



*“IL PRINCIPIO DEL  
CONTRADDITTORIO NEL  
PROCESSO CIVILE”*

*di  
Manuela Bongiono*

## INDICE

INTRODUZIONE	3
--------------	---

### CAPITOLO I

LA COPERTURA COSTITUZIONALE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO	5
--	---

1. La rilevanza costituzionale del contraddittorio	5
2. La legge costituzionale n° 2 del 1999, i principi del “giusto processo” e il nuovo art. 111 della Costituzione	11
3. Le sentenze della terza via e la dibattuta questione sulla loro validità. Orientamento rigorista e sostanzialista. Cenni e rinvii	16

### CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO CIVILE	23
---	----

1. L’art. 38 c.p.c. del 1865	23
2. I lavori preparatori del codice del 1940	30
2.1. L’art. 101 del codice di procedura civile	34
2.2. La legge di riforma n° 69 del 18 giugno 2009 e l’introduzione del secondo comma dell’art. 101 c.p.c.	38
2.3. L’inciso “salvo la legge disponga altrimenti”	43
2.4. Il contraddittorio eventuale o differito	45

### CAPITOLO III

IL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE	52
--	----

1. La regolare instaurazione del giudizio	52
---	----

2. La prima udienza di trattazione e il dovere di collaborazione del giudice con le parti, ex. Art. 183 quarto comma del codice di procedura civile	57
---	----

## CAPITOLO IV

IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E LE SENTENZE DELLA “TERZA VIA”	63
--	----

1. Nozione e problematiche	63
2. Gli orientamenti dottrinali precedenti la novella del 2009	66
2.1 La tesi rigorista	69
2.2 La tesi sostanzialista	74
3. Gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti la riforma del 2009	76
4. La legge n° 69 del 18 giugno 2009 e il secondo comma dell’art. 101 c.p.c.	88
4.1 Il rilievo officioso di questioni e il contraddittorio tra le parti	93
4.2 La sanzione della nullità e la posizione della giurisprudenza	96

CONCLUSIONI	105
-------------	-----

BIBLIOGRAFIA	109
--------------	-----

## INTRODUZIONE

La presente tesi ha per oggetto il principio del contraddittorio quale cardine dell'ordinamento giuridico italiano e, segnatamente, del processo civile.

L'intento è illustrare i tratti fondamentali del principio del contraddittorio, per procedere al suo inquadramento nel codice di procedura civile del 1865 e poi nell'art. 101 del codice vigente.

Il principio del contraddittorio è stato oggetto, dapprima, di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e, successivamente, della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., e che ha provveduto ad enunciare i principi del c.d. "giusto processo".

In particolare, è stato affermato al secondo comma del novellato art. 111 Cost che *"ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata."*

A livello codicistico, nel 2009, l'art. 101 del codice di rito è stato oggetto di una rilevante riforma che, nell'intento legislativo, avrebbe dovuto porre un freno all'invalsa pratica giurisprudenziale delle c.d. sentenze della "terza via".

Le sentenze della "terza via", o "solitarie", o "a sorpresa" sono quelle pronunce giurisdizionali che hanno il loro fondamento in una questione rilevata officiosamente dal giudice, e non sottoposta al previo contraddittorio delle parti.

Tali pronunce hanno formato oggetto delle elaborazioni dottrinali di due differenti correnti di pensiero; la prima c.d. garantista, che, sulla base della lettura costituzionalmente orientata del principio del contraddittorio, nonché sulla base della riforma dell'art. 111 della Costituzione, qualifica come in ogni caso invalide le sentenze rese in modo solitario dal giudice.

Un secondo orientamento, invece, propende per la validità di tali pronunce, atteso che la questione rilevabile d'ufficio appartiene al materiale della causa e, quindi, potenzialmente conoscibile dalle parti, che avrebbero potuto valorizzarla anche in assenza di un rilievo officioso ad opera del giudice.

Da tali premesse si fa discendere la conclusione che la mancata trattazione della questione rappresenti la conseguenza di una negligenza delle parti stesse.

L'antico brocardo latino *"audiatur et altera pars"* consacra il principio del contraddittorio, quale essenza di un processo che possa definirsi come giusto.

In sede processuale, oggetto di affermazione e negazione solo gli argomenti delle parti organizzati secondo un criterio che li renda comprensibili ed idonei al confronto dialettico.

Storicamente, il legame tra processo, contraddittorio e giustizia è sempre stato indissolubile ed esso appare chiaramente in un passaggio della tragedia, nella tragedia Medea, scritta da Seneca: *“chiunque formuli una decisione senza aver ascoltato la parte avversa, quand’anche decisa in modo giusto, tuttavia giusto non è”*.

Questa frase viene pronunciata al tiranno Creonte, che si accinge ad esiliare Medea in Colchide; Medea, dopo aver udito le accuse contro di lei mosse sostiene che la giustezza di un giudizio non possa essere valutata in astratto, ma debba fondarsi su parametri concreti circa l’attivazione di un dialogo processuale tra le parti in lite, consentendo ad esse di esprimere adeguatamente le proprie allegazioni e difese.

## CAPITOLO I

### LA COPERTURA COSTITUZIONALE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO.

SOMMARIO: 1. La rilevanza costituzionale del contraddittorio - 2. La legge costituzionale n° 2 del 1999, i principi del “giusto processo” e il nuovo art. 111 della Costituzione - 3. Le sentenze della terza via e la dibattuta questione sulla loro validità. Orientamento rigorista e sostanzialista. Cenni e rinvii

#### 1. – La rilevanza costituzionale del contraddittorio

Il nostro ordinamento giuridico, e in modo analogo tutti gli ordinamenti degli stati di diritto, è governato da molteplici principi posti a garanzia dell’esercizio di una giustizia effettiva, equa e tangibile. Tra questi principi spiccano il principio del giusto processo, il principio della ragionevole durata del processo e il principio di legalità.

All’interno del novero di tali snodi focali dell’ordinamento giuridico è da ricomprendere anche il principio del contraddittorio, che si configura come quel principio in grado di garantire a coloro che sono i destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al processo nella sua formazione, su di un piano di parità.

Il principio del contraddittorio si risolve, in altre parole, nell’esigenza di assicurare alle parti la possibilità di esprimere la loro versione dei fatti e che questa venga ascoltata davanti a quell’organo terzo ed imparziale chiamato a dirimere la controversia, che è il giudice, e che la loro tesi possa, sul piano teorico, ma anche su quello pratico, influenzare l’esito finale del processo.

Se il contraddittorio, nel linguaggio comune, “descrive un contrasto dialettico tra opposte posizioni assertive, dirette ad elidersi vicendevolmente”<sup>1</sup>, in ambito giurisdizionale tale contrapposizione dialettica delle parti in lite, consente di garantire l’effettiva partecipazione dei contendenti alla formazione della decisione finale nonché l’attuazione della giustizia sostanziale.

Il principio del contraddittorio è oggi espressamente enucleato all’interno di quattro documenti fondamentali nel panorama della tutela dei diritti a livello nazionale ed internazionale: la Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo<sup>2</sup>, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>3</sup>, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>4</sup> e la Carta Costituzionale.<sup>5</sup>

Per quel che concerne l’affermazione del principio del contraddittorio in ambito nazionale, questa si verifica, prima, sul piano della legge ordinaria, all’interno del codice di procedura civile, e soltanto dopo nella Carta Costituzionale, all’interno della quale il principio compare esplicitamente solo con la legge costituzionale di riforma n° 2 del 23 novembre 1999<sup>6</sup>; legge, questa, che sancirà l’ingresso nell’ordinamento giuridico dei principi del giusto processo.

---

<sup>1</sup> Così COMOGLIO L.P., *Contraddittorio*, in AA. VV., *Dig. disc. Priv., Sez. Civi.* Torino, 1989, p. 1.

<sup>2</sup> Il 10 dicembre 1948 l’assemblea generale delle Nazioni Unite a New York ha approvato la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo. Le direttive che concernono il processo e il contraddittorio sono la n° 10 e la n° 11.

<sup>3</sup> La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali è stata adottata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall’Italia con la legge 4 agosto 1955 n° 848, ed entrata in vigore il 26 ottobre 1955. L’art. 6 della Convenzione sancisce il diritto ad un equo processo e stabilisce che: “ogni accusato ha segnatamente diritto ad essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico”

<sup>4</sup> Il Patto Internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 2200° (XXI) del 16 dicembre 1966, ed è entrato in vigore per l’Italia il 15 dicembre 1978. Sul tema del contraddittorio si segnalano gli articoli n° 14 e 15.

<sup>5</sup> Ai sensi del novellato art. 111 secondo comma della Costituzione: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale”. Tale comma è stato introdotto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n° 2. Prima di tale riforma la rilevanza costituzionale del contraddittorio si desumeva dall’art. 24 della Costituzione, che sancisce il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento.

<sup>6</sup> La legge costituzionale 23 novembre 1999 n° 2, inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n° 300 del 23 dicembre 1999.

Ai sensi dell’art. 1 di tale legge, al primo comma dell’articolo 111 della Costituzione, sono premessi i seguenti.

Negli anni che caratterizzarono il secondo dopoguerra si registra un'inversione di tendenza avente ad oggetto il principio del contraddittorio e il suo ruolo all'interno del processo civile, recuperando un'idea classica di tale principio, quale nucleo centrale del processo.<sup>7</sup>

Ed invero, il relegare il contraddittorio in un ambito statico, era stato determinato dalle correnti dottrinali fossilizzatesi alle caratteristiche esteriori del giudizio, concepito come costruzione formale, determinato da singoli atti, provvedimenti e fasi processuali, restando irrilevante, invece, il sostrato materiale del giudizio, ovvero il nucleo vitale del procedimento, costituito dai principi che lo sorreggono.<sup>8</sup>

Rileva, infatti, la dottrina<sup>9</sup>, come fosse stata riacquisita una certa sensibilità rispetto alle tematiche sostanziali del processo, non limitandosi più ad aspetti esteriori, che impedivano di poter effettivamente comprendere cosa significasse giudicare.

Non si sapeva più che cosa significasse giudicare, per questo si rendeva necessario restituire al processo il volto del giudizio che si era perduto, per coordinare armonicamente la considerazione organica del processo con la considerazione del giudicare.

In quest'ottica, torna prepotentemente sulla scena, il principio del contraddittorio, che comincia ad acquisire i caratteri di quella dinamicità che assumerà rilevanza sostanziale.<sup>10</sup>

---

*"La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita".*

<sup>7</sup> PICARDI N., "Audiatur et altera pars". Le matrici storico culturali del contraddittorio. in Riv. trim. dir. proc. civ. 2003, p. 7.

<sup>8</sup> CARNELUTTI F., *Torniamo al giudizio* in Riv. dir. proc. civ. 1949, p. 170.

<sup>9</sup> CARNELUTTI F., *Torniamo al giudizio*. cit., p. 170.

<sup>10</sup> CAPOGRASSI G., *Giudizio, processo, scienza e varietà* in Opere V. Milano, 1959.



