

CORRADO FERRI

**CONTRADDITTORIO
E POTERI DECISORI DEL GIUDICE**

CAPITOLO PRIMO

Poteri decisori e contraddittorio: problemi di riforma e aspetti comparatistici

SOMMARIO: 1. La garanzia del contraddittorio nei recenti progetti di riforma: il progetto Liebman. — 2. Disegno di legge delega per il nuovo codice. Il progetto ministeriale. — 3. Le proposte di riforma anteriore al codice del 1942. — 4. Orientamenti interpretativi circa l'art. 183, 2° comma e l'attuazione effettiva del contraddittorio. — 5. Rilevanza costituzionale. — 6. L'ordinamento francese: i decreti di riforma e il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti. — 7. *Segue*. Orientamenti giurisprudenziali. — 8. *Segue*. Le ulteriori modificazioni normative. — 9. Spunti in tema di *Hinweispflicht* del giudice; il § 278 ZPO.

1. L'ormai più che ventennale elaborazione dell'art. 24, 2° comma Cost. ha condotto la giurisprudenza costituzionale, e con maggiore ampiezza e rigore la dottrina che di essa si è occupata ⁽¹⁾, ad elaborare sul principio del contraddittorio un *corpus* di regole e principi dotato di notevole grado di organicità. Come è noto, questa elaborazione ha portato all'eliminazione di norme che elidevano direttamente il diritto al contraddittorio nel processo civile, come nel caso dell'art. 28 c.p.p., e di norme che ne restringevano senza giustificazione l'esercizio, mediante divieti probatori, come nel caso degli artt. 247 e 248 c.p.c.

⁽¹⁾ COMOGLIO, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, (estr. dal volume *Rapporti Civili*, art. 24-28), Bologna-Roma, 1979, *passim* Cfr. inoltre MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Noviss. dig. it.*, (*App.*, vol. II), Torino, 1981, p. 604.

Il principale risultato di questa vicenda interpretativa è stato quello di depurare in modo pressoché completo ⁽²⁾ la disciplina del processo da norme che incidessero negativamente sull'attuazione piena della garanzia del contraddittorio. Malgrado tutto ciò, è certo in errore chi ritenga che il principio del contraddittorio abbia ormai raggiunto un grado adeguato di realizzazione applicativa e abbia acquisito effettivamente quella funzione centrale nella struttura del processo civile che la *communis opinio* gli riconosce. Infatti, l'elaborazione compiuta sull'art. 24, 2° comma della Cost., pur riguardando aspetti essenziali dell'attuazione del contraddittorio, non esaurisce i problemi consistenti nel definire in modo organico e compiuto il principio stesso, e nel delineare quale debba essere la struttura fondamentale di un processo civile che intenda realmente ispirarsi ad una integrale sua attuazione. Può sembrare anzi che l'avere a lungo concentrato l'attenzione sulla dimensione costituzionale della garanzia della difesa abbia prodotto una sorta di deformazione unilaterale della prospettiva, nella quale si sono posti in maggiore evidenza gli aspetti di conflitto tra norme ordinarie e garanzia costituzionale, in secondo piano, quelle che potrebbero chiamarsi « lacune nell'attuazione del principio del contraddittorio ».

Che i problemi non possano ridursi alla compatibilità della normativa ordinaria con il disposto costituzionale, risulta del resto in modo evidente dalle recenti vicende che attengono alle progettate riforme del codice di procedura civile. Da un lato, infatti, non sorgono particolari difficoltà quanto all'esigenza di adattamento della normativa processuale alle direttive deducibili

(2) La limitazione è d'obbligo per chi ritenga, ad esempio, che anche l'art. 246 cod. proc. civ. non abbia sufficienti giustificazioni a fronte dell'esigenza di integrale attuazione della garanzia costituzionale della difesa. V., ampiamente, sul punto CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (A proposito della dichiarazione di costituzionalità-incostituzionalità degli art. 246-247 cod. proc. civ.)*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3586 ss. e COMOGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.

dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di difesa e contraddittorio: in questa direzione già ci si era mossi nel disegno di legge n. 2246 del 1975 sui « provvedimenti urgenti » per il processo civile (il c.d. « progetto Reale ») ⁽³⁾ e la stessa esigenza era stata tenuta presente nei successivi progetti di riforma. Dall'altro lato, invece, proprio in questi progetti diviene evidente una notevole incertezza sulle scelte che possono definirsi di « politica del diritto » da compiere in sede di attuazione del principio del contraddittorio, considerato non tanto come corollario della garanzia costituzionale della difesa, ma come principio *stricto sensu* processuale.

Il c.d. « Progetto Liebman », del 1977 ⁽⁴⁾, in quanto limitato al Libro II° del codice, non contiene le « norme generali » sull'esercizio dell'azione (collocate nel Libro I del codice vigente) ⁽⁵⁾, né quindi è prevista alcuna disposizione generale circa il principio del contraddittorio. Tuttavia, nella parte relativa allo svolgimento dell'udienza preliminare, e specificamente al ruolo del giudice in essa, il Progetto contiene norme che riguardano l'attuazione del contraddittorio. Per quanto qui interessa, non tanto ha rilievo l'art. 171 attinente al controllo della regolarità del contraddittorio, quanto invece l'art. 172, 2° comma, ove si prevede che se il giudice solleva d'ufficio questioni preliminari processuali, inviti le parti alla discussione sul punto, eventual-

⁽³⁾ Cfr. VERDE, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal Ministero Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 636 ss.; COLONNA-QUARANTA, *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246*, *ibidem*, p. 620 ss.; nonché autori vari in *La Magistratura*, 1975, n. 6-10, p. 16 ss.

Sul progetto Reale e i tentativi di riforma negli anni settanta, v., tra gli altri, TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 332 ss.

⁽⁴⁾ Il progetto è pubblicato, con informazioni e notizie circa la sua elaborazione, nella *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452 ss., con il titolo « *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione* ».

⁽⁵⁾ Per un ampio esame dei principali aspetti del progetto, cfr. le relazioni e gli interventi svolti nell'incontro di Milano del 1978, e riportati in *Incontro sulla riforma del processo civile. Il progetto Liebman sul processo di cognizione*, Milano, 1979.

mente rinviando la causa ad altra udienza. Merita attenzione anche l'art. 174, il quale dispone che il giudice segnali alle parti, nei limiti delle domande ed eccezioni proposte, le eventuali lacune nell'esposizione dei fatti, degli elementi di diritto e delle deduzioni probatorie (punto a), e indichi alle parti le questioni di merito rilevabili d'ufficio (punto b). Le norme richiamate non disciplinano espressamente gli effetti che si producono nel caso in cui il giudice non provochi la discussione delle parti, e non è quindi possibile stabilire se il progetto abbia inteso configurare semplici *poteri* discrezionali del giudice (il cui mancato esercizio non avrebbe comunque precluso la possibilità di decidere *ex officio* sulle questioni di rito o di merito o sui punti di fatto o diritto non sottoposti previamente al contraddittorio delle parti) ovvero se intendesse configurare un *dovere* del giudice eventualmente sanzionato dalla preclusione a decidere, e dalla nullità della decisione comunque emessa. Il silenzio sul punto del progetto ⁽⁶⁾rende forse probabile la prima delle due ipotesi, ma la specificità e puntualità delle norme indicate, nonché la loro collocazione nel capo relativo all'udienza preliminare, destinata alla preparazione dell'udienza principale di istruzione e di dibattimento ⁽⁷⁾, autorizzano a ritenere che non di meri poteri discrezionali del giudice dovesse trattarsi, ma di doveri orientati alla migliore attuazione del contraddittorio delle parti su questioni da esse non dedotte, ma che il giudice intendesse rilevare d'ufficio, e che quindi il loro mancato esercizio non potesse essere privo di conseguenze sulla decisione presa senza previo contraddittorio.

Al di là di questo problema, che allo stato ha un significato meramente ipotetico, resta comunque il fatto che le norme richia-

⁽⁶⁾ È significativo, del resto, che nell'ampia analisi del procedimento svolta da Punzi, *Il procedimento (relazioni sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione)*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 463 ss., non vi sia alcun cenno al problema di cui trattasi.

⁽⁷⁾ Cfr., PUNZI, *Il procedimento*, cit., p. 457.

mate del Progetto Liebman, costituiscono coerenti applicazioni di « un principio del contraddittorio », orientato nella direttiva di far sì che spetti al giudice, di fronte a questioni di rito o di merito, e a punti di fatto o di diritto non sollevati dalle parti, ma ritenuti dal giudice rilevabili d'ufficio, o semplicemente rilevanti per la decisione, di provocare la discussione preliminare delle parti (ed eventualmente anche la modificazione di domande, eccezioni e conclusioni, ed il completamento delle deduzioni probatorie, come previsto anche in connessione con le ipotesi in esame, dall'art. 174, 3° comma). Spetta quindi al giudice di far sì che, prima della sentenza, il contraddittorio delle parti si svolga su una « ipotesi di decisione » formulata dallo stesso giudice, non soltanto per quanto attiene alle questioni di rito o di merito rilevabili d'ufficio e non affrontate dalle parti, ma anche per quanto concerne questioni particolari di fatto o di diritto, che il giudice ritenga rilevanti, ma sulle quali possono ravvisarsi lacune.

Come si è accennato, la disciplina del Progetto Liebman era lacunosa sulle conseguenze dell'eventuale violazione di un principio del contraddittorio così inteso, ma era invece del tutto chiara nel fissare i limiti del principio stesso, ossia nell'evitare che potessero esservi diversità tra l'oggetto del contraddittorio svolto dalle parti e l'oggetto della decisione; si escludeva, quindi, che potesse esservi decisione, in tutto o in parte, non preceduta da previo contraddittorio.

2. Le linee segnate dal Progetto Liebman sono state poi seguite anche dalla Commissione Ministeriale incaricata con D.M. 6 dicembre 1978 di redigere un progetto di legge delega per la riforma del codice di procedura civile. Infatti, l'art. 8 del Progetto redatto nel 1981 da tale Commissione ⁽⁸⁾ riguarda la « Previ-

⁽⁸⁾ Il testo del progetto è pubblicato, unitamente al successivo testo ministeriale, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 315 ss.

Sul disegno di legge delega, cfr., in generale, LIEBMAN, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 25 ss. e, soprattutto, FABBRINI, *A*

sione del contraddittorio come regola generale del processo, con dovere del giudice di provocarlo anche sulle questioni rilevabili d'ufficio, se la loro soluzione sia idonea a definire totalmente o parzialmente il giudizio e disciplina delle conseguenze per la sua inosservanza ». Questa formulazione si pone nella stessa direttiva indicata nel Progetto Liebman, ma non coincide con quanto in esso previsto. Da un lato, infatti, si prevede la fissazione normativa di un principio generale del contraddittorio che il Progetto Liebman non conteneva, e si compie comunque un ulteriore passo con l'individuazione del dovere del giudice di provocare il contraddittorio, sanzionandone il mancato esercizio, con modalità la cui determinazione viene rimessa al legislatore delegato.

D'altro canto, la portata oggettiva del dovere del giudice appare più limitata rispetto a quella del progetto Liebman, poiché esso ha ad oggetto solo le questioni rilevabili d'ufficio idonee a definire totalmente o parzialmente la controversia, mentre l'art. 174 lett. a) del Progetto Liebman prevedeva anche la segnalazione da parte del giudice delle lacune nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto, nonché delle deduzioni probatorie, ravvisabili nelle allegazioni di parte. Sotto il profilo oggettivo, quindi, la norma in esame coincide sostanzialmente con quella dell'attuale art. 183, 2° comma c.p.c. ⁽⁹⁾, che pure si riferisce solo alle questioni rilevabili d'ufficio ⁽¹⁰⁾. È evidente, peraltro, come rispetto alla disposizione vigente, l'art. 8 del Progetto in esame

proposito del disegno di legge delega per la riforma del c.p.c., in *Foro it.*, 1981, V, 293; TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 30 ss. V., inoltre, le osservazioni di CERINO CANOVA, *In tema di riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 316 ss.; di recente, v., anche VOCINO, « *Du côté* » del *disegno delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 193 ss.

⁽⁹⁾ Per una analisi di diversi orientamenti interpretativi della norma, v., *infra*, § 3.

⁽¹⁰⁾ Nel senso che l'art. 8 potesse riferirsi a qualunque questione, di fatto o di diritto, rilevata d'ufficio, cfr., invece, TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 48.

implichi un decisivo mutamento di prospettiva, in quanto prevede un dovere del giudice, sanzionato, di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio. Non a caso, si è in esso ravvisata un'attuazione della più moderna e corretta visione della garanzia costituzionale della difesa ⁽¹¹⁾, in quanto strumento per evitare le sentenze c.d. della « terza opinione » o della « terza via », ossia le decisioni fondate su questioni rilevate d'ufficio e sottratte al contraddittorio delle parti.

Il riesame avvenuto in sede ministeriale del Progetto redatto dalla Commissione, non si limita ad aspetti di dettaglio, ma introduce modifiche sostanziali su vari punti ⁽¹²⁾. Tra le modificazioni, decisamente peggiorative, sono da annoverarsi proprio quelle relative all'art. 8, che venne così riformulato : « Previsione del contraddittorio come regola generale del processo ; dovere del giudice di pronunciare sulla domanda e sulle eccezioni e non oltre i limiti di esse e divieto di pronuncia di ufficio sulle eccezioni riservate alle parti ». Come è agevole rilevare, ben poco resta dell'originaria formulazione della norma : si prevede ancora che il contraddittorio assurga a regola generale nel processo, ma eliminate le indicazioni circa il dovere sanzionato del giudice di provocare il contraddittorio delle parti, appare evidente come la regola si traduca in semplice affermazione di principio. È legittimo anzi il sospetto che le intenzioni della versione ministeriale siano proprio nel senso di rendere un omaggio meramente formale alla garanzia costituzionale della difesa, senza disciplinare in concreto alcun dovere del giudice di assicurare il previo contraddittorio di parte sulle questioni destinate a formare oggetto di decisione. La relazione ministeriale al Progetto è assai chiara sul punto ⁽¹³⁾, in quanto vi si afferma l'opportunità di tenere fermo il potere del giudice di decidere anche su « ragioni » non espressamente dibattute.

⁽¹¹⁾ TARZIA, *op. loc. cit.*

⁽¹²⁾ Cfr., per tutti, TARZIA, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹³⁾ V., il Punto 8, in *Giust. civ.*, cit., p. 324.

tute, al fine di « evitare elementi di distorsione dei meccanismi processuali »; si dichiara inoltre che tutto ciò sarebbe confermato dalla scarsa rilevanza attribuita finora all'art. 183, 2° comma, del vigente codice.

Il testo ministeriale dell'art. 8 e la citata relazione richiedono alcune considerazioni.

Per quanto concerne il testo della norma, risulta anzitutto non esatto ricondurre alla problematica del contraddittorio il principio della « corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato » attualmente formulato nell'art. 112 c.p.c. Non a caso, invece, il testo della Commissione enunciava lo stesso principio, ma in una norma autonoma da quella attinente al contraddittorio (art. 9).

Quanto all'opinione, espressa nella Relazione ⁽¹⁴⁾, secondo cui la regola della corrispondenza tra richiesto e pronunciato sarebbe una conseguenza del principio del contraddittorio (ed anzi, nella prospettiva ministeriale, ne sarebbe la conseguenza principale e forse l'unica) essa è del tutto discutibile: è invero comune affermazione in dottrina che la regola in questione trovi la sua *ratio* nei principi della domanda e del contraddittorio ⁽¹⁵⁾, ma tale luogo comune non sembra dotato di particolare forza ricostruttiva. È ben vero infatti che la regola *de qua* è essenziale manifestazione del principio della domanda e quindi del principio dispositivo, poiché è ovvio che entrambi questi principi non avrebbero alcun significato se il giudice non fosse vincolato a decidere soltanto su quanto gli è stato chiesto dalle parti ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr., Punto 8 cit., p. 323.

⁽¹⁵⁾ V., per tutti, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano 1967, p. 65 e *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Allorio, libro I, tomo II, Torino, 1973, p. 1254 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr., tra gli altri, e per riferimenti, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, (3° ediz.), Torino, 1981, p. 77 ss. Sull'argomento cfr., inoltre, GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 386 ss., nonché dello stesso A., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580.

Assai più dubbia è, invece, la connessione tra questa regola e, appunto, il principio del contraddittorio: non si può negare che essa abbia il fine di precludere che la decisione verta su *petita* non dedotti dalle parti e che quindi non sono stati oggetto di discussione ⁽¹⁷⁾; tuttavia, la regola non è certamente idonea ad impedire che la decisione verta su oggetti *non sottoposti* al previo contraddittorio delle parti stesse. È quanto accade, infatti, per le questioni rilevabili d'ufficio, le quali costituiscono una deroga non evitabile alla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ⁽¹⁸⁾, per le questioni processuali (per le quali tale regola non opera) ⁽¹⁹⁾, e infine per i « punti » di fatto o di diritto i quali, all'interno delle domande ed eccezioni di parte, possono condurre ad una « terza via » di decisione senza essere stati oggetto di specifico contraddittorio delle parti. In sostanza, appare evidente che la funzione specifica dell'art. 112 c.p.c. non sia quella di garantire il contraddittorio su tutto ciò che costituisce oggetto di decisione, e tale garanzia vada dedotta *aliunde* ⁽²⁰⁾.

Le argomentazioni sulle quali si fonda il citato passo della Relazione ministeriale sono quindi assai fragili, in quanto l'equivalenza tra principio del contraddittorio e principio dispositivo non risulta agevolmente sostenibile.

Un altro passo della Relazione è quanto mai ambiguo: si afferma la opportunità di non eliminare il potere del giudice di decidere anche sulla base di ragioni non espressamente dibattute. Non è chiara, anzitutto, la distinzione tra « ragioni » e « questioni ». È vero infatti che se la controversia viene decisa per effetto della soluzione di una questione assorbente, nella struttura della

⁽¹⁷⁾ V., sul punto, SATTA, *Diritto processuale civile*, (9° ediz., riveduta ed ampliata a cura di Punzi), Padova, 1981, p. 173 ss.

⁽¹⁸⁾ V., ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 234 ss. Più in generale, sul principio del contraddittorio cfr. anche PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Allorio, Torino, 1973, I, 2, p. 1084 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ancora ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 236.

⁽²⁰⁾ In senso negativo, v. però *infra*, § 3.

sentenza la decisione della questione rappresenta « una ragione » della decisione sulla domanda ⁽²¹⁾ ma, come è stato autorevolmente osservato, si può inoltre rilevare che se la questione pregiudiziale è risolta in modo tale da non determinare direttamente la decisione della domanda (ad es. se la questione di prescrizione è risolta in modo negativo), viene meno il nesso logico tra soluzione della questione e decisione, e la prima non può essere considerata come una « ragione » della seconda ⁽²²⁾. Probabilmente tutto ciò è sufficiente per escludere ogni equivalenza tra « questioni » e « ragioni della decisione »: per il vero non ogni soluzione di questione diventa, nel contesto della sentenza, una vera e propria ragione di decisione e, per contro, è del tutto evidente che vi sono ragioni della decisione che non consistono nella soluzione di questioni. La terminologia adoperata nella Relazione è quindi arbitraria e incongrua.

Sembra invece che con essa si tenda a spostare il problema su piani diversi, richiamandosi alla costante giurisprudenza che, in tema di obbligo di motivazione, afferma che il giudice non è obbligato a tener conto di tutte le argomentazioni di parte e può usare argomentazioni diverse da quelle dedotte dalle parti. Indipendentemente dal fondamento che si voglia attribuire a questo orientamento, certo è che nulla ha a che vedere con la soluzione dei problemi del contraddittorio. Altra è, infatti, la definizione dei limiti di autonomia del giudice nella scelta delle argomentazioni usate per motivare la decisione, e altro è lo stabilire se il giudice possa o non decidere questioni sulle quali non abbia previamente provocato il contraddittorio ⁽²³⁾. La Relazione tende

(21) V., sull'argomento, ampiamente TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 273 ss.

(22) TARUFFO, *op. cit.*, p. 274.

(23) In realtà sussiste un collegamento tra obbligo di motivazione e garanzia di difesa, ravvisato in ciò che la motivazione deve consentire alle parti di verificare che il giudice abbia tenuto adeguatamente conto delle loro istanze e allegazioni (cfr., TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 401). Tale collegamento non opera tuttavia nel senso di fare ammettere decisioni assunte al di fuori del contraddittorio,

a giustificare una soluzione affermativa del secondo problema, ma l'implicito richiamo, a tal fine, alla soluzione affermativa che comunemente viene data al primo appare non congruo e fondato su una evidente conclusione tra i problemi inerenti alla decisione e quelli relativi alla sua motivazione ⁽²⁴⁾.

Non meno fragili sono infine gli altri elementi giustificativi addotti nella Relazione: debole è il riferimento alla scarsa rilevanza fino ad ora attribuita all'art. 183, 2° comma. Non si può dire invero che questa valutazione sia condivisa dalla dottrina, la quale anzi ne ha sempre lamentato la scarsa applicazione, ed anche di recente ne ha suggerito interpretazioni estensive e maggiormente rigorose. D'altronde, se è vero che la norma è inidonea a risolvere i problemi del contraddittorio, ciò dipende dalla sua stessa formulazione, che si limita a prevedere una mera facoltà per il giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga *opportuna* la trattazione. È proprio considerando l'inadeguatezza dell'art. 183, 2° comma, rispetto all'attuazione integrale del contraddittorio, che la Commissione aveva proposto l'art. 8 nei termini più sopra esaminati: ma a tale proposta la Relazione obietta che, poiché l'art. 183, 2° comma non ha funzionato come garanzia del contraddittorio, è utile che le cose non mutino e si continui a consentire al giudice di eludere tale garanzia ⁽²⁵⁾.

Altrettanto ingiustificato è il riferimento, infine, a rischi di « distorsione dei meccanismi processuali », che deriverebbero dall'adozione di una norma come quella proposta dalla Commis-

ma anzi, precisamente, in senso opposto ossia in quello che, nella motivazione, il giudice dovrebbe dimostrare di avere deciso senza violazione del diritto delle parti al contraddittorio stesso: cfr., ancora, TARUFFO, *op. cit.*, p. 403.

(24) Sulla distinzione tra i due ordini del problema, v. in generale TARUFFO, *op. cit.*, p. 118 ss., 207 ss.

(25) Rileva giustamente TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 49, che non può « fare stato, in un processo civile che si vuole radicalmente nuovo, l'attuale diffusa disapplicazione dell'art. 183, 2° comma, cod. proc. civ. ».

sione. Si è giustamente osservato, al riguardo, che il rischio non è certamente tale da precludere comunque l'adozione di una norma siffatta, sia perché la previa discussione delle questioni non creerebbe particolari problemi nell'organizzazione funzionale del processo, sia perché anche l'eventualità dell'annullamento di una sentenza « sostanzialmente giusta » perché resa in violazione del contraddittorio non provocherebbe un allungamento dei giudizi, e sarebbe facilmente evitabile dal giudice proprio con la puntuale attuazione della garanzia del contraddittorio ⁽²⁶⁾. Si può aggiungere che appare ben singolare la definizione di « distorsione dei meccanismi processuali » applicata alle conseguenze derivanti dall'attuazione di garanzie fondamentali del processo. Infatti, occorrerebbe porsi il problema della compatibilità funzionale di una modificazione degli attuali meccanismi processuali con il « modello » che si intenda realizzare e con la tutela di altre garanzie fondamentali. Considerare quale « distorsione » ciò che comporta qualche variazione dello *ius conditum* è invece un atteggiamento ben curioso per un legislatore che si propone la riforma generale del codice di procedura civile ; che poi ciò avvenga proprio quando si tratta di attuare una garanzia costituzionale, è segno evidente del diffuso atteggiamento di svalutazione delle garanzie medesime. Esso si esprime in proposte che appaiono francamente paradossali, come quella in esame, secondo la quale le garanzie andrebbero attuate in sede di riforma solo quando non comportino mutamenti del sistema vigente, ossia soltanto quando non vi siano riforme da fare ! È evidente, quindi, al di là delle confusioni sopra accennate, che le divergenze fra il testo dell'art. 8 proposto dalla Commissione, e il

(26) TARZIA, *op. cit.*, p. 48.

Va richiamata l'opinione del MONTESANO, *Osservazioni sul disegno di legge di delega al governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura civile*, in *Foro It.*, 1982, p. 5 (dell'estr.), il quale auspicando l'obbligo del giudice di segnalare alle parti le questioni che egli si pone d'ufficio, respinge le obiezioni di chi prospetta queste « garanzie » come formalistiche ed eccessive.

testo e la Relazione ministeriale sul punto, non sono né di forma, né di dettaglio. Ciò che il Progetto ministeriale sembra rifiutare è precisamente l'attuazione concreta del principio del contraddittorio mediante la previsione di doveri sanzionati del giudice di provocare la discussione delle parti sulle questioni che gli appaiono rilevanti per la decisione. A fronte di ciò, a mio avviso, la previsione di un principio generale del contraddittorio come « regola fondamentale del processo » suona veramente come una affermazione destinata a rendere un mero omaggio formale a principi di cui, in realtà, si intende evitare l'effettiva attuazione.

3. Le oscillazioni che caratterizzano l'impostazione del problema relativo al potere o al dovere del giudice di provocare preventivamente il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio, non riguardano soltanto la fase recente dei progetti di riforma del codice. Lo stesso art. 183, 2° comma, cod. proc. civ. è il frutto di una vicenda storica caratterizzata da notevoli incertezze ed ambiguità.

Sotto il codice del 1865, in realtà, il problema non si poneva neppure; essendo il rito formale incentrato sull'istruzione scritta, rimessa integralmente alle parti senza alcun intervento del giudice ⁽²⁷⁾, risulta evidente come la tutela delle parti fosse garantita dalla loro completa libertà e disponibilità sull'andamento del processo, e come tale libertà contrastasse con ogni ipotesi di funzione « attiva » del giudice. Del resto, la discussione orale avveniva solo dopo la chiusura dell'istruttoria scritta ⁽²⁸⁾, e quindi in un momento non idoneo a far sì che parti potessero adeguatamente affrontare questioni non trattate in precedenza.

La situazione appare diversa, ma in senso peggiorativo, nel rito sommario, ove addirittura le parti scoprono soltanto all'u-

⁽²⁷⁾ Cfr., TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit. p. 115 ss.

⁽²⁸⁾ TARUFFO, *op. cit.*, p. 118.

dienza di discussione quali siano le difese dell'avversario, talché la garanzia del contraddittorio appare ancora più limitata ⁽²⁹⁾.

Il problema in esame invece affrontato per la prima volta nel progetto Chiovenda, del 1919 ⁽³⁰⁾, nel quadro di un modello imperniato, oltre che sugli ormai classici principi dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione, sulle funzioni di un giudice spiccatamente attivo nella direzione dell'istruzione e per il chiarimento dei fatti. In questo contesto si inserisce l'art. 31, il quale dispone che in ogni stato della causa il giudice inviti le parti a chiarire le conclusioni, a completare l'esposizione dei fatti e le deduzioni probatorie, in particolare, richiamandone l'attenzione sui punti che devono essere esaminati d'ufficio ⁽³¹⁾. In questa formulazione è già contenuta, come è evidente, la soluzione moderna del problema: il giudice ha il dovere di provocare il contraddittorio delle parti. La norma non prevede espressamente sanzioni, ma si intende agevolmente, dalla norma così formulata, che sarebbe derivata la nullità della decisione sui punti rilevati d'ufficio senza che le parti fossero state messe in grado di difendersi al riguardo. Il riferimento ai « punti » rilevabili d'ufficio, benché manchi di una precisa definizione tecnica, implica una possibile apertura verso ogni elemento rilevante per la decisione, e suggerisce l'idea di un contraddittorio integrale, esteso a tutti gli aspetti di fatto e di diritto della decisione. Ancora, tale idea appare rafforzata da ciò, che il giudice deve rendersi attivo « in

(29) LANCIOTTO ROSSI, *Procedimento (forme del)*, in *Digesto italiano*, vol. XIX, parte 2^a, Torino, 1908-1913, p. 405.

Più in generale, sulla disciplina del rito sommario, cfr., ancora TARUFFO, *op. cit.*, p. 121.

(30) *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, a cura di Chiovenda, Napoli, 1920, *passim* e CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, vol. II, p. I ss.

(31) Cfr., la *Relazione* (nel volume *La riforma del Procedimento civile*, cit. alle note precedenti) 78, ove si chiarisce che tale dovere del giudice si inserisce in una mutata concezione del suo ruolo in quanto egli « non può oggi conservare quell'attitudine di passività e quasi di indifferenza che nel nostro processo civile si è abituato e forse trovato costretto ad assumere ».

ogni stato della causa » e quindi in ogni momento e fase nella quale ravvisi l'eventualità di « dovere esaminare d'ufficio » un punto della controversia.

Nei successivi progetti di riforma, il problema non viene più affrontato: il progetto Mortara del 1923 ⁽³²⁾ non se ne occupa, trattandosi essenzialmente di un adattamento e di una generalizzazione del preesistente rito sommario; il progetto Carnelutti del 1926 ⁽³³⁾, a sua volta non contiene nulla al riguardo, ponendosi nella prospettiva di conservare le passività del giudice e di lasciare lo svolgimento del processo al libero gioco delle iniziative di parte ⁽³⁴⁾. I rapporti tra poteri-doveri del giudice e contraddittorio, riemergono invece, con diverse soluzioni, nei progetti successivi. Nel progetto preliminare Solmi del 1937 ⁽³⁵⁾, nel quadro generale di una decisa accentuazione dei poteri direttivi del giudice ⁽³⁶⁾, l'art. 162 dispone che il giudice debba segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga necessaria la trattazione. In analogia con la proposta chiovendiana, si prevede

⁽³²⁾ Il progetto, unitamente alla relazione, è pubblicato con il titolo *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 136 ss. e 1924, IV, p. I ss. e in un volume autonomo, Torino, 1923. In generale, sull'argomento, cfr. ancora TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 199 ss.

⁽³³⁾ V., Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile, Padova, 1926, (supplemento della *Riv. dir. proc. civ.* del 1926).

Cfr., in argomento, CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 3 ss. (pubbl. anche in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939, p. 333 ss.); cfr., anche CALAMANDREI, *Note introdotte allo studio del progetto Carnelutti*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 194.

V., anche TARELLO, *Profili di giuristi contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926, Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. IV, Bologna 1974, p. 515 ss.

⁽³⁴⁾ TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 205.

⁽³⁵⁾ Cfr., Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e relazione*, Roma, 1937. Sui progetti Solmi, cfr. in generale, TARUFFO, *op. cit.*, p. 231 ss.

⁽³⁶⁾ Sui limiti di tale accentuazione, cfr., peraltro, CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Opere giuridiche*, cit., I, p. 333 ss.

quindi un dovere del giudice, anche se con formulazione per certi aspetti più restrittiva. Il rigore dell'art. 31 del progetto Chiovenda appare peraltro attenuato, in quanto nel progetto preliminare Solmi è previsto che il giudice sottoponga al contraddittorio delle parti le questioni rilevabili d'ufficio, soltanto quando ne ritenga necessaria la trattazione; è evidente che si introduce in tal modo l'elemento di discrezionalità nella valutazione giudiziale ⁽³⁷⁾. È noto che, nel passaggio dal progetto preliminare a quello definitivo Solmi, hanno luogo significative attenuazioni delle scelte maggiormente innovative, così come delineate nel progetto preliminare ⁽³⁸⁾. Questa tendenza trova manifestazione peculiare proprio sul punto che qui interessa: l'art. 172 del progetto definitivo prevede ancora, infatti, che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, ma solo quando ne ritenga « opportuna » la trattazione. Il mutamento è essenziale. Infatti, la valutazione discrezionale del giudice viene estesa in modo tale da modificare il contenuto dell'originario dovere del giudice stesso in una mera facoltà di provocare il contraddittorio.

Dall'art. 172 del progetto definitivo Solmi deriva direttamente la disposizione dell'art. 183, 2° comma del vigente codice, che però è ormai ridotta ad una « ombra » dell'originaria formulazione chiovendiana del dovere del giudice di assicurare il contraddittorio delle parti, prima della decisione, su tutti i punti rilevanti della stessa ⁽³⁹⁾.

4. Fin dall'entrata in vigore del codice, dottrina e giurisprudenza si orientano nel senso di ravvisare nell'art. 183 l'attribuzione al giudice di una mera facoltà discrezionale, sia per quanto attiene alla richiesta di chiarimenti alle parti, che per quanto

⁽³⁷⁾ Sull'art. 31 del Progetto Chiovenda, cfr, in particolare, DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 230.

⁽³⁸⁾ V., in generale TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 236 ss.

⁽³⁹⁾ V., in tal senso, DENTI, *op. loc. cit.*

concerne l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio di cui il giudice ritiene opportuno la trattazione. A questo orientamento interpretativo fa puntuale riscontro la prassi giudiziaria, che attua una sostanziale e diffusa disapplicazione della norma.

Tale *communis opinio* non appare però uniforme. Ad esempio, Andrioli attribuisce all'art. 183, 2° comma una portata non meramente direttiva ma precettiva, ravvisandovi lo strumento per evitare il pericolo di sentenze fondate sulla « terza opinione » del giudice, sottratte al previo contraddittorio delle parti. Da ciò, l'A. ricava l'impossibilità, per il collegio, di esaminare d'ufficio questioni che il giudice istruttore non avesse indicato alle parti, o sulle quali lo stesso collegio non avesse disposto l'interrogatorio non formale delle parti stesse in camera di consiglio ⁽⁴⁰⁾.

A parte qualche occasionale adesione ⁽⁴¹⁾, tale opinione rimane però a lungo isolata, nel contesto di un diffuso disinteresse verso il problema dell'attuazione effettiva del contraddittorio.

L'intuizione di Andrioli venne tuttavia successivamente ripresa in dottrina, sia pure da diverse prospettive.

