

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I civ., sentenza 18 giugno 2018, n. 16049

Pres. Didone – Rel. Falabella

Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza S.p.a., c. I.C. e O.L.

La domanda di accertamento della nullità contrattuale è autodeterminata (massima non ufficiale).

Il giudice può accogliere la domanda di nullità del contratto sulla base di un titolo diverso da quello dedotto dall'attore e rilevato ex officio (massima non ufficiale).

(*Omissis*) 1. – Con il primo motivo è dedotta la nullità della sentenza in relazione alla violazione dell'art. 99 e dell'art. 112 c.p.c. con riferimento alla pronuncia di nullità dei derivati per il rilevato difetto, in concreto, della causa, a norma dell'art. 1418, comma 2, c.c. e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti. Rileva l'istante che i controcorrenti non avevano contestato la validità del contratto avendo riguardo all'elemento causale e alla tutelabilità dell'assetto pattizio, a mente dell'art. 1322, comma 2, c.c. La Corte di appello non avrebbe avuto, in conseguenza, il potere di valorizzare, ai fini della decisione, tali profili. Osserva ancora la banca ricorrente che il rilievo d'ufficio della nullità non è ammesso ove si configurino, come nel caso in esame, nullità relative, deducibili solo dalle parti.

Il motivo è infondato.

In prime cure gli attori avevano domandato la declaratoria di nullità dei contratti di *interest rate swap* avendo riguardo ai profili afferenti la violazione delle prescrizioni circa gli obblighi informativi dell'intermediario, l'adeguatezza dell'investimento, il conflitto di interessi. Tali domande sono state respinte con la sentenza di primo grado che ha accertato la responsabilità della convenuta, per non aver fornito le informazioni necessarie ai clienti, e condannato la banca al risarcimento del danno. Con l'atto di gravame incidentale le domande di nullità spiegate in primo grado sono state poi riproposte. Il giudice di appello ha accertato la nullità dei due contratti per difetto della causa (art. 1418, comma 2, c.c.) e per la non meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, giusta l'art. 1322, comma 2, c.c.

Se è vero che la nullità rilevata dal giudice del gravame è diversa rispetto a quella dedotta dagli istanti, è altrettanto vero che alla Corte di appello non era precluso il rilievo officioso di una tale nullità (che – mette conto di aggiungere, a fronte dell'errata deduzione della ricorrente – non ha comunque carattere relativo). Le Sezioni Unite di questa Corte hanno infatti sottolineato che la domanda di accertamento della nullità negoziale risulta essere soggetta a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento dei diritti autodeterminati inerenti a situazioni giuridiche assolute, sicché il giudizio relativo alla nullità del negozio risulta essere indipendente dai titoli di nullità fatti valere dall'attore (Cass. Sez. U. 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass. Sez. U. 12 dicembre 2014, n. 26243).

Nella memoria la ricorrente ha evidenziato come il rilievo officioso della nullità dovesse comunque attuarsi nel rispetto del principio del contraddittorio: ma è questo un profilo che risulta estraneo alla censura articolata nel ricorso. Del resto, nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio

processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato (Cass. Sez. U. 30 settembre 2009, n. 20935; in senso conforme, da ultimo, Cass. 16 febbraio 2016, n. 2984).

Nella fattispecie la denuncia del vizio non è stata associata ad un vizio diverso dall'errore in diritto in cui sarebbe incorsa la Corte di merito nel ritenere nullo il contratto per le ragioni indicate nella sentenza gravata: il che consente comunque di escludere che il vizio dedotto nella memoria, consistente nell'omessa sollecitazione del contraddittorio sul punto, abbia determinato una nullità del procedimento (*Omissis*).

Sull'accertamento della nullità contrattuale

1. – La sentenza che qui si annota offre l'occasione al processualista per cercare di fare il punto su temi fondanti della materia, quale l'individuazione dell'oggetto del processo alla luce di quei valori, non sempre condivisi, ma difficilmente confutabili, che costituiscono ormai l'asse portante dell'interpretazione giurisprudenziale.

Essi rappresentano una premessa alla quale non ci si può sottrarre e che, per quanto spesso non dichiarata, ispira comunque e sempre le scelte adottate sul piano sistematico anche dalla dottrina: ed infatti mi pare difficile negare che, nel momento in cui si adottano soluzioni sul piano tecnico, si persegue anche una certa idea della giustizia e del processo.

Non è questa la sede per soffermarsi su questi valori, se non per ricordare come essi siano stati di recente affermati con chiarezza da quelle famose sentenze «gemelle» delle Sezioni Unite⁽¹⁾, che vengono invocate anche nella pronuncia annotata a sostegno della decisione assunta.

Giova allora almeno elencarli: si tratta innanzitutto del principio di correttezza sostanziale e di strumentalità del processo; del principio di

⁽¹⁾ Ci si riferisce a Cass. sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, commentate da S. Menchini, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.* 2015, I, 931 ss.; C. Consolo, F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, 225 ss.; I. Pagni, *Nullità del contratto. Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015, 72 ss.; S. Pagliantini, «Parigi val bene una messa»? *Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Il giusto proc. civ.* 2015, 137 ss.; C. Cavallini, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione». Verso una nuova giurisprudenza?* in *Riv. dir. proc.* 2016, 302 ss., spec., 306 ss.; R. Tiscini, *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* a cura di Sergio Chiarloni, Bologna 2016, sub art. 34, 172 ss.

stabilità delle decisioni giudiziarie; di quello di armonizzazione e concentrazione delle stesse; del principio di effettività della tutela; del principio di giustizia delle decisioni, ma anche di quello di economia processuale, inteso alla luce del giusto processo e quindi come volto ad evitare la moltiplicazione seriale dei processi e ad offrire alle parti una soluzione complessiva già nel primo procedimento; infine, il principio del rispetto della risorsa giustizia, in quanto risorsa limitata; quello di lealtà e probità processuale; e non ultimo il principio di uguaglianza formale tra le parti ⁽²⁾.

Alla luce di questi principi, posti dalle Sezioni Unite come premesse, risulta obbligata l'opzione che deve guidare le soluzioni interpretative a favore di una «decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio. Una decisione tendenzialmente caratterizzata da stabilità, certezza, affidabilità temporale, coniugate con valori di sistema della celerità e giustizia. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito» ⁽³⁾.

2. – Chiarita l'importanza della scelta valoriale quale premessa di ogni discorso relativo all'interpretazione delle norme processuali e all'adozione di soluzioni sistematiche, e condivisa nella sostanza la conclusione sul punto raggiunta dalle Sezioni Unite, che obbliga, peraltro, ad una continua ricerca di equilibri tra valori spesso in conflitto tra loro, che possono variare nel tempo in considerazione della mutevolezza delle esigenze contingenti, veniamo alla sentenza qui annotata per rilevarne i profili di interesse. È sulla statuizione con la quale la Cassazione ha respinto il primo motivo di ricorso che ci si soffermerà, senza entrare nel merito di altri aspetti, pur certamente interessanti, come quello che attiene alla vicenda sostanziale che ha occasionato la pronuncia. E così non ci si occuperà del contenuto e della causa dei contratti di *interest rate swap*, né della «qualificazione dei derivati OTC in termini di scommessa legalmente autorizzata».

La prima questione che si pone, in considerazione del caso di specie e delle riflessioni che esso suggerisce, riguarda allora proprio l'individuazione dell'oggetto della «vicenda processuale».

(2) Cfr. il § 4.3 della sentenza delle Sezioni Unite n. 26242/2014.

(3) Cfr. il §4.4.1 della sentenza sopra citata.

Come si legge nella sentenza, «in prime cure gli attori avevano domandato la declaratoria di nullità dei contratti di *interest rate swap*» conclusi con la Banca convenuta, deducendo la violazione delle prescrizioni circa gli obblighi informativi dell'intermediario, l'adeguatezza dell'investimento, il conflitto di interessi.

Essi, dunque, hanno esercitato quell'azione di nullità contrattuale prevista dagli artt. 1421 e s. c.c., che legittima la domanda di quale sia il suo oggetto: ad essa si cercherà di offrire una risposta.

Al riguardo e con una visione d'insieme, occorre osservare come, che oggetto del processo di cognizione sia il diritto soggettivo, è dato ormai acquisito al dibattito dottrinale⁽⁴⁾; ed altrettanto può dirsi con riferimento alla possibilità che l'accertamento mero, come una delle possibili richieste di tutela, abbia un oggetto, in casi particolari, diverso⁽⁵⁾.

