il primo o unico motivo per violazione del contraddittorio:

(i) il suo ricorso per cassazione potrà ben riguardare anche solo tale profilo;

(ii) la Suprema Corte, accolto il motivo medesimo, dovrà (salve remote ipotesi di decidibilità senza rinvio *ex art. 384 c.p.c.*) rinviare in secondo grado affinché la rinnovata cognizione – in realtà il giudizio in unico ma effettivo ed integro grado di merito – abbia finalmente luogo⁽³⁶⁾.

9. – Se in futuro le Sezioni Unite non se la sentissero di completare – nel senso apparentemente un tantino eterodosso ma perfettamente consono alla «autosufficienza» invalidante della radicale violazione del contraddittorio e perciò alla autentica sacralità di quest'ultimo – l'opera meritoria avviata con la sentenza del 2021, ebbene quell'opera meritoria resterebbe integralmente tale sul piano per così dire ideologico, mentre sul piano concreto ed operativo sarebbe apprezzata essenzialmente dal ricorrente per cassazione avverso pronuncia d'appello macchiata da radicale violazione del contraddittorio (o da chi impugni un lodo arbitrale anch'esso parimenti macchiato e destinato dopo l'invalidazione ad essere sostituito da un giudizio rescissorio integralmente e comunque affidato alla medesima corte d'appello). Molto meno invece, pur a fronte del medesimo radicale vizio, da l'appellante ovvero dal ricorrente per cassazione il quale si dolga del mancato rilievo del vizio da parte del giudice d'appello (indifferentemente se la doglianza sia proposta per omessa pronuncia sul motivo o per malgoverno di norme e principi processuali in occasione del suo esame).

⁽³⁶⁾ Ed a questo punto la stessa regola generale sulla individuazione del giudice di rinvio (in tal caso schiettamente restitutorio) ne assicurerà la indispensabile «alterità» (ritengo dunque secondaria la riflessione in proposito di M. Stella, *op. cit.*, 572).

Va però precisato che, almeno per quest'ultimo ricorrente per Cassazione, l'insegnamento delle Sezioni Unite – se anche non completato ed integrato, in realtà corretto, come io spero – avrebbe comunque *una limitata ma non del tutto trascurabile rilevanza concreta*. Ed essa consisterebbe nella possibilità di proporre liberamente *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, senza il limite derivante dalla c.d. «doppia conforme», i motivi di ricorso ulteriori rispetto a quello concernente la violazione del contraddittorio e doverosi – secondo le Sezioni Unite – a pena di inammissibilità per difetto di interesse di quello; il quale è però – come si è visto – paradossalmente inutile e privo di interesse al punto da poter essere assorbito sol che gli altri motivi attinenti al merito della decisione d'appello siano semplicemente proposti.

Insomma se anche il nostro ricorrente per cassazione, nel caso detto, dovesse arrendersi a questo evidente paradosso (che le Sezioni Unite implicitamente e neppur tanto implicitate postulano e non riescono a risolvere), egli avrebbe per lo meno il vantaggio di poter proporre gli «altri» motivi del tutto liberamente anche e sempre per omesso esame *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, senza l'ostacolo rappresentato dal disposto dell'art. 348-ter, u.c. ⁽³⁷⁾.

Se infatti si vuol dare un senso davvero concreto all'insegnamento delle Sezioni Unite del 2021 e cioè coniugare ciò che le Sezioni Unite hanno affermato riguardo alla differenza del rilievo del vizio di contraddittorio in discorso quando esso sia riscontrabile nella sentenza d'appello e poi denunciato in cassazione, e quando esso sia invece riscontrabile nella sentenza di primo grado e denunciato in appello, ed insieme tuttavia confermare, almeno in qualche misura, il carattere «automatico» ed «autosufficiente» della nullità in questione che le Sezioni Unite hanno fermamente ribadito, nell'ultima parte della loro motivazione, anche per tale secondo caso, occorre per lo meno ritenere quanto segue completando i due passaggi espressi dall'insegnamento delle Sezioni Unite che per il momento rilevano con uno non espresso ma sistematicamente necessitato.

– Allorché il giudice di primo grado sia incorso in una radicale violazione del contraddittorio (ad esempio ma certo non solo: abbia deliberato la sentenza, indicandone la data, prima dello scambio di conclusionali e repliche) la sentenza è irreversibilmente da considerarsi di per sé ed automaticamente nulla;

⁽³⁷⁾ Ed in futuro dell'analogo (salvo lieve modifica) disposto *ex art. 360, comma 3, c.p.c.* che sarà applicabile con l'entrata in vigore (salvo imprevisti, alcuni dei quali sarebbero benefici come pioggia sul deserto) della nota ulteriore riforma del c.p.c. targata PNRR.