Nel contesto di un ampio esame dei profili della decisione non determinati dalle domande o eccezioni di parte, si è giunti ad affermare il dovere del giudice di provocare preventivamente il contraddittorio delle parti sugli elementi di fatto e di diritto della decisione sui quali ha luogo la pronuncia d'ufficio ⁽⁴²⁾. Nell'impostazione del Grasso tale dovere, che sarebbe previsto dall'art. 183, 2° comma, non è però ricollegabile alla garanzia generale del contraddittorio, mentre troverebbe sicuro fondamento nel principio di collaborazione tra il giudice e le parti, che secondo lo stesso A. domina l'intera struttura del processo civile ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. II, Napoli, 1960, sub art. 183, p. 81 s.

⁽⁴¹⁾ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, vol. I, p. 70, nota n. 31.

⁽⁴²⁾ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., spec. p. 121, 310, nonché *La collaborazione nel processo civile*, cit., 607 ss.

⁽⁴³⁾ *La collaborazione*, cit., spec. p. 591, 605 ss.

Diverso è l'approccio di Denti ⁽⁴⁴⁾, il quale condivide l'opinione dominante per cui l'art. 183 esprime una semplice direttiva e null'altro prevede se non una facoltà discrezionale del giudice ⁽⁴⁵⁾. Peraltro, l'A. ritiene che l'attuazione della garanzia della difesa ex art. 24, 2° comma Cost. implichi il dovere del giudice di sottoporre le questioni rilevabili d'ufficio al previo contraddittorio delle parti. A queste conclusioni, non si perviene muovendo dall'interpretazione dell'art. 183, 2° comma, ma da quella dell'art. 101 cod. proc. civ., alla luce della garanzia costituzionale ⁽⁴⁶⁾, secondo la quale la norma in esame, al di là della sua formulazione letterale, esprimerebbe l'esigenza e la necessità che il contraddittorio sia garantito per tutto il corso del processo e in particolare prima che il giudice pronunci su questioni rilevabili d'ufficio ⁽⁴⁷⁾. Rispetto alla tesi del Grasso, questo orientamento comporta un'altra variazione di notevole rilievo: il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti, e la nullità della sentenza pronunciata in violazione di tale dovere, sussistono esclusivamente quando si tratti di questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio. Il dovere non sussisterebbe quindi riguardo ai punti di fatto e di diritto della decisione, ma riguarderebbe solo questioni di rito o di merito tali che la loro soluzione sia idonea a definire l'intero giudizio ⁽⁴⁸⁾, e che siano rilevabili d'ufficio.

Per quanto consta, dottrina e giurisprudenza non hanno re-

⁽⁴⁴⁾ *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., p. 217 ss. ove si rileva che dal mancato esercizio di tale facoltà, non è comunque deducibile la nullità della sentenza che abbia pronunciato su questioni rilevabili d'ufficio senza il contraddittorio delle parti.

⁽⁴⁵⁾ Analogamente MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, p. 484, il quale auspica che la sanzione di nullità per tale sentenza venga introdotta *de iure condendo*.

⁽⁴⁶⁾ DENTI, *op. cit.*, p. 223 suggerisce anche un'ipotesi alternativa secondo la quale il dovere del giudice potrebbe derivare non dall'art. 101 ma direttamente dall'art. 24, 2° comma della Costituzione.

⁽⁴⁷⁾ DENTI, *op. cit.*, p. 223.

⁽⁴⁸⁾ DENTI, *op. cit.*, p. 219, 225, 231.

cepito né l'una né l'altra proposta interpretativa, sopra richiamata. Peraltro, il problema non può ritenersi esaurito, non soltanto per quanto già si è esposto a proposito dei progetti di riforma del codice, ma anche perché l'esigenza del previo contraddittorio delle parti è stata di recente riproposta sotto altra prospettiva.

Nel considerare l'utilizzazione, ai fini della formazione del convincimento del giudice di presunzioni, argomenti di prova, prove atipiche in genere, si è rilevato che tali fonti di prova o si sono formate in assenza di contraddittorio tra le parti, fuori dal giudizio (come accade in genere per le cosiddette prove atipiche) ⁽⁴⁹⁾, o si sono formate nel giudizio, ma senza contraddittorio, perché il giudice ne tiene conto solo in sede di decisione (come accade per le presunzioni semplici) ⁽⁵⁰⁾.

Sono quindi numerose le situazioni nelle quali l'accertamento dei fatti si fonda su elementi di prova che non sono stati sottoposti alla discussione delle parti, o alle loro controdeduzioni, con la conseguenza che la regola del contraddittorio risulterebbe violata. La dottrina ha ben sottolineato la gravità di questa situazione, a volte ponendo in evidenza la necessità, *de jure condendo*, di una norma che imponga al giudice di provocare il contraddittorio su tutte le fonti di prova ⁽⁵¹⁾; a volte suggerendo una interpretazione estensiva ed integrativa dell'art. 183, 2° comma; si tenderebbe quindi ad interpretare la norma in chiave di attuazione della garanzia costituzionale della difesa, suggerendone sia l'ap-

⁽⁴⁹⁾ Cfr., in particolare, TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 408 ss., 431 ss.

Più in generale, sull'argomento, v. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 116, in nota, nonché CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss. e MONTESANO, *Le « prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile*, *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.

⁽⁵⁰⁾ V., TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, parte IV, p. 41 (dell'estr.).

⁽⁵¹⁾ V., TARUFFO, *op. cit.*, *loc. cit.*, nonché dello stesso A., *Problemi e linee evolutive del sistema delle prove civili in Italia*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, vol. II, p. 1517.

plicabilità per tutto il corso del giudizio, sia la necessaria applicazione (in termini di *dovere* e non di mera facoltà) ad ogni iniziativa d'ufficio del giudice suscettibile di determinare la decisione della causa (e quindi, in particolare, in tutti i casi intenda fondare la decisione in fatto su elementi di prova che non si sono formati nel giudizio o non sono stati altrimenti oggetto del contraddittorio delle parti) ⁽⁵²⁾.

Sul problema si tornerà più ampiamente nelle pagine che seguono; di esso doveva peraltro farsi cenno, per dimostrare che la problematica connessa con l'art. 183, 2° comma, e che investe l'attuazione della regola del contraddittorio, non soltanto non è marginale ed episodica nella dottrina, ma anzi acquista ampiezza e pluralità di dimensioni, con il progressivo approfondimento dei problemi che attengono ai rapporti tra diritti fondamentali delle parti e poteri di decisione del giudice. Per altro aspetto, la non omogeneità degli orientamenti interpretativi manifestati in dottrina, non rende possibile, a questo stato dell'indagine, la prospettiva di una scelta ben definita, ponendo l'esigenza di una ulteriore analisi.

5. Si è accennato più sopra (v. § 1) alla circostanza che, nella pur ricca elaborazione giurisprudenziale che fino ad ora la Corte Costituzionale ha fornito nell'applicazione dell'art. 24, 2° comma, il problema che ci occupa non ha mai costituito oggetto di specifiche pronunce ⁽⁵³⁾. Al contrario, proprio nell'ambito di una effettiva attuazione delle garanzie di difesa, esso può assumere particolare consistenza e esigere una collocazione che

⁽⁵²⁾ Cfr., in particolare, MONTESANO, *Le « prove atipiche nelle « presunzioni » e « negli argomenti » del giudice civile*, cit., p. 237 ss.

⁽⁵³⁾ Sulla violazione del contraddittorio sotto il profilo costituzionale del diritto di difesa, v., anche per riferimenti, FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, p. 113 ss.; sul « contenuto minimo » del contraddittorio, che deve imporsi al legislatore ordinario, cfr., tra gli altri, LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p. 17 ss.

vada al di là dei limiti interpretativi attinenti agli artt. 101 e 183. In qualche limitato caso, la stessa Corte costituzionale ha avuto occasione di porre il problema in modo corretto, quando ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 713 1° comma cod. proc. civ. per contrasto con la garanzia della difesa⁽⁵⁴⁾. La *ratio* di tale decisione consiste infatti nel rilievo che la norma consentiva il rigetto della domanda di interdizione o inabilitazione sulla sola base della richiesta formulata in tal senso dal pubblico ministero, prima di ogni altro atto del giudizio e in particolare prima della comparizione del ricorrente. Sul punto la Corte ha giustamente ritenuto sussistere una violazione del diritto di difesa, in quanto il ricorrente veniva privato del diritto di contraddire, prima della decisione, la richiesta del pubblico ministero, non essendo in condizione di conoscerne i motivi, né, quindi, di contestarne la fondatezza. A prescindere dagli intrinseci limiti della fattispecie decisa, la Corte formula in questo caso il principio per cui la garanzia della difesa implica che le parti siano poste in condizione di conoscere e contestare preventivamente gli elementi che potrebbero determinare la decisione sulle loro domande.

Per altro verso, e benché la Corte Costituzionale non abbia avuto altre occasioni per esprimersi negli stessi termini, è stata la dottrina, come è noto, che ha formulato con chiarezza le tesi per cui dalla garanzia della difesa deriva necessariamente che alle parti deve assicurarsi possibilità di previo contraddittorio su tutto ciò che è destinato a costituire il fondamento della decisione. Nel diritto al previo contraddittorio si è ravvisato anzi il « punto

(54) Corte Costituzionale 5 luglio 1968 n. 87, in *Foro it.*, 1968, I, 2042 e in *Riv. dr. proc.*, 1969, p. 301 ss., con nota di MANDRIOLI, *Il « nuovo » provvedimento di rigetto anticipato della domanda di interdizione o di inabilitazione, dopo la parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 713 primo comma cod. proc. civ.* Analogamente, v. anche la sentenza della Corte Costituzionale 12 luglio 1965 n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, 1969.

focale » di tale garanzia e nell'eventualità di decisioni « a sorpresa » o c.d. « della terza opinione » un'inammissibile violazione della garanzia medesima ⁽⁵⁵⁾.

Di conseguenza, si è anche affermando che « è inammissibile lasciare al giudice facoltà incontrollata di eludere il principio costituzionale » enunciato nell'art. 24, 2° comma, mentre ciò avviene ogni volta che il giudice fonda la decisione su elementi, questioni o ragioni diverse da quelle prospettate e discusse *inter partes*; si conclude poi nel senso che tale principio può essere attuato soltanto in quanto il giudice provochi, anche d'ufficio, il previo contraddittorio delle parti su tutti gli aspetti che egli ritiene rilevanti per la decisione ⁽⁵⁶⁾.

Se si condivide questa interpretazione dell'art. 24 cost., il problema del contraddittorio risulta impostato in termini almeno parzialmente diversi da quelli di consueto proposti e certamente si esige un ulteriore approfondimento.

⁽⁵⁵⁾ COMOGLIO, nel *Commentario della Costituzione*, cit., p. 56 (dell'estratto); già prima, e più ampiamente, v. dello stesso A., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 75 s.; v., anche, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 51, sotto il profilo del dovere del giudice di usare dei suoi poteri di direzione materiale al fine di assicurare il contraddittorio delle parti.

⁽⁵⁶⁾ V., COMOGLIO in *Commentario*, cit., p. 57 e *La garanzia costituzionale*, cit., p. 145 ss. Nello stesso senso v. anche TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 682 ss.

Il fondamento delle tesi esposte nel testo appare coerente con l'esigenza di una reale attuazione del contraddittorio delle parti, come metodo dialettico di formazione della decisione. Essa risponde del resto ad una esigenza fondamentale che, sia pure a volte in modo generico, parte della dottrina ha da tempo percepito, indicando il contraddittorio (o la collaborazione tra parti e giudice) come metodo necessario di preparazione e formazione della decisione giudiziale. Cfr., ad esempio, e tra gli altri, CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 682 e Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 31.

V., riassuntivamente, in argomento, TROCKER, *Processo civile*, cit., p. 674 ss. Va peraltro osservato che è stata assai diffusa l'indifferenza verso il problema, nella prospettiva di una considerazione essenzialmente formale della garanzia del contraddittorio: v., ad es., MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 458 ss.

Se si aderisce alla tesi per cui la garanzia costituzionale della difesa implica il previo contraddittorio delle parti sugli elementi rilevanti per la decisione, risulta poi insoddisfacente l'opinione di chi ne affermi la necessità limitandosi a fare perno (con applicazione estensiva dell'art. 183, 2° comma) sull'affermato « principio di collaborazione » e non piuttosto sulla garanzia costituzionale stessa ⁽⁵⁷⁾. In questo modo sembra si disconosca il rilievo costituzionale del problema, collocando l'esigenza del previo contraddittorio nell'ambito più incerto di quei principi « non scritti » che si suppongono impliciti nella normativa ordinaria del processo civile.

La stessa interpretazione dell'art. 24, 2° comma, fa sorgere, peraltro, dubbi, anche sull'altra tesi proposta in dottrina, per cui dalle garanzie costituzionali della difesa discenderebbe una necessaria interpretazione estensiva dell'art. 101 cod. proc. civ., e la necessità del previo contraddittorio, limitata tuttavia alle questioni pregiudiziali, in senso tecnico, rilevabili d'ufficio ⁽⁵⁸⁾. Si può anzitutto rilevare che l'accennata interpretazione dell'art. 24 cost., implica, per quanto qui interessa, non tanto una lettura estensiva della disposizione dell'art. 101 cod. proc. civ., tale da ampliarne la portata a tutto lo svolgimento del processo ⁽⁵⁹⁾, ma piuttosto una interpretazione per così dire « integrativa » dell'art. 183, 2° comma, tale da configurare un vero e proprio dovere del giudice di provocare previo il contraddittorio delle parti, e non già una mera facoltà discrezionale ⁽⁶⁰⁾. Inoltre, è lecito porre in dubbio che l'accennata esigenza di attuazione della garanzia costituzionale della difesa sia integralmente soddisfatta una volta che si giunga a configurare un dovere del giudice di provocare il

⁽⁵⁷⁾ È la tesi, come è noto, di Grasso, su cui *supra*, § 3.

⁽⁵⁸⁾ Come già osservato, è questa l'opinione di DENTI, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁹⁾ V., in questo senso, DENTI, *op. cit.*, p. 223, 226, nonché COMOGLIO, *La garanzia costituzionale*, cit., p. 144.

⁽⁶⁰⁾ V., infatti, in questo senso, e sia pure con riferimento a particolari fattispecie, MONTESANO, *supra*, *op. loc. cit.*

contraddittorio sulle questioni pregiudiziali in senso tecnico. Se è vero infatti che il contraddittorio è indispensabile su tali questioni, in quanto rilevabili d'ufficio, e proprio perché esse sono idonee a definire la controversia (⁶¹), non sembra si porra ritenere che *soltanto su di esse* occorra il previo contraddittorio per soddisfare la garanzia costituzionale. È infatti intuitivo che la garanzia medesima può ugualmente eludersi, e con effetti forse non meno gravi a danno delle parti, se il giudice fonda d'ufficio la decisione su elementi che non costituiscono questione pregiudiziale, almeno secondo una definizione rigorosa di essa, ma che tuttavia possono influire in modo rilevante sulla decisione della controversia. Basti accennare all'ipotesi in cui il giudice, senza rilevare « questioni », attribuisca al rapporto controverso una qualificazione giuridica diversa da quelle prospettata e discussa dalle parti, ovvero al caso in cui accerti un fatto principale della causa servendosi di presunzione semplice.

Proprio questo, a mio avviso, è tuttavia il punto che richiede maggior approfondimento: se infatti l'interpretazione dell'art. 24 di cui si tratta è nel senso di configurare la necessità del previo contraddittorio su tutti gli elementi di fatto e di diritto influenti sulla decisione, ciò implica che la garanzia vada estesa oltre l'ambito delle questioni pregiudiziali in senso stretto, ma non si fornisce ancora in tal modo una definizione adeguata di ciò che dovrebbe costituire l'oggetto della garanzia stessa.

Si può rilevare allo stato della ricerca e salvo ogni ulteriore approfondimento, che una definizione analitica è comunque necessaria se si vuole poi configurare l'attuazione della regola del previo contraddittorio come elemento di validità della decisione (⁶²).

(⁶¹) Sulla nozione di questione pregiudiziale, cfr., in particolare, DENTI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 675 ss. e, anche per altri riferimenti, FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 127 ss.

(⁶²) Nel senso che dalla violazione del contraddittorio derivi direttamente la nul-

6. Meritano attento esame, a questo punto della ricerca, alcune disposizioni che nell'ordinamento francese regolano l'attuazione del principio del contraddittorio, con riferimento al dovere del giudice di provocare preventivamente la discussione delle parti su elementi della controversia rilevabili d'ufficio. L'analisi di cui si tratta trae motivo non soltanto dal fatto che l'ordinamento francese è ritenuto, tra altri, maggiormente « vicino » al nostro, ma anche perché sul piano della comparazione, si sono prodotte soluzioni controverse, ma di indubbio interesse.

Va anzitutto rilevato che in Francia, pur in mancanza di una norma costituzionale come l'art. 24, 2° comma cost., la dottrina ha costantemente considerato la garanzia della difesa come diritto fondamentale (o « naturale »), ricollegato al principio del contraddittorio ⁽⁶³⁾. Peraltro, già da tempo si sono posti rilevanti problemi circa l'individuazione delle conseguenze che ne derivano, ossia circa gli strumenti processuali necessari per assicurarne l'attuazione. In particolare, è controverso se dal principio del contraddittorio discenda il dovere del giudice di sottoporre preliminarmente alla discussione delle parti tutti gli elementi della causa che si ritengano necessari per la decisione, e che non siano

lità della sentenza, v., DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., p. 223 e COMOGLIO, *Direzione del processo*, cit., loc. cit.

I rilievi formulati nel testo costituiranno comunque oggetto di più ampia indagine nei successivi paragrafi.

(63) Cfr, in questo senso, ad es., MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Ecrits*, I, *Etudes et notes de procédure civile*, Paris, 1973, p. 60 ss.; Id., *Droit processuel*, Paris, 1975, p. 147; WIEDERKEHR, *Le principe du contradictoire. A propos du décret n. 73-1122 du 17 décembre 1973*, Dalloz, 1974, *Chron*, p. 95; OPPETIT, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français*, in *Fondamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano-New York, 1973, p. 498; VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, 1978, *Chron*, p. 36; RICCI, *Garanzie costituzionali del processo civile nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 1968, p. 251.

V. infine di WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, Dalloz, 1978, *Chron*, p. 36.

stati allegati dalle parti stesse ⁽⁶⁴⁾. Dagli inizi degli anni '60, l'opinione più autorevole, difesa e sostenuta in numerosi scritti, fu quella di Motulsky, secondo il quale il principio del contraddittorio, in quanto aspetto essenziale della garanzia fondamentale della difesa, implica necessariamente che il giudice, allorché rilevi un elemento della controversia rilevante per la decisione, ma non allegato dalle parti, deve provocare preliminarmente, su di esso, la discussione delle parti medesime ⁽⁶⁵⁾. La tesi si fondava, in particolare, sull'art. 171 cod. proc. civ., come riformato dal decreto del 2 agosto 1960 ⁽⁶⁶⁾, oltre che su un diffuso orientamento giurisprudenziale che affermava l'annullabilità di sentenze nelle quali il giudice avesse pronunciato d'ufficio su alcuni aspetti della controversia, senza preventivo contraddittorio di parte ⁽⁶⁷⁾. In particolare poi, il Motulsky, prendeva in considerazione le ipotesi in cui il giudice avesse deciso la controversia sulla base di norme diverse da quelle invocate dalle parti o comunque qualificando giuridicamente il rapporto controverso, divergendo dalla prospettazione delle parti medesime: pur affermando il potere del giudice di decidere d'ufficio in tal modo, in base al principio *iura novit curia*, si ribadiva il dovere del giudice, prima di emet-

(64) Non viene qui affrontato, per ora, il problema consistente nello stabilire se esistano e quali siano gli elementi della controversia rilevabili d'ufficio; cfr., MOTULSKY, *Prolégomènes pur un futur code de procédure civile: la consécration des principes directeur du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, *Ecrits*, cit., I p. 292 ss., sulle diverse opinioni manifestate in dottrina.

(65) Tra i numerosi scritti in cui Motulsky sostenne questa posizione cfr., *Le droit naturel*, cit., p. 76 s.; *La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, *Ecrits*, cit., p. 181; *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, *ivi*, p. 56; *La cause de la demande du juge et des parties dans l'allégations des faits*, *ivi*, p. 109 ss., 128.

(66) La norma riformata prevedeva infatti che il giudice non potesse rilevare d'ufficio l'incompetenza assoluta senza aver prima chiesto sul punto le osservazioni delle parti. La norma venne ritenuto *d'ordre public* dalla Cassazione la quale richiedeva, a pena di nullità, che dell'avviso alle parti si desse registrazione nei verbali e in sentenza (v., anche per riferimenti, MOTULSKY, *La réforme*, cit., p. 181; *Droit processuel*, cit., 154).

(67) Cfr. indicazioni e riferimenti nelle opere di Motulsky, citate alla nota n. 65.

tere siffatta decisione, di provocare una discussione delle parti sul punto ⁽⁶⁸⁾.

Probabilmente, i fondamenti dell'opinione in esame non erano così certi come l'A. riteneva ⁽⁶⁹⁾; tuttavia, la dottrina del Motulsky fu assai influente e costituì certo una traccia ed anzi la base teorica per le riforme legislative in materia di contraddittorio che si susseguirono a partire dal 1965. La prima di tale riforme, come è noto, viene attuata con il decreto 13 ottobre 1965, il cui art. 82 prevede il potere del giudice di chiedere chiarimenti alle parti sugli aspetti di fatto e di diritto della controversia, aggiungendo: « *Néanmoins, aucun moyen, même d'ordre public, non soulevé par les parties ne pourra être examiné d'office sans que celles-ci aient été appelés à présenter leur observation à cet égard* ». Si tratta evidentemente di una conferma della tesi sopra esposta: giustamente rileva il Motulsky che non si tratta di mera facoltà del giudice ma di un dovere, la cui osservanza è condizione di validità della pronuncia, ed è indispensabile per l'attuazione della garanzia della difesa ⁽⁷⁰⁾.

La norma introdotta con il decreto del 1965, non ebbe, tuttavia, una rilevante storia autonoma; pochi anni dopo fu avviata la più generale riforma del codice con l'emanazione di una serie di decreti governativi ⁽⁷¹⁾. Tra questi, particolarmente importante, è il decreto del 9 settembre 1971, i cui primi 21 articoli, definiti come disposizioni preliminari, contengono in realtà l'e-

⁽⁶⁸⁾ V., specialmente *La réforme*, cit., 1811; *Le rôle respectif*, cit., p. 56; *La cause de la demande*, cit., p. 109 e successivam. *Droit processuel*, cit., p. 153. V. anche RICCI, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁽⁶⁹⁾ V. infatti, NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, 185 s., il quale osserva che la giurisprudenza era solita annullare decisioni contenenti pronunce d'ufficio non per la mancanza del previo contraddittorio delle parti, ma per violazione dei limiti del potere decisorio del giudice, e che il riferimento all'art. 171, oggetto di riforma nel 1960, non serviva a sostenere la tesi generale di Motulsky perché era sempre stato interpretato dalla giurisprudenza in modo fortemente restrittivo.

⁽⁷⁰⁾ MOTULSKY, *La réforme*, cit., p. 182 s.

⁽⁷¹⁾ V., al riguardo, notizie in PERROT, *Il nuovo e futuro codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 230 ss.

nunciazione di principi generali del processo ⁽⁷²⁾, destinati a costituire una normativa di carattere generale posta all'inizio del nuovo codice. Tra queste norme « di principio » alcune riguardano l'attuazione della regola del contraddittorio ⁽⁷³⁾, ed in particolare l'art. 16 che impone al giudice di far osservare *e di osservare lui stesso tale regola*; si precisa inoltre che egli non potrà fondare la decisione su elementi di diritto rilevati d'ufficio ⁽⁷⁴⁾, senza avere preliminarmente invitato le parti a presentare loro osservazioni. Identica regola vale per le spiegazioni integrative che il giudice abbia richiesto alle parti, nel senso che se esse sono rilevanti per la decisione devono essere sottoposte a discussione preventiva ⁽⁷⁵⁾. La norma in esame è stata considerata come un limite al potere d'ufficio del giudice di attribuire al rapporto controverso l'esatta qualificazione giuridica, e al potere di rilevare le questioni di puro diritto ⁽⁷⁶⁾; sotto altro profilo, la disposizione di cui si tratta, rappresenta comunque una riconferma ed una enunciazione generale del dovere del giudice di non decidere mai questioni e punti controversi senza averli preventivamente sottoposti al contraddittorio di parte ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷²⁾ PERROT, *op. cit.*, p. 232; MOTULSKY, *Prolégomènes*, cit., p. 275 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. gli artt. da 14 a 17.

⁽⁷⁴⁾ La formulazione originaria dell'art. 16 del decreto del 1971 fa un'eccezione per i *moyens d'ordre public*, che il giudice può rilevare d'ufficio anche senza previo contraddittorio. L'eccezione viene eliminata e la regola diventa realmente generale, con l'art. 122 del decreto 20 luglio 1972 (v. MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., p. 154).

⁽⁷⁵⁾ V. in argomento, BLANC, *La nouvelle procédure civile*, Paris, 1973, p. 26 s.; MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., p. 153, ove si ritengono possibili le spiegazioni complementari su richiesta del giudice anche sui fatti della causa, benché l'art. 13 parli di « *explications de droit* ».

⁽⁷⁶⁾ PERROT, *op. cit.*, p. 243 ss. Il 3° comma dell'art. 12 consente alle parti, su materie disponibili e per accordo espresso, di vincolare il giudice alla qualificazione giuridica del rapporto sui punti di diritto ai quali intendono limitare la discussione (v. PERROT, *ivi*, p. 245).

⁽⁷⁷⁾ V., in questo senso, in modo chiaro, MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., 152 ss.; WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, Dalloz, 1978, *Chron.*, p. 37.

V. anche NORMAND, *op. cit.*, *loc. cit.*, che, avendo negato tale dovere esistere in procedura (v. n. 7), attribuisce al decreto del '71 un carattere radicalmente

La scelta di fondo compiuta dal legislatore del 1971 con l'art. 16, viene ribadita e ulteriormente articolata con il decreto del 20 luglio 1972, che esclude ogni limitazione prevista nella formulazione originaria della norma ⁽⁷⁸⁾, e impone al presidente di avvertire le parti, con menzione nel verbale di causa, delle questioni di diritto rilevabili d'ufficio, invitandole a presentare le loro osservazioni immediatamente o entro un termine da lui fissato (cfr. art. 90, 2° comma); l'art. 92 prevede poi la riapertura della discussione se le parti non abbiano potuto presentare le loro difese, mentre le stesse regole sono estese al procedimento avanti la Corte di Cassazione (cfr. art. 166) ⁽⁷⁹⁾. La giurisprudenza della Cassazione applica puntualmente le nuove disposizioni, individuando ad esempio una violazione dell'art. 16 nel caso di dichiarazione di inammissibilità di una domanda nuova, o di pronuncia di nullità di una clausola di indicizzazione, non previamente sottoposta alla discussione delle parti ⁽⁸⁰⁾.

Quando le norme dei decreti di riforma vengono rifuse in un testo unitario, anche se non completo e che costituisce il nuovo codice destinato a entrare in vigore il 1° gennaio 1976 ⁽⁸¹⁾, si verifica, tuttavia, sul punto in esame, una netta inversione di tendenza. L'art. 16 viene infatti riformulato con modificazioni riduttive di notevole rilievo ⁽⁸²⁾: dal primo comma viene escluso

innovativo, se non altro per l'estensione generale della norma (dato che il decreto del 1965 riguardava solo i giudizi sottoposti alla procedura di *mise en état*).

⁽⁷⁸⁾ V. sopra la nota n. 74.

⁽⁷⁹⁾ MOTULSKY, *Droit processuel*, cit., p. 154.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 8 ottobre 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 282; Cass. 20 maggio 1974, *Bull. civ.*, IV, 131. L'art. 16 viene spesso disapplicato dai giudici di merito; la Cassazione è invece assai rigorosa nell'annullare decisioni assunte senza il previo contraddittorio delle parti, sulle fattispecie più diverse di diritto sostanziale e processuale. V., anche per numerose citazioni, PERROT, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 827 che parla al riguardo di *incroyable florilege*.

⁽⁸¹⁾ Su questa vicenda e le sue peculiarità cfr. PERROT, *Il nuovo codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 281 ss.

⁽⁸²⁾ La ragione di queste modificazioni, come di altre introdotte dai decreti che varano il codice, rimane sconosciuta, perché tali decreti non sono preceduti da alcuna

ogni riferimento al dovere del giudice di rispettare lui stesso il contraddittorio, e resta solo quello di farlo osservare alle parti. Il par. 90 del decreto del 1972, la previsione inerente al dovere del giudice di provocare il contraddittorio preventivo sulle questioni rilevabili d'ufficio e resta soltanto un vincolo a tener conto nella decisione delle « *explications qu'il a recueillies contradictoirement* »⁽⁸⁴⁾. Coerentemente, viene poi del tutto eliminata, dall'art. 90 del decreto del 1972, la previsione inerente al dovere del presidente di avvertire le parti delle questioni che potrebbero essere rilevate d'ufficio (cfr. art. 442 cod. proc. civ.)⁽⁸⁵⁾.

L'art. 16 subisce un'ulteriore modificazione, nel 2° comma, con il decreto del 29 luglio 1976, che così ora recita:

Il (giudice) « *ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Come si rivela agevolmente, quest'ultima riformulazione non è che una limitazione ulteriormente riduttiva delle formule precedenti: sparisce infatti anche l'ultimo riferimento all'iniziativa del giudice nel « raccogliere spiegazioni » in contraddittorio, né si prevede un dovere del giudice di provocare la discussione delle parti. Pur sussistendo il richiamo alla necessità del contraddittorio su questioni, spiegazioni e documenti, si esige soltanto che le parti siano state in condizione di poterne discutere; è ben chiaro, comunque, che si tratta soltanto di questioni e documenti introdotti in giudizio dalle parti, e manca qualsiasi riferimento alle questioni rilevabili d'ufficio o alle spiegazioni richieste dal giudice alle parti.

discussione (v. PERROT, *op. loc. cit.*). Al riguardo, si è ipotizzato che lo scopo di tali modificazioni fosse quello di eliminare occasioni di ricorso in Cassazione (BENABENT, *Les moyens relevés en secret par le juge, J.C.P., La sem. jur.*, 1977, I, 2849).

⁽⁸³⁾ Cfr., WIEDERKEHR, *Droit de la défense*, cit., p. 37.

⁽⁸⁴⁾ Cfr., PERROT, *op. ult. cit.*, p. 289; BENABENT, *op. cit.*. Non viene invece eliminato il dovere di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio in Cassazione.

⁽⁸⁵⁾ V. WIEDERKEHR, *op. e loc. ult. cit.*

In tal modo, il significato originario dell'art. 16 appare profondamente mutato, quanto meno rispetto alla formulazione del 1971. Da un lato, infatti, la disposizione è posta solo a garanzia del contraddittorio *tra le parti* ⁽⁸⁶⁾: la norma principale in materia è allora l'art. 15, il quale prevede appunto il dovere tra le parti di farsi conoscere a vicenda i *moyens de fait*, i *moyens de droit* e i mezzi di prova che allegano, in tempo utile affinché ognuna di esse possa organizzare le proprie difese, mentre l'art. 16 rappresenta in un certo senso la sanzione di tale dovere, disponendo che i *moyens* e le prove, non tempestivamente indicate all'altra parte, non possano costituire oggetto di decisione. Il ruolo del giudice, in questa prospettiva, è puramente passivo, dovendo egli limitarsi a trarre le conseguenze, in sede di decisione, del comportamento e degli atti compiuti dalle parti, ma non può certo esercitare autonomi poteri di iniziativa al fine di assicurare preventivamente il rispetto del contraddittorio.

Dall'altro lato, non è venuto meno il potere del giudice di attribuire ai fatti della causa l'esatta qualificazione giuridica e di rilevare d'ufficio i *moyens de pur droit* (è rimasto infatti immutato l'art. 12); allora, la modificazione dell'art. 16 sembra comportare semplicemente l'esclusione del dovere del giudice di sottoporre a discussione preventiva di parte le questioni rilevabili d'ufficio e le ipotesi di diversa qualificazione giuridica della fattispecie, così come non esiste più l'analogo dovere inerente alle spiegazioni ottenute dalle parti in base all'art. 13. In sostanza, rimangono integri i poteri d'ufficio del giudice, ma, ai fini della decisione, il loro esercizio non è più condizionato al rispetto della regola del contraddittorio.

7. L'eliminazione del dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti suscita reazioni diverse. Vi è chi la considera coerente con i principi generali dell'ordinamento, ritenendo che il contraddittorio debba valere per ciò che viene introdotto

(86) WIEDERKEHR, *op. ult. cit.*, p. 38.

nel giudizio dalle parti, ma non implichi discussione delle soluzioni che il giudice intende dare alla controversia: si ritiene quindi che la regola non operi tra giudice e parti e che la funzione del giudice sia quella di decidere la causa in piena autonomia dopo che le parti stesse hanno esaurito le loro difese⁽⁸⁷⁾. D'altro canto, autorevole dottrina, pur continuando a ritenere che se il giudice non indica preliminarmente alle parti le questioni rilevabili d'ufficio risulta violato il principio del contraddittorio e pure criticando l'eliminazione del relativo dovere, prende atto che esso non è più disciplinato nel diritto positivo⁽⁸⁸⁾. Vi è infine chi sostiene che i decreti del 1971 e del 1972 non hanno fatto altro che codificare un principio generale preesistente e, di conseguenza, il venir meno della norma positiva che lo esprimeva non potrebbe comunque implicare l'eliminazione del principio stesso. Se ne deduce che il giudice ha comunque il dovere di provocare la discussione delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio, in quanto le vicende di una norma regolamentare come l'art. 16 non possono influire sull'attuazione della garanzia fondamentale della difesa⁽⁸⁹⁾.