(4) I temi trattati in questa nota necessiterebbero di essere accompagnati da un supporto bibliografico che non è possibile riportare, volendo evitare la ridondanza e nel rispetto delle esigenze editoriali. Si è quindi optato, consapevoli dei limiti della scelta, di citare solo la dottrina processual-civiltistica più recente. E così si veda sul punto: A. Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Art. 2907, in *Il Codice Civile Commentato* fondato da P. Schlesinger diretto da D. Busnelli, Milano 2018, 49 ove l'a. rileva come «la ricerca sull'oggetto del processo – di chiara impostazione pandettistica – sia ancora troppo legata ad un vetero sistema orientato sull'azione da un lato e, dall'altro, subisca quella che si può definire la deviazione ottica determinata dal concetto di pretesa». Per Chizzini il centro della scena deve essere riconosciuto al diritto soggettivo, ed è su tale entità che deve essere strutturato il sistema della tutela giurisdizionale così come imposto dall'art. 24 Cost., dall'art. 2907 c.c. e dall'art. 99 c.p.c. Chizzini, in *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano 2018, 54, precisa che, essendo il diritto soggettivo sempre l'espressione ellittica di un determinato effetto posto dalla norma al verificarsi di una fattispecie, oggetto del processo è la questione circa l'esistenza o l'inesistenza di quei specifici effetti posti dalla norma speciale e riassunti nell'espressione «situazione giuridica sostanziale». Per E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino 2016, 199, «a tutt'oggi, pur vivendosi in un periodo storico di rivalutazione del momento giurisprudenziale del diritto, rimane un'affermazione valida per tutte e tre le tipologie di tutela dichiarativa quella secondo cui, di regola, la *res in iudicium deducta* coincide con la situazione giuridica soggettiva di cui l'attore si afferma titolare». Ritiene A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 365, che oggetto di accertamento giurisdizionale sia «il diritto soggettivo, dedotto in quella sua specificazione, che è costituita dalla singola posizione semplice di facoltà o di dovere, su cui ha inciso l'illicito». Sul punto v. anche D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino 2008, 31 ss.

(5) Per A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 399, «oggetto del processo di mero accertamento possono essere soltanto diritti e rapporti giuridici che qualificano interessi, suscettibili di essere pregiudicati dall'incertezza relativa all'esistenza della situazione giuridica posta a loro protezione». Dunque per l'a., in presenza di uno stato di incertezza relativo alla loro esistenza, possono certamente essere oggetto di un processo di mero accertamento, i diritti assoluti, in specie di carattere reale, e i rapporti obbligatori fondamentali o complessi. Tradizionalmente si esclude che possano essere oggetto di accertamento i meri fatti, ecce-

Più precisamente, nel caso dell'azione volta a far dichiarare la nullità del contratto *ex artt.* 1421 e s. c.c. non vi è dubbio che ci si trovi di fronte ad un'azione di accertamento, dovendosi considerare superata la tesi che riteneva, invece, si trattasse di azione costitutiva⁽⁶⁾.

I dubbi riguardano, invece, proprio l'individuazione dell'oggetto della stessa, variamente ricostruito in dottrina⁽⁷⁾.

A me pare che oggetto della pronuncia sia la fattispecie contrattuale in merito alla quale viene dichiarata, in presenza di una causa di nullità, la sua incapacità di produrre effetti vincolanti tra le parti contraenti e dunque la sua inidoneità ad essere fonte di diritti ed obblighi reciproci. In altre parole, si potrebbe dire che oggetto dell'azione è la vicenda sostanziale rappresentata dalla conclusione di un contratto che il giudice dichiara non aver prodotto effetti. Se è vero che dal contratto nasce un fascio di diritti ed obblighi fisiologici, a seconda del contenuto dello stesso, si potrebbe anche concludere dicendo che oggetto della sentenza è l'accertamento

zion fatta per la querela di falso e la verifica di scrittura privata, o un'astratta norma di diritto. Peraltro, D. Dalfino, *Questioni di diritto*, cit., 226, configura la possibilità di un accertamento di fattispecie preliminare (norma-fatto), precisando che la soluzione della questione di diritto non può consistere in un mero quesito giuridico, «ma nell'individuazione della portata della norma in relazione al fatto concreto, in vista della soddisfazione di una determinata situazione sostanziale ritenuta meritevole dall'ordinamento». Come noto, si discute in merito all'ammissibilità dell'azione di accertamento negativo: sul punto si rinvia alla trattazione e ai riferimenti bibliografici contenuti nelle note di A. Chizzini, *La tutela*, cit., 659 ss., oltre che alle monografie di A.A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006 e C. Cariglia, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino 2013.

⁽⁶⁾ Tesi sostenuta da A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1979, 620 s., argomentando che anche l'atto nullo produce effetti, per quanto minori, che solo una sentenza costitutiva potrebbe eliminare; criticata da E.F. Ricci, *Sull'accertamento della nullità e sulla simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in questa *Rivista* 1994, 655 nota 8, e riconsiderata dallo stesso A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in questa *Rivista* 1991, 92 e ss., ove afferma che è pacifico che oggetto dell'azione di nullità sia l'accertamento negativo delle situazioni soggettive che si pretendono sorte dal contratto.

⁽⁷⁾ È così se per E. F. Ricci, *Sull'accertamento*, cit., 655, la domanda volta a far dichiarare la nullità di un contratto avrebbe ad oggetto eccezionalmente una situazione giuridica «preliminare», che non può essere descritta «come diritto soggettivo o rapporto giuridico, ma soltanto come premessa dalla quale l'esistenza o l'inesistenza di diritti o rapporti può essere desunta», per il suo Maestro E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 1980, 159 s., premesso che l'azione di accertamento ha per scopo quello di eliminare l'incertezza intorno all'esistenza, inesistenza o modalità di un rapporto giuridico, caso tipico sarebbe proprio quello della sentenza che dichiara la nullità di un contratto. Ricostruisce il dibattito sia A. Chizzini, cit., 668, sia M. A. Comastri, *L'azione di simulazione proposta dal terzo. Presupposti, funzione e oggetto*, Pisa 2018, 34 e ss., alle cui note si rinvia per precisi riferimenti bibliografici. Sul punto v. anche D. Volpino, *Introduzione della causa, Art. 163-174*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna 2019, sub art. 163, 137.

negativo⁽⁸⁾ dell'esistenza di tutte queste situazioni giuridiche sostanziali attive e passive, fermi restando l'esistenza del diritto restitutorio della prestazione indebitamente eseguita e gli effetti dell'usucapione (art. 1422 c.c.). Ma, ciò detto, pare certamente soluzione più convincente quella di ritenere che oggetto del giudizio sia in questo caso il rapporto contrattuale inteso nella sua valenza giuridica e non come semplice fatto e/o atto, ma come «rapporto giuridico fondamentale, ovvero come rapporto di cornice che abbraccia quei determinati effetti giuridici che possono nascere dal contratto»⁽⁹⁾.

3. – Se questo è l'oggetto dell'azione di nullità contrattuale, si tratta di capire ora se essa è introdotta da una domanda autodeterminata o eterodeterminata⁽¹⁰⁾, ammesso e non concesso che questa distinzione abbia ancora la sua ragion d'essere: vi è, infatti, chi ne dubita fortemente⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ S. Menchini, *Nullità contrattuale e processo*, scritto destinato agli Studi in Memoria di Franco Cipriani, e letto in bozza, a proposito dell'azione di nullità esercitata in via principale, afferma che è di accertamento negativo perché con essa l'attore chiede al giudice «che sia dichiarata la nullità del negozio, che questo non ha generato effetti giuridici e che, di conseguenza, il rapporto contrattuale non esiste (o, meglio, che non è mai sorto)», e ancora, «il giudizio ha per oggetto non semplicemente la nullità/non nullità del contratto, ma il rapporto giuridico complesso scaturente dal negozio impugnato, l'insieme delle situazioni soggettive da questo generate».

⁽⁹⁾ Così C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2017, 54.

⁽¹⁰⁾ Sulla distinzione cfr. C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 140, che afferma essere autodeterminati i diritti e le correlative domande giudiziali che sono individuati anche a prescindere dal titolo e dal fatto acquisitivo, come la proprietà e i diritti assoluti a contenuto non patrimoniale; eterodeterminati sono i diritti e le domande che, per la loro virtuale molteplicità tra le stesse parti e sullo stesso oggetto, esigono invece – per distinguersi da ogni altro diritto dello stesso tipo – il concorso dell'indicazione di un certo specifico titolo acquisitivo. Tali sono i diritti reali di garanzia e i diritti di obbligazione ad una prestazione di genere. Ma l'autore che più ha sviluppato la distinzione è A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al cod. di proc. civ.* diretto da E. Allorio, II, Torino, 1980, 177 ss., 186 ss., che contrappone le domande che esauriscono l'individuazione del loro contenuto con l'indicazione dei soggetti e del *petitum*, inteso sia come tipo di tutela invocata, sia come effetto giuridico per cui si agisce (*domande autodeterminate*), a quelle per le quali è necessaria anche l'indicazione dell'accadimento storico generatore della situazione giuridica fatta valere (*domande eterodeterminate*).

