

Alla base della tesi contraria all'invalidità v'era il tentativo di preservare l'efficacia delle pronunce giudiziarie, scongiurando i rischi del formalismo⁶⁶. Si diceva che, in mancanza di espressioni di 'dovere' e di sanzioni testualmente indicate, fosse difficile ed ultroneo fulminare con la nullità le «terze soluzioni»⁶⁷, soprattutto in presenza di una normativa che consacra il principio di tipicità e tassatività della sanzione in commento⁶⁸.

Veniva posto in dubbio lo stesso fondamento costituzionale dell'articolo 183, comma 4, cod. proc. civ., mentre si riteneva che l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio si spiegasse in forza della necessaria collabo-

G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001: t. 1, 348; t. 2, 1112; F. P. LUISO, *Questione*, cit., 1612; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 108; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 8; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3178; A. GIORDANO, *La sentenza*, cit., 911.

⁶⁶ Così, S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 575 e, con un leggero cambiamento di impostazione, ID., *La sentenza*, cit., 1363.

⁶⁷ Ovvero 'terze vie' o 'terze opinioni', come suole dirsi in dottrina.

⁶⁸ Com'è noto, all'articolo 156, comma 1, cod. proc. civ. Questo è il ragionamento su cui si fonda Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, in *Foro it.*, 2006, I, 3174.

**CONTRADDITTORIO E QUESTIONI
RILEVABILI D'UFFICIO.
RIFLESSIONI SULLE PRONUNCE 'A
SORPRESA' ALLA LUCE DEL NUOVO ART. 101
COMMA 2, COD. PROC. CIV.**

SOMMARIO: 1. Il principio del contraddittorio e il nuovo articolo 101, comma 2, cod. proc. civ. 2. Sull'obbligo del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio. 3. La portata applicativa dell'obbligo. 4. Tempi e modi del rilievo ufficioso. 5. Sulle sanzioni e sui rimedi. La nullità o la mera ingiustizia della sentenza. 6. Segue. La rimessione in termini in appello e la cassazione con rinvio 'restitutorio'. 7. La potenziale applicabilità del disposto in ogni fase e grado del processo ordinario. 8. Riflessioni conclusive. La logica del dialogo e la garanzia di verità.

1. *Il principio del contraddittorio e il nuovo articolo 101, comma 2, cod. proc. civ.*

«Niente prova la civiltà di un ordinamento giudiziario quanto la larghezza con cui esso fa luogo all'ascolto delle opposte ragioni»¹.

Quanto sia essenziale il dialogo nell'economia del giudizio lo dimostra il rinnovato interesse per lo studio del contraddittorio, testimoniato dalla recente riscoperta della filosofia del dialogo e delle tecniche di argomentazione retorica e dai recenti tentativi di applicarle al fenomeno processuale².

¹ G. CALOGERO, *Principio del dialogo e diritti dell'individuo*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963.

² Si vd., in particolare, i lavori di M. MANZIN - P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010 e P. CANTÙ - I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006, oltre agli scritti di A. GENTILI, *Scienza giuridica e prassi forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, II, 2010, 203; ID., *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 745 e ID., *Processo civile e forme della retorica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 7. Sulla filosofia del dialogo, nelle sue applicazioni anche al processo, S. TOULMIN, *The Uses of arguments*, Cambridge, 1958; C. PERELMAN, *Il campo dell'argomentazione: nuova retorica e scienze umane*, Parma, 1979; A. CATTANI, *Forme dell'argomentare. Il ragionamento tra logica e retorica*, Padova, 1990; ID., *Dimostrazione, argomentazione dialettica e argomentazione retorica*

5. *Sulle sanzioni e sui rimedi. La nullità o la mera ingiustizia della sentenza.*

Tra i nodi da sciogliere con la riforma, spiccava quello relativo alla sanzione da comminarsi ove il giudice avesse omesso di suscitare il contraddittorio delle parti.

E certo è che la novella, prevedendo che l'assegnazione del termine a difesa debba avvenire «a pena di nullità» lo abbia, se non sciolto, per lo meno allentato.

Fin troppo noto è il dibattito che, sul tema, ha visto coinvolte dottrina e giurisprudenza autorevoli. A chi riteneva che la mancata apertura del dibattito avrebbe potuto incidere sulla sola, e del tutto eventuale, ingiustizia della successiva pronuncia⁶⁴, si contrapponeva la tesi favorevole alla nullità radicale della sentenza 'a sorpresa'⁶⁵.

⁶⁴ S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 575; ID., *Le Riforme*, cit., 182; ID., *Giudice*, cit., 410; ID., *La sentenza*, cit., 1363; E. F. RICCI, *La sentenza della 'terza via' e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751.

⁶⁵ Favorevoli alla tesi della nullità sono: V. DENTI, *Questioni*, cit., 217; L. MONTESANO, *Le prove*, cit., 237; ID., *La garanzia*, cit., 932; C. FERRI, *Contraddittorio*, cit., 5; ID., *Sull'effettività*, cit., 783; G. TARZIA, *Lineamenti*, 85; ID., *Manuale*, cit., 141; L. P. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, 108; ID., *Etica*, cit., 71; ID., *'Terza via'*, cit., 755; L. MONTESANO -

di fondare i rilievi sulle allegazioni, almeno implicite, delle parti⁶². Nella cornice di un processo scandito dalle preclusioni, avrebbero fondato i rilievi ufficiosi i soli fatti allegati dalle parti nel rispetto delle decadenze, oltre a quelli comunque risultanti *ex actis*⁶³. Nulla di più, insomma, di quanto già dal sistema si potesse ricavare. Aver espunto l'inciso non è certo prova né indizio dello sradicamento dei principi sottostanti.

⁶² Intendono l'inciso quale limite all'attività 'inquisitoria' del giudice: A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 223; L. MONTESANO - G. ARIETA, *Il nuovo processo*, cit., 40; B. CAPPONI, in R. VACCARELLA - B. CAPPONI - C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 90; M. TARUFFO, *Le preclusioni*, cit., 296; ID., *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, 266; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni*, cit., 659; ID., *Le riforme*, cit., 175.

⁶³ Si pensi al notorio o ai fatti acquisiti a mezzo di una testimonianza a sorpresa. In merito, vd. la condivisibile interpretazione di S. CHIARLONI, *Le riforme*, cit., 178. Cfr., sul punto, anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 226.

Non è un caso che, dal terreno arato dalle logiche del dialogo e degli studi sulla 'giusta decisione' delle cause³, siano cresciuti i semi da cui è nato il nuovo secondo comma

nel pensiero antico, a cura di A. M. Battegazzore, Genova, 1993; F. PIAZZA, *Linguaggio, persuasione e verità. La retorica nel novecento*, Roma, 2004; G. SARTOR, *Dialoghi e ragionamento giuridico: diversità dei sistemi dialettici e loro giustificazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 183.

³ Cfr. i recentissimi di studi di B. CAVALLONE, *In difesa della 'veriphobia' (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss. e di M. TARUFFO, *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 995 ss. In argomento, si vedano altresì M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 476; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di M. Bessone, Torino 1997, 139; S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 144; R. BRACCIALINI, *Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, 1208; A. CARRATA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 36; G. VERDE, voce *Prova: I) Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 591. Ci sia altresì consentito rinviare ad A. GIORDANO, *Dal nichilismo normativo all'ellisse giuridica. Una proposta di percorso tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2012.

dell'articolo 101 cod. proc. civ.⁴ La previsione

⁴ Introdotto dall'articolo 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge. Si vedano, in merito, i *Commenti* di C. CONSOLO - F. GODIO, in C. CONSOLO - M. DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, 'sub' articolo 101*, Milano, 2009; B. SASSANI - R. TISCINI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile, 'sub' art. 101*, a cura di B. Sassani - A. Saletti, Torino, 2009; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 21; R. GIORDANO, in R. GIORDANO - A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 151 ss.; C. MADRIOLI - A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 31; M. BOVE - A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 40; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221; E. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264; G. BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20; C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*; G. BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, 110; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, 101; D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium.it*; F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010,

Circa i 'modi' del rilievo ufficioso, non molto è cambiato. Fatto salvo che l'atto del rilevare la questione non possa prescindere dall'indicarla alle parti⁶¹, è caduto il sibillino inciso «sulla base dei fatti allegati». Quasi fosse un riflesso del principio dispositivo in senso sostanziale, la locuzione – ancora contenuta nell'articolo 183, comma 4, cod. proc. civ. – andava a rimarcare l'impossibilità del giudice

nelle note, ogni deduzione in fatto e in diritto, nonché di chiedere l'ammissione dei mezzi di prova connessi alla questione rilevata. In questo senso, vd. B. SASSANI - R. TISCINI, *Commento all'art. 101 cod. proc. civ.*, in *Commentario*, cit., 64, nonché M. BOVE - A. SANTI, *Il nuovo processo*, cit., 41; *contra*: C. CECHELLA, *Il nuovo processo*, cit., 61, per il quale l'art. 101, comma 2, cod. proc. civ. non impone una rimessione della causa in istruttoria. A sostegno della tesi favorevole ad un'effettiva rimessione in termini, potrebbero altresì invocarsi i rilievi di cui alla sentenza C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con *Nota* di R. CAPONI, che, se pur nella diversa materia della notificazione a mezzo posta, ha dichiarato contrario al diritto di difesa e, ancor prima, al principio di ragionevolezza, che un effetto preclusivo possa discendere da un fatto estraneo alla disponibilità delle parti.

⁶¹ Così, L. P. COMOGLIO, *Etica*, cit., 77; ID., *'Terza via'*, cit., 758. In questo senso, cfr. Cons. St. Ad. Plen. 24 Gennaio 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 307, nella quale pronuncia si afferma una precisa equivalenza tra il 'rilevare d'ufficio' e l' 'indicare d'ufficio alle parti'.

zio dei conditori⁵⁸ – la concessione di un termine per il deposito di scritti difensivi⁵⁹. Si è, da una parte, aggiunto, estendendo la portata del precedente articolo 184 *bis* cod. proc. civ., e, dall'altra, tolto, escludendone l'applicabilità alla nostra fattispecie. Sembra, però, che la sottrazione si sia avuta nel campo sbagliato. Meglio sarebbe stato prevedere un obbligo del giudice di rimettere le parti nei termini *ex art.* 153 cod. proc. civ. per consentire alle stesse l'esercizio delle facoltà tutte di allegazione e di prova, comprese quelle di replica e controprova, effettivamente connesse alla questione indicata⁶⁰.

⁵⁸ E ciò anche in contrasto con la giurisprudenza francese e tedesca, che sembrano prediligere la linea della flessibilità del rimedio applicabile, modulandolo in base alla complessità della questione e alle peculiarità della causa, si vd., per il diritto francese, Cass. 26 aprile 1984, in *Bull. civ.*, II, n. 71, 50, *J.C.P.*, 1984, IV, 210 e Cass. 27 novembre 1984, in *Bull. civ.*, II, n. 319, 269, *Gaz. Pal.*, 1985, II, 638 e, per quello tedesco, E. SCHNEIDER, *Die richterliche Aufklärungspflicht*, cit., 721.