La giurisprudenza della Cassazione si orienta in una direzione diversa. Si riconosce che il nuovo codice ha eliminato il dovere del giudice di provocare il contraddittorio, ma si delineano soluzioni diverse a seconda si tratti di *moyens de pur droit* oppure di questioni miste di fatto e di diritto. Nel primo caso, trattandosi di questioni che non implicano apprezzamento di fatto, né una diversa valutazione dei fatti allegati, la Cassazione ritiene che il giudice possa rilevarle d'ufficio, senza provocare su di esse il

(87) Cfr., PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Paris s.d. (ma 1976), p. 83.

(88) Cfr., PERROT, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 828, il quale segnala che in tal modo « *les plaideurs seraient offert en holocauste à la sérénité des juges* »; NORMAND, *ibid.*, 1977, p. 180 ss. e nota cron. in *Dalloz*, 1977, p. 411.

(89) Cfr. WIEDERKEHR, *op. e loc. ult. cit.*; BENABENT, *op. cit.*, e *Id.*, nota a Cass. 8 dicembre 1976, nello stesso senso, in *Dalloz*, 1977, 543. In senso critico v. in particolare NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1978, p. 184 ss.

previo contraddittorio delle parti ⁽⁹⁰⁾. La seconda ipotesi ha luogo invece quando il rilievo di una questione di diritto implica una diversa qualificazione giuridica dei fatti allegati, tale da attribuire rilevanza a fatti che non ne avevano nell'iniziale prospettazione delle parti ⁽⁹¹⁾, e tale quindi da configurare l'oggetto della decisione come diverso da quello del contraddittorio. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Cassazione appare orientata nel senso di richiedere il previo contraddittorio delle parti come condizione perché il giudice possa validamente rilevare d'ufficio la questione ⁽⁹²⁾, anche se nessuna previsione espressa è contenuta nell'art. 16. In definitiva, la giurisprudenza segue il criterio per cui non occorre previo contraddittorio sulle sole questioni di diritto ⁽⁹³⁾, mentre è necessario quando la questione rilevata d'ufficio investe anche i fatti della controversia, sotto il profilo di una diversa valutazione della loro rilevanza giuridica.

Peraltro, mentre la prima affermazione non crea particolari problemi, ne crea invece la seconda. È dubbio, invero, se il giudice possa rilevare d'ufficio le questioni « miste », poiché l'art. 12, 3° comma, prevede soltanto il potere di rilevare i *moyens de pur droit*, talché non è chiaro — al di là dei richiami espressi al diritto di difesa che pure sono diffusi nella giurisprudenza sul punto — se l'annullamento da parte della Cassazione di pronunce d'ufficio su questioni « miste » senza contraddittorio, sia dovuto al principio per cui la previa discussione delle parti è sempre necessaria su questioni che coinvolgono i fatti, ovvero se la *ratio*

⁽⁹⁰⁾ In questo senso sono numerose le decisioni successive all'entrata in vigore del codice, soprattutto su questioni processuali: v. la rassegna di NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1979, p. 417 ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1977, p. 182.

⁽⁹²⁾ V. la rassegna di NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1979, p. 420 ss.

⁽⁹³⁾ La non necessità del contraddittorio viene affermata, con qualche incertezza, anche nel caso di applicazione d'ufficio di una norma diversa da quella invocata dalle parti: v. NORMAND, *op. ult. cit.*, p. 419 s.

reale di questa giurisprudenza consista nell'inesistenza del potere del giudice di rilevare d'ufficio questioni che non siano *de pur droit* ⁽⁹⁴⁾. Rimane comunque il fatto che, se questo potere esiste, esso può essere validamente esercitato solo a condizione che il giudice provochi sulla questione mista il contraddittorio preliminare delle parti ⁽⁹⁵⁾.

La situazione muta a seguito della sentenza del 18 ottobre 1979 del *Conseil d'Etat* sul caso *Rassemblement des nouveaux avocats de France* ⁽⁹⁶⁾, con la quale si ritiene illegittimo l'articolo 16 del codice in quanto non impone al giudice di rispettare lui stesso la regola del contraddittorio. Sembrerebbe trattarsi di un'abrogazione dell'art. 16, nel testo del codice, con un conseguente ritorno alla formulazione originaria, dei decreti 1971 e 1972 ⁽⁹⁷⁾, ma la sentenza opera in realtà una distinzione tra il caso in cui il giudice *deve* rilevare d'ufficio un *moyens de droit*, ossia quando si tratta di un *moyens d'ordre public* ed il caso in cui ha solo il potere di rilevarlo: nel primo caso il previo contraddittorio delle parti non è necessario, mentre lo sarebbe nel secondo ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. NORMAND, *op. ult. cit.*, p. 421 ss. Se così fosse, è chiaro che il dovere del giudice di provocare il contraddittorio sarebbe completamente eliminato (NORMAND, *ivi*, 422).

⁽⁹⁵⁾ Cfr. NORMAND, *ivi*, p. 422.

⁽⁹⁶⁾ Pubblicata in *Dalloz*, 1979, 606 con nota di BENABENT; v. anche le conclusioni del Commissario di Governo, con nota di BORÈ in *J.C.P.*, *La sem. jur.*, 1980, II, 1928, e la nota di VIATTE, *Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction*, *Gaz. Pal.* 3, I, 1980, *Doctr.*, p. 4.

⁽⁹⁷⁾ La sentenza pronuncia invero l'annullamento dell'art. 16 nel testo del Codice, in quanto norma regolamentare in contrasto con i principi generali del diritto e, nella specie, con il principio del contraddittorio, osservando che il potere del giudice di rilevare questioni d'ufficio è legittimo solo se su di esse è garantita la previa difesa delle parti.

Sui poteri del *Conseil d'Etat* di controllo di legittimità degli atti regolamentari v., in generale, VINCENT-MONTAGNIER-VARINARD, *La justice et ses institutions*, Paris, 1982, p. 414 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 146; BORÈ, nota in *J.C.P. Sem. Jur.*, 1980, 1928.

La decisione del *Conseil d'Etat* è indubbiamente ispirata all'esigenza di ampliare l'area di applicazione della regola in esame, ma non fornisce soluzioni chiare del problema.

Per un verso, vi è chi nega la distinzione tra questioni che il giudice deve e questioni che il giudice può rilevare d'ufficio abbia un preciso significato dal punto di vista del contraddittorio, poiché, in entrambi i casi, il rilievo della questione pone in gioco il diritto di difesa delle parti ⁽⁹⁹⁾, e se ne deduce quindi che il dovere del giudice di provocare preliminarmente la discussione delle parti sussiste in entrambe le ipotesi sopra accennate ⁽¹⁰⁰⁾. La prevalente giurisprudenza della Cassazione è tuttavia orientata nel senso di tener conto della distinzione proposta dal *Conseil d'Etat*, così che viene più volte confermata l'inesistenza del dovere del giudice di provocare la discussione preventiva delle parti sulle questioni che egli è tenuto a rilevare d'ufficio ⁽¹⁰¹⁾, mentre si impone tale dovere a proposito delle questioni che egli può rilevare d'ufficio ⁽¹⁰²⁾.

Va inoltre osservato che tale distinzione opera all'interno dei *moyens de pur droit*, di cui parla l'art. 12, 3° comma del codice; se invece si tratta di *moyens melangés de fait et de droit*, il cui

⁽⁹⁹⁾ V. NORMAND, *ivi*, 147.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr., VIATTE, *op. loc. cit.*; BORÈ, *op. loc. cit.*, e la sent. della *Chambre commerciale* del 12 maggio 1980, in *J.C.P., La sem. jur.*, 1980, IV, 272, su cui v. il commento favorevole di NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 802 s.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. la rassegna di NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.*, cit., 1980 p. 598 ss. e 1981, p. 200 ss.

⁽¹⁰²⁾ Com'è evidente, il problema diviene allora quello di individuare quali questioni rientrino nella prima categoria e quali nella seconda.

Nella prima rientrano le questioni d'*ordre public*, sia di rito (come in certi casi di *fins de non recevoir* o di nullità), sia di merito; le questioni inerenti all'esatta qualificazione giuridica del rapporto (che ex art. 12 il giudice *deve* attribuire d'ufficio), e all'esistenza della condizione per l'applicazione della norma invocata dalle parti (cfr., con riferimenti, NORMAND, *Rev. trim. dr. civ.* 1980, p. 148 s. e 598 ss.).

Nella seconda rientrano le ipotesi in cui il giudice intende applicare ai fatti un *moyen nouveau*, ossia una norma giuridica diversa da quella invocata dalle parti (NORMAND, *ivi*, p. 149; BORÈ, *op. cit.*; VIATTE, *op. cit.*) e altre questioni il cui rilievo è di volta in volta dichiarato facoltativo dalla legge.

problema non è stato affrontato dalla decisione del *Conseil d'Etat* la Cassazione continua a ritenere che il giudice abbia il potere di rilevarli d'ufficio, malgrado le perplessità già sopra richiamate⁽¹⁰³⁾, e riafferma tuttavia il dovere del giudice di provocare al riguardo la discussione preventiva delle parti⁽¹⁰⁴⁾.

In una situazione così complessa⁽¹⁰⁵⁾, è inevitabile che si verifichino oscillazioni giurisprudenziali, anche se la Corte di Cassazione segue con notevole coerenza la serie di criteri appena indicata. Così, ad esempio, è importante la precisazione per cui il giudice può modificare d'ufficio, senza contraddittorio, la qualificazione giuridica del rapporto controverso, ma solo se la nuova qualificazione non implica l'attribuzione di rilevanza giuridica a fatti che non l'avevano nella prospettazione di parte⁽¹⁰⁶⁾. Meno rigoroso nell'attuare il principio del contraddittorio, è invece il persistente orientamento, per cui il giudice è libero di scegliere tra i fatti allegati quelli che gli appaiono rilevanti per la decisione, anche se nessuna delle parti li ha indicati come tali, pur senza provocare su di essi la discussione di parte⁽¹⁰⁷⁾.

Le incertezze della giurisprudenza non durano tuttavia a lungo: con due sentenze del 10 luglio 1981, la *Chambre Mixte* della Cassazione⁽¹⁰⁸⁾ si occupa dell'art. 16 riaffermandone la portata generale, con una enunciazione del principio del contraddittorio come regola generale del processo, tale da superare le limitazioni sulle quali si era fondata la pronuncia del 1979 del *Conseil*

(103) V. ancora NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ. cit.*, p. 600.

(104) V. la rassegna di NORMAND, *op. e loc. ult. cit.* e *ivi*, 1981, p. 201 ss.

(105) NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 460 fa cenno al riguardo di « une des crises jurisprudentielles les plus aigues qu'aient suscitées les avatars de l'article 16 ».

(106) Cass. 7 luglio 1981, *J.C.P., La sem. jur.*, 1981, IV, 355, su cui NORMAND, *ivi*, p. 461.

(107) V. ad es., Cass. 16 giugno 1981, *J.C.P., La sem. jur.*, 1981, IV, 319, nonché NORMAND, *ivi*, 462.

(108) Le sentenze sono pubblicate in *Dalloz*, 1981, 637. V. i commenti di NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.* 1981, p. 677 e di PERROT, *ivi*, p. 905.

D'Etat e che, come si è più sopra accennato, hanno caratterizzato la giurisprudenza in materia. La *Chambre Mixte* — diversamente da quanto ritenuto da una parte rilevante della giurisprudenza anteriore — ritiene cioè che la regola del contraddittorio preventivo debba applicarsi anche alle questioni processuali, rilevabili d'ufficio, e in particolare a quelle che potrebbero portare ad una pronuncia di *fin de non-recevoir* ⁽¹⁰⁹⁾. La stessa regola va inoltre applicata — e qui avviene il più rilevante superamento della tesi limitativa accolta dal *Conseil D'Etat* — anche ai *moyens d'ordre public*, ossia a tutte le questioni di diritto indipendentemente dal fatto che il giudice abbia il dovere oppure il semplice potere di rilevarle d'ufficio ⁽¹¹⁰⁾. Infine, la *Chambre Mixte* non si pronuncia sul controverso punto dell'applicabilità del contraddittorio ai « *moyens nécessairement dans la cause* », ma le sue affermazioni di principio hanno portata generale, così da far ritenere che anche nel caso in cui il giudice rimanga nei limiti delle domande di parte e dei fatti allegati, ma intenda dare ad essi una diversa qualificazione giuridica, questa debba essere previamente sottoposta al contraddittorio delle parti ⁽¹¹¹⁾.

7. Muta peraltro, nuovamente, la situazione normativa. In conseguenza del vuoto provocato dalla pronuncia di annullamento dell'art. 16 del Codice da parte del *Conseil D'Etat*, il legislatore interviene sul punto con un decreto del 12 maggio 1981, il quale, unitamente a numerose norme integrative e modificative del codice, contiene (parte II, art. 7) una riformulazione dell'art. 16: pur senza ritornare letteralmente a quella del 1971/1972, viene nuovamente enunciata la regola generale sul previo contraddittorio di parte avente ad oggetto questioni rilevabili d'ufficio. Torna

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. BENABENT, *L'article 16 du nouveau code de procédure civile, version 1981*, in *Dalloz*, 1982, *Chron.* 55.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. BENABENT, *op. ult. cit.*, p. 56.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. BENABENT, *op. loc. cit.*

ad essere prescritto, anzitutto, il dovere del giudice di osservare lui stesso la regola del contraddittorio (così recita il 1° comma: « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui même le principe de la contradiction* »). Il giudice non può tener conto delle affermazioni, elementi, spiegazioni e documenti prodotti dalle parti, se al riguardo le parti stesse non sono state in grado di discuterne in contraddittorio (cfr. il 2° comma: « *Il ne peut retenir, dans sa decision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* »). Infine, e si tratta dell'elemento indubbiamente più importante, viene sottolineato e disciplinato l'esercizio del dovere del giudice di sottoporre al contraddittorio preventivo delle parti tutte le questioni di diritto che intende rilevare d'ufficio, come condizione per poter pronunciare su di esse in sede di decisione (recita il 3° comma: « *Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leur observations* »).

È evidente come in questo modo la parabola decennale dell'art. 16 si concluda con un sostanziale ritorno ai principi affermati nei decreti del 1971 e 72: il giudice torna ad assumere la funzione di necessario garante del contraddittorio in tutte le fasi del processo, anche in relazione alle sue iniziative, senza istanza di parte, e il rilievo d'ufficio delle questioni di diritto è sottoposto, senza limitazioni di sorta, alla condizione del previo contraddittorio — almeno potenziale — delle parti. È da notare inoltre che il « nuovo » testo normativo nasce già confortato da un'auto-revole giurisprudenza: le decisioni della *Chambre Mixte* e della *Cour de Cassation*, citate più sopra, vengono infatti rese sul fondamento di situazione legislativa anteriore al decreto del 1981 (pur essendo pubblicate dopo la sua emanazione), ma i principi sui quali si fondono sono i medesimi, e sono chiaramente destina-

ti a guidare la giurisprudenza nel senso indicato dal nuovo art. 16⁽¹¹²⁾.

Si è analizzata dettagliatamente la complessa vicenda dell'art. 16, poiché essa è significativa sotto diversi aspetti. Le incertezze e i contrasti sull'interpretazione della norma hanno provocato un notevole approfondimento del problema, per poi riportarlo in sostanza alla soluzione iniziale. Il legislatore francese, avviando la riforma del codice, ha immediatamente formulato con notevole chiarezza, recependo al riguardo l'insegnamento della dottrina più illuminata, una regola del contraddittorio come effettivo principio fondamentale del processo civile, e non come mera enunciazione formale: l'osservanza della regola è infatti posta a condizione di validità della decisione.

L'ampio dibattito che ha accompagnato le diverse fasi della vicenda normativa costituisce senza dubbio elemento degno di nota. In un ordinamento la cui Costituzione non contiene alcuna norma equivalente a quella del nostro art. 24, 2° comma, la garanzia della difesa è stata costantemente riaffermata non soltanto come astratto principio teorico, ma soprattutto come premessa sistematica della quale far discendere direttamente la regola del contraddittorio sotto un primo profilo come *dovere per il giudice* e sotto altro aspetto quale *condizione di validità della pronuncia*. Come si è osservato, su questo punto non sono mancate perplessità in dottrina e in giurisprudenza, che hanno probabilmente condizionato alcuni atteggiamenti del legislatore governativo. Dall'indagine che precede è risultato tuttavia evidente come, sia pure nella varietà delle specifiche posizioni, l'orientamento che si richiama alla dottrina di Motulsky sia stato costantemente prevalente, e abbia dato luogo ad una continua e intensa « pressione » sulla giurisprudenza e sul legislatore stesso, sino a giungere al risultato conclusivo costituito dal « nuovo » art. 16. In realtà, la norma è formulata in modo tale per cui la regola del previo

(112) V. infatti, ad es., le decisioni riportate in *Dalloz*, 1982, *I.R.*, 211 e 256.

contraddittorio è effettiva e piena: il 2° comma tende infatti ad assicurare il contraddittorio su tutti gli elementi rilevanti per la decisione, che le parti stesse abbiano allegato nel corso del giudizio, dopo gli atti introduttivi, mentre il 3° comma, come già si è sottolineato, estende la medesima regola alle questioni di diritto rilevabili d'ufficio (le sole, del resto, che il giudice può rilevare d'ufficio in base all'art. 13 del codice). Infine, la regola enunciata nel primo comma opera come « norma di chiusura », soprattutto per quanto attiene al dovere del giudice di rispettare egli stesso in ogni circostanza il principio del contraddittorio, e resta quindi escluso che la decisione possa fondarsi su elementi rispetto ai quali le parti non abbiano avuto effettiva opportunità e possibilità di discussione preventiva⁽¹¹³⁾.

8. Spunti di qualche rilievo (anche se di minore interesse ai fini dell'indagine se posti a raffronto con quelli che emergono dall'analisi dell'ordinamento francese), sono offerti anche dalla più recente dottrina tedesca e dall'esame della giurisprudenza in tema di *Hinweispflicht* del giudice, successivamente alla legge di riforma del codice di procedura civile germanico, cosiddetta *Verereinfachungsnovelle* (¹¹⁴).

Come è ben noto, l'interpretazione tradizionale della norma del § 139 ZPO è sempre stata orientata nel senso che dovere del giudice, nell'ambito di una costante iniziativa di collaborazione

(¹¹³) Si può anche ritenere risolto un problema che l'attuale formulazione dell'art. 16 non affronta, e che veniva invece posto, espressamente, nel testo del 1971/72. Esso riguarda il contraddittorio sulle « spiegazioni » chieste dal giudice alle parti e che era previsto in tale testo come condizione perché tali spiegazioni potessero essere usate dal giudice ai fini della decisione. Il nuovo art. 16 non ne parla specificatamente, ma è lecito dedurre (dal comma 1) che, qualora il giudice abbia avuto spiegazioni da una parte, non possa validamente servirsene in sede di decisione se non abbia posto l'altra nelle condizioni di presentare le sue osservazioni al riguardo.

(¹¹⁴) Nel presente paragrafo sono soltanto accennati alcuni temi in relazione all'attuale orientamento della giurisprudenza tedesca; eventuali richiami potranno essere oggetto di ulteriore trattazione in prosieguo.

tra i vari soggetti del processo, fosse quello di indicare alle parti e di chiarire elementi di fatto, o risultanze probatorie, o elementi di diritto, indispensabili per l'emanazione di una corretta decisione e comunque carenti o da integrare nell'ambito del « materiale del processo »¹¹⁵. La giurisprudenza delle corti di merito (e, come si vedrà, dello stesso giudice costituzionale) ha ampliato e approfondito le premesse generali dalle quali muoveva la dottrina, sostenendo che la pronuncia giudiziale non può essere fondata su elementi che non siano stati previamente discussi o trattati dalle parti in contraddittorio tra loro¹¹⁶; si è ben chiarito, al riguardo, come l'esigenza di garantire l'effettività del diritto alla difesa giustifichi l'estensione dei doveri del giudice, considerando la stessa valutazione giuridica dei fatti allegati alle parti.

(¹¹⁵) Cfr., tra gli altri, ed anche per riferimenti, STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20 ediz., (a cura di Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann), Tübingen, 1983, sub § 139, p. 164 ss., spec., p. 167; SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozessrecht*, III, in *Monat. für Deut. Recht*, 1977, p. 969; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, München, 1979, p. 213 ss.; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied u. Darmstadt, *passim*, ma spec., p. 117 ss.; BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, München, 1984, p. 411 ss.

Opportunamente TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 660 ricorda come la dottrina tradizionale consideri la norma del § 139 ZPO lo strumento tecnico-normativo per attuare il *Rechtsgespräch*; il fine ispiratore della norma è quello di impedire che sia emessa una certa pronuncia senza che il giudice, nel valutare il materiale processuale, eviti di informare le parti di una data allegazione, di un mezzo di prova, o di un mutamento di valutazione giuridica. Il giudice non deve « tenere segreta la sua opinione giuridica » e la sentenza non deve risolversi in una sorpresa tra le parti. Cfr., testualmente, sul punto richiamato da Trocker, *op. loc. cit.*, ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, 1969, p. 372.

(¹¹⁶) STEIN-JONAS, *Kommentar* cit., p. 169; v., anche PRÜTTING, *Die Grundlagen des Zivilprozess im Wandel der Gesetzgebung*, in *Neue Jur. Wochen.*, 1980, p. 362 ss., spec. p. 364 e WASSERMANN, *op. cit.*, p. 119.

V. anche, TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit., p. 653 ss.

L'iniziativa giudiziale può essere assunta in ogni fase del processo, e fin anche prima che sia avvenuta la costituzione in giudizio del convenuto; l'*Hinweispflicht* deve essere adempiuto anche nelle fasi di impugnazione e nel processo esecutivo. V., sulla portata generale della regola del § 139 ZPO, tra le altre, la recente sentenza del BGH 9 novembre 1983 in *Neue Jur. Wochen.*, 1984, p. 310.

Peraltro, nell'applicazione della norma del § 139, la giurisprudenza si è dimostrata assai cauta e talora incerta, anche perché se è vero che la norma impone al giudice il potere-dovere di chiarificazione, manca una indicazione espressa delle modalità di adempimento e si offre un largo spazio alla discrezionalità dell'intervento giudiziale ⁽¹¹⁷⁾.

Il recente intervento legislativo ha parzialmente modificato la situazione in esame: infatti, con la *Vereinfachungsnovelle*, si è modificato il testo del § 278, recependo i risultati degli orientamenti giurisprudenziali in tema di cosiddette *Überraschungsentscheidungen*. L'orientamento di cui si tratta è diretto a garantire le parti dalla possibilità che siano emesse decisioni senza una preventiva trattazione e discussione, in contraddittorio, su elementi di « diritto » del rapporto controverso, e che siano da qualificarsi come rilevanti o indispensabili per la decisione stessa ⁽¹¹⁸⁾. Come è stato esattamente rilevato, il legislatore, (e non solo un orientamento giurisprudenziale), impone ora al giudice, prima di decidere, di mostrare alle parti quale sia la sua « opinione », evitando una propria giurisprudenza « occulta » ⁽¹¹⁹⁾.

La norma in esame, costituisce quindi l'attuale specificazione del fondamentale principio cosiddetto del *rechtliche Gehör* e si richiama palesemente alla più ampia e generale disposizione enunciata dal § 139; il dovere del giudice è quello di porre a fon-

⁽¹¹⁷⁾ V. TROCKER, *op. cit.*, p. 662; osserva esattamente l'A., come la stessa formulazione della norma rischia di offrire spazio ad « una interpretazione restrittiva e ad un atteggiamento di incertezza », onde la necessità di collegare il § 139 della ZPO con il precetto contenuto nell'art. 103, comma I, della legge fondamentale, per limitare la « discrezionalità » desumibile dalla norma ordinaria e rafforzare i doveri assistenziali del giudice in base alle esigenze di carattere costituzionale.

⁽¹¹⁸⁾ V., sulla portata della disposizione del 2° comma del § 278, tra gli altri, SCHNEIDER, *Beiträge zum neuen Zivilprozessrecht*, cit., p. 881.

V. anche GRUNSKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo civile in Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 375.

⁽¹¹⁹⁾ In questo senso, testualmente, WASSERMANN, *op. cit.*, p. 114.

damento della sua decisione soltanto quei fatti, rilevanti, la cui qualificazione giuridica sia stata oggetto di preventiva ed effettiva trattazione nel corso del giudizio o, comunque, di indicazione da parte dello stesso giudice, anche se le parti non abbiano poi svolto sul punto alcun contraddittorio.

Al riguardo, si ha cura di precisare⁽¹²⁰⁾, che il *rechtliche Gesichtspunkt*, che deve essere reso palese alle parti prima della decisione, non tanto concerne la astratta possibilità di applicazione della norma alla fattispecie concreta controversa, ma gli elementi di qualificazione e valutazione giuridica, rilevanti e propri della fattispecie medesima. Il giudice non è quindi tento ad indicare preventivamente alle parti la norma, in astratto, da applicare, ma è tenuto a prospettare quale sia la qualificazione giuridica che intende attribuire al rapporto controverso, qualora fatti rilevanti siano stati trascurati dalle parti, o comunque la stessa qualificazione giuridica, poi indicata dal giudice, non sia stata oggetto di trattazione, o discussione da parte dei contendenti⁽¹²¹⁾. Infine, dallo stesso § 278, si ricava agevolmente come la violazione della regola di cui trattasi da luogo ad una nullità del procedimento, che la parte potrà far valere con i normali mezzi di impugnazione⁽¹²²⁾.

Premesso quanto sopra, va poi ulteriormente rilevato come la dottrina, nel commento alle citate norme e, più in generale, nella trattazione del problema, tenda ad accentuare l'indagine sull'esistenza del potere-dovere del giudice piuttosto che sulle modalità e

(120) THOMAS-PUTZO, *Zivilprozessordnung mit Nebengesetzen*, München, 1978, sub § 278, p. 498.

(121) Cfr., tra gli altri, BISCHOF, *Der Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1980, p. 77, 112 s. e THOMAS-PUTZO, op. cit., p. 499.

Cfr., inoltre, ed anche per richiami, BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, cit., sub § 278 *passim*.

(122) THOMAS-PUTZO, op. cit., p. 501.

sui limiti di esercizio, limiti che dovrebbero individuarsi proprio nell'osservanza della regola del contraddittorio ⁽¹²³⁾. Del resto, anche la giurisprudenza, muovendo dalla considerazione dell'estensione dei poteri discrezionali del giudice, attribuiti dalle disposizioni dei §§ 139 e 278 ZPO, si limita di norma a riaffermare, in numerose decisioni, che il giudice deve attenersi soltanto a esigenze di « imparzialità » e di « neutralità » ⁽¹²⁴⁾. Secondo la

(123) La considerazione si ricava agevolmente dalla semplice lettura dei testi richiamati nelle note che precedono; è infatti comune l'affermazione secondo cui (cfr., per tutti, STEIN-JONAS, *Kommentar*, cit., p. 168 ss.) all'« *Aufklärungspflicht* » del giudice non vengono posti limiti esattamente determinati, sia dalle disposizioni del § 139 che dal § 278; il giudice deve attenersi al criterio di evitare uno « svantaggio per le parti », osservando il principio della rigida « imparzialità ».

Tuttavia, poste queste premesse generali resta in ombra proprio il profilo dei diritti delle parti al contraddittorio. Infatti, si sostiene che il giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa indicare anche ad una sola delle parti, e senza provocare il contraddittorio, la necessità di integrazioni o di diverse allegazioni.

(124) Può avere interesse l'indicazione di alcuni casi di « intervento » giudiziale: è dibattuto, ancor oggi, alla luce della nuova formulazione della norma del § 278, se spetti al giudice il compito di segnalare alle parti la possibile eccezione di prescrizione (v., di recente, per una completa esposizione del problema, PRÜTTING, *Die Grundlagen des Zivilprozess im Wandel der Gesetzgebung*, cit., p. 364; in senso affermativo, richiamandosi a considerazioni inerenti a *sozialstaatliche Prinzipien*, cfr., tra gli altri, WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, cit., p. 117-119; tra le decisioni in materia, v., la sentenza dell'OLG di Brema 14 agosto 1979, in *Neue Jur. Wochen*, 1979, p. 2215 e sulla stessa rivista, 1980, p. 1170, esaurientemente annotata da Wache nonché la sentenza del BGH 4 dicembre 1980, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Köln-Berlin, 1981, p. 76).

L'*Hinweispflicht* giudiziale può avere ad oggetto l'integrazione di fatti rilevanti con invito alla parte a nuove allegazioni e con espressa indicazione di « trarne le dovute conseguenze giuridiche » anche per modificare, eventualmente, le domande già proposte (cfr. la decisione dell'OLG di Düsseldorf 28 aprile 1982, in *Neue Jur. Wochen*, 1983, p. 634) e l'iniziativa istruttoria di parte (v., per una analisi di diverse fattispecie, con riferimento particolare alla tardività dell'allegazione e deduzione, MAYER, *Zurückweisung eines nicht unter Beweis gestellten verspäteten Vorbringens?* in *Neue Jur. Wochen*, 1983, p. 858).

Si osservi che i *richterliche Hinweise* possono provenire dal giudice non soltanto nel corso dell'udienza di trattazione e discussione orale della causa o nella fase istruttoria, ma anche nella fase introduttiva del giudizio e anteriormente alla prima udienza e al deposito del primo atto di difesa del convenuto. In questo caso, il giudice indica con decreto, ad entrambe le parti, quali elementi di fatto possano integrare

giurisprudenza, il dovere di chiarificazione da parte del giudice ha per oggetto non soltanto l'indicazione di aspetti del rapporto sostanziale controverso, ma anche di elementi e circostanze di fatto relative allo stesso rapporto processuale. Si precisa che l'intervento del giudice non deve riguardare fatti estranei alla fattispecie controversa, ma elementi della fattispecie medesima, allegati dalle parti, da integrare, nonché la stessa qualificazione giuridica del rapporto. Da un lato si riafferma l'esigenza di osservare il principio dispositivo, mentre dall'altro si osserva che la funzione cosiddetta « compensatoria » (¹²⁵), del giudice, non muove da esigenze di *Sozialhilfe*, giacché compito del giudice è di attuare il diritto nel processo e non già di tutelare la parte più debole (¹²⁶).

Si osservi infine che, se è pur vero che secondo il § 278 l'invalido esercizio del potere del giudice dà luogo alla nullità della decisione, l'estensione della discrezionalità riduce in concreto la possibilità di individuare i casi in cui l'invalidità possa considerarsi verificata. È costante poi il richiamo al dettato costituzionale della « neutralità » e « imparzialità », costituenti i principi che da soli dovrebbero limitare l'esercizio del potere-dovere

l'atto di citazione. Di particolare interesse, a questo proposito, è la recente sentenza del BGH, 9 novembre 1983, in *Neue Jur. Wochen.*, 1984, p. 310 s., che esclude un dovere del giudice di indicare alla parte attrice che i fatti allegati come elementi costitutivi della *causa petendi* non sono in effetti nè rilevanti nè « concludenti ». La disposizione del § 139 ZPO, afferma in motivazione la sentenza del BGH, « *nicht dazu dienen, unschlussige Klagen schlussig zu machen* ». Adesiva è l'annotazione di Deubner, (*loc. cit.*) il quale rileva come la decisione si ponga nella « *Tradition höchsterlicher Rechtsprechung zu §, 1º ZPO* ».

Si osservi che, anche in questo caso, la decisione riguarda i limiti dei poteri del giudice e non già i diritti delle parti al contraddittorio: non viene quindi posto il problema dell'oggetto sul quale dovrebbe vertere il contraddittorio delle parti stesse.

(¹²⁵) In questo senso STEIN-JONAS, *Kommentar*, cit., p. 168.

(¹²⁶) Cfr., ancora, STEIN-JONAS, *op. loc. cit.*, e gli autori vivi richiamati (note n. 16 e 17).

del giudice di cui si tratta (¹²⁷). E in questa direzione si muovono anche le più recenti sentenze del *Bundesverfassungsgericht* (¹²⁸).

(¹²⁷) V., gli AA. e le sentenze sopra richiamate, alle note precedenti. Cfr., ancora le decisioni del BGH, 13 marzo 1981, in *Neue Jur. Wochen.*, 1982, p. 581 e 16 dicembre 1981, *ibid.*, 1982, p. 1042.

(¹²⁸) V., la decisione del 24 marzo 1976, in *Neue Jur. Wochen.*, 1976, p. 1391 e del 25 luglio 1979, *ibid.*, 1979, p. 1924: entrambe le sentenze sottolineano come l'imparzialità del giudice non rappresenti un *wertfreies Prinzip*, ma una regola fondamentale del processo che deve conformarsi a norme costituzionali. La sentenza del 1979 in particolare, nel richiamarsi all'interpretazione tradizionale del § 139, afferma che nel processo civile di cognizione l'iniziativa giudiziale, a vantaggio di una parte, non deve produrre un danno o uno svantaggio all'avversario.

CAPITOLO SECONDO

L'oggetto del previo contraddittorio tra le parti rispetto ad elementi « nuovi ».

SOMMARIO: 1. L'oggetto del previo contraddittorio; questioni e punti rilevanti. — 2. Contraddittorio delle parti e poteri del giudice. — 3. I poteri del giudice di porre a fondamento di decisione elementi nuovi rispetto alle allegazioni e indicazioni di parte: posizione del problema. — 4. Attuazione del contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. — 5. Contraddittorio sul *petitum* e identificazione dell'oggetto della domanda. — 6. Individuazione della norma applicabile e previo contraddittorio di parte. — 7. La norma straniera. — 8. Il criterio equitativo. — 9. Poteri del giudice di attribuire qualificazione giuridica al rapporto controverso e garanzia del contraddittorio. — 10. *Segue*. Diversi aspetti del problema. — 11. Poteri del giudice, contraddittorio di parte e fatti notori. — 12. *Segue*. Massime d'esperienza. — 13. Poteri decisori e contraddittorio rispetto a fatti secondari non allegati dalla parte.

