

## Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Consigliere giuridico Presidenza Consiglio dei Ministri) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

## **Divieto di sentenze della terza via: sussiste nullità della sentenza solo se la parte pretermessa prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa.**

*L'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione rilevabile d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione, comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, solo quando la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa qualora il contraddittorio sulla predetta eccezione fosse stato tempestivamente attivato, in quanto, alla stregua del canone costituzionale di ragionevole durata del processo, detta indicazione non costituisce un adempimento fine a sè stesso, la cui omissione è censurabile in sede d'impugnazione a prescindere dalle sue conseguenze pratiche, ma assume rilievo solo in quanto finalizzata all'esercizio effettivo dei poteri di difesa.*

## **Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 4.6.2013, n. 14039**

*...omissis...*

2. Il motivo non merita accoglimento, ancorchè il Collegio debba ribadire il principio - confermato dalla nuova formulazione dell'art. 384 cod. proc. civ., nonchè dall'introduzione dell'art. 101 cod. proc. civ., comma 2 - secondo cui il Giudice, il quale ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevata di ufficio, ha il dovere costituzionale di provocare il contraddittorio delle parti in ordine alla questione stessa al fine di evitare la "sentenza a sorpresa" o della "terza via" che viola la parità delle armi (v.Cass. 31 ottobre 2005, n 21108;

Cass. 21 novembre 2001, n. 14637 ed altre).

Siffatto ordine concettuale - con specifico riferimento al sistema (che qui rileva) antecedente alla novella del 2009 L. n. 69 e all'espressa previsione della sanzione di nullità introdotta dall'art. 101 cod. proc. civ., comma 2 - rinviene un preciso fondamento normativo nell'art. 183 c.p.c., comma 3 (oggi comma 4) che, pur dettato con riferimento alla prima udienza, è espressivo di un principio operante per l'intero corso del processo, dovendosi osservare per tutto il suo sviluppo dal giudice, in posizione di terzietà, il dovere di collaborazione con le parti ed essendo intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio.

Di conseguenza, qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 4, la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. Ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394 c.p.c., comma 3, sia dato spazio alle attività processuali omesse.

1.3. Merita in particolare evidenziare che la previsione di cui all'art. 183 cit. non costituisce adempimento fine a se stesso, risultando, piuttosto, funzionale a consentire alle parti di aggiustare le proprie posizioni in conseguenza del nuovo sviluppo dialettico del processo impresso dal rilievo officioso. In tale prospettiva le Sezioni Unite di questa Corte (cfr. sentenza 30 settembre 2009, n. 20935) - pur riconosciuta la violazione "deontologica" da parte del giudicante che decida pronunciando sentenza sulla base di rilievi non previamente sottoposti alle parti (all'udienza ex art. 183 c.p.c., ovvero, se emersi o comunque acclarati diacronicamente rispetto ad essa, anche in un momento successivo del processo) - hanno precisato che la nullità processuale non può essere, ipso facto, sempre e comunque predicata, quale conseguenza indefettibile di tale omissione. In particolare il Supremo Collegio - esclusa la rilevanza, sotto il profilo della violazione del contraddittorio, del mancato rilievo officioso (e della conseguente, mancata segnalazione tempestiva alle parti) con riferimento alle questioni di puro diritto - ha precisato che saranno le sole questioni di fatto ovvero miste, di fatto e di diritto, a legittimare la parte soccombente (a prescindere dalla censura di erroneità della soluzione) a dolersi del decisum, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove (o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini).

