

DINO BUONCRISTIANI

*Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*

**SOMMARIO:** 1. Il nuovo art. 101 c.p.c. – 2. La fattispecie presa in considerazione. Negazione del principio di autoresponsabilità. – 3. Ampiezza e latitudine del termine «questione rilevata d’ufficio», relativamente ai fatti storici. – 4. ... e alle norme di diritto. – 5. Modalità di attuazione del contraddittorio. – 6. Regime della nullità della sentenza. – 7. Conseguenze della rilevata nullità in sede d’impugnazione. – 8. Rapporto con le altre disposizioni codicistiche.

1. – Il legislatore dell’ultima riforma è intervenuto sull’art. 101 del codice di rito, aggiungendo un secondo comma (1), in cui si prevede che il giudice:

a) se ritiene di porre a fondamento della decisione «una questione rilevata d’ufficio»;

b) con ordinanza comunicata alle parti «riserva la decisione», invitando i contendenti a fare le loro «osservazioni» sulla questione mediante deposito in cancelleria di memorie, entro un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione;

c) «a pena di nullità».

Il primo comma dell’art. 101 c.p.c. si limita a prevedere il divieto per il giudice, salvo eccezioni previste dalla legge, di decidere sulla domanda proposta senza che la controparte sia stata o regolarmente citata o, comunque, sia comparsa in giudizio.

Quindi l’art. 101 c.p.c., pur rubricato “principio del contraddittorio”, si riduce a disciplinare soltanto il momento iniziale e finale del processo.

Eppure siamo nel primo libro del codice, dedicato alle disposizioni generali, che devono improntare tutto il processo e non soltanto un momento dello stesso. Il legislatore della riforma ha perso l’occasione per affermare e disciplinare chiaramente il principio del contraddittorio, lasciando invece alle successive norme il compito di specificarne le modalità di attuazione.

E tra le successive norme rilevano, in particolare, l’art. 183, comma 4°, c.p.c., che impone al giudice, nell’udienza di trattazione, di indicare alle parti le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione; l’art. 384, comma 3°, c.p.c., che (con previsione molto simile a quella adesso contenuta nell’art. 101, comma 2°, c.p.c.) prevede la riserva di decisione in cassazione, con l’assegnazione di un termine per il deposito di osservazioni, quando la corte rileva d’ufficio una questione su cui fondare la decisione.

Il problema del rapporto tra il novellato art. 101 e le altre disposizioni del codice non è di poco conto, dato che anche recentemente la Cassazione (2) ha affermato che la regola espressa dall’art. 384, comma 3°, c.p.c., è riferibile soltanto alle ipotesi in cui la corte ritenga di decidere nel merito la controversia e non anche a tutte le altre ipotesi di decisione, anche se poggia su una questione rilevata d’ufficio, salvo poi precisare che «la validità della soluzione della questione esetica

(1) Cfr. art. 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69.

(2) Si tratta della sentenza 7 luglio 2009, n. 15901, in <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/015784.aspx>, con osservazioni di R. Masoni.

dell'art. 384 c.p.c. (innanzi considerata) andrà sottoposta a verifica con riferimento al nuovo testo dell'art. 101 c.p.c., che recentemente risulta approvato dal Parlamento».

Per poter esaminare il rapporto tra il novellato art. 101 e gli artt. 183 e 384 c.p.c., bisogna prima aver analizzato *funditus* il significato e la portata della nuova norma, soffermandoci in particolare sulla nozione di “questione” e sulla prevista sanzione di “nullità”.

2. La fattispecie presa in considerazione dal legislatore è quella del rilievo d'ufficio della questione non in udienza, ma in camera di consiglio, dopo che le parti hanno già precisato le conclusioni ed effettuato lo scambio di comparse conclusionali e note di replica (3).

Si prevede, infatti, che il giudice, una volta rilevata d'ufficio una questione su cui ritiene di fondare la decisione, deve con apposita ordinanza “comunicata” alle parti invitarle a depositare memorie contenenti le loro osservazioni, assegnando apposito termine.

Ma alle parti vanno comunicate soltanto le ordinanze emesse fuori udienza (art. 134 c.p.c.); quindi il rilievo non è avvenuto in udienza, ma in camera di consiglio, quando il giudice sta (ri)esaminando gli atti e le risultanze istruttorie per decidere la controversia ed è tenuto a fermarsi e a «riservare la decisione».

Il giudice inoltre deve assegnare alle parti apposito termine per il deposito di memorie contenenti le osservazioni sulla questione rilevata d'ufficio; quindi, le parti hanno già consumato la facoltà di depositare comparse conclusionali e repliche, essendo altrimenti sufficiente allungare il termine già assegnato per il deposito di detti atti.

Il legislatore ha fotografato ciò che accade nella prassi: il giudice studia il fascicolo di causa e le risultanze processuali in particolare quando deve emettere la sentenza ed è soltanto allora che si rende conto della presenza di una questione, rimasta silente, su cui le parti non hanno discusso nei loro atti. Adesso, però, prima di decidere è obbligato a sollecitare le parti a presentare “osservazioni” sulla questione rilevata d'ufficio, a pena di nullità della sentenza.

Prima ancora di approfondire l'ampiezza e latitudine del termine “questione rilevata d'ufficio” e, quindi, in cosa possono consistere le “osservazioni” richieste alle parti, subito risalta agli occhi il fatto che quanto meno in termini generali non può più essere invocato il principio di autoresponsabilità per giustificare la mancata provocazione del contraddittorio da parte del giudice.

Si affermava, infatti, che la questione rilevata d'ufficio non è «segreta», ma è desumibile dagli atti del processo o appartiene al patrimonio di conoscenze comuni al giudice e alle parti, per cui se la parte non ha approfittato della possibilità di vedere e discutere la questione, *imputet sibi*; anche il silenzio è il frutto di una scelta difensionale legittima; il rispetto del principio del contraddittorio richiede soltanto che ogni parte abbia la possibilità di difendersi in modo adeguato.