⁽¹¹⁾ A. Chizzini, *La tutela*, cit., 451, afferma di dover in parte superare l'insegnamento oggi prevalente che distingue tra *domande eterodeterminate* ed *autodeterminate* in funzione del ruolo giocato dalla *causa petendi*, ovvero dal fatto generatore del diritto, che non costituirebbe elemento necessario per identificare la domanda giudiziale, essendo sufficienti al riguardo i soggetti e il contenuto del diritto; salvo per situazioni particolari, per le quali sarebbero decisive le opzioni di diritto positivo, ovvero quando la deduzione del fatto incide sulla determinazione dell'oggetto del processo (cfr. p. 466).

Anche in questo caso è opportuno innanzitutto ricordare i punti di approdo del dibattito dottrinale, e così come la centralità riconosciuta al diritto soggettivo, quale oggetto del processo, abbia comportato che il tema dell'individuazione non venga più riferito all'azione, ma alla domanda giudiziale; e poiché essa è il veicolo formale con il quale si chiede la tutela di un proprio diritto soggettivo che si afferma essere stato leso, è dunque a questa che bisogna guardare per fissare, in base al principio della domanda⁽¹²⁾, ciò che viene richiesto al giudice, ovvero quel «bene della vita» che costituisce il fine ultimo dell'agire processuale⁽¹³⁾.

In questa prospettiva, cercando di semplificare al massimo il dibattito che ha visto, sulla scia della dottrina tedesca, contrapporsi la tesi della sostanziazione a quella dell'individuazione⁽¹⁴⁾, si tratta di circoscrivere il

(12) Da ultimo ricostruisce il dibattito dottrinale sul fondamento del principio della domanda, distinto da quello dispositivo in senso proprio e che ha visto i contributi oltre che di T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in Onore di E. Redenti*, II, Milano 1951, p. 695 ss.; di E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in questa *Rivista* 1960, 551 ss.; e di M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, II, Milano 1962, *passim*, Chizzini, *La tutela*, cit., 111 e s. che riporta ad unità tali principi, quali distinte facce di una stessa medaglia: «quella della necessità per l'ordinamento a fronte del potere d'azione d'assicurare appieno e con ogni mezzo l'indipendenza del giudice sul piano della dinamica processuale, la quale costituisce la nota distintiva della figura del giudice, a muovere dall'attivazione del giudizio fino al completarsi del procedimento». Quanto all'art. 115 c.p.c., afferma al riguardo M. Taruffo, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* a cura di Sergio Chiarloni, Bologna 2011, *sub* art. 115 c.p.c., 470, che la norma non enuncia il principio dispositivo in materia di prove, ma il più limitato divieto per il giudice di utilizzare la propria scienza privata, come del resto già sostenuto da V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli 1957, 334.

(13) Dal canto mio, continuo a ritenere, come già in passato sostenuto (cfr. M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004, 155 ss.) che il principio della domanda sia espressione del principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, nel senso che colui che si afferma titolare del diritto è libero di agire o meno in giudizio per chiederne l'accertamento, come modo di disporre dello stesso. In questo senso cfr. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, XXVI ed., Torino 2017, 96, i quali, riprendendo l'insegnamento di Carnacini sopra citato, affermano che il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale starebbe a monte del processo e troverebbe immediata correlazione in un principio che invece già appartiene al processo come quello della domanda. Ma, d'altra parte e guardando alla tecnica con la quale l'ordinamento struttura l'esercizio del potere giurisdizionale, non si può non ritenere necessario l'impulso di parte, che si esercita con la domanda giudiziale, quale garanzia posta all'imparzialità del giudice.

(14) Su queste tesi v. per tutti A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., *sub* art. 112 c.p.c., 60 ss., A. Chizzini, *La tutela*, cit., 222; Id., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., 22; E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, 28 ss.

compito affidato a colui che assume l'iniziativa di adire il giudice perché la sua domanda⁽¹⁵⁾ possa considerarsi ammissibile⁽¹⁶⁾.

Non è certo questa la sede per affrontare *funditus* temi così complessi; ciò nonostante si può tentare di fare chiarezza su quella che appare l'attuale linea di tendenza del sistema. Ed allora, condivisibile pare l'affermazione secondo la quale occorre tener distinto il piano dell'affermazione del proprio diritto compiuta con la domanda giudiziale, che attiene alla sua ammissibilità, da quello dell'accertamento di merito operato dal giudice ai fini della decisione, che attiene alla sua fondatezza⁽¹⁷⁾.

Ora, a me sembra che chi agisce in giudizio, nel rispetto di quanto richiesto dall'art. 163 c.p.c., che fornisce i requisiti di forma contenuto dell'atto di citazione, ed alla luce di quanto disposto dall'art. 164, che ne sancisce i casi di nullità⁽¹⁸⁾, debba narrare una vicenda storica, valorizzando all'interno della stessa quei fatti che, essendo stati selezionati dalla norma sostanziale, generale ed astratta, vanno a costituire la fattispecie giuridica dalla quale nasce come effetto il diritto azionato⁽¹⁹⁾.

A questa prima considerazione si può aggiungere che, se rispetto ai fatti allegati⁽²⁰⁾ sussiste un monopolio delle parti⁽²¹⁾, che trova la sua

(15) Per A. Chizzini, *La domanda giudiziale*, cit., 9, la domanda è atto normativo «nel significato attribuito a tale qualificazione da Allorio, ossia di un atto che assume nel proprio tenore letterale la programmazione degli effetti a cui aspira ed è espressione di un potere esclusivo dell'attore».

(16) Osserva al riguardo A. Chizzini, *La domanda*, cit., 28, come la lettera dell'art. 164, 4° comma, c.p.c., escludendo la nullità della citazione per vizi attinenti alla *edictio actionis* per mancanza dell'indicazione degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, consideri la domanda ritualmente introdotta e quindi ammissibile anche quando manchi la qualificazione giuridica del fatto, purché emerga senza equivoci il diritto fatto valere.

(17) Così A. Chizzini, *ult. loc. cit.*

(18) Su queste norme v. da ultimo D. Volpino, *Introduzione della causa*, cit., *sub* artt. 163 e 164, 1-311.

(19) Osserva D. Dalfino, *Questioni di diritto*, cit., 32, che «nel processo i diritti vengono dedotti attraverso l'allegazione dei fatti, i quali, sussunti nelle previsioni della norma giuridica astratta, sono ritenuti produttivi o no degli effetti giuridici richiesti».

(20) Sul dibattito relativo alla riconducibilità dell'allegazione di un fatto in giudizio ad una dichiarazione di volontà o, invece, ad una dichiarazione informativa o di scienza cfr.: A. Carratta, A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., *sub* art. 112, 18 nota 9.

(21) Sul potere monopolistico delle parti di allegazione dei fatti di causa cfr. A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., *sub* art. 112, 26 ss. Per l'a. il potere di allegazione dei fatti di causa deve essere inquadrato nel principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, ma non avrebbe nulla a che vedere con l'autonomia privata sostanziale. Esso sarebbe il frutto di una scelta di opportunità finalizzata a responsabilizzare chi agisce nell'individuazione dei fatti rilevanti quale soggetto che meglio li conosce, oltre che a garantire la serenità di valutazione necessaria per il giudice. Carratta cita la *Relazione*

giustificazione primaria nella necessità di garantire l'imparzialità del giudice⁽²²⁾, non altrettanto può dirsi con riferimento alla qualificazione giuridica della fattispecie oggetto del giudizio, rispetto alla quale vige il principio *iura novit curia*⁽²³⁾.

Peraltro, giova osservare come l'individuazione della domanda si collochi nel momento iniziale del processo, non solo al fine di circoscriverne l'oggetto, ma anche per consentire il prodursi degli effetti processuali e sostanziali della stessa⁽²⁴⁾; e così basti osservare che, anche se pare considerazione ovvia, perché si produca l'effetto sospensivo e interruttivo della prescrizione occorre indicare di quale diritto si tratti⁽²⁵⁾.

al c.p.c. laddove affermato che «il domandare è psicologicamente incompatibile con il giudicare».

⁽²²⁾ Non pare, infatti, che tale potere monopolistico di allegazione dei fatti sia espressione, come il principio della domanda, prima di tutto del principio di disposizione della tutela giurisdizionale. Cfr. sul punto A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., sub art. 112, 36 ss. Osserva al riguardo D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, 29, che l'esigenza di imparzialità del giudice impone che nei processi aventi ad oggetto diritti disponibili, l'allegazione dei fatti costitutivi sia rimessa esclusivamente alle parti, con il divieto di scienza privata che si sostanzia nell'impedire al giudice di cercare *sua sponte* fatti fuori del processo, e di utilizzare il suo sapere privato, ma non di prendere in esame e di valutare nella loro efficacia fatti che risultino acquisiti al processo. Ma sul punto v. anche oltre nel testo e in nota.

