

A12

Livia Di Cola

**L'impugnazione
del provvedimento anomalo**

Profili storici





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0535-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2017

Indice

- 7 *Introduzione.*
 Il problema dell'impugnazione del provvedimento anomalo e del provvedimento abnorme
- 25 *Capitolo I*
 Dal processo romano al processo romano-canonico
- 1.1. L'inesistenza del concetto di mezzo di impugnazione nel processo *per legis actiones* e nel processo formulare, 25 – 1.2. Il processo e la sentenza nella *cognitio extra ordinem*, 27 – 1.3. I rimedi contro la sentenza viziata, 32 – 1.4. L'inesistenza del problema del provvedimento invalido presso i popoli germanici, 36 – 1.5. I caratteri essenziali del processo romano-canonico, 39 – 1.6. La sentenza e le formalità ad essa essenziali, 44 – 1.7. Il concetto di nullità della sentenza nello *ius commune*, 48 – 1.8. *Gli errores in procedendo* nelle opere della dottrina dello *ius commune*, 54 – 1.9. La *querela nullitatis*, 59 – 1.9.1. *I glossatori*, 59 – 1.9.2. *I canonisti*, 61 – 1.9.3. *I giuristi del tardo diritto comune*, 66 – 1.9.4. *Gli statuti comunali*, 70.
- 75 *Capitolo II*
 L'era delle moderne codificazioni
- 2.1. Il diritto comune francese, 75 – 2.2. Dall'*ordo iudiciarius* al *processus*, 77 – 2.3. La disciplina degli *errores in procedendo* nel *Code Louis*, 80 – 2.4. *Demande en cassation*, 82 – 2.5. Le riforme della giustizia civile nell'epoca della Rivoluzione francese: la semplificazione dell'ordinamento giudiziario e delle forme processuali, 83 – 2.6. La legislazione processuale delle Repubbliche giacobine in Italia, 88 – 2.7. La disciplina del processo e delle sentenze nel *Code de procédure civile français*, 91 – 2.8. La nullità della sentenza e degli atti processuali, 95 – 2.9. La disciplina della nullità nei codici preunitari, 99 – 2.10. L'invalidità della sentenza e dei provvedimenti interlocutori, 103 – 2.11. La questione dell'impugnazione delle ordinanze del presidente del tribunale, del giudice commesso e del giudice di mandamento nel Codice di procedura civile per gli Stati Sardi, 109.
- 119 *Capitolo III*
 Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia
- 3.1. I motivi del codice di procedura civile, 119 – 3.2. La struttura del codice di procedura civile, 122 – 3.3. I provvedimenti, 127 – 3.4. La nullità in generale, 135 – 3.5. L'invalidità della sentenza, 138 – 3.6. L'invalidità degli altri provvedimenti ed i rimedi, 146 – 3.7. I provvedimenti anomali, 146.
- 157 *Bibliografia*

Introduzione

Il problema dell'impugnazione del provvedimento anomalo e del provvedimento abnorme

Il provvedimento anomalo ed il provvedimento abnorme

In giurisprudenza e in dottrina si trova spesso l'uso promiscuo dei termini abnorme ed anomalo per indicare lo stesso tipo di patologia dei provvedimenti giudiziali¹. In verità, la prevalente e più recente giurisprudenza di Cassazione con le due espressioni intende riferirsi due vizi differenti.

Con l'espressione provvedimento anomalo si indica un provvedimento giudiziale con un contenuto non corrispondente a quello che, per convenzione, accompagna la forma che lo riveste. Un esempio classico è l'ordinanza con cui si dichiara esecutivo il progetto di divisione in presenza di contestazioni.

Il provvedimento anomalo è il risultato di un errore nell'iter di costituzione: la deviazione dalle norme che regolano il procedimento può avvenire nella fase finale, al momento dell'adozione del provvedimento, o in uno stadio anteriore, con detrimento delle garanzie legate alla forma dell'atto (l'iter di assunzione; gli elementi intrinseci; i mezzi di impugnazione).

Il provvedimento anomalo non è semplicemente nullo: può essere formalmente perfetto, ma è stato adottato al posto di un altro provvedimento, con struttura e funzione differente.

L'abnormità sarebbe un vizio più grave della semplice anomalia. Anche il provvedimento abnorme è il risultato di un procedimento illegittimo, ma è viziato non, o non solo, per la sua forma esteriore, quanto per il suo

1. In argomento v.: V. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 10 ss. in particolare 32; ID., *Provvedimenti giudiziali abnormi*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 532; ID., *Un nuovo tipo di nullità insanabile?* in *Riv. dir. proc.*, 1967, 525 ss.; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967; C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, Milano, 1967, 101 ss.; S. SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982, 1639 ss., in particolare 1700–1701; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 15 s.; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, 220 ss.; G. BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, nota a Cass., 10 ottobre 1997, n. 9849, in *Foro it.*, 1998, I, 1548 ss.; A. CARRATTA, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della "sostanza" sulla "forma"*, nota a Cass., 29 maggio 1999, n. 5250, in *Giur. it.*, 2000, 924 ss.; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 204 ss.

contenuto, che è esorbitante dai poteri attribuiti nella fattispecie all'organo giudiziario, e perciò, nella sua essenza contrario al diritto fondamentale di difesa² oppure che si pone «(in) contrasto insanabile con i principi generali dell'ordinamento»³.

