

MARIA ROSA CONTI

LE COSÌ DETTE DECISIONI DELLA “TERZA OPINIONE”

SOMMARIO

1. *Introduzione al problema.* – 2. *Le questioni rilevabili d'ufficio ed il potere decisorio del giudice.* – 3. *Il principio del contraddittorio nel processo civile alla luce del novellato art. 111.* – 4. *Gli strumenti preventivi e successivi che “de iure condito” possono salvaguardare il rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c..*

1. *Introduzione al problema*

In una sentenza della sezione specializzata agraria della Corte di Appello di Ancona del 27 gennaio 2001, veniva dichiarata improcedibile la domanda in ordine ad alcuni capi della decisione: tale rilievo veniva effettuato d'ufficio per la prima volta in sede decisoria.

Questa, in breve, la fattispecie. L'adita Corte aveva ritenuto che i fatti di cui si trattava non erano stati contestati stragiudizialmente né dedotti nel ricorso introduttivo, così come richiede, in materia *de qua*, il terzo comma dell'art. 5, L. 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari): in base a tale norma, infatti, “*prima di ricorrere all'autorità giudiziaria, il locatore è tenuto a contestare all'altra parte, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'inadempimento e ad illustrare le proprie motivate richieste*”. Senza entrare nel merito se la prescritta contestazione stragiudiziale dia effettivamente origine ad una questione rilevabile d'ufficio¹, resta, in ogni caso, il fatto che ci troviamo di fronte ad un classico esempio in cui il giudice è pervenuto ad una decisione che non coincide né con l'ipotesi prospettata dall'attore, né con quella prospettata dal convenuto: si tratta delle così dette decisioni “della terza via” o “a sorpresa” proprio in quanto diverse da quelle ipotizzate da ciascuna delle parti².

¹ Cfr. Cass. 12 agosto 1992, n. 9338, in *Dir. giur. agr.*, 1993, 185, che parla di condizione di proponibilità della domanda giudiziale, senza specificare se sia assoluta e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado.

² MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2002, 113, in particolare nota 5; MONTESANO/ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, 361; LUI-

In altri termini, si ripropone la – già ben nota³ – questione interpretativa in termini di mera discrezionalità ovvero doverosità del principio ricavabile dall'art. 183, 3° comma, c.p.c., secondo il quale “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”. Questione opportunamente risolta nell'ordinamento tedesco⁴, come in quello francese⁵, all'insegna della prevenzione delle *Überraschungsentscheidung*, in ossequio all'obbligo del preventivo contraddittorio fra le parti in ordine ad ogni questione, di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, in quanto dotata di incidenza decisoria.

Tutto ciò si tradurrebbe in una diretta violazione da parte del giudice della garanzia del contraddittorio, nonostante il riconoscimento generale del fondamento costituzionale di siffatto principio, soprattutto alla luce della riforma dell'art. 111 Cost. ad opera della L. 23 novembre 1999, n. 2, cui si deve l'inserzione degli attuali primi cinque commi dell'articolo citato: in particolare, per ciò che qui interessa, il secondo comma prima parte prevede che “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”⁶.

SO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2000, 30; COMOGGIO/FERRI/TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998, 74-75; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 1 e segg.

Cfr. di recente CHIARLONI, *La sentenza “della terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363; LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611.

³ Per uno studio approfondito del problema cfr. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, nuova serie A, nn. 33-34, 1 e segg.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1968, 81; CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1987, 569 e segg.; TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 47-49; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 e segg.; GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 589-592.

⁴ Cfr. § 278-III ZPO.

⁵ Cfr. l'art. 16 c.p.c. francese.

⁶ Numerosissimi gli interventi a commento della nuova norma: oltre ai contributi raccolti in CIVININI/VERARDI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, cfr. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 42 e segg.; RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giu-*

In tale prospettiva di espressa enunciazione della garanzia attinente al contraddittorio, s'impone all'interprete di scrutinare il dettato di cui all'art. 183, 3° comma, al fine di stabilirne la conformità al precetto ora enunciato dall'art. 111, 2° comma, Cost., sotto il profilo di quali possano essere le modalità processuali di esercizio del potere del giudice d'introdurre un qualche elemento di novità nella decisione rispetto a quanto risulta dalle allegazioni di parte, talché non risulti violata la garanzia del principio del contraddittorio.