Il processo riprende ad essere configurato come la naturale sede per l'esplicazione dialettica delle parti in lite, al fine di raggiungere la giustizia della decisione attraverso la contrapposizione di tesi contrastanti, che trovano la loro sintesi nella qualificazione del principio del contraddittorio, quale potere di partecipazione delle parti, riconosciuto e tutelato.<sup>11</sup>

Esponenti della dottrina<sup>12</sup> rilevano che nella peculiarità del contraddittorio, definito come la struttura dialettica del procedimento, è agevole reperire la caratteristica strutturale del processo, da cui, al contrario, deriva che solo i tipi di procedimenti che si avvalgono di un simile strumento possono definirsi processi.

Nella ricostruzione del Fazzolari, che pone in rilievo la centralità del contraddittorio e la sua natura dialettica, emergono non poche problematiche atteso che la concezione del contraddittorio è ancora strettamente connessa ad una sua ottica statica, tanto che era consentito al giudice, pur tenuto ad attuare il contraddittorio, non tenere in considerazione o disattendere le argomentazioni sollevate dalle parti, dando luogo a sentenze che poco o nulla tenevano in considerazione quanto sostenuto dalle parti nella discussione, dialettica e contrapposta, della controversia.

La funzione del contraddittorio continua ad essere limitata al garantire alle parti una situazione di simmetrica parità delle armi – costituite dalle argomentazioni sostenute in giudizio dalle parti - mediante una meccanica contrapposizione di tesi e, quindi, sostanziando il contraddittorio in uno strumento di lotta.<sup>13</sup>

Ogni atto processuale della parte si qualifica come logico presupposto dell'occasione concessa alla controparte, come reazione e risposta all'atto precedente, sicchè può facilmente rilevare cosa volesse intendere Calamandrei quando sostenne che *“il processo è una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco”*.<sup>14</sup>

Prosegue il giurista, affermando che la dialettica processuale, che consacra il contraddittorio, altro non è che una gara di abilità, nell'ambito della quale *“ciascun competitore prima di fare*

---

<sup>11</sup> TROKER N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 972.

<sup>12</sup> FAZZALARI E., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861.

<sup>13</sup> PICARDI N., *“Audiatur et altera pars”*. *Le matrici storico culturali del contraddittorio*. cit., p. 9.

<sup>14</sup> CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*. cit., p. 33.

*un passo deve cercare di prevedere, con attento studio non solo della situazione giuridica ma altresì della psicologia dell'avversario e del giudice, con quali reazioni l'antagonista risponderà alla sua mossa".*<sup>15</sup>

Il principio del contraddittorio comincia ad acquisire una maggiore rilevanza, in un'accezione dinamica, dal momento dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale<sup>16</sup>, con particolare rilievo dato agli articoli 3<sup>17</sup> e 24 comma secondo<sup>18</sup> della Costituzione, tramite i quali si è giunti, ad opera di dottrina e giurisprudenza, ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del principio del contraddittorio.

Rilevante, in tale ambito, è stata la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in funzione concretizzatrice, la quale ha elevato a rango costituzionale il principio del contraddittorio, quale espressione del combinato disposto degli articoli 3 e 24 secondo comma della Costituzione.<sup>19</sup>

Viene così affermato come l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge ex art. 3 comma 1° Cost., si estrinsechi nella parità delle armi all'interno del procedimento che porta alla formazione dell'atto giudiziale, *"il contraddittorio rappresentando precisamente lo strumento tecnico che plasma la struttura del processo è preordinato ad assicurare tale uguaglianza"*.<sup>20</sup>

Viene, così, progressivamente affermandosi una concezione del contraddittorio costituzionalmente orientata, che si sostituisce a quell'interpretazione tradizionale, in cui, la parità nelle posizioni di partenza tra i contendenti garantite all'inizio del giudizio, era sufficiente per la correttezza esplicazione del principio del contraddittorio.

---

<sup>15</sup> CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*". cit., p. 33.

<sup>16</sup> La Costituzione fu promulgata il 27 dicembre 1947, ed entrò in vigore il 1° gennaio 1948.

<sup>17</sup> *"Tutti i diritti hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, razza, di lingua di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali."* Così recita l'art. 3 primo comma della Carta Costituzionale.

<sup>18</sup> *"La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"*. Art. 24 comma secondo della Carta Costituzionale.

<sup>19</sup> PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, 2002.

<sup>20</sup> COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 577 ss.

Sotto questa nuova luce, il contraddittorio non si limita ad una dimensione, per così dire statica, ma si estende, fino a ricomprendere tutte le azioni processuali, delle parti e del giudice, le quali devono essere tutelate consentendo ai litiganti di far valere paritariamente le loro ragioni in modo continuativo, per tutto l'arco temporale in cui il processo si svolge.

Eminenti esponenti della dottrina<sup>21</sup> prendono prepotentemente le distanze dalla concezione tradizionale del contraddittorio per sostenere che l'art. 101 c.p.c. esprima la necessità impellente che il contraddittorio venga garantito alle parti per tutto il corso del processo e, in particolar modo, prima che il giudice pronunci su questioni rilevabili d'ufficio.<sup>22</sup>

Il principio del contraddittorio non appare riferibile esclusivamente all'atto introduttivo del giudizio, ma deve trovare realizzazione per tutto il corso del processo, sicchè la sentenza emessa dal giudice prima della scadenza dei termini fissati ex art. 190 c.p.c.<sup>23</sup> per il deposito delle comparse conclusionali, dà luogo a nullità del procedimento<sup>24</sup>, e della sentenza per violazione del contraddittorio, essendosi impedito ai difensori delle parti, di svolgere, in modo completo ed analitico, il diritto di difesa.

Il principio del contraddittorio garantisce a ciascun destinatario del provvedimento del giudice, di poter influire sul contenuto dello stesso, sicchè esso necessita di realizzazione nel corso dell'intero processo, non potendosi limitare al solo atto introduttivo del giudizio.

Da ciò consegue che la violazione del contraddittorio comporta la nullità dell'intero giudizio, con la conclusione che la sentenza che lo definisce non è idonea a porre in essere statuizioni suscettibili di acquisire l'autorità di cosa giudicata, se non impugnate.

---

<sup>21</sup> DENTI V., *Art.111 della Costituzione, Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna. 1987, p. 220.

<sup>22</sup> Sarà questo un tema spinoso cui dottrina e giurisprudenza manifesteranno opinioni contrastanti in modo acceso, dando luogo alla formazione di due principali orientamenti: quello garantista e quello sostanzialista.

<sup>23</sup> *“Le comparse conclusionali debbono essere depositate entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla rimessione della causa al collegio [...] Per il deposito delle comparse conclusionali il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, può fissare un termine più breve, comunque non inferiore a venti giorni.”* Art. 190 del codice di procedura civile.

<sup>24</sup> L'art. 156 c.p.c. rubricato *“Rilevanza della nullità”* al secondo comma così si esprime: *“Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo”*.

Come si è cercato di evidenziare, l'art. 101 c.p.c. ha ampliato la propria capacità espansiva con l'entrata in vigore della Costituzione, il cui riferimento agli artt. 3 e 24 ha consentito di plasmarne una concezione costituzionalmente orientata.

In un simile contesto era inevitabile che svolgesse un ruolo determinante la Corte Costituzionale, specificatamente nell'interpretazione dell'art. 24 comma secondo della Costituzione, intesa non soltanto quale espressione dell'esigenza di una difesa tecnica, ma anche del più consistente principio di uguaglianza sostanziale. Ne consegue che *“il contraddittorio rappresenta precisamente lo strumento tecnico che plasma la struttura del processo ed è preordinato ad assicurare tale uguaglianza”*.<sup>25</sup>

L'interpretazione costituzionalmente orientata del principio del contraddittorio e la sua consacrazione tra i principi aventi rilevanza costituzionale, operata in virtù del combinato disposto tra l'art. 101 c.p.c., da un lato, e gli artt. 3 e 24 Cost., dall'altro, trova esplicita affermazione nel testo dell'art. 111 della Costituzione, così come novellato dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999 n° 2, che introduce, gli ormai celebri, canoni del “giusto processo”.<sup>26</sup>

## 2. – La legge costituzionale n° 2 del 1999, i principi del “giusto processo” e il nuovo art. 111 della Costituzione

Per quanto conclamata come innovativa, la riforma che introduce i canoni del “giusto processo” non sembra avere carattere di novità per l'ordinamento giuridico processuale, atteso che essa si limita ad esplicitare principi che aveva già provveduto ad enunciare la Corte Costituzionale –con espresso richiamo alla locuzione del “giusto processo” - e che, con il tempo, si erano cristallizzati nell'ambito della cd Costituzione materiale.

L'inciso legislativo per cui *“ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità [...]”* non farebbe altro che riprodurre il risultato già raggiunto, in via interpretativa da dottrina e giurisprudenza, nella lettura del principio del contraddittorio ex

---

<sup>25</sup> COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 584.

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 111 primo comma: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*.

art. 101 c.p.c. sotto la luce degli artt. 3 e 24 della Costituzione, circa la garanzia della difesa in giudizio.<sup>27</sup>

Ed, infatti, quando la legge richiede lo svolgimento del processo in condizioni di parità, enuclea quel principio di eguaglianza espresso nell'art. 3 Cost..

La distinzione tra principio di uguaglianza formale, ex art. 3 comma primo della Costituzione, e principio di uguaglianza sostanziale, ex art. 3 comma secondo della Costituzione, rispecchia, infatti, la distinzione, in seno al principio del contraddittorio, tra accezione statica e dinamica.

Il contraddittorio, infatti, nella sua configurazione tradizionale, prevedeva la *“predeterminazione paritaria dei poteri processuali, cioè una eguaglianza delle armi concepita in senso formale”*<sup>28</sup>. Così espresso, il principio del contraddittorio riecheggia inevitabilmente, il principio di uguaglianza formale, in assenza di considerazione circa i suoi possibili aspetti dinamici e funzionali.

Nel suo inquadramento costituzionalmente orientato, il principio del contraddittorio pretende si realizzi un'eguaglianza sostanziale delle parti rispetto alle armi processuali, ossia *“un'effettiva parità di chances di successo nella lite”*<sup>29</sup>, in modo indipendente al merito della lite.

Inquadrando il contraddittorio alla luce dell'art. 3 Cost., si evidenzia come una dimensione statica del contraddittorio non sia, da sola, bastevole per la garanzia espressamente richiesta dal novellato art. 111 Cost.<sup>30</sup>, essendo necessario che questa sia accompagnata *“dall'uguaglianza sostanziale dei soggetti rispetto alla possibilità di partecipare al giudizio e di servirsi degli strumenti processuali”*.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Sugli aspetti di novità della novella dell'art. 111 Cost, rispetto al precedente catalogo di garanzie costituzionali, si è espresso TROKER N., *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini, C. Verardi, Milano, 2001, .

<sup>28</sup> CAPONI R., *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile* a cura di M.G. Civininni e C.M. Verardi, Milano, 2001. p. 57.

<sup>29</sup> CAPONI R., *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*. cit. p. 57.

<sup>30</sup> L'art. 111 Cost richiede che il contraddittorio si espliciti in condizioni di parità.