In talune ipotesi i due tipi di vizi possono cumularsi nello stesso atto. Così, ad esempio, sono state considerate abnormi le ordinanze con contenuto decisorio, emesse dal giudice istruttore in una causa collegiale, sul presupposto che il provvedimento sia stato assunto da un organo privo di potere decisorio⁴.

Il problema dell'impugnazione dei provvedimenti anomali e abnormi

Ci possono essere provvedimenti anomali e abnormi di vario contenuto, ma quelli che hanno catalizzato l'attenzione della giurisprudenza e che sono stati oggetto dell'elaborazione dottrinale sono eminentemente i provvedimenti a carattere decisorio.

2. Così, Cass. 14 gennaio 2015, n. 488, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, ha stabilito che la cassazione con rinvio della sentenza non definitiva, con cui il giudice di appello ha dichiarato la nullità della sentenza di primo grado e disposto la prosecuzione del giudizio innanzi a sé, determina l'inefficacia sopravvenuta dell'attività istruttoria svolta e la cessazione della *potestas iudicandi* del giudice d'appello; sicché la sentenza definitiva successivamente emessa dal giudice d'appello è affetta da inesistenza per abnormità, che pur potendo essere denunciata in ogni momento con una azione di accertamento, può essere fatta valere anche con i mezzi ordinari di impugnazione, per l'interesse concorrente della parte e del sistema ad espellere dall'ordinamento un provvedimento abnorme. Cass. 19 luglio 2016, n. 14790, *Giust. civ. Mass.*, 2016, ha dichiarato abnorme il provvedimento emesso dal giudice ordinario dopo essersi spogliato del potere di decidere la causa ed aver rimesso le parti al giudice del lavoro (nella fattispecie si trattava del decreto con una veniva dichiarato estinto il giudizio di opposizione e esecutivo un decreto ingiuntivo, dopo aver giudicato intempestivo l'atto di riassunzione), perché spettava ormai al giudice a *quem* valutare della legittimità del provvedimento. Il provvedimento viene giudicato improduttivo di qualsiasi effetto. V., anche: Cass. 24 dicembre 2006, n. 22825, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Id., 28 dicembre 2009, n. 27428, *Giust. civ. Mass.*, 2009, 12, 1755.

3. Cass., sez. un., 1 marzo 1995, n. 2317, in *Corr. giur.*, 1995, 444.

4. Prima dell'attribuzione del giudizio di divisione alla competenza del tribunale monocratico, è stata chiamata ora abnormemente decisoria, ora anomala, l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione al di fuori delle condizioni di legge: nel primo senso, v. Cass. 4 maggio 1982, n. 2737, in *Giur. it.*, 1982, I, 1514; nel secondo senso Cass. 14 giugno 1990, n. 5824, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 6; Id. 7 maggio 1991, n. 5014, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 5; Id. 3 settembre 1993, n. 9305, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1361. Intervенendo per sanare un conflitto insorto intono alle modalità di impugnazione del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 789, senza la citazione dei contumaci per l'udienza di discussione, le Sezioni unite, Cass., sez. un., 1 marzo 1995, n. 2317, cit., 444, escludevano che fosse provvedimento decisorio l'ordinanza, pur irregolare, assunta in assenza di espresse contestazioni in ordine alla mancata citazione del contumace. Da ultimo, Cass., 22 febbraio 2010, n. 4245, in *Giur. it.*, 2010, 2595, che ha considerato abnorme l'ordinanza emessa in presenza di contestazioni dal giudice istruttore, privo di potere decisorio a fronte della competenza del collegio; mentre anomala l'ordinanza emessa dal giudice monocratico in presenza di contestazioni, dopo la riforma del 1998, perché il giudice munito di potere decisorio avrebbe irritualmente pronunciato un provvedimento con sostanza di sentenza, impugnabile perciò con appello.

Tutta la teorica del provvedimento anomalo o abnorme ruota intorno al problema di individuare il mezzo per impugnarli.

La questione è emersa in tempi relativamente recenti.

Per tutta l'epoca del processo comune, ogni disposizione che importasse l'impiego di discrezionalità da parte del giudice (ad esempio la decisione di assumere un mezzo di prova), all'interno ed al termine del processo, era adottata con sentenza; gli altri provvedimenti venivano impiegati in funzione meramente ordinatoria. La sentenza valida doveva essere, innanzitutto, munita di tutti gli elementi costitutivi ed essere adottata al termine di un procedimento corretto. L'errore di formazione la rendeva nulla e, solo per tale ragione, contestabile con vari strumenti: l'*exceptio nullitatis*, l'*actio nullitatis*, la *querela nullitatis* e, in uno stadio più recente, l'appello.

Fu al tempo delle codificazioni, in particolare nei codici più recenti, che si trova un impiego più ampio degli altri tipi di provvedimenti, utilizzati per dare esecuzione ad un accordo delle parti su questioni incidenti nel merito, per decidere in via d'urgenza, per fini cautelari, per risolvere le difficoltà sorte nel corso dell'esecuzione. Allora si cominciò a presentare il fenomeno oggetto di questo studio e si posero due problemi, strettamente legati tra di loro: come impugnare il provvedimento anomalo e, in secondo luogo, se considerare le sue carenze formali come motivo di impugnazione, per annullarlo senza alcun esame del merito.