2. Le questioni rilevabili d'ufficio ed il potere decisorio del giudice

Come appena anticipato nell'introduzione, dunque, non si discute della possibilità o meno del giudice di introdurre elementi nuovi nel processo, quanto piuttosto di individuare i casi in cui tale esercizio integri una palese violazione del contraddittorio *delle parti*: pertanto, è necessario preliminarmente spiegare, nell'ordine, i presupposti, il contenuto e gli eventuali limiti temporali entro cui può essere esercitato il *potere-dovere* del giudice di rilievo d'ufficio delle questioni di fatto o di diritto, relative al rito od al merito della controversia, che siano suscettibili di incidere sul contenuto della decisione.

Iniziando dai presupposti, il riferimento immediato corre agli artt. 112 e 113 del codice di rito: il primo enuncia la fondamentale regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ovvero che il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, non oltre i limiti della stessa e sulle eccezioni la cui proposizione non sia riservata esclusivamente alle parti; dal secondo risulterebbe indirettamente il principio *jura novit curia*, secondo il quale il giudice è libero di applicare le norme di diritto che meglio ritiene adattabili al caso concreto⁷.

dice terzo e imparziale, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 601 e segg.; TARZIA, *L'art. 111, Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 e segg.; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 381 e segg.; MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 e segg.; COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Jus*, 2000, 335 e segg.; OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251 e segg.; PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241 e segg.

⁷ Sul tema in generale cfr. MANDRIOLI, *cit.*, I, 84 e segg.; MONTESANO/ARIETA, *cit.*, I, 345 e segg., 353 e segg.; VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 2002, 95 e segg.; SATTA/PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 165 e segg.

L'art. 112 c.p.c., dunque, vincola il giudice alla determinazione dell'ambito dell'oggetto del processo effettuata dalle parti: in altri termini, al *thema decidendum* individuato con la domanda e, in particolare per il tema qui trattato, con le eccezioni in senso stretto eventualmente sollevate dal convenuto.

È, tuttavia, necessario spiegare più approfonditamente quale sia l'effettivo metro di esercizio entro il quale è lasciato al giudice il rilievo officioso di cui all'art. 183, 3° comma, c.p.c.. Proporre un'eccezione significa dedurre un fatto in causa, indicarne una determinata efficacia giuridica in base ad una norma e chiedere al giudice che sia applicato l'effetto del fatto alla fattispecie dedotta: sono, dunque, presenti nell'eccezione gli stessi elementi della domanda, ossia l'allegazione ad opera della parte del fatto ed il potere processuale (della sola parte nelle eccezioni in senso stretto, anche del giudice nelle eccezioni in senso lato) di rilevanza della rilevanza giuridica del fatto allegato. Per ciò che concerne i fatti, si ritiene che dall'art. 112 c.p.c. risulti implicitamente l'esclusiva per la parte nell'allegazione dei medesimi: ciò significa che il giudice *secundum allegata judicare debet*. Vi sono, tuttavia, fatti che possono emergere dalla causa in quanto non allegati dalle parti: ad esempio da una consulenza tecnica, ispezione, testimonianza ovvero da qualunque atto legalmente acquisito al processo da cui emerge l'esistenza di fatti non allegati in causa ad opera delle stesse parti⁸. Ed è in seguito a ciò che può fisiologicamente verificarsi la circostanza che in causa vi siano fatti non previamente noti alle parti o non previamente noti come fatti rilevanti ai fini della decisione: nel rito ordinario, il fatto estintivo, modificativo, impeditivo, che non dia luogo ad eccezione rilevabile ad opera della sola parte, anche se non è stato allegato nel corso del giudizio di primo grado *ex art. 180, 2° comma*, ovvero *ex art. 183*, è rilevabile d'ufficio da parte del giudice, purché risulti dagli atti del processo⁹.

Riprendendo il discorso sul secondo presupposto, ossia il principio *jura novit curia*, ne discende che per il giudice non sussiste alcun vincolo nell'individuazione ed interpretazione delle norme giuridiche, so-

⁸ Luiso, *sub art. 183*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 158-159.

