

## PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E DECISIONI DELLA "TERZA VIA" della Dott.ssa Roberta Costantino

### SOMMARIO: Premesse

**Capitolo Primo:** Il principio del contraddittorio; 1. Fondamenti costituzionali ex artt. 24 e 111 della Costituzione; 2. Garanzia del contraddittorio davanti al giudice ordinario ex art 101, 183 e 384 c.p.c.

**Capitolo secondo:** Il contraddittorio e la "terza via";

1. Orientamenti giurisprudenziali prima della riforma introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69;  
- orientamento "rigorista" (Cass. Civ. Sez. I, 21 novembre 2001, n.14637; Cass. Civ. Sez. III, 5 agosto 2005, n.16577; Cass. Civ. Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108; Cass. Civ., 9 giugno 2008, n.15194;

- orientamento "sostanzialista" (Cass. 29 aprile '82, n.2712; Cass. Sez I, 5 giugno 2003, n. 8993, Cass. Civ. Sez. II, 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. Civ. Sez III, 28 gennaio 2004, n 1572, in tema di contratti agrari;

2. Orientamenti dottrinali.

-Tesi rigorista: Luiso e Comoglio.

-Tesi sostanzialista: Claudio Consolo, Sergio Chiarloni, Edoardo F. Ricci.

**Capitolo terzo:** La novella dell'art.101 c.p.c.; 1. L'espressa sanzione di nullità introdotta dalla legge di riforma n. 69 del 18 giugno, 2009, con il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c.; 2. La questione nodale; 3. L'art.360 bis in relazione all'art. 101 c.p.c.;

**Conclusioni**

**Premesse** - Oggetto di questo lavoro sono le c.d. sentenze di "terza via"<sup>1</sup>, dette anche decisioni "a sorpresa", "solitarie" o "solipsisticamente" adottate.

Il fenomeno ricorre quando il giudice decide la causa, sulla base di una questione rilevata d'ufficio, senza il previo contraddittorio delle parti.

Nessuno pone in dubbio la perdurante validità dell'antico brocardo "iura novit curia", né il ruolo partecipativo del giudice al *thema decidendi*, che non significa estendere l'oggetto del processo<sup>2</sup> (che solo l'attore e il convenuto possono determinare), ma allargarne lo spettro cognitivo, senza la condivisione delle parti<sup>3</sup>. Il giudice, in sostanza, sovrappone al dibattito processuale una decisione fondata su una questione mai sottoposta al controllo e alla discussione delle parti.

La scelta del tema è stata determinata dal recente intervento del legislatore che, con la c.d. "miniriforma", introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n.69, ha sanzionato con la nullità le sentenze di "terza via", introducendo un secondo comma all'art. 101 c.p.c.

Nel Primo capitolo, si analizzano le implicazioni che la garanzia costituzionale del giusto processo, ed in particolare del contraddittorio e della ragionevole durata, pone in relazione alle decisioni "a sorpresa". Segue una riflessione sul sistema di norme che, nel diritto processuale, regola il fenomeno e, quindi, non soltanto il novellato art. 101 c.p.c., ma anche gli artt. 183 e 384 c.p.c., con la rilevazione di qualche discrasia, nella disciplina delle questioni rilevabili d'ufficio, sotto il profilo temporale della rilevabilità.

La dottrina e la giurisprudenza hanno concordemente rilevato la necessi-

<sup>1</sup> "Terza via" è quella che il giudice sceglie di percorrere, nella decisione della causa, lasciandosi alle spalle le prospettazioni dell'attore e del convenuto (prima e seconda via).

<sup>2</sup> L'esempio classico è quello della nullità di un contratto rilevata dal giudice officiosamente, nel contesto del processo il cui oggetto sia una domanda di adempimento derivante dal contratto.

<sup>3</sup> M. Fabiani, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Rivista diritto processuale*. 2006, 6s.

tà di una rilettura del fenomeno delle sentenze di "terza via", ma sono tutt'altro che univoche nel trarne le conseguenze. Di questa "articolata polifonia interpretativa" si tracciano le direttrici nel Secondo capitolo. Tra "canti e controcanti" sembra scorgersi un *fil rouge* che ci condurrà, nel Terzo capitolo, attraverso gli ultimi orientamenti dottrinali e le ultime pronunce della Cassazione (adottate dopo la riforma introdotta dalla legge n.69/2009, pur se riferite a fattispecie soggette alla previgente disciplina) a valutazioni conclusive.

Segue una riflessione sulla norma introdotta dall'art. 360 bis c.p.c., che al punto numero 2 introduce una sorta di filtro all'esame del merito dei ricorsi per Cassazione, disponendo che il ricorso è inammissibile "quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi del giusto processo".

Il rispetto dei principi che caratterizzano il "giusto processo" impone una verifica della ragionevolezza delle letture consentite, della loro coerenza a criteri di efficacia dello *iurisdicere*, evitando interpretazioni che giustifichino formalismi inutili in relazione alle effettive garanzie di difesa.

## Capitolo Primo - La garanzia del contraddittorio e la "Terza via"

**1. Fondamenti costituzionali** - «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

Così recita il secondo comma dell'art. 111 della Costituzione, introdotto con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

La garanzia del contraddittorio è principio fondante di quello che è stato definito "giusto processo"<sup>4</sup>.

E' evidente, peraltro, la correlazione tra principio del contraddittorio e diritto alla difesa ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, in quanto il primo è sicuramente strumento per la realizzazione del secondo, anche se non esaurisce in questa relazione la sua portata<sup>5</sup>. La tematica è stata oggetto di una ricca elaborazione dottrina, che non s'intende ripercorrere, per non infliggere al lettore, senza nemmeno le garanzie del giusto processo, una così grave pena. Qui si vogliono evidenziare solo quegli spunti di riflessione che riguardano l'impatto del canone costituzionale del contraddittorio con le sentenze c.d. di "terza via".

Ciò, anche se quel dibattito sulla portata innovativa del novellato art. 111 della Costituzione, sull'individuazione dei principi del giusto processo e sull'effettiva portata di ciascuno di essi è tornato di grande attualità con l'introduzione del filtro all'esame del merito dei ricorsi per Cassazione, ex art.

<sup>4</sup> La nuova espressione ha suscitato anche interventi polemici: T. Basile, in *Le riforme del processo: Il giardiniere incostante e i suoi trapianti (alla radice di uno stradicamento)*, in *Corriere giuridico* n. 1/2010, la definisce «espressione di una ineffettuale retorica bipartisan».

, avvertendo il rischio di una magniloquente disposizione "tutta chiacchiere e distintivo", secondo l'espressione usata da Al Capone, nel film "Gli intoccabili" di Brian De Palma.

<sup>5</sup> E.F. Ricci, *La sentenza "della terza via" e il contraddittorio*, in *Rivista diritto processuale*, 2006. Secondo l'Autore, l'art 183 ha a che vedere con il principio del contraddittorio ma sotto altro profilo di quello di garanzia di difesa. Il contraddittorio è lo strumento mediante il quale, attraverso la contrapposizione dialettica tra diverse tesi si tende a raggiungere una decisione fondata su una plausibile ricostruzione dei fatti e una corretta diagnosi in iure. Il contraddittorio adempie a tale funzione in quanto sia data effettivamente alle parti la facoltà di interloquire.

Da tali premesse Ricci trae la conseguenza che la questione non riguarda la validità o nullità della decisione ma la sua giustizia o ingiustizia (in quanto fondata su un terreno lacunoso). La segnalazione, da parte del giudice, delle questioni rilevabili d'ufficio è correlata ad un dovere di collaborazione con le parti, concretizzandosi in un'attività di stimolo nei confronti dei difensori. Propone, dunque, un'interpretazione del contraddittorio in termini diversi da quelli di garanzia del diritto di difesa.

360 bis c.p.c., il quale, al punto numero 2, dispone che il ricorso è inammissibile «quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi del giusto processo».

Nell'ampia produzione scientifica che si è sviluppata sul tema della garanzia costituzionale del contraddittorio, Luigi Montesano affronta, tra i primi, la tematica dei rapporti tra il suddetto canone costituzionale e le sentenze di "terza via".

Secondo Montesano<sup>6</sup>, dall'art. 111 Cost., come riformato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n.2, si desume chiaramente il divieto dei giudizi civili di "terza via".

Dall'essenzialità della garanzia del contraddittorio e del principio di difesa (art. 24 Cost.) se ne deduce l'invalidità degli atti in contrasto con il loro scopo normativo e la conseguente invalidità del provvedimento conclusivo in quanto dipendente dall'atto invalido. L'Autore si colloca, dunque, nella corrente dottrina c.d. "garantista" o, in chiave critica, "formalista" che si contrappone a quella c.d. "sostanzialista" di cui si tratterà nel secondo capitolo.

Con riferimento all'ambito di applicazione, a parere dell'Autore, la disciplina dell'art. 111 Cost. non è applicabile a tutti i processi civili. Esso non opera nei processi in cui i provvedimenti finali sacrificanti gli interessi di parte possono essere rimossi o prevenuti instaurando un processo di cognizione normale, soggetto cioè, alla normativa del libro II del c.p.c., o comunque modellato fondamentalmente su questa, sia pure con "varianti".

Così, ad esempio, la garanzia costituzionale del contraddittorio rimane comunque estranea, ai processi che si concludono con decreto ingiuntivo, con sentenza dichiarativa di fallimento, con decreto sull'attività antisindacale, cioè con provvedimenti variamente sommari, rimovibili con opposizioni; ai processi per la convalida di sfratto che può essere prevenuta o rimossa con l'opposizione dell'intimato; ai processi cautelari, in cui i provvedimenti finali perdono efficacia se chi li ha ottenuti non promuove tempestivamente il giudizio sul merito; ai processi esecutivi i cui provvedimenti sono soggetti alle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi; alla distribuzione operata dal giudice dell'esecuzione della somma ricavata dall'espropriazione forzata, che può essere prevenuta sollevando le controversie descritte nell'art. 512 c.p.c.

In realtà, va rilevato che, salvo il procedimento monitorio, in tutti gli altri casi il contraddittorio c'è, seppure in forme diverse da quelle previste nel processo ordinario.

Per quanto riguarda poi, il decreto ingiuntivo, va detto che il relativo procedimento non implica o presuppone un giudizio, ma soltanto la verifica di alcuni presupposti formali; il problema della garanzia del contraddittorio sarebbe limitato all'art. 642 comma 2 c.p.c. relativo alla concessione della provvisoria esecuzione in caso di "grave pregiudizio nel ritardo".

Con riferimento poi al contenuto del canone costituzionale del contraddittorio, precisa Montesano che la garanzia in questione non elimina né attenua il principio fondamentale "*iura novit curia*". Rimane il potere-dovere del giudice di individuare la norma applicabile in causa (art.113 c.p.c.), per cui il giudice non è vincolato alle impostazioni della causa "in diritto" ad opera delle parti.