Si faceva così il parallelo tra il caso della mancata comunicazione della data di inizio delle operazioni peritali da parte del c.t.u. e il caso di rilevazione e decisione “solitaria” di una questione. Nel primo caso risulta violato il diritto di difesa, perché la parte non ha avuto la possibilità di difendersi; quindi, si ha nullità della c.t.u., che, se non sanata tramite rinnovazione, determina la nullità (derivata) della sentenza che poggia sulla c.t.u. Ciò a prescindere dell'esattezza o meno delle conclusioni del c.t.u. Nel caso, invece, di rilevazione e decisione “solitaria” di una questione non

---

(3) Cfr. G. Balena, *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 27, 110; E. Fabiani, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 266, anche se ritengono che la formulazione letterale possa lasciar intendere diversamente. Al contrario, la norma è chiara nel riferirsi al momento in cui la causa è già in fase di decisione e le parti si sono già scambiate comparse conclusionali e note di replica. V. *infra* nel testo.

discussa dalle parti, non si ha alcuna violazione del principio del contraddittorio e alcun pregiudizio è inferto al diritto di difesa, in quanto la questione rilevata d'ufficio non è «segreta» e, quindi, il mancato contraddittorio dipende *in primis* da un'insufficiente cura e attenzione della parte (o meglio, del suo difensore) per il processo (4). Pertanto, la sentenza non è nulla, ma al più ingiusta e, per validamente impugnarla, occorrerà dimostrare che le conclusioni raggiunte dal giudice sono errate.

Si replicava che il richiamo al principio di autoresponsabilità è «argomento che prova troppo: in tale direzione, si potrebbero eliminare le comparse conclusionali e le repliche (con le quali non si può ampliare la *quaestio facti*), oppure eliminare, in cassazione, le memorie e la discussione orale» (5). A tale obiezione, seguiva la controreplica che «le comparse conclusionali sono sostituibili dalla discussione orale e infatti non esistono nel processo del lavoro», mentre in cassazione è ben possibile immaginare un processo articolato «in soli due atti introduttivi di parte (tre, nel caso di proposizione di un ricorso incidentale)» (6).

Pur restando fuori da questa discussione sui mezzi e modalità di discussione, si osserva che la *possibilità* astratta di difendersi rispetto ad una questione rilevata d'ufficio dal giudice è o un'utopia o un non senso:

a) un'utopia, in quanto non tutte le questioni rilevabili d'ufficio risultano dal materiale del processo, specialmente in caso di una diversa impostazione in diritto della controversia con l'eventuale implicazione di fatti diversi non allegati e provati dalle parti (7); la parte dovrebbe godere di facoltà divinatorie, per poter anticipare nella propria testa il ragionamento che farà il giudice e così potersi correttamente difendere;

b) un non senso, in quanto il principio di autoresponsabilità non può tramutarsi in principio di autolesionismo: per quale motivo la parte, pur consapevole della questione, dovrebbe portare l'attenzione e la discussione su di essa, se è contraria ai propri interessi?

Adesso, con questo nuovo art. 101, il dado è tratto: il giudice deve, a pena di nullità della sentenza, sottoporre al contraddittorio delle parti la questione rilevata d'ufficio; il principio del contraddittorio, anche tra giudice e parti, prevale sul principio di autoresponsabilità.

Tuttavia, non essendo precisata ampiezza e latitudine del termine «questione rilevata d'ufficio», da purgare nel contraddittorio con le parti, il principio di autoresponsabilità potrebbe ancora servire a darne una lettura riduttiva.

È quanto si passa ad esaminare.

---

(4) Cfr., in particolare, S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 575 ss.; E.F. Ricci, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751 ss.

(5) Così F.P. Luiso, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria?»*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1614.

(6) Cfr. S. Chiarloni, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1364, nota 6.

(7) Ad es., in tema di responsabilità per infortunio *in itinere*, le parti hanno discusso se l'infortunato poteva o meno utilizzare un mezzo pubblico ovvero se avesse o meno deviato dal percorso ottimale; il giudice, invece, d'ufficio ritiene rilevante per decidere la controversia stabilire se l'infortunato, quale agente di commercio, agiva o meno in una zona assegnata in esclusiva, con divieto di operare nelle zone assegnate in esclusiva ad altro agente.

3. In dottrina si è sostenuto che l'obbligo di sottoposizione al previo contraddittorio delle parti riguarda soltanto le questioni preliminari e pregiudiziali, idonee ad essere decise con sentenza non definitiva, perché «un problema di contraddittorio si pone in quanto il giudice “decide”, non in quanto il giudice semplicemente “conosce” di una questione; si pone, cioè, per le sole questioni pregiudiziali in senso tecnico, la cui soluzione è idonea a definire il giudizio» (8). Si è anche aggiunto, da parte di altro autore, che in tal caso sarebbe nullo l'atto di rimessione anticipata della causa in decisione senza indicazione della questione, con conseguente nullità derivata della sentenza (9).

Al contrario, per le mere questioni di fatto rilevabili d'ufficio, ma che non costituiscono dal punto di vista concettuale e applicativo questioni preliminari o pregiudiziali, l'indicazione alle parti è per il giudice soltanto un'opportunità e non una necessità (10). Così, per le questioni di puro diritto, la mancata segnalazione alle parti comporta soltanto una violazione deontologica e disciplinare di comportamento del giudice e non anche del principio del contraddittorio (11).

Altri Autori hanno invece dato ampiezza massima alla nozione di “questione rilevabile d'ufficio” (12), ricomprendendo in tale nozione l'interpretazione della norma di diritto

(8) Così V. Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 225.

(9) Cfr. C. Cavallini, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 105 ss.

(10) Cfr. C. Cavallini, *op. cit.*, 118 ss. Da notare, però, che secondo questo Autore, l'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio delle parti a pena di nullità della sentenza riguarda anche le questioni di diritto.