1. Le considerazioni svolte nel capitolo che precede inducono a ritenere che dall'art. 24, 2° comma, Cost. discenda la necessità dell'integrale attuazione del contraddittorio in ogni fase del procedimento ed in particolare la necessità che le parti siano poste in condizione di poter interloquire e difendersi preventivamente su ogni aspetto rilevante della decisione. Si è peraltro osservato che, al di là della questione se la necessità stessa possa derivare da una interpretazione in chiave costituzionale dell'art. 101 cod. proc. civ. o dell'art. 183, 2° comma, o di entrambi, il problema principale che emerge è quello della definizione dell'oggetto sul quale deve aver luogo il previo contraddittorio delle parti. Si tratta quindi di stabilire esattamente su quale oggetto la decisione non

possa essere validamente pronunciata se il contraddittorio non è stato assicurato in un momento anteriore a quello in cui il giudice decide la controversia.

Il quesito posto non è di semplice soluzione e può prospettarsi sotto diversi profili.

a) Un primo aspetto riguarda la distinzione tra procedimento ordinario e procedimenti speciali ovvero, più esattamente forse, la distinzione tra procedimenti in cui tipicamente il contraddittorio *deve* svolgersi *prima* che la decisione sia pronunciata, e quelli nei quali il contraddittorio *può* aver luogo *dopo* l'emanazione del provvedimento decisorio. È noto che, a proposito di questi ultimi procedimenti, si è ampiamente discusso alla luce della garanzia della difesa ex art. 24 Cost.⁽¹⁾; nella prospettiva del presente lavoro si tratta peraltro di un problema, per ora, secondario almeno nel senso che presuppone la soluzione di altri quesiti più generali e quindi esso dovrà essere affrontato in altra sede.

b) Un altro aspetto del problema riguarda più specificamente l'oggetto del contraddittorio, ossia l'individuazione degli elementi della decisione sui quali deve essere preventivamente provocata la discussione delle parti. Va, invero, rilevato che nella dottrina, sono emerse due posizioni le quali, se hanno in comune l'affermazione della necessità del previo contraddittorio sulla base della sopra citata norma costituzionale, divergono nettamente quanto all'individuazione di ciò che deve costituirne l'oggetto. La prima — come è noto — è sostenuta da chi afferma⁽²⁾ che il previo contraddittorio è indispensabile allorché il giudice *decide*, ma non quando *conosce*; muovendo da tale premessa, si giunge ad affermare che l'obbligo del contraddittorio esisterebbe solo allorché il giudice sollevi d'ufficio una questione pregiudiziale in

(1) COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 582 ss.

(2) DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., p. 230 ss.

senso stretto, tale cioè che la sua soluzione sia potenzialmente idonea a definire la decisione sulla domanda. Questa prospettiva presenta senza dubbio il vantaggio di definire in modo univoco le questioni rilevabili d'ufficio sulle quali il giudice deve provocare il contraddittorio, ma non appare del tutto soddisfacente sotto altri profili. Essa, infatti, sembra presentare elementi di incertezza in quanto, se la questione pregiudiziale viene risolta in modo tale da *non* determinare la decisione sulla domanda (ad esempio si nega che vi sia nullità del contratto) ciò comporta — a meno che vi sia pronuncia di accertamento incidentale ex art. 34 cod. proc. civ. — che la questione sia risolta in via di mera cognizione (*incidenter tantum*) e non a titolo di vera e propria « decisione ». Nella prospettiva di Denti ciò dovrebbe implicare la non necessità del contraddittorio, ma la scelta circa questa stessa necessità potrebbe aver luogo solo al momento della decisione, ossia quando la questione pregiudiziale viene in concreto risolta. Vero è che se una questione pregiudiziale rilevabile d'ufficio viene decisa negativamente, ciò equivale a non sollevarla, e quindi non sposta i termini della controversia così come configurati dalle parti; per richiamarci all'esempio di cui sopra, se il giudice verifica d'ufficio la validità del contratto, per poi affermare che esso non è nullo, ci si trova ugualmente di fronte ad una questione pregiudiziale — che avrebbe quindi richiesto il previo contraddittorio — risolta tuttavia in via di mera cognizione.

Per altro verso, alla tesi qui oggetto di indagine, si può obiettare che la decisione non è in realtà condizionata soltanto dalla soluzione di questioni pregiudiziali in senso stretto, ma anche da numerosi o altri elementi che, pur non integrando vere e proprie « questioni pregiudiziali », in quanto non rappresentano presupposti logico-giuridici della decisione sulla domanda, sono tuttavia « decisivi » e ben rilevanti, in quanto idonei a dare fondamento alla pronuncia giudiziale: può trattarsi di profili di diritto e quindi di scelta o interpretazione di norme applicabili o valutazioni giuridiche di fatti e di profili di fatto quali, ad

esempio, questioni relative a scelte di prove decisive e di valutazioni circa l'attendibilità delle prove.

Di tali elementi, si tiene conto nella seconda prospettiva avanzata dalla dottrina che si è occupata del tema, in quanto, nell'affermare che il contraddittorio è il metodo necessario e normale di formazione della decisione, si rileva come esso debba svolgersi su tutte le questioni, preliminari e pregiudiziali, di rito e di merito, di fatto e diritto ⁽³⁾. È chiaro come in questa opinione venga espressa un'ampia concezione del contraddittorio, in piena corrispondenza con la portata che ormai si attribuisce all'art. 24, 2° comma, Cost., secondo cui qualsiasi elemento rilevante per la decisione deve essere sottoposto al previo contraddittorio delle parti, risultandone altrimenti violata la garanzia della difesa. In questo contesto, il termine « questione » viene adoperato in significato non tecnico e comunque assai esteso: alla regola del contraddittorio vengono quindi ricondotte non soltanto le vere e proprie questioni (preliminari e pregiudiziali) ma anche tutti i punti rilevanti per la decisione concernenti il fatto o il suo profilo di diritto. In effetti, una volta adottata la prospettiva per cui la regola del contraddittorio non può che essere generale e specifica (relativa quindi all'intera decisione e ad ogni suo elemento) sfuma l'importanza del criterio di distinzione per individuare una « questione » in senso tecnico. Da un lato la regola del contraddittorio riguarda certamente le questioni in senso proprio, ma non soltanto ciò che costituisce questione preliminare e pregiudiziale; d'altro lato, il criterio generale di definizione dell'ambito sul quale la regola deve operare non può essere costituita dalla nozione di « pregiudizialità » della questione e deve invece essere rappresentato dalla rilevanza, per la decisione, dei singoli punti o elementi di fatto o di diritto.

Formulato in tal modo, si tratta evidentemente di criterio

⁽³⁾ Cfr., per tutti, COMOGLIO, in *Commentario della Costituzione*, cit., loc. cit.; si richiamano qui in particolare i §§ n. 1 e segg. del capitolo che precede.

assai generico che richiede ulteriori specificazioni. Sembra tuttavia opportuno procedere non per la via di una analisi generale e astratta, bensì nella direzione di una sua verifica in concreto, ossia con l'esame delle specifiche situazioni in cui emergono punti rilevanti, sui quali risulta necessaria l'attuazione della regola del contraddittorio. Soltanto a seguito di tale verifica si potrà eventualmente formulare una migliore definizione di sintesi del criterio di determinazione dell'ambito oggettivo della regola medesima.

2. Occorre ora precisare quindi il campo di indagine e a tal fine distinguere ciò che attiene al contraddittorio *fra le parti* da ciò che attiene al contraddittorio *delle parti*, in relazione — o in conseguenza — a iniziative del giudice ⁽⁴⁾.

Sotto il primo aspetto (contraddittorio fra le parti) rientrano problemi di notevole rilievo, ma che interessano solo indirettamente la nostra indagine: essi riguardano infatti le norme del codice che mirano ad assicurare ad entrambe le parti l'adeguata conoscenza delle domande e difese della controparte, con la possibilità di proporre tempestivamente le proprie domande in relazione a quelle già proposte dalle altre parti in causa ⁽⁵⁾. È noto che questi profili del contraddittorio non si presentano senza incertezze ed hanno dato luogo ad una ricca elaborazione giurisprudenziale e dottrinale mirante a rendere effettiva la possibilità di adeguata difesa ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ La distinzione è analoga a quella che emerge nelle vicende interpretative dell'art. 16 del codice di procedura francese; cfr. i §§ 6 e segg. del capitolo che precede.

⁽⁵⁾ Basti al riguardo ricordare, a titolo meramente esemplificativo, le norme in tema di notificazione degli atti introduttivi del giudizio, le disposizioni dell'art. 101, dell'art. 252, 2° comma, 275, 292 e 299 e segg. cod. proc. civ.; cfr., anche, in generale MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 458 ss., nonché PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1084 ss.

⁽⁶⁾ Cfr., anche per riferimenti, TARZIA, *Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne*, in *Rev. int. droit comparé*, 1981, p. 789 ss.

Ciò che qui interessa non è tuttavia valutare il grado di attuazione di tale garanzia, ma sottolineare che essa è stata configurata essenzialmente come garanzia di una parte nei confronti dell'altra. L'essenziale connessione tra le garanzie previste dai primi due commi dell'art. 24 Cost. con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 ha fatto sì che l'accento venisse posto sulla parità delle situazioni processuali delle parti, al fine di realizzare l'equivalenza delle rispettive possibilità di difesa. Il parametro fondamentale è, quindi, stato quello di assicurare il contraddittorio paritario tra le parti individuandone il fondamento nel diritto di difesa.

Non si può negare, all'evidenza, che la problematica del contraddittorio paritario *fra le parti* abbia notevole importanza, ma essa non esaurisce certo il campo di attuazione della garanzia del contraddittorio. I problemi di cui trattasi ne esaurirebbero la portata a condizione che il giudice fosse vincolato in sede di decisione non soltanto alle domande, eccezioni, allegazioni e deduzioni delle parti, ma anche a « scegliere » la decisione *soltanto* entro le ipotesi prospettate dalle parti stesse. Se così fosse, infatti, si potrebbe concludere che il contraddittorio fra le parti equivalga a quello sulla decisione.

È evidente invece che così non è, poiché anche in modelli di processo fortemente ispirati al principio dispositivo, il giudice gode di ampi poteri decisorii autonomi, il cui esercizio implica che diversi elementi della decisione possono essere formulati d'ufficio, in modo diverso da quelli prospettati dall'una o dall'altra parte. Basti pensare al potere del giudice di determinare l'esatto *nomen juris* della fattispecie controversa, per il quale le prospettazioni di parte possono essere utili ma non sono certo vincolanti, oppure al potere di rilevare d'ufficio eccezioni non riservate alle parti. In ipotesi come quelle di cui si è fatto cenno, il giudice esercita un potere autonomo non vincolato alle deduzioni di parte, se non per quanto deriva da confini per così dire « esterni », attinenti ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pro-

nunciato. Nei limiti in cui tali poteri sono legittimamente esercitati, essi comportano da parte del giudice l'individuazione di elementi della decisione « nuovi », in quanto possono essere diversi dalle allegazioni di parte. Per questa via si individua agevolmente l'aspetto sotto il quale si verifica una chiara diversità tra nozione di contraddittorio di parte e di contraddittorio sulla decisione: la differenza è determinata dai poteri decisori del giudice, proprio in quanto essi consentono di fondare la decisione su elementi che possono non essere stati oggetto del contraddittorio fra le parti.

Ne deriva anche che questa differenza dà luogo ad una mancanza di effettiva « garanzia », nel senso che la decisione si fonda su elementi rispetto ai quali le parti non hanno potuto previamente difendersi; viene meno, almeno in parte, la garanzia del contraddittorio inteso quale metodo indispensabile di formazione dialettica della decisione. Più ancora, viene svuotata di significato la stessa regola del contraddittorio *tra le parti*, poiché esso appare illusorio se è destinato a svolgersi su elementi che non saranno rilevanti per la decisione, mentre non si svolge su elementi che invece determineranno la decisione stessa.

Si può quindi pervenire ad una prima conclusione: l'ambito in cui il giudice può esercitare autonomi poteri costituisce l'area rispetto alla quale va posto il reale problema del contraddittorio, sotto il profilo che qui interessa.

Al riguardo può aggiungersi una duplice precisazione.

a) Anzitutto, va sottolineato come il problema qui trattato concerne propriamente i poteri decisori del giudice e non quelli di iniziativa istruttoria.

In effetti, se il giudice dispone d'ufficio l'acquisizione di un mezzo di prova, al di fuori delle deduzioni di parte, possono certo sorgere problemi attinenti al contraddittorio, ma essi si risolvono in una diversa prospettiva, con riferimento a ciò che si è definito il contraddittorio *fra le parti*. Infatti, se la prova è disposta

d'ufficio, il procedimento di ammissione e assunzione appare sostanzialmente identico a quello che ha luogo nel caso in cui la prova sia dedotta da una parte. Il provvedimento di ammissione consiste infatti in una normale ordinanza istruttoria, come tale sottoposta al regime di disciplina degli art. 178 e 187 cod. proc. civ.; le parti potranno esercitare il mezzo di reclamo, se intendono contestare la rilevanza o l'ammissibilità della prova. Lo stesso strumento opera anche nel caso in cui si intenda contestare l'esistenza stessa del potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di determinati mezzi di prova⁽⁷⁾.

Quanto all'assunzione della prova disposta d'ufficio si applicano le regole generali di cui all'art. 202 e segg. cod. proc. civ., che valgono nel caso di prove dedotte dalle parti e la stessa considerazione può valere per le norme più specifiche che regolano l'assunzione dei singoli mezzi di prova. Talché, se al riguardo si pongono problemi di attuazione del contraddittorio, essi non riguardano specificamente l'ipotesi di prove assunte per iniziativa del giudice, ma in generale la garanzia dei diritti delle parti nell'assunzione della prova⁽⁸⁾.

Si può d'altronde ricordare che allorché l'esercizio dei poteri di iniziativa istruttoria del giudice potrebbe, per la struttura concentrata del procedimento in cui si inserisce, privare le parti delle possibilità di difesa, è la legge a risolvere il problema. Il riferimento è al processo del lavoro: il comma secondo dell'art.

(7) Cfr., sul punto, ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1960, vol. II, p. 61 ss. e GIANNOZZI, *Reclamo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 1065 ss.

(8) L'ipotesi può non verificarsi frequentemente, ma se ha luogo, conferma quanto rilevato nel testo. Se si ritiene che l'art. 90 disp. att. consenta una violazione del diritto di difesa delle parti, in quanto impone al consulente tecnico di comunicare loro soltanto la data e il luogo di *inizio* delle operazioni (cfr., al riguardo, DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 395 ss., spec. p. 400 ss., va anche osservato come tale violazione non è connessa col fatto che la consulenza tecnica venga disposta d'ufficio dal giudice, ma dipende semplicemente da una lacuna nella disciplina relativa allo svolgersi della consulenza. I termini della questione non muterebbero, infatti, se la consulenza tecnica fosse disposta ad istanza di parte.

421, infatti, mentre prevede il potere del giudice di « disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova », richiama espressamente il sesto comma dell'art. 420. Il rinvio, in realtà, va esteso anche al settimo comma della norma citata ove, prevedendosi l'eventualità che siano ammessi nuovi mezzi di prova, si ammette che la controparte possa dedurre « i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli ammessi », dovendole essere concesso a tal fine un termine perentorio di cinque giorni. Sia pure in modo contorto e impreciso, si dispone dunque il contraddittorio delle parti sulle prove disposte d'ufficio, ammettendo la possibilità delle parti medesime di dedurre proprie prove in relazione a quelle disposte dal giudice ⁽⁹⁾.

b) La seconda precisazione, necessaria al fine di circoscrivere l'ambito di indagine, riguarda poi i poteri decisori del giudice.

Come già si è fatto cenno, il loro esercizio far sorgere senza dubbio il problema del contraddittorio in quanto comporti da parte del giudice l'introduzione, nel « materiale » di fatto e di diritto rilevante per la decisione, di elementi « nuovi », non allegati dalle parti.

Ma non solo in questi casi l'esercizio di autonomi poteri decisori del giudice investe la problematica del contraddittorio; è infatti lecito ipotizzare che, sotto il profilo dell'effettività del contraddittorio, preliminarmente rispetto alla decisione, il problema possa essere posto in termini analoghi, anche per quanto riguarda

⁽⁹⁾ V., sull'interpretazione della norma di cui al 7° comma dell'art. 420, nel quale « trova limpida espressione il principio scaturente in *primis* dagli artt. 3 e 24 Cost. », TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*. Lo stesso A., ribadisce, in *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, in *Studi parmensi*, XVIII (1977), p. 358, che « tutto il procedimento probatorio deve svolgersi nel pieno contraddittorio delle parti ed anzi nel dialogo costante tra le parti e il giudice ». Espressione del principio del contraddittorio è tra l'altro l'obbligo, gravante sul giudice, « laddove disponga d'ufficio l'ammissione di un mezzo prova, di consentire alle parti, prima della sua assunzione, di dedurre i mezzi di prova che appaiono necessari in relazione a quelli così disposti ».

elementi della decisione stessa che siano stati allegati dalle parti, o comunque acquisiti al giudizio, nel corso del processo.

In sostanza, si tratta dell'eventualità che cosiddette « decisioni a sorpresa » vengano in essere anche quando il giudice eserciti i suoi poteri decisorii senza introdurre nuovi elementi di giudizio e restando nell'ambito delle deduzioni di parte: l'eventualità di cui trattasi può verificarsi allorché la decisione si fondi su elementi di fatto e di diritto che appartengono al materiale di causa ma non siano stati individuati dalle parti come « rilevanti » ⁽¹⁰⁾. Quando ciò ha luogo, è probabile che il contraddittorio svolto dalle parti non investa tali elementi; peraltro, se il giudice, al momento della decisione, attribuisce ad essi rilevanza, viene a verificarsi una situazione sostanzialmente analoga a quella indicata più sopra, nel senso che la decisione viene ugualmente a fondarsi su elementi rispetto ai quali non è stato svolto tra le parti un effettivo previo contraddittorio. Quindi, anche su tali situazioni occorre condurre l'indagine, allo scopo di accertare se, anche là dove il contraddittorio formale sia in ipotesi possibile, il modo in cui il giudice esercita i suoi poteri decisorii possa ugual-

(10) Come già si è osservato (cfr. § 11 del capitolo che precede) l'ipotesi è ora espressamente regolata, nell'ordinamento tedesco, dal § 278 ZPO. Peraltro, l'orientamento della giurisprudenza ad oggi, e per quanto riguarda in particolare la garanzia del contraddittorio, appare cautamente restrittivo, nel senso almeno che si ritiene che il giudice, anteriormente alla decisione, non debba rendere palese alle parti le proprie scelte in ordine alle norme applicabili; il giudice dovrebbe limitarsi a provocare il contraddittorio su fatti la cui rilevanza sia stata trascurata dalla parte o relativamente a qualificazioni giuridiche del tutto nuove rispetto a quelle fornite dalle parti al rapporto controverso. Si badi tuttavia che non è necessario che il giudice fissi una udienza per una nuova discussione orale della causa, ma è sufficiente — secondo quanto afferma la giurisprudenza — un invito alle parti a chiarire la propria « posizione » rispetto agli elementi trascurati.

Cfr., sul punto, GRUNSKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento dopo la novella che semplifica il processo civile in Germania*, cit., p. 375, il quale rileva come la disposizione in esame porti « ben poco di nuovo » in quanto il divieto della cosiddette sentenze a sorpresa già si ricaverebbe dal 1° comma dell'art. 103 G.G.

La violazione della norma importa comunque una nullità della decisione.

mente comportare, sotto il profilo della reale effettività, una lesione della garanzia di difesa.

3. Il potere del giudice di porre a fondamento di decisione elementi di fatto, allegati dalle parti, ma non ritenuti dalle stesse parti rilevanti, o comunque punti ed elementi che non hanno costituito oggetto di discussione e trattazione, non è certamente generale e indiscriminato, dovendo coordinarsi con la stessa funzione che al giudice è riservata sulla base di norme positive.

L'aspetto di maggior rilievo del problema deriva dal dovere del giudice di giudicare secondo diritto, in ossequio alle norme degli artt. 101, 2° comma Cost., e dell'art. 113 cod. civ. È comune opinione che da questo dovere, e dal principio *jura novit curia* che ad esso si ricollega, discenda per il giudice il potere di attribuire alla fattispecie controversa l'esatta qualificazione giuridica, indipendentemente dalle qualificazioni di parte. Come si esporrà più oltre l'esercizio di questo potere implica una complessa serie di attività, necessarie per la formulazione del giudizio di diritto, rispetto ad ognuna delle quali si può porre il problema del previo contraddittorio delle parti. Da altra prospettiva, il problema dei poteri decisorio del giudice sorge considerando le norme che prevedono per il giudice stesso il potere di introdurre d'ufficio elementi di decisione non allegati dalle parti: per quanto attiene al giudizio di diritto, si tratta dello art. 112 cod. proc. civ., che, nel vincolare il giudice a pronunciare sull'oggetto della domanda (e sulle eccezioni riservate alle parti) gli consente tuttavia indirettamente di rilevare d'ufficio le eccezioni non riservate alle parti stesse ⁽¹¹⁾. Quanto poi al giudizio di fatto, è l'art. 115, 2° comma, che in deroga al generale divieto di scienza privata del giudice, consente di « porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune

⁽¹¹⁾ V., sul punto, tra gli altri GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Allorio, cit., p. 1269 ss.

esperienza ». Come si vedrà più oltre, entrambe le norme esigono una analisi interpretativa, per stabilirne la portata, al fine di determinare l'ambito dei poteri d'ufficio che al giudice vengono attribuiti. È fin d'ora evidente come tali poteri esistono e, poiché il loro esercizio condiziona direttamente la decisione, in relazione ad essi si pone il problema del contraddittorio.

4. È opportuno ora muovere dal tema più noto, che ha riguardo al potere di rilevare d'ufficio eccezioni non riservate alle parti.

Va anzitutto osservato che l'art. 112 cod. proc. civ. sembra presupporre il potere generale del giudice di rilevare d'ufficio qualunque eccezione, salvo che vi siano norme specifiche dirette ad attribuire esclusivamente alle parti il relativo potere. È noto tuttavia come l'orientamento largamente prevalente sia nel senso di considerare la disposizione in esame come una sorta di norma in bianco, che rinvia non all'espressa disciplina delle eccezioni, ma alla teoria stessa delle eccezioni, almeno nei casi in cui la legge non risolva il problema. Si afferma, in tal modo, che sono riservate alle parti, e quindi non rilevabili d'ufficio, le eccezioni cosiddette in senso proprio, consistenti nell'allegazione di fatti estintivi, impeditivi o modificativi che rientrano nella disponibilità delle parti ⁽¹²⁾.

In questa sede non interessa, peraltro, discutere nel merito e, analiticamente, questo orientamento, quanto rilevare che esso, in quanto mira ad estendere ben oltre il dettato letterale dell'art. 112 l'ambito delle eccezioni riservate all'iniziativa delle parti, delimita di conseguenza l'ambito stesso dei poteri d'ufficio del

(12) Vastissima, come è noto, la letteratura in argomento: v., per tutti e riassuntivamente, FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, p. 247; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 368; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 1981, p. 112 ss., al quale si rinvia per riferimenti (cfr. in particolare nota (3), p. 114).

giudice e restringe l'oggetto rispetto al quale può porsi, propriamente, il problema del contraddittorio: è chiaro, infatti, che per le eccezioni riservate alle parti il problema non si pone *a priori* in quanto se la parte solleva l'eccezione instaura con ciò stesso il contraddittorio su di essa, mentre se non la solleva il fatto posto a fondamento della eccezione non può essere certo conosciuto dal giudice ed allora il problema del contraddittorio non sussiste.

Secondo il citato orientamento sono invece rilevabili d'ufficio le eccezioni cosiddette in senso improprio, ossia dirette al rilievo di fatti che esplicano *ipso jure* efficacia estintiva, impeditiva o modificativa del diritto fatto valere con la domanda, ovvero implicano l'inesistenza dello stesso fatto costitutivo. Anche a questo riguardo non occorre una indagine analitica, una volta precisato che l'ipotesi può verificarsi sia quando è prevista espressamente dalla legge (si pensi alla eccezione di nullità del contratto, ex art. 1421 cod. civ.), sia in casi nei quali non è prevista (ad esempio nell'ipotesi di pagamento, simulazione, novazione) ⁽¹³⁾.

Ciò che preme rilevare in linea generale è che l'ambito delle eccezioni rilevabili d'ufficio definisce quello stesso ambito del contraddittorio, in quanto il rilievo d'ufficio dell'eccezione individua un elemento della fattispecie, o meglio una questione ⁽¹⁴⁾, idonea a determinare in senso negativo la decisione sulla domanda. Tale questione, proprio perché rilevabile d'ufficio, sfugge peraltro al previo contraddittorio delle parti: la conseguenza è che un punto necessario della decisione (anzi l'unico punto, se la questione è decisa in senso tale da determinare il rigetto della domanda) è escluso dall'ambito di attuazione della garanzia della difesa.

⁽¹³⁾ V., sul punto, FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., p. 264 ss., e MANDRIOLI, *Corso*, cit., p. 118.

⁽¹⁴⁾ Sull'eccezione come strumento processuale per porre questioni pregiudiziali, cfr., tra gli altri, DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, ora in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, p. 74 ss.

A ben vedere, questa situazione non sempre si verifica. Infatti, se la parte ha sollecitato l'esercizio del potere decisorio del giudice su un'eccezione rilevabile d'ufficio, si può discutere se la sua istanza vincoli il giudice a decidere la relativa questione, ma in ogni caso si può ritenere che essa provochi la controparte al contraddittorio, in modo sostanzialmente non dissimile da quanto accada nell'ipotesi di eccezioni riservate alle parti. Si potrà discutere, eventualmente e caso per caso, sull'idoneità dell'istanza di parte al riguardo, posto che l'eccezione riservata alla parte va espressamente formulata, mentre la segnalazione al giudice dell'eccezione rilevabile d'ufficio, proprio perché non necessaria, può essere formulata in modo generico e sintetico, tale da non costituire una reale provocazione al contraddittorio di controparte.

Discutibile è invece il caso in cui sia la parte stessa a fornire al giudice gli elementi di prova che possono fondare un'eccezione rilevabile d'ufficio. Ad esempio nell'ipotesi in cui dai documenti prodotti risulti all'evidenza il pagamento del debito, si potrebbe concludere che, anche se la parte non ha sollecitato il rilievo della relativa eccezione, l'eventualità che il giudice pronunci d'ufficio al riguardo è del tutto prevedibile, per la controparte, talché questa è in grado di difendersi. Non sembra peraltro accettabile, in linea generale, la tesi secondo cui il contraddittorio sarebbe assicurato quando la parte possa in astratto prevedere la mera eventualità che il giudice pronunci d'ufficio su un'eccezione, indipendentemente da istanze difensive della controparte, poiché ciò imporrebbe l'onere, oggettivamente impossibile da adempiere, di difendersi rispetto a qualunque eccezione, in teoria ipotizzabile o semplicemente prevedibile.

Nel caso delle eccezioni rilevabili d'ufficio, si può dunque concludere che la possibilità effettiva del contraddittorio è assicurata soltanto quando una parte solleciti espressamente il rilievo dell'eccezione da parte del giudice; in tutti gli altri casi, il giudice che rilevi l'eccezione di propria iniziativa, in sede di decisione, finisce inevitabilmente col fondare la decisione medesima su que-

zioni rispetto alle quali le parti non hanno avuto possibilità di difesa. In queste ipotesi, la lesione della garanzia di difesa appare evidente, sicché appare fondata la tesi sostenuta da Denti ⁽¹⁵⁾, per cui la sentenza è nulla, per diretta violazione dell'art. 24, 2° comma, Cost., ovvero per violazione dell'art. 101 cod. proc. civ. Al riguardo, deve essere chiaro che in discussione non è certo il potere del giudice di rilevare eccezioni d'ufficio. Vero è che se tale potere non esistesse, neppure si porrebbe il problema, poiché sulle eccezioni riservate alle parti il contraddittorio si instaura automaticamente con la proposizione stessa dell'eccezione.

D'altra parte, ritenere nulla la sentenza che abbia deciso questioni rilevabili d'ufficio, rispetto alle quali le parti non siano state in condizione di difendersi, non significa negare il potere del giudice di decidere d'ufficio, ma attribuire rilievo a vizi concernenti le modalità di esercizio del potere medesimo. L'esercizio del potere deve essere infatti subordinato al rispetto della garanzia di difesa, e ciò, come si è visto, implica che il giudice, per decidere validamente sull'eccezione rilevata d'ufficio, deve verificare se su di essa si sia realizzata l'effettiva possibilità di contraddittorio: in caso contrario deve provocarlo d'ufficio. Se ciò non ha luogo, e il giudice ugualmente decide sull'eccezione, non viola le norme che gli attribuiscono il potere di rilievo d'ufficio, ma viola la garanzia del contraddittorio.

Si consideri, in definitiva, che se il giudice ha il potere di decidere d'ufficio questioni pregiudiziali, non può tuttavia esercitarlo in modo tale da ledere il diritto di difesa delle parti. Prima di concludere sul punto, è appena il caso di osservare che quanto detto vale senza dubbio su un terreno generale: non solo dunque per le eccezioni e questioni di merito, ma anche per le eccezioni, o questioni, di rito.

A proposito di queste ultime, si ripropongono i medesimi problemi. Se si tratta di questioni processuali che soltanto le parti

(15) *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., p. 223 s., 231.

possono sollevare, il problema del contraddittorio non sorge, posto che se il giudice le decide d'ufficio si verifica una nullità, mentre se una parte solleva la questione, con ciò stesso pone l'avversario nelle condizioni di possibile difesa. Se invece si tratta di questioni rilevabili d'ufficio, e il giudice le rileva per la prima volta in sede di decisione, si verifica, come più sopra si è precisato, che la decisione viene ad essere fondata su di un punto rispetto al quale le parti non hanno avuto possibilità di difesa e contraddittorio. Anche in questo caso, ciò che è in discussione non è dunque il potere del giudice di rilevare d'ufficio determinate questioni di rito, potere che è regolato da apposite norme; i problemi riguardano invece le modalità di esercizio del potere, che sono da considerarsi illegittime, e quindi produttive di nullità della decisione, se implicano violazioni della garanzia di difesa.

5. Una volta ritenuto che le questioni rilevabili d'ufficio costituiscono oggetti di decisione sui quali è indispensabile la previa attuazione del contraddittorio, ci si può chiedere se questa conclusione debba valere soltanto per le questioni pregiudiziali in senso proprio, ovvero se vi siano altri elementi o « punti » della decisione ⁽¹⁶⁾ sui quali il problema del contraddittorio presenti gli stessi caratteri.

Come già si è accennato ⁽¹⁷⁾, la non diffusa dottrina sul punto prospetta due diversi orientamenti: al riguardo, appare forse preferibile l'opinione secondo cui, se il contraddittorio si considera metodo necessario di formazione della decisione, esso dovrebbe

⁽¹⁶⁾ Punti che non costituiscono « questioni » in senso stretto, in quanto non riguardano l'accertamento di fatti giuridici diversi da quelli allegati nella domanda e idonei a paralizzarne gli effetti.

Cfr., ancora, circa i limiti oggettivi della pronuncia di merito, con riferimento ai fatti posti a fondamento dell'eccezione, FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., p. 251 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. il capitolo precedente ai §§ 5 e segg. Si deve sottolineare come la distinzione tra giudizio di diritto e di fatto viene qui introdotta soltanto allo scopo di dare ordine all'esposizione.

avere riguardo non solo alle questioni pregiudiziali, ma a tutti i punti, di fatto o diritto, idonei ad influenzare o fondare la decisione stessa.

Più specificamente si può ritenere vi siano ipotesi nelle quali il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri decisori, introduce nella decisione elementi « nuovi », in quanto non espressamente allegati dalle parti: tali ipotesi hanno luogo sia nell'ambito del giudizio di mero diritto, sia in quello di fatto⁽¹⁸⁾. Con riferimento al giudizio di diritto, esse sono riconducibili anzitutto al potere del giudice di individuare l'esatto *nomen juris* del rapporto controverso⁽¹⁹⁾, e si possono verificare in vari momenti e fasi del procedimento.

A) Possiamo aver riguardo anzitutto all'esercizio del potere del giudice, ex art. 112 cod. proc. civ., di « interpretare » la domanda, al fine di individuare esattamente il *petitum*. Si tratta invero di una operazione complessa, in quanto non è certamente limitata all'individuazione del significato letterale delle parole adoperate dalla parte: il giudice, interprete della volontà della parte stessa, non può modificare quanto essa chiede, e compie

(19) V., per tutti, ed anche per riferimenti, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1260 ss.; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 89; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1061 ss. V., inoltre, per una approfondita e vasta indagine sull'identificazione della domanda giudiziale, anche in riferimento ai poteri del giudice di individuare l'effetto giuridico oggetto del processo, v., CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del Codice di procedura civile* diretto da Allorio, II, I, *passim.*, ma spec. p. 128 ss.

(18) È noto come la stessa possibilità di operare tale distinzione sia stata contestata da una parte della dottrina (cfr., ad es., NASI, *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 967 ss.) ma non sembra che questa tesi dia luogo a risultati convincenti. Al di là del fatto che essa può rivelarsi agevole in diversi casi di specie, e può assumere diverse connotazioni a seconda dei contesti in cui viene posta, pur considerando che nell'ambito della decisione i due giudizi si pongono in un complesso rapporto di interazione dialettica, resta pur sempre ben fermo che vanno distinti i giudizi attinenti all'individuazione, interpretazione e applicazione di norme, da quelli relativi all'accertamento giudiziale della verità dei fatti. Cfr., tra gli altri, TARUFFO, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 33 ss.

tuttavia a tal fine una analisi autonoma, che può avere rilevanti conseguenze sul terreno del contraddittorio.

Da un lato, infatti, l'effettiva volontà di parte va ricostruita in base alle conclusioni precisate ex art. 189 cod. proc. civ., talchè occorre senza dubbio tener conto delle modificazioni delle domande intervenute nel corso del procedimento⁽²⁰⁾. Tutto ciò implica che la domanda sia determinata, proprio al fine di circoscrivere l'oggetto della decisione, sulla base del principio enunciato nell'art. 112 cod. proc. civ., non avendo riguardo alle mere affermazioni e formulazioni di cui all'atto introduttivo, ma con preciso riferimento all'atto conclusivo, rispetto al quale si chiude il contraddittorio. Se il giudice « interpreta » le allegazioni di parte in modo tale da fornirne una versione che non sia previamente nota ed evidente all'avversario, esso viene ad essere effettivamente privato della possibilità di difendersi sulla domanda, quanto meno nei termini esatti in cui questa sarà sottoposta a decisione.