⁵⁹ Sul coordinamento del termine di cui all'art. 101, comma 2, e quello *ex art.* 384, comma 3, cod. proc. civ., cfr. *infra*.

⁶⁰ Comunque, nonostante la rigidità del dettato normativo, sarebbe possibile interpretare l'articolo 101 cod. proc. civ. attraverso il filtro dell'art. 153, comma 2, cod. proc. civ., consentendo alle parti di compiere,

per cui «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevabile 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» fornisce all'operatore del diritto coordinate uniformi, spargendo semi di certezza nello orizzonte dottrinario e giurisprudenziale.

Se è fuori discussione la continuità del disposto con l'articolo 183, comma 4, cod. proc. civ. o con il recente articolo 384, com-

1012 ss.; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della 'terza via'*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 826 ss. Per le prime applicazioni giurisprudenziali, Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 355, con *Nota* di C. CONSOLO, nonché Cass. 27 aprile 2010, n. 10062, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 4, 619 e Cass. 30 aprile 2011, n. 9591, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 4, 677. Va precisato che il disposto in commento ricalca progetto di riforma dell'art. 101 cod. proc. civ., inserito nel recente d.d.l. Mastella, su cui B. CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»*, in *Judicium.it*.

ma 3, cod. proc. civ.⁵, è al pari evidente che di passi avanti, con la novella in commento, se ne siano fatti non pochi.

Il punto di contatto tra i disposti citati sta nello scopo al quale tendono: l'attuazione di un contraddittorio 'effettivo', esteso all'intero processo e vincolante anche per chi giudica. Se dall'articolo 101 cod. proc. civ. *ante* riforma poteva desumersi una concezione statica del principio, circoscritto alla fase introduttiva del giudizio e osservato anche se solo virtualmente 'possibile'⁶, il nuovo secondo comma del disposto – in sintonia con gli articoli 183 e 384 cod. proc. civ. – dà del contraddittorio una visione dinamica, estendendone il contenuto ben al di là della rituale citazione della

⁵ Introdotto con l'art. 12, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Si confronti, sul tema, anche l'articolo 12, comma 3, lett. c), d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recentemente abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁶ Favorevoli alla mera 'possibilità' del contraddittorio, che consisterebbe in una garanzia di uguaglianza solo formale delle parti: F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 88; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, 184; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 6.

riti speciali ed applicabile anche alle situazioni esterne al processo⁵⁷, avrebbe suggerito l'inclusione del congegno nel riformato art. 101, comma 2, cod. proc. civ. Eppure il legislatore, pur codificando l'obbligo del giudice di indicare le questioni ed estendendo la portata della rimessione in termini, ha preferito scomporre il binomio. La generalità del rimedio *ex* art. 153, comma 2, cod. proc. civ. soffrirebbe una deroga nel caso dell'omesso dibattito su una questione, ben potendo bastare – a giudi-

⁵⁷ Tanto può desumersi dalla collocazione del disposto nel libro primo del codice di rito e dall'impiego del termine «giudice» anziché «giudice istruttore». In questo senso, A. PANZAROLA, *Sulla rimessione in termini 'ex' art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1636, nonché R. CAPONI, *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153 c. 2 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2009, 285. Sulla necessaria estensione del rimedio anche ai poteri di impugnazione, si confronti già l'opera di C. E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983; R. CAPONI, *La rimessione*, cit., *passim* e F. DE SANTIS, *La rimessione*, cit., *passim*. Quanto detto è stato recepito dalla recente Trib. Mondovì, 19 febbraio 2010, che ha disposto l'applicabilità del nostro rimedio al caso di tardiva notifica di decreto ingiuntivo per causa non imputabile al creditore. Per la giurisprudenza recente, cfr. altresì le significative pronunce Cass. 17 giugno 2010, n. 14627 e Cass. 10 giugno 2010, n. 15811, entrambe massimate in *Guida al dir.*, 2010

possibile l'applicazione del disposto alle ipotesi di negligente omissione di un'attività dovuta dell'ufficio⁵³. L'oggetto lato della rimessione⁵⁴, idoneo ad includere ogni potere processuale, dava il via libera all'esercizio delle facoltà connesse alla questione rilevata⁵⁵.

Oggi, come ieri, avrebbe potuto adottarsi l'impostazione anzidetata⁵⁶. Anzi, la nuova formulazione della rimessione in termini, adesso prevista come rimedio generale, estendibile ai

alla forza maggiore e al caso fortuito, anche il fatto nuovo, la norma sopravvenuta, il dolo della controparte, la negligente omissione di un'attività del giudice. Per una ricostruzione del tema, cfr., se vuoi, anche A. GIORDANO, in *Codice di procedura civile*, a cura di L. Viola, Padova, 2010, 219.

⁵³ Si pensi, oltre al caso della mancata indicazione delle questioni, a quello dell'omissione dell'interrogatorio libero delle parti nel rito ordinario anteriore alla novella del 2005. Si vd., in questo senso, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 139 e 168 e R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 424.

⁵⁴ Soprattutto all'indomani della l. 20 dicembre 1995, n. 534, che aveva espunto l'originario riferimento alle sole decadenze *ex artt.* 183 e 184 cod. proc. civ. In merito, F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 206.

⁵⁵ Cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 167.

⁵⁶ In senso adesivo, si vd. A. PROTO PISANI, *La riforma*, cit., 224.

controparte⁷. Evidente è la presa d'atto che il contraddittorio sia tale solo se esula dalla disponibilità di alcuno ed effettivamente incide su ogni atto o fase processuale.

Favorendo la collaborazione tra giudice e parti⁸, l'articolo 101, comma 2, cod. proc. civ.

⁷ Sulla concezione dinamica ed effettiva del contraddittorio, cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 229, per il quale «il principio del contraddittorio deve essere rispettato non solo formalmente, ma sostanzialmente, in modo che a entrambe le parti sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni e devono considerarsi incostituzionali le norme che non lo rispettano». Similmente, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100; V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 223; A. NASI, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, 1973, 1087. Più di recente, cfr. R. CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini - C. Verardi, Milano, 2001, 281. Sulle radici storiche del principio, similmente concepito, si rinvia a M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007, 28, che richiama D. 50. 17. 41.

⁸ In argomento, E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580. Si vedano anche P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 23 e F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir.*

si pone in continuità ideale con gli altri disposti menzionati, nel tentativo di promuovere la civiltà giuridica⁹ e di avvicinare il processo al suo modello costituzionale. Insieme al contraddittorio e per il suo tramite, si salvaguarda l'eguaglianza sostanziale delle parti, si preserva il diritto di difesa e, con questo, la garanzia di verità¹⁰.

L'attivismo crescente del giudice, ormai avallato dalla maggior parte dei sistemi giuridici di 'civil' e 'common law', e il conseguente incremento dei poteri ufficiosi, anche al di là

proc., 1951, 101. Significativa, sul tema, è la recente Cass. sez. un. 21 ottobre 2009, n. 22238, che ha previsto la necessità di un'audizione effettiva del minore nell'ambito del giudizio di separazione personale dei genitori.

⁹ In merito, si richiama l'opera, sempre suggestiva, di G. CALOGERO, *Logo e dialogo*, Milano, 1950, nonché ID., *Principio*, cit. Cfr. anche G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 63 e F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 149.

¹⁰ Per l'espressione 'garanzia di verità' si rinvia a L. FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, III, 1999, 489, nonché a ID., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 31. Sul tema, si rinvia anche agli studi di F. CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, 469.

proc. civ., la proponibilità in ogni tempo delle eccezioni in senso lato⁵¹.

Solo la concessione di una rimessione in termini avrebbe garantito le parti, senza troppo legare le mani del giudice. Era, in particolare, il tenore dell'articolo 184 *bis* cod. *proc. civ.*, vecchio rito, che, subordinando il ripristino del contraddittorio all'esistenza di una «causa non imputabile»⁵² alla parte, rendeva

⁵¹ Sarebbe irragionevole non prevedere lo stesso regime per un grado di giudizio che, come quello di prime cure, è, per struttura, ben più ampio dell'appello. Per simili rilievi, cfr. S. CHIARLONI, *Le riforme*, cit., 176. Sul tema, cfr. anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 226, argomenta, sulla base del venir meno dell'inciso «ferma la allegazione dei fatti storici» previsto dalla formulazione originaria dell'art. 183 cod. *proc. civ.* (contenuta nel d.d.l. Vassalli), la rilevabilità *ex officio*, nel corso di tutto il giudizio di primo e secondo grado, di fatti modificativi, impeditivi o estintivi.

⁵² Sulla clausola generale di 'non imputabilità', ben più ampia del «caso fortuito e forza maggiore» cui fa riferimento l'attuale art. 175 cod. *proc. pen.*, si vd. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 168; E. GRASSO, *Note*, cit., 724; D. GROSSI, voce *Termine (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 242; G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 122; R. CAPONI, *La causa non imputabile nella disciplina della rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1998, I, 2658. Si ritiene, infatti, a ragione, in dottrina, che, nella 'causa non imputabile' rientrino, oltre

lievo anche a preclusioni maturate, consentivano, in ogni caso, il ripristino del contraddittorio mancato⁴⁹.

Se, stando al dettato costituzionale, doveva propendersi per una rilevabilità d'ufficio entro e non oltre le barriere preclusive di cui all'art. 183 cod. proc. civ., il suo eccessivo rigore avrebbe imposto al giudice di valutare, dalla fase aurorale del giudizio e pressoché in astratto, l'opportunità dell'apertura del dibattito su un punto controverso⁵⁰. La fissazione di un limite temporale per l'attività giudiziale in commento si sarebbe altresì scontrata con la disciplina codicistica, che, per il primo grado, non menziona termini *ad quem* e, per il secondo, consente, all'articolo 345, comma 2, cod.

⁴⁹ Condividono l'applicazione dell'art. 184 *bis* cod. proc. civ. al caso di specie A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 140, e ID., *Lezioni*, cit., 99; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 8; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3181; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509. *Contra*, L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932 e, implicitamente, anche E. GRASSO, *Note*, cit., 727 e G. VERDE - L. DI NANNI, *Codice*, cit., 87.

⁵⁰ E ciò anche in presenza di poteri istruttori che, come quelli dell'ufficio, sono sovente esercitabili solo dopo l'assunzione delle prove di parte.

della conduzione formale del processo¹¹, impongono la fissazione di argini a garanzia delle parti. La decisione solitaria sulle questioni rilevate impedisce lo svolgimento delle attività processuali di allegazione e di prova, va a minare la parità delle armi, agevolando la posizione dell'una o dell'altra parte, e rischia di allontanare il processo da quella 'giusta decisione'¹² che è il suo sbocco naturale e costituzionalmente necessitato.

Se la *ratio* dell'articolo in commento va, pertanto, a coincidere con quella che anima i disposti già esistenti, non mancano gli elementi innovativi del testo di riforma. Mentre, nel passato remoto e in quello prossimo, si discuteva sulla natura doverosa o meramente discrezionale dell'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio, sembra che la novella abbia posto fine alla 'querelle', consacrando l'ob-

¹¹ Ci permettiamo di rinviare, sul tema, anche per i riferimenti di diritto comparato, ad A. GIORDANO, *Natura del giudizio tributario e poteri del giudice*, in *Temi romana*, 2009.