⁹ Tale questione è stata approfondita di recente da ORIANI, *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 128 e segg. Cfr. anche PROTO PISANI/FABBRINI, *Preclusioni*, I, in *Enc. Giur.*, Roma, 1995, 10.

stanziali e processuali, applicabili alla situazione dedotta, anche in presenza di specifica qualificazione ad opera delle parti: in altri termini, il giudice deve giudicare sulla base dei fatti allegati, ma a quei fatti può applicare le norme di diritto che ritiene più adeguate. Quando, però, nel corso del processo rileva una questione decisiva per la controversia, introduce nell’ambito del *thema decidendum* un nuovo “oggetto”, del quale le parti sino a quel momento non hanno potuto o voluto trattare in contraddittorio fra loro: se il giudice effettua la rilevazione di siffatta questione nel momento stesso in cui decide, ne deriva, ovviamente, la mancata attuazione del contraddittorio nella fase di formazione del convincimento del giudice. Questo è il rischio della “terza via di decisione”, in relazione alla quale le parti vengono private, non solo della possibilità di dedurre prove contrarie, ma di qualunque possibilità di conoscere e di discutere preventivamente la ricostruzione dei fatti sulla quale il giudice ha fondato la decisione.

È proprio in relazione ai limiti temporali di esercizio dell’attività prevista dall’art. 183, 3° comma, c.p.c. che si pongono i maggiori dubbi. Fermo restando che per il giudice i fatti non allegati non esistono, la dottrina sottolinea la stretta correlazione tra la rivitalizzazione di siffatta norma e la reintroduzione del principio di preclusione ad opera della L. 26 novembre 1990, n. 353¹⁰: infatti, la compressione nella fase iniziale del processo delle allegazioni e delle richieste istruttorie renderebbe ancora più necessaria un’attiva partecipazione del giudice. L’omissione da parte del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione, quale mancato funzionamento di meccanismo attuativo del contraddittorio, origina una delle poche situazioni, che eccezionalmente consentono d’introdurre nuovi fatti nell’ulteriore corso del processo, una volta conclusasi la fase prevista dall’art. 183, c.p.c.¹¹. Pertanto, se il giudice ritarda nell’indicare alle parti la propria ricostruzione in diritto

¹⁰ CAPPONI/PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001, 140-141; LUISO, *sub art. 183, cit.*, 147.

¹¹ Un consolidato orientamento giurisprudenziale tenta di contenere l’implementazione dei fatti storici allegati nella fase introduttiva, sostenendo che il giudice non può rilevare d’ufficio il fatto estintivo, modificativo, impeditivo rilevabile d’ufficio, se questo non è stato tempestivamente allegato nella memoria difensiva, ovvero, al più tardi, all’udienza di discussione: unica deroga all’allegabilità di fatti nuovi può ammettersi, come noto, sono in forza di sopravvenienze, che andrebbero comunque dedotte nel primo atto successivo al loro verificarsi. Su tale questione cfr. ORIANI, *cit.*, 127 e segg.

della fattispecie ovvero nel rilevare d'ufficio un'eccezione, è opportuno consentire alle parti di compiere tardivamente ciò che è conseguenza della tardiva attività del giudice.

È in questo quadro, per l'appunto, che s'inserisce il disposto di cui all'art. 183, 3° comma, c.p.c.: norma negletta in giurisprudenza, in quanto conterrebbe una mera facoltà per il giudice¹²; norma, al contrario, molto considerata dalla prevalente dottrina¹³, che ne trae un vero e proprio dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, ricollegandovi puntuali conseguenze sanzionatorie¹⁴.

¹² È piuttosto recente un importante *revirement* della giurisprudenza di legittimità: infatti, Cass. 21 novembre 2001, n. 14637 ha statuito che è “nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata di ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti”.

Nello stesso senso è avvenuto anche ad opera del giudice amministrativo: cfr. Cons. Stato, ad Plen., 24 gennaio 2000, n. 1, in *Foro It.*, 2000, III, 305 e segg., secondo cui il giudice amministrativo, prima di decidere una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla alle parti per consentirne la trattazione in attuazione del principio del contraddittorio.

Le più recenti pronunce, invero, sulla scia dell'orientamento predominante, superano la questione non affrontando direttamente il problema: Cass. 28 gennaio 2004, n. 1572, ha ritenuto che “I giudizi in materia di contratti agrari sono devoluti alle sezioni specializzate agrarie e si svolgono con l'osservanza del rito del lavoro, di cui agli art. 409 e segg. c.p.c.; ne consegue che non è ad essi applicabile l'art. 183 c.p.c., che regola l'udienza di trattazione nel rito ordinario”. In applicazione di tale principio di diritto, la S.C. ha ritenuto esente da vizi la sentenza di merito nella quale il giudice aveva rilevato *ex officio* l'improcedibilità di alcuni capi della domanda per la prima volta in sede decisoria, senza aver previamente indicato alle parti la questione quale rilevabile d'ufficio della quale riteneva opportuna la trattazione, e senza quindi consentire alle parti di prendere posizione in merito.