<sup>31</sup> CAPONI R., *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*. cit. p. 58.

Il rispetto del principio di uguaglianza nell'esplicazione del contraddittorio coinvolge necessariamente l'esercizio effettivo del diritto di difesa ex art. 24 Cost, nel senso che l'effettività del contraddittorio può, e deve, essere garantita dal legislatore attraverso la predisposizione di strumenti di tutela, che, a monte, consentano l'esercizio della difesa in condizioni di parità.

Gli impedimenti a tali forme di tutela effettiva sono costituiti da ostacoli di ordine economico e sociale, che incidono sull'eguaglianza dei cittadini, impedendone l'effettiva possibilità di intraprendere l'iniziativa processuale per la tutela dei propri interessi.

In tale ottica, si intende riferirsi, non solo, alla prospettiva di contraddire le ragioni di parte avversa nel processo, ma, prioritariamente, alla stessa, e concreta, opportunità di proporre istanza di tutela dei propri diritti, incardinando un giudizio.

L'impedimento che non consenta la realizzazione dell'esercizio del diritto di difesa può connaturarsi nell'insufficiente livello di istruzione – che incide sulla consapevolezza del soggetto della possibilità di far valere i propri diritti in sede giurisdizionale – e nelle carenti risorse economiche che, pur non scalfendo la conoscenza degli strumenti di tutela a disposizione, può concretamente impedirne la sua attuazione in giudizio.

In aggiunta a tali ordini di impedimenti, il Caponi<sup>32</sup> ne individua un'ulteriore categoria, attinente strettamente all'ordinamento processuale; si tratta di quegli eventi che, nell'ambito di un procedimento già instaurato, influenzano le condizioni di esercizio dei singoli poteri processuali.<sup>33</sup>

Spetta al legislatore il compito di evidenziare, individuare e mitigare gli effetti di tali impedimenti che, concretamente, inibiscono la possibilità del cittadino di esercitare il diritto di difesa, che si pone quale presupposto preliminare del contraddittorio.

Sulla base delle osservazioni inerenti alla novella costituzionale, relative alla portata applicativa dell'art. 3 e 24 Cost., la dottrina maggioritaria<sup>34</sup>, non le riconosce carattere

---

<sup>32</sup> CAPONI R., *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*. cit. p. 58.

<sup>33</sup> Si tratta, tra gli altri, del caso fortuito e della forza maggiore, per le quali il rimedio previsto dal legislatore è quello della rimessione in termini.

<sup>34</sup> CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1011; e DIDONE A., *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di B. Capponi e F. Verde, Napoli, 2002, p. 103.

innovativo, atteso che, oltre ad essere stata già individuata la portata del concetto di “giusto processo”, sulla base dell’ art. 24 Cost., erano già presenti, in alcune decisioni della Corte Costituzionale degli anni ’80, i primi riferimenti espliciti alla locuzione “giusto processo”<sup>35</sup>, che, in un’ottica evolutiva della giurisprudenza, venne per qualificarlo come vero e proprio principio costituzionale.

Come di consueto accade, a fronte di un’innovazione legislativa, non tutti gli autori sono concordi, sicchè è da registrare che taluni esponenti della dottrina hanno ravvisato nel novellato art. 111 Cost. e, segnatamente nella stessa locuzione “giusto processo”, un elemento di novità.

Tale novità si coglie nel fatto che le garanzie espresse nella disposizione costituzionale non vanno interpretate come garanzie processuali avulse da un contesto predeterminato, bensì come un’espressione sintetica del complesso dei valori costituzionali concernenti l’attività giurisdizionale<sup>36</sup>.

Da ciò consegue che, con l’espressione “giusto processo” il legislatore abbia voluto introdurre nell’ordinamento giuridico una clausola generale, che consenta, da un lato, l’ingresso nel procedimento di tutti quei valori o principi ritenuti essenziali per la realizzazione di una tutela effettiva dei contendenti, e dall’altro, un onere del legislatore e dei giuristi di continuo raffronto tra le regole processuali e i principi che enucleano il giusto processo ex art. 111 Cost.

I principi che qualificano il “giusto processo” assumerebbero quindi la qualifica di parametro sulla cui base valutare la legittimità e rispondenza ai valori e alle norme costituzionali di un processo.

Sarebbe, quindi, giusto solo il processo che rispecchia i canoni contenuti all’interno della clausola generale del “giusto processo”. Giusto non soltanto perché perviene ad una decisione giusta, ma anche perché vi perviene tutelando l’effettività dei diritti processuali delle parti coinvolte nel giudizio<sup>37</sup>.

---

PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 della Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, pp. 241 e ss.; MONTELEONE G., *Il processo civile alla luce dell’art. 111 Cost.*, in *Giust.civ.* 2001, p. 523;

BOVE M., *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. dir. Proc.* 2002, pp. 479- 480.

<sup>36</sup> CECCHETTI M., *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc.dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 200, p. 606.

<sup>37</sup> GRAZIOSI C., *La terza via e il giudice programmato: spunti sistematici.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 511 – 532.

In questo senso si esprime Chiarloni<sup>38</sup>, il quale riconosce alla formula “giusto processo” un significato ulteriore che va ben al di là delle singole garanzie attribuite ai singoli, che risulta essere identificabile con la giustizia del processo, intesa non come una sua mera regolarità o legalità, ma come la produzione di una sentenza che sia giusta in quanto rispecchi le garanzie offerte in primis dalla costituzione e poi dai codici di rito.

A questa concezione si contrappone quella di chi, invece, sostiene che il “giusto processo” faccia riferimento al concetto di giustizia, quale regolarità del processo e rispetto delle garanzie costituzionali e, segnatamente, del principio del contraddittorio tra le parti vicendevolmente e tra le parti e il giudice<sup>39</sup>.

I principi espressamente costituzionalizzati in cui tale “giusto processo” si sostanzia sono: il principio del contraddittorio, la terzietà ed imparzialità del giudice<sup>40</sup>, e la ragionevole durata del processo<sup>41</sup>.

Per quello che qui rileva, è stato opportunatamente segnalato<sup>42</sup> come venga in rilievo il contraddittorio non soltanto quale diritto a conoscere e a partecipare al processo, ma anche quale diritto delle parti di dimostrare i fatti posti a fondamento delle loro rispettive pretese.

Ed infatti, connaturato al contraddittorio è l'esercizio in condizioni paritarie del diritto alla prova – e alla controprova – che consentono, in modo effettivo e pregnante, la possibilità delle parti di influire sulla decisione finale della controversia a proprio vantaggio.

Qualora non si consentisse ad entrambe le parti la facoltà di provare nel giudizio le questioni di fatto che sono allegare a sostegno della propria tesi – offensiva o difensiva -, non potrebbe realizzarsi, non soltanto, il contraddittorio, atteso che il giudice sarebbe posto in condizione

---

<sup>38</sup> CHIARLONI S., *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. civ. comm.* 2004, II, p 498.

<sup>39</sup> PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 della Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, p 241/242 – 249/250.

<sup>40</sup> Secondo alcuni autori, rappresenta una novità per la nostra Costituzione che si era meramente limitata a garantire l'autonomia e indipendenza dei giudici dagli altri poteri dello stato. Tra gli esponenti di tale corrente dottrinale vi è TROKER N., *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. A cura di M. G. Civinini, C. Verardi, Milano, 2001, p. 972 ss.

<sup>41</sup> Già riconosciuta dalla Convenzione Europea dei diritti umani del 1950 e dal trattato di Amsterdam.

<sup>42</sup> TONOLLI S., nota alla sentenza della Corte di Strasburgo resa nel caso *Dombo Beheer* contro Paesi Bass, in *Giur.it.* 1996, I, 1, p 153.



di valutare solo le risultanze dei mezzi di prova che propendono a favore di una o dell'altra parte, ma anche il "giusto processo" stesso, stante l'impossibilità, in tal modo di giungere ad una sentenza giusta<sup>43</sup>.

Ciascuna parte deve essere posta nelle condizioni di confutare quanto affermato dalla parte avversa, avendo a disposizione i medesimi mezzi di prova di cui ha goduto la controparte.

Sulla scorta di tali argomentazioni era stata sollevata questione di legittimità costituzionale su numerosi istituti<sup>44</sup> del codice di procedura civile che erano ritenuti contrastanti con il diritto alla prova nel rispetto del contraddittorio, in quanto introducenti limiti all'ammissibilità delle prove nel processo civile.

3. – Le sentenze della terza via e la dibattuta questione sulla loro validità. Orientamento rigorista e sostanzialista. Cenni e rinvii.

La qualificazione espressa del principio del contraddittorio quale principio caratterizzante il modello del "giusto processo", ha sollevato, in dottrina e giurisprudenza, una problematica che risulta essere ancora oggi attuale, quella delle cd sentenze della terza via – o di "terza opinione" o "a sorpresa" o "sentenze solitarie" o "a sorpresa" -. Con queste espressioni terminologiche si fa riferimento a quel fenomeno che ricorre quando il giudice decide la causa basandosi su un punto di fatto o di diritto sul quale le parti non hanno potuto anteriormente difendersi e contraddire.

In altre parole, per "terza via" si intende il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice per la decisione della controversia, percorso che si pone come ulteriore a quello prospettato dalle parti in sede di trattazione e discussione della causa.

Se è vero, infatti, che il giudice ha il potere di decidere diversamente da come le parti prospettano, con il limite della motivazione e del rispetto del principio di corrispondenza tra

---

<sup>43</sup> TROKER N., *Il valore costituzionale del "giusto processo"*. cit., p. 972.

<sup>44</sup> Tra questi istituti vi è l'art. 246 c.p.c. rubricato incapacità a testimoniare, ai sensi del quale: "*Non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio*".

chiesto e pronunciato, è altrettanto vero che *se il contraddittorio è la via dell'accertamento, tutto ciò che è accertamento o presupposto di esso, deve passare attraverso il filtro di una specifica dialettica delle parti*"<sup>45</sup>.

Analogamente, Montesano<sup>46</sup> rileva come la garanzia costituzionale del contraddittorio non abbia, in modo alcuno, eliminato dall'ordinamento giuridico il principio fondamentale *iura novit curia*<sup>47</sup>, da cui discende il suo non essere vincolato alle impostazioni della causa in diritto operata dalle parti.

Il principio *iura novit curia*, infatti, comporta che nell'esercizio della sua funzione, il giudice può essere coadiuvato dalle parti nella ricerca delle fonti giuridiche da applicare al caso concreto, restando comunque libero di qualificare la fattispecie ed individuare la relativa norma. Quindi, sul giudice incombe la presunzione di conoscenza di tutte le norme che vengono adottate all'interno dell'ordinamento giuridico.

Ciò nonostante, la garanzia del contraddittorio "*incide fortemente sui modo e sui tempi dell'esercizio di quel potere-dovere*"<sup>48</sup> del giudice di individuare la norma applicabile ai fatti di causa.

In assenza di una specifica disposizione legislativa che si esprima in maniera univoca circa l'ammissibilità e la validità della pratica giurisprudenziale, la dottrina si è divisa in due differenti filoni interpretativi, ciascuno dei quali riporta al principio del contraddittorio una diversa rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico.