¹² Sul tema, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, nonché ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 476. Si confrontino anche le riflessioni di S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 144.

bligo del giudice di suscitare il dibattito su quanto rilevato. Altrettanto significativa appare la locuzione «a pena di nullità», che risolverebbe anche il problema della sanzione comminabile, tanto discusso in dottrina. L'attribuzione alle parti della facoltà di difendersi depositando «memorie contenenti osservazioni» scioglierebbe la matassa sul 'come' debbano essere svolte le attività processuali connesse alla questione rilevata.

Verificare se ciò basti a garantire i soggetti coinvolti o se, piuttosto, permangono i dubbi non sciolti e i vuoti non colmati è l'obiettivo che ci si prefissa, dopo aver richiamato le posizioni assunte anteriormente alla novella ed aver sondato l'applicabilità del disposto anche al di là dei confini del rito civile ordinario. Non è, del resto, effettivo né autentico un confronto con il nuovo, senza un percorso a ritroso, da cui emerga il minimo al di sotto di quale non può dirsi attuato il contraddittorio né chiamarsi effettiva la tutela giudiziale.

Le preclusioni nel processo di primo grado, in *Giur. it.*, 2006, IV, 99; C. CONSOLO - F. P. LUISO, *Codice*, cit., 1687. Cfr., inoltre, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 140 e 226, e ID., *Lezioni*, cit., 99; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 8; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3181; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509. Sostanzialmente favorevole alla tesi in esame, sempre che al rilievo ufficioso consegua una regressione della causa alla precedente fase di trattazione, è altresì L. P. COMOGLIO, *Terza via*, cit., 758, che desume il possibile esercizio, anche in sede decisoria, del potere ex art. 183, comma 4, cod. proc. civ. dall'art. 276, comma 2, cod. proc. civ. Si rinvia anche a ID., *Etica*, cit., 71, ove l'A. si riferisce espressamente all'ordinanza di cui agli artt. 279-280 cod. proc. civ., nella quale la questione dovrebbe essere indicata alle parti (in senso conforme, cfr. già V. DENTI, *Questioni*, cit., 225). In senso contrario: V. ANDRIOLI, *Commentario*, cit., 81, che riteneva che il collegio dovesse provocare l'interrogatorio libero delle parti ex art. 117 cod. proc. civ. qualora l'istruttore non avesse indicato previamente la questione rilevata. Degna di nota è altresì la tesi di C. CONSOLO - F. P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, I, 2007, 1687, che suggeriscono che venga disposto – in forza dell'art. 175, comma 1, cod. proc. civ. – il rinvio breve dell'udienza. Per G. BALENA, *Le preclusioni*, cit., 99, il giudice dovrebbe concedere doppi termini per le note difensive, anche di replica.

4. *Tempi e modi del rilievo ufficioso.*

Problemi ulteriori li ha posti la determinazione dei tempi e dei modi del rilievo ufficioso delle questioni.

Sui tempi, tra l'impostazione favorevole ad un potere di rilievo sganciato da limiti temporali di sorta⁴⁶ e la sottoposizione dello stesso al termine ultimo dell'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ.⁴⁷, si collocavano quelle tesi intermedie⁴⁸ che, facendo salva la facoltà di ri-

l'applicabilità del disposto in commento solo in presenza di 'questioni di fatto' o di 'questioni miste di fatto e diritto'.

⁴⁶ In merito, S. CHIARLONI, *Le riforme*, cit., 176.

⁴⁷ Così, L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932; L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, 360; E. GRASSO, *Note*, cit., 727; G. VERDE - L. DI NANNI, *Codice*, cit., 87; E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, Torino, 1991, 20; F. P. LUISO, *Commento*, cit., in *Commentario*, cit., 148; C. CAVALLINI, *Il nuovo art. 183 e la riforma della trattazione della causa*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 241.

⁴⁸ Si vd. G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1991, 24, nt. 91; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 668; ID., *Le riforme*, cit., 176; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 89; F. SANTANGELI, *Le udienze di trattazione della causa nel processo civile ordinario alla luce delle recenti riforme*, in *Judicium.it*, 3; G. BALENA,

2. *Sull'obbligo del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio.*

Si è, da sempre, discusso se l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio costituisca l'oggetto di un obbligo¹³ o di una mera facoltà discrezionale¹⁴ di chi giudica.

¹³ Sono favorevoli alla tesi dell'obbligo: G. LEONE, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Bari, 1942, 39; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 82; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 70, nt. 22; E. GRASSO, *La collaborazione*, cit., 591 testo e nt. 22; ID., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993; V. DENTI, *Questioni*, cit., 217; C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, XXXIII, 1984, 5; ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 783; S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 575; ID., *Le Riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 182; ID., *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 410; ID., *La sentenza 'della terza via' in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, I, 1363; L. MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, 484; ID., *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 237; ID., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di 'terza via'*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 932; L. MONTESANO - G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991, 36; G. VERDE - L. DI NANNI, *Codice di pro-*

cedura civile, Torino, 1993, 162; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Milano, 1996, 163; ID., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, 141; F. MARELLI, *La trattazione della causa nel sistema delle preclusioni*, Padova, 1996, 44, nt. 55; F. P. LUIISO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di C. Consolo - F. P. Luiso - B. Sassani, Milano, 1996, 147; L. P. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, 108; ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, *Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1997; ID., *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, Torino, 2004, 71; ID., *'Terza via' e processo 'giusto'*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755; M. G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, 7; L. LANFRANCHI, voce *Giusto processo (proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, 11; A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 100; F. P. LUIISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza 'rivoluzionaria'?*, in *Giust. civ.*, 2002, 1612; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 108; N. PICARDI, *'Audiatur et altera pars'. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 7; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2008, 247; E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di 'questioni' da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, 3178; C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della 'terza via': conseguenze*, in *Corr. giur.*, 2006, 508; P. SANDULLI, *I nuovi percorsi della tutela. Riflessioni in materia di processo civile*, Roma, 2006, 407; A. GIORDANO, *La sentenza della 'terza via' e le 'vie' d'uscita. Delle sanzioni e dei*

Anche alla luce del nuovo art. 101, comma 2, cod. proc. civ., come già prima della riforma, l'unico limite all'interpretazione estensiva deve discendere dalla necessaria rilevanza della questione rispetto alla pronuncia⁴⁴. Il dibattito processuale deve essere aperto in relazione alle sole questioni che risultino effettivamente idonee ad incidere sull'emananda sentenza. Si andrebbe, altrimenti, a svilire, oltre alla lettera del disposto, ed in particolare la protasi «se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio», la strumentalità del contraddittorio rispetto alla giusta decisione, il principio di ragionevole durata e le mai trascurabili ragioni di opportunità pratica⁴⁵.

dedurre [...] i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi [...]». Ben possono ricomprendersi, nella locuzione «mezzi di prova d'ufficio», tutti gli altri strumenti impiegati dal giudice per orientare il proprio convincimento.

⁴⁴ Ritengono che debbano essere sottoposte al contraddittorio le sole questioni rilevanti rispetto alla pronuncia: C. FERRI, *Sull'effettività*, cit., 784, L. P. COMOGLIO, *'Terza via'*, cit., 758, ID., *Etica*, cit., 353 nt. 60, nonché E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3178.

⁴⁵ In senso contrario, tuttavia, la già citata sentenza Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, che ha escluso l'esistenza di un obbligo di segnalazione in relazione alle 'questioni di puro diritto', prevedendo

essere garantito un dibattito pieno su tutti i punti che possano incidere sulla sentenza⁴². Discutibili che siano i recenti orientamenti sui poteri ufficiosi, sta all'interprete prenderne atto e prevenirne gli effetti distorti, sanando, almeno a valle, ciò potrebbe a monte pregiudicare le parti⁴³.

nel processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1984; S. CHIARLONI, *Riflessioni*, cit., 851; B. CAVALLONE, *Il giudice*, cit., 335; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999; ID., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002. La tipizzazione, avvenuta con la l. 69/2009 di una prova tradizionalmente atipica come la testimonianza scritta (vd. artt. 257 bis cod. proc. civ. e 103 bis disp. att.) dà ulteriore manforte all'ammissibilità delle prove atipiche, entro limiti ragionevoli, purché risultino lecite (e, così, in linea con la riserva di legge ex art. 111, comma 1, Cost., vd. la recente Cass. 5 marzo 2010, n. 5440; diversamente, tuttavia, A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 52) e conformi, nelle modalità di assunzione, agli altri principi di cui all'art. 111 Cost.

⁴² Qualche dubbio lo ha recentemente espresso G. F. RICCI, *La riforma*, cit., 23, per il quale «non si sa bene se l'interpretazione della norma si specificherà anche nella direzione [...] dell'obbligo del giudice di segnalare anche l'eventuale impiego nella decisione di eventuali presunzioni e argomenti di prova».

⁴³ Del resto, lo stesso articolo 183, comma 8, cod. proc. civ. prevede che «nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova [...] ciascuna parte può

A sostegno della tesi della facoltà v'era l'almeno apparentemente inequivoco dato di legge¹⁵. L'assenza di ogni espressione imperativa nell'articolo 183, comma 4, cod. proc. civ., il cui tenore non è stato scalfito dalle recenti riforme, e il riferimento all' 'opportunità' della trattazione inducevano ad escludere che il giudice dovesse significare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio. Era, poi, la mancanza di una sanzione espressa a corroborare la

rimedi avverso una 'terza soluzione' del giudice civile, in *Giur. it.*, 2009, 910. Per la giurisprudenza: Cass. 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. it.*, 2009, 910; Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Procedimento civile*, n. 235; Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, I, 3174; Cass. 21 novembre 2001 n. 14637, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Procedimento civile*, n. 249.

¹⁴ Ritengono che l'art. 183, comma 4, cod. proc. civ. sia espressione di una facoltà del giudice: P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino 1951, 265; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 334; U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, III, Torino, 1966, 79; P. PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, II, Torino, 1980, 571; I. ANDOLINA - G. VIGNERA, *Il modello di costituzionalità del processo civile italiano*, Torino, 1990, 162; M. TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 296.

¹⁵ Si confrontino V. DENTI, *Questioni*, cit., 218 e M. TARUFFO, *Le preclusioni*, cit., 300.

detta impostazione: in presenza di una sorta di 'legge imperfetta', era più facile parlare di moralità positiva che di diritto cogente¹⁶.

Bastava, tuttavia, interrogarsi su quale fosse la *ratio* della normativa per comprendere che un'interpretazione letterale si poneva in contrasto con il dettato costituzionale. Dati gli articoli 3, 24 e 111 Cost. e individuato nel contraddittorio lo scopo del disposto, si imponeva, già allora, un rovesciamento del tenore testuale tale da far leggere 'indica' come 'deve indicare' e l' 'opportunità' quale vera e propria 'necessità'.