---

<sup>6</sup> L. Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, Riv. Dir. Proc., 2000, 929 s.

La garanzia in discorso incide, invece, sui modi e sui tempi dell'esercizio del suddetto potere-dovere .

Al riguardo, si augura che, alla luce della riforma dell'art. 111 del 1999, la giurisprudenza modifichi il suo orientamento incline a decidere le controversie applicando in totale libertà norme del tutto estranee al dibattito tra le parti. Se così non avverrà, la Corte Costituzionale dovrà intervenire in materia con una sentenza interpretativa d'accoglimento, eliminando l'incostituzionalità.

Così pure, al fine di coniugare il principio della ragionevole durata del processo e la garanzia del contraddittorio, è necessario, secondo l'Autore, impedire al giudice di porre la questione della norma estranea al precedente dibattito tra le parti o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso al di là dell'udienza prevista dall'art. 184 c.p.c., cioè della fase processuale durante la quale sono inibite alle parti richieste di nuovi mezzi di prova. Altra via sarebbe quella di consentire al giudice in ogni momento, anche in sede di decisione, il rilievo, officioso o su sollecitazione di parte, della nuova possibile impostazione giuridica della causa, applicando la normativa sulla rimessione in termini prevista dall'art. 184 bis c.p.c., evitando il più possibile l'allungamento dei tempi procedurali. E' curioso notare come il legislatore abbia seguito, nella riforma dell'art. 183 c.p.c. del 2005, già vigente dunque il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione, la prima prospettazione (facendo riferimento, però, all'udienza di trattazione o eventualmente a quella fissata per la conciliazione), senza, però, configurare come obbligo il rilievo d'ufficio del giudice e non sanzionandone, perciò, in alcun modo, l'inosservanza. Nel 2009, invece, con la modifica dell'art. 101 c.p.c., intervenuta con la legge n. 69/2009, il legislatore compie una virata verso la seconda prospettazione, introducendo espressamente la possibilità di rilievo officioso anche in fase decisoria e sanzionando con la nullità della sentenza l'omessa sollecitazione del contraddittorio.

Le tesi di Montesano, dunque, in qualche modo anticipano quelli che saranno i successivi interventi legislativi, pur non conducendo, necessariamente e in ogni caso, almeno secondo l'orientamento di parte della giurisprudenza e della dottrina, alla conseguenza prefigurata dall'Autore: l'invalidità della sentenza che implichi un'impostazione giuridica rimasta estranea al precedente dibattito tra le parti, con il conseguente potere del soccombente di far valere in appello tale invalidità (art. 161 c.p.c.).

Il giudice di secondo grado, se riterrà applicabile tale norma, dovrà consentire il contraddittorio impedito in primo grado e dare così alle parti la possibilità di difendersi e proporre nuove prove.

La violazione di tale norma potrà essere motivo di cassazione "per nullità della sentenza" e/o per difetto di motivazione sulla predetta "indispensabilità" o no di nuove prove e quindi il rinvio della Corte suprema al giudice di secondo grado perché provveda a sanare il vizio. Comunque, non è il caso ora di addentrarsi ulteriormente nella tesi di Montesano su questo particolare profilo. Sugli effetti e modalità dell'impugnativa della sentenza di "terza via" torneremo, infatti, più ampiamente in seguito.

Correlate sempre alla garanzia del contraddittorio sono pure riflessioni che l'Autore fa con riguardo ad altri istituti processuali. Rileva che contro "terze vie" giudiziarie, nell'iter formativo dei giudizi di fatto, l'ordinamento prevede la tipicità degli strumenti istruttori predisposti in funzione assuntiva delle prove,

che il giudice dispone su iniziativa delle parti o d'ufficio.

Le parti, infatti, conoscendo preventivamente i modi, i tempi e i contenuti di quell'assunzione sono in grado di predisporre le proprie difese e di attuarle nella fase istruttoria.

Ove la prova fosse disposta d'ufficio, saranno assegnati congrui tempi alle parti per proporre i mezzi di prova ritenuti necessari in relazione a quelli disposti d'ufficio dal giudice (ipotesi poi recepita dall'ordinamento, al comma 8 dell'art.183 c.p.c., come riformato dalla legge n.8 del 2005).

Secondo l'Autore, che come abbiamo detto si colloca in una linea rigorosamente garantista, manca, invece, del tutto la garanzia del contraddittorio in alcuni strumenti formativi del convincimento giudiziario, che non sono rigorosamente strutturati dalla legge in funzione probatoria, ma possono fornire al giudice "argomenti di prova", quali le risposte rese in sede di interrogatorio libero e i comportamenti delle parti attivi ed omissivi.. Così, per esempio, nell'interrogatorio libero, la parte non sa quali domande le saranno rivolte dal giudice né le è data la possibilità di sapere di quale risposta o rifiuto il giudice si servirà nella formazione del suo convincimento in fatto. Si impone, ad avviso di Montesano, dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione, l'adeguamento ai canoni costituzionali degli strumenti suddetti. Non è possibile negare il problema facendo perno sulla distinzione tra prove e argomenti di prova, in quanto questi ultimi non sono mai sufficienti a formare una compiuta prova e, quindi, il convincimento del giudice ma sono strumenti per valutare le "prove tipiche". Questa distinzione è di fatto ormai trascurata da molta giurisprudenza, per cui si è formato un "diritto vivente" sostanzialmente diverso dal diritto scritto, che equipara argomenti di prova e prove.

Ciò, secondo l'Autore, significa chiaramente che l'iter diretto alla produzione del giudizio di fatto si svolge in "terza via", non avendo le parti alcuno strumento per conoscere, prima che quel giudizio di fatto si esprima in sentenza, come nella mente del giudice si sia formato il convincimento.

Da qui l'esigenza, secondo Montesano, di un intervento adeguatore della legge alla Costituzione che dovrebbe concretizzarsi in un vincolo per il giudice nelle stesse forme e termini di cui si è detto per disporre prove d'ufficio. Il giudice dovrebbe comunicare alle parti gli argomenti di prova che ritiene rilevanti per la formazione dei propri convincimenti in fatto, assegnando alle stesse un termine perentorio per la deduzione di mezzi di prova necessari in relazione a quegli argomenti.

La tesi è portata alla sua logica conseguenza, se consideriamo l'ottica garantista di Montesano: la sentenza di primo grado sarà invalida se non rispetta il contraddittorio delle parti ove il suo giudizio di fatto sia determinato da quegli argomenti di prova da soli o in decisivo concorso con le "prove tipiche".

Ma l'art. 111 della Costituzione consente, o forse impone, letture diverse.

Giusto processo è quello che tende alla sentenza giusta. Precisa Chiarloni «Il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da garantire nei limiti del possibile la giustizia del risultato».

D'altra parte, il principio della ragionevole durata impone al giudice di non porre in essere comportamenti contrari ad una sollecita definizione del processo, tra i quali quelli che comportano un inutile dispendio di energie processuali e formalità superflue, in quanto non giustificate dalla struttura dialetti-

ca del processo e dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, a garanzia del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del diritto alla partecipazione al processo, in condizioni di parità ( art. 111 Cost)<sup>7</sup>.

Da qui, certamente la necessità di una rilettura degli istituti che riguardano il processo per verificarne la coerenza con la direzione tracciata dal costituente del principio del contraddittorio, ma anche della ragionevole durata e della decisione giusta.

Il rispetto dei suddetti principi impone una verifica della ragionevolezza della procedura, della sua coerenza a criteri di efficacia dello *iurisdicere*, evitando interpretazioni che giustifichino formalismi inutili in relazione alle effettive garanzie di difesa.

Lungo questa direttrice sembra collocarsi la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte.

Con riferimento al principio del contraddittorio, il Giudice delle leggi precisa che «il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modella il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinearsi come correlativo allo specifico oggetto della controversia».

(Corte Costituzionale, sent. n.321/2007).

Questa linea interpretativa consente già di anticipare qualche riflessione sulla rilevanza dell'omesso contraddittorio. Se il principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione della lite che sia anche una decisione giusta, partecipata, ossia fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice, deve ritenersi coerentemente che la carenza del contraddittorio rileverà quando sussista la "causalità del vizio" ossia il concreto pregiudizio per la parte soccombente. Viceversa, la mancata attuazione del contraddittorio sarà inutilmente invocata quando la parte non riesca a dimostrare quali istanze istruttorie e allegazioni difensive non ha avuto modo di sviluppare, per la mancata attivazione del dialogo<sup>8</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza hanno subito colto le implicazioni che la garanzia costituzionale del giusto processo ed in particolare dei principi del contraddittorio e dell'imparzialità del giudice pongono in relazione alle decisioni "a sorpresa", ma non assumono posizioni univoche nel trarne le conseguenze.

**2. Garanzia del contraddittorio davanti al giudice ordinario ex art. 101, 183 e 384 c.p.c.** - La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69 è intervenuta sugli effetti dell'omissione del giudice che, senza il previo contraddittorio delle parti, abbia fondato la sua decisione su una questione rilevata d'ufficio. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 101 c.p.c., appena introdotto: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il

---

<sup>7</sup> L. Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?* Riv. Dir. Proc. n.6, 2009.

<sup>8</sup> C. Consolo, *nota a Cass. Civ. Sez. Unite 30 settembre 2009, n.2093*, in *Corriere giuridico* 3/2010, 359 s. *La Suprema Corte ricorre al difetto di interesse ad impugnare quale strumento per addivenire al rigetto del gravame proposto, non avendo il ricorrente dimostrato l'effettivo pregiudizio subito dall'error in procedendo commesso dal giudice del merito configurante una compressione del suo diritto di difesa. La stessa impugnazione denota nel caso esaminato l'innocuità del vizio denunciato, e così la sua sanatoria.*

giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione."

La nuova disposizione riproduce così, quasi specularmente, per il giudizio di merito, quanto previsto per il giudizio di Cassazione dall'art. 384 c.p.c., come sostituito dalle disposizioni innovative del processo di Cassazione, introdotte dal D.Lgs. 2 febbraio 2006 n.40 (art.12).

La norma progenitrice prevede, infatti, che «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione».

Delle questioni rilevabili d'ufficio, tratta pure l'art 183 c.p.c. che, al terzo comma, dispone che, nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma (su istanza di parte, per esperire il tentativo di conciliazione) «il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione», senza prevedere, tuttavia, alcuna sanzione nel caso di omesso rilievo officioso.

L'obbligo da parte del giudice si fa risalire al dovere di collaborazione con le parti, intrinseco nella sua posizione di terzietà e nel corretto svolgimento del principio del contraddittorio nel giusto processo<sup>9</sup>.

Una lettura correlata dell'art. 101 con l'art 183 c.p.c. evidenzia un'apparente contraddizione o, secondo qualche autore, almeno un *overruling*<sup>10</sup>.

