



**PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione**

**25 marzo 2025 – Sezioni Unite civili
R.G. n. 12959/2020**

Memorie ex art. 378 c.p.c. – Conclusioni scritte del PM

IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti, premesso che per la compiuta esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia e al contenuto dei documenti di parte in atti, limitandosi qui al rilievo dei soli elementi del fatto e del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni.

OSSERVA

Viene in discussione dinanzi alle Sezioni Unite la questione sul se si formi giudicato implicito sulle questioni processuali e preliminari di rito qualora il giudice si sia pronunciato nel merito e difetti specifica impugnazione sul punto.

L'ordinanza interlocutoria n. 17925/24 dà conto del contrasto giurisprudenziale esistente in materia, ravvisabile non solo nell'ambito delle Sezioni semplici (per tutte, vedi Cass. 7941/20 e Cass. 6762/21, la prima che nega il giudicato implicito, la seconda che lo ammette), ma anche all'interno delle Sezioni Unite. Infatti, mentre secondo Cass. SU 11799/17 il mancato esame di un'eccezione preliminare di rito impone l'esperimento di impugnazione incidentale sul punto, in Cass. SU 7940/19 e Cass. SU

7925/19 si legge (rispettivamente a pag. 11 e a pag. 6) che la questione preliminare non espressamente esaminata dal giudice resta rilevabile nel grado successivo pur in mancanza di gravame.

Va però dato atto, come ricordato pure nell'ordinanza interlocutoria, che Cass. SU 11799/17 giunge a questa conclusione perché ritiene che la decisione sul merito con salto della questione di rito dia vita ad un *error in procedendo* per violazione delle regole sull'ordine della decisione fissato dall'art. 276 c.p.c. (vedi par. 9.4.6 di detta pronunzia). Sennonché, l'art. 276 c.p.c. non fissa una regola inderogabile, non detta *“una sequenza obbligata dalla quale il giudice non possa discostarsi in base alle esigenze di volta in volta emergenti”* (così Cass. SU 26242/14, in linea con l'insegnamento di Cass. SU 15122/13 e Cass. SU 2840/07). Pertanto, la soluzione fornita da Cass. SU 11799/17 non convince, in quanto la necessità dell'impugnazione incidentale sulla questione di rito viene poggiata su una nullità processuale, la violazione dell'ordine di cui all'art. 276 c.p.c., che non è ravvisabile.

E, allora, occorre verificare se, piuttosto, la pronunzia sul merito implichi di per sé una statuizione sulla questione preliminare di rito, ritenuta dal giudice implicitamente inidonea a definire il giudizio e ad impedire la decisione nel merito. Si tratta, insomma, di capire se in questi casi si possa parlare di una pronunzia implicita, che, come tale, deve essere impugnata; e che, se non viene impugnata, dà vita ad un giudicato, che è il cosiddetto “giudicato implicito”.

Come noto, il concetto di “giudicato implicito” è divenuto di grande attualità onde risolvere la questione del rapporto tra onere di impugnazione e rilevabilità del difetto di giurisdizione *“in qualunque stato e grado del processo”* (art. 37 comma 1 c.p.c. ante riforma Cartabia). La questione è stata appunto risolta nel senso che *“.... il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano*

l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito "per saltum", non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito" (così la "storica" Cass. SU 24883/08, seguita da tutta la giurisprudenza successiva).

Dunque, la regola di fondo è che se il giudice decide nel merito implicitamente ha ritenuto la propria giurisdizione. Ed è così, perché la giurisdizione implica affermazione della *potestas iudicandi* di quel giudice, appartenente a quel plesso giurisdizionale, a decidere la causa. E' immanente nella decisione di merito la decisione sulla questione, sempre pregiudiziale e a monte, della sussistenza del potere giurisdizionale. Ci possono essere eccezioni a tale regola, per così dire naturale. Ad esempio, se il giudice espressamente decide in base alla "ragione più liquida" della palese inammissibilità o infondatezza della pretesa, egli manifesta la volontà di saltare l'ordine logico delle questioni di cui all'art. 276 c.p.c. e di prescindere quindi dalla giurisdizione (vedi gli esempi fatti da Cass. SU 24883/08). Ma è un'eccezione che appunto conferma la regola, perché il presupposto è che il giudice indichi chiaramente di voler decidere sulla base della "ragione più liquida" e quindi di voler prescindere dalla verifica della giurisdizione. Se non vi è questa presa di posizione, torna la regola base, ossia che se decide nel merito il giudice ha risolto in termini positivi lo *step* della sussistenza del potere giurisdizionale.