– perché una tale nullità abbia concreto rilievo nel prosieguo della vicenda processuale occorre che oltre ad essa siano proposti alla Corte d'appello anche motivi che censurino le statuizioni di merito della sentenza di primo grado;

– tuttavia, ed in ogni caso, la successiva censura innanzi alla Cassazione delle statuizioni della Corte d'appello su tali motivi di merito non sconta il limite della «doppia conforme», ex art. 348-ter c.p.c., e cioè è sempre proponibile anche ex art. 360, n. 5, c.p.c., pur ove la Corte d'appello con tali statuizioni si sia fondata «sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base» della sentenza di primo grado; e ciò perché quest'ultima è appunto *tamquam non esset* siccome di per sé nulla, ed è dunque come se il giudizio di merito si sia svolto in unico grado; ragione per la quale di tutto si può discorrere tranne che di una «doppia conforme» e l'art. 348-ter non ha per definizione alcuno spazio applicativo.

Naturalmente questa conclusione gioverà anche ed anzi in modo lineare ed evidente (vista la già intervenuta, in grado d'appello, declaratoria di nullità della sentenza di primo grado) al ricorrente che impugni in Cassazione – su altre questioni – una sentenza che abbia correttamente rilevato la violazione del contraddittorio in primo grado e poi deciso il merito dell'appello e della causa⁽³⁸⁾.

Ma il caso più spinoso è appunto quello del ricorrente che impugni in Cassazione una sentenza d'appello che erroneamente non abbia rilevato il vizio del contraddittorio in primo grado.

Poiché allora il presupposto per la libertà in Cassazione dal limite dell'art. 348-ter è che la Suprema Corte constati la avvenuta radicale violazione del contraddittorio in primo grado (a torto non rilevata dal giudice d'appello), l'apposito motivo di ricorso avverso tale mancato rilievo – sebbene carente di interesse in assenza di motivi rivolti avverso le altre statuizioni di merito del giudice d'appello, e di fatto del tutto inutile se quei motivi vi siano⁽³⁹⁾ – sarebbe però utile soltanto a consentire alla

(38) Una ed una sola effettiva decisione di merito (quella di primo grado) deve in astratto ravvisarsi anche ove il vizio di contraddittorio sia imputabile al giudice d'appello. Ma in tal caso l'esenzione del divieto di impugnabilità ex art. 360, n. 5, c.p.c. è irrilevante, perché il ricorso per cassazione sarà proposto anzitutto in ragione della violazione del contraddittorio perpetrata in appello (ed ove accolta la sentenza sarà cassata con rinvio); mentre un eventuale *subordinato* motivo ex art. 360, n. 5 sarà esaminato solo ove la Cassazione non riscontri quel vizio di contraddittorio, e dunque soggiacerà invariabilmente, ove del caso, al limite di ammissibilità dato dalla «doppia conforme».

(39) Sempre che si tengano fermi per intero gli esiti cui sono per il momento giunte le Sezioni Unite. È questo, rammentato nel testo, il paradosso di quegli esiti: v. il par. 7.

S.C. – la quale può più di ogni altro giudice lavorare solo su motivi di ricorso e tendenzialmente non su altro – di svolgere quella constatazione relativamente al giudizio di primo grado ed integrare così quel presupposto necessario alla ammissione ed al pieno esame di un «altro» motivo proposto *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*

Perciò nella sostanza la S.C. avrebbe da esaminare quel motivo (altrimenti potendolo ritenere, specie in epoca di forzato risparmio di attività giurisdizionale oltre che di energia, assorbito) solo pregiudizialmente all'esame di altro motivo *ex art. 360, n. 5* e pur non essendo quel pregiudiziale esame destinato ad influenzare *direttamente* di per sé il dispositivo cassatorio o di rigetto (con buona pace della, giustamente predicata dalle Sezioni Unite, gravità di per sé solo esiziale della vulnerazione del contraddittorio: ed il rilievo di questa incongruenza è un'altra piccola lancia spezzata affinché le Sezioni Unite tornino sull'argomento ribaltando pressoché tutte le loro conclusioni operative nel senso di cui al paragrafo precedente). E per il ricorrente avrebbe significato utile proporlo solo insieme a motivo *ex art. 360, n. 5* e non invece ad altri e diversi.

A meno che non si salti ancora una volta il fosso e non si dica che il «lavorare solo su motivi» anche per la S.C. è un imperativo in realtà solo tendenziale, e che dunque, come accade *mutatis mutandis* in altre ipotesi connesse al vaglio di ammissibilità di questo o quel motivo, la Cassazione potrebbe constatare *ex officio* dai fatti processuali, ed anche senza apposita doglianza avverso la sentenza d'appello, la radicale violazione del contraddittorio in primo grado al solo scopo di dire ammissibile, invece che inammissibile, altro motivo proposto per omesso esame *ex art. 360, n. 5*.

Mi fa tuttavia propendere nel primo piuttosto che nel secondo senso proprio il principio di conversione di ogni nullità in mezzo di gravame propagantesi fino al «terzo grado» ove pure la nullità di primo grado sia stata dedotta e non rilevata in appello.

La conseguenza è però il barocchismo sopra constatato: un motivo di ricorso, su di un tema che corrisponde all'*ubi consistam* di ogni processo, è proposto solo con funzione ancillare ad altro motivo «qualsiasi» purché intitolato all'art. 360, n. 5. Come dire che il primo violino suona solo per dare la nota al controfagotto. Ragione ulteriore perché le Sezioni Unite ritornino non sul loro giusto insegnamento di principio, ma sì sulle sue implicazioni operative.