A norma dell'art. 183 c.p.c., il giudice deve indicare alle parti, nel corso della prima udienza, le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, allo scopo evidente di stimolare le parti a formulare richieste istruttorie che tengano conto anche dei rilievi officiosi. Se, tuttavia, ciò non avvenga, in quella sede, il giudice può, a norma dell'art. 101 c.p.c., al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi, sulla questione rilevata officiosamente. Ovviamente qualora il giudice si avveda di una questione dopo l'udienza di trattazione può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione. Più esattamente, deve ritenersi che fisiologicamente il rilievo delle questioni officiose debba intervenire nella prima udienza di trattazione, tanto in primo grado quanto in appello (quando è il giudice di secondo grado a rilevare la questione, nei limiti in cui non si sia formato il giudicato).

Lo strumento introdotto dal novellato art. 101 c.p.c. ha natura, invece, sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, in quanto è destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa. E' questa una lettura imposta dalla necessità di evitare interpretazioni contrarie ad una sollecita definizione del processo.

La riforma mostra pure un'ulteriore discrasia, questa volta effettiva e non

---

<sup>9</sup> Cassazione, Sez. III, 31 ottobre 2005, n.21108.

<sup>10</sup> Fabiani, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 7

apparente. A norma del nuovo art. 38 c.p.c., le questioni di competenza devono essere rilevate, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di trattazione. D'altro canto, le questioni di ogni altro tipo possono essere recuperate dal giudice fino alla fase decisoria, a norma dell'art. 101 c.p.c. Ne consegue che il sistema si sfrangia: mentre per le questioni afferenti la competenza la barriera costituita dall'udienza di trattazione è invalicabile, senza poter attingere alla previsione di cui al citato art. 101 c.p.c., per tutte le altre, il rispetto del termine di cui all'art. 183 è solo indicativo e auspicabile<sup>11</sup>.

L'omissione della sollecitazione del contraddittorio importa la nullità della sentenza successivamente adottata, a norma del secondo comma dell'art. 101 c.p.c.

Peraltro, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria anche prima della recente modifica normativa ritenevano nulla la decisione solitaria, nell'ipotesi di omessa segnalazione da parte del giudice e mancata attivazione del contraddittorio, sia pure con posizioni diversificate in ordine alle motivazioni e alle ipotesi applicabili, come più ampiamente si dirà nel prosieguo di questo lavoro.

Qualora la violazione, nei termini su indicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalle indicazioni delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, determina, se ritenuta fondata, non la regressione al primo giudice, ma la rimessione in termini per lo svolgimento delle attività il cui esercizio non è stato possibile in primo grado e che sarebbe impedita in secondo grado per le preclusioni di cui all'articolo 345 c.p.c.

Ove la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in Cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza, non necessariamente con rinvio. La tipologia della decisione, che la Suprema Corte adotterà, non può essere definita in astratto, ma in relazione alla quantità e qualità delle difese che devono essere recuperate, a seguito del mancato esercizio del contraddittorio. La sentenza sarà di cassazione con rinvio prosecutorio, quando si dovrà consentire alle parti, in quella sede, di esercitare il diritto al contraddittorio; ovvero sarà rescindente e rescissoria tutte le volte in cui non vi sia bisogno di nuovi accertamenti in fatto.

Considerata la collocazione della disposizione di cui all'art. 101, secondo comma, nel Libro Primo del codice, il principio espresso ha efficacia generale, per cui deve ritenersi applicabile anche a procedimenti diversi dal processo ordinario di cognizione, nonché ai processi innanzi al giudice contabile, amministrativo e tributario<sup>12</sup>.

Attesa la gravità delle conseguenze dell'omessa attivazione del contraddittorio, sia pure con importanti distinguo elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, che hanno portato a ritenere possibile, la sanatoria, come vedremo in seguito, è essenziale l'individuazione delle questioni che, se rilevate officiosamente, impongono il comportamento collaborativo del giudice previsto dalle norme richiamate.

La Cassazione sez. III, con recente sentenza n. 15901 del 7 luglio 2009,

---

<sup>11</sup> Fabiani, *op. cit.* definisce la riforma poco coraggiosa, in quanto non limita la rilevanza d'ufficio di tutte le questioni all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., al fine di evitare che il processo torni sui suoi passi, in omaggio al principio della ragionevole durata, lasciando alle fasi successive solo i rilievi che attengono al processo.

<sup>12</sup> Fabiani, *op. cit.*, 7.



ha confermato l'orientamento già espresso<sup>13</sup> con riferimento all'applicazione dell'art. 384, comma 3 c.p.c., ritenendolo applicabile nelle sole ipotesi in cui la Corte decida il merito della lite e non, invece, nelle altre ipotesi ed in particolare quelle riguardanti l'ammissibilità del ricorso. La Corte afferma che si tratta di lettura imposta dal principio di ragionevole durata del processo, perché la procedimentalizzazione prevista dall'art. 384 c.p.c., comma 3, se applicata ad ogni questione rilevata d'ufficio, dilaterrebbe ulteriormente i giudizi di Cassazione, già notoriamente lunghi. La fattispecie esaminata rientrava nel regime ante riforma (l. n.69/2009), la Corte avverte, tuttavia, che la soluzione della questione esegetica dell'art. 384 c.p.c. dovrà, con ogni probabilità, essere ripensata alla luce del nuovo art. 101, comma 2 c.p.c. Tale conclusione è condivisa da Claudio Consolo<sup>14</sup>, in considerazione della circostanza che proprio con riferimento al giudizio di Cassazione manca la possibilità di una sanatoria a valle della mancata attivazione del contraddittorio, come, invece, è possibile nel primo e nel secondo grado. Ciò impone, secondo l'Autore, la massima "generosità" nell'accordare alle parti adeguati spazi dialettici.

## Capitolo secondo

### Polifonia interpretativa

**1.Orientamenti giurisprudenziali ante riforma introdotta dalla legge 18 giugno 2009 n.69: orientamento rigorista e orientamento sostanzialista** - Sulla tematica della validità/invalidità della sentenza "solitaria", in caso di omesso previo contraddittorio su questione rilevata ex officio, le sezioni semplici e le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse nel tempo «attraverso un'articolata polifonia interpretativa»<sup>15</sup>.

"Rivoluzionaria" è stata definita la sentenza Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637, che, per la prima volta, riconosce la nullità della sentenza "solitaria" dando l'avvio ad un filone interpretativo definito dalla dottrina "rigorista" o "garantista" ovvero, in chiave critica, "formalista".

In precedenza, un consolidato orientamento giurisprudenziale era attestato sulla validità delle sentenze solipsisticamente adottate, in quanto configurava come mera facoltà del giudice l'indicazione alle parti di eventuali questioni rilevate d'ufficio<sup>16</sup>.

La dottrina maggioritaria, anche in considerazione dell'art. 16 del c.p.c. francese<sup>17</sup>, aveva, invece, una posizione critica.

<sup>13</sup> In tal senso, *ex plurimis*, sentenza n. 15949 del 17 luglio 2007, la quale precisa che «Il nuovo comma dell'art. 384 c.p.c. – a norma del quale, ove la Corte di Cassazione ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve riservarsi la pronuncia, dando termini alle parti per note - non attiene alle questioni relative alla formulazione del quesito di diritto, imposto a pena d'inammissibilità dall'art. 366 bis c.p.c. (anch'esso introdotto dal D.lgs n.40 del 2006) giacché esse fanno parte naturaliter del *thema decidendum* e manca qualsiasi effetto di sorpresa nel rilievo da parte del giudice».

<sup>14</sup> In nota alla sentenza delle Sez. Unite della Cassazione 30 settembre 2009, n. 20935, *Corriere giuridico* n.3/2010, 356.

<sup>15</sup> Cass. Civ. sez. unite, 30 settembre 2009, n. 20935

<sup>16</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Cass., 29 aprile 1982, n.2712., che afferma: «La richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal secondo comma dell'art. 183 c.p.c. (applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell'art. 359 c.p.c., anche in appello), costituisce un'attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo di impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi».

<sup>17</sup> «Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-meme le principe de la contradiction. (...) Il ne peut fonder sa à décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invitè les parties à presente leurs observations».

La fattispecie esaminata dalla Corte, nella sentenza n. 14637 del 2001, si configura come un caso da manuale di decisione su questione rilevata d'ufficio, nella fase decisoria, non sottoposta al contraddittorio delle parti.

Il Comune di Urbino aveva proposto opposizione avverso un'ordinanza-ingiunzione della Provincia di Pesaro ed Urbino<sup>18</sup>, ancorando tale opposizione a motivi di fatto e a presunte violazioni di norme relative al procedimento amministrativo. Il Pretore aveva assunto testi e fatto espletare una c.t.u., ma aveva poi accolto l'opposizione per un motivo completamente diverso da quelli che supportavano l'opposizione e da lui rilevato d'ufficio, per la prima volta, in sede decisoria: l'insussistenza del potere sanzionatorio esercitato dalla Provincia. Concludeva, perciò, il Pretore per l'inesistenza o nullità dell'atto amministrativo in questione. L'amministrazione provinciale soccombente proponeva ricorso in Cassazione, lamentando la violazione dell'art. 183 c.p.c., anche in relazione all'art. 24 della Cost., per non avere il giudice consentito il contraddittorio sulla questione della nullità o inesistenza dell'atto amministrativo in questione.

Nella citata decisione del 2001, che è il frutto della riflessione avviata dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul nuovo testo dell'art. 111, la Corte ritiene che il comma 4 dell'art. 183 c.p.c., che impone al giudice di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, sia espressione piena del principio del contraddittorio che governa il processo. E' un principio «che il giudice deve far osservare e deve osservare egli per primo, tant'è che deve significare alle parti le questioni che ritiene rilevino, cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute.

Tale affermazione risulta coerente con il regime delle preclusioni e dello "ius penitendi" i quali consentono alle parti di aggiustare il tiro, anche in considerazione delle rispettive difese, cosicché è la dialettica del processo che segna il limite alle possibili novità».

Nella stessa direttrice, si colloca la sentenza della Cassazione sez. III, 5 agosto 2005, n.16577. La decisione evidenzia le caratteristiche che la questione sollevata d'ufficio deve avere perchè sia rilevante ai fini della (in)validità della sentenza: deve trattarsi di questione «che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale». Ciò determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria<sup>19</sup>.

La stessa terza Sezione della Cassazione ritorna sul tema con la sentenza 31 ottobre 2005, n. 21108. La mancata segnalazione da parte del giudice della questione rilevata d'ufficio viene ricondotta a violazione del dovere di collaborazione del giudice con le parti, intrinseco alla sua posizione di terzietà.

---

<sup>18</sup> L'ordinanza-ingiunzione sanzionava il Comune, nella qualità di gestore dell'impianto di depurazione, in quanto aveva scaricato nel fiume Sasso acque reflue, ritenute non conformi alla tabella A allegata alla legge n. 319/1976.