Fermo che Cass SU 24883/08 da un lato conferma che l'ordine logico di cui all'art. 276 c.p.c. può essere violato senza dare vita a nullità processuale, dall'altro ammette l'uso del criterio della "ragione più liquida" pure nei rapporti tra questioni di rito e questioni di merito (e non si rinvencono impedimenti di ordine giuridico a questo utilizzo, che risponde all'esigenza primaria dell'economia dei mezzi processuali e della durata ragionevole del processo), va a questo punto chiarito se il principio del

giudicato implicito abbia valenza generale, ossia possa essere esportato al di fuori del rapporto giurisdizione - merito, rilevando per ogni rapporto tra questione pregiudiziale di rito e questione di merito.

A tale quesito si ritiene debba essere data una risposta positiva.

Quella della decisione implicita è una regola innanzitutto “logica”, che muove dall’assunto della “immanenza” della risoluzione della questione preliminare di rito qualora si passi ad esaminare il merito. In tale passaggio vi è insito il superamento degli ostacoli processuali che in tesi avrebbero potuto precludere la trattazione nel merito (a meno appunto l’utilizzo espresso del criterio della “ragione più liquida”).

Ebbene, in quanto regola “logica”, essa non può non avere una valenza generale. Non si può applicarla alla questione pregiudiziale di rito per antonomasia, quella di giurisdizione, per escluderla poi per tutte le altre questioni pregiudiziali di rito. La decisione implicita sussiste tutte le volte in cui tra *“la questione processuale e l'esame del merito corra un ineludibile "nesso di implicazione necessaria", definito dalle stesse norme processuali che prevedono che può "essere deciso" (nel merito) soltanto ciò che è risultato "essere decidibile"(in rito)”* (vedi in tal senso Cass. 6762/21, par. 2.14.6).

Il giudice può pronunciarsi espressamente su tale questione, superandola. Ma vi è analoga, anche se implicita, decisione di superamento della questione nel fatto che il giudice si sia pronunciato nel merito, cosa che appunto non avrebbe potuto fare se avesse ritenuto la questione pregiudiziale fondata. Questo superamento, esplicito o implicito, costituisce una decisione sfavorevole alla parte che aveva interesse all’accoglimento della questione preliminare impeditiva dell’esame del merito. Da qui l’onere di impugnazione a carico di detta parte e, in mancanza, il giudicato, che è “implicito” se rapportato a decisione “implicita”.

La tradizionale distinzione tra pregiudizialità “tecnica” e “logica”, in questa ottica, deve essere superata. Se esiste il *“nesso di implicazione necessaria”* tra questione pregiudiziale di rito e questione di merito, la pregiudizialità “logica” coincide con quella “tecnica”: nel senso che una decisione, da impugnare pena il giudicato sul

punto, è ravvisabile pur se essa sia “implicita” (“pregiudizialità logica”), non occorrendo onde far sorgere l’onere di impugnazione che la pronunzia sia “espressa” (“pregiudizialità tecnica”).

Se, ad esempio, il giudice si trova di fronte dinanzi ad una domanda riconvenzionale, egli è innanzitutto tenuto ad accertare se essa sia tempestiva (artt. 166 - 167 c.p.c.) e/o sia connessa a quella principale (art. 34 c.p.c.). Ebbene, qualora la domanda venga esaminata nel merito, ciò significa che tali profili preliminari sono stati superati, la domanda è stata ritenuta ammissibile. Non si può non scorgere nell’esame nel merito una valutazione positiva, anche se implicita, in punto di ammissibilità della domanda (a meno, si ripete, dell’esplicito ricorso al criterio della “ragione più liquida”). E, allora, sarà la controparte che dovrà proporre impugnazione sul punto.

Del resto, nella giurisprudenza di legittimità è pacifico che il mancato esame di una questione preliminare di rito con decisione sul merito non possa essere utilmente essere fatto valere come vizio di omessa pronunzia ex art. 112 c.p.c. Invero, una censura di tale guisa viene dichiarata inammissibile, e ciò proprio sul rilievo che l’esame nel merito postula la decisione sulla questione preliminare, su cui pertanto non vi è omessa pronunzia, ma al limite pronunzia errata in rito, che in questi sensi andava impugnata.