⁽²³⁾ Affermano A. Carratta, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, cit., 99, che per quanto concerne il diritto il giudice è libero di applicare la norma che più si adatta al caso concreto, ossia di modificare la qualificazione giuridica o il *nomen juris*. Ciò si ricaverebbe dall'art. 113 c.p.c., in quanto esso, nell'enunciare che il giudice deve seguire le norme di diritto, si riferisce a tutte le norme e non solo a quelle richiamate nella domanda. Si tratta della tesi sostenuta da C. Micheli, *Jura novit curia*, in questa *Rivista* 1967, 575 e da E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 81. Afferma quest'ultimo a. che il giudice non può «soffrire limitazioni nella ricerca e nella conoscenza della norma giuridica, la cui attuazione è lo specifico compito della sua funzione», citando a fondamento del principio *iura novit curia*, oltre all'art. 113 c.p.c., anche l'art. 101 della Cost. che pone il vincolo del giudice alla legge. *Contra*: E. Grasso, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto* da E. Allorio, I, 2, cit., 1262 e note.

⁽²⁴⁾ Sulla rilevanza pratica della individuazione della domanda sul piano processuale e sostanziale cfr. C. Consolo, *Spiegazioni*, cit., 135 e s.

⁽²⁵⁾ È così che, a seguito dei più recenti insegnamenti delle Sezioni Unite, che hanno ampliato la possibilità di modificare la domanda nel corso del giudizio (cfr. Cass. 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corr. giur.* 2015, 961 ss. con nota adesiva di C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*; in questa *Rivista* 2016, 807 ss. commentata da E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado* e in *Foro it.* 2015, I, 3190 ss., da A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*), si pone il problema del momento in cui decorrono gli effetti sostanziali e processuali, che non sarebbe quello in cui si è aperto il giudizio: cfr. E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio*, cit., 217, per la quale nel caso, invece, di *emendatio libelli*, che consiste in un mero mutamento di qualificazione giuridica, il diritto dedotto in

In questa fase, e dunque nella fase introduttiva del processo, l'inquadramento giuridico, operato dal soggetto che ha assunto l'iniziativa processuale, dei fatti allegati come produttivi di una situazione giuridica sostanziale tutelabile, può considerarsi una mera «ipotesi» sottoposta al vaglio del giudice, conoscitore e depositario del diritto, che verrà sviluppata nella dinamica del contraddittorio processuale, che deve essere sempre garantita, non solo tra le parti, ma altresì tra le parti e il giudice⁽²⁶⁾, come avremo modo di verificare anche alla luce della pronuncia che qui si commenta.

Ma l'individuazione della domanda serve anche a fissare cosa, rispetto al contenuto della stessa, possa essere modificato o precisato nel corso del processo, considerato che, l'oggetto del giudizio non può variare secondo quello schema concettuale semplificato per cui oggetto della domanda, oggetto del processo e oggetto del giudicato devono coincidere, anche se solo tendenzialmente, poiché trattasi di «cerchi concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili»⁽²⁷⁾.

Agevola il compito la distinzione generalmente operata dalla dottrina tra domande e/o diritti eterodeterminati o autodeterminati della quale si sta dicendo, e che poggia sul diverso ruolo giocato dalla *causa petendi* anche nelle fasi successive a quella dell'individuazione della domanda proposta; il che significa chiedersi fino a quando sia possibile allegare

giudizio non si modifica e dunque gli effetti sostanziali e processuali decorrono dalla domanda originaria. Così nel caso di domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno per responsabilità contrattuale, riqualficata dal giudice in applicazione del principio *iura novit curia* come extracontrattuale: per l'a. (p.190) non si potrebbe infatti pretendere che, per giovare degli effetti della prescrizione, l'attore oltre ad esercitare il proprio diritto giudizialmente, lo qualifichi anche correttamente.

⁽²⁶⁾ A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., *sub* art. 112, 77, afferma al riguardo: «L'allegazione della realtà fattuale, dunque, viene effettuata nel momento in cui viene avanzata una domanda (ma lo stesso fenomeno vale per l'eccezione) sulla base di un'ipotesi di qualificazione giuridica della stessa che consente di stabilire una relazione ('non immobilizzata nella sua formulazione iniziale') tra questa realtà ed una norma giuridica. È questa realtà fattuale che delimita il limite decisorio del giudice, non l'ipotesi di sua qualificazione giuridica proposta da colui che avanza la domanda o l'eccezione, la cui correttezza va verificata all'esito dello svolgimento dell'attività processuale, ivi inclusa la possibilità di modificare la domanda iniziale». Sul punto cfr. anche A. Chizzini, *La tutela*, cit., 384 e già Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, VII, § 15.

⁽²⁷⁾ Cfr. il § 5.4 della sentenza delle Sezioni Unite n. 26242/2014, ove si ricorda che anche gli autori che propugnano l'assoluta identità, convengono poi con l'affermazione secondo la quale, soprattutto in caso di pronuncia di rigetto, la reale portata del giudicato è determinata dai motivi della decisione. Inoltre la possibilità per il giudice di definire il processo sulla base della ragione più liquida impedisce la sovrapponibilità dell'oggetto del processo all'oggetto del giudicato.

un fatto costitutivo nuovo, necessario per dimostrare la fondatezza della richiesta formulata. Infatti, se l'allegazione del fatto costitutivo non è mai necessaria per individuare il diritto fatto valere quando trattasi di diritto autoindividuato, ciò non toglie che nella fase di trattazione tale fatto debba essere posto ad oggetto di accertamento e prova perché la pretesa azionata possa essere accolta⁽²⁸⁾.

Il perno intorno al quale ruota la questione è dunque stabilire quando l'allegazione di un fatto costitutivo diverso rispetto a quello eventualmente indicato nella domanda, in una fase successiva del processo, non comporti una modifica dell'oggetto del giudizio tale da configurare una domanda nuova inammissibile perché preclusa.

Tenuto conto della possibilità di descrivere il processo di cognizione come articolato in stadi progressivi presidiati da preclusioni⁽²⁹⁾, si è sostenuto che l'ultimo momento utile per introdurre fatti nuovi debba essere rappresentato dalle memorie *ex art. 183, 6° comma c.p.c.*⁽³⁰⁾.

Al riguardo è però necessario fare una precisazione che sarà utile per quanto si dirà nel prosieguo, in ragione della vicenda processuale che ha occasionato queste note.

E così, non sembra si possa escludere che fatti già introdotti in causa possano essere diversamente valorizzati nel corso del giudizio, ed anche in appello⁽³¹⁾, quand'anche non si dovesse sposare la tesi più liberale e per noi più convincente, secondo la quale «le nuove allegazioni di fatto (siano esse integranti nuove eccezioni in senso lato o modifiche di domande o di eccezioni in senso stretto) devono ritenersi ammissibili in appello in ragio-

⁽²⁸⁾ Sul punto cfr. C. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, cit. 73; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 9^a ed., Milano 2017, 9.

⁽²⁹⁾ Così C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 140.

⁽³⁰⁾ *Contra*: A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., *sub art.* 112, 120, per il quale le uniche modificazioni consentite dall'art. 183 c.p.c. alla domanda originaria sono quelle che lasciano intatta la *causa petendi*, sia quando la domanda si fondi su diritti autodeterminati, sia quando si fondi su diritti eterodeterminati. Afferma S. Menchini, *Nullità contrattuale e processo*, cit., con riferimento alla fattispecie in esame, che «la deduzione di una ragione di nullità diversa da quella posta a sostegno della domanda originaria costituisce una mera *emendatio libelli*, che l'attore, nel giudizio ordinario di cognizione, in attuazione dello *ius variandi*, può porre in essere entro la prima memoria dell'art. 183, 6° comma. In modo corrispondente, il giudice, avendone il potere, non viola l'art. 112 c.p.c., se fonda l'accoglimento dell'azione di nullità su un titolo differente da quello prospettato dalla parte».

⁽³¹⁾ Lamenta C. Consolo, *ult. loc. cit.*, come invece la giurisprudenza di legittimità ammetta in ragione della natura autodeterminata del diritto e così della domanda, la possibilità di allegare per la prima volta in appello fatti costitutivi del diritto di proprietà.

ne di quanto prevede espressamente per le prime il 2° comma dell'art. 345 c.p.c. senza particolari condizioni e quindi del tutto liberamente»⁽³²⁾.

4. – Vediamo allora di applicare quanto detto al caso di cui ci occupiamo, ovvero l'azione di nullità: si tratta di capire se con il suo esercizio si introduca una domanda autodeterminata, il che significa che tutte le cause di nullità devono essere fatte valere nel giudizio, con la conseguenza che modificare il titolo che giustifica la richiesta non muta l'oggetto dello stesso, e che il giudicato di rigetto copre tutte le possibili ragioni per ottenere la dichiarazione di improduttività degli effetti del contratto.

