

## **Divieto di sentenze della terza via: in caso di vulnus, non c'è sempre nullità**

### **Commento della sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sez. I, n. 8956 del 17 aprile 2014**

*di* **Paolo BAIOCCHETTI**

**SOMMARIO:** 1. La massima – 2. Il commento.

#### **1. La massima.**

Qualora il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, in merito alla relativa sentenza non può essere sempre pronunciata la sua nullità processuale, ma a tal fine è necessario che la relativa rilevazione officiosa abbia determinato un'ipotesi di sviluppo della *res litigiosa* sino a quel momento non considerata dalle parti sotto il profilo probatorio. Ne consegue che la presunta violazione del principio del contraddittorio sarà denunziabile quale motivo di appello, senza giungere alla radicale decisione della rimessione in primo grado, salvo il caso in cui risulti irrimediabilmente vulnerato il principio del contraddittorio.

#### **2. Il commento.**

La sentenza oggetto del mio vaglio ermeneutico sottende la controversa tematica della "sentenza della terza via", appellate, altresì, "decisioni a sorpresa", "solitarie" o "solipsisticamente adottate".

Tali decisioni sono quelle che il plesso giudicante fonda su questioni autonomamente individuate, non sollevate dalle parti processuali, sottratte al contraddittorio delle parti.

È opportuno iniziare l'*excursus* ermeneutico partendo dal dettato dell'art. 111, co. II, Cost., così come sostituito dalla legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999: "*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*".

Il principio del contraddittorio ex art. 111, co. II, Cost. è intimamente correlato al principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., alla luce della circostanza che il confronto dialettico tra le parti processuali costituisce il presupposto indefettibile affinché sia consentito a queste ultime di difendere i propri diritti e condurre il plesso giurisdizionale ad addivenire ad una soluzione del caso che sia la più equa realizzabile, sia dal punto di vista della ricostruzione fattuale che della corretta analisi della normativa rilevante nel caso di specie.

Luigi Montesano<sup>1</sup> opina per una concezione dottrinarica "garantista", anche detta "formalista": il principio del contraddittorio ex art. 111, co. II, Cost., il principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. ed il dettato di cui all'art. 101, co. II, c.p.c. stabiliscono che qualora il plesso giurisdizionale ritenga di porre a fondamento del proprio *decisum* una questione rilevata *ex officio* deve riservarsi di emanarla e concedere alle parti un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni decorrenti

---

<sup>1</sup> Luigi Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 929 ss.

dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla questione medesima, a pena di nullità della sentenza adottata in violazione di tale disposizione.

Allorché il plesso giurisdizionale non abbia rispettato il prefato dettato normativo di cui all'art. 101, co. II, del codice di rito civile, la parte soccombente ha il diritto di fare valere in appello la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 161 c.p.c.

Qualora il plesso giurisdizionale di secondo grado condivida le ragioni addotte dalla parte soccombente dovrà consentire il contraddittorio delle parti sulla questione rilevata *ex officio* nell'ambito del giudizio di *prime cure*.

Allorquando neanche il giudice di secondo grado sottoponga al contraddittorio delle parti la questione rilevata d'ufficio dal giudice di *prime cure*, la parte soccombente potrà gravare la sentenza di secondo grado avanti alla Corte di Cassazione sulla scorta della nullità della sentenza impugnata ex art. 360, co. I, n. 4), c.p.c., a causa della mancata sottoposizione al contraddittorio tra le parti della questione rilevata *ex officio* dal giudice di *prime cure*, con il conseguente rinvio della causa al plesso giurisdizionale di secondo grado affinché provveda a sottoporre la questione rilevata *ex officio* al contraddittorio delle parti.