A grandi linee due sono state le teorie che si sono contrapposte: quella del principio della prevalenza della sostanza sulla forma e quella dell'apparenza o affidabilità.

Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma

La prima teoria emerse già sotto la vigenza del Codice di procedura civile per gli Stati Sardi e prese decisamente piede sotto la vigenza del codice del 1865 e del codice attuale⁵. Essa ebbe origine dalla necessità di evitare che l'impiego di un provvedimento formalmente errato privasse le parti della garanzia dell'appello, oltre che di quella di una forma più elaborata. Così,

5. F.S. GARGIULO, *Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 2° ed, 1876 – 18793, 243; F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, Prato, 1878, 2, 382 s.; G. PISANELLI, *Disposizioni generali*; in G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P.S. MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato D. Galdi*, Napoli, 1887 – 1894, 2° ed., I, 387 s.; L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Milano, 5° ed., 1902–1906, IV, 12 s.; L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1922 – 1923, 4° ed. IV, 326; R. PROVINCIALI, *Sistema delle impugnazioni civili, secondo la nuova legislazione*, Padova, 1943, 320; L. MONTESANO, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, 280 ss.; ID., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, 148 ss.

le Corti regionali di cassazione e, poi, la Corte di cassazione del Regno⁶ ritennero che si dovesse avere riguardo al contenuto del provvedimento per consentire di impugnarlo mediante appello, se decisorio. Il giudice d'appello, dal canto suo, avrebbe dovuto annullare il provvedimento se mancante dei requisiti previsti a pena di nullità per le sentenze. Dal momento che tutte le questioni, astrattamente suscettibili di porsi nell'ambito di un processo, venivano risolte con una sentenza, l'appello, come mezzo di impugnazione, godette di una diffusione particolarmente ampia.

Il riferimento alla sostanza del provvedimento si rivelò, tuttavia, generatore di diversi problemi applicativi, primo fra tutti quello dell'individuazione del termine per impugnare.

Nel codice del 1865 tutte le sentenze, interlocutorie e definitive, erano contestabili entro trenta o sessanta giorni (a seconda che si trattasse di sentenze del pretore o del tribunale) dalla loro notifica, che avveniva d'ufficio e doveva essere indirizzata alla parte personalmente. Solo le sentenze del pretore si intendevano notificate con la lettura in udienza, se le parti erano presenti personalmente. Le ordinanze non andavano notificate, salvo casi eccezionali, né comunicate, ma lette in udienza e, nelle cause di competenza del tribunale, notificate al procuratore che non fosse stato presente in udienza. Così, poteva accadere che un'ordinanza con sostanza decisoria non risultasse notificata se considerata sentenza e, quindi, fosse impugnabile a tempo indeterminato.

Un altro fattore generatore di incertezza fu le diverse interpretazioni che le Corti regionali di cassazione diedero dei requisiti previsti a pena di nullità per la sentenza, cioè il modello al quale il giudice doveva aver riguardo per decidere se un provvedimento anomalo fosse o meno legittimo.

Nonostante gli inconvenienti segnalati, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma continuò ad essere applicato anche con l'entrata in vigore del codice attuale⁷.

Le sue prime applicazioni le troviamo all'interno del processo ordinario.

Fino alla riforma del 1990, il tribunale pronunciava in composizione collegiale la maggior parte delle sentenze nei processi di primo grado. Perciò, il legislatore cercò di semplificare il giudizio prevedendo l'uso dell'ordinanza collegiale al posto della sentenza per le questioni di carattere meramente istruttorio. Si era concordi nel ritenere che le ordinanze

6. Così: Cass. del Regno, sez. III civ, 18 febbraio 1932, in *Riv. dir. proc.*, 1933, II, 59 ss.; Id., sez. I, 23 gennaio 1936, n. 277, in *Foro it.*, 1936, I, 1326, oltre alle molte pronunce delle Corti di cassazione regionali, per le quali si rinvia al cap. III, § 7.

7. V. per le sue prime applicazioni sotto il vigore del codice attuale: Cass. 27 dicembre 1847, n. 1739, e Id. 6 agosto 1947, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce *Sentenza civile*, n. 32 e 35; Id. 6 aprile 1949, n. 816, ivi, 1949, voce cit., n. 5; Id. 16 giugno 1951, n. 1591, e 18 giugno 1951, ivi, 1951, voce cit., n. 9 e 9-bis; Id. 29 luglio 1953, n. 87 e 21 dicembre 1953, n. 3753, ivi, 1953, voce cit., n. 12 e 13; Id. 15 gennaio, n. 72 e 4 agosto 1954, n. 2856, ivi, 1954, voce cit., n. 8 e 10; Id. 21 ottobre 1954, n. 39; Id. 21 ottobre 1954, in *Giust. civ.*, 1954, 2597.

collegiali non pregiudicassero, al pari delle ordinanze del giudice istruttore, il merito della causa. Tuttavia, nel momento in cui il collegio avesse commesso un errore e avesse deciso su di un incidente di giudizio con ordinanza, a differenza che per le ordinanze del giudice istruttore, non era previsto per esse uno specifico mezzo di critica. Quindi, in linea con la tradizione della precedente giurisprudenza, si ritenne il provvedimento impugnabile con appello. Tale soluzione non fu priva di inconvenienti⁸.