Con la legge di riforma, non può che uscire rafforzata la tesi dell'obbligo¹⁷. La menzione espressa della nullità, quale conseguenza di una decisione 'a sorpresa', e la previsione di un termine a difesa delle parti costituiscono

¹⁶ Si rinvia, uno per tutti, a N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 131, 134, nonché a ID., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 147. Sul tema, con riferimento alle radici etimologiche e concettuali del fenomeno giuridico, cfr. la condivisibile impostazione di F. SUÁREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore. Libro primo*, nella recente traduzione di O. De Bertolis, Padova, 2008, 27.

¹⁷ Concorde è, sul punto, la dottrina che si è recentemente occupata del tema (si vedano, in particolare, E. FABIANI, *Contraddittorio*, cit., 266 e G. F. RICCI, *La riforma*, cit., 21).

agli argomenti di prova³⁹, basare i ragionamenti su una sola presunzione⁴⁰ o disporre d'ufficio mezzi di prova anche atipici⁴¹, deve

leurs prétentions») – in merito, H. e G. FOYER DE COSTIL, *Les connaissances personnelles du juge*, in *Rev. int. droit. comp.*, 1986, 517.

³⁹ Cfr., ad es., Cass. 8 febbraio 2006, n. 2815, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Prova civile in genere*, n. 30; Cass. 4 maggio 2005, n. 9279, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Cassazione civile*, n. 69; Cass. 27 gennaio 2005, n. 1658, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Cassazione civile*, n. 71. In senso adesivo: S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 844. *Contra*: L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 935 e G. F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036. Per l'equiparazione degli argomenti di prova alle presunzioni semplici, cfr. G. RUFFINI, *'Argomenti di prova' e 'fondamento della decisione' del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1351.

⁴⁰ È questa la tesi ampiamente condivisa dalla giurisprudenza. Si vedano, ad es.: Cass. 16 marzo 2001, n. 3837, in *Foro it.*, 2002, I, 1502; Cass. 18 gennaio 2000, n. 491, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Prova civile in genere*, n. 54; Cass. 4 maggio 1999, n. 4406 in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Presunzioni*, n. 3. In senso conforme, per la dottrina: V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 772; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 375; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 492; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 440.

⁴¹ Tra i molti, M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973; ID., *Il diritto alla prova*

fatto e diritto, di merito e processuali³⁶. Ora che è consentito fondare la decisione sui fatti non contestati dalle parti³⁷ ed è – come pare – ammissibile rilevare d'ufficio fatti principali e secondari³⁸, attribuire valore probatorio pieno

³⁶ Così è, del resto, nell'ordinamento processuale tedesco, ove il novellato § 139 ZPO estende l'obbligo del giudice ad ogni questione dotata di incidenza decisoria e ciò, diversamente dal precedente § 278, che si riferiva alle sole questioni di diritto (vd. i riferimenti bibliografici indicati *supra*).

³⁷ Si vd., in merito, il nuovo articolo 115, comma 2, cod. proc. civ., su cui i recenti commenti di C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268, nonché di B. SASSANI - R. TISCINI, *Commento*, cit., in *Commentario*, cit., 66.

³⁸ Sul tema, *ex multis*, S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul cd. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, 32; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2000, 219; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, 17, 87. Si veda, per un confronto, l'art. 7 del nuovo codice di procedura civile francese, che dispone che, purché i fatti rientrino nel dibattito, il giudice può prenderli in considerazione nonostante le parti non li abbiano espressamente invocati a sostegno delle loro pretese («de juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de

indizi gravi e concordanti della volontà del legislatore. Non avrebbe senso la nullità testuale né la predisposizione di una tecnica rimediabile *ad hoc* se si intendesse l'apertura del dibattito alla stregua di una mera facoltà.

Ci si avvicina, così, all'ordinamento processuale francese, che, all'articolo 16, n. cod. proc. civ.¹⁸, impone anche al giudice il rispetto del principio del contraddittorio e dispone che quest'ultimo non possa fondare la sua decisione sui mezzi di diritto che ha rilevato d'ufficio senza aver previamente invitato le parti a presentare le loro osservazioni¹⁹. Al-

¹⁸ Così, l'articolo 16 del nuovo codice di procedura civile francese: «le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations».

¹⁹ Sull'art. 16 nouv. cod. proc. civ. fr. e sulla sua portata nel processo francese, cfr. S. GUINCHARD - F. FERRAND, *Procédure civile*, Paris, 2006, 621, G. COUCHEZ, *Principe de la contradiction*, in *Juris classer de procédure civile*, 1998, 12, nonché P. RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction*, in *Mélanges Hébraud*, 1981, 917 e A. BENABENT, *L'art. 16 n.c.p.c. version 1981*, in *Dalloz*, 1982, chron., 55.

trettanto contiguo è il nuovo disposto al paragrafo 139 ZPO tedesca, che obbliga il giudice a sottoporre al contraddittorio delle parti qualsiasi questione di fatto o diritto su cui intenda fondare la pronuncia²⁰. Anche se, in forza dei precetti costituzionali, il contraddittorio è di per sé vincolante, sta al legislatore

²⁰ Così il § 139, comma 2: «Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien» («il giudice può basare la sua decisione su una questione che una parte chiaramente non ha notato o ha considerato irrilevante, solo se, a parte il caso di questioni secondarie, il giudice abbia espressamente richiamato l'attenzione della parte sul punto, concedendole la possibilità di esprimersi in merito. Lo stesso deve dirsi per una questione che il giudice abbia considerato in modo differente rispetto a quanto abbiano fatto le parti»). Si vedano, in merito, F. STEIN - M. JONAS, *sub* § 139, in *ZPO Kommentar*, IV.I, Tübingen, 2008; L. ROSENBERG, *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes im Zivilprozess*, in *ZZP*, XL, 1925, 38, 68; ID., *Zivilprozessrecht*, München, 1961, 296; E. SCHNEIDER, *Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139)*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, 721; R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*¹⁰, München, 1968, 249.

alla sentenza³³ e la qualificazione giuridica della controversia³⁴, induce ad una speculare estensione del principio del contraddittorio³⁵.

Dinanzi ad un incremento dei poteri giurisdizionali, che può tangersi con mano nell'ordinamento nostrano e nei principali sistemi giuridici europei, appare virtuosa l'inclusione nell' 'obbligo' della totalità delle questioni, di

³³ In questo senso: Cass. 4 novembre 2005, n. 21352, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 25 agosto 2005, n. 17320, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 10; Cass. 27 luglio 2005 n. 15721, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass. sez. lav. 19 aprile 2004, n. 7411, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 4.

³⁴ Così, Cass. 14 gennaio 2002, n. 349, in *Foro it.*, 2002, I, 2764, con *Nota* sostanzialmente adesiva di R. CAPONI, nonché Cass. 29 settembre 1997, n. 9548, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1810; Tuttavia, per Cass. 27 agosto 2002, n. 12562, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2494, il vincolo del giudicato sussiste solo se la qualificazione giuridica abbia formato oggetto di una specifica contestazione.

³⁵ Si bilancia, in tal modo, il discutibile orientamento di cui alla sent. Cass. sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, cit., 806, con *Nota* di R. VACCARELLA - A. M. SOCCI, nonché in *Foro it.*, 2009, I, 806, con *Nota* di R. POLI, e in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263, con *Nota* di G. BASILICO, che ha previsto l'inecepibilità del difetto di giurisdizione nei gradi successivi al primo ove l'eccezione non sia stata proposta in primo grado entro il termine di cui all'articolo 38 cod. proc. civ.

do, sembra confermare ciò che già discendeva dai principi costituzionali.

È, del resto, difficile stabilire se una questione sia di fatto o di diritto³⁰ ed è ancora più complesso distinguere tra questioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni in senso lato. Espungere, poi, queste ultime dalla portata applicativa del disposto potrebbe comportare – in un sistema processuale che riferisce le preclusioni alle sole eccezioni in senso stretto – l'impossibilità delle parti di replicare ad un'eccezione in senso lato, magari rilevata in sede di appello³¹. Lo stesso ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato, che coprirebbe – secondo recente giurisprudenza – i presupposti processuali³², gli accertamenti di fatto impliciti

³⁰ Tanto è vero che, sino al 1600, si soleva affermare che *omnis quaestio facti est quaestio iuris*, dato il carattere misto del giudizio di fatto. In argomento, si veda A. GIULIANI, *Leibniz e la teoria dei fatti relazionali*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1992, 253.

³¹ Ove i limiti strutturali del giudizio neanche consentirebbero, a rigore, lo svolgimento effettivo delle attività di allegazione e di prova.

³² Si vedano: Cass. sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giur. it.*, 2009, 406, in; Cass. sez. un. 30 marzo 2005, n. 6637, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 3; Cass. sez. un. 15 novembre 2002, n. 16161, in *Foro amm.- CdS*, 2002, 2800.

ordinario fornire ai primi un'attuazione completa²¹, stabilendo dove finisce la libertà del giudice, perché inizi quella delle parti. Parlare in termini di nullità e di strumenti rimediali obbligati aiuta a fugare ogni dubbio, prevenendo gli abusi di ciò che, pur non essendo arbitrario, tale potrebbe diventare.

3. *La portata applicativa dell'obbligo.*

Oggetto di animato dibattito è stata altresì la portata applicativa dell'obbligo giudiziale in commento.

Com'è noto, ad un'interpretazione restrittiva delle questioni, volta a circoscriverle alle pregiudiziali o preliminari in senso tecnico²², o

²¹ Sul tema, di recente, P. SANDULLI, *Il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 381. Si vd. anche T. BASILE, *Le riforme del processo: il giardiniere incostante e i suoi trapianti. (Alla radice di uno sradicamento)*, in *Corr. giur.*, 2010, I, 134, che si è chiesto se i primi cinque commi dell'art. 111 Cost. possano essere di diretta applicazione giurisdizionale o se costituiscano, piuttosto, 'canoni nomotetici' per il legislatore ordinario.

²² V. DENTI, *Questioni*, cit., 217 e C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 105.

alle sole questioni di fatto²³ o di diritto²⁴, se ne è contrapposta una estensiva²⁵, tale da ricomprendervi tutti i punti controversi della lite.

La restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 183, comma 4, cod. proc. civ. alle sole pregiudiziali veniva giustificata dall'idoneità di queste, e di queste sole, a costituire oggetto di un'autonoma pronuncia, conducendo, in tal modo, ad una definizione immediata della causa²⁶. Si argomentava, così, che la segnalazione della questione alle parti sarebbe stata necessaria solo laddove la stessa avesse potuto di per sé incidere sulle sorti della sentenza;

²³ Si vd., in tema, la critica di V. DENTI, *Questioni*, cit., 217 ss., alla tesi prospettata da E. GRASSO, *La collaborazione*, cit., 591, 608.

²⁴ E. GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 726. Per un'interpretazione favorevole alla distinzione tra questioni di merito e questioni processuali, si veda, di recente, G. COSTANTINO, *Questioni*, cit., 1015.