(11) Cfr. C. Consolo, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corriere giur.*, 2006, 509, secondo il quale la violazione del contraddittorio si ha soltanto quando la questione è di fatto o mista di fatto e di diritto.

(12) Cfr., *ex multis*, C. Ferri, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, estratto da *Studi Urbinate*, 1984, 1 ss.; Id., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 780 ss.; E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 121 e 317; L. Montesano, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Tem*, 1967, 484; Id., *Le prove «atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.; Id., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 935 ss.; M. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 107 s.; Id., *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1572 ss.; Id., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 98 ss.; Id., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 276 s.; G. Tarzia, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 47 ss.; Id., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, *ivi*, 1984, 634 ss.; 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, I, 3177.

Cfr. anche, per l'affermazione del necessario rispetto del principio del contraddittorio, G. Chiovenda, *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, nota critica a Cass. Torino, 24 gennaio 1903, in *Legge*, 1903 e ora in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 157 ss., in part. 175 ss.; A. Proto Pisani, *Principio del contraddittorio*, in *Commentario cod. proc. civ.* diretto da Allorio, Torino, 1973, II, sub art. 101, 1088 s.; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2006, 98 s.; L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, 145 s.; Id., voce *Contraddittorio*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, 1 ss., in part. 26 ss.; Id., voce *Contraddittorio*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, 1997, 18 ss.; R. Oriani, voce *Eccezione*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, 280 s.; N. Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 388, 450 s., 637 ss.; R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 253 s.

Per una posizione intermedia v. F. De Santis, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 306 ss., 341, secondo il quale la rimessione in termini della parte dovrà essere disposta «salvo che la mancata trattazione della questione rilevata d'ufficio sia il frutto non soltanto della violazione del principio di reciproca collaborazione tra giudice e parti, ma anche di

(*Rechtsauslegung*), l'applicazione ai fatti della norma di diritto (*Rechtsanwendung*), il rilievo di «fatti avventizi» (cioè i fatti risultanti dagli atti del processo, ma rimasti silenti, in quanto non indicati né valorizzati giuridicamente dalle parti) (13), nonché la formazione degli argomenti di prova, in cui far rientrare anche le «prove raccolte altrove», la qualificazione di fatti come pacifici o notori, l'attribuzione di pubblica fede a documentazioni compiute da pubblici ufficiali senza la cooperazione delle parti.

Come si vede, alla nozione di «questione rilevata d'ufficio», da purgare nel contraddittorio con le parti per poterla utilizzare nella decisione, può essere data un'ampiezza quasi nulla (così, ove intesa come questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito) o onnicomprensiva (ove si consideri tale anche un argomento di prova ovvero la qualificazione di un fatto come pacifico o notorio, a prescindere dalla circostanza che tale fatto sia già stato o meno oggetto di discussione tra le parti).

Ebbene, finché si resta sul piano statico della *quaestio facti* o della *quaestio iuris*, non è possibile trovare un valido criterio discrezionale.

Soffermiamoci sulle modalità di ingresso di un fatto nell'involucro processuale:

a) introduzione inconsapevole di un fatto, che risulti da un documento prodotto in giudizio (es., quietanza di pagamento risultante dal documento prodotto; si pensi ai contratti di vendita di veicoli usati, in cui le parti, ai fini della trascrizione del passaggio di proprietà, si recano davanti ad un notaio per l'autentica della firma su modulo prestampato predisposto dall'agenzia di pratiche automobilistiche, modulo in cui però è precisato che il "prezzo quietanzato" è pari a ...);

b) introduzione consapevole di un fatto, indicato dalla parte ma senza attribuzione di alcun significato giuridico; tale ipotesi può essere innocente o maliziosa (ad es., in un giudizio di responsabilità per vizi di costruzione promosso contro l'appaltatore e il progettista-direttore dei lavori, l'attore contesta i vizi riscontrati conseguenti a delle difformità tra quanto progettato e quanto realizzato, limitandosi a richiamare le conclusioni della perizia depositata; successivamente, alla *dernière heure*, l'attore precisa o il giudice rileva che dalla perizia risulta che l'edificio sorge su terreno argilloso e tale circostanza imponeva una progettazione diversa nonché tecniche di costruzione e requisiti di stabilità diversi da quelli presi in considerazione; l'intero giudizio era però stato incentrato sulle contestate divergenze tra il progetto e l'opera realizzata e non già su difetti del progetto);

c) fatti acquisiti al giudizio non direttamente per iniziativa delle parti (ad es., risultanze istruttorie) e dalle stesse non valorizzati giuridicamente nei propri scritti o deduzioni;

d) fatti legittimamente acquisiti al giudizio e utilizzati dalle parti per fondare le proprie conclusioni di accoglimento o di rigetto della domanda.

---

una "insufficiente elaborazione delle strategie difensive", da accertarsi in concreto proprio nel corso del procedimento di remissione».

Per l'affermazione dell'esistenza di una mera facoltà e non di un obbligo del giudice di sottoporre al previo contraddittorio delle parti una questione rilevata d'ufficio, cfr. anche P. Pajardi, *Della trattazione della causa*, in *Commentario cod. proc. civ.* diretto da Allorio, Torino, 1980, III, *sub* art. 184, 571 s.

(13) Cfr. F.P. Luiso, *op. cit.*, 1612. Per l'origine e la spiegazione del concetto di «fatti avventizi» v., *si* *paret*, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 212 ss.

L'ultima ipotesi esula dal problema, perché il fatto è stato colorato giuridicamente dalla parte, che lo ha posto a fondamento dei propri mezzi di attacco o di difesa, richiamando così l'attenzione (e il contraddittorio) della controparte e del giudice.

Nei primi tre casi abbiamo i c.d. fatti avventizi (14), cioè fatti risultanti dagli atti, ma silenti, in quanto non invocati dalle parti e, pertanto, destinati a rimanere inerti nel processo, a meno che il giudice (o la parte scaltra all'ultimo momento) noti tali fatti e li consideri rilevanti per la decisione.