In definitiva deve trattarsi di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, che, modificando il quadro fattuale, determini nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle stesse, privandole 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. Di conseguenza l'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione rilevabile d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione, comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, solo quando la parte

che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa qualora il contraddittorio sulla predetta eccezione fosse stato tempestivamente attivato, in quanto, alla stregua del canone costituzionale di ragionevole durata del processo, detta indicazione non costituisce un adempimento fine a sè stesso, la cui omissione è censurabile in sede d'impugnazione a prescindere dalle sue conseguenze pratiche, ma assume rilievo solo in quanto finalizzata all'esercizio effettivo dei poteri di difesa. (Cass. 12 marzo 2010, n. 6051; Cass. 23 aprile 2010, n. 9702; cfr ancor più di recente SS.UU. 4 settembre 2012, n. 14828 in motivazione, laddove, richiamandosi principi già espressi da Cass. n. 21108/2005 sopra cit., si è ribadito che la denuncia dell'omessa segnalazione del rilievo officioso deve essere accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, il cui esercizio non è stato possibile). Tutto ciò è, del resto, in linea con principi ricorrenti negli ultimi anni nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui l'art. 360 c.p.c., n. 4, nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non è volto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria (e non trasforma il ricorrente nell'Ombudsman del processo civile), ma presidia e tutela, per converso, un diritto all'eliminazione di eventuali vulnera subiti in concreto dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato error in procedendo. Il precipitato logico di detta regola è che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa (ex multis Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630), sia pure con la precisazione che l'esplicita indicazione del concreto pregiudizio che la parte abbia o ritenga di avere accusato dall'affermata violazione della norma processuale non è necessaria ove quanto lamentato possa essere immediatamente colto dal contenuto complessivo del ricorso (Cass., 7 ottobre 2010, n. 20811).

Si tratta di una particolare ricaduta applicativa del principio di proporzionalità nell'uso dell'apparato giurisdizionale, che impone di rinvenire un preciso limite all'invocazione della tutela astrattamente espressa dalle norme processuali, oltre il quale si andrebbe ad abusare del processo.

1.4. Sciogliendo le fila del discorso e venendo al caso di specie, si osserva che parte ricorrente non pone in discussione il principio secondo cui il potere di diminuire equamente la penale, attribuito dall'art. 1384 cod. civ. al giudice, può essere esercitato, anche in appello, di ufficio, dovendosi riconoscere in tale intervento correttivo la realizzazione del generale interesse alla ricostruzione dell'equilibrio contrattuale (cfr. Cass. Sez. Unite, 13 settembre 2005, n. 18128; Cass. 14 ottobre 2011, n. 21297), ma allega il fatto in sè della mancata preventiva segnalazione della questione dell'"eccessività" della penale, lamentando in termini assertivi che le parti non siano state in grado di "svolgere le rispettive difese e le attività consequenziali proprie del diritto al contraddittorio in relazione alla nuova materia del contendere"; non indica, però, quali istanze, modifiche o deduzioni si sarebbero volute effettuare e quale sarebbe il pregiudizio che in concreto sia ad essa derivato dall'omessa segnalazione della questione; tantomeno lascia intendere (neppure con i

successivi motivi) quali attività processuali dovrebbero essere "recuperate" in sede di rinvio ex art. 394 cod. proc. civ., per non essere state svolte a causa della decisione "a sorpresa".

Di conseguenza la rilevata inadempienza non è da ritenere rilevante ai fini della nullità della sentenza, costituendo una mera irregolarità, inidonea a giustificare la cassazione.

2. Con il secondo motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 112, 115, 329 e 345 cod. proc. civ. e art. 384 cod. civ. (art. 360 c.p.c., n. 3) e si formula il seguente quesito: "dica la Suprema Corte di Cassazione se l'eccezione dell'adempimento dell'obbligazione di consegna di un complesso immobiliare avvenuto dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado fatta dall'appellato nella comparsa di risposta all'unico scopo di eccepire l'improponibilità del gravame e l'istanza ex art. 345 cod. proc. civ. volta all'acquisizione del documento attestante la consegna, tacitamente rinunziata per la rinuncia all'appello fatta dall'appellante in limine può costituire elemento probatorio sufficiente ed idoneo, in difetto di altre risultanze e allegazioni processuali, a legittimare l'esercizio d'ufficio, da parte del Giudice di appello, del potere di riduzione della penale ex art. 1384 c.c.".