Problemi analoghi possono profilarsi nell'ipotesi di mancata riproposizione espressa, in sede di conclusioni, di domande inizialmente formulate. Come è noto, l'orientamento prevalente in giurisprudenza è nel senso che ha luogo in questo caso una rinuncia o abbandono della domanda, ma non mancano dubbi in dottrina⁽²¹⁾, e una parte della giurisprudenza finisce anche in

(20) V., MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 98 ss.; PAIARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* diretto da Allorio, cit., p. 599 ss. Anche per riferimenti di giurisprudenza, v., LANCELOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 465 ss.

(21) Cfr., PAIARDI, *op. loc. cit.*, e le decisioni richiamate da MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 100, in nota.

Cfr., in tal senso, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 649.

In sostanza, la mancata riproposizione di una specifica domanda implicherebbe una presunzione di abbandono, che sarebbe possibile comunque contrastare sulla base di precise risultanze: cfr., ad es., Cass. 27 marzo 1982, n. 1904, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 111 e Cass. 25 novembre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, *Mass.* 1982 e *Foro it.*, *Rep.*, 1982, voce *Procedimento civile*, n. 147.

questo caso col rimettere al giudice la determinazione della reale volontà della parte, in base ad una valutazione complessiva di quanto dalla stessa affermato nel corso del processo⁽²²⁾. Ciò equivale a ritenere che, qualora tale volontà non sia chiaramente espressa, il reale significato della domanda ai fini della decisione viene determinato dal giudice soltanto nel momento in cui pronuncia la decisione: la conseguenza ulteriore è che la controparte ignora, in tutto il corso del processo, la reale domanda rispetto alla quale debba difendersi.

Del resto le osservazioni appena svolte possono ricondursi al più generale problema inerente all'interpretazione della domanda. Il principio comunemente accolto è che il giudice non sia vincolato alle formule letterali usate dalle parti, (che non sono dunque tenute ad assumere espressioni formalmente determinate), e deve invece esso stesso individuare, discrezionalmente, l'effettiva volontà di parte⁽²³⁾. Il giudice può quindi determinare e individuare domande formulate implicitamente o in modo non chiaro, attribuendo alla domanda stessa il suo proprio significato.

Pur restando fermo, per il giudice, il vincolo alla volontà di parte, nei casi dubbi è quindi lo stesso organo giudiziale a determinarne la volontà in sede di decisione. Non sembra possano esservi incertezze sull'esistenza o comunque sull'opportunità di questo potere giudiziale, poiché esso potrebbe eliminarsi soltanto in un sistema fondato su rigide forme sacramentali, per la proposizione della domanda, del tipo di quelle che caratterizzavano l'antico processo formulare romano. Se tuttavia si osserva il problema dall'angolo visuale della controparte e delle sue possibilità di

(22) V., anche per opportuni riferimenti, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., *passim.*, e particolarmente, sui criteri di individuazione della domanda giudiziale, p. 172 ss.

(23) Cfr., LANCELOTTI, *Variazione dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, cit., loc. cit. V., anche Cass. 26 ottobre 1981, n. 6300, in *Foro it.*, Mass. 1981 e Cass. 27 maggio 1982 n. 3213, in *Foro it.*, Rep., 1982, v., *Sentenza civile*, 16 e Cass. 4 settembre 1982 n. 4816, *ibid.*, 23.

effettiva difesa, appare evidente come soltanto nel momento finale della decisione viene stabilito l'esatto significato della domanda.

In definitiva: il diritto al contraddittorio implica che la controparte possa difendersi sulla domanda, intesa come determinazione dell'oggetto di decisione; per esercitare tale diritto, la parte deve conoscere esattamente quale sia l'ambito oggettivo della domanda sulla quale avrà luogo la decisione e, se la domanda stessa viene determinata solo nella fase finale decisoria, la possibilità di difesa viene esclusa o comunque non certo integralmente garantita.

Si noti che il problema qui posto non appare soltanto teorico: la giurisprudenza ammette, ad esempio, che il giudice decida su una domanda di restituzione ritenendola implicitamente contenuta in una di regolamento di confini⁽²⁴⁾; ovvero su una domanda di accertamento dell'esistenza e validità del contratto preliminare, ritenendola implicitamente contenuta in una domanda proposta ex art. 2932 cod. civ.⁽²⁵⁾. In queste ipotesi appare evidente come l'interpretazione della domanda ad opera del giudice implichi una rilevante modificazione rispetto a ciò che è l'apparente oggetto esplicito della domanda medesima; se su tale oggetto la parte si è difesa, e non su quello implicito, poi considerato « reale » dal giudice, sono state svolte, in realtà difese inutili, poiché la parte non è stata posta in grado di difendersi rispetto all'oggetto effettivo di decisione.

6. B) La qualificazione giuridica del rapporto controverso implica l'individuazione da parte del giudice della norma che lo regola: eventuali indicazioni di parte, non sono vincolanti⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr., Cass. 25 luglio 1977, n. 3320, in *Foro it.*, *Rep.*, 1977 v. *Sentenza civ.*, 16.

⁽²⁵⁾ Cass. 19 settembre 1978, n. 4148, in *Foro it.*, *Rep.* 1978, v. *Proc. civ.*, 131.

⁽²⁶⁾ Tali indicazioni possono anche non esservi, ma in questo caso, e a maggior ragione, spetta al giudice individuare la norma applicabile.

Il principio è pacifico; cfr., fra gli altri, SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc.*

L'individuazione delle norme che regolano la fattispecie non si esaurisce nella determinazione dell'enunciato normativo, ma implica, come è noto, un'attività complessa consistente nella formulazione di più « modelli di decisione » tra i quali il giudice sceglie quello che meglio si adatta alla concreta fattispecie⁽²⁷⁾. Essa implica dunque l'interpretazione di più enunciati normativi o diverse interpretazioni dello stesso enunciato: si tratta di procedimento logico il cui risultato è la fissazione del significato della norma in ipotesi applicabile alla fattispecie⁽²⁸⁾. Scelta della norma applicabile significa dunque determinazione, nell'ambito di più ipotesi formulate in sede interpretativa, del criterio giuridico idoneo a qualificare la fattispecie concreta.

In questa scelta, come si è fatto cenno, il giudice è libero anche se vi sono indicazioni di parte; le scelte del giudice sono autonome durante tutto il complesso *iter* logico che, muovendo dall'individuazione di enunciati normativi, giunge fino alla determinazione della « norma interpretata », destinata a costituire la *ratio decidendi* giuridica della decisione. Ciò significa altresì che il criterio giuridico di decisione, in quanto determinato dal giudice in piena autonomia, può non coincidere con quello indicato dalle parti: è quindi possibile che il giudice adotti una « terza via di decisione » in diritto, individuando una « norma » (*rectius* un'interpretazione di un enunciato normativo) applicabile alla fattispecie, diversa da quelle sulla quale le parti hanno fondato le rispettive difese⁽²⁹⁾.

civ.), in *Enc. del dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 823 ss.; MICHELI, « *Jura novit curia* », in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 575 ss., nonché PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 1061 e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 172 ss.

V., per riferimenti di giurisprudenza in tema di criteri per individuazione della domanda, CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. p. 77 ss., e, in sintesi, p. 103.

(27) Sugli aspetti logici dell'operazione, v., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 224 ss.

(28) V., ampiamente, e per richiami, TARUFFO, *op. cit.*, p. 230 ss.

(29) V., oltre agli AA. citati nel capitolo I°, per cenni sul problema in generale, TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, cit., p. 353 ss. e *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 93.

L'operazione di cui si tratta ha luogo nel momento in cui si formula la decisione e possono verificarsi al riguardo almeno due ipotesi :

1) se il giudice sceglie un criterio di qualificazione giuridica che coincide con quello proposto dall'attore o dal convenuto, o da entrambi, non sorge nessun problema dal punto di vista del contraddittorio ; entrambe le parti hanno avuto piena possibilità di difesa. In tal caso, pur essendo libera e autonoma la scelta del giudice in sede di decisione, essa deriva comunque dal contraddittorio delle parti.

2) Se invece il giudice segue criteri diversi da quelli prospettati dalle parti ⁽³⁾, e quindi introduce un elemento di novità rispetto al contraddittorio svolto nel processo, è evidente che la decisione si fonda su una *ratio* giuridica estranea alle difese delle parti. In tal caso, quindi, esse hanno attuato il contraddittorio relativamente a norme poi risultate irrilevanti, mentre non erano in condizioni di potere svolgere le loro difese proprio in relazione alle « ipotesi normative » che determinano poi la decisione.

Il problema della garanzia del contraddittorio si pone con immediata evidenza, poiché, come già sottolineato, la decisione risulta fondata su criteri di giudizio estranei alle effettive possibilità di difesa. Se la garanzia costituzionale va intesa come la possibilità per le parti di interloquire preventivamente su ogni elemento rilevante per la decisione, è indubbio che tale garanzia risulti violata qualora il giudice si pronuncia sulla base di norme « nuove » rispetto a quelle indicate dalle parti nel giudizio. Non v'è bisogno di insistere sulla rilevanza del problema ⁽³¹⁾, poiché

⁽³⁰⁾ Sceglie quindi una norma diversa o un'interpretazione diversa dalla stessa norma: sull'ipotesi prevista dal 3° comma del § 278 ZPO, il § 11 del I° capitolo e per un breve cenno, v. GRUNSKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento*, cit., p. 375.

⁽³¹⁾ La necessità di una tutela delle parti contro il pericolo delle sorprese derivanti dall'atteggiamento del giudice (quale che sia l'elemento di fatto o di diritto, sul quale

appare evidente come decidere secondo norme diverse da quelle preventivamente discusse, indicate, o comunque individuate, significa determinare, diversamente da quanto prospettato nel corso del giudizio, l'esito della decisione. Anche a questo proposito va comunque ancora sottolineato come non sia in discussione certamente il potere del giudice di individuare in piena autonomia la norma applicabile ⁽³²⁾. Ciò che è in discussione è solo la modalità di esercizio di questo potere, che appare in contrasto con la garanzia della difesa quando il risultato cui si perviene è l'individuazione di norme applicabili al rapporto controverso « nuove », rispetto alle difese, in diritto, svolte dalle parti.

7. Il problema del contraddittorio sulla norma che determina la decisione non si pone soltanto riguardo alle disposizioni che appartengono al sistema delle fonti normative ordinarie (ossia alle norme scritte di produzione degli organi legislativi dello Stato), ma anche, nei casi in cui il giudice debba decidere sulla base di norme che non appartengono a tale sistema: può infatti richiedersi l'esame di possibili fonti normative, la cui conoscenza ad opera delle parti non è presumibile prima che la decisione sia formulata.

È il caso, ad esempio, della legge straniera. È ben noto come l'opinione prevalente escluda l'equiparazione della norma straniera al fatto, sotto il profilo del modo in cui il giudice può venirne a conoscenza, negando si possa configurare un onere, per la parte che ne invoca l'applicazione, di provarne l'esistenza in giudizio ⁽³³⁾. Si riconduce quindi la soluzione del problema al principio

la sorpresa incide) si prospetta, secondo TARZIA, *Manuale*, cit., loc. cit., come « un imperativo di moralità processuale ».

Si tratta, inoltre, di un « preciso obbligo giuridico, la cui violazione comporta la nullità della sentenza ».

⁽³²⁾ Anche se si tratta di considerazione ovvia, è opportuno sottolineare che se si dovesse in effetti negare tale potere, si porrebbe in dubbio lo stesso principio di legalità della decisione giudiziaria.

⁽³³⁾ Cfr., Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1283, con riferimenti alla nota n. 23; v., inoltre, MICHELI, « *Jura novit curia* », cit., p. 575 e SAPIENZA, *Il principio*

generale « *iura novit curia* », affermando che il giudice ha comunque il dovere di conoscere d'ufficio la norma straniera, indipendentemente dal fatto che le parti abbiano svolto attività probatorie in questo senso ⁽³⁴⁾. L'attività di parte, diretta a fornire al giudice la conoscenza della norma straniera, si configura come « collaborazione », ma se l'attività medesima non si è verificata o non è stata tale da fornire in concreto la conoscenza, il giudice ha comunque il potere-dovere di conoscere d'ufficio la norma ⁽³⁵⁾.

Se la norma straniera non viene individuata la domanda va rigettata perché non fondata in diritto, salvo che essa possa comunque essere accolta sulla base della normativa italiana.

Orbene, il problema del contraddittorio si prospetta anche in questa ipotesi sotto diversi profili: se si ha riguardo alla determinazione compiuta d'ufficio dal giudice, si ripresentano le questioni e i dubbi sopra esaminati (cfr. paragrafo 6), resi ancora più complessi dalla circostanza che la conoscenza di norme straniere implica sovente l'esame di fonti incomplete, non aggiornate o comunque oggettivamente incerte, in specie allorché si tratti di analizzare fonti dottrinali o giurisprudenziali. In tal caso è certo elevato il rischio di errore da parte del giudice, ed è poi particolarmente ampio il margine di imprevedibilità nella scelta della norma applicabile. D'altronde, anche se le parti assumono iniziative per fornire informazioni al giudice, questi non è vincolato a

« *iura novit curia* » e il problema della prova delle leggi straniere, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 71 ss.

⁽³⁴⁾ Il principio affermato in dottrina non è peraltro uniformemente accolto dalla giurisprudenza, che, in decisioni anche recenti, ritiene che la conoscenza della legge straniera non rientri nella portata della regola *iura novit curia*, e costituisca oggetto di specifico onere probatorio delle parti.

V., GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 1284 e, anche per riferimenti, CAPPELLETTI, « *Jura novit curia* » e impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 140 ss., in nota a Cass. 16 febbraio 1966, n. 486; v., anche Trib. Roma 24 marzo 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2531 e Trib. Milano 11 gennaio 1979, in *Foro it.*, 1980, I, 2042.

⁽³⁵⁾ Cfr., Cass. 26 maggio 1980 n. 3445, in *Foro it.*, 1981, I, 2278; v. anche ANDRIOLI, *Sull'applicazione giudiziale del diritto straniero*, in *Foro it.*, 1981, V, 225.

servirsene, nè a decidere sulla base di esse, talché l'esito della scelta rimane comunque non prevedibile.

È intuitivo come in questa situazione la « decisione a sorpresa » non sia una mera eventualità, ma un dato « normale » e, se è così, si verifica una lesione della garanzia del contraddittorio, poiché le parti non soltanto non conoscono *ex ante*, ma neppure possono ragionevolmente prevedere quale sia la norma straniera che il giudice porrà a fondamento della decisione. *De facto*, può accadere che l'imprevedibilità della scelta del giudice diminuisca, ad esempio, quando si ricorra alla consulenza tecnica o a strumenti assicurati da accordi di collaborazione internazionale per la conoscenza delle leggi straniere; peraltro, questi strumenti non sono idonei a fornire soluzioni generali al problema del mancato contraddittorio di parte.

Si osservi infine che l'incertezza circa la norma straniera riguarda anche la scelta tra la stessa normativa straniera e la legge italiana; il problema se sia norma applicabile, e se questa sia norma italiana o di altro ordinamento, è evidentemente di tutto rilievo: la circostanza che il problema medesimo possa essere risolto dal giudice senza che al riguardo le parti abbiano potuto previamente pronunciarsi sottrae alle stesse ogni facoltà di difesa sull'individuazione della *ratio decidendi* della decisione.

8. Devono considerarsi, nell'ambito dell'argomento qui trattato, anche le ipotesi nelle quali il giudice è legittimato a decidere senza applicare norme di diritto: il riferimento è alle disposizioni degli artt. 113 e 114 cod. proc. civ., allorché il giudice pronuncia secondo equità, con un giudizio sostitutivo del giudizio di diritto sulla fattispecie ⁽³⁶⁾. Se il giudice pronuncia secondo equità ⁽³⁷⁾, ed

⁽³⁶⁾ Sull'equità cosiddetta sostitutiva e la distinzione rispetto all'equità cosiddetta integrativa, cfr., tra gli altri, DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 183.

Cfr., inoltre ed anche per riferimenti, GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1285 ss.

⁽³⁷⁾ Il problema trattato nel testo non si pone soltanto nelle ipotesi di equità

è quindi legittimato a formulare la regola di giudizio per il caso concreto (³⁸), la sua funzione non è quella di individuare, ma di formare il criterio di decisione, sia traendolo da regole giuridiche come i principi generali del diritto, sia tenendo conto di criteri etici, sociali od economici diffusi nella coscienza comune, oltre che della peculiarità della fattispecie concreta.

Non rileva, in questa sede, la definizione del giudizio di equità; importa invece sottolineare come, in questo caso, il criterio di decisione, qualunque esso sia, non preesiste alla decisione stessa, poiché spetta al giudice crearlo al momento in cui decide. La trattazione della causa e la difesa delle parti, in ordine al fondamento giuridico della decisione, hanno un oggetto caratterizzato solo negativamente, ossia dalla previsione che il giudice non applicherà alla fattispecie le norme di diritto (³⁹). Il processo si svolge, quindi, interamente senza che le parti sappiano, o possano prevedere, quale sia il criterio di valutazione cui il giudice si atterrà nella pronuncia della decisione equitativa. È evidente come il problema della garanzia del contraddittorio si presenti con intensità ancora maggiore che nelle ipotesi sopra esaminate (⁴⁰).

sostitutiva in senso proprio, quando l'intera decisione è resa secondo equità, ma anche in alcuni casi di equità integrativa, allorché la valutazione equitativa di un elemento della fattispecie non consiste solo in una quantificazione approssimata (come ad es., nelle fattispecie previste dagli artt. 1226 cod. civ. o 432 cod. proc. civ.), ma implichi la definizione in via equitativa di un aspetto giuridico della fattispecie:

ha luogo quest'ultima ipotesi, ad es., nell'integrazione del contratto prevista dall'art. 1374 cod. civ., o nella modificazione delle condizioni contrattuali di cui all'art. 1467, 3° comma e 1468 cod. civ.

(³⁸) Cfr., DE MARINI, *op. cit.*, p. 166; GRASSO, *op. cit.*, p. 1983; NASI, *Equità*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, p. 127; VECCHIONE, *Equità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, p. 627.

(³⁹) Neppure questa caratterizzazione negativa è, peraltro, sicura, poiché deve ammettersi che il giudice, determinando il criterio equitativo più idoneo a guidare la decisione, possa stabilire che il criterio medesimo è quello enunciato nella norma applicabile alla fattispecie. V., sul punto, GRASSO, *op. cit.*, p. 1292; NASI, *op. cit.*, p. 115, 117; VECCHIONE, *op. cit.*, p. 631.

(⁴⁰) Sul contraddittorio in generale, nell'ambito del procedimento arbitrale, cfr., RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 114 ss.

Ne varrebbe obiettare che ogni questione può ritenersi eliminata per il fatto che si tratti di giudizio di equità. Occorre infatti osservare che l'equità investe la determinazione del criterio giuridico della decisione, legittimando il giudice a non decidere secondo il diritto, ma non sottrae certo il giudice o le parti dall'osservanza delle ordinarie norme processuali⁽⁴¹⁾. In altri termini, la circostanza che la decisione sia resa secondo equità non implica una diversa disciplina del procedimento, né diverse definizioni del ruolo nel processo del giudice e delle parti, rispetto alle ipotesi di decisione secondo diritto. Infatti, se le parti, ex art. 114 cod. proc. civ., concordano nel rinunciare al giudizio secondo diritto, ciò non implica che esse rinuncino anche alle garanzie processuali: in particolare, la concorde richiesta di decisione secondo equità non può in alcun modo venire intesa come rinuncia alla garanzia di difesa.

Se quanto precede è esatto, il problema del contraddittorio non si pone nel giudizio di equità in termini sostanzialmente diversi rispetto al giudizio di diritto. Il dato caratteristico, come già si è fatto cenno, consiste in ciò che, il criterio di decisione è fissato dal giudice caso per caso, senza necessario riferimento alla norma ipoteticamente applicabile alla fattispecie. Appare dunque imprevedibile per le parti detto criterio e, sotto altro profilo, si rendono del tutto irrilevanti eventuali deduzioni delle parti stesse. È quindi particolarmente evidente l'impossibilità del previo contraddittorio sul criterio di decisione e l'impossibilità quindi di una difesa sul punto nel corso del giudizio.

Ciò premesso, poiché soluzione equitativa della controversia può significare impossibilità oggettiva di far valere proprie ragioni e argomentazioni, ne discende che il solo modo per assicurare la garanzia della difesa, nel giudizio di equità, consiste nel con-

(41) V., in tal senso, VECCHIONE, *op. cit.*, p. 632, nonché GRASSO, *op. cit.*, p. 1293 s., al quale si rinvia anche per riferimenti di opinioni parzialmente difformi o incerte, anche in giurisprudenza.

sentire alle parti la previa conoscenza e discussione del criterio equitativo che il giudice intende adottare in sede di decisione.

Si consideri poi che la sentenza di equità non è appellabile, ed è impugnabile in Cassazione soltanto per vizi *in procedendo*: la sola possibilità per le parti di discutere il merito della decisione è quindi ipotizzabile soltanto prima che la decisione di equità venga emessa.

9. Il potere del giudice di attribuire alla fattispecie dedotta in giudizio l'esatta qualificazione giuridica si riconduce, come è noto, al principio *iura novit curia*, in quanto manifestazione del più ampio potere-dovere di decidere la controversia secondo diritto; si ritiene, inoltre, che il limite del potere del giudice sia costituito dalla *causa petendi* allegata dalla parte, in quanto il giudice non può mutare i fatti sui quali la domanda si fonda⁽⁴²⁾.

La fissazione di questi principi non risolve peraltro i problemi attinenti al ruolo rispettivo del giudice e delle parti e al contraddittorio del rapporto controverso. Quanto alla rilevanza della qualificazione prospettata ad opera delle parti, si osserva, in dottrina, da parte di taluni Autori, che essa non può venire del tutto trascurata, o perché idonea all'esatta individuazione del *petitum*⁽⁴³⁾, o perché rileva ai fini dell'identificazione della *causa petendi*, con la conseguenza che il limite del potere qualificativo del giudice andrebbe determinato caso per caso, a seconda che per individuare il titolo della domanda siano sufficienti i soli fatti allegati oppure occorra invece far capo alla prospettazione giuridica data-

(42) V., anche per riferimenti, FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 88 ss. V., inoltre, per una accurata analisi degli orientamenti giurisprudenziali, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 77 ss. e, in particolare, p. 94 ss.

Rileva l'A., *op. cit.*, p. 98, che spesso la giurisprudenza « finisce per concedere a se stessa quelle variazioni dalla domanda introduttiva, le quali sono vietate o controverse per la parte ».

(43) SATTA, *Domanda giudiziale*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, p. 825; cfr., per altri riferimenti di dottrina, FERRI, *op. ult. cit.*, p. 89.

ne dalla parte⁽⁴⁴⁾. Resta ben ferma, in ogni caso, l'affermazione della relativa utilità della qualificazione prospettata dalle parti, ma ad essa non si attribuisce una efficacia determinante o vincolante nei confronti del giudice⁽⁴⁵⁾.

La giurisprudenza, per il vero, non sembra condividere le perplessità della dottrina e ritiene che il giudice sia vincolato solo ai fatti allegati dalle parti, nel senso che non potrebbe attribuire efficacia giuridica ad un fatto non allegato, ma resterebbe completamente libero in sede di determinazione della sua qualificazione giuridica. Si ammette, pertanto, che il giudice possa sempre fondare la propria decisione prospettando una qualificazione dei fatti diversa da quella indicata dalle parti, anche se ciò implica una diversa ricostruzione dell'intera fattispecie controversa⁽⁴⁶⁾.

Ciò premesso, con riguardo al potere del giudice qui considerato, si può ritenere sorgano problemi del tutto simili a quelli dianzi esaminati, a proposito dell'individuazione della norma applicabile. Infatti, se il giudice « aderisce » alla qualificazione prospettata dalle parti o da una parte, non sorge alcuna questione circa l'attuazione del contraddittorio, mentre la relativa garanzia può risultare violata, qualora il giudice attribuisca alla fattispecie un *nomen iuris* diverso da quello sul quale le parti hanno imperniato le loro difese.

(44) V., in tal senso, PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1062.

Per il vero il problema deve essere interamente riformulato, prospettando soluzioni diverse a seconda delle azioni che si esercitano in giudizio e a seconda del tipo di domanda che viene proposta: segue questo metodo, con risultati indubbiamente positivi, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., *passim*, e spec., p. 128 ss., 172 ss.

(45) Del resto le ragioni che si adducono a fondamento dell'esclusione di tale efficaci, sono evidenti: il vincolo per il giudice nel giudizio di diritto eliminerebbe il principio stesso secondo cui spetta al giudice l'esatta applicazione della legge. Il punto è pacifico: v., tra gli altri, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 104 e SATTA, « *Jura novit curia* », in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 380 s.

(46) V., anche per ampi riferimenti di giurisprudenza, ancora, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto* cit., p. 94 ss., spec. p. 96 e 98.

È opportuno esaminare ora le modalità con le quali può operare la qualificazione giuridica ⁽⁴⁷⁾ da parte del giudice, dei fatti allegati.

Se la parte ha allegato i fatti storici a), b) e c), riconducendoli ad una fattispecie legale nella quale essi assumono una certa rilevanza giuridica, possono profilarsi le seguenti situazioni:

1) Il giudice adotta la medesima qualificazione giuridica della parte: non si pone in questo caso alcun problema di contraddittorio.

2) Il giudice adotta una diversa qualificazione giuridica, per la quale gli stessi fatti a), b) c), hanno rilevanza giuridica, ma diversa da quella prospettata dalla parte ⁽⁴⁸⁾. Si rettifica, quindi, ad opera dell'organo giudiziale, l'erronea prospettazione di parte e sorge l'esigenza di contraddittorio poiché le parti potevano difendersi e interloquire sull'ipotesi A), ma non sull'ipotesi B), che il giudice introduce solo al momento della decisione. Analoghi problemi si profilano nell'ipotesi di fattispecie con qualificazioni giuridiche concorrenti, nelle quali gli stessi fatti giuridici possono essere qualificati secondo fattispecie legali diverse ⁽⁴⁹⁾. L'esigenza del contraddittorio non si profila se le parti hanno avuto facoltà di difesa sulle varie qualificazioni possibili, ma può ben sorgere se il giudice assume una qualificazione concorrente, non mai prospettata dalle parti e sulla quale, pertanto, esse non hanno avuto alcuna possibilità di difesa.

3) Il giudice adotta una diversa qualificazione giuridica, tale per cui, ad esempio il solo fatto a) assume rilevanza giuridica. In tal caso, pur rimanendo nell'ambito dei fatti allegati, muta l'ambito dei fatti stessi giuridicamente rilevanti, e quindi si modi-

⁽⁴⁷⁾ V., in argomento CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 104.

⁽⁴⁸⁾ Si tratta ad esempio (e sotto altro aspetto) di ipotesi in cui vi è non corrispondenza tra domanda e pronuncia sotto il profilo della *causa petendi*: v., per riferimenti di giurisprudenza, CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 96.

⁽⁴⁹⁾ V., in tema di concorso dei diritti e delle azioni, ai fini dell'individuazione della domanda giudiziale, CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 228 ss.

fica essenzialmente la struttura e composizione della *causa petendi*. Anche ad ammettere che ciò rientri nel potere qualificativo del giudice, può comunque porsi un problema di contraddittorio (diverso da quello considerato *sub* 2), poiché il giudice finisce col giudicare su fatti costitutivi « diversi » da quelli allegati dalla parte.

4) Infine, consideriamo l'ipotesi in cui si attribuisce ai fatti, una qualificazione giuridica tale per cui risultano rilevanti i fatti a), b) e c), allegati dalla parte (o alcuni di essi), ma la fattispecie deve necessariamente essere integrata anche dal fatto d), non allegato dalle parti. In virtù del vincolo che discende dal principio della domanda, il giudice non potrà certamente conoscere del fatto d), in quanto non allegato (né prevedibilmente provato) in giudizio. In questo caso, peraltro, l'esito non altro potrà essere se non quello del rigetto della domanda, poiché la parte non ha allegato, né provato, un fatto giuridicamente rilevante in base alla fattispecie legale, secondo la quale il giudice qualifica il rapporto. Come si può constatare, in questo caso, la qualificazione giuridica adottata dal giudice modifica la *causa petendi*, in modo tale che risulta carente un elemento indispensabile della fattispecie, talché la parte soccombe necessariamente, per effetto della qualificazione giuridica indicata e assunta dal giudice (e senza quindi che la stessa sia posta in condizione di potersi previamente difendere al riguardo).

Secondo i principi generalmente accolti, l'ipotesi qui considerata rientra nei poteri qualificativi del giudice, poiché lo stesso non giudica *ultra alligata et probata*, ma provvede, proprio sulla base degli *alligata et probata*, all'esatta qualificazione della fattispecie controversa. Risulta, comunque, evidente che in tal modo la decisione viene emessa sul fondamento di un *nomen iuris* rispetto al quale le parti non hanno avuto alcuna possibilità di difesa.

Della sussistenza del problema si è resa conto la Suprema Corte, in una recente decisione (peraltro — a quanto consta —

del tutto isolata)⁽⁵⁰⁾, che ha rilevato una violazione del contraddittorio nell'ipotesi in cui il giudice adotti d'ufficio un'interpretazione della fattispecie non prospettata dalle parti ed imputi all'attore la mancata prova dei fatti, rilevanti nella prospettiva adottata dal giudice, ma non in quella indicata dallo stesso attore.

In conclusione, le situazioni sopra indicate mostrano che, in linea di principio, allorché il giudice esercita il potere di qualificazione giuridica del rapporto controverso in modo tale da discostarsi dalla prospettazione fornita dalla parte, può derivarne una lesione della garanzia del contraddittorio.

10. Occorre tuttavia distinguere nettamente due aspetti del problema.

Il primo riguarda l'esistenza del potere del giudice di adottare la qualificazione giuridica del rapporto controverso ed i limiti di esercizio del potere stesso. Si tratta pertanto di stabilire, caso per caso, fino a che punto si possa legittimamente qualificare giuridicamente il rapporto, senza introdurre una modificazione della *causa petendi*, non consentita e tale da viziare la sentenza per extrapetizione. La linea di confine tra i due fenomeni, costituita dal divieto di mutamento del titolo della domanda, è solo apparentemente chiara. Si è visto infatti, che il mutamento di qualificazione giuridica, sempre possibile in linea di principio, può dar luogo ad una diversa definizione giuridica del titolo stesso della domanda, talchè non a quest'ultimo occorre far capo, ma all'allegazione dei fatti prospettati come rilevanti. Da questo angolo visuale — e richiamando quanto sopra osservato relativamente all'ipotesi sub 4) —, il solo limite che il giudice incontra, sembra consistere nell'impossibilità di adottare una qualificazione giuridica tale che richieda l'integrazione della fattispecie legale con « fatti » non allegati o non provati comunque dalla parte: il

⁽⁵⁰⁾ Cass. 5 dicembre 1981, n. 6456, in *Foro it.*, *Rep.* 1981 v. *Prova civile* n. 21.

giudice non può quindi conoscere d'ufficio di fatti non allegati o comunque non può imputare alla parte la mancata prova di fatti che non erano giuridicamente rilevanti nella prospettazione della domanda ⁽⁵¹⁾.

Altro aspetto del problema riguarda le modalità processuali con le quali il potere del giudice di attribuire al rapporto controverso l'esatta qualificazione giuridica viene in concreto esercitato.

Per il vero, si potrebbe supporre che tale problema non sussista, poiché non si prevedono espressamente particolari modalità per l'esercizio del potere: il giudice, quindi, sarebbe libero di esercitarlo in ogni fase e momento del giudizio ed anche soltanto nella fase di decisione. Peraltro, si è sopra osservato come proprio questa modalità d'esercizio del potere di qualificazione giuridica finisca col ledere in effetti una reale garanzia di difesa, quanto meno in tutte le ipotesi in cui il giudice adotti un *nomen iuris* sul quale le parti non abbiano mai avuto possibilità di svolgere il contraddittorio.

Ciò che va qui precisato è che si tratta di problemi che non incidono sulla esistenza del potere del giudice, ed anzi la presuppongono: infatti, il giudice esercita il potere di qualificazione giuridica del rapporto controverso entro limiti che sono *aliunde* determinati; il rispetto della garanzia di difesa implica che tale potere sia tuttavia validamente esercitato, e ciò, come più volte

(51) D'altra parte esiste il problema, più sopra accennato, se la qualificazione proposta dalla parte sia *sempre* giuridicamente irrilevante per il giudice ovvero se, in taluni casi, possa costituire parte integrante dell'allegazione, tale da vincolare il giudice stesso in sede di definizione del *nomen iuris* del rapporto dedotto in causa (cfr., sul problema, FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda* cit., p. 88 ss.).

Occorre aggiungere, tuttavia, che la soluzione del problema non riguarda direttamente l'oggetto della presente indagine. Quale che essa sia, la soluzione stessa è utile per definire e limitare il potere del giudice nell'attribuzione al rapporto dell'esatta qualificazione giuridica, determinando quindi il caso in cui il giudice violi i limiti propri dei suoi poteri. Viene violato, in tal caso, il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Il vizio della sentenza deriva tuttavia soltanto dalla violazione della norma dell'art. 112, e non è in gioco la regola del contraddittorio.

sottolineato, ha luogo soltanto se le parti abbiano avuto la possibilità di difesa, prima della decisione, su quella stessa qualificazione giuridica che il giudice ritenga più adeguata alla fattispecie.

11. Il potere del giudice di porre a fondamento della decisione elementi non allegati dalle parti può riguardare non soltanto questioni di diritto, ma anche di fatto. Anche a questo proposito, pertanto, si può porre il problema della attuazione del contraddittorio. Se il giudice fonda, infatti, la sua decisione su elementi di fatto non previamente noti alle parti, può derivarne — seguendo la prospettiva fin qui svolta — una lesione della garanzia della difesa, non diversamente da quanto accade a proposito dei « nuovi » elementi di diritto⁽⁵²⁾.