Il problema allora da esaminare è se la valorizzazione giuridica di un fatto storico rimasto inerte nel processo è o meno un'attività innovativa, che per essere ammissibile non deve pregiudicare il diritto di difesa della controparte o di entrambe le parti, in caso di rilievo da parte del giudice.

Ebbene, sono già state esaminate e respinte le tesi che, pur attribuendo all'allegazione dei fatti la natura di dichiarazione imperativa o di volontà (*Willenserklärung*), ammettevano il rilievo officioso del giudice senza necessità di sottoporre tale rilievo al contraddittorio delle parti (15). Ad es., la tesi secondo cui già l'attività di produzione di un documento implica disposizione della dichiarazione del fatto, a prescindere da ogni indagine sull'effettiva consapevolezza (16); quindi, il rilievo officioso del giudice ovvero la valorizzazione giuridica operata dalla parte scaltra all'ultimo momento, quando *rien va plus*, non implica nessuna violazione del contraddittorio. Parimenti è stata respinta la tesi secondo cui l'attore, nel proporre la domanda, non soltanto allega i fatti costitutivi del diritto controverso, ma implicitamente allega (in negativo) l'esistenza dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi; pertanto, il rilievo d'ufficio del giudice non pregiudica le parti, che hanno già (implicitamente) allegato quei fatti (17).

Ciò che conta è il *profilo dinamico* o meglio la *proiezione dinamica* del fatto, una volta qualificato giuridicamente, in rapporto con l'effetto giuridico richiesto. Quando il fatto, principale o secondario che sia, viene colorato giuridicamente e diventa rilevante per l'attribuzione o negazione della tutela richiesta, si attualizza l'esigenza di difesa della controparte e il rispetto del principio del contraddittorio.

La valorizzazione giuridica di un fatto storico rimasto inerte nel processo è un'attività innovativa e per essere ammissibile non deve pregiudicare il diritto di difesa di controparte.

Non rileva che l'introduzione del fatto sia innocente e inconsapevole ovvero che sia consapevole, ma non esplicita (come nell'ipotesi *sub b*) ovvero che il fatto emerga dagli atti, ma non sia stato utilizzato come mezzo di attacco o di difesa; la parte contro la quale quel fatto rileva, in caso di rilievo d'ufficio (o della parte scaltra alla *dernière heure*), vede irrimediabilmente leso il suo diritto di difesa, se non le è consentito di *liberamente* (18) replicare e controdedurre. In ogni caso, dato che o non si è proprio resa conto di tale fatto o, se anche ha notato tale fatto, il principio di autoresponsabilità non può tramutarsi in principio di autolesionismo: per quale motivo la parte,

---

(14) Per l'origine e la spiegazione del concetto di «fatti avventizi» v., *si paret*, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 212 ss.

(15) Cfr., *si paret*, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti*, cit., 11 ss.

(16) Cfr. F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 233 s., testo e note. Per l'analisi di tale teoria si rinvia a D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti*, cit., 20 ss.

(17) V. autori citati in D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti*, cit., 112, nota 13; nelle pagine successive la critica a tale teoria.

(18) Su tale aspetto v. *infra* nel testo.

pur consapevole del fatto, dovrebbe portare l'attenzione e la discussione su di esso, se è contrario ai propri interessi?

Si tenga anche conto del codificato principio di non contestazione (novellato art. 115 c.p.c.): affinché la parte sia posta in grado di *specificamente* contestare i fatti affermati da controparte, occorre che l'avversario abbia *esplicitamente* valorizzato giuridicamente il fatto. Soltanto in tal caso scatta l'onere di contestazione e, in caso di mancato esercizio, l'espunzione dal *thema probandum*. Fin tanto che siamo di fronte ad un fatto avventizio, la parte non è onerata di contestarlo; quindi, il giudice, in caso di rilievo officioso, dovrà sottoporlo all'attenzione delle parti, anche per provocarne l'eventuale contestazione.

Inoltre, dato che il rilievo officioso di una questione può favorire una parte a danno dell'altra, a salvaguardia della terzietà ed imparzialità del giudice, è necessario aver previamente provocato il contraddittorio con le parti e, in particolare, con la parte svantaggiata dal rilievo officioso.

Il giudice può, quindi, partecipare alla costruzione dell'edificio del fatto, salvo che si tratti di fatti costitutivi individuatori del diritto (perché altrimenti sarebbe il giudice a stabilire l'oggetto del processo) ovvero fatti impeditivi, modificativi ed estintivi oggetto di eccezioni in senso stretto, riservate alla parte (in questo caso, la volontà della parte di servirsi dell'efficacia giuridica di quel fatto è elemento costitutivo dell'eccezione) (19). Occorre, però, che sottoponga il rilievo del fatto al contraddittorio delle parti e che queste ultime abbiano la possibilità di *liberamente* controdedurre (20).

D'altro canto, non qualsiasi circostanza fattuale viene in considerazione, ma, come direbbero i francesi, soltanto il fatto che diventa *moyen*, cioè il fatto qualificato giuridicamente e posto dinamicamente in rapporto con l'effetto giuridico richiesto, in modo da introdurre un nuovo mezzo di attacco o di difesa, su cui può fondarsi la decisione.

Pertanto, tornando all'esemplificazione iniziale, la qualificazione di fatti come pacifici o notori, pur discussi tra le parti, non è una «questione rilevata d'ufficio» da purgare nel previo contraddittorio con le parti; così per quelle circostanze che servono soltanto a dare maggiore consistenza ai fatti utilizzati dalle parti a fondamento delle proprie posizioni.

Questo per quanto riguarda i fatti storici.

4. Discorso analogo può essere fatto per le norme di diritto.

A tale proposito può distinguersi tra:

a) *quaestio iuris*, che comporta una diversa rilevanza dei fatti storici dedotti ed eventualmente rende rilevanti altri fatti non allegati (21);

---

(19) In questo senso v. anche S. Menchini, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, vol. III, Milano, 1993, 35 ss.