3. Con il terzo motivo di ricorso si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1382 e 1384 cod. civ. (art. 360 c.p.c., n. 3) e si formula il seguente quesito: "dica la S.C. se in tema di clausola penale per il solo ritardo della prestazione di consegna, l'esecuzione della prestazione, avvenuta con ritardo, è circostanza idonea a giustificare, insieme alla cessazione del decorso della penale, anche la riduzione della penale in assenza di tutte le condizioni espressamente singolarmente previste dall'art. 1384 c.c.".

3.1. I due motivi che si esaminano congiuntamente per la stretta connessione, sono corredati da quesiti al limite della comprensibilità e non meritano, comunque, accoglimento.

Essi attingono il punto della decisione in cui la Corte di appello - confermata la decisione del primo Giudice in punto di decorrenza della penale - afferma che la misura della penale giornaliera è "eccessiva, avuto riguardo che l'appellante ha comunque provveduto all'adempimento della propria prestazione". Parte ricorrente - focalizzando l'attenzione su detta frase - per un verso, deduce che la circostanza dell'intervenuta consegna degli immobili "non faceva parte" della res iudicata dal Tribunale e neppure poteva evincersi dall'eccezione da essa formulata di improcedibilità dell'appello (per la parte relativa all'adempimento dell'obbligazione di consegna) e, per altro verso, osserva che, trattandosi di penale per il ritardo, la circostanza dell'avvenuta consegna esula dalla previsione della prima parte dell'art. 1384 cod. civ., rilevando unicamente ai fini di fare cessare il corso della penale.

3.2. Nessuna delle suddette censure coglie nel segno.

Va innanzitutto ribadito che il potere di riduzione della penale può essere esercitato, anche d'ufficio, per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perchè l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacchè anche in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale, se rapportata alla sola parte

rimasta inadempita (Cass. Sez. Un. 13 settembre 2005, n. 18128; Cass. 10 aprile 2006, n. 8293).

Ciò premesso in via di principio, il Collegio rileva che entrambe le censure all'esame si appuntano sull'incipit della trattazione della questione della riduzione della penale, trascurando completamente il più ampio percorso argomentativi attraverso il quale la Corte di appello dà conto delle ragioni della riduzione della penale alla luce della ratio perseguita dalle parti con la previsione della penale e in considerazione del criterio sotteso alla determinazione del relativo importo (fl. 6, 7 e 8 della decisione impugnata). In tale prospettiva che riconduce, in maniera non equivoca, l'esercizio del poterdovere di riduzione nell'ambito normativo della seconda parte dell'art. 1384 cod. civ., il rilievo dell'"eccessività" della penale non trova fondamento nell'argomento del (sia pur tardivo) adempimento della prestazione, bensì nella considerazione che la cifra fissa giornaliera di L. 500.000, originariamente individuata in una percentuale dell'"allora" tasso legale del 10% sulla somma non corrisposta dalla Del.Co. (dovendo la stessa provvedere a trasferire il "controvalore" in un certo numero di mc. del realizzando progetto edificatorio entro trenta mesi) risultava iniqua, avuto riguardo alle variazioni del tasso legale e del prime rate intervenute nel periodo di riferimento, denunciati tassi di redditività di gran lunga inferiori.

Questa la ratio decidendi della decisione impugnata, appare chiaro che le censure all'esame risultano eccentriche rispetto ad essa, giacché si appuntano su un argomento secondario, evidentemente desunto dalle pacifiche allegazioni delle parti e, comunque, eccedente la necessità logico giuridica della decisione, come tale inidoneo a comportare la cassazione della decisione impugnata.

4. Con il quarto motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione, per altro verso, dell'art. 1384 cod. civ.(art. 360 c.p.c., n. 3) e si formula il seguente quesito: "dica la S.C. se il Giudice, ritenuto che l'entità della penale convenuta dalle parti per il ritardo nell'adempimento corrisponde obbiettivamente al tasso di interesse legale corrente al momento della stipula, incorre nella violazione dell'art. 1384 c.c. se provvede, in difetto di apposita ed espressa convenzione, a ridurre la penale adeguandola alla media dei tassi di interesse legale fissati nell'arco temporale tra la successiva scadenza dell'obbligazione principale e il suo ritardato adempimento".