La questione è stata affrontata dal provvedimento in esame, riprendendo l'ormai noto insegnamento impartito dalle Sezioni Unite con le famose sentenze gemelle del 2014⁽³³⁾, secondo il quale «la domanda di accertamento della nullità negoziale risulta essere soggetta a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento dei diritti autodeterminati inerenti a situazioni giuridiche assolute, sicché il giudizio relativo alla nullità del negozio risulta essere indipendente dai titoli di nullità fatti valere dall'attore»⁽³⁴⁾.

Peraltro, la sentenza in esame si è pronunciata in un caso di riproposizione in appello della domanda di accertamento della nullità contrattuale, accolta dal giudice di secondo grado per un motivo diverso da quello dedotto. E così se in prime cure «gli attori avevano domandato la declaratoria di nullità dei contratti di *interest rate swap* avendo riguardo ai profili afferenti la violazione delle prescrizioni circa gli obblighi informativi

⁽³²⁾ È quanto sostenuto da E. Merlin, *Indispensabilità delle prove e giudizio d'appello*, in questa *Rivista* 2019, 557 s., la quale aggiunge che la nuova prova dei fatti con esse dedotti deve ritenersi in sé ammissibile per prevalenti esigenze di sistema e di coerenza, al di fuori del quadro del 3° comma dell'art. 345.

⁽³³⁾ Sopra citate e sulle quali cfr. la nota 1.

⁽³⁴⁾ Come ricorda C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 143 e s., diverso era l'orientamento della giurisprudenza di legittimità prima del 2014 in tema di qualificazione della domanda di accertamento della nullità contrattuale. Essa veniva, infatti, considerata come eterodeterminata, con la conseguenza che al giudice era precluso, di fronte ad una domanda fondata sulla carenza di forma, rilevare d'ufficio *ex art. 1421 c.c.* un motivo di nullità diverso da quello fatto valere dalla parte, come la contrarietà a norme imperative, pur se esso emergeva dal materiale di causa. Si sarebbe, infatti, trattato di una domanda nuova e diversa da quella *ab origine* proposta dalla parte perché fondata su un motivo diverso: cfr. Cass. 19 giugno 2008, n. 16621; Cass. 8 gennaio 2007, n. 89. Dal canto loro le Sezioni Unite nel 2014 ricordano come «questo orientamento fosse stato oggetto di molteplici e penetranti rilievi critici da parte della dottrina, concorde nel ritenere che la domanda di nullità negoziale, volta all'accertamento negativo della non validità del contratto, si identifichi in ragione di tale *petitum*, consentendo ed anzi imponendo al giudice di accertarne tutte le sue possibili (ed eventualmente diverse) cause».

dell'intermediario, l'adeguatezza dell'investimento, il conflitto di interessi», domande riproposte in secondo grado», il giudice d'appello ha, invece, «accertato la nullità dei due contratti per difetto della causa (art. 1418, comma 2, c.c.) e per la non meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, giusta l'art. 1322, comma 2, c.c.». Non per questo, secondo la Corte di cassazione, la sentenza del giudice di secondo grado può dirsi viziata per violazione degli art. 99 e 112 c.p.c.

Cominciamo allora con l'osservare che sia il principio della domanda, sia la sua applicazione dinamica, nella quale si concretizza il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, consacrati nelle norme evocate⁽³⁵⁾, certamente si applicano anche alle fasi di gravame⁽³⁶⁾.

Dunque e in prima approssimazione non mi pare si possa dubitare della correttezza della decisione adottata dalla Cassazione sul punto, che risulta tanto più condivisibile laddove i giudici di legittimità non configurano violati tali principi nell'aver il giudice d'appello reso la riproposta declaratoria di nullità sulla base di una causa diversa da quella invocata.

Ed infatti, si tratta di una logica conseguenza dell'aver qualificato la domanda di nullità contrattuale come autodeterminata, sicché chi propone la relativa domanda di accertamento persegue quale «bene della vita» la dichiarazione giudiziale di improduttività degli effetti dell'accordo negoziale, mettendo in gioco tutti i possibili titoli che legittimano l'accoglimento della stessa.

Dunque, e correttamente, si deve ritenere che il giudice non violi il principio della domanda e neppure quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato se nel dichiarare la nullità di un contratto, la fonda su di un titolo diverso da quello dedotto dall'attore, ovvero come nel caso di specie, sull'assenza di una causa meritevole di tutela nell'accordo contrattuale stipulato tra i clienti e la banca.

⁽³⁵⁾ Sul rapporto tra principio della domanda e principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato v. A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, sub art. 112, 12 ss.

⁽³⁶⁾ Per A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., sub art. 112, p. 52 e s., quanto all'applicazione dell'art. 112 c.p.c. anche alle fasi di gravame, «essa appare come necessario corollario del loro assoggettamento al principio della domanda». D'altra parte per l'a. l'applicazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato anche in sede d'impugnazione, non impedirebbe al giudice del gravame di rendere la pronuncia richiesta in base alla qualificazione giuridica dei fatti di causa ed all'applicazione di una norma giuridica diversa da quella invocata dalla parte.

5. – Ora, le conclusioni raggiunte necessitano di essere collocate in quadro di riferimento più completo a garanzia di una miglior coerenza sistematica.

E così occorre precisare che è pur sempre necessario che le circostanze e i fatti, che fondano la ragione di nullità dichiarata dal giudice, siano stati introdotti in giudizio dalle parti nel rispetto del sistema di preclusioni⁽³⁷⁾, anche se non rileva di chi sia stata l'iniziativa, se dell'attore o del convenuto⁽³⁸⁾, o comunque risultino dagli atti di causa in applicazione del principio di acquisizione processuale⁽³⁹⁾.

Ciò significa aderire all'opinione di chi ritiene che, nel caso di diritti rispetto ai quali i fatti costitutivi non hanno funzione individuatrice, come nel caso di diritti oggetto di domanda autodeterminata, quale si è detto essere quella volta all'accertamento della nullità contrattuale, il giudice possa rilevarli d'ufficio se emergono dagli atti di causa⁽⁴⁰⁾.

Sembra essere proprio quello che è accaduto nel caso in esame, nel quale la conclusione raggiunta dai giudici di secondo grado pare fondarsi sulla lettura, interpretazione e qualificazione degli accordi contrattuali, e dunque non ha comportato neppure una presa di posizione sul punto se sia ammissibile l'introduzione di fatti nuovi in appello⁽⁴¹⁾.

⁽³⁷⁾ Sul quale v. peraltro quanto sopra si è detto in merito alla possibilità di allegare fatti nuovi in appello.

⁽³⁸⁾ Osserva sul punto A. Carratta, *Poteri del giudice*, cit., sub art. 112 c.p.c., 160, che in ragione della correlazione tra principio della domanda e salvaguardia della terzietà e imparzialità del giudice, egli deve attenersi alle allegazioni fattuali delle parti e non può andare alla ricerca di sua iniziativa di fatti rilevanti per la decisione, potendo solo rilevarli d'ufficio nel senso di consentire che producano effetti anche d'ufficio nei limiti in cui lo consente lo stesso art. 112 c.p.c.

⁽³⁹⁾ E. Merlin, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, 336 ss., precisa al riguardo che per tutti i fatti giuridici, compresi dunque quelli costitutivi, il potere di accertamento del giudice non è condizionato alla presenza di una specifica iniziativa della parte a cui favore si rivolge la loro efficacia, purché essi non valgano ad individuare l'oggetto del giudizio. Il principio dispositivo imporrebbe soltanto che il fatto giuridico sia affermato da una qualsiasi delle parti, oppure emerga dagli atti di causa o dalle prove esperite in applicazione del principio di acquisizione processuale. Sul punto richiama il pensiero di E.T. Liebman, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in questa *Rivista* 1960, 450, per il quale il principio dispositivo «vieta, bensì, al giudice di andare a cercare di sua iniziativa» i fatti rilevanti per la decisione, ma non «distingue tra l'una e l'altra parte del processo». Sul principio di acquisizione cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, cit., 238.

⁽⁴⁰⁾ Si veda l'opinione di E. Merlin riportata alla nota precedente. *Contra*: A. Carratta, *Poteri del giudice*, cit., sub art. 112 c.p.c., 162 s.

⁽⁴¹⁾ Per B. Gambineri, *Mutato ed emendatio libelli in appello*, in questa *Rivista* 2019, 708, «che l'apertura di un potere in appello debba essere inteso in senso pieno, che riquadrificare una fattispecie o proporre un'eccezione rilevabile d'ufficio nuova significhi poter allegare per la prima volta i fatti che ne costituiscono il fondamento, e che ad esso debba

Quanto al giudicato di rigetto della richiesta di declaratoria di nullità, occorre ribadire che esso accerta l'esistenza del rapporto contrattuale e la sua produttività di effetti e preclude la possibilità di far valere altre cause di nullità del rapporto, coprendo il dedotto e il deducibile⁽⁴²⁾.