(20) Su tale aspetto v. *infra* nel testo.

(21) Cfr. Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755, con note di E.F. Ricci e L.P. Comoglio e in *Foro it.*, 2006, I, 3174, con nota di E. Fabiani. Questa la massima: «la mancata segnalazione, da parte del giudice, di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, comma 3, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere».



b) *quaestio iuris*, che non trova la sua base materiale in alcun fatto che debba essere riesaminato o apprezzato in maniera nuova.

Viene in considerazione la distinzione operata oltralpe tra mezzi di puro diritto e mezzi misti di fatto e di diritto (22).

Ebbene, la differenza tra le due ipotesi rileva sicuramente quanto a modalità di attuazione del contraddittorio (nel senso che – come vedremo *infra* – nella prima ipotesi sono sufficienti delle *notes en délibéré*, mentre nel secondo caso occorrerà riaprire l'istruttoria) e quanto a effetti della violazione (nel senso che – come vedremo *infra* – soltanto nella prima ipotesi non sarà necessaria la cassazione con rinvio).

Ma, innanzitutto, il giudice è tenuto a sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo della questione di diritto?

Sicuramente, nel caso *sub a)*, per consentire alle parti di replicare in fatto, con rimessione in termini.

Ma, quando si tratta di un mezzo di puro diritto, cioè quando la questione di diritto non implica la necessità di riesaminare i fatti dedotti né rende rilevanti fatti non dedotti, il giudice è libero di decidere senza aver previamente sentito le parti? Il principio *iura novit curia* implica anche un affidamento fideistico delle parti sulle capacità del giudice di affrontare correttamente e solitariamente l'interpretazione di una norma di diritto (*Rechtsauslegung*) non considerata dalle parti e l'applicazione ai fatti di tale norma (*Rechtsanwendung*)? Si pensi che recentemente la Suprema Corte ha giustificato la mancata sottoposizione al contraddittorio delle parti della questione di diritto rilevata d'ufficio, in quanto «l'esplicazione delle sue funzioni di giudice di legittimità anche attraverso la rilevazione di questioni di diritto rilevabili d'ufficio risponde alla genuina funzione della Corte di cassazione e, quindi, non può essere considerato come motivo di mortificazione del contraddittorio delle parti, che si sono rivolte alla Corte appunto per provocarne l'esercizio delle funzioni di nomofilachia ed erano abilitate esse stesse (o meglio quella che vi aveva interesse) a rilevare la questione d'ufficio» (23).

Ebbene, innanzitutto si osserva che una diversa impostazione giuridica non può non implicare la necessità di riesaminare i fatti dedotti o, comunque, il materiale di causa (si pensi ad una questione di rito, attinente alla regolarità degli atti), anche se non rende rilevanti nuovi fatti.

Anzi, di regola *soltanto a posteriori*, una volta sottoposta la questione alle parti, è possibile verificare se è sufficiente il riesame dei fatti dedotti ovvero se rilevano fatti nuovi non dedotti; quindi, *a monte*, quando il giudice rileva d'ufficio la questione, non è di regola possibile sapere se si tratterà di una questione di puro diritto o mista di fatto e diritto (24). Di regola, perché soltanto nel

---

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

(22) Cfr., *si paret*, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti*, cit., 196 ss.

(23) Così Cass. 7 luglio 2009, n. 15901, cit. in motivazione.

(24) Così F.P. Luiso, nella relazione tenuta a Bologna l'11 dicembre 2009.



caso di questione di rito, risolvibile dal mero controllo degli atti o del procedimento, abbiamo il c.d. *mezzo necessariamente nella causa* (v. *infra* nel testo e in nota). Si pensi, alla legittimazione ad agire, legata a quanto l'attore afferma nella domanda e non a quanto verrà accertato dal giudice, ovvero, in termini ancora più evidenti, alla questione di ammissibilità/inammissibilità del ricorso per cassazione legata alla formulazione del quesito di diritto (norma adesso abrogata).

Quindi, occorre distinguere tra queste ipotesi:

- 1) questione di diritto, che non muta l'impostazione giuridica su cui hanno discusso le parti, ma si limita a corroborare il convincimento del giudice;
- 2) questione di diritto, che muta l'impostazione giuridica dei fatti prescelta dalle parti, imponendone un loro riesame, anche se non rende rilevanti fatti nuovi;
- 3) questione di rito, attinente alla regolarità degli atti o del procedimento.

Soltanto nel primo caso non c'è necessità di previo contraddittorio; non si introduce, come dicono oltralpe, un nuovo mezzo di diritto.

Negli altri due casi (anche se non c'è necessità di tornare indietro alla fase di allegazione e prova dei fatti, perché la questione non rende rilevanti fatti nuovi non dedotti), la questione deve essere sottoposta al contraddittorio delle parti, perché le parti non hanno facoltà divinatorie, che loro consentano di immaginare la diversa impostazione giuridica prescelta dal giudice; e, comunque, anche se immaginano la possibile "terza via" poi imboccata dal giudice, non sono tenute a percorrerla contro i propri interessi. D'altra parte, il principio *iura novit curia* legittima il giudice a ricercare la corretta impostazione giuridica della situazione sostanziale dedotta in giudizio, ma non per questo lo autorizza a sorprendere le parti in sede di decisione.

La sorpresa, che viola il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, si ha tenendo conto della proiezione dinamica della questione di diritto, cioè quando la norma di diritto evidenziata dal giudice e posta in rapporto con l'effetto giuridico richiesto fa entrare il contenzioso in un campo di indagine non arato, rimasto fuori dello steccato entro il quale si è svolto il dibattimento.

Ad es., in un contenzioso in tema di risarcimento danni si ha nuova questione di diritto da sottoporre al contraddittorio delle parti in caso di qualificazione dell'azione di responsabilità come contrattuale o extracontrattuale, diversamente da come le parti avevano impostato i loro mezzi di attacco e di difesa (25); ovvero nel caso in cui il giudice rilevi d'ufficio il difetto di legittimazione ad agire (26).