<sup>19</sup> Sulla base di tale principio la Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice d'appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione "omnibus", ai sensi dell'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n.154, senza rimettere la causa sul ruolo per consentire all'attrice di allegare e provare che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente dall'entrata in vigore della predetta disposizione, non avente efficacia retroattiva.

Precisa, inoltre, la Suprema Corte che la regola disposta dall'art. 183 comma 3 c.p.c., pur dettata espressamente per disciplinare la prima udienza di trattazione, vale in realtà per l'intero corso del processo, essendo intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.). La Cassazione, dunque, prima ancora della modifica introdotta dal legislatore all'art 101 c.p.c. riguardante l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio la questione rilevata officiosamente, nella fase decisoria, ha interpretato estensivamente l'art. 183 comma 3, ritenendolo applicabile al processo nella sua interezza<sup>20</sup>.

In linea con l'orientamento rigorista, è pure la sentenza della Cassazione, 9 giugno 2008, n.15194, che accoglie il ricorso incidentale avverso sentenza fondata su questione rilevata d'ufficio e mai dibattuta nel processo<sup>21</sup>.

In contrapposizione all'orientamento "garantista", si pongono altre pronunce della Cassazione che si identificano come "sostanzialiste", le quali argomentano la validità delle sentenze c.d. della "terza via", sulla base dell'assenza di una previsione normativa espressa che ne sancisca la nullità.

Emblematica in tal senso, la sentenza della Cassazione, sez.II, 27 luglio 2005, n.15705. I ricorrenti lamentavano la violazione degli art.183, terzo comma, c.p.c., 111 e 24 della Costituzione, per aver omesso la Corte d'appello di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, come imposto dalle citate norme, per attuare il principio del contraddittorio e, per evitare la c.d. decisione a "sorpresa". La Suprema Corte ritiene infondato il motivo di ricorso, in quanto «condivide il prevalente orientamento giurisprudenziale di questa Corte secondo cui non è affetta da nullità e non è oggetto di alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio al momento dell'assunzione della decisione e non sottoposta dal giudice al preventivo contraddittorio delle parti. Non può infatti essere pronunciata la nullità di atti del processo se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell'art.183 c.p.c.»<sup>22</sup>.

Attestate su fronte predicativo della validità delle decisioni "a sorpresa" si collocano pure le Sezioni unite, con la sentenza n.18128/2005, riguardante la rilevabilità d'ufficio dell'eccessiva entità di una clausola penale. La sentenza, pur non affrontando, *ex professo*, la tematica in questione, ha implicitamente escluso qualunque vizio di nullità della pronuncia di merito, che rilevata in via officiosa la questione, abbia poi proceduto autonomamente a ridurre il relativo importo, pur in mancanza di una esplicita richiesta di parte e senza segnalare alle medesime la questione, per aprire eventualmente il contraddittorio.

In linea con l'orientamento predicativo della validità delle sentenze di "terza via", sia pure con importanti *distinguo*, si colloca anche la recente sen-

---

<sup>20</sup> Si trattava di fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto, rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato notificato in precedenza altro precetto per cui, il secondo era improduttivo di effetti per il principio del *ne bis in idem*. La Suprema Corte cassa la sentenza, con rinvio al giudice di pace affinché in tale sede sia dato corso alle attività processuali che le parti, per effetto della mancata segnalazione della questione rilevata d'ufficio, non hanno potuto svolgere.

<sup>21</sup> La questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio riguarda la ritenuta mancata produzione delle procure notarili con il conferimento di poteri ai rappresentanti della società ricorrente e resistente, erroneamente rilevata dal giudice e, invece, effettivamente prodotte. La Corte ritiene inammissibile il ricorso principale, trattandosi di errore materiale per il quale il rimedio è la revocazione; accoglie, invece, il ricorso incidentale, per omesso contraddittorio, su questione rilevata d'ufficio, e cassa con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello.

<sup>22</sup> La fattispecie riguarda la divisione di beni caduti in successione, con liquidazione della quota di usufrutto del coniuge superstite, contestata da quest'ultimo e da altro erede, per violazione dell'art.183, terzo comma.

tenza delle Sezioni unite n.20935 del 30 settembre 2009<sup>23</sup>, che pone, tuttavia, così rilevanti *distinguo* da poter considerarsi un momento di sintesi dei due orientamenti.

Anzitutto censura l'argomentazione della mancata previsione espressa della nullità su cui si fonda la sentenza della Cassazione, sez.II, 27 luglio 2005, n.15705. Il Collegio, infatti, in linea con analoghe critiche formulate dalla dottrina, afferma che «Il principio della tassatività delle nullità non trova applicazione per le nullità extraformali qual è appunto quella derivante dalla violazione del principio del contraddittorio».

Affermano pure le Sezioni riunite, che resta tuttora aperto il nodo problematico se l'omessa indicazione di questione rilevabile d'ufficio possa non comportare ipso facto la nullità della sentenza poiché tutto si versa sulla giustizia o ingiustizia della decisione, ovvero se tale nullità sia indefettibile conseguenza della violazione del dovere di imparzialità del giudice, per la sua posizione *super partes*, che connota ogni giusto processo. Esprime poi il convincimento che, ferma restando la violazione "deontologica" da parte del giudicante che decida pronunciando sentenza sulla base di rilievi, non sottoposti previamente al contraddittorio delle parti, (all'udienza di trattazione, ovvero se accertati successivamente, anche in altro momento del processo) la nullità processuale non possa essere ipso facto, sempre e comunque predicata.

**2. Orientamenti dottrinali** - Anche la dottrina, e non soltanto la giurisprudenza, è apparsa divisa sull'argomento, per cui "l'articolata polifonia interpretativa", che caratterizza la seconda, risuona con varietà di arpeggi e di motivi anche in dottrina.

In verità, sotto un profilo, si riscontra una sostanziale armonia di opinioni, con riferimento alla qualifica di obbligo, e non mera facoltà, per il giudice, di sollevare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio.

Al riguardo, Sergio Chiarloni<sup>24</sup>, da sempre un sostenitore della validità delle sentenze di *terza via*, ha pure costantemente sostenuto che esiste «uno stringente dovere del giudice, sanzionabile anche in via disciplinare, di obbedire al comando dell'art. 183 terzo comma c.p.c.», che gli impone di sollecitare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio. Tale obbligo è ricondotto da Chiarloni al principio di collaborazione tra i soggetti del processo, piuttosto che alla violazione del principio del contraddittorio. E' interessante il collegamento che l'Autore fa con l'art. 124 c.p.p. che impone a magistrati, cancellieri, etc, l'obbligo di osservanza delle norme processuali anche quando l'inosservanza non importi nullità o altra sanzione.

Chiarloni ritiene che quella norma sia «sicura espressione di un principio generale dell'universo processuale» per cui i magistrati sono tenuti ad osservare le norme processuali anche quando l'inosservanza non importi nullità o altre sanzioni.

---

<sup>23</sup> La sentenza concerne opposizione a sanzioni amministrative comminate dalla Consob, in relazione alla diffusione di comunicati stampa emessi da due società, su richiesta della stessa Autorità di vigilanza. Con uno dei motivi del ricorso principale veniva sollevata la questione della possibile violazione del contraddittorio per avere il giudice territoriale ritenuto di decidere la lite prendendo comunque in esame una questione, relativa all'entità della sanzione irrogata, rilevata ex officio, senza procedere alla sua segnalazione alle parti, onde consentire l'apertura della discussione. Inoltre, con ricorso incidentale, veniva sollevata, tra l'altro, la questione della rilevanza d'ufficio dei rapporti tra segreto professionale e responsabilità amministrativa. La Corte decide per il rigetto dei ricorsi.

<sup>24</sup> S.Chiarloni, *La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, Giurisprudenza italiana, 2002, 1363.

La convergenza della dottrina nell'opinione della obbligatorietà per il giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni officiose è, in realtà, un dato "faticosamente" acquisito dal nostro ordinamento processuale, afferma Fabiani<sup>25</sup>, che riconduce questa lenta evoluzione a diverse circostanze.

In primo luogo, ricorda il capovolgimento della più risalente interpretazione dell'art.183 c.p.c., inteso non più come norma meramente direttiva, ma precettiva, ravvisandone il fondamento nei principi generali del nostro processo civile, quali, secondo alcuni, il principio di collaborazione fra parti e giudice e, secondo altri, la maggioranza, il principio del contraddittorio. Quest'ultimo inteso non più in modo formale ed astratto, come mera possibilità teorica di una difesa, ma come garanzia per le parti di una difesa effettiva estesa a tutto il processo, in applicazione degli artt. 3 e 24 Cost.

In secondo luogo, evidenzia l'Autore quanto abbiamo già notato sulla rilevanza che ha avuto, non solo nell'evoluzione dell'orientamento dottrinale, ma certamente anche giurisprudenziale, l'intervenuta costituzionalizzazione del c.d. giusto processo, con la riformulazione dell'art. 111 Cost., e la definitiva consacrazione del principio del contraddittorio in un'espressa previsione di rango costituzionale.

In terzo luogo, richiama l'Autore, quale ulteriore circostanza determinante dell'evoluzione nell'ambito della dottrina, quella novità normativa, che abbiamo pure richiamato, della modifica dell'art. 384 c.p.c., ad opera del D.lgs n.40/06, relativo al processo in Cassazione.

Ma se esiste sostanzialmente una concorde opinione, in dottrina, sulla sussistenza di un vero e proprio obbligo e non di una mera facoltà per il giudice di sollecitare il contraddittorio sulla questione officiosa, una dissonanza caratterizza, invece, altri profili ed in particolare:

- l'ambito delle questioni rilevabili d'ufficio, per le quali si pone l'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio si estende a tutte le questioni rilevabili d'ufficio o solo ad alcune? Comprende solo le questioni pregiudiziali e preliminari in senso tecnico? E' circoscritto alle questioni di fatto, miste di fatto e diritto e/o anche di puro diritto?

- quali le conseguenze nel caso di violazione dell'obbligo del giudice di sollecitare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio? E' un obbligo sanzionato dall'ordinamento? E, nell'affermativa, quali le ripercussioni in sede d'impugnazione (appello e Cassazione)?

Emblematica della divisione della dottrina sulle questioni prospettate è la circostanza che la sentenza della Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637, che, per la prima volta, ha affermato la nullità della sentenza "solitaria", è stata oggetto contemporaneamente di nota adesiva da parte di Francesco Paolo Luiso<sup>26</sup> e di nota critica da parte di Sergio Chiarloni<sup>27</sup>.

Luiso plaude alla sensibilità dimostrata dai giudici, che discostandosi dalla precedente giurisprudenza, traggono le necessarie conseguenze dall'incontestabile, secondo l'Autore, violazione del principio del contraddittorio,

<sup>25</sup> M.Fabiani, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza, nota alla sentenza della Cassazione Sez.II, 27 luglio 2005, n.15705, in Il Foro italiano, 2006, 3173.*

<sup>26</sup> P. Luiso, *Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza <<rivoluzionaria>>?*, in *Giustizia Civile*, 2002.