Le tesi dottrinali che si svilupparono furono dunque due: da un lato la cd tesi rigorista, che valorizza la funzione di garanzia del contraddittorio nella sua relazione biunivoca con il diritto di difesa, e all'estremo opposto, la cd tesi sostanzialista, nell'ambito della quale si attribuisce rilievo preminente alla correttezza sostanziale della decisione.

Dalla breve descrizione fornita delle opinioni sostenute dalle due correnti dottrinali, può evincersi come la conseguenza della validità delle sentenze della terza via possa ricondursi solo alla tesi sostanzialista. Rimane, invece, ferma l'assoluta inammissibilità della decisione

---

<sup>45</sup> GRAZIOSI C., *La terza via e il giudice programmato: spunti sistematici*. cit., p. 511.

<sup>46</sup> MONTESANO L. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via* in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 929.

<sup>47</sup> Art. 113 c.p.c. "*Nel pronunciarsi sulla causa, il giudice deve seguire tutte le norme di diritto [...]*".

<sup>48</sup> MONTESANO L. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*. cit., p. 929.

del giudice che si fondi su questioni su cui il contraddittorio non fosse stato sollevato, sostenuta dalla teoria garantista.

Le due tesi, in realtà, prendono le mosse da una comune base giuridica, che è rappresentata dall'obbligo del giudice di osservare le norme processuali, anche quando l'inosservanza non importi nullità o altre sanzioni<sup>49</sup>.

Chiarloni, da sempre sostenitore della validità delle sentenze di terza via, ha costantemente affermato che esiste *“uno stringente dovere del giudice, sanzionabile anche in via disciplinare, di obbedire al comando dell'art. 183 quarto comma del codice di procedura civile”*<sup>50, 51</sup> che gli impone di sollecitare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio.

Tale obbligo, viene ricondotto, dal Chiarloni, al principio di collaborazione tra le parti e il giudice, e non ad una possibile violazione del contraddittorio.

La convergenza della dottrina sull'obbligatorietà per il giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni officiose, rappresenta un dato faticosamente acquisito dal panorama dottrinale processuale. Ciò è quanto emerge dall'indagine svolta da Fabiani<sup>52</sup>, il quale riconduce tale omogeneità di pensiero dottrinale ad una pluralità di fattori.

In primo luogo viene in rilievo il capovolgimento della più risalente interpretazione dell'art. 183 c.p.c. La norma disciplinante la prima comparizione delle parti e l'udienza di trattazione, non viene intesa più come norma meramente direttiva, bensì precettiva, il cui fondamento viene ravvisato nei principi generali dell'ordinamento processuale civile.

In questo punto la dottrina si divide, in quanto, secondo alcuni – esponenti della teoria sostanzialista - il principio presupposto dall'art. 183 c.p.c. sarebbe il principio di collaborazione tra le parti e il giudice, secondo altri – sostenitori della tesi rigorista - sarebbe invece rappresentato dal principio del contraddittorio.

---

<sup>49</sup> Si esprime così CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* in *Giur.it.* 2002 p. 1363. Chiarloni è uno degli esponenti della dottrina sostanzialista, che attribuiva validità alle sentenze della terza via.

<sup>50</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit., p. 1364.

<sup>51</sup> *“Nell'udienza di trattazione [...] il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.”* Così statuisce il quarto comma dell'art. 183 c.p.c.

<sup>52</sup> FABIANI M., *Rilievo d'ufficio di questioni da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza.* in *Foro it.* 2006. p. 3173.

È d'uopo puntualizzare che per la dottrina rigorista, il contraddittorio viene concepito nella sua dimensione dinamica e di effettività, non come mera possibilità teorica di una difesa in giudizio, ma come garanzia per le parti di una difesa effettiva – che si espliciti in tutti i suoi aspetti – estesa a tutto il processo, in applicazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

In secondo luogo, nel processo di acquisizione di omogeneità di pensiero della dottrina, non poteva non acquisire notevole rilevanza l'avvenuta costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, con la riformulazione dell'art. 111 Cost. e l'introduzione dei canoni del giusto processo.

In terzo, ed ultimo, luogo, il Fabiani, richiama la novella legislativa che ha interessato l'art. 384 c.p.c. relativo al processo dinanzi la Corte di Cassazione.

La novità normativa<sup>53</sup>, all'art. 12 del Dlgs. 2 febbraio 2006 n° 40 modificava l'art. 384 c.p.c., stabilendo al terzo comma che: *“Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.”*

Ma se si riscontra una sostanzialmente concorde opinione in dottrina circa la sussistenza di un vero e proprio obbligo, e non mera facoltà, per il giudice di sollecitare il contraddittorio sulla questione officiosa, una eterogeneità di pensiero caratterizza, invece, numerosi altri profili.

In particolare una dissonanza caratterizza due differenti ordine di problemi:

1. se l'ambito delle questioni rilevabili d'ufficio, per le quali si pone l'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio si estende a tutte le tipologie di questioni rilevabili d'ufficio, o solo ad alcune di esse. Tale obbligo riguarda unicamente le questioni di fatto? O coinvolge anche quelle miste e di puro diritto?
2. l'individuazione delle conseguenze nel caso di violazione dell'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio. È possibile impugnare la sentenza che definisce il primo grado di giudizio per violazione del contraddittorio?

---

<sup>53</sup> Di cui al Dlgs. 2 febbraio 2006 n° 40, recante modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di Cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80.

Appare lapalissiano come la differente risposta fornita ai due interrogativi caratterizzi la posizione garantista e quella sostanzialista.

A tali problematiche si cercherà di fornire una spiegazione<sup>54</sup>, attraverso un excursus delle posizioni dottrinali maggiormente rilevanti appartenenti all'una e all'altra corrente dottrinale, formulate prima della novella del 2009, accompagnate dalla posizione giurisprudenziale sostenuta dalla Corte di Cassazione.

Emblematico segnale della profonda divisione dottrinale sulle questioni prospettate, è la circostanza che la sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sezione prima, del 21 novembre 2001 n° 14637, che per la prima volta afferma la nullità della sentenza solitariamente adottata, sia stata oggetto contestualmente di nota adesiva, ad opera di Francesco Paolo Luiso<sup>55</sup>, e di nota critica, da parte di Sergio Chiarloni<sup>56</sup>.

Luiso<sup>57</sup> plaude alla sensibilità dimostrata dai giudici che, discostandosi dalla precedente giurisprudenza<sup>58</sup>, traggono le necessarie conseguenze che dovrebbero derivare dalla violazione del contraddittorio. Violazione che si determina ogni qual volta il giudice fonda la propria decisione su questione rilevate d'ufficio, e non sottoposta alla dialettica delle parti.

Luiso si pone in contrasto con l'opinione sostenuta dal Chiarloni, secondo il quale, la questione rilevabile d'ufficio apparterebbe al materia della causa. Da tale considerazione, consegue necessariamente che la questione sia potenzialmente conoscibile dalle parti, anche in assenza di rilievo officioso, per cui la mancata trattazione di questa è da ascrivere alla negligenza delle parti.

Tale ragionamento induttivo del Chiarloni viene profondamente contestato, atteso che sostenere che non ci sia violazione del contraddittorio per l'astratta possibilità delle parti di conoscere la questione rilevata officiosamente, è un argomento che prova troppo, perché allora sarebbero inutili comparse conclusionali e repliche.

---

<sup>54</sup> Si rimanda il lettore per tale analisi al Capitolo V.

<sup>55</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, in *Giust. civ.* 2002. p. 1611

<sup>56</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit, p. 1363.

<sup>57</sup> Esponente della posizione dottrinale rigorista.

<sup>58</sup> Cass. 29 aprile 1982 n° 2712.

L'autore <sup>59</sup>sostiene che il rischio di un'istruttoria incompleta, per mancata provocazione del contraddittorio sul rilievo officioso, si presenti anche qualora le questioni rilevate d'ufficio<sup>60</sup> siano di puro diritto, limitandosi, cioè, all'interpretazione della disposizione normativa.

Sulla scia di tale ragionamento, infatti, non può escludersi che, ove fosse stato sollecitato il contraddittorio tra le parti, con la sottoposizione della questione officiosa alla parti, queste avrebbero potuto evidenziare elementi utili, di fatto e di diritto, per la decisione.

Per Luiso, il principio del contraddittorio si esplica al di là della garanzia per le parti di poter addurre elementi nuovi o domande nuove, sollecitate dal rilievo della questione officiosa; esso ha, infatti, una valenza propria, quasi etica, in quanto *“Una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata”*.<sup>61</sup>

Chiarloni si muove, invece, in direzione opposta a quanto affermato dagli esponenti della corrente rigorista; egli, infatti, afferma che non avrebbe senso alcuno discorrere di nullità della sentenza qualora la questione, rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, sia stata correttamente decisa dal giudice. In questo caso, quindi, non vi sarebbe ragione per dolersi del comportamento dell'organo giudicante.

Al contrario, se la questione è stata decisa in modo erraneo, la sentenza risulta essere viziata per l'errata decisione adottata dal giudice, ma non per la violazione del contraddittorio tra le parti.

Chiarloni omaggia Luiso, riconoscendogli il merito di *“aver fatto scendere dal cielo del formalismo garantistico e di aver rimesso con i piedi ben saldi per terra”* <sup>62</sup> la problematica affrontata dalla Corte di Cassazione nella sua pronuncia. L'Autore erra, tuttavia, nel non derivare tutte le conseguenze necessarie dalle corrette, e condivisibili, premesse.

Alla censura della nullità delle sentenze solitarie ostano, infatti, il principio di economia processuale e le esigenze di giustizia sostanziale che impongono, non già, di ritenere soddisfatto il rispetto del principio del contraddittorio, bensì, di valutare se la sentenza possa comunque essere giunta alla corretta decisione.

---

<sup>59</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1613.

<sup>60</sup> Va specificato come, per Luiso, raramente le questioni sia qualificabili di puro diritto, atteso che, nella maggior parte dei casi, non si tratta solo dell'interpretazione della norma, ma anche e soprattutto della sua applicazione.

<sup>61</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1614.

<sup>62</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit. p. 1363.

Infatti, sarebbe insensato “*Pretendere l’annullamento di una sentenza che, a seconda dei casi, il giudice di appello o il giudice di rinvio, dovrebbero necessariamente riprodurre con identico dispositivo.*”<sup>63</sup>.

Da tali premesse, il Chiarloni, fa discendere la circostanza per la quale la sentenza sia nulla solo nell’ipotesi in cui il rilievo officioso avrebbe potuto comportare prospettive fattuali non considerate dalle parti, se il contraddittorio, omesso, fosse stato provocato.

Tale nullità, inoltre, potrebbe essere fatta valere soltanto quando la sentenza avesse concretamente determinato una lesione del diritto di difesa del soccombente, cui spetta l’onere di allegare e dimostrare la violazione in sede di impugnazione.