Innanzitutto, le parti, ingannate dalla forma, potevano far decorrere inutilmente il termine per impugnare il provvedimento con contenuto di sentenza⁹.

Vi era, poi, il problema del passaggio al vaglio formale dei requisiti minimi indispensabili affinché si potesse arrivare all'esame del merito¹⁰. La natura sostanziale di sentenza sarebbe stata indice della sottomissione del provvedimento alle impugnazioni ordinarie, ma, al contempo, avrebbe imposto di commisurare i suoi requisiti formali di validità alla disciplina dettata dall'art. 132 c.p.c. Perciò, si riteneva che se il presidente non cumulasse in sé anche la qualità di relatore, la presenza della sua sola sottoscrizione, rendesse il provvedimento viziato da nullità insanabile ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.c. Conseguentemente, il giudice dell'impugnazione avrebbe dovuto annullare o cassare il provvedimento, con rinvio al primo giudice in applicazione dell'art. 354 e 383 c.p.c.

La giurisprudenza di Cassazione superò l'impasse determinata dall'assenza di firma del relatore con un *escamotage*, probabilmente dettato da ragioni di economia processuale, consistente nella supposizione che nella figura del presidente del collegio, sottoscrittore dell'ordinanza, si cumulasse anche il ruolo di estensore¹¹.

Ampio è stato l'uso di questo principio anche nell'ambito dei procedimenti speciali, sia con riferimento a provvedimenti decisori assunti in

8. Provinciali, *Sistema*, cit., 319 s.

9. Il rischio era soprattutto per le sentenze considerate definitive, perché nel impianto originario del codice del 1942 era previsto che le sentenze non definitive fossero impugnabili con le sentenze definitive. Con la legge 14 luglio 1950 n. 581 viene resa facoltativa l'impugnazione immediata delle sentenze non definitive.

10. V. in proposito: A. CERINO CANOVA, *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento del giudice*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 277 ss.; A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ. XVIII*, Torino, 1998, 236 ss., in particolare § 27. Tra le altre pronunce: Cass., 20 luglio 1990, n. 480, in *Giust. civ. Mass.*, 1990; Id., 26 agosto 1993, n. 9033, in *Foro it.*, I, 2846; Id., 26 gennaio 1995, n. 910, ivi, 1995, I, 1849.

11. Cass., 29 maggio 1999, n. 5250, in *Giur. it.*, 2000, 924 ss., con nota di Carratta, *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della "sostanza" sulla "forma"* cit., il quale ha messo in evidenza i limiti di applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma per evitare di far ricadere sulle parti gli errori del giudice: esso può essere utilizzato per individuare il tipo di impugnazione alla quale sottoporre un provvedimento abnorme o anomalo, ma non può portare alla sua censura per mancanza dei requisiti formali che il provvedimento decisorio avrebbe dovuto avere.

forma diversa dalla sentenza, sia con riguardo a provvedimenti ritenuti non decisori ove assunti con il procedimento corretto.

Alla prima categoria appartengono i provvedimenti decisori sommari (decreto ingiuntivo; ordinanza per convalida di sfratto), che sono dalla forma sottratti alle impugnazioni ordinarie e sono immediatamente idonei al passaggio in giudicato. Nella seconda categoria si fanno rientrare i provvedimenti di natura diversa, accomunati dal fatto di non essere decisori su diritti (i provvedimenti emessi nel corso del giudizio di divisione in caso di non contestazione delle parti, l'ordinanza possessoria prima della riforma operata dalla legge 80/2005, i provvedimenti di volontaria giurisdizione).

In entrambi i casi, ci si è chiesti quale sia il mezzo di impugnazione idoneo per il provvedimento assunto senza i presupposti di legge. Quando si è individuata natura di sentenza, la giurisprudenza lo ha ritenuto contestabile in due modi: con appello ovvero mediante ricorso straordinario in cassazione¹².

La prima soluzione è quella abitualmente preferita per impugnare l'ordinanza di convalida irregolarmente assunta. Infatti, se il provvedimento non fosse adottato nel rispetto di tutte le condizioni di legge, verrebbero meno le condizioni che giustificano l'adozione di una decisione in una forma più snella, che esclude l'impugnazione in via ordinaria. Il provvedimento, perciò, nella sostanza tornerebbe ad essere sentenza soggetta ad appello¹³.

Per i casi compresi nella seconda categoria, la giurisprudenza è stata più variegata: ha isolato le ipotesi di sentenza sostanziale dalle altre forme di irregolarità, anche qui non senza generare incertezza sul punto; poi, ha ammesso ora l'appello, ora il ricorso straordinario in cassazione, sul presupposto che la forma del provvedimento lo sottrarrebbe, comunque, all'appello ordinario¹⁴.

12. Per l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sull'istituto si rinvia a Tiscini, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit.