<sup>27</sup> Chiarloni, *La sentenza <<della terza via>> in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit., 1363.

che si realizza ogni qual volta il giudice fonda la sua decisione su questioni rilevate d'ufficio e non sottoposta alla discussione delle parti.

L'Autore evidenzia che se, per un verso, come abbiamo già riferito, tutti censurano il comportamento del giudice che utilizza per decidere una questione non sottoposta al contraddittorio delle parti, non vi è, invece, condivisione in ordine alle conseguenze di tale comportamento. Taluni ritengono che la sentenza sia, per tale motivo, nulla; altri che la nullità della sentenza dovrebbe essere la soluzione preferibile *"de jure condendo"*, ma non sostenibile *"de jure condito"*; altri ancora che sia ingiustificato fulminare con la nullità la decisione presa solitariamente dal giudice.

Anzitutto Luiso ritiene che sia essenziale verificare se sussista nel caso di decisione di *"terza via"* una violazione del principio del contraddittorio. La questione è posta, con il dichiarato intento di controbattere alle argomentazioni sostenute al riguardo da Sergio Chiarloni, già ricordato come annotatore della medesima sentenza, ma con una prospettazione critica.

Non condivide, infatti, Luiso l'assunto da cui parte la tesi del suo contraddittore, peraltro, poi raffinata dallo stesso Autore<sup>28</sup>, che la questione rilevabile d'ufficio apparteneva al materiale della causa e, quindi, era potenzialmente conoscibile dalle parti, che avrebbero potuto *"valorizzarla"* anche senza il rilievo officioso, per cui arriva alla conclusione che la mancata trattazione è la conseguenza di una negligenza delle parti stesse. Che non ci sia violazione del contraddittorio per l'astratta conoscibilità dalle parti delle questioni rilevate d'ufficio è argomento che *«prova troppo»* sostiene Luiso, perché allora sarebbero inutili comparse conclusionali e repliche. Ciò anche in considerazione di quel fenomeno che la dottrina francese chiama *«fatti avventizi»*, cioè quei fatti acquisiti al processo che le parti hanno ritenuto di non invocare. Anche in questo caso, afferma Luiso, il rilievo d'ufficio potrebbe stimolare l'allegazione di ulteriori fatti, resi rilevanti dalla diversa ricostruzione della fattispecie oltre che la proposizione di domande nuove, sia nei confronti della controparte che dei terzi. Per cui, anche in questo caso, c'è il rischio di una incompletezza dell'istruttoria se non viene consentito il contraddittorio sul rilievo officioso. Ciò vale, secondo Luiso, perfino quando le questioni rilevate d'ufficio siano di puro diritto, si limitano cioè all'interpretazione della disposizione normativa, alla *«Rechtsauslegung»*. E' il caso della questione che riguardi esclusivamente quale sia e che portata precettiva abbia la disposizione applicabile ad un quadro di fatti che rimane inevitabilmente lo stesso e che, pertanto, non ha ricadute né sull'allegazione di fatti, né sulla proposizione di nuove domande. Anche in questo caso, la decisione solitaria produce violazione del principio del contraddittorio, sostiene Luiso, esaltando la difesa del principio *"senza se e senza ma"*, anche al di là di concrete ricadute per le parti. In realtà, Luiso è pure convinto che le questioni di diritto raramente siano di *"puro diritto"*, più spesso non si tratta solo dell'interpretazione della norma, ma anche e soprattutto della sua applicazione *«Rechtsanwendung»*. Così, nella fattispecie esaminata dalla Corte, la questione *"sussistenza del potere sanzionatorio"* riguarda non solo l'interpretazione di una disposizione, ma anche la sua applicazione e, quindi, l'istruttoria relativa ai fatti rilevanti. Come può escludersi, chiede Luiso, che, ove fosse stato sollecitato il contraddittorio con la sottoposizione della questio-

---

<sup>28</sup> Chiarloni, *op. cit.*, p. 1363

ne officiosa, le parti avrebbero potuto portare elementi utili, di fatto e di diritto, per la decisione?

Ipotizza la possibilità per la parte interessata di far rientrare la fattispecie in un'altra norma sanzionatrice, oppure di contestare che il regime transitorio non era applicabile nel caso di specie; oppure potevano essere segnalati elementi di fatto trascurati, perché irrilevanti nella impostazione di diritto data dalle parti alla controversia, ma rilevanti secondo l'impostazione del giudice. Va detto che Luiso, se da un lato enfatizza, in modo inaccettabile, la valenza del principio del contraddittorio a prescindere da concreti effetti sull'attività processuale delle parti, dall'altra, mette in evidenza una difficoltà reale nel tracciare i confini non sempre netti tra la questione di mero diritto e quella che tale non è, con le rilevanti conseguenze che a tale distinzione riconduce parte della dottrina e la giurisprudenza attuale.

La valenza del contraddittorio, per Luiso, come già detto, va al di là della garanzia per le parti di poter addurre nuovi elementi o nuove domande, sollecitate dalla questione officiosa, ma ha una valenza propria, quasi "etica", perché «una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata».

Al riguardo, si potrebbe obiettare quanto afferma la Corte di Cassazione<sup>29</sup> con riferimento al giudicato implicito: «sul piano del valore di verità, appare più affidabile la decisione che non sia passata attraverso il travaglio del dubbio, che non quella che sia frutto del contraddittorio, risolto iuxta alligata et probata».

A mio parere, la prospettazione esatta è quella che prescinde da preconstituite posizioni ma che si radica sul concreto svolgersi del processo e sulle sue peculiari circostanze. Nessuno potrà lamentare la mancanza di contraddittorio se ad esempio, si tratti di fatti la cui verità vada oltre la verità processuale, certezze di cui nessuno ha mai dubitato. Affermare la necessità di sottoporre simili questioni sempre e comunque ad un apposito dibattito, appare contrario alla logica prima ancora che alle regole dell'economia processuale.

A fronte della posizione garantista di Luiso vi è il controcanto di Chiarloni, in una prospettiva sostanzialista. L'Autore afferma che non ha senso parlare di nullità della sentenza se la questione, rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, sia stata correttamente decisa, per cui non c'è motivo di dolersi del comportamento del giudice; viceversa, se la questione non è stata correttamente decisa, la sentenza è viziata per aver deciso male e non per aver omesso il contraddittorio delle parti.

Chiarloni riconosce a Luiso il merito di «aver fatto scendere dal cielo del formalismo garantistico e di aver rimesso con i piedi ben saldi per terra» la problematica affrontata dalla Corte. Ritiene, tuttavia, che l'Autore sbagli nel non derivare tutte le conseguenze necessarie dalle condivisibili premesse.

Sostenere il principio generale della nullità che fulmina in ogni caso la sentenza di "terza via" contrasta insanabilmente, secondo Chiarloni, con il

---

<sup>29</sup> Sezioni Unite Civili; sent. 9.10.2008, n.24883, in Foro Italiano, 2009, I, 806, che si occupa della pronuncia implicita in tema di giurisdizione, che in assenza di impugnativa ha efficacia di giudicato. Ciò perché se il giudice ha deciso il merito, in forza del combinato disposto degli art. 276 secondo comma (in forza del quale il giudice decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa) e 37 c.p.c. (che impone la verifica d'ufficio della potestas iudicandi) si deve ritenere che abbia già deciso, in senso positivo, gglia questione pregiudiziale della giurisdizione.

principio di economia del processo e con le esigenze di giustizia. Sottolinea pure «l'insensatezza di pretendere l'annullamento di una sentenza che, a seconda dei casi, il giudice d'appello o il giudice di rinvio dovrebbero necessariamente riprodurre con identico dispositivo».

In coerenza con tali premesse, ritiene Chiarloni che soltanto quando il rilievo officioso può comportare prospettive fattuali non considerate dalle parti la sentenza è nulla qualora il giudice non abbia sollecitato il contraddittorio. Ciò soltanto se ne consegua una violazione del diritto di difesa del soccombente, non come astratta possibilità, ma come concreta evenienza in quel particolare processo. Ma non basta, occorre che tale violazione venga allegata e dimostrata al giudice dell'impugnazione.

Anche Luiso è d'accordo che l'appellante è obbligato ad allegare nei motivi il cosiddetto *quid novi* (elementi di fatto o di diritto, nuove allegazioni, nuove prove, nuove domande) che egli avrebbe addotto, se la questione rilevata d'ufficio gli fosse stata segnalata, ma non ne fa derivare quella che appare, invece, a Chiarloni una logica conseguenza: la nullità della sentenza della "terza via" è «il frutto di una fattispecie complessa dove non basta che il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione, senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti ma, occorre in più che la risoluzione della questione abbia determinato, *grazie alle particolarità del caso concreto*, l'apertura a sviluppi della lite, fino a quel momento, non presi in considerazione dalle parti».

Con riferimento al giudizio di Cassazione, la normale separazione tra *judicium rescindens* della Corte e *judicium rescissorium* del giudice del rinvio può comportare il paradosso per cui uno stesso gravame porta all'annullamento della sentenza in Cassazione, mentre davanti al giudice di secondo grado si risolve in un nulla di fatto per il ricorrente. Il paradosso è inevitabile se si segue la tesi di Luiso, secondo il quale la Corte deve sempre annullare la sentenza di "terza via" impugnata, senza necessità per il ricorrente di dover convincere la Corte che il diritto di difesa è stato violato, in quanto il relativo accertamento non può essere compiuto dalla Corte, perchè implica un giudizio di merito ad essa inibito. Compito dell'interprete, dice Chiarloni, è evitare il paradosso. Se la Corte dovesse limitarsi effettivamente ad accertare che il giudice di merito ha seguito la "terza via", il relativo ricorso sarebbe inevitabilmente sempre accolto, anche quando la violazione del diritto di difesa del ricorrente, a seguito del rilievo d'ufficio non sia nemmeno ipotizzabile in astratto, per esempio per le questioni di puro diritto. Ma una simile conclusione è contraria all'economia processuale e ai principi di giustizia. Ciò porta Chiarloni a concludere che anche in Cassazione il ricorrente, se vuole ottenere l'annullamento, deve allegare nei motivi l'intervenuta violazione del suo diritto di difesa «sotto forma di violazione del diritto ad ampliare l'area della cognizione del giudice di merito a seguito del rilievo d'ufficio».