Anche per Luiso, l’ordinamento giuridico pone a carico dell’appellante l’onere di allegare, in sede di impugnazione, elementi di fatto o di diritto, nuove allegazioni, nuove domande, nuove prove, che egli avrebbe addotto se avesse avuto la possibilità di esprimersi sulla questione rilevata d’ufficio. Da tali premesse, a parer di Chiarloni, si erra nel far discendere, in ogni caso, l’invalidità della sentenza solitaria.

Infatti, la nullità della sentenza di terza via è “*il frutto di una fattispecie complessa dove non basta che il giudice abbia rilevato d’ufficio una questione, senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, ma occorre in più che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alle particolarità del caso concreto, l’apertura a sviluppi della lite, fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti.*”<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1365.

<sup>64</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit. p. 1366.

## CAPITOLO II

### IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO CIVILE.

SOMMARIO: 1. L'art. 38 del codice di procedura civile del 1865 - 2. I lavori preparatori del codice del 1940 - 2.1. L'art. 101 del codice di procedura civile - 2.2. La legge di riforma n° 69 del 18 giugno 2009 e l'introduzione del secondo comma dell'art. 101 c.p.c. - 2.3. L'inciso "salvo la legge disponga altrimenti" - 2.4. Il contraddittorio eventuale o differito.

#### 1. – L'art. 38 del codice di procedura civile del 1865

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale, la disciplina codicistica del principio del contraddittorio si ebbe con il codice di procedura civile del 1865, discusso ed approvato in seguito all'unificazione del Regno d'Italia.

La disciplina del principio del contraddittorio si rinviene nel codice di procedura civile del 1865, specificatamente all'art. 38 in cui si statuisce la necessità della citazione della parte contro cui la domanda è proposta affinché il giudice sia in grado di pronunciarsi<sup>65</sup>.

Il codice di procedura civile viene approvato agli albori dell'unificazione del Regno D'Italia, proclamata il 17 marzo 1861, in un contesto socio-politico di non agevole lettura, atteso che le legislazioni di cui si erano dotate gli Stati preunitari, erano molteplici, variegata e dissimili. In particolare, durante le annessioni, nelle Marche, nell'Umbria ed in Emilia-Romagna, era entrato in vigore il codice di procedura civile sardo del 1859, mentre l'ex Regno delle Due Sicilie e l'ex Granducato di Toscana avevano conservato la loro legislazione.

Da ciò si evince la necessità di operare un'unificazione legislativa, che consentisse al neonato Regno d'Italia di operare in modo uniforme su tutto il territorio.

---

<sup>65</sup> L'art. 38 del codice di procedura civile del 1865 così recitava: "Non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge."



Tale esigenza unificatrice emerse anche in ambito processual-civilistico, tanto che, sotto il dicastero della giustizia di Giuseppe Pisanelli, venne riunita un'apposita commissione di illustri giuristi e cultori del diritto per la redazione di un progetto di codice di rito.

Tale progetto, unitamente alla relazione illustrativa, venne presentato nel novembre del 1863. Esattamente un anno dopo, il Guardasigilli Giuseppe Vacca, esponente del Governo, richiese l'autorizzazione al potere legislativo, per emanare, unitamente agli altri, il codice di procedura civile.

Tuttavia, il progetto del codice di procedura civile non era stato discusso dall'apposita Commissione di studio, né dal Parlamento, né dalle istituzioni competenti, sicché vennero espresse forti riserve circa l'approvazione del progetto; ciò nondimeno, essendo improcrastinabili le esigenze di unificazione legislativa, la Commissione, ad hoc nominata presso la Camera dei deputati, optò per la concessione dell'autorizzazione al Governo di pubblicare, per decreto, sia il codice civile che il codice di procedura civile.

Contestualmente all'approvazione venne conferito al Governo l'incarico di adottare le modificazioni necessarie al progetto del codice<sup>66</sup>.

A lavori ultimati, il nuovo codice, preceduto dalla Relazione del Ministro Vacca, fu presentato al Re, e, successivamente, approvato con R. D. 25 giugno 1865 n. 23.

Il successivo R. D. 30 novembre 1865, n. 2600, contiene, invece, le disposizioni transitorie per l'attuazione, compilate e discusse, all'inizio di novembre 1865, dalla Commissione di coordinamento.

Il codice di rito, così elaborato, presentava notevoli imperfezioni, tanto da spingere, fin da subito, ad apportare modifiche all'originario impianto del codice.<sup>67</sup>

Avendo sommariamente delineato lo scenario in cui il codice di procedura civile viene approvato, può procedersi all'analisi della disposizione che qui maggiormente rileva: l'art. 38.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Con il decreto ministeriale 6 aprile 1865 venne istituita una Commissione ad hoc per il codice di procedura civile che rivede il progetto fra l'aprile e il giugno del 1865.

<sup>67</sup> Tanto si evince dai *Lavori preparatori ai codici italiani*, redatto dal ministero della giustizia, dipartimento per gli affari di giustizia, biblioteca centrale giuridica, 2013. pp. 51 ss.

<sup>68</sup> La norma in esame è collocata all'interno del Libro Primo, denominato "Dell'ordine e della forma dei giudizi", Titolo I, rubricato "Disposizioni generali".

Posto affianco delle disposizioni codicistiche che disciplinano le modalità e i requisiti di instaurazione del giudizio civile contenzioso di primo grado dinnanzi al giudice civile, l'art. 38 fa valere un principio di ragion naturale, per cui è necessario che qualsivoglia tipologia di processo proceda nel contraddittorio tra le parti, affinché, la parte contro cui la domanda è proposta, possa esporre le proprie ragioni e difese.

E, nella Relazione Pisanelli del 1863, sul progetto del codice di procedura civile, si continuava affermando la collocazione del fondamento del contraddittorio nella matrice giusnaturalistica del principio immanente al processo stesso.<sup>69</sup>

Successivamente, la rilevanza assiologica del principio del contraddittorio andò progressivamente scemando, tanto che in conclusione del XIX secolo, Mortara scriveva: *“Crederei di venir meno alla serietà di una esposizione di principi scientifici se mi permettessi di ripetere le consuete frasi [...] sul principio di ragione naturale che insegna la necessità del contraddittorio”*.<sup>70</sup>

A ben vedere, il nucleo delle disposizioni, dettate dal legislatore codicistico del 1865, rivolte alla regolamentazione della fase introduttiva del giudizio, non sono numerose, ed hanno carattere generale<sup>71</sup>, e riguardano la proposizione, forma e contenuto dell'atto di citazione, nonché tutte le prescrizioni preliminari all'instaurazione legittima di un giudizio.

Le opere dottrinali dell'epoca<sup>72</sup>, dall'affermazione implicita del contraddittorio fanno discendere la necessaria proposizione della domanda con atto di citazione, e conseguente notifica nei confronti del convenuto, atteso che il termine “contraddittorio” non viene espressamente adoperato dal legislatore.

---

<sup>69</sup> PISANELLI G., *Relazione al governo sul progetto del codice di procedura civile al Senato del Regno* del 26 novembre 1863 in GIANZANA S., *Codice di procedura civile del Regno d'Italia colla relazione ministeriale, richiami e riferimenti alle leggi affini*. Torino, 1886, p. 21, riportata da PICARDI N., *Il principio del contraddittorio*. In *Riv. dir. proc.* 1998.

<sup>70</sup> MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile III*. Milano, 1923.

<sup>71</sup> Il contenuto delle disposizioni del codice relative all'instaurazione del giudizio trovano la ratio della loro esiguità nella circostanza per la quale trattasi di *“principi di diritto universo, che sono stati sempre mai ricevuti presso tutti i popoli del mondo”*. Tali principi si prestano quindi a formare oggetto di vaste opere a carattere di commentario, così PISANELLI G., SCAIOLA A., MANCINI P.S. *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di D. Galdi, Napoli, 1875, p.171.

<sup>72</sup> Così si pronuncia MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1902. p. 69.

Come sopra accennato, il contraddittorio viene qualificato come facoltà naturale, trattandosi della connaturata modalità di esercizio del diritto di difesa, per la quale si diceva allora “*è inutile discorrere*”<sup>73</sup>. Sarebbe, quindi, questa la ratio del succinto dettato legislativo in materia, essendo, appunto, sufficiente la prescrizione della necessità di citare la parte avversa in giudizio affinché il diritto di difesa venga rispettato.

L’atto di citazione ha la finalità precipua di mettere in mora il convenuto, per riconoscere ed adempiere volontariamente la sua obbligazione, ed eventualmente rendere possibile il raggiungimento di un accordo consensuale tra le parti in lite; qualora la parte convenuta non intenda riconoscere il credito di parte avversa, la citazione consente ad egli di svolgere in modo ampio e penetrante tutte le facoltà inerenti al diritto di difesa.

L’atto di citazione, in definitiva, assolve, quindi, la funzione di *vocatio in ius*<sup>74</sup>, originariamente istituito a carattere squisitamente privatistico, divenne poi a carattere pubblicistico, essendo stato stabilito che nessuno potesse essere convenuto se non per ordine dell’Autorità giudiziaria, per rientrare, successivamente, in un ambito privatistico, atteso che il giudice non ha alcun potere in merito alla verifica preventiva delle questioni esposte all’interno dell’atto di citazione, non potendosi rifiutare la possibilità di presentare citazione per ipotesi di infondatezza della domanda per motivi in fatto o in diritto<sup>75</sup>.

Invero, il giudice, non potrà, preliminarmente, pronunciarsi sulla domanda solo qualora la parte, contro cui è stata proposta, non abbia ricevuto regolare citazione.

Già il legislatore codicistico del 1865 si era posto l’obiettivo di individuare i soggetti cui potesse notificarsi l’atto di citazione in mancanza della persona convenuta, al fine di

---

<sup>73</sup> A parere di GARGIULO F.S., *Il codice di procedura civile del Regno d’Italia*. Napoli, 1876. p. 124.

<sup>74</sup> Agli albori della civiltà giuridica, la *in ius vocatio* era l’istituto che, nel diritto romano, nell’ambito delle *cognitio extra ordinem*, garantiva la presenza in iure del contendente.

La *in ius vocatio* si configura come un atto privato compiuto dall’attore, senza partecipazione alcuna dell’organo pubblico, con il quale si invitava l’altra parte a presentarsi, insieme ad egli, davanti il magistrato.

Qualora il vocatus si fosse rifiutato di presenziare dinanzi al magistrato, all’attore era precluso il ricorso alla forza (invece lecito secondo il rito delle *legis actiones*), e l’unico rimedio lecito era rappresentato dalla coazione indiretta esercitata dal pretore attraverso la *missio in bona*. Così MARRONE M., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004.

<sup>75</sup> Quanto esposto da PEDONE L., *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d’Italia (Procedura Civile)*, Palermo, 1868.

assicurare la possibilità effettiva di conoscenza della citazione in giudizio e, garantire la presenza in giudizio, ferma restando la libera scelta del convenuto di prendere parte al processo o meno.

Tale preoccupazione si evince proprio dalla relazione ai lavori preparatori di stesura del codice<sup>76</sup>: familiari del convenuto e le persone di servizio, il portinaio dell'abitazione e i vicini di casa.