A tal proposito si nota come anche da noi, pur di eludere l'obbligo adesso codificato di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, si invoca il c.d. *mezzo necessariamente nella causa* (27), cioè l'ipotesi in cui la questione fa parte *naturaliter* del *thema decidendum* e, quindi, manca qualsiasi effetto di sorpresa nel rilievo da parte del giudice. Per questo motivo la cassazione ha affermato che non è tenuta a provocare il contraddittorio sulla questione

---

(25) Cfr. Cass., sez. un., 6 marzo 2009, n. 5468: un netturbino impugnava la dispensa dal servizio per inidoneità fisica e chiedeva il risarcimento del danno biologico in conseguenza dell'assegnazione di mansioni inadatte alle sue condizioni fisiche; il T.A.R. Toscana rigettava nel merito entrambe le domande; il Consiglio di Stato, invece, accoglieva la prima e dichiarava d'ufficio il difetto di giurisdizione sulla seconda, qualificandola come azione di responsabilità extracontrattuale; la Cassazione accoglie il ricorso e, qualificata l'azione come di responsabilità contrattuale, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo.

(26) Cfr. Cass. 10 agosto 2009, n. 18191.

(27) V., *si v. par. D. Buoncrisiani, L'allegazione dei fatti*, cit., 221 s.

relativa all'inammissibilità del ricorso, per difetto di corretta formulazione del quesito di diritto (28).

Ebbene, già oltralpe si è osservato che «se per essere rilevato, un mezzo dev'essere qualificato necessariamente nella causa, è perché nella causa non c'è naturalmente, ossia per le parti davanti al giudice di merito non c'era affatto» (29).

In sintesi, lo scopo e la *ratio* del novellato art. 101 c.p.c. è quello di tutelare il diritto di difesa delle parti (e, in particolare, della parte svantaggiata), in caso di «sorpresa»; ciò accade ogni qual volta muta il quadro fattuale o giuridico su cui si è discusso.

5. Per tutelare il diritto di difesa delle parti, il novellato art. 101 c.p.c. utilizza la tecnica delle *note en délibéré*, cioè l'invito fatto dal giudice alle parti di scambiarsi fuori udienza una nota difensiva entro un determinato termine, tra venti e quaranta giorni.

Il legislatore parla di «un termine» e di «memorie»; quindi, da un lato, non dovrebbe essere prevista la possibilità di repliche, essendo prevista l'assegnazione di un solo termine; dall'altro lato, però, si prevede il deposito di memorie.

Nel dubbio, considerato che non è prevista un'ulteriore udienza e che il diritto alla replica deve essere garantito, è auspicabile che il giudice fissi un termine per il deposito di memoria ed uno per il deposito di repliche, restando nel lasso temporale tra venti e quaranta giorni dalla comunicazione della sua ordinanza.

Quanto ai poteri delle parti, di fronte alla segnalazione di una questione rilevata d'ufficio, il problema è stabilire in cosa possono consistere le «osservazioni», che le parti possono proporre.

Ebbene, la corretta attuazione del contraddittorio presuppone che le parti debbano poter liberamente replicare: il diritto di difesa non è garantito dal riconoscimento di «poteri processuali analoghi e corrispondenti a quelli dell'avversario». Il riconoscimento di poteri equivalenti non è infatti sufficiente a tutelare il diritto di azione e difesa delle parti. Ad es., al potere di valorizzare un fatto già risultante dagli atti, ma non utilizzato, dovrebbe corrispondere un analogo potere e non altro. In questo modo la parte scaltra potrebbe attendere che sia preclusa l'attività di allegazione di fatti e di richieste istruttorie e, a questo punto, tirar fuori l'asso dalla manica, cioè valorizzare il fatto risultante dagli atti, ma prima non utilizzato a fondamento della propria linea difensiva; la controparte avrebbe soltanto un potere equivalente e cioè la possibilità del tutto teorica di tirar fuori altri fatti versati in causa, cioè di contraddire in base al materiale di causa (atti e documenti). Da parte sua il giudice non può comportarsi come la parte scaltra dell'esempio fatto. Parimenti, al potere di dare una diversa impostazione giuridica della controversia dovrebbe corrispondere il potere di insistere per la precedente impostazione proposta o per una ancora diversa, ma non anche di pretendere ed ottenere la remissione in termini per allegare e provare i *nuovi* fatti resi rilevanti dalla diversa impostazione giuridica prescelta dal giudice.

Ciò non è ammissibile.

Si richiamano a tal proposito le pronunce delle Sezioni unite sul divieto di produzione di documenti in appello, in cui correttamente si fa presente che, di fronte alla produzione di un nuovo documento, alla controparte non può essere negata la possibilità di liberamente reagire con ogni

(28) Cfr. Cass. 17 luglio 2007, n. 15949, in *Giust. civ.*, 2008, 1231, con nota di A. Didone.

(29) Così G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, Mélanges Bellet, 1991, 49.

mezzo di prova, anche se non documentale, in ossequio del diritto di difesa e del principio del contraddittorio (30).

Pertanto, le «osservazioni», che le parti possono proporre, consistono anche nell'allegazione di nuovi fatti e di nuove richieste istruttorie, purché in rapporto dinamico con la nuova questione sollevata dal giudice.