13. Cass. 20 novembre 1951, n. 2670, in *Foro it.*, 1952, I, 1050 ss.; Id. 21 aprile 1953, n. 1068, ivi, 1953, I, 937 ss.; Id. 5 maggio 1956, n. 1440, in *Foro pad.*, 1956, I, 555 ss., con nota di E. Garbagnati, *Limiti all'appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*; Id. 10 aprile 1965, n. 637, in *Foro it.*, 1965, I, 1699 ss.; Id. 16 giugno 1969, n. 2157, in *Foro it. Mass.*, 1969, n. 641; Id. 17 maggio 1985, n. 3026, in *Arch. locazioni*, 1985, 689 ss.; Id. 22 novembre 1985, n. 5776, ivi, 1986, 57 ss.; Id. 24 febbraio 1986, n. 1127, in *Foro it. Rep.*, voce *Sfratto*, n. 36; Id. 16 settembre 1986, n. 5634, ivi, voce cit., n. 23; Id. 3 febbraio 1987, n. 962, ivi, 1987, voce cit., n. 25; Id. 23 gennaio 1988, n. 566, ivi, 1988, voce *Locazione*, n. 630; Id. 23 novembre 1993, n. 11565, ivi, 1993, voce *Sfratto*, n. 10; Id. 23 gennaio 2006, n. 1222; Id. 16 maggio 2006, n. 11380; Id. 23 ottobre 2014, n. n. 22531, in *Guida al diritto*, 2015, 7, 59. V. in dottrina: N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, 252; M. DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1957, 179 ss.; C. FERRI, *Note sull'impugnabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Il nuovo diritto*, 1962, 302 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 135 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, II, 2, 103 ss.; E. GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, 334 ss.; M.C. CHIARINI, *La revocazione e le altre impugnazioni esperibili avverso l'ordinanza di convalida di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 594 ss.

14. Molto abbondante è stata la giurisprudenza della Cassazione sui provvedimenti del giudizio

(... Segue) Il principio dell'apparenza

La seconda teoria¹⁵ cominciò a prendere corpo intorno agli anni '50 del secolo scorso, contemporaneamente allo svolgimento del dibattito parlamentare intorno alla modifica dell'art. 279 c.p.c.¹⁶

di divisione, in particolare, sull'ordinanza prevista dall'art. 789, che chiude il giudizio in assenza di contestazioni. Varie sono state le posizioni assunte. La giurisprudenza fino a poco tempo fa' maggioritaria era ferma sulla posizione secondo la quale l'ordinanza ex art. 789 pronunciata in assenza dei presupposti di legge, intendendosi per tali anche la mancata conoscenza del deposito del progetto di divisione presso la cancelleria, per nullità della notificazione ovvero della comunicazione, si risolvesse in «un anomalo provvedimento giurisdizionale decisorio impugnabile, in mancanza di altri mezzi previsti, per cassazione a sensi dell'art. 111 Costituzione», v. Cass. 7 maggio 1991, n. 5014, in *Giust. civ. Mass.*, 1991; Id. 525 marzo 2001, n. 7129, in *Giur. it. Mass.*, 2001; Id. 21 luglio 2003, n. 11328, ivi, 2003; Id. 22 ottobre 2004, in *Guida al Diritto*, 2004, 8, 54 ss. Una parte minoritaria della Cassazione era partita dalla considerazione del provvedimento come omologa dell'accordo concluso tra i condividenti e ne aveva dedotto l'impugnabilità dell'ordinanza difettosa come parte di un negozio giuridico, cioè con l'*actio nullitatis* o con altri mezzi di tutela, quale l'azione di rescissione, v. Cass., 17 giugno 1959, n. 1902, *Giust. civ.*, 1959, I, 2181; Cass., 2 maggio 1969 n. 1415, in *Foro it.*, I, 1718 ss.; Id., 12 febbraio 1980, n. 1012, ivi, 1980, I, 1643 ss.; Id., 26 marzo 1981, n. 1779, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Divisione*, n. 53; Id., 4 aprile 1997, n. 2913, ivi, 1997, voce cit., n. 9. Altra giurisprudenza aveva attribuito all'ordinanza natura istruttoria e, perciò, aveva concluso che le eventuali irregolarità o nullità potessero essere fatte valere con la *querela nullitatis*, v. Cass., 4 aprile 1987, n. 3262, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 685. La giurisprudenza più recente partendo da una sentenza emessa dalla II sezione civile nel 1997 (Cass. 4 aprile 1997, n. 2913, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 527), ha distinto dalle altre le ordinanze emesse nel corso del giudizio di divisione in presenza di una contestazione espressa e le ha considerate appellabili, perché tengono luogo della sentenza che doveva seguire ad una regolare istruzione ex art. 187 ss. v. Cass., s.u., 2 ottobre 2012, n. 16727, in *Giur. it.*, 2013, 1625 ss.; Id., 27 gennaio 2014, n. 1619, *Guida al diritto*, 2014, 17, 71; Id., 12 luglio 2016, n. 14223, in *Ilprocessocivile.it*, 9 marzo 2017. In applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, prima della riforma operata dalla legge 80/2005 è stata considerata appellabile l'ordinanza possessoria "secca", ovvero quella che non conteneva la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito a cognizione piena, perché si è supposto che il procedimento con essa si chiudesse nel merito, v. Cass., 28 ottobre 1994, n. 8896, in *Giur. it.*, 1995, I, 1238 ss.; Id., 5 settembre 1998, n. 8838, in *Foro it.*, 1998, I, 3140, con nota di M.G. Civinini; Id., 20 luglio 1999, n. 480, in *Giur. it.*, 1999, 2242 ss., con nota di S. Chiarloni, *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali (in tema di forma dovuta e forma effettiva dei provvedimenti possessori definitivi)*; Id., 4 febbraio 2000, n. 1254, in *Nuova giur. comm.*, 2000, I, 55 ss. Infine è stata ritenuta impugnabile mediante ricorso straordinario in cassazione la pronuncia sulla condanna alle spese contenuta in un provvedimento di volontaria giurisdizione, decisorio ed illegittimo per mancanza di contrapposizione di interessi nel procedimento per copia e collazioni di atti pubblici, v. Cass. 20 settembre 2015, n. 15131, in *GiustiziaCivile.com*, 3 giugno 2016.