Sergio Chiarloni<sup>2</sup> ha ritenuto valide le sentenze fondate su questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte al contraddittorio delle parti, poiché il plesso giurisdizionale ha fondato il proprio *decisum* su una questione estrapolata dal materiale della causa e, quindi, potenzialmente conoscibile dalle parti, che avrebbero potuto valorizzarla, con la conseguenza che la mancata trattazione, prosegue l'Autore, discende dalla negligenza di una delle parti, senza, pertanto, che vi sia

---

<sup>2</sup> Sergio Chiarloni, *La sentenza della <<terza via>> in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, *Giurisprudenza italiana*, 2002, 1363.

violazione del principio del contraddittorio. Chiarloni ritiene non v'è ragion di dolersi della sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio non sottoposta al contraddittorio delle parti qualora essa è stata correttamente adottata. Chiarloni ritiene, invece, che la sentenza sia nulla quando la questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti non è corretta ed il giudice avrebbe potuto evitare di incorrere in tale errore qualora avesse sottoposto la questione rilevata d'ufficio al contraddittorio delle parti. Emerge che Chiarloni ha sposato una "concezione sostanzialista" riguardo alle "sentenze della terza via".

Fabiani<sup>3</sup> ha opinato per l'invalidità delle "sentenze solitarie", lesive dei principi del contraddittorio e di collaborazione fra parti e giudice ex artt. 3- 24 Cost., in ossequio ai dettami propri del "giusto processo".

Francesco Paolo Luiso<sup>4</sup> considera nulla la sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio, non previamente sottoposta al contraddittorio delle parti, poiché lesiva del principio del contraddittorio. L'Autore rileva, altresì, che si corre il rischio di una incompletezza dell'istruttoria qualora non venga consentito il contraddittorio sul rilievo officioso. Ciò vale anche per le questioni di puro diritto che, secondo Luiso, raramente sono di puro diritto, poiché involgono per lo più non solo l'interpretazione della norma ma anche la sua applicazione.

La Corte costituzionale<sup>5</sup> ha ritenuto che il principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti processuali di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione giusta

---

<sup>3</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>4</sup> F. P. Luiso, *Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza <<rivoluzionaria>>?, in Giustizia Civile, 2002.*

<sup>5</sup> Corte cost., sentenza n. 321/2007.

e partecipate della lite, cioè fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice; qualora la parte lamenti il mancato rispetto del principio del contraddittorio, al fine di ottenere la declaratoria della nullità della sentenza da parte del giudice del gravame, dovrà dimostrare quali istanze istruttorie ed allegazioni difensive le è stato precluso di proporre per via del mancato rispetto del principio del contraddittorio.

È opportuno considerare che la L. n. 69/2009 ha introdotto il comma secondo all'interno dell'art. 101 del codice di rito civile al fine di colmare una lacuna del processo civile di primo e secondo grado.

Infatti prima dell'emanazione dell'anzidetta L. n. 69/2009 il codice di rito civile disciplinava la rilevazione di questioni d'ufficio esclusivamente nell'ambito dell'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa ex art. 183 c.p.c. e nell'ambito del giudizio di legittimità avanti alla Corte di cassazione ex art. 384 c.p.c.

Ai sensi dell'art. 183, co. IV, c.p.c. *"nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, 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"*.

Ne consegue che qualora il giudice di *prime cure* nell'ambito dell'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa di cui all'art. 183 c.p.c. rilevi una questione *ex officio*, della quale ritenga sia opportuna la trattazione, ha l'obbligo di sottoporla al contraddittorio tra le parti processuali.

Inoltre l'art. 384, co. III, c.p.c. statuisce che la Corte di Cassazione *"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 giorni e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione”.*

Dal dato normativo suesposto emerge che qualora i giudici della Corte di Cassazione ritengano di porre a fondamento del proprio *decisum* una questione rilevata d’ufficio, hanno l’obbligo di riservarsi l’emanazione della decisione, al contempo assegnando con ordinanza al pubblico ministero ed alle parti un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a sessanta giorni dalla relativa comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla questione rilevata *ex officio*.

La L. n. 69/2009 ha introdotto il capoverso all’interno dell’art. 101 del codice di rito civile, ai sensi del 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”.*

Da quanto suesposto emerge che con l’introduzione del co. II all’interno dell’art. 101 c.p.c. è stata disciplinata la rilevazione di questioni d’ufficio anche nella fase decisoria del giudizio di *prime cure*.