È opportuno richiamare, a questo punto, quanto già sopra si è rilevato circa la distinzione tra poteri decisorio e poteri di iniziativa istruttoria. Vero è, infatti, che col disporre prove d'ufficio il giudice tende ad introdurre elementi nuovi nel materiale probatorio destinato a costituire il fondamento della decisione; al riguardo, tuttavia, non sorgono problemi di contraddittorio, sia perché le parti sono in grado di discutere l'iniziativa giudiziale sotto il profilo della rilevanza e dell'ammissibilità della prova disposta d'ufficio, sia perché la sua assunzione avviene comunque secondo le regole ordinarie, ossia in udienza, e ciò è sufficiente a garantire il contraddittorio delle parti. Si può anzi aggiungere che qualora si ammetta che il giudice possa disporre d'ufficio prove su fatti non allegati⁽⁵³⁾, ciò sarebbe sufficiente a soddisfare ogni esigenza di contraddittorio poiché l'ordinanza con la quale si dispone la prova dovrebbe indicare alle parti il fatto non allegato, che il giudice considera rilevante, consentendo quindi di svolgere

(52) Il problema non si pone (cfr. peraltro l'indagine di cui al capitolo successivo) allorché la decisione si fonda su fatti allegati dalle parti, poiché l'allegazione sembra sufficiente ad assicurare alle parti stesse la possibilità di reciproca difesa sui punti rilevanti.

(53) V., capitolo successivo, §§ 5 e segg.

alle parti stesse le difese opportune anche rispetto a tale fatto.

Consideriamo ora, per quanto qui interessa, la disposizione dell'art. 115 cod. proc. civ.: sono state date, della norma, diverse interpretazioni, tra le quali alcune dirette a ravvisarvi l'enunciazione del principio dispositivo ⁽⁵⁴⁾, ed altre l'enunciazione di principi diversi, quali quelli del contraddittorio ⁽⁵⁵⁾ o del diritto alla prova ⁽⁵⁶⁾.

È peraltro diffusa l'opinione che, comunque, la norma sancisca anche il generale principio del divieto del giudice di ricorrere alla propria scienza privata per la conoscenza dei fatti della causa ⁽⁵⁷⁾. L'art. 115 recepirebbe sotto questo profilo l'antica regola secondo cui il giudice deve giudicare *secundum alligata et probata*, non *secundum conscientiam*. ⁽⁵⁸⁾. Il giudice non ha quindi il

⁽⁵⁴⁾ Cfr., LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, s.d. (1962), p. 3 ss. e MANDRIOLI *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 92. Nello stesso senso, tra gli altri, CAVALLONE, *Crisi delle « Maximen » e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 678 ss.

Nello stesso senso, ma con diverse accentuazioni cfr., anche per riferimenti, VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 220 ss., spec. p. 224.

Secondo la relazione al Codice (§ 13) la norma esprimerebbe anzi il principio dispositivo come diretta conseguenza della disponibilità del rapporto sostanziale (v., l'analisi critica di Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, vol. II, Milano, 1951, p. 736 ss., nonché CAVALLONE, *op. cit.*, p. 706).

⁽⁵⁵⁾ Cfr., in particolare, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 239 nonché SATTA *Diritto processuale civile*, cit., p. 187.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss. e TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, *passim*.

⁽⁵⁷⁾ V., tra gli altri, CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 707 e ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 240, il quale richiama anche la norma dell'art. 97 disp. att. cod. proc. civ., che ritiene dovrebbe essere collocato tra le disposizioni generali del codice, « si rilevante essendo la sua osservanza ed espressione di inciviltà, per contro, essendo la sua violazione »; v., dello stesso A., *Prova (diritto processuale civile)* in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1976, p. 278.

⁽⁵⁸⁾ Sulla formazione e l'evoluzione di questa regola nel diritto comune, cfr., NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, *passim*.

potere di porre a fondamento della decisione fatti che non risultino da prove acquisite in giudizio e che, per quanto qui rileva, sarebbero « nuovi » in quanto allegati dal giudice, appunto per la prima volta, in sede di decisione.

Il principio è derogato dal secondo comma dello stesso art. 115, ove si ammette che possano essere poste a fondamento della decisione, senza bisogno di prova, le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza. Secondo l'opinione comune, e malgrado qualche dubbio al riguardo ⁽⁵⁹⁾, con tale generica espressione, il legislatore ha inteso alludere a due fenomeni diversi; i fatti notori e le cosiddette massime d'esperienza. È dunque rispetto ad essi che va posto il problema del contraddittorio, in relazione al potere d'ufficio del giudice. Quanto ai fatti notori, non è tanto la loro definizione che può avere qui rilievo, definizione sufficientemente chiara in dottrina ⁽⁶⁰⁾, bensì le condizioni e le modalità secondo le quali il giudice, può per così dire, « inserirli » nella decisione.

Da un lato, il secondo comma dell'art. 115 non distingue tra fatti principali e fatti secondari, talché deve ritenersi che entrambi questi tipi di fatti possano essere assunti come notori anche se assai più probabile che notorio sia un fatto secondario, piuttosto che un fatto costitutivo della pretesa ⁽⁶¹⁾. Quanto alle modalità di introduzione del fatto notorio, si ritiene che se si tratti di un fatto principale valga la regola generale che riguarda i fatti giuridici, e quindi ne occorra l'allegazione, salvo che si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio; si ritiene invece che non occorra

⁽⁵⁹⁾ V., ad es., GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1307.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., per tutti, CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 19, P. 273; GRASSO, *op. cit.*, p. 1308 e DE STEFANO, *Fatto notorio (dir. priv.)* in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 1000 ss.

⁽⁶¹⁾ GRASSO, *op. cit.*, p. 1309 s. Sulla ben nota distinzione tra fatti principali e secondari, ai fini dell'allegazione e delle tecniche di accertamento dei fatti stessi, cfr., anche per riferimenti di dottrina, tra gli altri, VERDE, *Norme inderogabili*, cit., p. 226 ss.

l'allegazione di parte se il fatto notorio sia un fatto secondario ⁽⁶²⁾.

Nella maggior parte dei casi nei quali entra in gioco il fatto notorio quindi, questo può essere conosciuto dal giudice, senza apposita allegazione di parte. Si afferma anzi che il « può » di cui al 2° comma dell'art. 115 non deve intendersi come possibilità che il giudice non tenga conto del fatto notorio, ma come riferimento alla eventualità che egli non lo conosca; il giudice che conosca e possa conoscere tale fatto, è tenuto quindi a considerarlo in sede di decisione ⁽⁶³⁾.

Se il giudice fonda la decisione su un fatto notorio non allegato (il che ha luogo nel momento stesso in cui la decisione è pronunciata), viene a modificarsi la base di fatto della decisione rispetto a ciò che aveva costituito oggetto del contraddittorio delle parti e si elude quindi la relativa garanzia. Occorrerebbe allora prevedere, al fine di evitare la violazione della regola, che allorché il giudice intenda fondare la decisione su fatto notorio non allegato, lo indichi preliminarmente alle parti perché su di esso si svolgano le difese.

Al riguardo tuttavia il problema che si pone è diverso e riguarda la stessa possibilità di ammettere la difesa di parte rispetto al fatto notorio. Si è invero sostenuto che non possono ammettersi prove contrarie al notorio e addirittura che non rilevano le prove contrarie eventualmente acquisite in giudizio ⁽⁶⁴⁾. Orbene, se ciò fosse vero, sarebbe del tutto superfluo ipotizzare la previa possibilità per le parti di difesa rispetto al fatto notorio,

⁽⁶²⁾ V., tra gli altri, GRASSO, *op. cit.*, p. 1310 e DE STEFANO, *Fatto notorio*, cit., *loc. cit.*, (ivi anche per riferimenti).

Diversamente DENTI, *Ancora sulla nozione di fatto notorio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 3, p. 264, secondo il quale è sempre necessaria l'allegazione del fatto notorio.

⁽⁶³⁾ Cfr., GRASSO, *op. cit.*, p. 1312 s., nonché DE STEFANO, *Fatto notorio*, cit., p. 1011. V., anche i rilievi al riguardo di ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 243.

⁽⁶⁴⁾ GRASSO, *op. cit.*, p. 1311.

posto che non si potrebbe provare il contrario e quindi neppure contestare il fatto, o negarne la « notorietà », e bisognerebbe concludere quindi che la garanzia del contraddittorio trova un limite invalicabile nel potere del giudice di assumere un fatto come notorio.

Non sembra, tuttavia, che l'esclusione della prova contraria sia sostenibile.

Da un lato, va ricordato che l'art. 115, 2° comma esclude la *necessità* della prova del fatto notorio, ma non l'eventualità che su di esso prove vi siano, il che equivale ad ammettere che vi siano anche prove contrarie delle quali il giudice possa e debba tener conto.

Dall'altro lato, la notorietà del fatto è l'elemento che serve ad eliminare la necessità stessa della prova, garantendone la veridicità⁽⁶⁵⁾, ma non sembra che esso possa giustificare il potere assoluto e indiscutibile del giudice di conoscere del fatto notorio; invero, la notorietà del fatto può essere dubbia, quindi contestata, e ciò pone il problema stesso del contraddittorio e delle eventuali prove contrarie. In definitiva, la notorietà del fatto, è il risultato della valutazione giudiziale che può aver luogo dopo che le parti abbiano svolto al riguardo le proprie difese. Se si tiene conto di questa premessa, l'opinione secondo cui la stessa nozione di fatto notorio basterebbe ad elidere ogni esigenza e problema di contraddittorio non appare sostenibile, in quanto fondata su una indebita estensione degli effetti processuali riconducibili alla notorietà. Bisogna invece riconoscere che le parti possono contestare la notorietà del fatto, eventualmente deducendo prove al riguardo; del resto, la deduzione di una prova contraria al fatto, già implica la contestazione della sua notorietà.

Individuato questo spazio per la difesa delle parti in ordine al fatto « potenzialmente » notorio, si stabilisce anche la necessità

⁽⁶⁵⁾ V., SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 193 e DE STEFANO, *Fatto notorio*, cit., p. 1000.

che tale difesa sia consentita alle parti anteriormente al momento in cui il giudice pone il fatto notorio a fondamento della decisione.

Si sottolinea ancora — come già è stato più volte fatto — che è in discussione qui non già il potere del giudice di introdurre un elemento di novità nella decisione, rispetto a quanto risulta dalle allegazioni di parte, ma la modalità di esercizio di tale potere, che non deve comportare la violazione della garanzia della difesa.

12. Argomentazioni diverse devono essere svolte invece per le massime d'esperienza⁽⁶⁶⁾. Allorché il giudice impiega massime d'esperienza nel giudizio di fatto, per derivare la conoscenza di un fatto ignorato da un noto, formulando presunzioni semplici o come criterio per la valutazione discrezionale di prove, introduce nel contesto del giudizio di fatto un elemento che può essere « nuovo », in quanto non sia stato specificamente indicato dalle parti⁽⁶⁷⁾; è poi indubbia la rilevanza della massima d'esperienza rispetto alla decisione, poiché l'accertamento del fatto varia in funzione della massima medesima che il giudice impiega come criterio per formulare la presunzione o per valutare la prova.

Per altro verso, occorre anche sottolineare che l'impiego delle massime d'esperienza non significa di per sé un mutamento, ad opera del giudice, dei fatti sui quali la decisione si fonda, fatti che in ipotesi possono essere solo quelli allegati dalle parti. Infatti, le massime non sono fatti specifici e il loro impiego non implica la posizione di fatti nuovi rispetto a quelli che già appartengono al

(⁶⁶) Per la definizione del concetto e, in genere, sulla funzione che le massime d'esperienza svolgono nel giudizio di fatto, v., anche per ulteriori riferimenti, TARUFFO *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 89 ss.; NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette « massime d'esperienza »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 123 ss.

(⁶⁷) O comunque perché induce alla formulazione di un giudizio sui fatti che non coincide con quello « proposto » dalle parti.

materiale di causa ; si tratta quindi di criteri di valutazione di tali fatti, utilizzati al fine di derivarne conclusioni circa l'esistenza dei fatti principali.

Poste queste premesse, non sembra che l'individuazione da parte del giudice della massima d'esperienza idonea a fondare tali conclusioni — anche in assenza di indicazioni di parte — debba di per sé costituire oggetto di necessario contraddittorio preliminare. Si osservi tuttavia che il problema del contraddittorio non viene escluso in generale in tutte le situazioni in cui ricorra l'impiego di massime d'esperienza nel giudizio di fatto. Come si vedrà più ampiamente in seguito, l'impiego di presunzioni semplici, la cui formulazione è fondata su massime d'esperienza, rappresenta anzi una delle ipotesi in cui tipicamente si pone l'esigenza del previo contraddittorio di parte. L'esigenza investe però le ipotesi di giudizio di fatto fondate su presunzioni (e quindi sulle massime) e non l'individuazione, in sé considerata, dei criteri conoscitivi che consentono la formulazione delle ipotesi medesime. In definitiva, è il giudizio presuntivo nel suo insieme che va previamente sottoposto al contraddittorio, non già la pura e semplice individuazione della massima d'esperienza da cui tale giudizio deriva.

13. Nell'ambito del giudizio di fatto, il potere del giudice di introdurre elementi « nuovi » può esaminarsi, infine, sotto un diverso profilo, attinente, all'eventualità che la decisione sia fondata su fatti non allegati dalla parte.

Può trattarsi, anzitutto, di fatti che risultino comunque provati in giudizio o la cui esistenza risulti da atti del processo. Infatti, il generale divieto per il giudice, posto dall'art. 115, di ricorrere alla sua scienza privata, gli preclude non solo il ricorso alla conoscenza privata del fatto a fini probatori, ma anche del fatto come premessa per la sua introduzione in giudizio, eventualmente soltanto al fine di formulare nuovi « temi di prova »

(⁶⁸). Inoltre, non può trattarsi di fatti « principali », poiché in tal caso il vincolo alle allegazioni di parte è rigoroso, e l'introduzione di tali fatti, se non allegati, violerebbe il principio dispositivo e quello della domanda (⁶⁹).

L'indagine deve riguardare quindi i soli fatti secondari che, senza essere stati allegati o indicati dalle parti, emergano in giudizio da altra fonte, diversa peraltro dalla privata conoscenza del giudice, e siano rilevanti per l'accertamento indiretto dei fatti principali (⁷⁰).

In tali ipotesi, se il giudice può introdurre d'ufficio il fatto, non allegato, nel contesto di quelli sui quali si fonda la decisione, sorge il problema delle modalità d'esercizio del potere giudiziale, in relazione alla garanzia del contraddittorio.

La soluzione appare agevole se il giudice, individuato il fatto, lo introduce come « tema di prova » eventualmente disponendo su di esso — ove ne abbia la facoltà — prove d'ufficio. In tal caso, infatti, il provvedimento che dispone la prova indica alle parti che il giudice intende porre quel fatto a fondamento della decisione, e ciò pare sufficiente a consentire alle parti il contrad-

(⁶⁸) In tal senso v., CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., p. 695 ss.

(⁶⁹) V., tra gli altri, ampiamente, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, p. 333 ss.

(⁷⁰) In tal caso il problema non viene risolto dal divieto di ricorso alla scienza privata del giudice, perché il fatto non risulta da essa ma da altra fonte.

Cavallone, *op. loc. cit.*, non sembra affrontare il problema poiché pone una rigida alternativa tra fatti allegati e fatti derivanti dalla scienza privata del giudice, non considerando l'ipotesi in esame.

Le questioni non si risolvono tuttavia secondo il principio dell'allegazione, che vale sicuramente per i fatti principali, ma non opera con altrettante certezza per i fatti secondari.

Larga parte della dottrina è comunque orientata nel senso che, purché non sia violato il divieto di ricorso alla scienza privata, il giudice possa tener conto nella decisione di fatti secondari non allegati dalle parti. Cfr., tra gli altri, VERDE, *Norme inderogabili*, cit., p. 228 e 231 (con particolare riferimento all'utilità dell'interrogatorio *ad clarificandum*, come metodo per indurre le parti ad indicare il fatto); v., anche GRASSO, *op. cit.*, p. 1303.

dittorio⁽⁷¹⁾. Il problema viene risolto anche se il giudice pone il fatto ad oggetto di interrogatorio libero, per ottenere sul fatto medesimo chiarimenti dalle parti⁽⁷²⁾, poiché anche tale iniziativa rende manifesta alle parti l'intenzione del giudice di considerarlo in sede di decisione.

Una rilevante lesione della garanzia del contraddittorio emerge invece quando il giudice, ritenendo il fatto provato (ad esempio perché oggetto di dichiarazione testimoniale o perché risultante da un documento) si limita a tenerne conto nella decisione, senza che di questa eventualità le parti possano avere conoscenza nel corso del giudizio. Che, in questo caso, il fatto sia rilevante ai fini della decisione, in quanto fonda l'accertamento di un fatto principale, è implicito nella circostanza che il giudice ne tenga conto, proprio a tal fine. Le modalità con le quali ciò avviene sono tuttavia tali da escludere la possibilità che le parti deducano prove contrarie, talché ne risulta violata la garanzia della difesa sotto il profilo del diritto alla prova⁽⁷³⁾.

(71) Diversamente CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 695 ss. il quale peraltro muove dall'ipotesi che si tratti di fatti individuati dal giudice sulla base della propria scienza privata.

(72) VERDE, *op. loc. cit.*

(73) Sul diritto alla prova contraria come aspetto essenziale del diritto alla prova cfr., TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit. p. 12 ss. (dell'estr.).

CAPITOLO TERZO

L'oggetto del previo contraddittorio rispetto alle allegazioni e indicazioni di parte.

SOMMARIO: 1. Allegazioni di parte e garanzia di difesa. — 2. Contraddittorio e allegazione di fatti secondari. — 3. Contraddittorio e allegazioni di fatti costitutivi con qualificazioni giuridiche concorrenti. Domande alternative per l'oggetto e per il titolo. — 4. Contraddittorio e domande subordinate. — 5. Esigenza del contraddittorio, valutazione della prova e libero convincimento del giudice. — 6. *Segue.* Prove precostituite. — 7. *Segue.* Argomenti di prova e presunzioni semplici. — 8. *Segue.* Prove atipiche.

1. Nei paragrafi che precedono si è individuato il sorgere del problema del contraddittorio in tutti i casi nei quali l'esercizio di poteri decisorî del giudice comporta l'introduzione, nel contesto degli elementi di fatto e di diritto che fondano la decisione, di indicazioni delle parti. Proprio il carattere di novità pone la questione della garanzia della difesa delle parti in quanto queste, non conoscendo o non potendo conoscere *ex ante* tali elementi, si trovano in effetti ad essere prive della facoltà di svolgere difese al riguardo, in un momento anteriore della decisione. Va osservato tuttavia che il problema del contraddittorio *non si prospetta soltanto in queste ipotesi*: infatti, anche se un elemento rilevante per la decisione viene introdotto nel giudizio ad opera o per iniziativa di una parte, con ciò stesso non si garantisce che l'altra

parte sia posta effettivamente in condizioni di potersi difendere⁽¹⁾.

Le condizioni minime perché il contraddittorio possa essere attuato si verificano quando la parte conosca o possa prevedere il possibile oggetto di difesa e quindi che un certo elemento sarà posto a fondamento della decisione. Tali condizioni non sussistono dunque se la parte possa sapere soltanto che un elemento di fatto, o di diritto, potrebbe in via di mera ipotesi essere considerato rilevante per la pronuncia giudiziale. In tal caso si deve escludere la possibilità di un effettivo contraddittorio, poiché si esige dalla parte un eccesso di attività difensive; essa, infatti, non sapendo *ex ante* quali saranno gli elementi effettivamente rilevanti per la decisione, dovrebbe difendersi su tutti quelli ipoteticamente tali da poter influenzare la decisione medesima. Si tratta di onere evidentemente impossibile da soddisfare, oltre che largamente superfluo, onere che pone la parte in una situazione sostanzialmente non dissimile da quella che si verifica allorché essa non abbia alcuna possibilità di conoscere in anticipo i fattori che incideranno sulla decisione. Anche in questo caso, infatti, la parte non conosce abbastanza al riguardo per poter organizzare una difesa utile rispetto alla decisione prevedibile. Si tratta allora di chiarire in quali ipotesi si verifichi o meno tale situazione, al fine di analizzare il rapporto tra poteri decisorii e garanzia del contraddittorio.

2. Consideriamo anzitutto l'ipotesi in cui vi sia stata l'allegazione in senso proprio, ossia l'indicazione di fatti costitutivi della domanda o della eccezione. In base agli artt. 99 e 112 cod. proc.

(1) In realtà, l'introduzione di tale elemento per iniziativa di una parte assicura all'altra la possibilità di conoscere che l'elemento medesimo « potrebbe » essere utilizzato al giudice ai fini della decisione ma non indica che esso « sarà » effettivamente posto a base della stessa.

Come potrà rilevarsi nel corso dell'indagine, il verificarsi di questa seconda ipotesi dipende da diversi fattori tra i quali essenzialmente le modalità e gli effetti giuridici dell'allegazione, nonché la modalità di esercizio del potere giudiziale.

civ., tale allegazione ha efficacia vincolante per il giudice, in quanto definisce e limita necessariamente l'oggetto della decisione.

Per questa ragione l'allegazione di fatti costitutivi può considerarsi di per se stessa sufficiente a costituire fondamento e oggetto di contraddittorio, poiché la controparte sa che su tali fatti, proprio in quanto allegati, il giudice dovrà comunque pronunciarsi.

Più complessa è l'ipotesi di allegazione di fatti secondari⁽²⁾. Per un verso, non si tratta di allegazione in senso tecnico, che può risultare da qualunque indicazione contenuta in atti di parte. Per altro verso, essa non ha gli effetti vincolanti che si attribuiscono all'allegazione dei fatti principali; infatti, l'indicazione di fatti secondari, non impedisce certamente al giudice di tener conto anche di altri fatti secondari non allegati dalle parti, che comunque emergano nel giudizio e neppure è vincolato a fondare la decisione sui soli fatti secondari allegati. Il principio del libero convincimento del giudice viene comunemente interpretato nel senso che, in sede di decisione, egli è libero di scegliere gli elementi probatori che ritiene rilevanti a fondamento della pronuncia. Poiché i fatti secondari hanno esclusivamente la funzione di costituire possibili elementi di prova indiretta rispetto ai fatti principali, ne deriva appunto che il giudice non è tenuto a fondare la propria decisione sui fatti secondari indicati dalle parti.

Discende altresì da queste premesse che l'indicazione di un fatto secondario, proveniente dalla parte, non è di per se stessa idonea ad individuare un elemento necessario della decisione ed è pertanto assai dubbio che essa possa considerarsi come condizione sufficiente per porre in essere un effettivo contraddittorio. Al

(2) Sulla quale v., tra gli altri, TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 350 ss., nonché VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., p. 226 ss.

riguardo, sembra tuttavia opportuno distinguere almeno due diverse ipotesi.

a) La semplice indicazione di un fatto secondario (in quanto inidonea ad individuare un elemento necessario della futura decisione) non pone la controparte in condizione di valutare l'opportunità e lo scopo di difendersi, riguardo al fatto stesso. La valutazione che il giudice dovrà dare del fatto secondario rimane d'altronde imprevedibile, talchè la controparte resta nel dubbio se svolgere difese che potrebbero essere inutili e superflue o non piuttosto difendersi rispetto ad un fatto che in seguito il giudice potrà considerare rilevante ai fini della decisione.

b) È invece diversa l'ipotesi in cui l'indicazione di un fatto secondario avvenga in sede di deduzione di prove che riguardano quel fatto stesso, ovvero come fondamento di specifiche difese proposte dalla parte.

Neppure in questo caso l'indicazione ha efficacia determinante rispetto all'oggetto della decisione, poiché il giudice non è in alcun modo vincolato a prendere in considerazione il fatto; tuttavia, trattandosi di indicazione di parte diretta ad uno specifico fine probatorio o difensivo, si realizza quanto meno il risultato di far conoscere alla controparte la rilevanza che il deducente attribuisce al fatto in questione.

In sostanza, al di là dell'eventualità che il giudice non ne tenga conto in sede decisoria, la controparte conosce l'oggetto delle possibili difese e si realizza pertanto la condizione minima perché le possa svolgere instaurando il contraddittorio.

Si può quindi concludere che non la semplice indicazione di un fatto secondario, ma la sua allegazione connessa con deduzioni probatorie o con specifiche argomentazioni difensive, è idonea ad assicurare alla controparte la possibilità del contraddittorio⁽³⁾.

(3) Conclusioni sostanzialmente analoghe dovrebbero valere per le indicazioni in diritto: come già si è osservato, esse non sono vincolanti per il giudice, che è libero di determinare l'esatta qualificazione giuridica della domanda.

Peraltro, è possibile distinguere tra mere indicazioni (ad es., il semplice richiamo a

3. Si è osservato, nel capitolo precedente, come il giudice non sia vincolato alla prospettazione *sub specie iuris* di fatti ad opera delle parti. Egli può decidere secondo norme diverse da quelle invocate dalle parti stesse, attribuendo alla fattispecie controversa una diversa qualificazione giuridica.

Le ipotesi ora da esaminare, si verificano, invece, allorché il giudice non introduca nessun elemento di « novità », a fondamento della decisione, ma pronunci sulla base delle indicazioni di diritto e delle allegazioni di parte; può sorgere comunque anche in questo caso un problema di attuazione del contraddittorio.

Una prima situazione si prospetta quando la parte, allegando determinati fatti costitutivi, ne indichi differenti qualificazioni giuridiche. Se una soltanto di queste qualificazioni è corretta, in relazione al fatto costitutivo dedotto in causa, spetta al giudice stabilirlo in sede di decisione⁽⁴⁾; anteriormente all'emanazione della pronuncia, la controparte si trova di fronte a diverse possibili qualificazioni degli stessi fatti. Nulla le impedisce di difendersi rispetto a tutte le tesi prospettate dell'avversario, ma si tratterebbe di attività, almeno in parte, superflue, con lo svolgimento di difese che potrebbero essere concentrate proprio sulla qualificazione che si rivela poi errata o irrilevante, mentre, d'altro canto, potrebbero risultare invece del tutto insufficienti rispetto alla qualificazione sulla quale il giudice fonderà la decisione.

In sostanza, in questo caso, il contraddittorio è formalmente assicurato, ma non sul piano sostanziale, poiché l'ambiguità e la

norma di legge) e vere e proprie argomentazioni difensive. Nella prima ipotesi non si verificano le condizioni minime per attuare il contraddittorio, mentre nel secondo caso è possibile prospettare le esigenze di realizzazione della garanzia del contraddittorio stesso: si tratta quindi di individuare i casi in cui l'attività di parte non è di per sé stessa idonea ad assicurare alla controparte la possibilità di difesa.

(⁴) L'ipotesi ha riguardo al concorso di norme sulla stessa fattispecie, su cui v., TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 253 ss., nonché LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1980, p. 179 s. e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 228 ss.

incertezza relativa alla questione di diritto non garantiscono che esso possa svolgersi adeguatamente, rispetto a tutte le qualificazioni giuridiche dei fatti e quindi anche rispetto a quella valutazione che costituirà in concreto fondamento di decisione.

a) Consideriamo ora le fattispecie delle domande alternative e in primo luogo quelle relativamente all'oggetto, nelle quali, dalla stessa fattispecie, la parte fa derivare diversi *petita* ⁽⁵⁾; si è giustamente rilevato che si introduce in tal modo nel processo un'inammissibile incertezza quanto alla determinazione dell'oggetto della domanda, talchè si ammette che il fenomeno possa aver luogo solo quando la scelta tra i diversi *petita* dipenda univocamente dalla soluzione di una questione pregiudiziale, in modo tale che, decisa la questione, ne risulti determinato uno solo tra i vari *petita* richiesti ⁽⁶⁾. Al riguardo, si può tuttavia osservare che la soluzione proposta è utile al fine di eliminare l'incertezza della domanda quanto all'oggetto della decisione, per stabilire quindi quale sia l'effettiva domanda che deve essere decisa ⁽⁷⁾, ma non appare forse di per sé idonea ad attuare la garanzia reale del contraddittorio. È ben vero che nel caso in esame la soluzione della questione pregiudiziale elimina l'alternativa tra i diversi *petita*, ma la elimina *per il giudice*, non per la controparte, se la decisione della questione pregiudiziale e la decisione sulla domanda avvengono contestualmente in sede di decisione finale: in tal caso, infatti, la controparte non sa quale sia la « vera » (o

(5) TARZIA *op. ult. cit.*, p. 255 ss. esclude che il cumulo alternativo di domande esista nel caso del cosiddetto concorso alternativo di azioni (ossia quando da una stessa fattispecie derivino più azioni miranti a diversi risultanti, ma tali per cui l'una esclude l'altra), in quanto esistono meccanismi tali per cui il concorso viene meno prima della decisione: l'attore deve infatti scegliere quale azione far valere ad esclusione delle altre (cfr., ad es., la fattispecie regolata dall'art. 1492, 2° comma, cod. civ.). Il rilievo vale anche per quanto qui interessa, poiché tale scelta risolve l'incertezza circa la particolare azione che viene esercitata, anche al fine di porre il convenuto in condizioni di potersi difendere rispetto alla domanda.

(6) TARZIA, *op. cit.*, p. 269 ss.

(7) CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 191 ss., con particolare riferimento al concorso di titoli nelle azioni di responsabilità.

« reale ») domanda sulla quale avrà luogo la pronuncia. Ne consegue che il contraddittorio preventivo è in effetti garantito soltanto quando la questione pregiudiziale venga risolta con una sentenza parziale, poiché soltanto dopo la emanazione di tale pronuncia l'altra parte può sapere rispetto a quale domanda dovrà difendersi.

In generale, appare comunque evidente che nel caso in esame la garanzia del contraddittorio non viene assicurata se l'incertezza, insita nella proposizione di domande alternative per l'oggetto, non è risolta dal giudice *prima della decisione*. D'altro canto, se si ipotizzasse un meccanismo processuale in tal senso, si attenuerebbero le ragioni che ostano ad una più ampia ammissibilità di tali domande, in ragione appunto delle ambiguità cui si è accennato e che esse comportano quanto all'individuazione dell'oggetto specifico della decisione⁽⁸⁾.

b) Per quanto riguarda poi le domande alternative con riferimento al « titolo » — aventi quindi lo stesso *petitum* — ma fondate su diverse *causae petendi*⁽⁹⁾, si ritiene che non vi sia problema di incertezza se sono identici i fatti materiali, variando soltanto la loro qualificazione giuridica. L'incertezza permarrebbe, e non è risolta dalla unicità del *petitum* se le diverse *causae petendi* si riferiscono a fatti materiali diversi⁽¹⁰⁾, poiché in questo caso resta incerto proprio l'oggetto della decisione (e ancor prima della istruzione).

Tuttavia, se si guarda a questo fenomeno dal punto di vista della garanzia del contraddittorio, ne derivano considerazioni in

⁽⁸⁾ Per un'ampia analisi di tali ragioni, v., TARZIA, *op. loc. cit.*

⁽⁹⁾ V., TARZIA, *op. cit.*, p. 287, nonché per l'esposizione dei problemi relativi all'individuazione, nelle domande « eterodeterminate » del fatto costitutivo, CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 172 ss. 191 ss.

⁽¹⁰⁾ V., TARZIA, *op. cit.*, p. 288 s., il quale peraltro ammette il fenomeno qualora l'esistenza di un fatto costitutivo escluda necessariamente quella di altri fatti (costitutivi), ovvero si tratti in realtà di ipotesi di pretese concorrenti, tali da escludersi automaticamente.

parte diverse. Tale garanzia appare sicuramente violata nell'ipotesi in cui le varie *causae petendi* siano riferite a fatti materiali diversi, poiché anche per la controparte, oltre che per il giudice l'oggetto della decisione resta incerto fino al momento della decisione stessa. Soltanto allora, infatti, il giudice stabilirà quale, tra le *causae petendi* indicate dall'attore, deve intendersi posta a fondamento e titolo per il provvedimento richiesto.

La garanzia è violata anche quando le diverse *causae petendi* si riferiscono agli stessi fatti materiali: si tratta del fenomeno delle qualificazioni giuridiche concorrenti — tra le quali il giudice dovrà scegliere all'atto della decisione — che si è più sopra esaminato, rilevando che esso implica l'impossibilità, per la controparte, di difendersi preventivamente sull'ipotesi reale di decisione.

I rilievi che precedono non sono diretti a dimostrare come il fenomeno delle domande alternative sia da considerarsi *tout court* inammissibile, in quanto si viola la garanzia della difesa.

A parte ogni rilievo circa la loro diffusione nella prassi, e malgrado la giustificazione teorica del fenomeno stesso non sia sempre limpida e convincente ⁽¹¹⁾, la soluzione del problema non consiste nel negare il relativo potere delle parti, ma nel far sì che esso venga esercitato nel rispetto della regola del contraddittorio. In realtà, ciò significa spostare il centro del problema sull'organo giudiziale, in quanto ad esso soltanto spetta di sciogliere le incertezze insite nella proposizione delle domande alternative. Occorre quindi che il giudice eserciti il suo potere di scelta *prima della decisione*, ponendo le parti in condizione di potersi difendere sulla specifica domanda che della pronuncia costituirà l'oggetto reale.

⁽¹¹⁾ Cfr., sul problema in generale, ancora diffusamente, TARZIA, *op. cit.*, *passim*, e spec. p. 269 ss.

4. Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento ai casi in cui vengono proposte in giudizio più domande, o eccezioni, subordinate. Come è noto l'ordine della subordinazione, opera nel senso che la domanda successiva sia presa in considerazione soltanto se viene respinta la precedente ⁽¹²⁾, e si tratta pertanto di criteri certamente chiari anche per la controparte. Trattandosi, inoltre, di più domande o eccezioni, proposte secondo una determinata successione logica, non vi è dubbio che la controparte sia posta in condizioni di potere articolare le proprie difese al riguardo.