15. Sotto la vigenza del codice del 1865, P. D'ONOFRIO, *Gravami (diritto processuale civile)*, in *Nuovo Dig. it.*, IV, 1938, 488, in particolare 489 s., aveva manifestato preferenza per criterio della forma nella scelta del mezzo di impugnazione di un provvedimento. Quando entrò in vigore il codice attuale l'autore cambiò parzialmente idea, v. P. D'ONOFRIO, voce *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, 4° ed., I, 542 ss. Tra gli autori di maggior spicco che hanno aderito ed elaborato la teoria nel sistema attuale v.: N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, Milano, 1952, 42 e 137 ss. DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, cit., 32; Id., *Provvedimenti giudiziali abnormi*, cit., 532; Id., *Un nuovo tipo di nullità insanabile?*, cit., 525 ss.; Id., voce *Nullità degli atti processuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 467 ss., in particolare 485 s.; A. JANNUZZI, *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo* in *Giust. civ.*, 1959, I, 2182 ss.; TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., 13 ss e 164 ss.

16. Nel dibattito alla Camera dei Deputati l'on. Piero Calamandrei denunciava la gravità del sistema che dominava in cassazione di dare prevalenza alla sostanza anziché alla forma, con un

Le incertezze create dalla giurisprudenza intorno all'efficacia e all'impugnabilità delle ordinanze collegiali furono il motivo per cui, dopo un intenso lavoro parlamentare, si decise di inserire un quanto comma all'art. 279, in cui si specifica: «i provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza, comunque motivati, non possono mai pregiudicare la decisione della causa; salvo che la legge disponga altrimenti, essi sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio, e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze»¹⁷.

L'idea basilare di questa riforma legislativa è che gli articoli 156 e seguenti relativi alla nullità degli atti processuali debbano essere letti in stretto collegamento con l'art. 131 c.p.c., a norma del quale è la legge a prescrivere in quali casi il giudice debba pronunciare sentenza, ordinanza o decreto.

In particolare, dal successivo art. 132 in combinato disposto con l'art. 279 può essere ricavato il contenuto-forma del "prototipo di atto decisorio", la sentenza, tipico del "prototipo di processo su diritti", processo ordinario di cognizione come disciplinato dal II libro del codice di procedura civile.

Vero è che nel codice o nelle leggi extracodicistiche ci sono casi in cui il legislatore prevede che si decida con ordinanza o decreto, ma nel contesto di procedimenti speciali, basati su presupposti che consentono di avere un provvedimento strutturalmente più semplice di una sentenza, sottratto agli ordinari mezzi di impugnazione.

Questa dottrina¹⁸, dunque, considera la forma rivelatrice del potere che il giudice ha inteso esercitare e che la legge gli ha attribuito. Tale potere si riversa sull'efficacia del provvedimento emesso, dal momento che è la forma, a consentire di individuare agevolmente gli strumenti a disposizione delle parti per opporsi alla sua efficacia. La forma, insomma, è lo strumento convenzionale per identificare il rispettivo mezzo di impugnazione e per determinare i caratteri di stabilità del provvedimento.

Ciò significa che se un'ordinanza collegiale ha il contenuto di sentenza, essa non è impugnabile con appello, ma revocabile, nell'ipotesi in cui il processo sia ancora in corso. Se il processo si è concluso, ci sono due strade percorribili: si può tranquillamente iniziare un nuovo processo di merito, perché il provvedimento non fa in alcun modo stato tra le parti; oppure si può impugnare il provvedimento con un'autonoma azione di nullità.

sovertimento di concetti giuridici, perché l'interessato davanti ad un provvedimento avente forma di ordinanza non era spinto ad impugnarlo, in *Camera dei deputati, atti Parlamentari, Commissioni*, III, 4 gennaio 1949 – 1 aprile 1953, 235 ss. I lavori parlamentari sono riportati in *Lex* 1948, 1151 ss.; in *Le leggi*, 1950, 1004 ss. Sulla riforma v. E. MINOLI, *osservazioni sul regime dei provvedimenti interlocutori di primo grado secondo il decreto legislativo 5 maggio 1948*, n. 483, in *Giur. it.*, 1948, IV, 129 ss.; V. ANDRIOLI, *Le riforme del codice di procedura civile*, Napoli, 1951, 80-81; S. SATTA, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951, 21.

17. Art. 23 della l. 14 luglio 1950, n. 581.

18. TARZIA, *op. cit.*, 112 ss.

Nell'opposta eventualità in cui una sentenza abbia contenuto istruttorio, nonostante ciò, il provvedimento dovrebbe essere contestato con appello.