L’estensione della regola dell’onere di impugnazione e del giudicato implicito risponde alla logica di un processo nel quale i vizi processuali, tranne quelli radicali che incidono sull’integrità del contraddittorio (se cui si tornerà *infra*), restano sanati ex art. 157 c.p.c. dalla mancata tempestiva eccezione della parte interessata qualora diano vita a nullità processuali, o comunque non possono essere rilevati dal giudice d’ufficio oltre il grado in cui si sono verificati qualora corrispondano a decadenze/preclusioni processuali. In effetti, tra le nullità formali e le decadenze processuali vi sono sì differenze strutturali, ma anche evidenti “*aspetti di omogeneità funzionale*” (si rinvia al riguardo ai parr. 2.5. 2.5.1. e 2.5.2. di Cass. 6762/21). E tali

aspetti di omogeneità fanno sì che i vizi che ne derivano, se non sanati ex art. 157 c.p.c., quantomeno si convertono in vizi della sentenza e quindi in motivi di gravame ex art. 161 c.p.c.

Il principio di economia processuale, divenuto ancora più prioritario e cogente a seguito della novella dell'art. 111 Cost., conforta tale soluzione. Le mere questioni processuali non possono restare in piedi d'ufficio oltre i singoli gradi in cui esse sono sorte, e ciò a dispetto del potere dispositivo delle parti. Il processo deve avere una "durata ragionevole", e deve essere un "giusto processo" anche perché deve tendere preferibilmente ad una decisione sul merito, relativo al bene della vita richiesto. La stessa giurisprudenza della Corte EDU si muove in questo senso, facendo leva essenzialmente sull'art. 6 della Convenzione EDU. Pertanto, spetta alle parti, e non al giudice, tenere in vita le questioni processuali.

Se, alla luce del novellato art. 111 Cost., si è addirittura neutralizzato il disposto dell'art. 37 comma 1 c.p.c., prevedente (nella formulazione *ante* riforma Cartabia) la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione "*in qualunque stato e grado del processo*", neutralizzandolo appunto con la regola del giudicato implicito, non si vede come tale ultima regola non valga per i vizi processuali rispetto ai quali difetta una testuale previsione analoga a quella del (vecchio) art. 37 comma 1 c.p.c.

Finora si è parlato delle questioni pregiudiziali di rito, *in primis* quella di giurisdizione, per le quali vale la regola del giudicato implicito. Pensando ad esse e al loro rapporto con la domanda di merito, convince la tesi che ogni processo ha un doppio oggetto, l'uno "processuale", concernente la sussistenza del potere-dovere del giudice di risolvere il merito della causa, l'altro "sostanziale", relativo alla fondatezza o meno della domanda (si tratta di tesi richiamata da Cass. SU 24883/08 e, più di recente, da Cass. 6762/21). Di fronte a qualsiasi domanda, il giudice prima deve stabilire se egli possa esaminarla e solo dopo può decidere nel merito. Questo doppio oggetto, posto su piani diversi, uno subordinato e consequenziale all'altro, giustifica l'esistenza di capi autonomi e distinti della decisione, l'uno processuale,

anche implicito, l'altro di merito.

Tuttavia, questa distinzione, di oggetti e di piani, ha senso per vizi processuali relativi, destinati a convertirsi in motivi di gravame. Per essi opera il limite della rilevabilità d'ufficio nel singolo grado, che è l'altra faccia della medaglia della regola del giudicato implicito, regola che si raccorda a sua volta al principio costituzionale della durata ragionevole del processo. Ma vi sono vizi processuali ben più gravi, che attengono alla stessa esistenza del contraddittorio, come ad esempio la mancata partecipazione al giudizio di una parte necessaria.

Già una pronunzia delle Sezioni Unite immediatamente successiva alla citata Cass. SU 24883/08, che come detto sdoganò il principio del giudicato implicito in materia di giurisdizione, ridimensionò la portata di tale principio, negandone l'operatività *"... allorchè si tratti di ipotesi concernenti la violazione del contraddittorio - in quanto tale ammissibilità consente di evitare che la vicenda si protragga oltre il giudicato, attraverso la successiva proposizione dell'actio nullitatis o del rimedio impugnatorio straordinario ex art. 404 cod. proc. civ. da parte del litisconsorte pretermesso"* (così la massima ufficiale di Cass. SU 26019/08; in senso analogo vedi la più recente Cass. 6762/21, par. 2.12.3, cui si rinvia anche per altri richiami giurisprudenziali). Si tratta di *"vizi che pregiudicano la stessa possibilità del giudizio di pervenire alla sua naturale conclusione"*, ovvero *"che hanno impedito la stessa costituzione di un rapporto processuale (nullità della notificazione della citazione introduttiva; difetto di integrazione necessaria del contraddittorio)"* (così Cass. 6762/21). Essi, come tali, sono sottratti alla regola della rilevabilità d'ufficio nel singolo grado, sussistendo un interesse pubblicistico, superiore a quello della *"durata ragionevole del processo"*, a che il processo sia *"giusto"* per davvero, ovvero non si risolva in una decisione *inutiliter data* o a contraddittorio non integro. E, allora, il tema è diverso, non rilevando se vi sia stata o meno una decisione esplicita o implicita sulla questione, venendo piuttosto in gioco il dovere/potere del giudice di rilevare il vizio, così grave, in ogni stato e grado, a prescindere dai rilievi della parte (cfr. sempre Cass. 6762/21

par. 2.12.3.).