5. Con il quinto motivo di ricorso si denuncia omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., n. 5). Nel "momento di sintesi" ex art. 366 bis cod. proc. civ. si assume che la Corte di appello "ha esaurito" la motivazione in ordine alla penale, riferendosi - oltre al fatto vero dell'avvenuta consegna degli immobili - alla circostanza che la penale era stata determinata dalle parti applicando il tasso legale dell'epoca, desumendo tale circostanza da un'osservazione contenuta nella memoria di replica della parte appellata che aveva tutt'altro significato, non implicando alcuna ammissione, esplicita o implicita, di una convenzione tra le parti di una qualsivoglia indicizzazione per il futuro.

5.1. I due motivi si incentrano sul punto della decisione impugnata in cui si legge: "in proposito, va tenuto presente che, secondo le precisazioni - non smentite - dall'appellato, la previsione di una penale di L. 500.000 giornaliera è stata determinata applicando il rendimento del tasso legale all'epoca vigente (10%) sulla somma non corrisposta dalla società appellante".

Parte ricorrente - muovendo dal presupposto che "le precisazioni - non smentite - dell'appellato" sarebbero state "estrapolate" dalla memoria di replica alla conclusionale dell'appellante - da un lato, denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, la violazione (anche) della seconda parte dell'art. 1384 cod. civ., atteso che il tasso di interesse legale non poteva che rappresentare il tasso di interesse minimo che il creditore aveva alla prestazione al momento della stipula e, dall'altro, lamenta, in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., n. 5, che la Corte di appello non abbia correttamente individuato il significato delle allegazioni difensive, siccome formulate al diverso fine di individuare il dies a quo del pagamento della penale.

5.2. Anche i suddetti motivi sono eccentrici rispetto al decisum; tutto ciò si riflette ovviamente sui quesiti di diritto e cd. "di fatto" ("la chiara indicazione" richiesta dalla seconda parte dell'art. 366 bis cod. proc. civ.) che muovono da una premessa estranea alla decisione impugnata e cioè che il giudice di appello abbia postulato "un'indicizzazione" della penale pur in difetto di un'espressa convenzione in tal senso tra le parti.

Invero - precisato che le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale risultano desunte dal giudice di appello ex actis, non solo (e non tanto) dalle "precisazioni", non smentite, dell'odierna ricorrente, quanto, piuttosto, dalla stessa formulazione della clausola penale e dalla complessiva disamina dell'articolato accordo tra le parti - va qui ribadito, alla luce della ratio decidendi sopra evidenziata (sub 3.2.), che la Corte di appello, ha correttamente fondato l'esercizio del potere discrezionale, a norma dell'art. 1384 cod. civ., sulla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale.

In materia questa Corte ha affermato che ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola - come sembra indicare l'art. 1384 cod. civ., riferendosi all'interesse che il creditore "aveva" all'adempimento - ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente eseguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poichè anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli artt. 2 Cost., artt. 1175 e 1375 cod. civ., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 cod. civ., impiegando il verbo "avere" all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione di manifesta eccessività della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto (Cass. 6 dicembre 2012, n. 21994).

Ed è per l'appunto in tale prospettiva che si è mossa la Corte di appello allorchè ha evidenziato che la penale, ancorchè adeguata all'interesse del creditore al momento della stipulazione, risultava "eccessiva" alla luce delle variazioni dei rendimenti monetari intervenuti nell'arco temporale di riferimento: le relative valutazioni sono, poi, di stretto merito e, come tali, non sindacabili in questa sede.

In conclusione il ricorso va rigettato.

Si ravvisano i giusti motivi di cui all'art. 92 cod. proc. civ. (nel testo originario

qui applicabile ratione temporis) per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione, avuto riguardo all'irregolarità connessa alla mancata segnalazione del rilievo officioso e considerata, altresì, la peculiarità delle questioni trattate.

p.q.m.

La Corte rigetta il ricorso e compensa interamente le spese del giudizio di cassazione tra le parti.

Così deciso in Roma, il 25 marzo 2013.

Depositato in Cancelleria il 4 giugno 2013

La Nuova Procedura Civile