²⁵ In questo senso, C. FERRI, *Contraddittorio*, cit., 5; ID., *Sull'effettività*, cit., 783; L. P. COMOGLIO, *Riforme*, cit., 108; ID., voce *Contraddittorio*, cit.; ID., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, 71; ID., *Terza via*, cit., 755 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 99; M.G. CIVININI, *Poteri*, cit., 1; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3174; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 508.

²⁶ V. DENTI, *Questioni*, cit., 217.

ove, invece, si fosse trattato di questioni diverse dalle preliminari, il giudice avrebbe potuto liberamente valutare l'opportunità dell'apertura del dibattito²⁷.

Se, poi, altra dottrina prediligeva, al criterio anzidetto, il 'distinguo' tra questioni di fatto e di diritto²⁸, non mancava chi propendesse per la totale esclusione dalle 'questioni' delle 'eccezioni in senso lato'²⁹, pervenendo ad uno svuotamento del contenuto dell'obbligo.

Nondimeno, già allora poteva eccepirsi che non è dato distinguere ove manchi distinzione nel dettato normativo e che appare indisponibile il diritto di difesa al di fuori della procedura aggravata di revisione costituzionale. L'ampia portata dell'articolo 101, comma 2, cod. proc. civ. che parla di «questione rilevata d'ufficio» senza connotarla in alcun mo-

²⁷ C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 105, 118.

²⁸ Si vedano i riferimenti dottrinari indicati *supra*.

²⁹ Così, E. GRASSO, *Note*, cit., 725, per il quale l'articolo 183, comma 4, cod. proc. civ. si riferirebbe unicamente alle mere difese e alle questioni inerenti alla qualificazione giuridica delle fattispecie. Similmente, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 137. *Contra*: R. ORIANI, voce *Eccezione*, *Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 280; F. P. LUISO, in *Commentario*, cit., 148; L. MONTESANO - G. ARIETA, *Il nuovo processo*, cit., 42; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 76.

razione tra giudice e parti⁶⁹. Implicando quest'ultima la combinazione effettiva e totale delle attività delle parti e del giudice⁷⁰, poteva giustificarsi la doverosità dell'apertura del dibattito sui punti controversi, ma non anche la comminatoria di un'invalidità. Appariva sproporzionato e, pertanto, irragionevole porre nella sentenza e, con questa, la previa attività processuale ove non fossero state indicate questioni che, come quelle rilevabili d'ufficio, appartenerebbero ad una sorta di sapere condiviso⁷¹.

Una sola era, pertanto, l'alternativa possibile: che la sentenza 'a sorpresa' risultasse ingiusta, data la scorretta risoluzione della questione da parte dell'ufficio o che, viceversa, fosse giusta, avendo il giudice correttamente risolto il punto controverso. L'ingiustizia avrebbe consentito l'impugnativa della pronun-

⁶⁹ Si rinvia ancora a S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 578 e ID., *Le riforme*, cit., 182. Il principio, se pur non codificato, trova espressione negli articoli 88, 92 comma 1, 96, 116, 118 e 395, n. 1, nonché 117, 183, comma 4 e 316, vecchio rito, cod. proc. civ.

⁷⁰ Così, E. GRASSO, *La collaborazione*, cit., 586. *Contra*: F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 61 e ID., *Istituzioni del processo civile*, I, Roma, 1956, 3, 20, nonché A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 198.

⁷¹ S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 576.

cia con gli ordinari mezzi di gravame, mentre la giusta risoluzione della questione, rendendo irrilevante la violazione del contraddittorio, avrebbe, al più, dato luogo ad una censura del giudice o al suo spostamento ad altro incarico⁷².

Tuttavia, se la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza recente già propendevano per la tesi della nullità della sentenza, il testo di riforma sembra avallarla in modo pieno ed incondizionato. La riconduzione dell'attività dell'indicare le questioni sotto l'egida del contraddittorio ha sottratto terreno al principio della collaborazione tra giudice e parti. La menzione espressa della nullità ha reso superfluo il ricorso alla categoria delle nullità 'virtuali' od 'extraformali'⁷³ o all'argomento dello 'scopo' degli atti processuali⁷⁴.

⁷² E ciò solo in casi di particolare gravità. Così, S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 579 e C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509.

⁷³ Si riteneva, in particolare, che, tra dette nullità, un ruolo preminente lo svolgessero quelle discendenti dall'inosservanza di norme costituzionali immediatamente precettive, quali gli artt. 24 e 111 Cost. Sul tema, si vd. S. LA CHINA, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 2003, 325; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione del processo di cognizione*, Milano, 1981, 98; V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 470; E. GRASSO, *La regola del-*

The new article 101 *sub* 2 of the Italian code of civil procedure proves that the debate on the right to make representations – in the light of the recent rediscovery of the philosophy of dialogue and of the rhetorical techniques – is still a topical one.

The above-mentioned provision in art. 101 sub. 2 witnesses that there is no due process of law without an effective and dynamic procedural debate, extended to the whole trial and binding the parties, as well as the judges, to observe it. Aiming to work out a well balanced vision, the Author analyzes the new provision, pointing out both its new and critical aspects. He mainly focuses on the cases in which the 'surprise' decision must be declared void, and on the remedies that must be granted to the parties. In accordance with articles 24 and 111 of the Italian Constitution, the Author interprets in a wide way the duty of the judge to stimulate the procedural debate and he admits the voidance of the decision only when there is evidence of a real infringement of the party's right of defense.

ANDREA GIORDANO

Avvocato e Dottorando di Ricerca
in Diritto Processuale Civile
E-mail: avv.agiordano@yahoo.it

Al legislatore va mosso il solo appunto che di nullità abbia parlato senza distinguere tra caso e caso, tra questione e questione. Non tutti i punti controversi possono rilevare tanto da costituire il fondamento dell'emananda sentenza: solo su quelli, in tal senso, determinanti esiste l'obbligo di aprire il dibattito e, nel caso di una sua trasgressione, la conse-

la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da 'ultra' ed 'extra' petizione, in Riv. dir. proc., 1965, 410; G. TARZIA, Profili della sentenza civile impugnabile, Milano, 1967, 153; G. VERDE, Profili del processo civile, Napoli, 2002, 305. Vd. altresì, con riferimento specifico alle nullità da violazione del contraddittorio, V. DENTI, voce Nullità, cit., 470; ID., Questioni, cit., 223 (in senso difforme: C. MANDRIOLI, In tema di vizi c.d. 'non formali' degli atti processuali civili, in Jus, 1967, 320).

⁷⁴ Per il quale tra gli 'scopi' degli atti processuali poteva annoverarsi la piena attuazione del contraddittorio: così, ai sensi degli artt. 121 e 156, comma 2 e 3 cod. proc. civ., la violazione dell'obbligo avrebbe comportato la nullità del procedimento e, per estensione, della sentenza (L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 930 e L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato*, cit., 1112). Anche una lettura del processo quale serie concatenata di atti, espressivi di poteri del giudice o delle parti, avrebbe condotto a conclusioni affini: l'esercizio irrituale di un potere, impedendo lo svolgimento di altre attività, avrebbe contraddetto lo scopo al quale era teso (così, A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 216 ss. ed E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3178).

guente nullità della sentenza⁷⁵. Per troppo garantire, infatti, con una sanzione indistinta e generalizzata, si ha l'effetto distorto di fomentare le impugnazioni pretestuose. Da un eccesso di tutela ne viene il paradosso di agevolare chi è nel torto; da strumento di garanzia, la nullità diventa l'«escamotage» della parte scaltra, che non avrebbe altri motivi di doglianza.

6. *Segue. La rimessione in termini in appello e la cassazione con rinvio 'restitutorio'.*

Sotto il profilo dei rimedi, nulla dice il testo di riforma.

Se il legislatore avesse optato per la mera ingiustizia della sentenza 'a sorpresa', evitando riferimenti alla sanzione di nullità, non è detto che le parti avrebbero avuto rimedi effettivi da azionare⁷⁶.

In appello, infatti, data l'impossibilità di conseguire una rinnovazione degli atti nulli *ex*

⁷⁵ Similmente, il già citato § 139 ZPO tedesca (vd. *supra*), che esclude l'esistenza dell'obbligo – e, quindi, di ogni conseguente effetto – in presenza di questioni di secondaria importanza, ossia irrilevanti rispetto all'emananda pronuncia.

⁷⁶ In merito, si vd., ad esempio, i condivisibili rilievi di C. FERRI, *Sull'effettività*, cit., 791.

vamente risolta, ed altrettanto chiara appare l'opzione del legislatore per la sanzione della nullità, residuano dubbi sulla portata applicativa dell'obbligo, sui casi in cui debba essere, effettivamente, comminata la nullità e sui rimedi esperibili avverso una decisione 'a sorpresa' del giudice civile.

Gli imperativi costituzionali di cui agli articoli 24 e 111 Cost., la funzione strumentale del contraddittorio rispetto alla 'garanzia di verità' e la crescente espansione dei poteri ufficiosi, anche al di là della mera conduzione formale delle controversie, inducono l'A. ad interpretare in senso lato l'obbligo del giudice, con il solo limite dell'effettiva rilevanza della questione della lite rispetto all'emananda sentenza, e a condizionare la nullità – e la conseguente concessione di una rimessione in termini modulata sulla base del singolo grado di giudizio – al solo ricorrere di una concreta lesione del diritto di difesa della parte.

L'applicabilità dell'art. 101, comma 2, cod. proc. civ. in ogni stato e grado del giudizio conferma la centralità del contraddittorio nel nostro sistema processuale e la sua perdurante idoneità a garantire l'accertamento del vero.

ABSTRACT

Il nuovo articolo 101, comma 2, del codice di rito civile conferma l'attualità del dibattito sul principio del contraddittorio, animato dalla recente riscoperta della filosofia del dialogo e delle tecniche di argomentazione retorica e dai tentativi di applicarle al fenomeno processuale.

La previsione per cui «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevabile 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» testimonia che non vi è processo 'giusto' ove manchi un contraddittorio effettivo e dinamico, esteso all'intero processo e vincolante anche per chi giudica.

Nel tentativo di fornire coordinate uniformi, l'A. analizza il novellato disposto, sottolineandone la portata innovativa rispetto al sistema previgente ed altresì individuandone le criticità.

Se la risalente 'querelle' sull'alternativa tra l' 'obbligo' e la 'facoltà' del giudice di indicare le questioni rilevabili d'ufficio appare definiti-

art. 162 cod. proc. civ. – che presuppone, evidentemente, una nullità – e la difficoltà di giustificare una rimessione in termini per la mera risoluzione scorretta di una questione, si sarebbe corso il rischio di compromettere il diritto di difesa. Il divieto di proporre nuove eccezioni in senso stretto o nuovi mezzi di prova, documenti inclusi⁷⁷, avrebbe potuto inficiare la facoltà delle parti di svolgere le attività processuali impedita dalla mancata indicazione della questione in primo grado⁷⁸.

