



OLGA DESIATO

**Il potere di rilievo «anche *ex officio*» dei vizi relativi all'attività processuale (declinato in ragione del paradigma del “giusto processo” ex art. 111 Cost.).**

1. Torna al vaglio del giudice della nomofilachia la questione attinente alla deducibilità per la prima volta in Cassazione di vizi inerenti attività processuali e quella – speculare – relativa all'esercizio del potere di rilevazione officiosa degli stessi.

Nella specie, dichiarata l'infondatezza della domanda di risoluzione per inadempimento di una convenzione, il giudice del gravame rilevava la ritualità dell'*exceptio inadimpleti contractus* formulata dal convenuto nella comparsa di risposta in primo grado e confermava la decisione adottata dal giudice di prime cure.

Il ricorrente deduceva quindi in cassazione, tra gli altri motivi, l'erroneo rigetto implicito (o, in via alternativa, l'omessa pronuncia), da parte del giudice d'appello adito, della doglianza sollevata in ordine all'eccezione di inadempimento formulata dal convenuto in primo grado tardivamente, in violazione dell'art. 167, secondo comma, c.p.c., con comparsa di costituzione e risposta depositata oltre il termine di cui all'art. 166 c.p.c.

Nel pronunciare l'inammissibilità del motivo del ricorso, la terza sezione civile della Corte, con la sentenza 10 marzo 2021, n. 6762, rileva che la contestazione in ordine alla tardività della proposizione dell'*exceptio* di merito non era stata sollevata, in primo grado, dalla parte interessata o *ex officio* e che la stessa non era stata veicolata al giudice di seconde cure attraverso uno specifico motivo di impugnazione. Tanto, si legge nella parte motiva della pronuncia, preclude al giudice del gravame, nonché alla corte di cassazione, il potere di rilevare, per la prima volta, tale vizio di ufficio (o su eventuale sollecitazione della parte interessata all'esercizio di tale potere officioso), «atteso che, qualora il giudice di primo grado abbia deciso la controversia nel merito, omettendo di pronunciare espressamente sul vizio, la relazione di implicazione necessaria tra la soluzione - ancorché implicita - adottata in ordine alla validità/ammissibilità della domanda/eccezione di merito (questione processuale pregiudiziale) e l'esame e la pronuncia espressa sulla domanda/eccezione (questione di merito dipendente) determina la intangibilità della decisione implicita sulla questione processuale ove non specificamente investita con i mezzi impugnatori, in applicazione del principio di conversione del vizio in motivo di gravame ex art. 161 c.p.c., primo comma, non trovando ostacolo nel carattere implicito della decisione la formazione del giudicato processuale interno».

In assenza di specifica doglianza, il potere di rilievo *ex officio* dei vizi relativi all'attività processuale deve essere quindi esercitato dal giudice di merito al più tardi entro il grado di giudizio nel quale essi si siano manifestati, fatte salve solo le ipotesi in cui detti vizi siano, per espressa autorizzazione normativa, rilevabili «in ogni stato e grado» o attengano a questioni fondanti, quindi tali da rendere l'attività svolta del tutto disforme del modello legale del processo.

2. La soluzione surriferita è ricercata muovendo dall'analisi, dapprima, della disomogeneità strutturale esistente tra la decadenza e la nullità formale proprie del diritto processuale - disomogeneità che si rileva, tuttavia, non anche funzionale, in ragione dell'analogo loro regime di rilevabilità - e successivamente del *discrimen* esistente tra nullità “relative” ed “assolute”, i cui limiti temporali di rilevabilità devono essere individuati in considerazione delle



contrapposte esigenze di tutela dell'interesse pubblico al corretto ed ordinato svolgimento del processo, da un lato, e di stabilità della regolamentazione del rapporto giuridico controverso, dall'altro.

In tale prospettiva, anche sulla scorta dell'evoluzione giurisprudenziale in atto<sup>1</sup>, l'esigenza di accordare la prevalenza ai principi di certezza della tutela giurisdizionale dei diritti in tempi ragionevoli impone, a dire della Corte, di circoscrivere le ipotesi di vizi processuali rilevabili d'ufficio senza limiti di tempo e di grado. A tal fine, l'operazione ermeneutica merita di essere condotta in ragione: a) dell'interesse individuale o pubblico che la norma processuale intende tutelare attraverso la comminazione della invalidità o della decadenza<sup>2</sup>, b) del pregiudizio concretamente arrecato all'esercizio del diritto di difesa della parte e del contraddittorio e c) «della "delimitazione cronologica" dell'esercizio del potere di rilievo officioso del vizio entro lo stesso grado di giudizio in cui l'atto viziato è stato compiuto», considerando le ipotesi per le quali il legislatore ha espressamente disposto la rilevabilità "in ogni stato e grado", quelle per le quali la rilevabilità deve essere coordinata con il principio di conversione dei vizi processuali in motivi di gravame, infine quelle per le quali è invocabile il "giudicato implicito" interno (e che ricorre allorché, pur in assenza di esplicita decisione, la questione sia stata positivamente superata costituendo essa il necessario presupposto logico della pronuncia espressa).