Pur partendo da analoghi presupposti concettuali, la conclusione alla quale perviene Mandrioli è sostanzialmente differente¹⁹. Secondo l'autore dal codice attuale si potrebbe ricavare la regola generale dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame ogni volta che si sia davanti ad un provvedimento decisorio, a prescindere dalla sua forma. La nullità, tuttavia, non potrebbe essere fatta valere con appello se il provvedimento non ha la forma di sentenza, ma con il mezzo di impugnazione suo proprio, che ne condiziona il passaggio in giudicato. Qualsiasi provvedimento decisorio, in assenza di altri mezzi di impugnazione, sarebbe soggetto a ricorso in cassazione secondo il disposto dell'art. 111 Cost. Con questo strumento, quindi, dovrebbe essere opposta la nullità del provvedimento anomalo con forma di ordinanza o decreto, ma contenuto di sentenza.

La giurisprudenza ha aderito in maniera limitata a questo principio. In tempi recenti si è avuta una serie di sentenze di significativa importanza, pronunciate anche a sezioni unite dalla Corte di cassazione²⁰, sulle quali ci intratterremo nel penultimo paragrafo di questa introduzione.

(... Segue) L'impugnazione dei provvedimenti abnormi

In diverse decisioni, anche recentissime, della Corte di cassazione²¹, il provvedimento abnorme (ovvero quello emesso dal giudice privo di potere) viene distinto dagli altri casi di anomalia. Il vizio di questo provvedimento sarebbe di tale gravità da poter essere fatto valere in ogni tempo ed in ogni sede, anche mediante un'autonoma azione di accertamento della nullità.

Il problema è stato, più che altro, di individuare quando sussista, in concreto, un'ipotesi rispondete a detti requisiti. Anche in questo campo non

19. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, cit., 101 ss. così anche: SORACE, *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, cit., 1700 s.

20. V. Cass., sez. un., 9 aprile 1986, n. 2466, in *Foro it.*, 1986, I, 2503; Id. 4 aprile 1987, n. 3262, cit., 685; Id. 2 giugno 1998, n. 5395, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1429 ss.; Id., sez. un., 23 marzo 1999, n. 182, ivi, 1999, I, 3337; Id. 20 aprile 2001 n. 5915, ivi., 2002, I, 1643; Id., 13 aprile 2004, n. 15783, in *Foro it.*, 2005, I, 1560; Id., sez. un., 2 febbraio 2005, n. 3816, in *Dir. e giust.* 2005, 16, 33; Id., sez. un., 16 aprile 2007, n. 8949, in *Foro it.*, 2008, I, 1, 197; Id., sez. un., 14 dicembre 2007, n. 26294, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; Id., 26 aprile 2010, n. 9923, ivi, 2010, 4, 610; Id. 7 ottobre 2010, n. 20811, ivi, 2010, 10, 1301; Id., sez. un., 12 gennaio 2011, n. 390, *Giust. civ.*, 2011, 623; Id. 8 marzo 2012, n. 3672, ivi, 2012, 3, 292; Id. 21 febbraio 2014, n. 4217, ivi, 2014; Id. 13 febbraio 2015, n. 2948, ivi, 2015; Id. 20 aprile 2015, n. 7994, in *Guida al diritto* 2015, 32, 74; Id. 22 giugno 2016, n. 12872, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

21. Mentre in alcune sentenze il concetto rimane indeterminato, così: Cass., sez. un., 1 marzo 1995, n. 2317, cit. 24; Id. dicembre 2006, n. 22825, cit.; Id., 28 dicembre 2009, n. 27428, cit.

sono mancate le incertezze della giurisprudenza e le opinioni dissonanti della dottrina²².

Dalla dottrina più risalente²³, un esempio classico è stata considerata l'ordinanza del giudice istruttore con sostanza di sentenza emessa in una causa collegiale: questo provvedimento sarebbe il caso di provvedimento anomalo ed abnorme al contempo.

Giungono, tuttavia, a diverse conclusioni coloro²⁴ che considerano la ripartizione di mansioni tra i vari organi giurisdizionali una questione di funzioni, non di poteri. In questo caso l'eventuale travalicamento dei propri compiti compiuto dal giudice dovrebbe essere classificato come "difetto funzionale", in ultima analisi frutto di nullità ex art. 158 c.p.c.

Il risultato concreto, per la dottrina che aderisce al principio dell'apparenza ed affidabilità, non cambia: questo provvedimento non sarebbe mai idoneo al passaggio in giudicato; esso sarebbe infatti privo di carattere di definitività e, conseguentemente, non sottostante alla regola dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame²⁵. Da altri, invece, si considera il provvedimento nullo, ma decisorio, impugnabile con ricorso straordinario in cassazione, in applicazione dell'art. 161²⁶.

La giurisprudenza di cassazione, dal canto suo, ha giudicato l'emissione del provvedimento dall'organo giurisdizionale funzionalmente scorretto ora come causa di radicale inesistenza, ora come violazione delle norme processuali che disciplinano la ripartizione dei compiti all'interno di un ufficio giudiziario²⁷.

22. Per approfondimenti in ordine al provvedimento emesso dal giudice privo di *potestas iudicandi* si rinvia a BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 160 ss. con particolare riferimento ai provvedimenti abnormi 220 ss.; F. AULETTA, *Nullità ed "inesistenza" degli atti processuali*, Padova, 1999, 253 ss.

23. Così, MONTESANO, *Rassegna di giurisprudenza*, cit., 280 ss.; ID., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, 148 ss.