In Cassazione, poi, non si sarebbe potuto sussumere la mera ingiustizia nel motivo *ex* art. 360, n. 4, cod. proc. civ., né sarebbe stato agevole impostare un ricorso su uno degli altri

⁷⁷ Così, il nuovo articolo 345 cod. proc. civ., che recepisce un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, inaugurato da Cass. sez. un. 20 aprile 2005, n. 8202, in *Giur. it.*, 2005, 2120 e n. 8203, in *Giur. it.*, 2005, 2315 e, peraltro, discendente dall'alquanto ovvia considerazione che i 'mezzi di prova' dovessero includere anche le prove precostituite. All'indomani della riforma, anche l'articolo 58, comma 2, d.lgs. 31 dicembre 1992, n.562, che, per il rito tributario, prevede la producibilità di nuovi documenti anche in appello potrebbe considerarsi, se non tacitamente abrogato, irragionevolmente difforme alla disciplina generale.

⁷⁸ E questo in considerazione della natura di *revisio prioris instantiae* che connota il giudizio d'appello all'indomani della l. 26 novembre 1990, n. 353.

motivi di cui al citato disposto. Anche se una difesa tecnicamente abile avesse fatto leva sull'articolo 360 n. 3 o n. 5 cod. proc. civ., si sarebbe scontrata con i limiti strutturali del giudizio di cassazione, ove non è dato formulare istanze istruttorie né compiere nuove allegazioni in fatto⁷⁹. Anche il rinvio successivo all'accoglimento del ricorso, dovendo ricalcare la disciplina *ex artt.* 392-394 cod. proc. civ., vedrebbe un giudice vincolato al principio di diritto e delle parti ingessate nella stessa posizione processuale che avevano nel giudizio culminato con la pronuncia cassata⁸⁰.

⁷⁹ Si confronti, sul tema, F. P. LUISO, *L'attività istruttoria nel giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 250, nonché, più di recente, A. PANZAROLA, *Commento all'art. 384 cod. proc. civ.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, III.I, a cura di A. Briguglio - B. Capponi, Padova, 2009, 315.

⁸⁰ Sul tema, C. FERRI, in L. P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni*, cit., 853; E. F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Napoli, 1967, 182; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 698; V. ANDRIOLI, *Commento*, II, cit., 616; S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1993, 574. Nel senso dell'irreversibilità, a questo punto del giudizio, delle preclusioni già maturate, P. CALAMANDREI - C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 1100; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 175; V. CARBONE, in *Codice di procedura civile*, II, a cura di N. Picardi, Milano, 2000, 1381.

Del resto, non v'è luogo più adeguato del contraddittorio per la messa alla prova delle certezze precostituite. Dalla dialettica tra verità e tentativi di confutazione deriva una tesi che, ad un livello di probabilità accettabile, corrisponde alla realtà dei fatti. Anche la verità processuale, come quella scientifica, non può poggiare *a priori* su un solido strato di roccia, ma deve essere in ogni momento sottoposta a discussione. Dalla competizione che, sul terreno del dialogo, si ha tra più tesi discende una sorta di selezione naturale di quella che, avendo resistito meglio ai tentativi di confutazione, si dimostra più adatta a sopravvivere¹²⁶.

Come si è tentato di confermare con l'analisi del novellato articolo 101, il contraddittorio non è garanzia di verità assoluta, né garanzia fine a se stessa, da tutelare sempre e comunque, a prescindere dalla giustizia della sentenza prodotta. È, piuttosto, lo strumento di quella verità che poggia su palafitte e deve essere sottoposta, con umiltà e sapienza, a continua revisione. È la metafora di una tensione al vero che giustifica l'«in sé» di ogni processo.

¹²⁶ Prendiamo in prestito la brillante analisi di K. POPPER, *La logica della scoperta scientifica*, trad. it., Torino, 1970, spec. 107, 108.

Tuttavia, se solo il tempo è vero galantuomo, non è mai consentito rassegnarsi, né scambiare l'essere con il dover essere. Dinanzi ad un disposto che ha valenza di principio, non è dato ricorrere ad interpretazioni restrittive¹²³, né tantomeno persistere in prassi *contra legem*. E ciò in quanto realizzare un contraddittorio effettivo significa transitare dal processo al giudizio¹²⁴, aderendo appieno alle garanzie fondamentali.

Valorizzare l'articolo 101 della recente novella vuol dire riconoscere che, nell'agitarsi delle ragioni *pro* e contro, v'è la misura della civiltà e la quintessenza della democrazia. Vuol dire ammettere che la verità è la prima delle garanzie processuali, e che, per tendervi, bisogna abbandonare i pregiudizi, costantemente confutando e lasciandosi confutare¹²⁵.

¹²³ Come, invece, la giurisprudenza pare stia facendo (cfr. la già citata Cass. sez. un. 30 settembre 2009, n. 20935, nonché, se pur con riferimento all'art. 384, comma 3, cod. proc. civ., Cass. 7 luglio 2009, n. 15901).

¹²⁴ Si rinvia a G. CAPOGRASSI, *Il 'quid ius' e il 'quid iuris' in una recente sentenza*, in *Opere*, cit., 19, nonché a N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 964.

¹²⁵ Plat. *Gorg.* 461d-462a, nell'ed. di G. Reale (a cura di), Milano, 1991.

Diversamente, la previsione di una nullità espressa comporta un mutamento, affatto indifferente, della prospettiva rimediabile.

Anche in mancanza di coordinate normative testuali, è certamente data la facoltà delle parti di denunciare, sia in appello sia in cassazione, il vizio della pronuncia 'a sorpresa'. Pur non potendosi ottenere, in secondo grado, una rimessione al primo giudice – e ciò a causa della tassatività delle ipotesi di cui all'articolo 354 cod. proc. civ.⁸¹ –, sarebbe,

⁸¹ Sul carattere di tassatività delle ipotesi di rimessione al primo giudice, pertanto insuscettibili di applicazioni analogiche o di interpretazioni estensive, vd. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., II, 478; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 329; G. VERDE, *Profili*, cit., 271; L. P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 831. In senso contrario, tuttavia, G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, 249, e B. SASSANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1999, 198 nonché, con riferimento alla nostra fattispecie, A. PODDIGHE, *Decisione a sorpresa e principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, 1277. Per la giurisprudenza, in senso favorevole alla regola della tassatività, cfr., *ex multis*, Cass. 22 luglio 2004, n. 13766, *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7, 8; Cass. 20 luglio 2004, n. 13426, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7, 8; Cass. 5 aprile 2003, n. 5368, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 4; Cass. 22 luglio 2002, n. 10666, in *Mass. Giust. civ.*,

comunque, possibile esercitare le attività difensive pretermesse previa concessione del termine a difesa *ex art.* 101, comma 2, cod. proc. civ. non accordato in primo grado⁸² o, preferibilmente, giusta rimessione in termini⁸³ ai sensi dell'articolo 153, comma 2, cod. proc. civ.⁸⁴

Anche in Cassazione non si pone né il problema del motivo di ricorso spendibile né quello del 'come' esercitare i poteri processuali connessi alla questione rilevata. Ferma restando la ricorribilità per il motivo di cui

2002, 1302; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2084, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 236.

⁸² Così potrebbe essere alla luce della riforma del disposto in commento.

⁸³ Sull'applicazione della rimessione in termini *ex art.* 184 *bis* cod. proc. civ. in appello, si vd. M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 8; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3181; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 99. Nello stesso senso, Cass. 5 agosto 2005, n. 16577 e Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108. È, invece, favorevole alla rinnovabilità degli atti nulli *ex art.* 162 cod. proc. civ. C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 115.

⁸⁴ Oggi pacificamente applicabile data l'ampia portata del citato art. 153 cod. proc. civ. e, in realtà, già prima della novella, in forza dell'articolo 359 cod. proc. civ. L'integrale rimessione consentirebbe alle parti di superare anche i limiti di cui all'art. 345 cod. proc. civ.

traria agli artt. 275 cod. proc. civ., 41 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054¹²¹ e 34 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 quella prassi sbrigativa¹²² che soprassiede all'esposizione del relatore per procedere, *illico et immediate*, alle difese delle parti. Se poi il carico, sempre più gravoso, dei ruoli costituisce un'attenuante, non possono ammettersi esenzioni dell'ufficio dal dovere di conoscere, prima delle udienze, cosa si andrà a discutere – buona abitudine, quella di agire informati, che, oltre a favorire la speditezza del rito, promuoverebbe l'indicazione delle questioni rilevanti sin dall'inizio, prevenendo le note conseguenze.

La riduzione delle udienze alla 'disclosure' di note a verbale preconfezionate, rimesse all'arbitrio di chi le scrive e, di fatto, sottratte al controllo di terzi fa sperare ben poco. È assai difficile, anche nel lungo periodo, estirpare prassi radicate e schemi mentali diffusi.

¹²¹ Nonché all'articolo 56, comma 4, r.d. 17 agosto 1907, n. 642.

¹²² Riscontrabile, oltre che in sede amministrativa e fiscale, anche in sede civile, in relazione alle – troppo poche – ipotesi in cui è prevista, all'articolo 50 *bis* cod. proc. civ., la trattazione della causa da parte del Collegio (anche qui, previa istanza di parte *ex art.* 275, comma 2, cod. proc. civ.).

Certo, perché la norma non muoia prima ancora di essere nata, agli sforzi dei conditori deve affiancarsi l'impegno degli operatori del diritto. Se si vuole un contraddittorio effettivo ed un controllo efficace in sede di gravame, deve svilupparsi una diversa cultura del processo e delle istituzioni.

Particolare attenzione va rivolta alla verbalizzazione d'udienza, che reca il tracciato delle questioni, e all'esposizione del relatore, momento prodromico della discussione, ove si individuano fatti e punti controversi. Non può essere che, nei processi civili, vengano partoriti verbali¹²⁰ sprovvisti di indicazioni puntuali, riproductivi di situazioni pressoché immaginate o attestanti la presenza di soggetti mai comparsi. Neanche è possibile che, in contrasto con l'art. 130 cod. proc. civ., la redazione del verbale, da mansione del cancelliere, divenga attività di parte, e che, pertanto, le questioni rilevate vengano messe su carta solo quando lo detti convenienza. Così, è con-

zione tardiva del procedimento di mediazione, l'efficacia del contratto di prestazione d'opera, ferma restando la censurabilità del contegno del professionista innanzi all'Ordine di appartenenza.

¹²⁰ Che sono atti pubblici, facenti piena prova, fino a querela di falso, delle dichiarazioni che contengono (Cass. 20 settembre 2002, n. 13763, in *Giur. it.*, 2002).

all'articolo 360, n. 4 cod. proc. civ.⁸⁵, viene in soccorso delle parti la cassazione della sentenza impugnata con il successivo rinvio⁸⁶. Poiché i limiti strutturali del giudizio di legittimità non consentono una rimessione in termini⁸⁷, l'unica strada praticabile appare quella di un giudizio di rinvio 'restitutorio'⁸⁸, che consenta

⁸⁵ In questo senso, L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932; L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato*, cit., I, 361; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 115 nt. 58; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3182; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509.