In particolare, è il principio generale di conversione del vizio in motivo di gravame ad imporre alla parte di rimettere specificatamente con i mezzi impugnatori la questione al giudice di seconde cure, dovendosi escluderne il rilievo d'ufficio oltre quella medesima fase processuale (sì da scongiurare il rischio dell'inutile svolgimento di ulteriore attività difensiva ed istruttoria, preclusa dal vizio processuale a monte), o quantomeno entro il grado di giudizio nel quale il vizio in parola sia occorso. E ciò non solo al cospetto di una decisione esplicita in ordine al vizio dedotto: anche allorché il giudice abbia pronunciato nel merito senza rilevare o pronunciarsi sulla questione, la presupposta e implicita statuizione in ordine alla regolarità formale del processo resta, infatti, destinata all'intangibilità propria del giudicato tutte le volte in cui la parte non deduca espressamente la ragione di nullità con il motivo di impugnazione.

La mancata rilevazione del vizio, in ossequio al surriferito principio generale sancito dall'art. 161, primo comma, c.p.c., determina infatti la stabilizzazione di quella (tacita) pronuncia e, conseguentemente, impedisce qualsivoglia verifica da parte del giudice di seconde cure.

Nel suo argomentare, la Corte, *apertis verbis* aderendo all'orientamento – tutt'altro che pacifico – che ammette la configurabilità del giudicato implicito anche con riferimento alle questioni pregiudiziali di rito sulle quali il giudice non sia espressamente pronunciato, non manca di rilevare che la soluzione posta prescinde dal carattere implicito o esplicito della decisione assunta sul punto, dovendosi invece essere ricercata muovendo dalla tipologia della gravità del vizio processuale occorso. Sì opinando, solo allorché esso sia in grado di incidere e pregiudicare i principi fondanti la struttura del modello processuale delineato dei precetti costituzionali, così impedendo al giudizio di giungere al suo

---

<sup>1</sup> V., a titolo meramente esemplificativo, le opzioni ermeneutiche prospettate in relazione al giudicato implicito sulla questione di giurisdizione, per le quali, solo da ultimo, Cass. 30 luglio 2021, n. 21972, inedito e 1° giugno 2021, n. 15276, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Cassazione civile*, n. 45, che danno continuità all'orientamento inaugurato da Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, *it.*, 2009, I, 806, con nota di G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.* e *Corriere giur.*, 2009, 372, con nota di R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*.

<sup>2</sup> Dovendosi, a fronte della violazione atta a ledere l'interesse pubblico processuale, ravvisarsi una nullità assoluta, rilevabile *ex officio* in ogni stato e grado del giudizio, dunque, come tale, impeditiva del giudicato sostanziale e formale.



naturale epilogo, il potere di rilevabilità officiosa travalica il grado di giudizio in cui il vizio si è verificato. Ci si riferisce, più specificatamente, alle ipotesi espressamente previste normativamente, a quelle contemplate dall'articolo 354 c.p.c., ossia le violazioni del contraddittorio che legittimano l'*actio nullitatis* o l'opposizione *ex art.* 404 c.p.c. da parte del litisconsorte pretermesso, e dunque a vizi che hanno impedito la costituzione del rapporto processuale (quali la nullità della notificazione della citazione, il difetto di integrazione necessaria del contraddittorio, l'errata estromissione di una parte o il difetto di rappresentanza volontaria), nonché a quelle che compromettono la stessa *potestas judicandi* (nelle ipotesi di difetto di *legitimatio ad causam*, di vizio dei presupposti dell'azione, di esistenza del giudicato interno ed esterno o di decadenza sostanziale dall'azione per il decorso dei termini previsti dalla legge), o siano comunque riconducibili alla categoria della inesistenza del provvedimento giurisdizionale, per le quali «la rilevabilità in ogni stato e grado ha per oggetto la constatazione dell'assenza degli stessi presupposti e delle condizioni perché è un giudizio possa essere svolto».

3. La rigorosa linea esegetica propugnata dalla corte, pur nel solco di un risalente - ma recentemente ribadito - orientamento<sup>3</sup>, è contraddetta dal filone interpretativo che invece esclude la formazione di un giudicato implicito ove la *questio iuris*, pur costituente premessa logica della statuizione di merito, non sia stata sollevata dalle parti e quindi non abbia costituito oggetto di discussione in contraddittorio. Da quest'ultima antitetica lettura discende che soltanto il giudicato interno espresso è destinato a precludere la rilevabilità d'ufficio delle relative questioni<sup>4</sup>, conservando il giudice di secondo grado, pur in assenza di specifica doglianza sul punto, il dovere di effettuare *ex officio* il rilievo ed altrimenti incorrendo in un *error in procedendo* censurabile *ex art.* 360 c.p.c.