Anche in Cassazione può profilarsi per la prima volta una questione rilevata d'ufficio e il giudice ha il dovere di stimolare il contraddittorio delle parti su di essa, espressamente sancito dall'art. 384<sup>30</sup> c.p.c. terzo comma. Corrispondentemente sussiste il diritto delle parti, oltre che a contraddire sulla questione, anche di indicare i possibili sviluppi che portino verso un annullamento

---

<sup>30</sup> L'art 384 c.p.c. è stato sostituito dall'art 12 del D.lgs. 2 febbraio 2006 n.40 che è intervenuto a modificare il processo in Cassazione.



con rinvio, piuttosto che verso un'immediata decisione nel merito. A questo scopo, la Cassazione dovrà fissare una seconda udienza di discussione perché le parti possano addurre ragioni a sostegno della necessità di ulteriori accertamenti in fatto e, quindi, del giudizio di rinvio, a seguito della questione rilevata d'ufficio dalla stessa Cassazione.

### Capitolo terzo

#### **La novella dell'art.101 c.p.c.**

**1. L'espressa sanzione di nullità introdotta dalla legge di riforma n. 69 del 18 giugno, 2009, con il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c.**  
- Il recente intervento del legislatore, con la c.d. "miniriforma", introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>31</sup>, ha sanzionato con la nullità le sentenze di "terza via", introducendo un secondo comma all'art. 101 c.p.c, secondo il quale "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

Il legislatore ha inteso così porre un punto fermo sulla questione validità/invalidità della decisione di "terza via" a fronte dei «disorientamenti giurisprudenziali» sull'art. 183, comma quarto c.p.c.<sup>32</sup>.

Una lettura sistematica della novella disposizione è stata già prospettata nel secondo paragrafo del primo capitolo di questo lavoro. Mi sembra utile, tuttavia, adesso, per introdurre ulteriori riflessioni sulla portata normativa del nuovo precetto riprendere le considerazioni già fatte in particolare con riferimento al rapporto con la preesistente disposizione di cui all'art.183, comma 4. La rilevazione della questione officiosa, nella fase decisoria, nell'ipotesi prevista dalla novella, non può considerarsi fisiologica nello svolgimento del processo, ma piuttosto deve ritenersi un'ipotesi residuale rispetto alla regola del rilievo alla prima udienza di trattazione, sia in primo grado (art. 183, comma 4 c.p.c.) che in appello (per il generale rinvio, ad opera dell'art. 359 c.p.c. alle norme che disciplinano il procedimento davanti al Tribunale). La novella dell'art. 101 dovrebbe avere, dunque, un'applicazione eccezionale, destinata ad operare soltanto nei casi di tardiva attivazione del contraddittorio da parte del giudice<sup>33</sup>, che interviene in "zona cesarini".

Il rilievo officioso nella fase decisoria, in altri termini, denuncia una mancanza di dialogo tra giudice e parti e disvela «l'accumulo magmatico del materiale assertivo e probatorio nel fascicolo d'ufficio, cosicché elementi significativi per la definizione della controversia emergono solo alla fine». Così G. Costantino<sup>34</sup>, che conclude «Il processo civile, quello giusto, ai sensi dell'arti 111 comma 2 c.p.c. è, e dovrebbe essere, un fenomeno diverso nell'ambito del quale i poteri del giudice e le facoltà delle parti sono esercitati ordinatamente e la decisione è, quindi, prevedibile». E' questo l'obiettivo che non va perso di

<sup>31</sup> Comma aggiunto dal comma 13 dell'art.45 della l. 18 giugno 2009 n.69.

<sup>32</sup> G. Costantino, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, Riv. dir process. 2010.

<sup>33</sup> Consolo, *Le Sezioni unite sulla attivazione del causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorchè emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*. *Corriere giuridico*, 2010, 361 s.

<sup>34</sup> Costantino, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, cit., 30.

vista, che deve perseguire l'operatore del diritto: il processo giusto, che nessuna disposizione processuale, per quanto ottima, può assicurare, né viceversa escludere, per quanto pessima.

La tematica affrontata da questo lavoro può considerarsi emblematica dello sforzo ermeneutico che impegna giurisprudenza e dottrina alla ricerca della soluzione interpretativa più coerente con i principi del giusto processo, navigando in un sistema normativo talvolta oscuro ed imperfetto.

La Suprema Corte, già con la sentenza 31 ottobre 2005, n. 21108, aveva ritenuto che la regola disposta dall'art. 183 comma 3 c.p.c., pur dettata espressamente per disciplinare la prima udienza di trattazione, valesse in realtà per l'intero corso del processo, essendo intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.). La Cassazione, quindi, prima ancora della modifica introdotta dal legislatore all'art 101 c.p.c. riguardante l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio la questione rilevata officiosamente, nella fase decisoria, ha interpretato estensivamente l'art. 183, comma 3, ritenendolo applicabile al processo nella sua interezza. Mancava, tuttavia, una sanzione espressa.

Pure in mancanza di un'esplicita comminatoria, la sentenza Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001, n.14637, definita "Rivoluzionaria", per la prima volta, riconosce la nullità della sentenza "solitaria", dando l'avvio al filone interpretativo definito dalla dottrina "rigorista" o "garantista" ovvero, in chiave critica, "formalista".

**2. La questione nodale** - Si poneva prima della novella e si pone tuttora la problematica se la nullità della decisione operi comunque, indipendentemente dalla circostanza che ne sia derivato un pregiudizio concreto e specifico alla parte.

Le Sezioni unite, nella richiamata sentenza n. 20935 del 30 settembre 2009<sup>35</sup>.

opportunamente focalizzano l'attenzione su quello che definiscono il nodo problematico tuttora aperto: se l'omessa indicazione di questione rilevabile d'ufficio possa non comportare *ipso facto* la nullità della sentenza poiché tutto si versa sulla giustizia o ingiustizia della decisione, ovvero se tale nullità sia indefettibile conseguenza della violazione del dovere di imparzialità del giudice, per la sua posizione *super partes*, che connota ogni giusto processo. La Corte esprime poi il convincimento che, ferma restando la violazione "deontologica" da parte del giudicante che decida pronunciando sentenza sulla base di rilievi, non sottoposti previamente al contraddittorio delle parti, (all'udienza di trattazione, ovvero se accertati successivamente, anche in altro momento del processo) la nullità processuale non possa essere *ipso facto*, sempre e comunque predicata.

La sentenza può considerarsi come un momento di sintesi e di componimento dei due diversi filoni interpretativi anche per la ragione che, com'è stato esattamente osservato da Consolo<sup>36</sup>, i due diversi orientamenti non sono così distanti, come potrebbero apparire, se si pone attenzione ai molteplici *distin-guo* posti dai diversi interpreti dell'una e dell'altra tesi.

---

<sup>36</sup> Consolo, *Codice di procedura civile commentato*, sub art. 101, 59.

La richiamata pronuncia delle sezioni unite è successiva alla novella legislativa ma riguarda fattispecie soggetta alla previgente disciplina *ratione temporis*.

Il nodo problematico affrontato dalle Sezioni Unite, se l'omessa indicazione di questione rilevabile d'ufficio possa non comportare *ipso facto* la nullità della sentenza, resta tuttora aperto e si ripropone anche dopo la novella legislativa, che in realtà, più che un'autentica novità, appare semmai ricognitiva di conclusioni già raggiunte.

Di fronte all'inequivoca dizione dell'art. 101, secondo comma, sembrerebbe non più dubitabile <sup>37</sup> che il difetto del contraddittorio determini la nullità della sentenza, salvo poi a verificare se e quando sia possibile una sanatoria del vizio non essendo più sostenibile la sua mancanza in origine. D'altra parte, invece, si sostiene che la nullità consegue ad una fattispecie complessa, che comprende non solo l'omissione del contraddittorio, ma anche la concreta lesione del diritto di difesa in ragione delle attività difensive non consentite. Alla luce di quest'ultima prospettazione, avrebbe, dunque, ancora valore quanto sostenuto da Chiarloni secondo cui la nullità deve escludersi in radice quando non abbia arrecato un concreto pregiudizio alle parti.

Un dato su cui c'è condivisione e che l'eventuale violazione dell'art. 101 comma 2, così come dell'art. 183 comma 3, soggiace alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame. Ne risulta, pertanto, che può essere fatta valere soltanto dalla parte soccombente che ha interesse a dedurre la nullità. L'impugnativa sarà inammissibile per carenza di interesse quando la violazione del contraddittorio si riveli innocua.

Già la sentenza 21108 del 2005 richiamata dalla sentenza n. 6051 del 2010, la Corte di Cassazione ha precisato che il rilievo in appello della violazione del contraddittorio verificatasi in primo grado, presuppone l'indicazione delle attività processuali precluse in conseguenza dell'omesso preventivo contraddittorio.

La sentenza 9072 del 2010 precisa che la mancata prospettazione del pregiudizio concreto e specifico subito dal ricorrente, nel senso della violazione del diritto di chiedere prove o di ottenere rimesse in termini impedisce l'esame del motivo di ricorso.

Rileva Consolo <sup>38</sup> che la circostanza che il soccombente, nel suo gravame, non indichi alcunché di pertinentemente deducibile quale conseguenza della questione nuova emersa solo in sentenza già fa acquisire al processo "la miglior prova dell'assenza in concreto di alcuno scopo conseguibile da quel contraddittorio eliso e produrrà ipso facto la sanatoria del vizio".

La dottrina più attenta ad evitare il formalismo delle garanzie è concorde nell'ammettere l'applicabilità delle disposizioni generali previste in tema di nullità degli atti processuali quali gli artt. 156 e ss. c.p.c. diretti a tutelare l'effettivo e concreto esercizio dei poteri processuali delle parti. In base all'art. 156 comma 3, la dichiarazione di nullità è impedita quando l'atto abbia comunque raggiunto il suo scopo. Nel caso di specie lo scopo è l'esercizio dei poteri processuali conseguenti al rilievo officioso. Ne deriva che lo scopo deve ritenersi raggiunto quando la parte non dimostri il pregiudizio difensivo, nono-

---

<sup>37</sup>M.Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*.

<sup>38</sup> Consolo, op. cit., 358.

stante il vizio procedurale, se per esempio, il rilievo officioso non comportava nessuna esigenza di replica delle parti. In tal caso, vi sarebbe una sanatoria per raggiungimento dello scopo<sup>39</sup>.

Così pure, ai sensi dell'art. 159, comma 1, c.p.c. è da escludere che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza quando la questione rilevata sia ininfluenza ai fini della decisione, oppure a prescindere dalla stessa il giudice sarebbe giunto alla medesima decisione. In tal caso, in verità, a me pare non possa nemmeno parlarsi di decisione a sorpresa, mancando il necessario nesso causale tra questione officiosa e decisione assunta.

D'altra parte, va detto, che quando non vi sia stato un concreto pregiudizio alla difesa, un'effettiva esigenza di replica rimasta compressa sussiste carenza d'interesse ad impugnare ex art. 157, comma 2, c.p.c. a norma del quale la nullità non può essere fatta valere dalla parte che non vi abbia interesse.

Non può censurarsi come nulla la decisione a sorpresa del giudice se la parte non lamenti il mancato esercizio di specifiche facoltà processuali perché evidentemente la sentenza sarebbe destinata ad essere confermata in sede d'impugnazione.