⁸⁶ Per la dottrina favorevole all'applicazione della cassazione con rinvio al caso di specie (nonostante manchi ogni riferimento alla 'natura' del rinvio), cfr.: R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, 24; L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 932; L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato*, cit., I, 361; F. P. LUISO, *Questione*, cit., 1615; S. CHIARLONI, *La sentenza*, cit., 1364; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., 115 nt. 58; 121, nt. 66; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 9; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3182; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509. Nello stesso senso, vd. Cass. 5 agosto 2005 n. 16577.

⁸⁷ E a meno che non voglia applicarsi l'articolo 384, comma 3, cod. proc. civ. (vd. *infra*) con riferimento ad una questione non indicata in uno dei gradi precedenti.

⁸⁸ Del resto, già E. F. RICCI, *Il giudizio*, cit., 86 e A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 618 ritenevano che l'esistenza di un vizio della sentenza giustificasse un rinvio in senso ampio, non confinabile negli stretti margini di cui agli

il ritorno allo stato *quo ante*. Non basta, infatti, un rinvio-appendice come quello discendente dall'articolo 394 cod. proc. civ.: perché non si abbia la mera prosecuzione del giudizio, ma la sua rinnovazione, va applicato, in via analogica, l'articolo 383, comma 3, cod. proc. civ. Non essendo ravvisabile, nel nostro caso, il fondamento della disciplina 'chiusa' del rinvio prosecutorio, ha poco senso cristallizzare il *thema decidendum*, che deve essere, invece, ampliato per includervi la questione non dibattuta e le difese correlate.

Se tali appaiono le conseguenze dell'inciso «a pena di nullità», poco importa che il legislatore le abbia o meno coscientemente prevedute, non rilevando volontà o preterintenzioni del primo davanti ad effetti costituzionalmente necessitati. Certo, avrebbe fugato ogni dubbio un semplice richiamo dell'articolo 153, comma 2, cod. proc. civ. ed un rinvio, con i riadattamenti del caso, all'articolo 383, comma

articoli 392 ss. cod. proc. civ. Per Cerino Canova, in particolare, a differenza di Ricci, poteva aversi un rinvio restitutorio nei soli casi di nullità della sentenza di appello per difetto di sottoscrizione, omissione di pronuncia, extrapetizione o per altre figure di nullità-inesistenza, oltre alle ipotesi di pronuncia, in secondo grado, di sentenze di inammissibilità, improcedibilità o estinzione del gravame.

interesse¹¹³, come lo faranno i rilievi di nullità negoziali¹¹⁴ o di giudicati interni¹¹⁵ od esterni¹¹⁶. Può essere, poi, che l'articolo 101 cod. proc. civ. abbia l'effetto di promuovere l'applicazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28¹¹⁷ sul tentativo di mediazione¹¹⁸, rendendo immuni le sentenze da impugnazioni dilatorie e i contratti di patrocinio dalla scure dell'annullabilità¹¹⁹.

¹¹³ Soprattutto in tempi, come i nostri, in cui le continue riforme del diritto processuale e sostanziale pongono all'ordine del giorno lo *ius superveniens*.

¹¹⁴ In argomento, le note Cass. civ. sez. lav. 17 febbraio 2003, n. 2354, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 667, nonché, prima, Cass. 7 marzo 2002, n. 3345, in *Foro it.*, 2002, I, 1702.

¹¹⁵ Sulla sua rilevanza d'ufficio, Cass. 26 febbraio 1999, n. 1672, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 413 e Cass. 4 marzo 1998, n. 2388, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 504.

¹¹⁶ Si vd., di recente, Cass. sez. un. 28 novembre 2007, n. 24664, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, VI, 1487; Cass. sez. lav. 9 settembre 2008 n. 22883, *Mass. Giust. civ.*, 2008, IX, 1334 e Cass. 8 febbraio 2005, n. 2505, *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6.

¹¹⁷ D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

¹¹⁸ Che condizionerà la procedibilità della lite e la stessa validità del cd. contratto di patrocinio (così, gli artt. 4 e 5 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28).

¹¹⁹ In mancanza, infatti, di chiare coordinate normative, non è detto che – giusta il principio di conservazione negoziale – non possa preservarsi, con l'attiva-

8. *Riflessioni conclusive. La logica del dialogo e la garanzia di verità.*

Il nuovo articolo 101 può, almeno in potenza, allontanare il processo dalle prassi distorte che lo hanno, troppo spesso, allontanato dal suo scopo, l'accertamento del vero.

La versatilità del disposto potrà sondarsi in relazione alle ipotesi di presupposti processuali carenti, impugnazioni tardive, omessa assistenza o autorizzazione, irregolarità degli atti, procura mancante o incompleta. Il nuovo articolo 182 cod. proc. civ., con la sua previsione di sanabilità dei vizi della procura¹¹¹, non resterà lettera morta, ben potendo – l'articolo 101 cod. proc. civ. – promuoverne l'applicazione¹¹². L'esercizio 'a sorpresa' dello *iura novit curia* offrirà altrettante occasioni di

¹¹¹ Sul tema, si rinvia a D. DALFINO, *Difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione; nullità della procura al difensore*, in *Foro it.*, 2009, V, 288.

¹¹² La previsione di nullità della successiva sentenza varrebbe, infatti, da efficace deterrente. Potrebbe risultare opportuna l'applicazione dell'art. 101 anche in relazione al novellato art. 307, comma 4, cod. proc. civ. onde evitare pronunce di estinzione in presenza di un'effettiva volontà delle parti di proseguire il processo (sui problemi discendenti dal nuovo art. 307 cod. proc. civ., vd. N. SOTGIU, in C. CONSOLO - M. DE CRISTOFARO, *Codice*, cit., 214).

3, cod. proc. civ. Altrettanto opportuno sarebbe stato delineare i limiti che, alle impugnazioni anzidette, impongono i principi processuali⁸⁹. Se la questione rilevata *ex officio* non ha inciso sulla pronuncia⁹⁰, se, in relazione alla prima, non sono stati indicati poteri processuali da spendere⁹¹ o se, ancora, le attività difensive non sono correlate alla questione né possono mutare le sorti del giudizio⁹², non v'è

⁸⁹ In particolare, il diritto di difesa, il principio di economia processuale, insieme a quello di 'giusta decisione', che trovano un riflesso nel criterio dell'interesse ad agire o della 'meritevolezza di tutela' (si richiama, in proposito, l'interessante parallelo tra l'art. 100 cod. proc. civ. e l'art. 1322 cod. civ. compiuto da M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, 132).

⁹⁰ Così, C. FERRI, *Contraddittorio*, cit., 5; ID., *Sull'effettività*, cit., 783; L. P. COMOGLIO, *Riforme*, cit., 108; ID., voce *Contraddittorio*, cit.; ID., *Etica*, cit., 71; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 99; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 1; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3174; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 508, 509.

⁹¹ Così, M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 8; S. CHIARLONI, *La sentenza*, cit., 1364; F. P. LUISO, *Questione*, cit., 1614; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., 509; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., 3181; A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 99.

⁹² Significative, in merito, appaiono le riflessioni di E. GRASSO, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1967, 44 e L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 374, che subordinano l'interesse ad impugnare alla cd.

spazio per rimessioni in termini o rinnovazioni di sorta. Anzi, l'impugnazione proposta neppure è destinata ad un vaglio nel merito, risultando inammissibile per carenza di interesse.

Come suggerisce il nuovo articolo 360 *bis*, n. 2, cod. proc. civ.⁹³, che subordina l'ammissibilità del ricorso alla non manifesta infondatezza in relazione ai principi del processo dovuto, devono scartarsi le azioni di scuola o, comunque, sprovviste di un'utilità obiettiva e, pertanto, incapaci di mutare in meglio la

soccombenza materiale, ossia alla possibilità che dalla riforma del provvedimento impugnato scaturisca un profilo di vantaggio oggettivo per la parte. Per la giurisprudenza, si vd., ad es., Cass. civ. 3 settembre 2005, n. 17745, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Impugnazioni civili*, 31; Cass. 13 aprile 2005, n. 7663 in *Foro it.*, 2006, I, 1170.

⁹³ Sul punto, si vd. le riflessioni di G. COSTANTINO, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, 310. Con l'analisi che segue potrebbero superarsi le critiche di G. SCARSELLI, *Il processo in Cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, 312, alla scelta del legislatore di parlare di inammissibilità dinanzi a due ipotesi di manifesta infondatezza, e lo stesso orientamento di cui alla recente Cass. sez. un. 6 settembre 2010, n. 19051, in *Guida al dir.*, 2010 (su cui vd. il lavoro di F. P. LUISO, *La prima pronuncia della Cassazione sul cd. filtro*, in *Judicium.it*), che legge l'inammissibilità necessariamente in termini di manifesta infondatezza.

connesse al punto controverso¹⁰⁸. Neanche si sarebbe minata, così normando, la ragionevole durata del processo: ferma restando la preminenza, rispetto a questa, del diritto di difesa¹⁰⁹, celebrare la seconda udienza avrebbe concesso di filtrare le cause nella prospettiva dell'eventuale rinvio¹¹⁰, evitando appendici meramente dilatorie.

¹⁰⁸ Similmente, con riferimento alla sola ipotesi della cassazione sostitutiva, R. CAPONI, *La decisione*, cit., 288, nonché L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., 933; L. P. COMOGLIO, *Etica*, cit., 73; L. P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni*, cit., 665; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 9; S. CHIARLONI, *La sentenza*, cit., 1364.

¹⁰⁹ Vd., ad es., C. Cost. (ord.), 11 dicembre 2001, n. 399; C. Cost. (ord.), 19 novembre 2002, n. 458; C. Cost. (ord.), 14 marzo 2003, n. 73; C. Cost. (ord.), 24 giugno 2003, n. 225, tutte in *www.giurcost.org*. Cfr., tra i molti, G. OLIVIERI, *La ragionevole durata del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111 c. 2 Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 253, nonché A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 840, che richiamando una calzante metafora di Malebranche, svaluta il ruolo del principio di 'ragionevole durata'. Sul tema, si rinvia anche alle riflessioni di P. SANDULLI, *Il diritto*, cit., 387.