6. – Vi è un altro punto della sentenza in esame che merita di essere letto alla luce di quanto sopra si è cercato di chiarire sul piano sistematico, per evitare possibili equivoci interpretativi, nei quali in prima battuta si può incorrere in considerazione dell'estrema sinteticità delle affermazioni utilizzate dai giudici di legittimità su questioni che invece avrebbero meritato più spazio argomentativo.

La Cassazione, a sostegno della decisione di rigetto del motivo di ricorso fondato sulla violazione degli art. 99 e 112 c.p.c., utilizza il seguente argomento: «se è vero che la nullità rilevata dal giudice del gravame è diversa rispetto a quella dedotta dagli istanti, è altrettanto vero che alla Corte d'Appello non era precluso il rilievo officioso di una tale nullità».

Il punto, che tocca questioni di cui ci siamo già sopra occupati, merita un attento esame anche alla luce dei più recenti insegnamenti delle Sezioni Unite. Esse, nelle più volte citate sentenze gemelle, hanno avuto modo di precisare che «a fronte di una domanda di accertamento e declaratoria di nullità del contratto, sussiste sempre l'imprescindibile potere-dovere del giudice di rilevare anche d'ufficio i diversi motivi di nullità non allegati dalla parte *ex art.* 1421 c.c., poiché il rilievo non avrà più ad oggetto un'eccezione, ma un ulteriore titolo della domanda, in forza del quale essa potrà trovare legittimo accoglimento a condizione che la diversa causa di nullità emerga dalle rituali allegazioni delle parti o dalle produzioni documentali in atti»⁽⁴³⁾.

fare riscontro anche l'apertura dei poteri processuali che la legge attribuisce alle parti nel segmento processuale immediatamente successivo, è una massima fondamentale che deriva dai superiori principi costituzionali che regolano il processo civile quali appunto il diritto di azione e di difesa».

⁽⁴²⁾ Ed infatti, afferma C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 143, che, proprio per evitare un giudicato di non nullità a 360 gradi che vanifichi in caso di azioni di adempimento o di risoluzione i poteri del giudice, potrà qui «sovenire il rilievo d'ufficio *ex art.* 1421 c.c. di titoli di nullità diversi da quelli dedotti onde dichiarare in base ad essi una nullità comunque fondata». Sul punto cfr. anche A. Chizzini, *La tutela*, cit., 674; R. Caponi, *Azione di nullità: profili di teoria generale*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 96. Per una trattazione del tema del contenuto e degli effetti della sentenza di rigetto e quindi dell'ambito oggettivo della preclusione del dedotto e del deducibile e «se essa coinvolge oppure no le azioni (e le corrispondenti eccezioni) di impugnazione, di specie differente rispetto alla nullità, i cui fatti costitutivi fossero già esistenti al tempo del primo processo» cfr.: S. Menchini, *Nullità contrattuale e processo*, cit.

⁽⁴³⁾ Cfr. il § 6.13.3 della sentenza citata a nota 1.

Prima di rileggere queste affermazioni sulla base delle conclusioni sopra raggiunte, esse ci consentono innanzitutto di puntualizzare come il giudice di consueto rilevi d'ufficio la nullità del contratto quando la domanda formulata dall'attore ha ad oggetto l'adempimento dello stesso, o quando chi ha assunto l'iniziativa processuale ha chiesto la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto⁽⁴⁴⁾.

Occorre aggiungere, poi, che l'esercizio del potere riconosciuto al giudice di rilevare officiosamente una nullità contrattuale non ha nulla a che vedere con la possibilità di agire in giudizio per far dichiarare la stessa. In altri termini, non si deve confondere la rilevabilità della nullità con il suo poter essere oggetto di giudizio e dunque di accertamento, che presuppongono un'iniziativa processuale dei soggetti interessati e per questo legittimati⁽⁴⁵⁾, tra i quali il legislatore non ha riconosciuto il giudice. Dunque, perché la nullità sia dichiarata quale oggetto di accertamento giudiziale occorre una domanda in tal senso formulata dall'attore in via principale o da una delle parti, sia esso l'attore o il convenuto, in via incidentale⁽⁴⁶⁾.

Che poi il rilievo officioso della nullità negoziale, a seguito delle modifiche apportate all'art. 101, comma 2, c.p. c. che obbliga il giudice a provocare il contraddittorio sul punto, sussista non solo nel momento iniziale del processo, ma durante tutto il suo corso, fino alla precisazione delle conclusioni, e che ciò implichi la possibilità per le parti di formulare una domanda di accertamento della stessa senza incorrere in preclusioni, significa pur sempre che tale iniziativa è comunque richiesta perché la nullità possa essere dichiarata⁽⁴⁷⁾.

Ciò detto e alla luce di quanto già precisato, una volta che la domanda sia stata formulata dai soggetti interessati, poiché si tratta di domanda autodeterminata, il giudice potrà valorizzare un titolo diverso da quello

⁽⁴⁴⁾ Le Sezioni Unite, nella sentenza più volte citata, hanno infatti affermato il principio secondo il quale la rilevabilità *ex officio* della nullità va estesa a tutte le ipotesi di azioni di impugnativa negoziale.

⁽⁴⁵⁾ Sulla legittimazione all'azione di nullità cfr. A. Chizzini, *La tutela*, cit., 676 ss.

⁽⁴⁶⁾ *Contra*: S. Menchini, *Nullità contrattuale e processo*, cit., per il quale nel caso in cui la domanda di risoluzione sia respinta perché il contratto è nullo, «la sentenza stabilisce con efficacia piena di giudicato, che questo non è valido ed è inefficace. Anche in assenza di una domanda riconvenzionale o di accertamento incidentale, la nullità è dichiarata ad ogni effetto».

⁽⁴⁷⁾ C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 227 ss. La domanda così formulata potrà comportare la rinuncia di quella formulata *ab origine*, o dare luogo ad un cumulo subordinato o alternativo di domande.

dedotto dalle parti per accoglierla, potrà in altri termini dedurre un altro fatto costitutivo purché esso risulti essere in atti.

Ed allora, effettivamente e in questo senso, la sua iniziativa si andrà ad affiancare a quella di chi ha agito in giudizio e dunque non si tratterà tanto di un'eccezione volta a paralizzare la richiesta formulata, ma di un'attività processuale funzionale all'accoglimento della domanda proposta⁽⁴⁸⁾.

È ciò che è accaduto nel caso di specie, nel quale appunto la nullità costituiva già oggetto della domanda formulata in via principale e l'iniziativa del giudice non è stata quindi volta a paralizzare quella dell'attore, ma anzi a fornire alla stessa un ulteriore fondamento giuridico: e così rispetto alla domanda di nullità riproposta dagli attori in appello e fondata sulla violazione degli obblighi di comunicazione e sul conflitto di interessi, il giudice ha rilevato, nel senso di «valorizzato», il diverso titolo che a suo giudizio la giustificava.

7. – Ora, giova precisare ancora che l'attività compiuta dal giudice in questo caso non sembra riconducibile ad una diversa qualificazione dei fatti in applicazione del principio *iura novit curia*⁽⁴⁹⁾: ed invero, il titolo di nullità messo in campo dalla Corte d'appello attraverso la sua attività di rilievo è del tutto diverso da quelli azionati dagli attori, ancorché certamente già presente in atti.

L'assenza di causa del contratto è circostanza che non pare aver nulla a che vedere, per esempio, con la violazione degli obblighi di informativa dedotta dagli attori. Qui non sembra esserci nessuna riqualificazione giuridica degli stessi fatti che pare essere il modo corretto di ricostruire il principio *iura novit curia*⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Osserva al riguardo A. Chizzini, *La tutela*, cit., 676 nota (176), che in questo caso risulta difficile negare l'esercizio da parte del giudice di un potere del tutto omogeneo a quello d'azione. Deriva da ciò che è preferibile un'interpretazione che rispetti in massima misura il principio della domanda e questa non può che essere quella di considerare la domanda di nullità come autodeterminata.

⁽⁴⁹⁾ Principio sul quale v. *supra* la nota 23. Per A. Pizzorusso, voce *Iura novit curia* – *I Ordinamento italiano*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano 1990, 1 «il brocardo *iura novit curia* esprime la regola in base alla quale, anche nei processi ispirati al principio dispositivo (in virtù del quale la pronuncia incontra limiti corrispondenti alle richieste avanzate dalle parti e alle prove da esse prodotte o richieste), il giudice ha il potere-dovere di individuare, anche di sua iniziativa, e di applicare ai fatti dedotti ed accertati le norme giuridiche che, secondo il diritto vigente ed in base alle regole sull'efficacia della legge nello spazio e nel tempo, debbono disciplinare i fatti stessi».

⁽⁵⁰⁾ Afferma E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, Milano 1967, 114, che la rilevazione e l'interpretazione della norma sono esclusiva opera del giudice: se non vi è stata un'indicazione della parte; se questa è errata, o ignorata dall'ordinamento; se lo schema normativo

D'altra parte il vizio colpisce l'essenza stessa del contratto nella sua più profonda ragion d'essere, quella di offrire uno strumento giuridico dal quale nascono situazioni soggettive meritevoli di tutela nel caso concreto, e che dunque deve rispondere ad un equilibrato assetto degli interessi contrapposti⁽⁵¹⁾.