Cass. SU 26019/08, accanto a tali vizi, non sottoposti alla regola del giudicato implicito ne aggiunge altri, parlando di *"ipotesi riconducibili a carenza assoluta di "potestas iudicandi" - come il difetto di legitimatio ad causam o dei presupposti dell'azione, la decadenza sostanziale dall'azione per il decorso di termini previsti dalla legge, la carenza di domanda amministrativa di prestazione previdenziale, od il divieto di frazionamento delle domande, in materia di previdenza ed assistenza sociale (per il quale la legge prevede la declaratoria di improcedibilità in ogni stato e grado del procedimento); in tutte queste ipotesi, infatti, si prescinde da un vizio di individuazione del giudice, poiché si tratta non già di provvedimenti emanati da un giudice privo di competenza giurisdizionale, bensì di atti che nessun giudice avrebbe potuto pronunciare, difettando i presupposti o le condizioni per il giudizio"*. Quest'ultimo è l'elemento di discriminare: difettano i presupposti e le condizioni per il giudizio, e in senso assoluto, non relativo. Cosa che non accade nemmeno per il difetto di giurisdizione, dove si discute solo quale giudice, nell'ambito del riparto tra giurisdizioni, debba decidere. Da qui l'inapplicabilità, in questi casi estremi, del principio costituzionale della durata ragionevole del processo, con conseguente inoperatività del meccanismo del giudicato implicito, che appunto è funzionale alla durata ragionevole.

Una elencazione molto simile è contenuta in Cass. 6762/21, che (al par. 2.12.3.) esclude la regola del giudicato implicito anche *"... nei casi in cui debba ritenersi insussistente la stessa "potestas iudicandi" (difetto di legitimatio ad causam o dei presupposti dell'azione; decadenza sostanziale dall'azione per il decorso di termini previsti dalla legge; esistenza del giudicato interno ed esterno, ove risultante dagli atti del processo), cui debbono aggiungersi tutti i casi in cui il provvedimento giurisdizionale assunto nel precedente grado di giudizio risulti giuridicamente "inesistente" (come ad esempio nell'unico caso, oggetto di previsione normativa, della nullità della sentenza per difetto di sottoscrizione ex art. 161, comma 2, c.p.c.)*. Come

si vede, si aggiunge la deduzione del giudicato interno ed esterno e della decisione inesistente. Per tali vizi, valgano i rilievi di cui sopra. Si tratta di vizi così gravi da essere sottratti alla regola dell'onere dell'impugnazione di parte.

Qualche parola in più merita la deduzione del giudicato interno. Se un'impugnazione non vi è stata o essa è tardiva, scatta il giudicato interno, che trasforma la decisione resa nella "legge" del rapporto tra le parti (art. 2909 c.c.). Per questo, l'intempestività del gravame è rilevabile d'ufficio ed è sottratta alla sfera del giudicato implicito, perché si tratta non solo di un grave vizio processuale, ma della stessa necessità di affermare la cogenza in via definitiva della "legge" del rapporto tra le parti. Il sistema non ammette una decisione resa nella consapevolezza che ormai è calato il giudicato su una questione o domanda (la giurisprudenza è costante nell'ammettere la rilevabilità d'ufficio dell'intempestività dell'impugnazione nel grado precedente: vedi ad esempio Cass. 26703/18 sulla verifica in sede di legittimità dell'intempestività del rimedio *ex art.* 617 c.p.c., nonché Cass. 13881/02 sulla verifica in sede di legittimità dell'intempestività dell'appello).

Il quadro, dunque, è definito. La regola del giudicato implicito non opera se sono in gioco i presupposti di fondo dell'azione giudiziale, quali il contraddittorio integro, la presenza della giusta parte e delle condizioni dell'azione, la stessa ammissibilità della tutela giudiziale, l'esistenza di un giudicato. Questi presupposti di fondo sono intimamente connessi al merito, nel senso che di fatto incidono sulla stessa esistenza del diritto azionato, ovvero del diritto d'azione, che è il corrispondente processuale del diritto sostanziale di merito.