¹¹⁰ Perché, altrimenti, dovrebbe aversi la decisione immediata della causa, ai sensi del citato articolo 384, comma 2, cod. proc. civ.

sede, si sarebbe data alle parti la facoltà di dimostrare la necessità effettiva di un giudizio di rinvio per *ivi* esercitare le attività difensive

ca – di gravare le parti dell'onere di individuare, già negli atti introduttivi, le ragioni a sostegno della necessità degli ulteriori accertamenti di fatto e di argomentare in vista dell'esercizio del potere ex art. 384, comma 2, cod. proc. civ. (così se pur con alcune riserve, L. P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni*, cit., 665; *contra*, R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di Cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Dir. e giur.*, 1996, 288 e M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 9). Si era, poi, prospettata la possibilità di incidere sullo stesso andamento del giudizio di cassazione, scindendolo in due fasi distinte (C. CONSOLO, *Un codice di procedura civile 'seminuovo'*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 442 e ID., in C. CONSOLO - F. P. LUISO - B. SASSANI, *La riforma*, cit., 353, nt. 40; *contra*, R. VACCARELLA, in R. VACCARELLA - B. CAPPONI - C. CECHELLA, *Il processo*, cit., 317, nt. 34): la prima delle due sarebbe approdata ad una sentenza di cassazione, senza rinvio, ex art. 360, n. 3, cod. proc. civ.; nella seconda, le parti sarebbero state sentite in camera di consiglio per accertare la necessità che il giudizio proseguisse avanti ad 'un giudice munito del potere di conoscere i fatti autonomamente'. Alternativamente, (G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 284, M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., 9 e M. BOVE, *La Corte*, cit., 963, nt. 29), si sarebbe dovuto consentire alle parti di presentare delle memorie che andassero oltre il confine – segnato dall'articolo 379, comma 4, cod. proc. civ. – delle conclusioni del pubblico ministero.

posizione giuridica di chi le propone⁹⁴. Ciò che si è fatto con il 'filtro' in cassazione, lo si sarebbe potuto estendere ad ogni grado di giudizio, diradando la nebbia che circonda l'articolo 100 del codice di rito⁹⁵. L'ammissibilità non è mai sconnessa alla fondatezza: perché vi sia la prima, deve esservi una par-

⁹⁴ Si confronti la recente Cass. 9 aprile 2008 n. 9169, in *Giur. it.*, 2009, 910, con *Nota* di A. GIORDANO (in senso adesivo vd. anche C. CONSOLO - F. GODIO, *Codice*, cit., 65), insieme a Cass. 4 giugno 2007, n. 12952, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Appello civile*, n. 41; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630 in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 7-8 e un'interpretazione siffatta dell'art. 360 *bis* cod. proc. civ. potrebbe salvarlo dalle censure di incostituzionalità (a ragione ravvisate, queste ultime, da P. SANDULLI, *Il giudizio di cassazione nel rito del lavoro dopo la l. 69/2009*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2010).

⁹⁵ Disposto che, così come è scritto, appare poco più di «una quinta ruota del carro» (così, la celebre definizione di E. REDENTI, *Diritto*, cit., I, 67). Si ricorda, sul punto, la condivisibile tesi di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1957, 46, per il quale, essendo l'azione un tutt'uno con il diritto sostanziale, non è dato un giudizio sull'esistenza dell'interesse sconnesso da quello sul merito. Più di recente, si vedano le riflessioni di B. SASSANI, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1989, che, opponendosi alla tesi di A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 158 e di V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, 'sub' art. 100, ritiene essenziale il vaglio dell'interesse anche nel caso di azioni tipiche.

venza della seconda, da cui possa desumersi che avrà un senso proseguire il giudizio, che non si andrà avanti, insomma, ad acchiappare mosche.

7. *La potenziale applicabilità del disposto in ogni fase e grado del processo ordinario.*

La ricostruzione anzidetta, quale portato del testo di riforma, è suscettibile di un'applicazione estesa: dalla collocazione della norma nell'ambito delle «disposizioni generali» del libro I titolo IV del codice di rito discende la compatibilità della stessa con ogni fase o grado del processo⁹⁶.

Nonostante il tenore testuale dell'art. 101, comma 2, cod. proc. civ. si riferisca alla sola fase di decisione, è innegabile che sia, comunque, doverosa la segnalazione *a parte iudicis* delle questioni sin dalla prima udienza di trattazione⁹⁷. Anche nei casi 'fisiologici'⁹⁸ di rilievi

⁹⁶ Similmente, con riferimento al nuovo art. 153, comma 2, cod. proc. civ. A. PANZAROLA, *Sulla rimessione*, cit., 1637.

⁹⁷ In senso contrario, tuttavia, G. BALENA, *Onere*, cit., 110, per il quale «perché la norma abbia un senso [...] è necessario immaginare [...] che il rilievo officioso della questione [...] sia avvenuto dopo la precisazione delle conclusioni o tutt'al più nel corso dell'eventuale

mente eventuale, e l'aumento, avallato dalla giurisprudenza recente, delle questioni rilevabili d'ufficio¹⁰⁵ anche in sede di legittimità avrebbero reso preferibili soluzioni alternative¹⁰⁶. Non essendo possibile – dati i limiti strutturali del giudizio di Cassazione – una rimessione in termini, sarebbe stato opportuno prevedere che, nel caso di rilievo tardivo di una questione, venisse fissata una seconda udienza di discussione della causa¹⁰⁷. In quella

536; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 12; A. PANZAROLA, *La Cassazione*, cit., 785). Similmente deve intendersi, nel processo penale, l'art. 606, lett. e) cod. proc. pen.: non è consentito alla Corte né di acquisire prove, né di rivalutare quelle acquisite (vd. F. CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 812).

¹⁰⁵ In questo senso, B. SASSANI, *Il nuovo*, cit., 239 nt. 48; C. CONSOLO - F. P. LUISO, *Codice*, cit., 3066 e F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2000, 421; M. BOVE, *La Corte*, cit., 950.

¹⁰⁶ Alle stesse conclusioni si approda ove si pensi a cosa accadrebbe se la Cassazione omettesse di indicare una questione: non essendo esperibili né l'opposizione di terzo né la revocazione e risultando dubbia la proponibilità dell'*actio nullitatis*, le parti potrebbero restare senza rimedio.

¹⁰⁷ Ogni alternativa non appare, infatti, sufficientemente adeguata. Tra le opzioni possibili, v'era quella – nata in relazione all'ipotesi della decisione nel merito con contestuale mutamento dell'impostazione giuridi-

sempre più al modello spagnolo di giurisdizione positiva o a quello tedesco della ‘terza istanza’¹⁰³. La facoltà della Corte di decidere la causa nel merito¹⁰⁴, rendendo il rinvio mera-

¹⁰³ In argomento, si vd. M. BOVE, *La corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 950, oltre a A. SEGNI, *La cassazione civile ed un libro recente*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 509. In senso contrario, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I - II, Torino, 1920, ora in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1976, ove si definisce il ricorso per cassazione come azione di impugnativa, connotata dalla prevalenza dello *ius constitutio-nis* sullo *ius litigatoris*. In argomento, cfr. anche A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005 e M. DE CRISTOFARO, *La cassazione sostitutiva nel merito: pronunce di due anni e presupposti*, in *Corr. giur.*, 1998, 357, nonché ID., *La cassazione sostitutiva nel merito. Prospettive applicative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 279. Per un’indagine comparatistica, N. TROCKER, *La Cassazione tra nomofilachia e giustizia del caso singolo (note di diritto comparato)*, in *Studi in memoria di A. Cerino Canova*, II, Milano, 1992, 997 e G. GIACOBBE, *La Corte di cassazione e l’evoluzione democratica dell’ordinamento: profili civilistici*, in *La Corte di cassazione nell’ordinamento democratico. Atti del convegno. Roma 14 febbraio 1995*, Milano, 1996, 82.

¹⁰⁴ Evidentemente, stando all’art. 384, comma 2, cod. proc. civ., purché non siano necessari ulteriori accertamenti né – come deve ritenersi – nuove valutazioni dei fatti di causa (così, a ragione, A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, Padova, 1991, 181; R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002,

di questioni antecedenti alla riserva in decisione, va consentita alle parti un’integrazione delle difese che prescindano dalle decadenze maturate. Anzi, bene avrebbe fatto il legislatore se, a scanso di equivoci, avesse disposto che «in ogni momento» sussistesse l’obbligo del giudice di assegnare il termine a difesa.

Così, è possibile estendere la norma anche alle ipotesi in cui a compiere il rilievo sia, per la prima volta, il giudice d’appello⁹⁹ o la Cassazione.

In particolare, ove si guardi al giudizio di legittimità, inevitabilmente ci si imbatte in un concorso di norme. Già il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40¹⁰⁰, introducendo un nuovo art.

udienza di discussione orale; ché, se così non fosse, le parti avrebbero comunque la possibilità di trattarne nei rispettivi scritti difensivi finali».

⁹⁸ Ma destinati, purtroppo, a divenire eccezionali in un processo ove i giudici non analizzano il fascicolo di causa prima della fase di decisione.

⁹⁹ Favorita, peraltro, dall’ampiezza del termine «giudice» di cui al disposto in commento, che differisce dall’espressione «giudice istruttore» inclusa nell’art. 183 cod. proc. civ. Valgono, tuttavia, anche in questo caso, i rilievi già compiuti in merito all’applicabilità dell’art. 153, comma 2, cod. proc. civ., ben più in linea con le garanzie delle parti.

¹⁰⁰ Cfr. l’articolo 12, comma 1, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

384, comma 3, nel codice di rito, aveva, infatti, previsto, con una certa lungimiranza rispetto alla l. 18 giugno 2009, n. 69, 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 dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione»¹⁰¹. A parte l'indicazione del p.m.,

¹⁰¹ Il disposto appare in linea con l'articolo 1015 del n. cod. proc. civ. francese, che, con riferimento al giudizio di legittimità, prevede che «le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe». Sull'articolo 384, comma 3, cod. proc. civ., si vd.: L. P. COMOGLIO - R. VACCARELLA, *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006, 1450; G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Il giudizio di cassazione*, Milano, 2006, 174; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 239 (in senso critico rispetto ad A. PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, 255); A. CARRATTA, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1127; C. CONSOLO - F. P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 3066; A. BRIGUGLIO, *Riflessioni e risposte sui 'questioni'*, in *Judicium.it*, 13. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 7 luglio 2009, n. 15091; Cass. 23 luglio 2007, n. 16275, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 7, 8; Cass. sez. un. 21 giugno

che – com'è noto – è interveniente necessario, il riferimento alla Corte e la specifica che l'interpello delle parti debba avvenire con ordinanza, in nulla differisce il citato disposto dall'articolo 101 cod. proc. civ. se non sotto il profilo, di marginale importanza, della durata del termine a difesa (da venti a sessanta giorni, anziché da venti a quaranta¹⁰²). V'è stato, anche qui, un difetto di coordinamento, forse imputabile alla fretta di riformare: meglio sarebbe stato espungere l'art. 384, comma 3, cod. proc. civ. per assorbirlo sotto l'egida del più generale art. 101, comma 2, cod. proc. civ. omologando, in tal modo, le due discipline.

Ben altra e più rilevante questione è quella che concerne la compatibilità effettiva delle «osservazioni» di cui all'articolo 384 cod. proc. civ. con il diritto di difesa, soprattutto nel giudizio nostrano di cassazione, che si avvicina

2007, n. 14385, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 6; Cass. sez. un. 26 marzo 2007, n. 7258, *Mass. Giust. civ.*, 2007, 3.

¹⁰² Il termine più breve previsto dall'art. 101, comma 2, cod. proc. civ. è in linea con la riduzione dei termini processuali che la novella ha compiuto, nella convinzione, smentita dai fatti, che interventi siffatti possano risolvere la crisi della giustizia (che dipende, piuttosto, da carenze di organico e disfunzioni organizzative: cfr., in merito, le riflessioni di P. SANDULLI, *Il giudizio*, cit., e di G. FINOCCHIARO, *Riduzione dei termini senza criteri univoci*, in *Guida al dir.*, 2009, 94).