L'affermazione della Cassazione in merito alla possibilità per il giudice di rilevare *ex officio* la nullità va allora letta alla luce dell'affermazione che segue, della quale ci si è già occupati, ovvero che la domanda volta ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto deve considerarsi auto-determinata e che dunque il giudice può valorizzare un diverso titolo che la giustifichi quale fatto costitutivo della stessa.

8. – Come si è detto, in accoglimento dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione, si è ritenuto di ricondurre la domanda con la quale si chiede la declaratoria di nullità di un contratto alla categoria delle domande autodeterminate, con la conseguenza che nel corso del processo è possibile modificare il titolo e/o la causa che sta a monte della richiesta, anche attraverso la spendita dei poteri del giudice.

Occorre ora chiedersi se sulla questione si debba promuovere il contraddittorio tra le parti e tra le parti e il giudice, se l'iniziativa è da lui assunta; interrogativo che si è posto anche nel caso di specie e che obbliga a fare i conti con quanto oggi imposto dalle norme codicistiche, oltre che dai principi costituzionali. E così nell'interpretare quanto stabilito nel 2° comma dell'art. 101 c.p.c.⁽⁵²⁾ e nel 2° comma dell'art. 111 Cost. ancora

invocato dalla parte e nel quale sussumere il fatto non è quello ritenuto idoneo dal giudice. In questo caso l'intervento del giudice tende a correggere l'errore della parte nella falsa rappresentazione del fatto o nella falsa interpretazione della norma, «ma resta limitato alla qualificazione giuridica e non si estende né alla rilevazione del fatto, che nella sua materialità è quello che la parte stessa ha sottoposto al suo esame, né all'individuazione dell'effetto che è quello dedotto con la domanda» (p. 114).

⁽⁵¹⁾ Sulla causa del contratto, tema caro a chi scrive, cfr. più di recente il lavoro di M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova 2015.

⁽⁵²⁾ Come noto, prima dell'aggiunta di un secondo comma all'art. 101 c.p.c., che ha posto la sanzione della nullità, una previsione similare era contenuta nell'art. 183, 3° comma, oggi 4°, c.p.c., che è stata interpretata dalla Cassazione nel senso che sebbene l'obbligo per il giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali riteneva opportuna la trattazione riguardasse la prima udienza, esso era espressivo di un principio operante per l'intero corso del processo, lungo il quale il giudice è sempre tenuto a collaborare con le parti, essendo il principio del contraddittorio intrinseco al corretto svolgimento del giusto processo *ex art.* 111 Cost: cfr. Cass. civ., sez. III, 4 giugno 2013, n. 14039 e più di recente Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2018, n. 30716 entrambe in *Dejure*. Sul dibattito che ha preceduto la novella dell'art. 101 c.p.c. si rinvia a M.F. Ghirga, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in questa *Rivista* 2008, 452 ss.

una volta si va incontro alla necessità di leggere le norme alla luce del bilanciamento dei valori in gioco: certamente quello della difesa, ma anche quello volto ad evitare un eccesso di formalismo nel processo⁽⁵³⁾.

E così si lascia preferire una soluzione prudenziale che nel consentire di far dichiarare nulla la cd. sentenza della terza via⁽⁵⁴⁾, cerchi di circoscrivere le ipotesi ad essa riconducibili⁽⁵⁵⁾ individuando i criteri utilizzabili.

Ma è pregiudiziale stabilire l'ambito di applicazione della norma in questione. Ed infatti, dottrina e giurisprudenza, già prima che il legislatore intervenisse prevedendo espressamente la sanzione della nullità, hanno discusso non solo della sua configurabilità⁽⁵⁶⁾. Si sono così delineate diverse opinioni in merito alla necessità per il giudice di realizzare il contraddittorio con le parti sul rilievo d'ufficio: essa si sarebbe configurata, secondo alcuni, solo nel caso di questioni di rito e di merito idonee a definire il giudizio⁽⁵⁷⁾; per altri, invece, anche nel caso di rilievo di qualsiasi elemento di fatto o di diritto avente incidenza decisoria⁽⁵⁸⁾. D'altra

⁽⁵³⁾ D. Dalfino, *Questioni di diritto*, cit., 111, con riferimento al precedente testo dell'art. 183, 4° comma, c.p.c., al quale non riconosceva portata precettiva, ma importanza in quell'ottica collaborativa nei rapporti tra giudice e parti così come insegnato da E. Grasso (*La collaborazione nel processo civile*, in questa *Rivista* 1966, 591 ss.; Id., *La pronuncia d'ufficio*, cit.), esprimeva la necessità che nella sua applicazione si procedesse ad un contemperamento tra i valori della neutralità del giudice e del diritto di difesa, con i principi dell'economia dei giudizi e della ragionevole durata.

⁽⁵⁴⁾ Per la ricostruzione del dibattito dottrinale e dei diversi orientamenti giurisprudenziali precedenti la riforma del 2009, sugli effetti della omissione del giudice che, senza attivare il contraddittorio con le parti, abbia fondato la sua decisione su una questione rilevata d'ufficio cfr. C. Consolo, *Spiegazioni*, II, cit., 228 e D. Dalfino, *Questioni di diritto*, cit., 103 ss. testo e note.

⁽⁵⁵⁾ Già E.F. Ricci, *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in questa *Rivista* 2006, 752, sosteneva che se il giudice ha risolto in modo erroneo la questione rilevata d'ufficio perché non ne ha discusso con le parti il rimedio deve essere ricercato nel mezzo con il quale si fa valere l'ingiustizia della sentenza. Per l'a. solo se il difetto di contraddittorio discende da un impedimento che è stato opposto all'attività difensiva delle parti si è di fronte ad un vizio del processo per il quale si pone il tema della nullità della sentenza. E così la nullità «si può affermare solo se il «valore» perseguito tramite l'effettivo dibattito tra le parti ha in comune con il contraddittorio come garanzia il predicato dell'assoluta imprescindibilità». Ma per Ricci l'onere di dimostrare la nullità della decisione sarebbe ricaduto per intero su chi la vuole sostenere.

⁽⁵⁶⁾ Esclusa sulla base del principio di tassatività delle nullità da Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, in questa *Rivista* 2006, 747 e per questo criticata in quanto esso riguarderebbe solo le nullità formali ma non quelle extraformali, come quella che deriva dalla violazione del principio del contraddittorio come garanzia fondamentale, sia da Ricci, *La sentenza*, cit., 750 es.; sia da Comoglio, «*Terza via*» e processo «*giusto*», *ivi* 2006, 755.

⁽⁵⁷⁾ Tra gli altri V. Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in questa *Rivista* 1968, 218.

⁽⁵⁸⁾ Così C. Comoglio, «*Terza via*» e processo «*giusto*», cit., 758 e nota (19) sulla base

parte si è detto che anche la sola diversa qualificazione giuridica data alla fattispecie sulla base dell'applicazione del principio *iura novit curia* deve comportare la realizzazione del contraddittorio sul punto e la possibilità per le parti di esercitare poteri difensivi eventualmente già preclusi⁽⁵⁹⁾.

Ora, a me pare che sia difficile opinare diversamente in considerazione delle conseguenze che derivano alle parti da una diversa qualificazione giuridica dei fatti dedotti in causa e posti a fondamento dell'effetto giuridico fatto valere e che legittima la richiesta del bene della vita azionato. Qui basti pensare al diverso regime della prescrizione, ma non solo⁽⁶⁰⁾, a seconda che il diritto al risarcimento del danno abbia un fondamento contrattuale o extracontrattuale⁽⁶¹⁾.

Peraltro, e come si è già detto, nel caso di specie non si è trattato di dare una diversa qualificazione giuridica alla fattispecie dedotta in giudizio in applicazione del criterio *iura novit curia*, ma della valorizzazione di un fatto costitutivo diverso rispetto a quello dedotto dall'attore, pur sempre già in atti.

Nessun dubbio credo si possa nutrire sull'esigenza che il rilievo d'ufficio del giudice di una causa diversa di nullità debba essere oggetto di

della comparazione con il sistema francese (cfr. art. 16 n.c.p.c. del 1975), tedesco (cfr. § 139, commi 2°, 3° e 4°, della ZPO), e austriaco (§ 182° della ZPO).