In questa ottica, per tali vizi sembra venire meno la stessa distinzione sopra ricordata fra i due oggetti del processo: l'uno "processuale" concernente la sussistenza del potere-dovere del giudice di risolvere il merito della causa, l'altro "sostanziale" relativo alla fondatezza o meno della domanda. In presenza di tali vizi, il profilo processuale si confonde con quello di merito, perché finisce per essere messa in discussione la stessa sussistenza del diritto, quello sostanziale e/o quello d'agire. Vi

è pertanto un'altra ragione per escludere l'operatività del giudicato implicito, in quanto l'impugnazione nel merito pone in gioco (e fa restare viva) anche la verifica in ordine l'esistenza di tali presupposti di fondo, verifica in definitiva intimamente connessa al merito.

Veniamo a questo punto al caso controverso, oggetto dell'odierno ricorso per cassazione: la proponibilità della domanda risarcitoria ex art. 96 c.p.c. dinanzi a giudice diverso rispetto a quello della controversia dove è stata tenuta la condotta causativa del danno. La Corte d'appello di Roma ha dichiarato improponibile la domanda risarcitoria ex art. 96 c.p.c. proposta dalla parte rilevando che essa andava formulata nel giudizio definito (*rectius* processi riuniti) con la sentenza n. 281/14, né sussistevano impedimenti di sorta che ne pregiudicassero la proposizione in tale sede. Col primo motivo di ricorso, si censura tale decisione sostenendosi che in primo grado, dove la domanda era stata respinta nel merito, si era formato il giudicato interno sull'ammissibilità della domanda ex art. 96 c.p.c. in mancanza di appello incidentale.

Ora, è pacifico in giurisprudenza che la domanda per responsabilità processuale aggravata debba essere avanzata nel processo in cui i danni si sono verificati, a meno che risulti impossibile esercitarla in tale sede. Si tratta di un'ipotesi di improponibilità della domanda avanzata in via autonoma. La proponibilità della domanda, come visto, rientra tra quei presupposti di fondo sottratti alla regola del giudicato implicito in assenza di impugnazione ad opera della parte interessata. Si rinvia ai rilievi di cui sopra e ai richiami a Cass. SU 26019/08 e Cass. 6762/21.

D'altro canto, in un precedente specifico sul tema la Suprema Corte risulta avere deciso in questi termini: *"Qualora non sia stata decisa in primo grado, la questione della proposizione dell'azione ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. fuori del processo cui la relativa responsabilità si riferiva, configurandosi come questione inerente alla stessa proponibilità dell'azione, "id est" la stessa configurabilità del relativo diritto, non si connota come eccezione rilevabile ad istanza di parte, bensì come questione di diritto rilevabile d'ufficio, onde non deve essere oggetto di deduzione a pena di*

decadenza ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., potendo essere rilevata anche da parte del giudice d'appello" (così Cass. 9297/07, che aggiunge altresì che, " Qualora la questione di proponibilità non sia stata decisa in primo grado e non sia stata rilevata in appello nemmeno dal giudice, essa, ove non implichi un nuovo accertamento od apprezzamento di fatto, può essere prospettata in cassazione,").

Al di là del riferimento all'onere di deduzione ex art. 346 c.p.c. invece dell'appello incidentale, quel che conta è che la improponibilità della domanda ex art. 96 c.p.c. viene sottratta alla disponibilità della parte e costituisce *"questione di diritto rilevabile d'ufficio"*; e lo è perché si configura *"come questione inerente alla stessa proponibilità dell'azione, "id est" la stessa configurabilità del relativo diritto"* (Cass. 9297/07 appena cit.). Insomma, è lo stesso diritto azionato che è in gioco: esso non "c'è" al di fuori del processo di riferimento. Vi è quella intima connessione col merito, e comunque quell'incidenza sui presupposti di fondo della pretesa e relativa giustiziabilità, che sottraggono la questione alla regola del giudicato implicito. Si rinvia a quanto detto in precedenza sugli specifici punti.

Il primo motivo di ricorso, pertanto, appare infondato. E lo è alla luce della ricostruzione in diritto che si è proposta. Si chiede alle Sezioni Unite di formulare principi di diritto in linea con tale ricostruzione.

Si conclude solo sul primo motivo, che è quello che ha suggerito la rimessione alle Sezioni Unite.

Il rappresentante della Procura generale

Per queste ragioni

si chiede che la Corte, a Sezioni Unite, respinga il primo motivo di ricorso, enunciati i principi di diritto di cui in narrativa.

Roma, 3 marzo 2025

Il sostituto Procuratore generale

Alessandro Pepe