L'art. 38 c.p.c. individuava, inoltre, le ipotesi in cui non fosse necessario rispettare la prescrizione del contraddittorio; tali ipotesi, essendo molteplici, non potevano essere tutte enucleate dal legislatore, sicché le trattazioni manualistiche ne forniscono esemplificazioni<sup>77</sup>. Trattasi di materie destinate ad essere trattate senza contraddittore, che si esplicano in circostanze in cui non sia l'effettiva persona, contro cui la domanda è proposta, a partecipare al giudizio, da non confondere con le ipotesi e le materie sottoposte a procedimenti di volontaria giurisdizione.

Nel novero di tali ipotesi rilevano quelle in cui sia stato il convenuto a dare corso all'illegittimità dell'atto di citazione, o abbia rinunciato alla garanzia in proprio favore, scegliendo di non costituirsi in giudizio<sup>78</sup>, o, il caso in cui il convenuto non abbia la rappresentanza dei suoi beni, o che non possa stare in giudizio senza l'autorizzazione altrui<sup>79</sup>, o ancora, l'ipotesi della citazione per pubblici proclami<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> PEDONE L., *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia (Procedura Civile)* cit. p. 64.

<sup>77</sup> GARGIULO F. S, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*. cit. p. 124.

<sup>78</sup> Ai sensi dell'art. 57 c.p.c. "La violazione o l'omissione delle formalità della legge stabilite nell'interesse di una delle parti non può essere opposta dall'altra. La parte non può opporre la nullità di forma quando essa, o chi agisce per essa, vi abbiano dato causa, o quando vi abbia espressamente o tacitamente rinunciato."

<sup>79</sup> "Chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante. Chi ha limitata amministrazione dei suoi beni, o non può stare in giudizio senza l'assistenza o l'autorizzazione altrui, è citato tanto in persona propria quanto in persona di coloro, la cui assistenza o autorizzazione è necessaria. Se manchi la persona che deve rappresentare o assistere il convenuto, o la medesima abbia interesse opposto a quello del convenuto...il presidente della corte o del tribunale... davanti cui è portata la causa nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto." Art. 136 c.p.c.

<sup>80</sup> "Quando la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da citarsi, il tribunale... può autorizzare la citazione per proclami pubblici, mediante iscrizione nel giornale degli annunci giudiziari e nel giornale

Tali materie sono trattate ai sensi dell'art. 778 n° 2 c.p.c.<sup>81</sup>.

A parere di Emilio Betti<sup>82</sup>, il principio del contraddittorio aveva due fondamenti, uno logico ed uno pratico.

Il fondamento logico attiene a ciò che nel processo viene fatto valere: un rapporto o uno *status* giuridico della persona.

La bilateralità del rapporto giuridico o dello stato personale, nel suo pratico atteggiamento in ordine a una lite, determina, consequenzialmente, la bilateralità del processo.

Il processo si svolge tra due parti, delle quali, l'attore, colui che assume l'iniziativa, fa valere in giudizio una ragione, affermando o negando un rapporto giuridico o uno stato personale, nei confronti di un altro soggetto, il convenuto, chiamato, nel proprio interesse, a contraddire la pretesa avanzata dall'attore.

Il fondamento pratico del contraddittorio qualifica l'attività di ciascuna parte nel processo, essendo questa diretta al raggiungimento della giustizia della decisione, ossia la finalità del processo stesso, atteso che, mediante l'esercizio del contraddittorio, si esprime l'esigenza che l'iniziativa processuale sia conferita, non soltanto ad una, ma ad entrambe le parti: l'attività processuale di una parte è controllata e rettificata dalla contraddizione della rispettiva controparte.

La singola parte, mossa dal proprio interesse, è per natura inidonea e inaffidabile a prospettare al giudice i fatti della causa in modo completo, esauriente ed esaustivo, poiché per definizione evidenzierebbe quelli ad essa favorevoli e occulterebbe quelli a sé sfavorevoli.

La contraddittorietà nel giudizio tra le parti *“porta naturalmente a una correzione degli eccessi e delle deficienze dell'esposizione avversaria”*,<sup>83</sup> sicché, *“l'esposizione di ciascuna parte si integra e rettifica, in servizio della decisione giusta”*<sup>84</sup>.

---

ufficiale del Regno, con le cautele consigliate dalle circostanze, e designa, se possibile, alcuni tra i convenuti ai quali debba notificarsi la citazione nei modi ordinari[...]" Art. 146 c.p.c.

<sup>81</sup> “Si provvede in camera di consiglio: 1. In materia di giurisdizione volontaria, salvo la legge stabilisca diversamente. 2. Nelle altre materie da trattare senza contraddittore. 3. Negli altri casi determinati dalla legge.” Così statuisce l'art. 778 c.p.c.

<sup>82</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, pp. 87- 88.

<sup>83</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*. cit. p. 88.

<sup>84</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*. cit. p.89

Il contraddittorio rappresenta, quindi, l'indefettibile complemento e indispensabile correttivo dell'iniziativa processuale della singola parte, che agisce in funzione del proprio interesse, atteso che solo la "bilateralità dell'iniziativa", solo l'attività combinata delle parti, potrà assicurare al giudice un'esposizione dei fatti corretta e imparziale, tale da consentirgli gli strumenti per una giusta decisione.

L'attività processuale della controparte è, però, meramente eventuale, il convenuto ha il diritto di contraddire solo qualora lo ritenga opportuno, senza però essere tenuto a farlo; il contraddittorio si esplica, dunque, in una facoltà/onere.

Se tale facoltà/onere non viene attivata si dà luogo al fenomeno del processo contumaciale. Non appare, infatti, opportuno obbligare il convenuto a comparire, atteso che la contraddizione produce effetti rilevanti solo qualora colui il quale sia chiamato a contraddire abbia un interesse nel farlo.

Così si esprimono Betti<sup>85</sup>: *“l'efficacia della sua contraddizione è tutta fondata sulla spinta del suo interesse e quindi della sua libertà”*. *“Il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando vi sia fondamento nel contraddire: se non ce n'è, costituisce un ingombro”*, e Carnelutti<sup>86</sup> *“a ciascuna parte spetta il potere di azione, [...] l'attività di ciascuna parte nel processo giova allo scopo di questo in quanto sia controllata e rettificata dal contraddittorio, il principio del contraddittorio esprime precisamente la bilateralità dell'azione e la ragione di questa”*. *“Ciascuna parte agisce nel processo per il proprio interesse, ma l'azione combinata di tutti e due serve allo scopo del processo, questo fenomeno, che costituisce l'anima del meccanismo processuale, si può rappresentare come la componente di due forze antagonistiche: ciascuna delle due forze in lite diverge dalla forza che tende alla giusta composizione della lite, ma con questa coincide la loro risultante”*.<sup>87</sup>

La dottrina dell'epoca della codificazione unitaria inquadrava il contraddittorio come un mezzo del processo e non un fine, la cui mancanza non pregiudica, e non si pone in contrasto,

---

<sup>85</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*. cit. p. 90.

<sup>86</sup> CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova, 1933. p. 52.

<sup>87</sup> CALAMANDREI P., qualche decennio dopo, si esprimerà in modo simile all'interno del suo celebre saggio *“Il processo come giuoco”*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, p. 33.

Il giurista si esprime nel senso che l'esito del processo, finalizzato alla giustizia, dipende dalla somma algebrica e dalla sintesi degli sforzi delle parti diretti ad escludersi vicendevolmente.

con lo scopo del processo, poiché la giusta decisione può raggiungersi pure senza la cooperazione delle parti.

Tale orientamento dottrinale rappresenta un completo ribaltamento della classica concezione giusnaturalistica<sup>88</sup>, essendo ormai il contraddittorio divenuto come un elemento accidentale all' interno del processo.

Gli autori sopra menzionati <sup>89</sup> risultavano, infatti ed inevitabilmente, influenzati dal mutamento di prospettiva<sup>90</sup> del processo che prese campo nel primo dopoguerra, e che lo qualificava come una branca del procedimento; da tale ricostruzione conseguiva automaticamente un'applicazione più rigorosa della normativa del procedimento, nel cui ambito il principio del contraddittorio rimaneva ai margini<sup>91</sup>.

## 2. – I lavori preparatori del codice del 1940

A conclusione del primo conflitto mondiale, la Commissione reale per il dopoguerra presenta un progetto di riforma del processo civile, elaborato dalla VIII Sezione della Prima Sottocommissione presieduta da Giuseppe Chiovenda, illustre giurista ed accademico italiano.

Pochi anni dopo, nel 1922, un nuovo progetto, che prevedeva una riforma parziale del codice fu elaborato da Ludovico Mortara.

Dovranno, tuttavia, attendersi diversi anni per avere una riforma organica della materia; questa fu, infatti, intrapresa soltanto nel quadro della codificazione promossa dal regime fascista.

---

<sup>88</sup> PICARDI N., “*Audiatur et altera pars*”. *Le matrici storico culturali del contraddittorio*. in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, pp. 7- 22.

<sup>89</sup> BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*. cit. e CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*. cit.

<sup>90</sup> Gli eminenti giuristi dell'epoca elaborano, infatti, la teoria normativa del diritto.

<sup>91</sup> PICARDI N., “*Audiatur et altera pars*”. *Le matrici storico culturali del contraddittorio*. cit., pp. 7 – 22.

Il governo venne autorizzato<sup>92</sup> all'elaborazione di un progetto di codice di procedura civile, e di ciò fu incaricata la Terza Sottocommissione, presieduta da Ludovico Mortara.

La prima bozza del codice, relativa ai primi due libri, - processo di cognizione e processo di esecuzione - venne predisposta da un comitato ristretto, il cui relatore fu Francesco Carnelutti, per poi essere rivista e corretta dall'intera Sottocommissione.

Per opera del ministro Alfredo Rocco il progetto venne pubblicato ma senza rimanere esente da modificazioni; modifiche che furono apportate da una Commissione ministeriale voluta e composta dal Guardasigilli Arrigo Solmi, il quale personalmente individuò le direttive cui la Commissione si sarebbe dovuta attenere. Da evidenziare che a tale Commissione, partecipò anche Enrico Redenti.

Il progetto, cd Solmi, venne pubblicato nel maggio 1937, unitamente alla relazione illustrativa, per essere sottoposto all'attenta analisi e critica ad opera delle Corti giudiziarie, del Consiglio di Stato, dell'Avvocatura dello Stato, dei Ministeri, dei professori universitari, nonché di operatori e tecnici del diritto.

Elaborate le osservazioni pervenute al Ministero, che ne curò altresì la pubblicazione, il Comitato ministeriale procedette alla redazione del Progetto definitivo.

Il testo fu, quindi, trasmesso nel febbraio 1939 alla Commissione delle Assemblee legislative, deputata ad esprimere il proprio parere<sup>93</sup>.

All'esito di tale esame vennero messe in luce gravi lacune e carenze del progetto e il nuovo occupante della carica di Guardasigilli, Dino Grandi (che era succeduto a Solmi), intese colmare tali insufficienze avvalendosi della collaborazione di un comitato, nel quale volle fortemente la presenza di Redenti, Carnelutti e Calamandrei.