Negli stessi termini si è pronunciato il giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia 2 maggio 2000, n. 1963, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 788), secondo cui “Nel processo amministrativo le questioni rilevabili d'ufficio dal collegio possono essere decise anche senza essere state sottoposte al previo contraddittorio delle parti in causa, non risultando applicabile a detto processo l'art. 183 comma 3 c.p.c.”.

¹³ MANDRIOLI, *cit.*, I, 95; MONTESANO/ARIETA, *cit.*, I, 348; LUISO, *Diritto*, *cit.*, II, Milano, 2000, 35; CIVININI, *cit.*, 6; COMOGGIO/FERRI/TARUFFO, *cit.*, 73-74; ORIANI, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 22-24.

In relazione alla nuova disposizione del secondo comma dell'art. 111, Cost., cfr. TROCKER, *cit.*, 393-395; PROTO PISANI, *cit.*, 242; COMOGGIO, *cit.*, 362-364; MONTESANO, *cit.*, 931-932; RASCIO, *cit.*, 621-622.

¹⁴ Cfr. paragrafo successivo.

3. Il principio del contraddittorio nel processo civile alla luce del novellato art. 111 Cost.

In relazione alla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 111 Cost. si è posto un contrasto interpretativo sugli eventuali limiti della portata innovativa dei principi in esso espressamente enunciati, ossia se le nozioni di “giusto processo”, “contraddittorio”, “giudice terzo ed imparziale”, “ragionevole durata” possano avere ricadute a livello sistematico sul codice di rito. L'unico punto fermo è che fra le più interpretazioni possibili deve essere preferita quella che vede le norme costituzionali ognuna alla luce delle altre: pertanto, la rilevanza costituzionale della ragionevole durata del processo va tenuta presente nel momento in cui si procede all'interpretazione delle garanzie del contraddittorio, imparzialità e terzietà del giudice¹⁵.

La maggioranza della dottrina che si è occupata del tema ritiene che la nuova formulazione esplicita dell'art. 111 riguardo allo svolgimento del processo nel contraddittorio delle parti, non cristallizzi semplicemente la precedente elaborazione della giurisprudenza costituzionale sugli artt. 3 e 24, 2° comma, Cost.¹⁶: se il legislatore costituzionale ha sentito il bisogno di questa introduzione, significa, piuttosto, che vi è stata una rifondazione dei principi costituzionali relativi al processo ed è, pertanto, necessario uno sforzo interpretativo per immaginare le ulteriori conseguenze possibili sul codice di procedura civile, anche se non previste o volute.

Due sono i profili rispetto a cui rileva la corretta applicazione del terzo comma dell'art. 183, c.p.c., nel rispetto delle garanzie minime previste dal secondo comma dell'art. 111, Cost.: “contraddittorio” e “terzietà ed imparzialità” del giudice.

Il principio del contraddittorio esprime la garanzia di giustizia secondo la quale nessuno può subire gli effetti di una sentenza, senza avere avuto la possibilità di essere parte del processo da cui la stessa scaturisce: in maniera ancora più articolata, tutela la necessità che le

¹⁵ In particolare, la non semplice interpretazione del dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio ai sensi dell'art. 183, 3° comma, c.p.c., non può ignorare l'esigenza di contenere la durata del giudizio in tempi ragionevoli. Cfr. OLIVIERI, *cit.*, 252-253.

¹⁶ PROTO PISANI, *cit.*, 241-242; RASCIO, *cit.*, 603-604; COMOGLIO, *cit.*, 349-350.

parti possano partecipare in maniera paritaria ed effettiva a tutti i momenti del processo rilevanti per la decisione¹⁷.

Quando si affronta la questione di una decisione emessa dal giudice sulla base di una questione rilevata d'ufficio, senza che su di essa sia stata provocata l'estensione del contraddittorio, viene in rilievo la necessità che le parti siano poste in condizione di poter interloquire e difendersi preventivamente su ogni aspetto della decisione, non tanto l'una nei confronti dell'altra, quanto entrambe nei confronti del giudice: a tal riguardo si parla di contraddittorio *delle parti* in conseguenza di iniziative giudiziali, piuttosto che di contraddittorio *fra le parti tout court*.