La questione affrontata, intersecandosi con quella mai sopita del giudicato implicito o tacito su questione processuale, certamente merita un pronto intervento nomofilattico chiarificatore che - ci si augura - sappia temperare l'esigenza

---

<sup>3</sup> V., per tutte, Cass. 30 agosto 2018, n. 21381, in *Foro it.*, Rep., 2021, voce *Procedimento civile*, n. 154, ove si legge che al cospetto di un omesso esame, da parte del giudice che abbia deciso nel merito, di questioni processuali, è onere della parte interessata denunciare l'*error* specificamente impugnando la decisione implicita presupposta e che il potere officioso deve ritenersi circoscritto al solo grado in cui il vizio si è prodotto, fatta sola eccezione per le ipotesi in cui è la legge a prevedere il rilievo officioso ad iniziativa del giudice anche nel grado di giudizio successivo. V. anche 27 febbraio 2017, n. 4908, *id.*, Rep. 2017, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 55 e 5 febbraio 2014, n. 2631, *id.*, Rep. 2014, voce *Cassazione civile*, n. 150.

<sup>4</sup> Ossia formatosi su rapporti tra “questioni di merito” dedotte in giudizio e, dunque, tra le plurime domande od eccezioni di merito e che si contrappone a quello implicito, formatosi sui rapporti tra “questioni di merito” e “questioni pregiudiziali” o “preliminari di rito o merito”, sulle quali il giudice non abbia pronunciato esplicitamente, sussistendo tra esse una mera presupposizione logico giuridica. Così, *ad verbis*, Cass. 20 aprile 2020, n. 7941, in *Foro it.*, 2020, I, 3592, con nota di M. ACONE, *Considerazioni sul perimetro di applicazione del «primato della ragione più liquida» tra la ragionevole durata del processo e l'ordine delle questioni* e in *Giur. it.*, 2020, 2446 ss., con nota di D. AMADEI, *Questione diritto non esaminata e il rilievo d'ufficio in sede di impugnazione, cui si rinvia per riferimenti*. Nel senso che tra le questioni pregiudiziali di rito — sulle quali, anche se rilevabili d'ufficio, il giudice non si è pronunciato — e le questioni di merito sussiste unicamente una relazione di mera presupposizione logico-giuridica, che consente il rilievo d'ufficio da parte del giudice d'appello, pur in mancanza di un motivo di gravame o della riproposizione di esse, v., in relazione alla questione della legittimazione ad agire, Cass., sez. un., 20 marzo 2019, n. 7925, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Cosa giudicata civile*, n. 30; 31 ottobre 2017, n. 25906, *id.*, Rep. 2017, voce *cit.*, n. 24 e 13 settembre 2013, n. 20978, *id.*, Rep. 2013, voce *Tributi in genere*, n. 1375.

V., peraltro, Cass. 21 febbraio 2020, n. 4689, *id.*, Rep. 2020, voce *Appello civile*, n. 61, che esclude l'invocabilità del giudicato implicito (ed il connesso onere di impugnazione incidentale o di riproposizione) anche in relazione alla questione della tardività della eccezione in senso stretto, non rilevata in primo grado con decisione di merito sull'eccezione medesima.



di certezza della tutela giurisdizionale dei diritti in tempi ragionevoli con quella dell'effettività: effettività che rischia di essere, tuttavia, compromessa allorché si ritenga di demandare alle parti onerose attività di «controllo della legalità del processo» (di fatto costringendole a sottoporre al giudice del gravame tutte le questioni di rito destinate a tradursi in pronunce invisibili, slegate da qualsivoglia forma di contraddittorio e di motivazione) e opinabili operazioni di graduazione della gravità del vizio di volta in volta occorso, rese ancor più ardue dalla evanescenza delle categorizzazioni prospettate e delle disarmoniche interpretazioni offerteci dalla giurisprudenza<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> In dottrina, sulla difficile predeterminazione della natura “fondante” o “vitale” della questione e per considerazioni critiche in ordine al giudicato implicito su presupposti processuali, v. le ampie argomentazioni di G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pisa, 2020, 180 ss. Sulle implicazioni e le storture del giudicato implicito v. ID., *Minime note sulle decisioni inesprese a carattere processuale, a margine di un interessante dibattito*, in questa *Rivista*, 2019, 189; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, *ibidem*, 2019, 307; F.P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, *ibidem*, 181 ss.

Sul tema, fra i tanti, A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 626 ss.; C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1562 ss.; ID., *Travagli “costituzionalmente orientati” delle sezioni unite sull'articolo 37 c.p.c., ordine delle questioni*, *ivi*, 2009, 2141 ss.; D. DALFINO, *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, 896 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile nel processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 123 ss. e A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1292 ss.