A tal proposito occorre fare un'altra importante osservazione: *il rapporto dinamico con la nuova questione sollevata dal giudice non va inteso come rapporto di dipendenza*. Le parti sono legittimate ad introdurre non soltanto fatti ostativi, dipendenti dalla questione, in fatto o in diritto, evidenziata dal giudice, ma anche fatti concorrenti a quelli già fatti valere a fondamento dei propri mezzi di attacco e di difesa. Così, ad es., se l'attore chiede il pagamento di una somma di denaro in base ad un contratto e il giudice rileva d'ufficio che c'è un difetto di procura di chi ha sottoscritto il contratto in nome e per conto del convenuto ovvero che c'è una nullità per vizio di forma, l'attore potrà reagire non soltanto replicando in fatto che il convenuto ha comunque ratificato l'operato del presunto *falsus procurator* ovvero in diritto che la forma scritta è richiesta soltanto *ad probationem* e, comunque, chiedere ammissione di interrogatorio formale dell'avversario sull'effettiva stipula del contratto, ma potrà anche introdurre una fattispecie costitutiva concorrente della pretesa azionata, quale l'arricchimento senza causa.

Soltanto nel caso in cui si tratti di una questione di diritto, che non rende rilevanti nuovi fatti, saranno sufficienti le «osservazioni» delle parti (ad es., per una questione di rito, risultante dagli atti, quale la legittimazione ad agire, che si apprezza su quanto affermato nella domanda).

Il giudice, quindi, lette le *notes en délibéré* e valutate le sollecitazioni delle parti, è tenuto a riaprire il processo, ove la questione sollevata renda rilevanti nuovi fatti, da provare.

A tal proposito e a maggior ragione si nota come sia auspicabile che il novellato art. 101 c.p.c. venga letto nel senso di dare un doppio termine per lo scambio di memoria autorizzata e replica, in modo che ciascuna parte possa prendere posizione sui fatti nuovi dedotti dall'avversario e così, eventualmente, decidere se contestarli o meno, nonché possa prendere posizione sulle richieste istruttorie, magari inammissibili; il giudice, a questo punto, potrà decidere se riaprire l'istruttoria, ove i fatti nuovi debbano essere provati perché contestati e siano state richieste prove costituenti che ritiene ammissibili, ovvero emettere la sentenza.

6. La nuova norma pone fine al dibattito sulle conseguenze in caso di omesso contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio: nullità. In precedenza, in mancanza di un'espressa previsione, alcuni autori escludevano che la violazione dell'obbligo per il giudice di sottoporre all'esame delle parti la questione rilevata d'ufficio comportasse la nullità della sentenza; pertanto, la parte poteva dolersi del comportamento del giudice soltanto dimostrando che la sentenza era ingiusta (31).

Tuttavia, residuano ancora alcuni dubbi:

a) se si tratta di una nullità extraformale o formale;

---

(30) Si tratta delle sentenze 20 aprile 2005, n. 8202 e 8203, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1051, con nota di B. Giacalone e in molte altre riviste.

(31) Si rinvia per le citazioni a D. Buoncristiani, *Questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Ventiquattro avvocato*, 2007, 63 ss.

b) se, conseguentemente, è originaria (cioè automatica) o derivata (cioè soltanto se si è verificato un pregiudizio alla facoltà per le parti di modificare, integrare, precisare i propri mezzi di attacco e di difesa);

c) se tale nullità rileva soltanto in caso di effettivo pregiudizio subito dalla parte all'esercizio di poteri in fatto, in diritto e/o sul piano della prova;

d) se, in sede d'impugnazione, è sufficiente la mera impugnazione nel merito della decisione o, al contrario, è necessaria l'indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere se fosse stata avvertita della questione rilevata d'ufficio e posta a fondamento della decisione.

La ricostruzione della nullità come nullità extraformale poggia sulla violazione del principio del contraddittorio: la sentenza nasce nulla (32). Abbiamo visto quando ciò accade, delimitando l'ambito e la portata del concetto di questione rilevata d'ufficio, da purgare nel contraddittorio delle parti.

Tuttavia, in base ad un'altra ricostruzione, è il rilievo d'ufficio della questione, di per sé legittimo, a diventare nullo, ove non sottoposto al contraddittorio delle parti, in quanto finisce per poggiare sul cattivo esercizio del potere di rilievo, che a sua volta si traduce nell'impossibilità per le altre parti di esercitare i connessi poteri processuali. La sentenza è nulla, quale atto «dipendente» dell'atto nullo, cioè dell'atto del rilievo della questione (33). Ciò anche se non c'è un atto ma un'attività di rilievo ed anche se l'attività di rilievo e la decisione si fondono (34).

La distinzione di qualificazione come formale o extraformale aveva prima un enorme significato, quando si invocava il principio di tassatività delle nullità formali (art. 156 c.p.c.), per cui, non essendo prevista dalla legge, non poteva dichiararsi la nullità della sentenza per omessa provocazione del contraddittorio da parte del giudice. La sentenza era impugnabile soltanto se ingiusta. Di contro, si sosteneva che, trattandosi della violazione di un principio fondamentale del processo, la nullità era extraformale e non formale e, quindi, non era opponibile il principio di tassatività riferito alle sole nullità formali.

Adesso, la nullità è anche formalmente prevista. Né continuare a discutere di nullità formale o extraformale apporta significative differenze quanto a disciplina di:

- 1) ambito di applicazione della sanzione di nullità;
- 2) modo in cui il vizio deve essere fatto valere in sede d'impugnazione (35).

Quanto all'ambito di applicazione, infatti, come visto, occorre comunque delimitare l'ampiezza e latitudine della nozione di questione rilevata d'ufficio da sottoporre al contraddittorio delle parti. Anzi, sarebbe errato affermare che si ha nullità (formale), soltanto quando la parte non ha potuto

---

(32) Il riferimento è, in particolare, a C. Ferri, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, cit.

(33) Il riferimento è, in particolare, a E. Fabiani, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, cit., 3179 s.

(34) Si fa presente che l'attività di rilevazione e quella di decisione di una questione possono anche divergere temporalmente. Anzi, devono divergere, quando è previsto il rilievo d'ufficio entro un determinato momento del processo, come per alcune questioni di rito (ad es., competenza, improponibilità della domanda per omesso tentativo obbligatorio di conciliazione, ecc.).