⁽⁵⁹⁾ E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, cit., 605, già aveva sostenuto che il giudice che ritenga di applicare una norma diversa da quella indicata dalle parti, deve prima provocare il contraddittorio su tale applicabilità. Osservano al riguardo A. Carratta, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, cit., 101 nota (32) che questo dovere si coordina con la regola del contraddittorio senza identificarsi con essa, con la conseguenza che la sua violazione potrebbe dar luogo a nullità a norma del 2° comma dell'art. 101 c.p.c.; A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., sub art. 112 c.p.c., 172, a proposito di questa norma osserva che appare ragionevole ritenere che fra le «questioni» rilevabili d'ufficio dal giudice rientrino anche quelle che appartengono all'individuazione ed esatta interpretazione della fattispecie normativa da applicare ai fatti storici dedotti in giudizio. Per D. Buoncristiani, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in questa *Rivista* 2010, 405, «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».

⁽⁶⁰⁾ Sui principali elementi di differenza tra i due regimi di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale cfr. Dalfino, *Questioni di diritto*, cit., 18 e s. e nota (39) per riferimenti alla dottrina civilistica.

⁽⁶¹⁾ In questo senso v. anche M. Gradi, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in questa *Rivista* 2010, 837, che fa rientrare nella sfera di applicazione della disciplina in oggetto qualsiasi rilievo officioso del giudice che riguardi l'oggetto della decisione, ed in particolare sia le questioni preliminari, sia le pregiudiziali in senso tecnico, sia le eccezioni rilevabili d'ufficio sia le *questiones iuris*.

contraddittorio con le parti e questo non solo perché si tratta di una garanzia che rappresenta al tempo stesso la caratteristica ontologica del processo, come insegnatoci dalla dottrina classica, ma anche, ed oggi a maggior ragione, per quell'esigenza di offrire del processo una rappresentazione che veda impegnate le parti e il giudice a collaborare insieme nella ricerca della soluzione della lite⁽⁶²⁾.

Ciò non toglie, però, che sia necessario fissare dei paletti all'applicabilità della sanzione di nullità prevista dalla norma di cui trattasi, in quel difficile bilanciamento di valori al quale l'operatore del diritto è chiamato.

E così, il vizio generato dal mancato rispetto di quanto previsto dalla norma processuale e dal principio costituzionale non può considerarsi *in re ipsa*, ma deve essere dedotto e argomentato da chi lo fa valere, nel senso che si deve ricondurre alla mancata realizzazione del contraddittorio con il giudice la possibilità di sviluppare difese tali che avrebbero potuto in ipotesi, se considerate, modificare la decisione assunta⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Sottolinea l'importanza dell'ottica collaborativa D. Dalfino, *Questioni di diritto*, cit., 111, che cita a p. 104 quale immagine più matura e proficua dei rapporti tra giudice e parti quella offerta da Costantino, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 77 ss.: «l'immanenza nel nostro ordinamento della regola della collaborazione, non soltanto quale criterio informativo di singole manifestazioni di attività combinate, ma quale principio che caratterizza puntualmente tutta l'organizzazione del processo». Del resto e come ricorda sempre D. Dalfino, cit., 105, già E. Grasso, *La collaborazione*, cit., 588, evocava il dialogo, quale comunicazione di idee intorno ai giudizi storici e alle valutazioni giuridiche per ripudiare quella visione del processo come combattimento o gioco affidato esclusivamente a fini egoistici. Esprime critiche «verso le descrizioni del processo che si fondano su visioni di tipo 'collaborativo', piuttosto che sul necessario equilibrio di forze contrapposte» E.F. Ricci, *La sentenza «della terza via»*, cit., 752.

⁽⁶³⁾ Per Cass. civ., sez. trib., 23 maggio 2014, n. 11453, in *DeJure*, «l'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione di fatto, ovvero mista di fatto e di diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fondi la decisione, comporta la nullità della sentenza (c.d. della terza via o a sorpresa) per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio e delle connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione decisiva ai fini della deliberazione, allorché quella di esse che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato». Nello stesso senso Cass. civ., sez. VI, 30 aprile 2011 n. 9591. Osserva D. Buoncristiani, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c.*, cit., 414, che nell'atto d'impugnazione la parte non può limitarsi a dolersi della mancata realizzazione del contraddittorio, «ma deve comunque sempre lamentare un pregiudizio, cioè la possibilità di ottenere un esito diverso della lite sia sulla base di quanto già versato nel processo (tuttavia, non o male considerato dal giudice) sia sulla base di nuova attività deduttiva e probatoria». Sul punto già S. Chiarloni, *La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.* 2002, 1364, osservava che «nei casi in cui la nullità deve venir dichiarata, ciò non dipende soltanto dalla violazione del principio di collaborazione commessa dal giudice non chiedendo alle parti di trattare la questione che ha rilevato d'ufficio.

Ora, la pronuncia che si commenta non ha certo inteso negare la necessità di rispettare il contraddittorio quale garanzia ontologica dello sviluppo processuale, ma non ha ritenuto di doversi occupare del vizio relativo alla sua violazione, in quanto lo stesso è stato dedotto dalla ricorrente solo nella memoria, risultando tale profilo estraneo alla censura articolata nel ricorso.

Ma la Corte non si accontenta di questa affermazione, che non avrebbe necessitato di ulteriori argomentazioni, cogliendo l'occasione per formulare un principio, che sembra consolidarsi⁽⁶⁴⁾, ma che non pare pertinente al caso di specie⁽⁶⁵⁾.

E così i giudici di legittimità precisano che «nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato»⁽⁶⁶⁾.

Si coglie qui l'eco dell'insegnamento della dottrina secondo la quale «per effetto del solo mancato rilievo officioso e segnalazione alle parti di questioni di puro diritto è difficile, pur a fronte della violazione di un dovere funzionale del g.i., trovare altro vizio «processuale» – ferma la violazione deontologica e disciplinare – che quello (eventuale, ma collocato

Ci vuole qualcosa di più. Nel linguaggio della dogmatica giuridica, la nullità sarà frutto di una fattispecie complessa. Dal rilievo 'solitario' che ha portato alla sentenza della terza via deve conseguire una violazione del diritto di difesa del soccombente. Non solo: occorre anche che questa violazione venga allegata e dimostrata al giudice dell'impugnazione. Ma intendiamoci bene non come astratta possibilità, bensì come concreta evenienza del concreto processo». Sul punto v. anche F.P. Luiso, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria?*, in *Giust. civ.* 2002, 1614 s.

⁽⁶⁴⁾ V. le note successive.

⁽⁶⁵⁾ Sulle origini del principio che segue nel testo, che richiamerebbe un principio tradizionale della giurisprudenza francese, cfr. M. Comastri, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*, Torino 2012, 219 nota 138.

⁽⁶⁶⁾ Nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 8 giugno 2018, n. 15037 in *DeJure*. Per Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2017, n. 7053, in *DeJure*, «la sentenza che decide su una questione di puro diritto, rilevata d'ufficio, senza procedere alla sua segnalazione alle parti, onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cd. terza via), non è nulla in quanto da tale omissione può solo derivare un vizio di *error in iudicando*, ovvero di *error in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato».

su altro piano) dell'*error iuris in iudicando* o magari anche *in iudicando de iure procedendi* volta a volta compiuto dal giudice «solipsistico»⁽⁶⁷⁾.

Ma la stessa dottrina aggiunge che «quando la questione è di fatto o mista di fatto e di diritto, ebbene allora la parte soccombente (a prescindere dalla censura di erroneità della sua soluzione) può gravarsi sostenendo che la violazione di quel dovere le ha sottratto la facoltà di chiedere prove o financo di ottenere una (eventuale) rimessione in termini».

Ora, nel caso di specie il rilievo officioso ha riguardato un titolo diverso per la dichiarazione di nullità contrattuale, e dunque non una questione di puro diritto e il vizio processuale derivante dal mancato rispetto del contraddittorio non solo non è stato eletto quale autonoma censura della sentenza, ma neppure è stata offerta deduzione della sua consumazione nel caso specifico.

E così se nella sentenza si legge che «la denuncia di tale vizio non è stata associata ad un vizio diverso dall'errore di diritto in cui sarebbe incorsa la corte di merito nel ritenere nullo il contratto per le ragioni indicate nella sentenza gravata», con un ragionamento che poco convince per la sua circolarità, la Corte ritiene di poter per questo escludere che il vizio consistente nell'omessa sollecitazione del contraddittorio sul punto abbia determinato una nullità del procedimento.

Vero è piuttosto che, per quanto si è cercato di esplicitare anche alla luce della necessità di condurre un'interpretazione delle norme sorretta da scelte valoriali, occorre per poter dichiarare nulla la sentenza per mancato rispetto di quanto imposto dall'art. 101 c.p.c., oltre ad una doglianza specifica, la deduzione di come in concreto il vizio abbia leso i diritti di difesa della parte che se ne duole, e il caso di specie, ammesso e non concesso che fosse necessario pronunciarsi sul punto, avrebbe offerto alla Corte l'occasione per affermarlo chiaramente.

MARIA FRANCESCA GHIRGA

Professore ordinario nell'Università dell'Insubria

⁽⁶⁷⁾ Cfr. C. Consolo, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. giur.* 2006, 509.