Ad avviso dello scrivente l’effetto giuridico ricondotto alla mancata sottoposizione al contraddittorio delle parti della questione rilevata *ex officio*, nei giudizi di primo e secondo grado ed avanti alla Corte di Cassazione, deve essere quello previsto dall’art. 101, cpv., c.p.c., ovvero la nullità della sentenza emanata in assenza della mancata sottoposizione

al contraddittorio delle parti della questione rilevata *ex officio*.

Ne consegue che in ogni fase dei giudizi di primo e secondo grado e di quello di legittimità avanti alla Corte di Cassazione il plesso giurisdizionale può rilevare una questione d'ufficio da porre a fondamento della propria decisione e da sottoporre obbligatoriamente al contraddittorio tra le parti.

Prima dell'avvento della L. n. 69/2009 il costante orientamento giurisprudenziale di legittimità<sup>6</sup> opinava per la legittimità delle sentenze fondate su questione rilevate *ex officio* e non sottoposte al previo contraddittorio delle parti, considerando come facoltativa la possibilità del plesso giurisdizionale di sottoporla al contraddittorio delle parti.

La sentenza n. 14637 del 21 novembre 2001 Corte di Cassazione, Sezione I Civile, per la prima volta ha dichiarato nulla la sentenza emanata dal giudice su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, a causa del mancato rispetto del principio del contraddittorio.

Tale conclusione è stata resa possibile dal disposto di cui al co. II dell'art. 101 del codice di rito civile, che considera, appunto, nulla la sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti.

L'anzidetto *dictum* del 2001 della Corte di Cassazione è stato pedissequamente osservato anche da altre decisioni delle Suprema Corte, che in tal maniera hanno generato un "orientamento garantista": a) la sentenza n. 14637 del 2001 ha dichiarato nulla la sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, poiché non osservante il supremo principio supercostituzionale del contraddittorio che regola il

---

<sup>6</sup> *Ex plurimis* Cass. Civ., 29 aprile 1982, n. 2712.

processo; b) la sentenza n. 16577 del 2005 che ha considerato nulle le "sentenze della terza via" per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare le domande e le eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione conducente alla "decisione solitaria"; c) la sentenza n. 21108 del 2005 ha dichiarato nulle le "sentenze solipsisticamente adottate", poiché lesive del dovere di collaborazione del giudice con le parti, intrinseco alla sua posizione di terzietà; d) la sentenza n. 15194 del 2008; e) la sentenza n. 20935 del 30 settembre 2009 delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione.

In contrapposizione al prefato "orientamento garantista" si pone un "orientamento sostanzialista", ritenente valide le "sentenze solitarie", in virtù dell'assenza di un dato normativo espresso che sanzioni con la nullità le sentenze fondate su una questione rilevata *ex officio* e non sottoposta al contraddittorio delle parti<sup>7</sup>.

In epoca antecedente alla emanazione della decisione in commento, la Corte di Cassazione Civile, Sez. III, in data 15/01/2013 aveva emanato la sentenza n. 793, ai sensi della quale *le sentenze fondate su questioni rilevate d'ufficio, non previamente sottoposte al contraddittorio delle parti, sono nulle, ma sono, però, legittime le sentenze fondate su questioni rilevate d'ufficio, non sottoposte al previo contraddittorio delle parti, qualora concernano esclusivamente problematiche di mero diritto - pur involgenti profili esclusivamente procedurali - riguardo alle quali il punto di vista delle parti processuali si appalesi del tutto pleonastico.*

---

<sup>7</sup> Cass. Civ., Sez. II, 27 luglio 2005, n. 15705; Cass. Civ., Sez. Un., n. 18128/2005.

La sentenza in commento si pone sulla medesima linea ermeneutica della decisione appena enunziata, dal momento che ritiene, invero correttamente, che la nullità processuale per la violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa non possa essere sempre pronunciata qualora il giudice abbia individuato una questione senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, essendo all'uopo necessario che la rilevazione officiosa abbia determinata un'ipotesi di sviluppo della *res litigiosa* sino a quel momento processuale non considerata dalle parti sotto il profilo probatorio. In tal maniera si evita di giungere alla più radicale soluzione della pronuncia della nullità della sentenza ed alla sua rimessione al giudice di *prime cure*<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935.