Peraltro, è stato pure osservato che la parte soccombente non può dedurre la violazione del contraddittorio senza contestare anche l'esattezza della soluzione accolta in ordine alla questione processuale rilevata *ex officio*, in quanto inammissibile perché priva di interesse ad agire la relativa impugnazione.

Così, per esempio nel caso in cui fosse impugnato il provvedimento dichiarativo dell'estinzione, perché emesso in mancanza del preventivo contraddittorio tra le parti, senza censurare il perfezionamento della fattispecie estintiva<sup>40</sup>.

Al contrario qualche autore ritiene ammissibile l'impugnazione in mero rito.

In tal senso M. Gradi<sup>41</sup> e R. Oriani<sup>42</sup>. Quest'ultimo Autore afferma che, nel caso di violazione di forme processuali previste a pena di nullità, il pregiudizio alla difesa sarebbe *in re ipsa*, per cui la parte danneggiata non dovrebbe dimostrare anche il mancato raggiungimento dello scopo.<sup>43</sup>

Altra questione rilevante, al fine di definire la portata precettiva del nuovo art. 101 comma 2 c.p.c., è l'individuazione delle attività difensive che devono essere consentite perché non vi sia la violazione del contraddittorio. Pur facendo riferimento alla disposizione esclusivamente alle memorie contenenti osservazioni sulla questione rilevata *ex officio* sembra convincente la tesi sostenuta da Gradi<sup>44</sup> secondo il quale l'interpretazione letterale deve essere superata da un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata del corpo normativo. Ciò significa che deve ammettersi la facoltà delle parti di dedurre nuovi mezzi di prova ovvero di depositare nuovi documenti, proporre nuove eccezioni modificare le domande proposte, svolgere tutte quelle attività difen-

<sup>39</sup> Ciò è detto espressamente dalle sezioni unite nella più volte richiamata sentenza n.20935/2009, seguita da Cassazione 23 aprile 2010 n.9072, con riferimento al contesto normativo precedente alla novella del 2009.

<sup>40</sup> Costantino, *Questioni processuali*, cit.

<sup>41</sup> Gradi, *Il principio del contraddittorio*, cit.

<sup>42</sup> R. Oriani, *Voce nullità degli atti processuali*, Enciclopedia Giuridica, vol. XII, Roma, 1986, 11.

<sup>43</sup> G. Martinetto, *Delle nullità degli atti* in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da E.Allorio, Vol. I, 2, 1597 s., secondo il quale la denuncia della nullità è possibile a prescindere che la circostanza della nullità abbia o no procurato un pregiudizio.

<sup>44</sup> *Il principio del contraddittorio*, cit.

sive necessarie per un pieno confronto dialettico. Con la conseguenza che anche quando il giudice consenta alle parti di svolgere le proprie osservazioni, ma ritenga inammissibili altre attività difensive necessarie, dovrà comunque ritenersi violato il precetto dell'art. 101 comma 2.

Non è condivisibile, invece, la conclusione a cui arriva l'Autore nell'ipotesi di lesione del contraddittorio, nel senso ampio proposto.

Come già detto, infatti, Gradi ritiene che in tal caso si verifichi una vera e propria nullità formale del procedimento.

Va detto, tuttavia, che l'Autore, attento ad evitare il formalismo delle garanzie, mitiga la sua affermazione riconoscendo l'applicabilità delle disposizioni generali previste in tema di nullità degli atti processuali quali gli artt. 156 e ss. c.p.c. diretti a tutelare l'effettivo e concreto esercizio dei poteri processuali delle parti. In base all'art. 156 comma 3, la dichiarazione di nullità è impedita quando l'atto abbia comunque raggiunto il suo scopo. Nel caso di specie lo scopo è l'esercizio dei poteri processuali conseguenti al rilievo officioso. Ne deriva che lo scopo deve ritenersi raggiunto quando la parte non dimostri il pregiudizio difensivo, nonostante il vizio procedurale, se per esempio, il rilievo officioso non comportava nessuna esigenza di replica delle parti. In tal caso, vi sarebbe una sanatoria per raggiungimento dello scopo.

Così pure, ai sensi dell'art. 159, comma 1, c.p.c. è da escludere che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza quando la questione rilevata sia ininfluyente ai fini della decisione, oppure a prescindere dalla stessa il giudice sarebbe giunto alla medesima decisione. In tal caso, in verità non può nemmeno parlarsi di decisione a sorpresa.

D'altra parte, va detto, che quando non vi sia stato un concreto pregiudizio alla difesa, un'effettiva esigenza di replica rimasta compressa sussiste carenza d'interesse ad impugnare ex art. 157, comma 2, c.p.c. a norma del quale la nullità non può essere fatta valere dalla parte che non vi abbia interesse.

Non può censurarsi come nulla la decisione a sorpresa del giudice se la parte non lamenti il mancato esercizio di specifiche facoltà processuali perché evidentemente la sentenza sarebbe destinata ad essere confermata in sede d'impugnazione.

**3. L'art. 360 bis** - La legge 18 giugno 2009, n.69 introduce una disposizione, in tema di ricorso in Cassazione, l'art. 360 bis, a norma del quale "Il ricorso è inammissibile:

1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;

2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo".

Lo scopo della riforma secondo l'on. Bernini Bovicelli, relatrice per maggioranza alla camera, è quello di «deflazionare il carico di lavoro del giudice di legittimità».

Secondo l'on. Ferranti, relatrice per l'opposizione l'obiettivo è «individuare un percorso di semplificazione e di razionalizzazione e cercare di liberare la Corte da pesi inutili, senza violare le regole costituzionali e senza disattendere

le regole di giustizia dei cittadini»<sup>45</sup>.

La disposizione può avere un impatto di grande rilievo sul sistema. Tommaso Basile<sup>46</sup> la definisce “una pistola carica” affidata alla Corte. Ma “A cosa mirerà la Corte?” si chiede l'Autore.

La disposizione ha sollevato numerose critiche<sup>47</sup>. Dubita della sua effettiva utilità A.Carratta, che parla di “presunti benefici”:<sup>48</sup> il nuovo art. 360 bis, secondo l'Autore, sostanzialmente duplicherebbe il “vaglio” di ammissibilità : quello della Sezione–filtro si aggiungerebbe a quello della Sezione semplice alla quale il ricorso verrà assegnato dopo che la prima abbia escluso la sua inammissibilità. Ciò in quanto non sarebbe sostenibile che l'esito della valutazione della prima vincoli la seconda. Paradossalmente si produrrebbe, dunque, un effetto “perverso” decisamente contrario al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art.111, comma 2, Cost.

Con riferimento al n.2 dell'art.160 bis, che interessa in particolare il nostro tema, perplessità sono state pure manifestate con riguardo alla sua coerenza con la generalizzata garanzia costituzionale del ricorso per Cassazione “per violazione di legge (sostanziale e processuale) di cui all'art.111, comma 7, Cost..

Preoccupazioni sono state pure manifestate in ordine all'eccessivo tasso di discrezionalità che verrebbe riservato alla Sezione-filtro «sia nella valutazione di apparente infondatezza della censura relativa alla violazione dei principi del giusto processo, sia nel riferimento proprio a questi principi, il cui catalogo non è predeterminato a livello legislativo e solo in parte ricavabile dal dettato costituzionale»<sup>49</sup>.

In ogni caso, l'interpretazione che ne darà la Corte consentirà di verificare la congruità dello strumento rispetto all'obiettivo<sup>50</sup>.

Il vizio sanzionato dall'art.101, secondo comma, c.p.c. comporta una lesione del principio del contraddittorio, colonna portante del giusto processo al pari del principio della ragionevole durata del processo, entrambi garantiti dall'art.111, comma 2, Cost.. Torna alla mente la domanda che si poneva Basile “A cosa mirerà la Corte?” Quale orientamento seguirà la Cassazione nell'applicare la sanzione dell'inammissibilità del ricorso secondo la disposizione dell'art 360 bis c.p.c. nei casi di omesso rilievo della questione officiosa?

Le strade percorribili sembrano due. La prima è che la violazione dei principi del giusto processo sia ritenuta non manifestamente infondata per il sol fatto che ricorra il vizio dell'omesso contraddittorio su questione rilevata d'ufficio, senza bisogno di ulteriori presupposti<sup>51</sup>. La seconda ipotesi è che la

<sup>45</sup> Costantino, *L'iter della riforma*, in *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giurisprudenza italiana*, giugno 2009, 3.

<sup>46</sup> T. Basile, *cit.*, *Corriere giuridico* 2010, 135. Secondo l'Autore, il legislatore piuttosto che ridefinire le regole del gioco giurisdizionale delega tale compito al giudice, come accade in altri sistemi processuali, ma gli innesti, si sa, sono delicati.

<sup>47</sup> G. Balena, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civile*, 2009, fasc.3. Secondo l'Autore «Se ci si volesse limitare ad un commento lapidario, si potrebbe osservare che la montagna, alla fine, ha partorito il classico topolino, ma d'altronde meglio avrebbe fatto... ad abortire, visto che il risultato è talmente insulso da poter suggerire, quantomeno in relazione all'ipotesi sub 2, interpretazioni stravaganti ed imprevedibili».

<sup>48</sup> A. Carratta, *Il filtro al ricorso in Cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giurisprudenza italiana*, giugno 2009, 5.

<sup>49</sup> Carratta, *Il filtro al ricorso in Cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, *cit.*, 8.

<sup>50</sup> Costantino, *La riforma del giudizio di legittimità*, *cit.*, 3.

<sup>51</sup> Fabiani, *op.cit.*, “Poiché il vizio dell'omissione del rilievo della questione officiosa si traduce in una lesione del principio del contraddittorio e, quindi, del giusto processo, il ricorrente per Cassazione che lamenta siffatto vizio

Corte sanzioni con l'inammissibilità del ricorso quando manchi una concreta lesione del contraddittorio perché non ne è conseguito un pregiudizio effettivo delle attività difensive. In questa seconda ipotesi, mancando la deduzione di una concreta lesione del contraddittorio la sanzione sarebbe l'inammissibilità del ricorso. La prima ipotesi è certamente più garantista, ma non porterebbe ad alcuna scrematura dei ricorsi alla Corte, dovrebbe convenirsi sull'inutilità o paradossalmente sulla dannosità dello strumento predisposto dall'art.360 bis, perché comporterebbe un'inutile e defatigativa attività della Sezione filtro. La seconda ipotesi, invece, appare un ragionevole temperamento del diritto al contraddittorio e, dunque, del diritto di difesa e del principio della ragionevole durata dei processi. Costantino<sup>52</sup> sostiene che «Un possibile ed apparentemente ragionevole tentativo di coordinamento degli art.360 e 360 bis c.p.c. induce a ritenere che il nuovo requisito di ammissibilità dei ricorsi per Cassazione implichi una valutazione, in concreto, dell'interesse ad impugnare».