Anche a questo proposito, va tuttavia osservato che sembra trattarsi più di garanzie formali che reali. È vero, da un lato, che la controparte potrebbe difendersi rispetto a tutte le domande proposte in ordine di subordinazione, ma è anche vero che ciò comporterebbe oneri difensivi largamente superflui, nonché ovvi rischi di errore nell'individuazione della domanda che il giudice consideri fondata, o parzialmente infondata, e sulla quale quindi intende incentrare la decisione. D'altronde, il criterio della subordinazione è tale per cui si può sapere che il giudice affronterà la domanda successiva soltanto dopo che abbia espressamente rigettato la precedente: ciò che — salvo il caso di sentenze parziali — si scopre esclusivamente al momento in cui viene pronunciata la decisione.

(12) Si è posto in dottrina il problema se il giudice sia sempre tenuto a seguire l'ordine della subordinazione con la quale l'attore ha proposto le domande. Al riguardo prevale la soluzione positiva (cfr., tra gli altri, TARZIA, *op. ult. cit.*, p. 282 s.), anche se la portata del vincolo può venire intesa in senso più limitato ossia solo nel caso di vera e propria pregiudizialità fra domande (cfr., ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 170 s.) o qualora l'ordine delle domande non corrisponda all'interesse di parte (v., CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, rist., 3^o ediz., Napoli, 1965, p. 1131).

Per quanto qui interessa, occorre solo osservare che se si ammette il potere del giudice di discostarsi dall'ordine con la quale la parte ha proposto le domande subordinate, si profila un ulteriore problema relativo al contraddittorio; la controparte, infatti, non sarebbe posta in condizione di individuare *ex ante* l'oggetto di domanda e di decisione, e quindi non potrebbe difendersi rispetto ad esso.

La proposizione espressa delle domande subordinate e la chiarezza dell'ordine di subordinazione che le collega, non sembrano pertanto costituire di per sé elementi sufficienti a porre la controparte nelle reali condizioni di difendersi adeguatamente, e ciò perché essa non conosce *ex ante* quale sia, nell'ordine di subordinazione, la domanda che il giudice potrebbe più probabilmente ritenere fondata e costituire quindi il reale *thema decidendum* della controversia.

Come si rileva agevolmente, le diverse situazioni ora richiamate presentano due comuni caratteri fondamentali: il primo è costituito dal fatto che su tutte le qualificazioni o domande proposte da una parte, l'altra ha la teorica possibilità di difendersi; il secondo è rappresentato dalla circostanza che il modo in cui sono proposte le domande (o le eccezioni) fa sì che spetti al giudice, in sede di decisione, la scelta di ciò che costituisce reale oggetto di pronuncia.

È peraltro evidente come proprio questo secondo elemento sia quello che rende difficoltosa l'applicazione concreta del primo: ai fini di una difesa efficace e non inutile, non è sufficiente infatti conoscere l'intero « raggio » delle alternative fra le quali il giudice determinerà la domanda specifica su cui pronunciarsi. È invece necessario che la parte conosca *ex ante* quale sia questa specifica domanda (quale *nomen iuris* tra i diversi proposti, quale effetto giuridico tra i diversi richiesti, quale domanda tra le diverse subordinate), poiché è su di essa che deve essenzialmente difendersi.

La proposizione di più alternative di decisione non serve dunque ad assicurare effettivamente un reale contraddittorio, neppure nelle ipotesi in cui il giudice scelga tra quelle dedotte dalle parti, ed è anzi proprio l'elemento che ostacola l'efficace svolgimento della difesa.

Il nucleo del problema, come già si è osservato, non è tuttavia costituito dal potere delle parti di dedurre in giudizio diverse qualificazioni giuridiche dello stesso fatto o proporre domande

alternative o subordinate ⁽¹³⁾, bensì dalla circostanza che il giudice compie la propria scelta solo al momento della decisione. Gli inconvenienti segnalati, e che in concreto si traducono in una violazione o quanto meno una forte attenuazione della garanzia di difesa, sono del resto non difficilmente eliminabili, a condizione che il giudice fondi la propria decisione su allegazioni o domande, tra le diverse proposte da una parte, soltanto quando la controparte su di esse sia stata in grado di difendersi adeguatamente o, in caso contrario, provochi d'ufficio, sul punto, il previo contraddittorio.

5. Problemi relativi all'attuazione del contraddittorio, rispetto ad elementi che pure siano stati introdotti nel giudizio per iniziativa delle parti, esistono anche nell'ambito del giudizio di fatto. Qualora si debbano accertare fatti principali o secondari allegati dalle parti e l'accertamento si fondi su prove da queste dedotte o prodotte, è possibile che il modo in cui il giudice formula il giudizio di fatto implichi ugualmente lesioni della garanzia della difesa.

La questione sorge, evidentemente, allorché il giudice disponga di poteri discrezionali nell'accertamento di fatto. Invero, nel caso in cui tali poteri non sussistono perché il giudice è vincolato da norme di prova legale, il problema non si pone: da un lato infatti, l'assunzione di una prova legale ne determina automaticamente l'esito, che le parti possono univocabilmente prevedere

(13) Si può osservare, del resto, che non si tratta di un potere generale e senza limiti, come risulta chiaramente dagli studi degli autori citati alle note che precedono. Con particolare riferimento a TARZIA, *op. loc. cit.*, si tende infatti ad escludere tale potere quando il suo esercizio introduca in giudizio un'incertezza oggettiva circa la domanda, ammettendolo invece allorché l'incertezza possa eliminarsi ai fini dell'individuazione univoca dell'oggetto della decisione.

L'indagine del Cerino Canova conduce invece a risultati diversi, con riferimento ai singoli tipi di azioni esercitate in giudizio e quindi alla diversa attribuzione di rilevanza dei fatti costitutivi nell'individuazione della domanda.

ex ante; dall'altro lato, in presenza di una prova legale il giudice non può discrezionalmente decidere di non tenerne conto, perché violerebbe le norme che definiscono in modo vincolante l'efficacia della prova ⁽¹⁴⁾; ancora, nel caso di contrasto tra prove legali e liberamente valutabili, il conflitto è risolto automaticamente a favore delle prime (ed anche questo costituisce oggetto di possibile previsione delle parti).

In sostanza, si può ritenere che il problema in esame sorga allorché l'accertamento del fatto rientri nel libero convincimento del giudice, poiché in esso viene meno la prevedibilità dell'esito dell'accertamento, che resta invece assicurata quando debbano essere applicate norme di prova legale. Peraltro, non si può affermare che sempre il principio del libero convincimento, in quanto implica valutazioni discrezionali del giudice, crei questioni di rilievo per quanto riguarda la garanzia del contraddittorio.

a) Il principio anzi non fa sorgere problemi in questo senso, allorché viene applicato nel suo significato proprio, ossia quanto il giudice valuta discrezionalmente l'efficacia della prova con suo « prudente apprezzamento ». In questo caso egli esercita un potere discrezionale le cui modalità di esercizio non coinvolgono la garanzia della difesa. La valutazione della prova potrà essere razionale o meno, attendibile o non, ma i problemi, che pure sussistono a questo riguardo ⁽¹⁵⁾, non concernono la garanzia della difesa. È pur vero, d'altronde, che tale garanzia investe anche la posizione delle parti rispetto alle prove, e si è configurato, infatti, un vero e proprio « diritto alla prova », sulla base dell'art. 24 della Cost. ⁽¹⁶⁾: esso implica la facoltà per le parti di dedurre prove dirette e contrarie senza subire limitazioni ingiu-

⁽¹⁴⁾ V., per un accenno, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., alla nota n. 76.

⁽¹⁵⁾ V., in generale, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 159 ss. e dello stesso A., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., loc. cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr., da ultimo, ed anche per riferimenti, TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 3 ss. (estr.).

stificate. Si è anche configurato un diritto delle parti alla valutazione della prova nel senso che il giudice non possa trascurare le prove dedotte dalle parti ⁽¹⁷⁾, ma anche in questo caso il problema non riguarda le modalità con cui avviene tale valutazione e quindi la garanzia della difesa.

Più in generale, rispetto all'accertamento dei fatti, la garanzia della difesa implica che le parti possa influire *ex ante* sul convincimento giudiziale, svolgendo le opportune difese e deduzioni probatorie. Esse, pertanto, devono potersi difendere in sede di deduzione, ammissione e assunzione delle prove ⁽¹⁸⁾, e occorre far luogo sulle prove stesse ad un contraddittorio pieno antecedentemente alla decisione. La garanzia della difesa implica, quindi, che alle parti sia effettivamente assicurato il diritto alla prova nella accezione più ampia di cui si è fatto cenno, ma non implica che le parti stesse debbano potersi difendere, *ex ante* rispetto a ciò che costituirà la libera valutazione del giudice. Più precisamente, esse devono essere in grado di svolgere tutte le difese, anteriormente alla decisione, difese dirette ad influenzare tale valutazione, ma non sembra necessario (e sarebbe con molta probabilità impossibile oggettivamente) che il giudice enunci tale valutazione prima della decisione che assumerà ⁽¹⁹⁾.

(17) Perché il convincimento sui fatti sia razionale e coerente al principio del contraddittorio, occorre che tale valutazione sia compiuta su tutte le prove dedotte dalle parti. V., in tal senso, TARUFFO, *op. ult. cit.*, il quale rileva altresì come il problema non si esaurisca nell'individuazione del necessario oggetto della valutazione del giudice, ma investa anche i requisiti della motivazione sul giudizio di fatto. Affermare che le parti hanno il diritto a che il giudice valuti le prove da esse proposte « significa dire che le parti hanno il diritto di ottenere una motivazione che esprima e giustifichi tale valutazione ».

Cfr., sul diritto alla valutazione della prova, inteso in questo senso, anche RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, cit., p. 380 ss.

Contra, v., CAVALLONE, *Crisi della « Maximen » e disciplina dell'istruzione probatoria*, cit., p. 678 ss.

(18) Cfr., TARUFFO, *op. ult. cit.*, *passim*.

(19) Ciò non esclude che il giudice non debba ledere il diritto delle parti alla prova, nel corso del giudizio, sulla base di una valutazione delle prove formulata nello

b) Il principio del libero convincimento del giudice fa sorgere invece problemi rilevanti, circa la garanzia del contraddittorio, in quanto si ritenga — come afferma costante giurisprudenza⁽²⁰⁾ — che esso comporti anche la piena libertà del giudice di scegliere gli elementi probatori sui quali fondare, in fatto, la decisione. Se il giudice ha la facoltà di non prendere in considerazione prove dedotte dalle parti, viene ad essere leso proprio il diritto alla prova; in realtà, il giudice è libero — nella sua valutazione discrezionale — di ritenere che una prova di parte non sia attendibile o sia meno attendibile di altre, ma non è libero di non tenerne conto se si tratta di prova che abbia comunque qualche efficacia⁽²¹⁾.

Il problema che interessa in questa sede, non riguarda, peraltro, le prove che il giudice trascura, ma quelle che egli sceglie di utilizzare a fondamento della decisione sul fatto.

Può trattarsi anzitutto di prove costituenti, dedotte dalle parti o disposte d'ufficio, ed assunte secondo i normali procedimenti: in questo caso le parti ben sanno che la prova è stata (o deve essere) assunta, che ha ad oggetto determinati fatti rilevanti, e che potrà essere utilizzata dal giudice per decidere sui fatti stessi. Eventuali problemi di contraddittorio non possono

svolgimento dell'istruttoria. Il problema può sorgere a proposito dell'art. 209 cod. proc. civ., in quanto si ammetta che il giudice possa non dar corso a nuovi incumbenti istruttori sulla base del proprio convincimento, escludendo l'assunzione di prove di parte con esso contrastanti. V., anche per riferimenti di dottrina e giurisprudenza, in senso critico, COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova, 1980, p. 202 ss. il quale parla di « compressione certamente irrazionale del principio dispositivo e del diritto di difesa delle parti ».

(20) Il giudice, secondo questo indirizzo, sarebbe libero quindi non soltanto di valutare l'efficacia della prova, ma anche di individuarla discrezionalmente, entro il materiale documentale acquisito al giudizio. V., anche per riferimenti, TARUFFO, *op. ult. cit.*, e tra le numerose sentenze della Cassazione, ad es., Cass. 21 maggio 1981, n. 3340, in *Giur. it., Rep.*, 1981, v. *Prova in genere*, n. 65 e Cass. 15 febbraio 1982, n. 950, in *Foro it., Rep.* 1982, v. *prova civile*, n. 56.

(21) TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 12 ss., 19 ss., 24 ss.

quindi sorgere rispetto all'eventualità che il giudice si serva del risultato di questi mezzi di prova nella decisione.

Dubbi sorgono invece per quanto concerne le prove precostituite. Esse vengono introdotte nel processo tramite « produzione », senza dunque una formale deduzione di parte e senza che vi siano provvedimenti di ammissione. A seguito della produzione del documento, la controparte, che ne viene naturalmente a conoscenza, è quindi posta in condizione di difendersi al riguardo, anche mediante la produzione o la deduzione di prove contrarie. In entrambi questi casi, tuttavia, si può ritenere che la conoscenza che la controparte abbia della prova — e la conseguente possibilità di difesa — possa non essere sufficiente ad assicurare integralmente l'attuazione della garanzia del contraddittorio, nel significato almeno che si è inteso attribuirle in questa sede. Per un verso, infatti opera rispetto a tutte le prove il principio cosiddetto dell'acquisizione processuale, secondo il quale la prova si intende acquisita al processo indipendentemente dalla sua provenienza, talché il giudice è libero di trarne qualunque conseguenza, anche sfavorevole alla parte che l'ha dedotta⁽²²⁾. Per altro aspetto, va applicato il principio del libero convincimento, inteso come regola per cui il giudice ha la facoltà di scelta, entro il materiale probatorio acquisito, degli elementi di prova che ritiene rilevanti al fine di fondare l'accertamento dei fatti.

Orbene, il giudice non è tenuto a valutare la prova nel senso prospettato dalla parte che l'ha dedotta, ma neppure ha l'obbligo di tener conto soltanto degli elementi probatori che le parti abbiano indicato come rilevanti. Nulla vieta infatti al giudice di servirsi di elementi di prova che le parti abbiano espressamente indicato a fondamento delle loro tesi difensive. Al contrario, egli può utilizzare a fini probatori qualunque circostanza appaia rile-

(22) MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 128.

vante, indipendentemente dal fatto che essa sia stata espressamente allegata come tale ⁽²³⁾.

Che questo potere del giudice sussista sembra indubbio, poichè non è vigente nel nostro ordinamento alcun principio per cui il giudice possa tener conto solo di quelle circostanze che le parti abbiano indicato come possibili fonti di prova ⁽²⁴⁾. Sembra peraltro altrettanto chiaro che l'esercizio di tale potere può ledere la garanzia del contraddittorio, poichè, come si è esattamente osservato, le parti vengono private « non solo della possibilità di dedurre prove contrarie, ma di qualunque possibilità di conoscere e di discutere preventivamente la ricostruzione dei fatti sulla quale il giudice tende a fondare la decisione » ⁽²⁵⁾.

Invero, se il giudice ritiene rilevanti per la decisione circostanze che pure risultino da prove acquisite per iniziativa di parte, ma che le parti stesse non abbiano indicato come elementi di prova, finisce col fondare la decisione su « prove » rispetto alle quali le parti non hanno potuto difendersi, poichè non potevano prevedere che il giudice se ne sarebbe servito utilizzandole in

⁽²³⁾ A quanto consta (cfr. sul punto, anche TARUFFO, *op. ult. cit.*, alla nota n. 63) la Corte di Cassazione in una sola decisione ha ritenuto che il giudice non possa utilizzare a fini probatori circostanze emergenti da un documento acquisito al giudizio, se la parte, che lo ha prodotto, non ne abbia fatto oggetto di apposita deduzione difensiva: v., Cass. 24 agosto 1981, n. 4993, in *Foro it.*, *Rep.*, 1981, v. *Prova civile*, n. 22.

⁽²⁴⁾ Nel nostro ordinamento non esiste, oltre all'onere di allegazione, alcun altro onere di « affermazione » dei fatti, tanto meno riferiti a fatti secondari o a « motivi ». In tal senso, cfr., per tutti, ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 174 e *Diritto processuale civile*, cit., p. 238.

Manca, quindi, la possibilità stessa di ipotizzare un vincolo per il giudice a tener conto soltanto dei fatti che le parti abbiano indicato espressamente come fonti di prova.

⁽²⁵⁾ TARUFFO, *op. loc. cit.*, il quale osserva che il solo rimedio possibile consisterebbe nel configurare come « obbligatorio il contraddittorio preventivo delle parti sull'ipotesi di giudizio di fatto che il giudice ritiene più verosimile ».

sede di decisione: viene a mancare, quindi, il contraddittorio nella formazione del convincimento del giudice⁽²⁶⁾.

6. I problemi che si sono appena delineati, si ripresentano con particolare evidenza allorché la decisione sia fondata, in fatto, su argomenti di prova, presunzioni semplici o prove atipiche⁽²⁷⁾. Per quanto riguarda gli argomenti di prova, è ben vero che il 2° comma dell'art. 116 si richiama a circostanze che si verificano nel corso del processo, ma ciò può non essere determinante ai fini del contraddittorio, anche se si tratta di circostanze note non solo al giudice ma anche alle parti. Infatti, è soltanto in sede di decisione che il giudice stabilisce se le risposte all'interrogatorio libero, o il rifiuto di consentire ispezione, o comunque un certo comportamento processuale delle parti, costituisca o meno elemento rilevante ai fini probatori. D'altronde, il giudice non è tenuto a considerare comportamenti « tipici » poiché, secondo l'art. 116, « può » desumere argomenti di prova, con una scelta discrezionale compiuta in sede di decisione. Quanto al contegno processuale delle parti, si tratta di una categoria indeterminata, entro la quale qualsiasi tipo di comportamento può assumere rilievo probatorio⁽²⁸⁾. In definitiva, tutto ciò sembra escludere *a priori* che le parti possano in qualche modo prevedere la valutazione del giudice e difendersi anticipatamente. Non si può infatti ritenere che le parti abbiano l'onere, oggettivamente impossibile da adempiere, di di-

(26) Altro problema, naturalmente, riguarda il rimedio che possa esistere *de iure condito*, ma su ciò, *infra*, nel prossimo capitolo.

(27) V., oltre allo scritto più volte citato di TARUFFO, *passim*, specialmente, MONTESANO, *Le « prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 233 ss.

(28) I casi che ricorrono più di frequente (come la mancata contestazione di circostanze addotte da controparte o la prospettazione di tesi difensive contraddittorie) possono assumere solo valore esemplificativo e non costituiscono una tipologia rigorosa di comportamenti valutabili dal giudice.

V., GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1321 s., nonché MICHELI, *Sulla rilevanza del contegno processuale delle parti*, in *Temi*, 1947, p. 115 ss.

fendersi e contraddire in vista di ogni possibile eventualità: essi si trovano di fatto nell'impossibilità di dedurre prove contrarie a quelle che il giudice considererà rilevanti per la decisione. Di conseguenza, allorché il giudice trae argomenti di prova finisce col fondare la propria decisione su elementi la cui possibile efficacia probatoria non era previamente nota alle parti e rispetto ai quali, quindi, non poteva svolgersi reale contraddittorio.

L'indagine non riguarda solo le fattispecie indicate nell'art. 116, ma ogni ipotesi in cui sia previsto che il giudice possa trarre discrezionalmente conseguenze probatorie da un comportamento o da un evento processuale. È, ad esempio, il caso della mancata comparizione personale delle parti ex art. 420, 1° comma, e della mancata conoscenza dei fatti da parte del procuratore ex art. 420, 2° comma, nonché del rifiuto delle parti di esibire il documento a seguito dell'ordinanza del giudice ex art. 210 e segg. cod. proc. civ. ⁽²⁹⁾. In tutti questi casi, per vero, la legge individua i fatti dai quali il giudice può trarre argomenti di prova, ma il potere largamente discrezionale di cui esso dispone rende ugualmente imprevedibile il fondamento di fatto della decisione, e quindi, per le parti, l'oggettività impossibilità di svolgere al riguardo una adeguata difesa.

Potrebbe obiettarsi che il problema, per certi aspetti, sia da considerarsi di scarso rilievo se si osserva che gli « argomenti di prova » dovrebbero costituire elementi puramente aggiuntivi ed integrativi della valutazione delle prove, e, come tali, non idonei a costituire vero e proprio fondamento della decisione in fat-

(29) Per il vero, la disciplina in materia non prevede né possibilità di esecuzione coattiva dell'ordine del giudice, né sanzioni per il caso in cui la parte (o il terzo) rifiutino oppure omettano l'esibizione del documento. Peraltro, la dottrina e la giurisprudenza hanno esteso al rifiuto dell'esibizione le stesse conseguenze probatorie previste per il rifiuto di consentire l'ispezione, applicando il 2° comma dell'art. 118. V., in tal senso MANDRIOLI, *Corso*, cit., vol. II, p. 168; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. II, p. 134 e LA CHINA, *Esibizione delle prove (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, p. 707.

to⁽³⁰⁾. L'obiezione è comunque infondata, posto che la giurisprudenza costante (invocando il principio del libero convincimento del giudice) afferma che la decisione possa essere fondata anche soltanto su argomenti di prova⁽³¹⁾, e quindi la valutazione del giudice al riguardo potrebbe in effetti risultare decisiva ai fini della ricostruzione dei fatti controversi.

Per quanto concerne infine le presunzioni semplici, si tratta di argomentazioni in parte analoghe. Salva l'ipotesi in cui sul fatto destinato a costituire fonte di presunzione vi sia stata una deduzione probatoria, nel quale sussistono elementi sufficienti a consentire il previo contraddittorio delle parti, la presunzione si prospetta come prova che viene creata dal giudice nel momento stesso della decisione e che quindi resta ignota alle parti nel corso del giudizio⁽³²⁾. Inoltre, per quanto riguarda l'individuazione delle circostanze (ossia dei « fatti noti ») sui quali il giudice può fondare le argomentazioni relative ai fatti da provare, opera la regola per cui il giudice stesso è completamente libero di individuarle entro i materiale probatorio comunque acquisito al giudizio. Come è evidente, le parti, non conoscendo le presunzioni che il giudice può trarre dal complesso degli elementi di fatto di cui dispone, non sono in condizioni di poter proporre nel corso dell'istruzione prove idonee a contrastare la ricostruzione dei fatti che il giudice deriverà dalle presunzioni stesse; durante il processo le parti non sanno dunque se il giudice formulerà presunzioni né possono prevedere « su che cosa » egli potrà fondarle né rispetto a quali fatti si servirà nella prova presuntiva⁽³³⁾. Ne deriva l'esclusione oggettiva di un reale contraddittorio.

(30) In tal senso v., ad es., MONTESANO, *Le « prove atipiche »*, cit., p. 236 e GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 1319.

(31) Cfr., tra le tante, Cass. 14 dicembre 1982 n. 6885, in *Giur. it.*, *Rep. v. Prove in genere*, n. 20.

(32) V., TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit. p. 31 ss.; in generale sulla struttura logica della prova per presunzioni, v., dello stesso A., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., *loc. cit.*

(33) TARUFFO, *op. loc. cit.*

Il problema della difesa rispetto alla presunzioni semplici appare quindi di tutto rilievo, poiché le presunzioni stesse possono rappresentare il fondamento esclusivo dell'accertamento dei fatti contenuto nella pronuncia giudiziale. Ciò accade, normalmente, nell'ipotesi prevista dall'art. 2729 cod. civ., ossia quando vi siano più presunzioni gravi, precise e concordanti⁽³⁴⁾, ma l'opportunità del previo contraddittorio è tanto più evidente in quanto la giurisprudenza solitamente disapplica tale norma ed ammette che il giudice possa fondare l'accertamento dei fatti su una sola presunzione se, nell'ambito del suo discrezionale convincimento, ritiene che essa sia sufficiente in tal senso.

7. Possono ravvisarsi infine altre situazioni nelle quali la decisione giudiziale deriva da autonome scelte dal giudice, sottratte a qualunque previa contestazione o discussione delle parti, e al di fuori di ogni contraddittorio delle parti sulle prove; si tratta di ipotesi in cui il giudice utilizza prove « atipiche » o « innominate », nell'accertamento del fatto⁽³⁵⁾.

Come è noto, si è posta in dottrina la questione della loro ammissibilità, con soluzioni contrastanti, in quanto vi è chi ritiene che l'elenco dei mezzi di prova espressamente disciplinati dalla legge sia tassativo e quindi esclude che il giudice possa utilizzare fonti di prova non compresi in tale elenco⁽³⁶⁾. Altri ammettono invece che l'indicazione non sia tassativa e comunque affermano non potersi ricavare in linea di principio l'esclusione di fonti di

⁽³⁴⁾ Su tali requisiti v., TARUFFO, *Certezza e probabilità*, cit., p. 84 s.

⁽³⁵⁾ V., sui problemi in generale dell'ammissibilità delle prove atipiche, TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss., CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss. e MONTESANO, *Le « prove atipiche »*, cit., p. 233 ss.; si rinvia agli AA. citati per ulteriori riferimenti.

⁽³⁶⁾ In questo senso, CAVALLONE, *op. loc. cit.*, p. 670 ss. e v., inoltre, GRASSO, *Dei poteri del giudice* cit., p. 1303, nonché MANDRIOLI, *Corso*, cit., vol. II, p. 116 e LASERRA, *Critica delle cosiddette « prove innominate »*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 838 ss.

prova non comprese nell'elenco dei mezzi di prova espressamente disciplinati (³⁷).

La questione non si pone invece in giurisprudenza, poiché, sulla base del principio del libero convincimento si ritiene comunemente che il giudice possa scegliere al momento della decisione tutti gli elementi che gli appaiono utili per l'accertamento dei fatti e quindi anche ogni elemento atipico di prova. Sarebbero quindi utilizzabili le fonti di prova più diverse ed eterogenee, dagli scritti provenienti da terzi a qualunque tipo di documentazione amministrativa, dalle perizie stragiudiziali alle prove assunte in altri giudizi (³⁸).

L'ipotesi delle prove atipiche è particolarmente rilevante per quanto attiene alla garanzia del contraddittorio.

Si tratta, in generale, di prove precostituite (documenti atipici), la cui formazione è avvenuta fuori dal giudizio, non ad opera delle parti, né in contraddittorio tra le stesse (si pensi ad esempio a documenti provenienti da terzi, o di prove assunte in altri giudizi da parti diverse) (³⁹). Tali prove atipiche vengono solitamente acquisite al giudizio per iniziativa di una parte, che produce il documento, ma ciò, se pure in linea generale consente la conoscenza alla controparte, non garantisce la possibilità di effettivo contraddittorio sul fatto. Anche qui, infatti, opera ed assume ruolo decisivo il potere del giudice di scegliere liberamente le fonti di prova da porre a fondamento del giudizio di fatto; il ricorso alle prove atipiche — non diversamente da quanto accade per l'individuazione delle fonti di presunzione — rimane concretamente imprevedibile per le parti. Esse invero conoscono o possono conoscere il materiale documentale atipico prodotto in cau-

(³⁷) Cfr., per questo orientamento, MONTESANO, *op. ult. cit.*, 233 ss. e TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 389 ss.

(³⁸) Per un'ampia casistica, v., TARUFFO, *op. ult. cit.*, loc. cit., MONTESANO, *Le « prove atipiche »*, cit., p. 237.

(³⁹) Cfr., TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 392 ss.

sa, ma non sono in grado di stabilire nel corso del giudizio se e quali circostanze il giudice riterrà rilevanti, né rispetto a quali fatti da provare egli riterrà di servirsi appunto delle fonti atipiche di prova.

Possiamo ora trarre alcune conclusioni dalle osservazioni sopra svolte. Il potere discrezionale del giudice non può certo essere escluso; del resto, tale potere viene riconosciuto dalla costante giurisprudenza e non si può fornire una soluzione al problema semplicemente negando che esso esista. Allora, la garanzia del contraddittorio entra in gioco sotto il profilo delle modalità con cui tale potere viene esercitato.

Si può osservare che la giurisprudenza consolida a avalla una prassi che implica una effettiva lesione di tale garanzia, poiché consente al giudice di scegliere e di utilizzare prove atipiche in sede di decisione con la conseguenza che il convincimento giudiziale può venire fondato su elementi di prova rispetto ai quali le parti non hanno avuto effettiva possibilità di difendersi preventivamente ⁽⁴⁰⁾.

Autorevole dottrina ⁽⁴¹⁾ ha configurato l'obbligo del giudice di provocare il previo contraddittorio delle parti sulle prove atipiche che egli intende utilizzare, individuandone la base normativa nell'art. 183, 2° comma. Che l'esigenza di contraddittorio sussista, è indubbio, ma, secondo quanto in precedenza osservato intorno ai limiti propri della norma, non sembra che essa si presti ad essere interpretata in questo senso ⁽⁴²⁾.

In realtà, anche il problema del contraddittorio sulle prove atipiche non sembra prestarsi a soluzioni particolari, e va invece affrontato nel più generale contesto, oggetto di indagine, della attuazione della garanzia della difesa in ordine all'esercizio dei poteri decisorii del giudice.

⁽⁴⁰⁾ MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 237.

⁽⁴¹⁾ Analogamente TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

CAPITOLO QUARTO

Violazione del contraddittorio e invalidità della decisione.

SOMMARIO: 1. Violazione del contraddittorio e nullità della sentenza. Diversi aspetti del problema nella vigente normativa. — 2. Il rilievo della nullità nell'ambito degli errori *in procedendo*. — 3. La disciplina della nullità nel giudizio di Cassazione. — 4. Prospettive *de iure condendo*. L'esperienza comparatistica. — 5. Orientamenti e possibili soluzioni. — 6. *Segue*.

1. L'analisi che precede ha posto in evidenza diverse situazioni in cui le parti non hanno possibilità effettiva di svolgere le proprie difese prima della decisione. Ciò ha luogo in modo evidente quando il giudice introduce nelle decisione elementi « nuovi » rispetto a quelli allegati o indicati dalle parti, e si verifica, inoltre, nel caso in cui egli decida, pur senza introdurre elementi, nuovi, ma « scegliendo » entro il materiale allegato o prodotto dalle parti.

In questa ipotesi si ha una violazione se non formale certamente sostanziale della garanzia del contraddittorio, intesa come reale ed effettiva facoltà per le parti di interloquire preventivamente su elementi rilevanti per la decisione.

Si è più volte sottolineato, del resto, che se tale garanzia implica la necessità che la decisione si formi nel contraddittorio delle parti, a realizzarla, non è sufficiente la generica possibilità che queste possano comunque svolgere difese in giudizio, ma occorre che le parti siano in grado di dedurre e contraddire su

ciò che effettivamente costituirà oggetto e fondamento, in fatto e in diritto della decisione.

Si possono prospettare a questo punto due diversi problemi :

a) il primo riguarda la sorte della pronuncia che sia stata emessa in violazione di detta garanzia ;

b) l'altro concerne gli strumenti da porre in essere al fine di evitare che tale garanzia sia violata da decisioni cosiddette « a sorpresa ».

Va rilevato, anzitutto, come non esistano norme specifiche che prevedono espressamente la nullità della sentenza emessa in violazione del contraddittorio, talché il problema non appare di immediata soluzione sulla base di elementi testuali ⁽¹⁾.

Sembra tuttavia possibile proporre la tesi secondo cui è nulla la sentenza resa in modo tale da violare la garanzia ⁽²⁾. Al riguardo non opera la regola della tassatività delle nullità degli atti processuali, regola enunciata nell'art. 156, 1° comma, cod. proc. civ., poiché essa concerne soltanto le nullità per inosservanza delle forme ⁽³⁾. D'altra parte, la disposizione relativa alle nullità delle sentenze, non definisce la tipologia legale dei vizi della stessa, limitandosi a disciplinarne la rilevabilità, con la formulazione del principio della conversione delle nullità della sentenza in motivi di impugnazione ⁽⁴⁾.

(1) V., TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 3, in nota n. 101, nonché gli AA. ivi citati e spec. FRANCHI, *Processo civile italiano e diritti dell'uomo*, in *Studi parmensi*, vol., XVIII, 1977, p. 65 s.

(2) V., sull'individuazione di nullità processuali che derivano direttamente dal contrasto con norme costituzionali a carattere precettivo, v., tra gli altri, DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., p. 223, e FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit., p. 118 s.

(3) Come è noto, la prevalente dottrina esclude che la disposizione dell'art. 156, 1° e 2° comma, abbia ad oggetto i vizi « extraformali »: V., anche per riferimenti, FERRI, *op. ult. cit.*, p. 124 ss., nonché MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 1579.

Più in generale, sulla contrapposizione tra vizi « non formali » e « formali », v., tra gli altri, MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. « non formali »*, in *Jus*, 1966, p. 320 ss. e dello stesso A., *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 344 ss.

(4) MARTINETTO, *Delle nullità degli atti*, cit., p. 1634 ss.

Questi rilievi dimostrano come il problema vada posto sul terreno dei cosiddetti « vizi non formali » dell'atto, per i quali non esiste alcuna elencazione normativa, e che devono essere invece individuati facendo capo a quei requisiti che riguardano i presupposti sostanziali e « procedurali » della sua validità ⁽⁵⁾. Sotto questo profilo, la nullità della sentenza fondata su elementi di fatto e/o di diritto, rispetto ai quali le parti non abbiano avuto effettiva possibilità di difesa, si può dimostrare agevolmente. È stato invero efficacemente rilevato come l'art. 101 cod. proc. civ., non possa oggi intendersi quale enunciazione del principio del contraddittorio nel solo momento della costituzione iniziale del rapporto processuale ⁽⁶⁾. Infatti, l'interpretazione dell'art. 101 — alla luce dell'art. 24 Cost. — esige il superamento della sua formulazione letterale, e si deve ravvisare dunque nella citata norma una regola destinata ad operare durante tutto il corso del giudizio e in ogni stato e grado del procedimento ⁽⁷⁾. In altri termini, essa implica che sia garantita alle parti la possibilità di interloquire preventivamente sull'oggetto della decisione, svolgendo al riguardo tutte le deduzioni e difese, anche sul terreno probatorio.