Sotto il secondo profilo relativo alla garanzia del giudice terzo ed imparziale, la mancata preventiva segnalazione alle parti si trasformerebbe in una pronuncia d'ufficio, con eventuale deroga al principio della domanda: in tal caso, ci si chiede¹⁸ se il giudice che non ha preventivamente sottoposto alla parte rimasta soccombente la questione che ne ha determinato la sconfitta sia da considerarsi realmente imparziale. Infatti, la garanzia della terzietà del giudice è volta a rendere inconciliabile la posizione dell'organo giudicante rispetto agli oggetti della propria attività dello *iuris dicere*: ciò si verifica quando il giudice abbia un eventuale interesse proprio per un certo esito della controversia, dipendente direttamente dall'oggetto della decisione.

4. Gli strumenti preventivi e successivi che “de iure condito” possono salvaguardare il rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c.

Quali strumenti possono essere adottati *ex ante* al fine di evitare la violazione del principio del contraddittorio con l'emissione di decisioni “a sorpresa”, ovvero quale possa essere il rimedio *ex post* avverso la pronuncia emessa con le suddette modalità?

Durante lo svolgimento del processo, la soluzione più drastica al fine di evitare le decisioni della terza via sarebbe quella di impedire al giudice di porre le novità estranee al precedente dibattito tra le parti

¹⁷ Su tale principio cfr. in generale MANDRIOLI, *cit.*, I, 111 e segg.; CAPONI/PROTO PISANI, *cit.*, 58 e segg.; MONTESANO/ARIETA, *cit.*, I, 345 e segg.; VERDE, *cit.*, I, 106 e segg.; LUISO, *Diritto*, *cit.*, I, 22 e segg.; SATTA/PUNZI, *cit.*, 145 e segg.; COMOGLIO/FERRI/TARUFFO, *cit.*, 66 e segg.

¹⁸ Cfr. RASCIO, *cit.*, 622.

o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso dopo l'udienza prevista dall'art. 184 c.p.c.: ma è proprio questo il problema, poiché tale potere-dovere del giudice viene comunque esercitato, dato che non si discute sull'ammissibilità dello stesso quanto precisamente sulle sue possibili modalità di esercizio. La soluzione più accomodante potrebbe essere quella di applicare la disciplina sulla rimessione in termini di cui all'art. 184 *bis*, ogniqualevolta che sia consentito al giudice dare una nuova possibile impostazione della controversia a seguito di rilievo ufficioso (ovvero su sollecitazione di parte)¹⁹. A tale riguardo, si è già sottolineato come l'art. 183 c.p.c. sia stato riconsiderato alla luce del sistema di preclusioni introdotto dalle riforme del processo civile del 1990, per la possibilità che il rilievo ufficioso superi le barriere preclusive eventualmente maturate per le parti in punto di allegazione, e naturalmente relativa prova, dei fatti principali: ma tale soluzione viene anche criticata sotto il profilo del coordinamento del principio del contraddittorio con quello della "ragionevole durata" del processo, in quanto siffatta direttiva costituzionale è nel senso di interpretare le norme giuridiche al fine di evitare il più possibile l'allungamento dei tempi procedurali²⁰.

La violazione del contraddittorio costituirebbe un invalido esercizio del potere decisorio che dà luogo a nullità della sentenza: per la precisione, nullità procedimentale che precede l'emanazione della sentenza. Si tratta del cattivo uso del potere decisorio rispetto all'effettivo esercizio del diritto di difesa ad opera delle parti: non vi è, dunque, un nesso causale tra la violazione *de qua* e la sostanza della decisione giudiziale, quanto un vero e proprio *error in procedendo* a sé stante.

Una volta emesso il giudizio di terza via, ne deriva l'invalidità della sentenza in applicazione del principio di estensione della nullità previsto dall'art. 159 c.p.c.: l'invalidità del provvedimento conclusivo è conseguenza dell'invalidità di ogni atto del giudice non compiuto in contraddittorio tra le parti e potenzialmente incisivo sul contenuto del suddetto provvedimento di merito. La violazione di tali regole può essere posto a fondamento di motivo di cassazione per "nullità della sentenza" *ex n.* 4, art. 360 c.p.c., ossia per vizio, dunque, procedurali²¹.

¹⁹ Soluzione sostenuta dalla maggioranza della dottrina occupatasi del tema. Cfr. CIVININI, *cit.*, 8; MONTESANO, *cit.*, 932, 937; LUISO, *sub art.* 183, *cit.*, 156-159.