La predisposizione del testo del nuovo codice fu immediatamente seguita dalla presentazione, ad opera del ministro Grandi, al Consiglio dei Ministri per la revisione finale del testo.

All'approvazione del Consiglio dei Ministri<sup>94</sup>, seguì l'emanazione legislativa del nuovo codice di procedura civile, avvenuta con Regio Decreto 28 ottobre 1940 n° 1443, integrato

---

<sup>92</sup> Con la legge delega 20 dicembre 1923, n. 2814 e successive integrazioni, il governo venne dalle Camere incaricato di elaborare il nuovo codice di procedura civile.

<sup>93</sup> Il parere che le camere sono chiamate ad esprimere trova il suo riferimento normativo nell'art. 2 della l. 30 dicembre 1923, n. 2814 e art. 2 e 3 della L. 24 dicembre 1925, n. 2260

<sup>94</sup> La delibera di approvazione del Consiglio dei Ministri è datata 2 aprile 1940.



dal successivo Regio Decreto 18 dicembre 1941 n° 1368, con cui furono adottate le disposizioni attuative e transitorie.

Il nuovo codice di procedura civile entra in vigore il 21 aprile 1942.

Con l'affermazione del regime democratico, al testo del codice di procedura civile furono apportate modificazioni emanate con il decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 483 ed entrate in vigore solo nel 1950.

Negli anni seguenti si sono succedute numerose riforme, talune delle quali incidevano su singole norme o singoli istituti, per quel che ci riguarda, la riforma relativa all'istituto del contraddittorio, fu quella del 2009, avvenuta con legge n°69 adottata il 18 giugno.

Nel suo impianto originario, il codice del 1942 esponeva la disciplina del principio del contraddittorio nel medesimo articolo in cui risulta oggi essere contenuta: l'art. 101, che oggi consta di un ulteriore comma rispetto alla formulazione primaria.

Il principio del contraddittorio è dunque enucleato all'interno dell'art. 101 del codice di procedura civile, che così recita: "Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata o non è comparsa".

La disposizione si configura come una trasposizione del vecchio art. 38 del c.p.c. del 1865, che si rifà a una concezione tradizionale del principio, ispirata agli ideali liberali dello stato di diritto.

La garanzia prevista è che il soggetto, contro il quale è proposta la domanda, sia stato ritualmente citato in giudizio, affinché possa difendersi, qualora lo ritenga opportuno.

L'art. 101 del nuovo codice di procedura civile è rubricato "*Principio del Contraddittorio*" e, spendendo un'interpretazione letterale, potrebbe affermarsi che il rispetto di tale principio si ponga quale *condictio sine qua non* per la definizione legittima della controversia.

A tal fine sarebbe, quindi, richiesta *non solum* la citazione in giudizio della parte avversa, *sed etiam* la sua effettiva presenza.

In realtà, a parere di unanime dottrina<sup>95</sup>, non si tratta di un obbligo di comparizione, ma di un mero onere; ciò che rileva, per il legislatore codicistico, non è l'effettiva presenza del convenuto in giudizio, bensì che il soggetto, contro cui la domanda è proposta, abbia la

---

<sup>95</sup> ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile volume*, I, Napoli, 1954. p. 87.

possibilità di partecipare al processo; e tale possibilità viene, appunto, garantita dalla regolarità della citazione.

La possibilità offerta al convenuto dal rispetto del principio del contraddittorio si afferma, quindi, come condizione per la trattazione del merito della causa e, in ultima analisi, come presupposto processuale.

A ciascuna parte del processo, quindi, deve essere offerta la possibilità di avvalersi della struttura dialettica del processo, nel rispetto della sua libertà di comparire o meno, perciò dell'essenza stessa del contraddittorio, inteso come esigenza imprescindibile e immanente al processo, dando quindi respiro all'accezione di libertà del contraddittorio, intesa come facoltà della parte di giovare o rinunciare qualora lo ritenga opportuno nella cura del proprio e personale interesse<sup>96</sup>.

Ciò che il legislatore del 1942 ha inteso garantire affermando il principio del contraddittorio, è l'uguaglianza delle parti nelle posizioni di partenza, nelle fasi iniziali del processo, rimanendo indifferente, invece, rispetto alle esigenze di una tutela ulteriore, rappresentata dalla garanzia di concreta previsione di strumenti che assicurino l'effettività del contraddittorio nel corso del processo; garanzia, cui il legislatore non aveva dato attenzione, potendosi verificare che l'uguaglianza astrattamente assicurata all'incardinarsi del processo, non si traducesse in effettiva attuazione del contraddittorio nel corso del giudizio.<sup>97</sup>

Quella che viene in luce dall'esegesi della norma, è un'interpretazione formale e statica del contraddittorio<sup>98</sup>, risalente all'ideologia liberale, frutto di una concezione liberal-individualistica della realtà, finalizzata a garantire la possibilità di partecipazione al procedimento delle parti, dunque una loro "parità delle armi", mediante lo strumento della vocativo in ius, con applicativo nella fase iniziale del processo, che non trova, tuttavia, estensione dinamica nel corso del giudizio, che sia in grado di assicurare una effettiva equità tra i contendenti in tutte le fasi del processo.

Inoltre, la garanzia enucleata dall'art. 101 c.p.c. non è assicurata in via assoluta, atteso che il legislatore pone limiti all'operatività di tale principio, a fronte di casi in cui la legge disponga

---

<sup>96</sup> COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 577 ss.

<sup>97</sup> COMOGLIO L.P., *Contraddittorio*, *Dig. disc. priv., sez. civi.* Torino, 1989. p. 37.

<sup>98</sup> COMOGLIO L.P. *Principio del Contraddittorio*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 2007, p. 1 ss.

altrimenti, sicchè il giudice è posto nelle condizioni di pronunciarsi sulla pretesa di parte attrice anche in assenza della garanzia della controparte di partecipare al giudizio, e quindi anche in mancanza della citazione in giudizio del convenuto.

L'art. 101 c.p.c. è chiaro al riguardo e statuisce l'inciso “*salvo che la legge disponga altrimenti*”.

Le eccezioni all'applicabilità del principio del contraddittorio devono essere espresse e disciplinate da disposizione di legge e consentono, quindi, che il giudice si pronunci in assenza della preventiva instaurazione del contraddittorio.

Tali eccezioni riguardano, tra gli altri: sequestro conservativo e giudiziario, provvedimenti cautelari, istruzione preventiva, procedimenti possessori, interdizione e inabilitazione, denuncia di nuova opera e danno temuto, provvedimenti in camera di consiglio e procedimento monitorio<sup>99</sup>.

Le limitazioni all'operatività del contraddittorio devono essere previste in conformità all'art. 24 secondo comma della Costituzione<sup>100</sup>, sicché, tali eccezioni, devono rispondere ad interessi meritevoli di tutela che, in seguito ad un bilanciamento operato con il rispetto del principio del contraddittorio, risultano essere prevalenti.

Il mancato rispetto del contraddittorio nel processo, in assenza di garanzie di attivazione successiva e differita per impulso della parte avversa, comporterebbe inevitabilmente la censura ad opera della Corte Costituzionale di tali istituti, per contrasto con l'art. 24 secondo comma della Costituzione.

## 2.1. – L'art. 101 del codice di procedura civile

Il principio del contraddittorio consacra l'antico brocardo latino dell'*audiatur et altera pars*, per cui “il giudice non può procedere né giudicare senza aver chiamato davanti a sé tutte

---

<sup>99</sup> In queste ipotesi la legge, nel rispetto dell'art. 24 della Costituzione, prevede meccanismi di attivazione eventuale e differita del contraddittorio, che consentono alla parte avversa, nei cui confronti il provvedimento potrebbe essere già stato adottato, di recuperare le originarie garanzie del contraddittorio.

<sup>100</sup> “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*”, così il secondo comma dell'articolo 24 della Costituzione.

le parti per ascoltare le loro ragioni”<sup>101</sup>. Il contraddittorio esprime l’esigenza della parte convenuta nel procedimento civile di essere portata a conoscenza della pretesa contro di essa sollevata; ed, infatti, è proprio quest’ultima la connotazione classica del contraddittorio, quale diritto della parte ad avere conoscenza del processo e ad essere messo nelle condizioni, qualora lo desideri, di parteciparvi.

Il fondamento del principio del contraddittorio si rinviene nel carattere bilaterale della domanda giudiziale che si rivolge al giudice e al soggetto, nei cui confronti il provvedimento giurisdizionale richiesto, dovrebbe esplicare i suoi effetti.

Il contraddittorio integra un parametro in base al quale determinare l’efficacia soggettiva del provvedimento, atteso che esso garantisce la partecipazione al procedimento dei destinatari degli effetti della misura giurisdizionale.

Dal punto di vista strutturale, il principio in esame rappresenta la condizione per l’esercizio del potere-dovere del giudice di decidere la causa nel merito; affinché, infatti, il giudice possa pronunciarsi sulla domanda proposta da parte attrice è richiesta la regolare instaurazione del contraddittorio, da realizzarsi attraverso la regolare *vocatio in ius*, da valutarsi sulla base delle disposizioni in materia di atto di citazione<sup>102</sup> e della sua notificazione<sup>103</sup>, ovvero attraverso la comparizione del convenuto nel processo, cui l’ordinamento riconosce efficacia sanante<sup>104</sup>, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

Il contraddittorio non si limita a garantire una cd parità delle posizioni di partenza, che devono essere riconosciute a tutti i soggetti in lite, senza discriminazione alcuna<sup>105</sup>, ma postula l’attribuzione di *chances* effettive di partecipazione dinamica al processo, al fine di consentire a ciascuna parte di orientare e condizionare a proprio favore la decisione giurisdizionale conclusiva.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Così si esprime LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, terza edizione, Milano, 1973.

<sup>102</sup> La validità dell’atto di citazione deve essere valutata sulla base degli artt. 163 ss. del codice di procedura civile.

<sup>103</sup> Art. 137 del codice di procedura civile, rubricato “Notificazioni”.

<sup>104</sup> Art. 164 quarto comma c.p.c. secondo cui: “La costituzione del convenuto sano i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali[...]”.

<sup>105</sup> In attuazione del principio di eguaglianza, ai sensi dell’art. 3 della Carta Costituzionale.

<sup>106</sup> TROKEN N., *Processo civile e costituzione*. Milano, 1974, pp. 384 ss.

Prima dell'intervento esplicito del legislatore<sup>107</sup>, erano state raggiunte importanti conquiste relative all'applicazione del principio del contraddittorio, grazie al lavoro ermeneutico della dottrina.

In particolare, nei commentari al codice di procedura civile<sup>108</sup>, si evidenziava come, solo se il principio del contraddittorio veniva inteso non quale “*onere da tenere per rispettato indipendentemente da una effettiva attuazione del contraddittorio stesso*”<sup>109</sup>, ma come effettiva possibilità delle parti in lite di disquisire intorno l'oggetto della decisione, potevano ammettersi determinate conseguenze sul piano processuale:

- il giudice non può basare la propria decisione su questioni di fatto o di diritto rilevate d'ufficio, in assenza di previa sottoposizione al contraddittorio delle parti.<sup>110</sup>

La giurisprudenza del tempo, tuttavia, non condivideva tale impostazione, sostenendo che il potere di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio attenesse ad una facoltà discrezionale, il cui mancato esercizio non consentisse di dar luogo ad un ricorso per Cassazione<sup>111</sup>. Le posizioni della Cassazione erano ampiamente criticate sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata del principio del contraddittorio, e del combinato disposto degli artt. 101 e 183 comma secondo<sup>112</sup> del codice di procedura civile, alla luce dell'art. 24 secondo comma della Carta Costituzionale.