Questa disposizione lungi dall'aver abrogato per incompatibilità l'art 360 c.p.c, conclude l'Autore, rafforza, con il numero 1, la funzione nomofilattica della Corte e, con il numero 2, una più rigorosa valutazione dell'interesse ad impugnare.

E' una soluzione interpretativa che appare coerente con quel filone esegetico, sia giurisprudenziale che dottrinario, che abbiamo visto emergere e consolidarsi, che rifiuta il formalismo delle garanzie, ma è attento al concreto pregiudizio del diritto di difesa. Ciò, in quanto "la denuncia di vizi di attività del giudice, che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce soltanto l'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato *error in procedendo*"<sup>53</sup>.

E' un'ipotesi esegetica che consentirebbe alla norma in questione di raggiungere lo scopo di deflazionare i ricorsi per Cassazione, nel rispetto delle esigenze effettive di difesa e, dunque, di giustizia sostanziale.

Questa seconda ipotesi ha il pregio di essere più rispondente alle esigenze di economia processuale fungendo da più efficace filtro per i ricorsi in Cassazione.

**Conclusioni** - Sulla tematica della validità/invalidità della sentenza "solitaria", in caso di omesso previo contraddittorio su questione rilevata ex officio, le sezioni semplici e le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse, in passato, «attraverso un'articolata polifonia interpretativa».

I due orientamenti interpretativi non sono, in realtà, così distanti, come potrebbero apparire, se si pone attenzione ai molteplici *distinguo* posti dai diversi interpreti dell'una e dell'altra tesi.

E' possibile, perciò, riconoscere un *fil rouge* che ci conduce, attraverso gli ultimi orientamenti dottrinali e le ultime pronunce della Cassazione (adottate dopo la riforma introdotta dalla legge n.69/2009, pur se riferite a fattispecie soggette alla previgente disciplina) ad una lettura del principio del contraddittorio non come mera possibilità teorica di difesa, ma come garanzia per le parti

---

non dovrebbe rischiare la sanzione della inammissibilità del ricorso secondo la previsione dell'addizionale art.360 bis c.p.c."

<sup>52</sup> Costantino, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foroit.*, 2009, V, 301.

<sup>53</sup> Cass. 21 febbraio 2008, n.4435, in *Foro it. Rep* 2008, voce *Cassazione civile*, n.158.

di una difesa effettiva estesa a tutto il processo e a tutti i processi (civili, amministrativi contabili, tributari).

E' un orientamento in linea con quanto espresso dalla Corte Costituzionale: «il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modella il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinarsi come correlativo all'effettivo specifico oggetto della controversia» (Corte Costituzionale, sent. n.321/2007).

Il novellato art.101, secondo comma, non rappresenta, dunque, un'autentica novità. La portata precettiva del nuovo testo si colloca piuttosto, senza soluzione di continuità, sul solco di quella giurisprudenza che alla luce del nuovo testo dell'art. 111 della Cost, ha dato una lettura estensiva dell'art. 183, comma quarto c.p.c.

Il rilievo delle questioni officiose deve intervenire fisiologicamente nella prima udienza di trattazione, tanto in primo grado quanto in appello (quando è il giudice di secondo grado a rilevare la questione, nei limiti in cui non si sia formato il giudicato).

Lo strumento introdotto dal novellato art. 101 c.p.c. ha natura, invece, sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, in quanto è destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa. E' questa una lettura imposta dalla necessità di evitare interpretazioni contrarie ad una sollecita definizione del processo. Per le stesse ragioni appare necessaria la risposta formulata dalle Sezioni unite, nella sentenza n.20935 del 30 settembre 2009, alla "questione nodale", tuttora aperta, se l'omessa indicazione di questione rilevabile d'ufficio possa non comportare *ipso facto* la nullità. Al riguardo la Corte, in relazione a fattispecie soggetta *ratione temporis* alla previgente disciplina, esprime il convincimento che, ferma restando la violazione "deontologica" da parte del giudicante che decida pronunciando sentenza sulla base di rilievi, non sottoposti previamente al contraddittorio delle parti, (all'udienza di trattazione, ovvero se accertati successivamente, anche in altro momento del processo) la nullità della sentenza non possa essere *ipso facto*, sempre e comunque predicata.

Se il principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione della lite che sia anche una decisione giusta, partecipata, ossia fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice, deve ritenersi coerentemente che la carenza del contraddittorio rileverà quando sussista la "causalità del vizio" ossia il concreto pregiudizio per la parte soccombente. Viceversa la mancata attuazione del contraddittorio sarà inutilmente invocata quando la parte non riesca a dimostrare quali istanze istruttorie e allegazioni difensive non ha avuto modo di sviluppare, per la mancata attivazione del dialogo<sup>54</sup>.

Oggi, di fronte all'inequivoca dizione dell'art. 101, secondo comma, sembrerebbe non più dubitabile che il difetto del contraddittorio determini la nullità

---

<sup>54</sup> Consolo, *Corriere giuridico* 3/2010, 359, in nota a Cass. Civ. Sez. Unite 30 settembre 2009, n.2093. La Suprema Corte ricorre al difetto di interesse ad impugnare quale strumento per addivenire al rigetto del gravame proposto, non avendo il ricorrente dimostrato l'effettivo pregiudizio subito dall'error in procedendo commesso dal giudice del merito configurante una compressione del suo diritto di difesa. La stessa impugnazione denota nel caso esaminato l'innocuità del vizio denunciato, e così la sua sanatoria.



della sentenza, salvo poi a verificare se e quando sia possibile una sanatoria del vizio non essendo più sostenibile la sua mancanza in origine. D'altra parte, vi è pure chi sostiene che la nullità consegue ad una fattispecie complessa, che comprende non solo l'omissione del contraddittorio, ma anche la concreta lesione del diritto di difesa in ragione delle attività difensive non consentite. Alla luce di quest'ultima prospettazione, avrebbe, dunque, ancora valore quanto sostenuto da Chiarloni secondo cui la nullità deve escludersi in radice quando non abbia arrecato un concreto pregiudizio alle parti.

Rileva Consolo che la circostanza che il soccombente, nel suo gravame, non indichi alcunché di pertinentemente deducibile quale conseguenza della questione nuova emersa solo in sentenza già fa acquisire al processo "la miglior prova dell'assenza in concreto di alcuno scopo conseguibile da quel contraddittorio eliso e produrrà ipso facto la sanatoria del vizio".

La dottrina più attenta ad evitare il formalismo delle garanzie è concorde nell'ammettere l'applicabilità delle disposizioni generali previste in tema di nullità degli atti processuali quali gli artt. 156 e ss. c.p.c. diretti a tutelare l'effettivo e concreto esercizio dei poteri processuali delle parti. In base all'art. 156 comma 3, la dichiarazione di nullità è impedita quando l'atto abbia comunque raggiunto il suo scopo. Nel caso di specie lo scopo è l'esercizio dei poteri processuali conseguenti al rilievo officioso. Ne deriva che lo scopo deve ritenersi raggiunto quando la parte non dimostri il pregiudizio difensivo, nonostante il vizio procedurale.

Ma, soprattutto, va rilevato che quando non vi sia stato un concreto pregiudizio alla difesa, un'effettiva esigenza di replica rimasta compressa, sussiste carenza d'interesse ad impugnare ex art. 157, comma 2, c.p.c. a norma del quale la nullità non può essere fatta valere dalla parte che non vi abbia interesse. Se la parte, infatti, non lamenti il mancato esercizio di specifiche facoltà processuali, evidentemente, la sentenza sarebbe destinata ad essere confermata in sede d'impugnazione.

E' poi prospettata un'ipotesi interpretativa dell'art.360 bis c.p.c., che implica, al n.2 della disposizione, una valutazione, in concreto e rigorosa, da parte della Sezione-filtro, dell'interesse ad impugnare la sentenza pronunciata sulla base di questione officiosa non sottoposta a contraddittorio. E' una prospettazione che consente allo strumento di raggiungere lo scopo deflattivo per il quale è stato introdotto ed è contemporaneamente rispettoso delle esigenze di giustizia sostanziale. Si tratta di una interpretazione in linea con quel filone esegetico, sia giurisprudenziale che dottrinario, che abbiamo visto emergere e consolidarsi, che è alla ricerca di un punto di equilibrio tra garanzie del singolo ed esigenze di efficienza del sistema. E' questo, a me pare, l'obiettivo, il faro che deve orientare il navigante operatore del diritto, quel risultato che, come diceva Virgilio Andrioli, nessun codice processuale, per quanto ottimo, può assicurare, né viceversa, per quanto pessimo, escludere.

"Buon vento" a tutti i naviganti!

#### **Bibliografia**

1. Balena, Giampiero. La nuova pseudo riforma della giustizia civile. Giusto processo civile. 2009; fasc.3.
2. Basile, Tommaso. Le riforme del processo: Il giardiniere incostante e i suoi trapianti (alla radice di uno stradicamento). Corr. Giur. n. 1. 2010.
3. Carratta, Antonio. Il filtro al ricorso in Cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia

del controllo di legittimità. Giur. it. Giugno 2009.

4. Chiarloni, Sergio. La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? Giur. it. 2002; 1363 s.

5. Comoglio, Luigi Paolo. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? Riv. Dir. Proc. n.6. 2009.

6. Consolo, Claudio. Le Sezioni unite sulla attivazione del causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso. Corr. giur. 2010; 361 s.

7. ---. Codice di procedura civile commentato. Sub art. 101. 59 s.

8. ---. Corriere giuridico 3. 2010; p.359, in nota a Cass. Civ. Sez. Unite 30 settembre 2009, n.2093.

9. Costantino, Giorgio. Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti. Riv. dir process. 2010.

10. ---. L'iter della riforma in La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro. Giur. it. Giugno 2009. 3 s.

11. Fabiani, Massimo. Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria. 6 s. Per Edoardo F. Ricci in "La sentenza "della terza via" e il contraddittorio". Riv. Dir. process. 2006.

12. ---. Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza. Nota alla sentenza della Cassazione Sez.II 27 luglio 2005, n.15705. Foro it. 2006; 3173 s.

13. Gradi, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via".

14. Luiso, Paolo. Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»? Giust. civ. 2002.

15. Mandrioli, Crisanto. Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali. G. Giappichelli editore.

16. Martinetto, Giuseppe. Delle nullità degli atti in Commentario del Codice di Procedura Civile. diretto da Allorio Enrico. Voce nullità degli atti processuali. 11.

17. Montesano, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via". Riv. Dir. Process. 2000; 929 s.

18. Proto Pisani, Andrea. La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero. 3.2. Foro it. 2009 parte V, 221 s.

19. ---. Principio del contraddittorio, in Commentario cod. proc. civ. diretto da Enrico Allorio. Vol. I, 2. 1597 s

20. Ricci, Edoardo F. La sentenza "della terza via" e il contraddittorio. Riv. dir. process. 2006.