(35) Questi sono gli aspetti messi in rilievo da E. Fabiani, *op. loc. ult. cit.*

esercitare poteri in fatto, in diritto e/o sul piano della prova (36), se tale potere è inteso come introduzione di novità. Ciò che rileva è non aver potuto dire la propria su una questione che sorprende le parti, perché muta il quadro fattuale o giuridico su cui si è discusso, *anche se non ci sono da esercitare nuovi poteri in fatto, diritto o sul piano delle prove.*

Quanto al modo in cui il vizio deve essere fatto valere in sede d'impugnazione, richiedere «l'indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere qualora fosse stata messa in condizione di interloquire sulla questione rilevata d'ufficio» (37) non aggiunge nulla di nuovo, dato che l'attività omessa è quella di discutere della questione, a meno che si voglia invece richiedere l'indicazione delle novità (in fatto, diritto o prove) che si sarebbero potuto portare nel processo.

Ma, la mia legittimazione all'impugnazione prescinde dalle novità che avrei potuto ma non ho dedotto; la sentenza è nulla perché mi ha impedito di difendermi sulla questione rilevata d'ufficio; è sufficiente che, senza nulla di nuovo aggiungere, possa riaprire la discussione e cercare di far cambiare opinione al giudice.

E questo l'aspetto che va analizzato: conseguenze della rilevata nullità in sede d'impugnazione.

7. Innanzitutto il vizio della sentenza si tramuta in motivo di impugnazione, come previsto dall'art. 161 c.p.c.

Una volta rilevato il vizio, occorre procedere a correggere l'attività viziata, cioè a provocare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio e a consentire alle parti di *liberamente* difendersi.

Ebbene, tale correzione la parte è in grado di effettuarla o almeno di prospettarla già nell'atto di impugnazione, specialmente nel caso in cui la ripetizione con correzione dell'attività viziata deve avvenire davanti al giudice dell'impugnazione.

Ciò avviene sempre in appello, non rientrando tale vizio di nullità della sentenza tra i tassativi motivi previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c. di rinvio al giudice di primo grado. Il giudice d'appello è pertanto tenuto a correggere il vizio, consentendo alle parti quell'attività deduttiva e probatoria che avrebbero potuto fare in primo grado, se fosse stato provocato il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio. Ciò senza dover passare dalle forche caudine dell'art. 345 c.p.c.: la rimessione in termini è automatica, una volta rilevato il vizio della decisione impugnata.

Parimenti in cassazione, quando si tratti di una questione di puro diritto (cioè che non implichi il riesame dei fatti storici o una nuova attività deduttiva e probatoria) o di una questione processuale risolvibile allo stato degli atti senza ulteriore attività deduttiva e probatoria (potendo la cassazione riguardare gli atti di causa).

In cassazione, la rilevazione del vizio comporterà la necessità dell'apertura del giudizio di rinvio, soltanto quando si aprono nuovi sviluppi della lite non esaminabili dalla corte.

In questo senso si spiega l'affermazione che la parte, nell'atto di impugnazione, non può accontentarsi di lamentare la mancata provocazione del contraddittorio ma deve comunque sempre lamentare un pregiudizio, cioè la possibilità di ottenere un esito diverso della lite sia sulla base di quanto è già versato nel processo (tuttavia, non o male considerato dal giudice) sia sulla base di nuova attività deduttiva e probatoria.

---

(36) Così E. Fabiani, *op. cit.*, 3179.

(37) Così E. Fabiani, *op. cit.*, 3179.

Ma – e questo è ciò che merita sottolineare – si contesta la nullità e non già l'ingiustizia della sentenza; pertanto, in appello è automatica e non discrezionale l'ammissione di nuovi fatti, eccezioni o prove (purché in rapporto dinamico con la questione rilevata d'ufficio); in cassazione, per dichiarare la nullità della sentenza con rinvio, è sufficiente evidenziare che sono necessari nuovi accertamenti in fatto.

8. In fine, è possibile prendere in considerazione il rapporto tra il novellato art. 101 e gli artt. 183 e 384 c.p.c.

Quanto al rapporto con l'art. 183, comma 4°, secondo cui nell'udienza di trattazione il giudice indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la decisione, si pone il dubbio se tale previsione introduca una semplice facoltà e non un obbligo per il giudice, dato che scatta la sanzione della nullità soltanto in fase di decisione, in caso di omessa provocazione del contraddittorio.

Questo dubbio è causato dal difetto di tecnica legislativa già messo in evidenza, dato che il legislatore non ha formulato in termini generali il principio del contraddittorio nel novellato art. 101 c.p.c., limitandosi invece a disciplinare la fase iniziale e terminale del processo.

Ciò, comunque, non consente di ritenere che nel mezzo regni l'anarchia, come del resto è confermato proprio dall'art. 183, comma 4°, c.p.c. Il giudice è quindi obbligato a rispettare il contraddittorio con le parti in ogni fase del processo. Soltanto che l'eventuale omissione può essere sanata fino al momento della decisione, anche se a costo di un ritardo – più o meno ampio, a seconda della necessità o meno di rimessione sul ruolo – nella conclusione del processo, con pregiudizio dell'altro fondamentale principio della ragionevole durata (art. 111 cost.). Quest'ultimo principio conferma che già durante il processo il giudice ha l'obbligo, e non la mera facoltà, di provocare il contraddittorio sulle questioni che rileva d'ufficio, in modo da evitare un regresso del processo e, comunque, un ritardo nella decisione (38).

Quanto al rapporto con l'art. 384 c.p.c., bisogna tener conto del fatto che la nuova disciplina della fase di decisione è stata collocata tra i principi fondamentali del processo, tra le disposizioni generali che devono improntare tutto il processo. Pertanto, non sarà più legittimo interpretare in maniera restrittiva la previsione dell'art. 384, comma 3°, c.p.c., come limitata alle sole ipotesi in cui la cassazione decide nel merito (39).

---

(38) Cfr. E. Fabiani, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 266.

(39) Si fa riferimento a Cass. 7 luglio 2009, n. 15901, cit.