²⁰ Cfr. MONTESANO, *cit.*, 932, 937.

²¹ È l'opinione maggioritaria in dottrina. COMOGGIO, *cit.*, 362; MONTESANO, *cit.*, 932, 937; CIVININI, *cit.*, 8; ORIANI, *cit.*, 22-24.

È stato, a tal proposito, opportunamente sottolineato²²) che è rilevante stabilire se la sentenza affetta da nullità è stata emessa in primo grado ovvero in appello, in quanto diverse ne sono le conseguenze pratiche. Il rilievo d'ufficio in primo grado verrebbe assorbito dalla necessità che il giudice dell'appello proceda, in ogni caso, all'esame nel merito della questione non previamente sottoposta al contraddittorio delle parti, dato il carattere tassativo dei casi di rimessione al giudice di primo grado previsti dall'art. 354 c.p.c.²³ Ove l'eccezione venga rilevata d'ufficio per la prima volta in appello senza preventivo invito alle parti di interloquire sulla stessa in contraddittorio, stabilire se la sentenza sia o meno viziata pone di fronte all'alternativa tra cassazione con rinvio per nullità della sentenza *ex art.* 360, n. 4, c.p.c., ovvero l'assorbimento del motivo procedurale in quello di violazione o falsa applicazione di norme di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c. Le conseguenze di tale scelta sono molto diverse tra loro: nel primo caso il rinvio della Suprema Corte al giudice di secondo grado ai sensi del primo comma dell'art. 384 c.p.c. con enunciazione del principio di diritto permetterà di sanare il vizio; nel secondo, al contrario la Suprema Corte può non procedere ad una pronuncia rescindente, ma direttamente ad una pronuncia rescissoria decidendo la causa nel merito in base all'innovazione introdotta nel 1990 al primo comma, ultima parte, dell'art. 384 c.p.c. Le parti restano, così, prive di contraddittorio su una qualificazione giuridica tanto nei precedenti giudizi di merito, quanto nello stesso giudizio di legittimità²⁴.

Si ricorda, che nel Progetto Ministeriale per la revisione delle norme del codice di procedura civile e delle disposizioni di attuazione

²² Cfr. ORIANI, *cit.*, 24.

²³ Così per Cass. 5 giugno 2003, n. 8993, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 6.

²⁴ Su tale questione COMOGLIO, *cit.*, 364-365; MONTESANO, *cit.*, 933-934.

Per uno spunto nel senso dell'applicabilità in tutto l'arco del processo del principio di difesa che si evince dalla disposizione di cui all'art. 183, 3° comma, cfr. STELLA RICHTER, *Poteri ufficiosi della Cassazione e diritto di difesa, ovvero il diritto di difesa in Cassazione*, in *Giust. civ.* 1997, 7, 1849.

Secondo tale Autore, in ogni caso, il principio generale di cui all'art. 183, 3° comma, c.p.c. risulterebbe applicabile anche al giudizio di cassazione in forza del ricorso al procedimento analogico per l'evidente identità di *ratio* in riferimento all'art. 379 c.p.c. nella parte in cui stabilisce che "All'udienza il relatore riferisce i fatti rilevanti per la decisione del ricorso". In tal caso, infatti, il relatore dovrebbe indicare alle parti la questione rilevata per la prima volta d'ufficio in quella sede, ponendole così in grado di difendersi sul punto.

del 1996²⁵, si era espressamente previsto il divieto di pronuncia sulle questioni rilevabili d'ufficio sulle quali non fosse stato provocato il contraddittorio tra le parti e la sanzione conseguente consisteva nella nullità della corrispondente parte della sentenza: al fine di assicurare siffatto contraddittorio, era prevista la concessione di termini per memorie integrative mediante apposita ordinanza, e la facoltà del giudice di convocare le parti in camera di consiglio, qualora la questione fosse insorta dopo che la causa era stata rimessa in decisione.

Va, in conclusione, rilevato che ai sensi dell'art. 12, 3° comma lettera *c*) del Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (definizione dei procedimenti in materia di diritto societario), è previsto l'obbligo per il giudice relatore di indicare le questioni, di vita e di merito, rilevabili d'ufficio nel decreto di fissazione dell'udienza. Non è prevista, però, alcuna sanzione espressa per la mancata osservanza dell'obbligo de quo.

²⁵ TARZIA, *Per la revisione del codice di procedura civile. Qualche notizia*, in *riv. dir. proc.*, 1996, 953, 984.