Va poi ribadito che la garanzia del contraddittorio risulta attuata non se alle parti è genericamente assicurata la possibilità difendersi in giudizio, ma se essa sussiste rispetto a tutto ciò che costituisce effettivamente fondamento di fatto e di diritto della decisione. Come si è dimostrato nel corso dell'indagine, la condizione necessaria per la realizzazione del contraddittorio, consiste dunque in ciò, che le parti conoscano *preventivamente* gli elementi che il giudice intende porre a base della

⁽⁵⁾ V., DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., loc. cit.

⁽⁶⁾ PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1086.

⁽⁷⁾ Così DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., loc. cit. Come si è già osservato (v. *supra*, nota n. 2) alla stessa conclusione si può anche pervenire configurando una categoria di nullità processuali derivanti direttamente dalla violazione di norme costituzionali, come produttiva di vizi non formali degli atti.

decisione (indipendentemente dal fatto che tali elementi siano stati da loro allegati o vengano introdotti d'ufficio dal giudice).

Se la condizione non si verifica, ha luogo la violazione di una regola fondamentale del processo, con la conseguenza che il giudice non può validamente statuire sulla domanda: la violazione del principio del contraddittorio si traduce quindi nell'invalido esercizio, da parte del giudice, del potere di decisione, dando luogo a nullità del provvedimento. Si tratta ora di individuare il regime di tale nullità, secondo le norme vigenti.

2. Si applica certamente la regola generale dell'art. 161, 1° comma, e la nullità si converte quindi in motivo di impugnazione, risultando sanata con il passaggio in giudicato della sentenza.

Si tratta di nullità assoluta — in quanto derivante dalla violazione di un principio fondamentale del processo — e come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio; ne deriva che la nullità è sanata dalla formazione del giudicato ma se ciò non ha luogo, poiché l'impugnazione è stata proposta anche sulla base di altri motivi, da un lato non si forma il giudicato interno sul punto e dall'altro permane, in capo al giudice dell'impugnazione, il potere-dovere di rilevare la nullità *ex officio* pur nella carenza di specifica impugnazione al riguardo⁽⁸⁾.

Se la sentenza di primo grado è impugnata per la nullità in esame (o se comunque il giudice d'appello la rileva d'ufficio), la conseguenza è che verrà emessa pronuncia d'appello nel merito, previa dichiarazione della nullità⁽⁹⁾. È pur vero, infatti, che la

⁽⁸⁾ In questo senso, v., in generale, sul regime delle nullità assolute, MARTINETTO, *op. ult. cit.*, p. 1643. Diversamente orientata, come è noto, è la giurisprudenza che estende la regola dell'assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione, ritenendo che si formi il giudicato (interno) in mancanza di specifica impugnazione, anche nelle ipotesi di violazione del contraddittorio.

⁽⁹⁾ Cfr., in questo senso, l'opinione prevalente rispetto alle nullità di cui all'art. 158, nullità alle quali si assimilano quelle per vizi non formali; cfr., fra gli altri, MARTINETTO, *op. cit.*, p. 1603 ss.

rimessione al giudice di primo grado è prevista dall'art. 354 per motivi prevalentemente attinenti al contraddittorio, ma le fattispecie ivi indicate sono tassative⁽¹⁰⁾, e quindi la norma stessa non può applicarsi alle ipotesi qui considerate.

Se le nullità di cui si tratta si verificano nel giudizio di appello, o in esso non sono state dichiarate, può farsi luogo all'impugnazione in Cassazione, ex art. 360 n. 4, norma questa che si riferisce a tutte le nullità, comprese quelle intervenute nel procedimento che precede l'emanazione della sentenza e in esso non sanate⁽¹¹⁾. Se si considera l'usuale classificazione dei vizi che si possono far valere in Cassazione, è chiaro che le nullità per violazione del contraddittorio costituiscono errori *in procedendo*, anche se colpiscono la decisione su determinati aspetti della stessa, in fatto o in diritto. Per quanto attiene alla decisione in diritto non si tratta di *error in iudicando*, rilevabile ex art. 360 n. 3, poiché l'invalidità non riguarda l'individuazione, l'interpretazione o l'applicazione della norma alla fattispecie concreta. Può accadere infatti, come si è più sopra rilevato, che la violazione del contraddittorio si riferisca a vari aspetti del giudizio di diritto, quali ad esempio l'individuazione della norma applicabile e la qualificazione giuridica del rapporto, ma essa non si traduce nella violazione o falsa applicazione della norma sostanziale. Invero, tale norma può essere violata dal giudice quando la garanzia del contraddittorio è stata integralmente attuata, così come può essere correttamente applicata anche quando tale garanzia sia stata violata nei modi che si sono in precedenza individuati. Ciò non dimostra, come è ovvio, che la violazione del contraddittorio non sia rilevante in assoluto, ma soltanto che non è rilevabile ex art. 360 n. 3, poiché non attiene all'applicazione della norma sostanziale alla fattispecie.

⁽¹⁰⁾ V., per tutti, ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. II, p. 478.

⁽¹¹⁾ Cfr., in generale, ANDRIOLI, *Diritto processuale, civile*, I, p. 863 e DENTI, *Nullità degli atti processuali civile in Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1968, p. 467 ss.

Analoghe considerazioni valgono allorché la violazione del contraddittorio riguardi il giudizio di fatto: essa può attenere, ad esempio, a determinati mezzi di prova, ma non si tratta comunque di vizio che riguarda il giudizio sul fatto⁽¹²⁾, bensì di vizio che riguarda il procedimento di formazione della decisione sul fatto.

Ciò consente di escludere che la nullità in esame possa farsi valere attraverso il solo modo con cui si fanno valere appunto in Cassazione i vizi del giudizio di fatto, ossia il rilievo dei vizi di motivazione ex art. 360 n. 5. Si può individuare un solo profilo sotto il quale le *conseguenze* della violazione del contraddittorio (non la violazione in sé considerata) potrebbero farsi valere per questa via: si tratta dell'ipotesi in cui il mancato contraddittorio abbia impedito alle parti di dedurre prove o produrre documenti o allegare fatti che avrebbero potuto risultare « decisivi », ossia che avrebbero certamente condotto ad una diversa decisione. In questo caso, infatti, la costante giurisprudenza riconduce alla norma dell'art. 360 n. 5, l'omesso esame di un fatto decisivo o l'omessa considerazione di una prova vertente su un fatto decisivo⁽¹³⁾. La soluzione, peraltro, è di dubbia applicazione rispetto al caso qui considerato, poiché essa riguarda in realtà l'omessa considerazione di fatti o di mezzo di prova acquisiti al processo, ma non già l'ipotesi in cui una nullità nel procedimento abbia impedito alla parte di allegare fatti o di dedurre prove.

3. Si può ritenere quindi che, in linea di principio, le nullità per violazione del contraddittorio costituiscano *errores in procedendo* rilevabili in Cassazione ex art. 360 n. 4; ci si può ora

(12) Giudizio che può essere erroneo anche in presenza del contraddittorio delle parti, mentre può essere, in ipotesi, corretto anche in assenza di contraddittorio.

(13) V., TARUFFO, anche per riferimenti, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 545.

chiedere se esse comportino sempre la cassazione della sentenza invalida ovvero se possa in qualche caso evitarsi tale conseguenza. Poiché si tratta di errori *in procedendo* non sono ad essi riferibili, né il limite derivante dalla cosiddetta « causalità » dell'errore, che è tipico degli errori *in iudicando* ⁽¹⁴⁾, né il limite attinente alla « decisività » del punto, cui l'art. 360 n. 5 condiziona la censurabilità dei vizi della motivazione ⁽¹⁵⁾. Peraltro, il problema non sembra debba necessariamente risolversi nel senso della illimitata rilevabilità delle nullità di cui trattasi. Al riguardo, già Calamandrei aveva chiarito come il legislatore italiano del 1865 ⁽¹⁶⁾ nell'indicare tassativamente i motivi di ricorso in Cassazione per vizi *in procedendo*, avesse « presunto » la loro incidenza sulla sentenza, eliminando di conseguenza ogni possibilità di indagine caso per caso, circa la « causalità » del vizio di attività sulla decisione finale ⁽¹⁷⁾. L'esattezza di questo rilievo è confermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive che, infatti, non condizionano la rilevabilità dei vizi *in procedendo* alla presenza di un nesso causale tra gli stessi e la decisione finale ⁽¹⁸⁾.

Che la nozione di « causalità » dell'errore non sia riferibile ai vizi derivanti da violazione del contraddittorio, non esclude tuttavia la necessità di una precisazione limitativa circa l'ambito della loro rilevabilità. Occorre, invero, considerare da un lato che si tratta di vizi non formali, per i quali non vale dunque la « presunzione di rilevanza » operata dal legislatore quando prevede la rilevabilità delle nullità formali, e dall'altro che la viola-

⁽¹⁴⁾ Sul concetto di errore causale, v., ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. II, p. 503; LIEBMAN, *Manuale*, cit., vol. II, p. 329, 342.

⁽¹⁵⁾ V., TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 526 ss.

⁽¹⁶⁾ Lo stesso rilievo vale tuttavia per il vigente codice.

⁽¹⁷⁾ V., ampiamente, CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, 1920, vol. II, p. 253, 264 ss., ove distingue il diverso sistema della ZPO tedesca, che condiziona la rilevabilità dell'*error in procedendo* alla sua causalità rispetto alla sentenza, ma perché non prevede una elencazione tassativa degli errori stessi rilevabili in sede di *Revision*.

⁽¹⁸⁾ V., ad es., LIEBMAN, *op. cit.*, vol. II, p. 331.

zione del contraddittorio, se deve comunque evitarsi, ha rilievo in sede di nullità della sentenza, soltanto in quanto si sia verificata su punti di fatto o di diritto che abbiano costituito fondamento della decisione.

Al riguardo, appare improprio parlare di nesso causale fra tali violazioni e la decisione giudiziale, poiché la lesione del contraddittorio non provoca di per sé, come più sopra si è accennato, un errore di giudizio; al di là del fatto che gli errori di giudizio sono autonomamente rilevabili nei limiti e nei modi loro propri, non sembra applicabile nella specie il criterio per cui il vizio è rilevabile qualora risulti che la decisione sarebbe stata diversa se esso non si fosse verificato. Invero, la violazione del contraddittorio rileva *ex se*, ossia in quanto costituisce lesione di una garanzia fondamentale propria delle parti, indipendentemente dalla circostanza se abbia o meno « causato » un vizio della decisione in fatto o in diritto.

Per contro, possono esservi violazioni del contraddittorio che *ex post*, avendo la concreta decisione come criterio di riferimento, possono tuttavia considerarsi non rilevanti ai fini della validità-nullità della sentenza. L'ipotesi di cui si tratta può aver luogo tutte le volte in cui non vi sia stato contraddittorio su un punto di fatto o di diritto della controversia, ma poi questo stesso punto non sia stato né rilevante, né determinante ai fini della decisione ⁽¹⁹⁾.

In definitiva, e in linea generale, si può ritenere che non tutte le violazioni del contraddittorio relative a qualsiasi elemento di fatto o di diritto della controversia comportano nullità

(19) Può accadere, ad esempio, che non vi sia stata la possibilità del contraddittorio su un'ipotesi di qualificazione giuridica del rapporto (prospettata dalle parti o dal giudice), ma ciò è irrilevante se la decisione si fonda su una diversa qualificazione giuridica (sottoposto invece a contraddittorio). Analogamente può accadere che non vi sia stato contraddittorio su una prova atipica che il giudice prende in considerazione, ma ciò è irrilevante se poi il giudice non ha utilizzato quella prova stessa in sede di accertamento dei fatti.

della sentenza rilevabile ex art. 360 n. 4, ma solo quelle che abbiamo effettivamente privato le parti della facoltà di difendersi rispetto ad elementi di fatto e di diritto rilevanti per la decisione. Tale valutazione va evidentemente compiuta *a posteriori*, ossia tenendo conto di ciò che il giudice ha effettivamente deciso, e degli elementi sui quali ha fondato la propria pronuncia. Se risulta che il punto non sottoposto a contraddittorio non è rilevante, il che si verifica qualora appaia che la decisione sarebbe stata esattamente la stessa se il giudice non avesse tenuto conto di quell'aspetto, è lecito concludere che la violazione del contraddittorio non comporta nullità della sentenza.

Si osservi che ciò non implica certamente la riduzione della nullità all'ambito delle sole questioni pregiudiziali (poiché l'accennato criterio investe, ad esempio, la qualificazione giuridica del rapporto, che non costituisce oggetto di questione pregiudiziale), né all'ambito dei soli fatti principali (poiché il criterio stesso riguarda, ad esempio, la prova di fatti secondari, se questi fatti hanno rappresentato la premessa per l'accertamento di un fatto principale). Più propriamente, si tratta invece di un criterio che fa capo alla *rilevanza* del punto deciso senza contraddittorio, rispetto alla decisione finale sulla domanda; tale rilevanza ha luogo se il punto di fatto e di diritto ha costituito una necessaria premessa e fondamento della decisione. Non rileva, d'altronde, che tale punto sia stato deciso erroneamente oppure correttamente, o che esso comporti o non, un errore di giudizio nella decisione sulla domanda. Ciò che è determinante è che la pronuncia si sia fondata su elementi di fatto o di diritto rispetto ai quali il giudice non poteva validamente esercitare il proprio potere decisorio, in mancanza della necessaria premessa costituita, appunto, dalla possibilità effettiva per le parti di difendersi al riguardo.

4. Il problema della garanzia del contraddittorio sugli elementi di fatto e di diritto destinati a costituire il fondamento

della decisione, può dunque trovare soluzioni soddisfacenti anche allo stato attuale della normativa processuale, ma a condizione che essa venga « integrata », alla luce del principio costituzionale del diritto di difesa, con una interpretazione ricostruttiva che muova da adeguate ricognizioni del problema e dalle implicazioni che esso può assumere sulla struttura del processo.

Tuttavia, si è avuto modo di osservare più volte come la normativa vigente non sia, per varie ragioni, adeguata all'importanza che il problema ha ormai assunto per l'attuazione della garanzia costituzionale della difesa. Una conseguenza di rilievo di tale grave carenza consiste in ciò, che qualunque tentativo di assicurare la realizzazione della garanzia sotto il profilo qui considerato rischia, al di là della sua intrinseca fondatezza, di rimanere « lettera morta » per mancanza di sufficiente supporto e fondamento normativo. A fronte di una prassi giurisprudenziale che ha completamente svuotato di significato una norma, di pur ridotta portata, come l'art. 183, 2° comma ⁽²⁰⁾, non vi è ragione di nutrire serie speranze che il problema possa venire risolto senza l'introduzione di norme nuove, e con i soli strumenti dell'ortopedia interpretativa. Onde la necessità di introdurre, nella generale riforma del codice di procedura civile, norme specifiche destinate a garantire l'attuazione del previo contraddittorio delle parti, superando il momento nettamente negativo segnato dal progetto ministeriale di legge delega del 1981 ⁽²¹⁾.

Si è già accennato, al riguardo, che il punto fondamentale non può che essere l'introduzione del dovere generale del giudice

⁽²⁰⁾ È ben nota la consolidata indifferenza della giurisprudenza verso gli aspetti del contraddittorio oggetto della presente indagine; in particolare, la giurisprudenza ha sempre escluso un'applicazione estensiva dell'art. 183, 2° comma, non ravvisando alcuna invalidità della sentenza nell'ipotesi di violazione del previo contraddittorio.

Cfr., le argomentazioni svolte nel primo capitolo, specialmente al § 4.

⁽²¹⁾ Nel testo dell'art. 8 approvato in sede governativa, l'originaria norma formulata dalla Commissione Liebman è venuta meno e il principio generale del contraddittorio viene riduttivamente inteso come coincidente con la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; cfr., i §§ 1 e segg. del I capitolo.

di garantire il contraddittorio preventivo delle parti, sull'esempio offerto dall'ordinamento di altri paesi e in particolare da norme come quelle dell'attuale art. 16 del codice francese⁽²²⁾.

L'esperienza comparatistica può essere significativa, del resto, sotto diversi aspetti. Un primo rilievo riguarda la circostanza che il previo contraddittorio è stato considerato requisito essenziale per la tutela delle parti, indipendentemente dalla presenza di norme costituzionali che prescrivono la garanzia della difesa.

Il caso della Francia è indicativo al riguardo; il problema si è posto in dottrina — pur in mancanza di norme costituzionali equivalenti al nostro art. 24 — semplicemente muovendo dal principio, non scritto, secondo cui la difesa delle parti richiede che la struttura del processo, ed il ruolo del giudice, debbano conformarsi in modo tale da evitare che le decisioni siano rese in violazione della regola del contraddittorio⁽²³⁾. Ancor prima della vicenda interpretativa dell'art. 16 del nuovo codice di procedura civile, si era d'altronde osservato che il nodo del problema consisteva esclusivamente nel « *savoir si le fait rétenu comme fondement de la décision a pu ou non être discuté* »⁽²⁴⁾. Si può osservare che, in sede di riforma, è emersa quindi una linea di tendenza già da tempo presente, sia pure con incertezze e contraddizioni, nella dottrina e nella giurisprudenza francese⁽²⁵⁾. Proprio queste incertezze hanno avuto riflesso nella vicenda interpretativa sopra accennata e danno spiegazioni di taluni aspetti della stessa, pur rimanendo sempre ferma la necessità di sottoporre gli elementi reali della decisione al previo contraddittorio

(22) Necessaria conseguenza è poi la predisposizione di adeguati meccanismi procedurali (invito alle parti per discussione, rinvio per consentire difese, ecc.) che nei vari gradi del giudizio costituiscano lo strumento operativo per l'attuazione del diritto delle parti all'effettivo contraddittorio preventivo.

Su ciò v., *infra*, § 6.

(23) V., le osservazioni e i rilievi contenuti negli scritti citati di MOTULSKY, alle note nn. 63 ss. del capitolo I°.

(24) NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, 1965, p. 217.

(25) Cfr., infatti, anche per riferimenti, NORMAND, *op. cit.*, p. 172 ss., p. 182.

delle parti; tale necessità costituiva da tempo « motivo » ricorrente in ordine alla configurazione delle modalità d'esercizio dei poteri decisorî del giudice. L'art. 16 non prospetta dunque per la prima volta il problema, poich , pi  semplicemente, ne costituisce esplicitamente la soluzione normativa. Nella sua finale definizione, tale soluzione appare del resto l'unica possibile e non si pu  negare che sia ben adeguata: da una lato, infatti, correttamente non si incide sull'esistenza dei poteri decisorî del giudice, ma solo sulle modalit  d'esercizio; d'altro lato, essendo evidente che il problema riguarda ipotesi in cui   lo stesso organo giudiziale a violare la garanzia della difesa delle parti, si estende allo stesso organo il dovere di osservare tale garanzia.

L'esperienza tedesca   forse meno articolata, come si   rilevato pi  sopra. Va sottolineato, tuttavia, che da tempo, nell'ordinamento tedesco, erano dominanti anche in giurisprudenza la cura e la preoccupazione dirette ad evitare « * berraschungsentscheidungen* » che avrebbero finito col violare le garanzie di difesa; anche in mancanza di strumenti normativi specificamente introdotti nella ZPO⁽²⁶⁾, si tendeva ugualmente a individuare un dovere del giudice di provocare il contraddittorio di parte sugli elementi rilevanti della decisione.

Vero   che l'esperienza francese e quella tedesca, bench  tra loro dissimili, sono entrambi rilevanti dal nostro angolo visuale. Esse riguardano infatti l'identico problema che si   posto anche nel nostro ordinamento e dimostrano come l'esercizio di poteri decisorî che non miri anche a rispettare la regola del contraddittorio, si traduce in decisioni invalide sul terreno delle garanzie fondamentali. Il dato distintivo della situazione italiana appare caratterizzato, almeno sino ad anni recenti, soltanto da una pi  accentuata inadeguatezza dell'ela-

(26) V., peraltro, ora sul § 278 ZPO i rilievi di GRUNKY, *L'accelerazione e la concentrazione del procedimento*, cit., p. 375.

borazione dottrinale, e dalla totale indifferenza della giurisprudenza.

È d'altronde evidente, a ben vedere, che il dovere del giudice di assicurare il contraddittorio di parte e la necessità di evitare decisioni a sorpresa sono semplicemente due modi diversi di affrontare uno stesso problema. Tali diversità si spiegano, nell'ordinamento francese e tedesco sia con diversità sul piano normativo⁽²⁷⁾, sia con la diversa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai problemi della garanzia di difesa e del ruolo del giudice⁽²⁸⁾.

Dal punto di vista dal quale il problema si pone nel nostro ordinamento, si scorge facilmente la sostanziale omogeneità delle esperienze citate. Le soluzioni offerte dagli ordinamenti francesi e tedesco, infatti, sono rilevanti non soltanto perché si pongono quali esempi di più avanzata « maturazione » del problema, ma si profilano anche come possibili ipotesi di soluzioni *de iure condendo*, una volta che sia superata l'impostazione certamente regressiva, adottata nella versione ministeriale del 1981⁽²⁹⁾. Sot-

(27) Non sono mancati, in realtà, spunti che dimostrano elementi di omogeneità sia con l'impostazione francese che con quella tedesca: così, chi pone l'accento sulla necessità di configurare il dovere del giudice di far osservare il contraddittorio sembra porsi nella linea di tendenza che in Francia ha condotto all'introduzione dell'art. 16 (cfr., in questo senso, ad es., TARZIA, *Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne*, cit., p. 789 ss.); chi, invece, sottolinea la rilevanza dei problemi insiti nella prassi della cosiddetta « terza via di decisione » (cfr., ad es., TROCKER, *op. cit.*, p. 653 ss., 660 ss.), percepisce il problema in termini analoghi a quelli che caratterizzano il fenomeno nell'ordinamento tedesco.

(28) Ad es., l'*Aufklärungspflicht* esisteva in Germania, ma non in Francia; in Francia vige ora l'art. 16, ma la *Vereinfachungsnovelle* tedesca non ha avuto particolare rilevanza al riguardo, essendo orientata soprattutto alla semplificazione del processo e alla accelerazione del procedimento e non a riforme generali di struttura.

(29) V., al riguardo, i richiami delle note precedenti e di quelle del § 1 del primo capitolo.

Vi è chi ritiene comunque che, anche in mancanza di norme inserite nella legge di delega, sia possibile riaffermare il dovere del giudice di assicurare il contraddittorio delle parti, in sede di redazione del nuovo codice. Cfr., in tal senso, TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, cit., p. 42.

to questo aspetto, il « modello francese » è senz'altro più interessante, anche perché è quello che ha dato luogo a soluzioni tecniche più puntuali; è agevole rilevare, d'altronde, come tali soluzioni sarebbero adattabili al nostro processo civile e rappresenterebbero adeguate prospettive di soluzione.

5. In una prospettiva *de iure condendo*, appare tuttavia problematica la definizione del reale ambito oggettivo rispetto al quale dovrebbe venire garantito il diritto al contraddittorio, quanto meno sotto il profilo dell'individuazione di ipotesi in cui dalla sua violazione derivi la nullità della sentenza.

Da un lato, infatti, è evidente come il contraddittorio debba essere *sempre* assicurato sugli elementi di fatto e di diritto idonei a costituire fondamento della decisione: se si avesse riguardo al contenuto del dovere del giudice, la soluzione potrebbe sembrare del tutto agevole, consistendo nella riaffermazione della regola per cui il giudice deve provocare il contraddittorio di parte ogni volta che individui un elemento potenzialmente rilevante per la decisione, e riscontri che su di esso le parti non hanno ancora svolto adeguate difese. Dall'altro lato, se, come più sopra si è accennato, si ha riguardo invece *ex post* alla sentenza concretamente pronunciata, può accadere che taluni punti risultino non rilevanti né determinanti in alcun modo ai fini della pronuncia, talché appare eccessivo ritenere che anche da essi possa derivare, nel caso di mancato contraddittorio, la nullità della sentenza.

Ciò premesso, e quanto all'individuazione dell'oggetto necessario del previo contraddittorio, si possono prospettare *de jure condendo*, fondamentalmente, almeno tre diverse soluzioni.

a) La prima, a suo tempo proposta da Denti in sede di interpretazione dell'art. 183, 2° comma, e ripresa dal progetto

Liebman⁽³⁰⁾, consiste nel configurare il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti — a pena di nullità — sulle questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio. Questa tesi ha senza dubbio il pregio della rigorosa precisione, poiché consente di individuare esattamente l'oggetto del necessario contraddittorio e, contemporaneamente, l'ipotesi in cui dalla sua violazione discende la nullità della sentenza. Essa appare tuttavia eccessivamente restrittiva poiché, come l'analisi svolta nei capitoli che precedono ha dimostrato, esclude dal campo di applicazione della garanzia numerose ipotesi che non integrano « questioni » in senso proprio, ma sulle quali peraltro il potere decisorio del giudice è idoneo a condizionare la decisione, e quindi non dovrebbe essere esercitato senza il limite del previo contraddittorio di parte.

b) La seconda soluzione, è sostanzialmente quella attuata nel nuovo codice di procedura civile francese, e prevede un dovere generale del giudice di garantire il contraddittorio, senza peraltro delimitarne in alcun modo l'oggetto e soprattutto senza disciplinare espressamente le conseguenze della sua violazione. La prospettiva di cui si tratta ha senza dubbio il vantaggio di essere incardinata su di una norma di principio di carattere generale, che suona come un'opportuna affermazione della garanzia della difesa e del ruolo del giudice, come necessario garante della sua effettiva attuazione. Essa, tuttavia, appare caratterizzata da una certa ambiguità nella sua reale portata applicativa, e una soluzione di questo tipo può, di volta in volta, apparire eccessiva o meramente fittizia a seconda di come si risolve l'ambiguità in sede di determinazione delle effettive conseguenze

⁽³⁰⁾ Come già osservato (cfr., § n. 1 del primo capitolo) il progetto conteneva infatti l'art. 8, relativo al dovere del giudice di provocare il contraddittorio anche sulle questioni rilevabili d'ufficio se la loro soluzione fosse stata idonea a definire, totalmente o parzialmente, il giudizio; era inoltre disposta una apposita disciplina circa le conseguenze dell'inosservanza di tale dovere.

derivanti dalla violazione della garanzia. Infatti, per un verso, se si intendesse rigorosamente la generalità del dovere del giudice, occorrerebbe concludere necessariamente che dalla sua violazione deriva *sempre* la nullità della sentenza: tutto ciò appare eccessivo se si considera che tale violazione può in ipotesi aver luogo su elementi della controversia che poi non risultano rilevanti ai fini della pronuncia che in concreto il giudice emette. All'opposto, non si può neanche escludere il pericolo che il generico dovere del giudice venga inteso come non sanzionato da alcuna nullità della decisione (magari alla scopo di evitare conseguenze eccessive), e con ciò la portata precettiva della norma verrebbe completamente svuotata; né vi sarebbe, in definitiva, alcuna ragionevole possibilità di garantire che il contraddittorio venga realmente attuato, almeno nelle fattispecie in cui invece appare necessario.

c) Si perviene così a configurare una possibile terza soluzione, tale da evitare gli inconvenienti delle due sopra esaminate. Essa potrebbe consistere nel disciplinare, con disposizioni diverse, direttamente ma separatamente, sia il dovere del giudice di garantire il previo contraddittorio delle parti, sia le conseguenze che dalla sua violazione deriverebbero circa l'invalidità della decisione ⁽³¹⁾.

Sul primo punto, non sembra dubbio che si debba riaffermare il dovere generale del giudice di provocare il contraddittorio sugli elementi di fatto e diritto che egli assuma come rilevanti ai fini delle decisioni. Al riguardo l'analisi svolta più sopra può risultare significativa per indicare, quanto meno, le principali fattispecie rispetto alle quali tale dovere andrebbe adempiuto.

⁽³¹⁾ La dottrina francese ha peraltro osservato che la previsione della nullità, in questo caso, avrebbe essenzialmente un valore comminatorio, poiché lo scopo principale è quello di far sì che il contraddittorio venga attuato *prima della decisione*: Cfr., GENI-MERIC, *Le principe du contradictoire à la lumière du nouveau code de procédure civile français*, in *Acta Universitatis Lodzensis-Folia Juridica*, 12, *Procédure Civile*, Lodz, 1983, p. 59.

Il secondo punto (riguardante gli effetti della violazione del contraddittorio e quindi l'invalidità della sentenza) andrebbe invece disciplinato tenendo presente, per così dire, non già la « previsione » della sentenza, ma la pronuncia concretamente emessa, individuandone la nullità qualora risulti che le parti non abbiano avuto possibilità di difesa preventiva rispetto a tutti quei punti di fatto o di diritto che abbiano costituito premesse rilevanti della decisione. In tal modo si eviterebbe la sanzione della nullità in ipotesi di violazione del contraddittorio che, riguardando elementi che in concreto non hanno influito sulla pronuncia, non possono considerarsi rilevanti; si applicherebbe invece tale sanzione in tutte le fattispecie in cui la violazione del contraddittorio ha effettivamente inciso sulla garanzia della difesa, poiché ha impedito alle parti di difendersi rispetto agli elementi costituenti il reale fondamento della decisione. È chiaro poi che i campi di applicazione delle due diverse disposizioni potrebbero coincidere, e ciò nell'ipotesi in cui le « previsioni » del giudice si rivelino esatte, e quindi coincidenti con l'effettivo contenuto che la sentenza viene ad assumere. Esse potrebbero tuttavia divergere, ma in tal caso, mentre non è di alcun danno che il giudice provochi *ex ante* il contraddittorio su elementi che in sede di decisione potrà poi ritenere irrilevanti, si esclude comunque possa aver luogo una valida decisione fondata invece su elementi sottratti al contraddittorio delle parti stesse.

6. Occorre da ultimo considerare che norme siffatte non esaurirebbero interamente la soluzione del problema.

Si tratta, infatti, di elaborare un idoneo meccanismo processuale, diretto all'attuazione del principio del previo contraddittorio. Esso, peraltro, potrebbe profilarsi in modo assai semplice; infatti, in qualsiasi fase del processo, nel momento in cui il giudice dovesse individuare elementi rilevanti per la decisione, constatando che sugli stessi le parti non hanno svolto difese, dovrebbe indicarli, invitando le parti a svolgere al riguardo le

rispettive deduzioni⁽³²⁾. Nell'ipotesi di elementi di diritto, le difese potrebbero limitarsi a discussioni orali sul punto, in una udienza eventualmente successiva a quella in cui il giudice abbia invitato al contraddittorio. Nel caso i cui emergessero elementi di fatto non discussi o trascurati dalle parti, potrebbe ugualmente essere sufficiente la discussione, ma potrebbero anche prospettarsi opportunità di deduzioni probatorie. Anche in questo caso, peraltro, lo strumento processuale dovrebbe consistere in un breve differimento dell'udienza, per poi procedere all'eventuale ammissione della prova e all'assunzione della stessa come dedotta⁽³³⁾. Del resto, il « meccanismo » di cui si tratta, non si tradurrebbe in uno strumento di mero differimento e ritardo nello svolgimento del processo e potrebbe anche non avere una concreta attuazione; infatti, la garanzia della difesa sarebbe ugualmente assicurata qualora le parti accettassero di discutere immediatamente i punti indicati dal giudice ovvero dichiarassero di rinunciare a discuterli o di rinunciare a svolgere le deduzioni al riguardo⁽³⁴⁾.

(32) L'art. 442 del codice di procedura civile francese prevede che il presidente e gli altri giudici possano invitare le parti a fornire le spiegazioni di fatto o di diritto che ritengono necessarie, e a chiarire ciò che appare confuso; secondo l'art. 444 il presidente deve disporre necessariamente la riapertura della discussione qualora le parti non siano state in grado di fornire in contraddittorio le spiegazioni loro richieste.

Si tratta di norme generiche, ma che forniscono lo strumento attraverso cui il giudice può provocare il contraddittorio.

(33) In entrambe le ipotesi il giudice potrebbe poi disporre utilmente la comparizione personale delle parti, al fine dell'interrogatorio libero, e per chiarire i punti che gli sembrano rilevanti per la decisione, non oggetto di precedente contraddittorio.

Occorre d'altronde sottolineare come, al fine di assicurare un effettivo contraddittorio, è probabilmente impossibile ricostruire una tipologia normativa che si presenti al contempo adeguata ed esauriente. Infatti, non sembra possibile indicare e specificare in modo analitico e preventivamente, tutte le ipotesi alle quali il giudice dovrebbe provocare il contraddittorio di parte.

(34) È evidente, invero, che per la validità della decisione sotto il profilo della garanzia della difesa, non occorre che le parti si siano effettivamente difese, essendo sufficiente che esse abbiano avuto la possibilità di farlo.

Norme di questo tipo dovrebbero valere per ogni grado del giudizio, poiché in ogni fase e grado del procedimento si può evidentemente porre il problema del contraddittorio rispetto ai poteri decisori del giudice. Ciò appare evidente per l'appello, dovendosi richiamare tutte le considerazioni finora svolte, in modo non diverso da quanto accade per il primo grado, ma gli stessi rilievi valgono senza dubbio anche per il giudizio di cassazione, anche se in tali ipotesi il problema non riguarda gli elementi di fatto della decisione. Basta ricordare infatti che anche la Corte di Cassazione ha il potere autonomo di sollevare questioni rilevabili d'ufficio, di individuare la norma applicabile (anche tenendo conto dello *ius superveniens*), e di qualificare giuridicamente la fattispecie controversa. In Cassazione, malgrado la tipicità dei motivi di ricorso ed i limiti propri del sindacato che la Corte svolge, l'esigenza di attuazione del contraddittorio non è quindi minore di quanto abbia luogo nei gradi di merito ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Il solo problema riguarderebbe le modalità di svolgimento del processo di cassazione che, ex art. 379 cod. proc. civ., si esaurisce con la discussione in udienza.

Peraltro, non sembra si pongano particolari incertezze nel configurare una sospensione dell'udienza o comunque la segnalazione alle parti di punti da sottoporre a discussione, qualora risulti che la pronuncia è destinata ad essere emessa e fondata su punti di diritto diversi da quelli discussi dalle parti o su questioni rilevabili d'ufficio.