24. DENTI, *In tema di provvedimenti giurisdizionali abnormi*, cit.; ID., *Un nuovo tipo di nullità insanabile?*, cit., 525 ss.

25. Oltre a Denti, v. TARZIA, *Profili*, cit., 122 s.

26. Si veda sul punto le osservazioni di BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, cit., 1548 ss., secondo il quale a conferma del fatto che si tratta di un caso nullità ci sarebbe stato il disposto dell'art. 274-bis, rubricato rapporti tra collegio e giudice istruttore in funzione di giudice unico, che al quarto comma prevedeva: «Alla nullità derivante dalla inosservanza delle disposizioni di legge relative alla composizione del tribunale giudicante si applicano gli articoli 158 e 161, primo comma». La norma è stata introdotta dall'art. 31 della l. 26 novembre 1990, n. 353 e successivamente abrogata dall'art. 67 del d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che, come è noto ha soppresso il pretore e lo ha sostituito con la figura di giudice unico di tribunale.

27. Nel primo senso: Cass., sez. un., 9 aprile 1984, n. 2258, in *Giust. civ.*, 1984, I, 213 ss.; ID., 9 aprile 1984, n. 2259 e 2270, entrambe *Giur. comm.*, 1985, II, 155, che indicarono come provvedimento abnorme il decreto di acquisizione alla procedura concorsuale di eventuali sopravvenienze attive in possesso del fallito, del coniuge o di altri soggetti, emesso per la conservazione del patrimonio dal giudice delegato ai sensi dell'art. 25, n. 2 della legge fallimentare, in presenza di contestazioni del terzo. Il provvedimento sarebbe abnorme perché assunto in un contesto in cui il giudice delegato svolge

È peraltro opportuno avvertire che talune ipotesi di provvedimenti etichettati come abnormi, destano perplessità.

In via esemplificativa, la Corte ha giudicato abnorme il decreto con cui il giudice ordinario ha dichiarato estinto il giudizio di opposizione e di conseguenza esecutivo un decreto ingiuntivo, dopo essersi spogliato del potere di decidere la causa ed aver rimesso le parti davanti al giudice del lavoro²⁸. In verità, gli articoli 426 e 427 c.p.c., prevedono solo che con ordinanza il giudice ordini le eventuali integrazioni necessarie per il passaggio da un rito all'atro; la suddivisione del tribunale in sezioni è, di nuovo, una questione di "organizzazione interna", ma l'organo giudiziario rimane lo stesso. Allora, la corretta qualificazione di un provvedimento emesso dopo che il giudice si è formalmente spogliato del potere di decidere la causa potrebbe essere quello di una contrarietà ai principi fondamentali del sistema, più che la connotazione di ipotesi di assoluta carenza di potere²⁹.

Si può notare come in pronunce più recenti continuino le perplessità anche sulle conseguenze dell'abnormità, dal momento che esse vengono talora sussunte nell'ambito della nullità radicale, denunciabile in ogni tempo sia per mezzo delle impugnazioni, sia con autonoma querela di nullità³⁰, ora considerate come mero motivo di impugnazione, da far valere in ultima analisi con ricorso straordinario in cassazione³¹.

attività procedurali, necessarie a consentire la progressione del fallimento, non di cognizione. Altro esempio è dato da Cass., sez. lav., 12 settembre 1995, n. 9628, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1636, che dichiarò provvedimento abnorme l'ordinanza emessa nel procedimento per la liquidazione di onorari (nel rito speciale della legge 13 giugno 1942 n. 794) dal pretore dirigente della sezione lavoro, in un caso in cui era in contestazione l'esistenza stessa del rapporto professionale, in relazione al quale si chiedeva la liquidazione del compenso. I motivi dell'abnormità-inesistenza venivano individuati: in primo luogo, nell'incompetenza del dirigente della sezione lavoro, perché la competenza del capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo sarebbe stata funzionale e inderogabile, con riferimento non solo all'ufficio, ma pure alla persona del titolare di questo; in secondo luogo, nella carenza dei presupposti necessari per accedere al procedimento speciale, ovvero la non contestazione dell'esistenza del rapporto professionale. Infine, Cass., 22 febbraio 2010, n. 4245, cit. Nel secondo senso: Cass., sez. un., 1 marzo 1995, n. 2317, cit.

28. Cass. 19 luglio 2016, n. 14790, cit.

29. Cass., sez. un., 1 marzo 1995, n. 2317, cit.

30. Cass. 24 dicembre 2006, n. 22825, cit.; Id., 28 dicembre 2009, n. 27428, cit.; Id. 14 gennaio 2015, n. 488, cit.; Id. 19 luglio 2016, n. 14790, cit.

31. Cass., sez. II, 30 settembre 2015, n. 19498, in *Guida al diritto*, 2015, 49-50, 63, ha specificato che il procedimento di accertamento tecnico preventivo si conclude con il deposito della relazione di consulenza tecnica, cui segue la liquidazione del compenso al consulente nominato dal giudice, senza che possa essere adottato alcun altro provvedimento relativo al regolamento di spese tra le parti, data la mancanza di una condizione di formale soccombenza (art. 91-92 c.p.c.). Perciò l'ordinanza successiva alla consulenza tecnica di rigetto e di condanna alle spese veniva considerata un provvedimento abnorme e non altrimenti impugnabile che ai sensi dell'articolo 111 della Cost., ma solo per il capo relativo alle spese.