- al contumace devono essere notificati tutti gli atti – del giudice o delle parti costituite – con i quali si determini un'espansione della cognizione del giudice relativamente al *thema decidendum*: eccezioni di merito con cui si introducono nel giudizio fatti

---

<sup>107</sup> L'art. 111 c.p.c. viene integrato con la l. 69 del 18 giugno 2009, che introduce il secondo comma.

<sup>108</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in AA. VV., *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, Torino, 1973. p. 1087 ss.

<sup>109</sup> COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975. p. 221.

<sup>110</sup> DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. in *Riv. dir. proc.* 1968, p. 217.

<sup>111</sup> Si esprime così la Corte di Cassazione, nella sentenza n° 2694 del 10 agosto 1953, in *Giust. civ.* 1953, I, 3507,

<sup>112</sup> I primi due commi dell'art. 183 c.p.c. così recitano “*All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall'art. 102, secondo comma, dell'art. 164, secondo, terzo e quinto comma, dell'art. 167, secondo e terzo comma, dell'art. 182 e dell'articolo 291, primo comma. Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice fissa una nuova udienza di trattazione*”.

impeditivi, modificativi od estintivi dei fatti di realtà allegati dalle parti, eccezioni processuali, questioni di fatto o di diritto rilevate d'ufficio dal giudice<sup>113</sup>.

- non può trovare applicazione nel processo contumaciale il principio, secondo cui, i fatti non contestati non necessitano di essere provati dalla parte che li adduce a sostegno della propria allegazione.<sup>114</sup>
- la conoscenza dei fatti, realizzatasi nel rispetto dell'art. 115 c.p.c.<sup>115</sup>, può essere posta a fondamento della decisione anche se l'acquisizione non sia stata determinata sulla base dell'iniziativa delle parti cui la prova giova<sup>116</sup>.
- si configurano come espressione del principio del contraddittorio gli obblighi di lealtà e probità ai sensi dell'art. 88 c.p.c., ai sensi del quale *“le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.”*<sup>117</sup>
- al processo instaurato dal legittimato straordinario devono partecipare necessariamente tutti i soggetti del rapporto sostanziale che viene dedotto in giudizio.<sup>118</sup>

Ed infatti, quella che è oggi l'attuale formulazione della disposizione fulcro della disciplina del contraddittorio nel procedimento civile, l'art. 101 c.p.c.<sup>119</sup>, è il frutto di interventi giurisprudenziali e dottrinali che hanno spinto il legislatore alla concretizzazione di quella dimensione di effettività del contraddittorio, da tempo ormai largamente avvertita e richiesta<sup>120</sup>.

---

<sup>113</sup> GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. in *Riv. dir. proc.* 1966, pp. 590-591.

<sup>114</sup> ANDRIOLI V., *Prova nel diritto processuale civile*. in *Noviss. dig. it.* Vol. XIV, Torino, 1967, pp. 274-275.

<sup>115</sup> *“Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”*. Articolo 115 comma primo del codice di procedura civile.

<sup>116</sup> GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. cit., pp. 606-607.

<sup>117</sup> GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. cit., pp. 599 ss.

<sup>118</sup> ANDRIOLI V., *Opposizione di terzo ordinaria*. Napoli. 1965, pp. 99 ss.

<sup>119</sup> Introdotto dall'articolo 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge.

<sup>120</sup> Tra gli altri, COMOGLIO L. P., *Contraddittorio*, Dig. disc. priv., sez. civi., vol. IV. Torino, 1989, pp. 1-29.

Non poteva più ammettersi, infatti, che un giudizio, che per considerarsi tale debba avvalersi del contraddittorio delle parti, potesse procedere senza strumenti alcuni di tutela effettiva del contraddittorio, a fronte di scelte decisorie basate su argomentazioni, in merito alle quali, le osservazioni delle parti non erano state provocate dal giudice.

Il passaggio dalla dimensione statica, garantita dalla conoscenza del processo della parte contro cui la domanda è proposta e dall'attribuzione di strumenti partecipativi, a quella dinamica si è realizzata con la legge di riforma n° 69 del 18 giugno 2009<sup>121</sup>, che ha innovato l'art. 101 c.p.c., introducendone un secondo comma, che stabilisce l'obbligo per il giudice di provocare il contraddittorio tra le parti su quelle questioni rilevate d'ufficio, che intende porre a fondamento della decisione<sup>122</sup>.

2.2. - La legge di riforma n° 69 del 18 giugno 2009, l'introduzione del secondo comma dell'art. 101 c.p.c..

In seguito ad un acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza, nonché tra differenti correnti dottrinali – di cui verrà data ampia trattazione nell'ambito del capitolo IV -, il legislatore ha provveduto ad intervenire sul tema, cercando di indirizzare l'operato della giurisdizione civile, nell'ambito della quale era invalsa la pratica di decidere le controversie con le cd sentenze solitarie; tale intervento si è realizzato con la legge n° 69 del 18 giugno 2009, che tuttavia ha comunque dato adito a più interpretazione e svariate applicazioni, soprattutto ad opera della Corte di Cassazione.

La riforma legislativa ha inciso sull'art. 101 c.p.c., introducendone un secondo comma, che così recita: *“se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non*

---

<sup>121</sup> Il secondo comma dell'art. 101 c.p.c. è stato aggiunto dall'art. 45 della legge n°69 del 18 giugno 2009, pubblicata su Gazzetta Ufficiale n° 140 del 19 giugno 2009, con decorrenza dal 4 luglio 2009.

<sup>122</sup> L'art. 101. Secondo comma c.p.c. così recita: “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.”

*inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.”.*

La norma, introdotta dalla legge n° 69 del 18 giugno 2009, riproduce il contenuto di una disposizione già presente nel codice di rito; trattasi dell’art. 384 c.p.c., disciplinante il giudizio in Cassazione, che al quarto comma così statuisce: *“Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.”.*

Le assonanze tra l’art. 101 secondo comma c.p.c e l’art. 384 quarto comma c.p.c., sono evidenti, atteso che entrambi mirano a tutelare la parte, non dalle pretese di parte avversa, bensì dalle valutazioni arbitrarie del giudicante.

L’art. 101, pur rubricato *“principio del contraddittorio”* si riduce a disciplinare solo il momento iniziale e quello finale del processo. La norma si colloca, in realtà, all’interno del primo libro del codice civile, dedicato alle disposizioni generali che devono riguardare tutto il processo, e non soltanto alcune fasi di esso.

Il legislatore ha, quindi, lasciato che fossero le successive norme a disciplinare compiutamente le modalità di realizzazione del contraddittorio nel corso del giudizio<sup>123</sup>.

Tale innovazione legislativa ha – o avrebbe dovuto avere– risolto la dibattuta questione riguardante la validità delle sentenze cd della “terza via”.

Le sentenze della “terza via” o solitarie sono quelle sentenze basate su questioni rilevate officiosamente dal giudice, in difetto di previa sottoposizione al contraddittorio delle parti<sup>124</sup>.

La fattispecie considerata dal legislatore è quella del rilievo officioso delle questioni nell’ambito della camera di consiglio, e non in udienza, a precisazione delle conclusioni già effettuate<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Vedasi ad esempio l’art. 183 comma quarto c.p.c. o, il già richiamato, art. 384 comma terzo del codice di procedura civile.

<sup>124</sup> Per l’esaustiva trattazione di tale tematica si rimanda al capitolo IV.

<sup>125</sup> FABIANI E., *Contraddittorio e questioni rilevabili d’ufficio*, in *Foro it.*, 2009, pp. 266 ss.



Contrasti dottrinali furono sollevati circa l'individuazione della fase processuale cui il novellato art. 101 c.p.c. dovesse applicarsi; taluni<sup>126</sup> sostenevano, infatti, che l'art. 101 c.p.c. riguardasse una fase antecedente a quella decisoria.

A ben vedere, la norma appare chiara nella sua enunciazione, atteso che il giudice deve, con apposita ordinanza emessa fuori udienza, invitare le parti a proporre le proprie osservazioni sulla questione rilevata d'ufficio, assegnando apposito termine.

Infatti, solo le ordinanze fuori udienza<sup>127</sup> vanno comunicate alle parti, sicché deve desumersi che il rilievo officioso della questione si sia verificato quando il giudice, nella camera di consiglio, fosse dedito al riesame degli atti di causa – risultanze probatorie e documentali – Deve, quindi, desumersi che, all'atto del rilievo d'ufficio della questione ad opera del giudice, le parti avessero già consumato la facoltà di depositare comparse conclusionali e le memorie di replica, essendo, altrimenti, bastevole la proroga del termine già assegnato per il deposito di tali atti.<sup>128 129</sup>

Con la legge di riforma, il legislatore ha preso atto della prassi relativa alle modalità decisorie nell'ambito dei procedimenti civili; infatti, i ruoli eccessivamente carichi dei magistrati civili non consentono a ciascun giudice di avere piena contezza dei fatti di causa, finché la controversia non sia giunta alla fase decisoria. È solo a questo punto che è possibile, per il giudice, rendersi conto dell'esistenza di una qualche questione sulla quale le parti siano rimaste silenti.<sup>130</sup>

Con l'introduzione del secondo comma dell'art. 101 c.p.c., una volta rilevata la questione d'ufficio, il giudice è tenuto ad assegnare alle parti apposito termine per il deposito di

---

<sup>126</sup> BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*. in *Guida dir.* 2009, pp. 110 ss.

<sup>127</sup> Art. 134 c.p.c., ai sensi del quale: “L'ordinanza è succintamente motivata. Se è pronunciata in udienza, è inserita nel processo verbale; se è pronunciata fuori dell'udienza, è scritta in calce al processo verbale oppure in foglio separato, munito della data e della sottoscrizione del giudice o, quando questo è collegiale, dal presidente”.

<sup>128</sup> Art. 190 c.p.c.: “Le comparse conclusionali debbono essere depositate entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla rimessione della causa al collegio e le memorie di replica entro i venti giorni successivi.. Per il deposito delle comparse conclusionali il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, può fissare un termine più breve, comunque non inferiore a venti giorni.”

<sup>129</sup> BUONCRISTIANI D., *Il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice.*, in *Riv. dir. proc.* 2010. pp. 400 ss.

<sup>130</sup> BUONCRISTIANI D., *Il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice.* cit.

memorie contenenti le osservazioni sulla questione rilevata d'ufficio, al fine di attivare il contraddittorio.

In passato, prima dell'intervento legislativo del 18 giugno 2009, si affermava che il giudice, per giustificare la mancata provocazione del contraddittorio, potesse appellarsi al principio di autoresponsabilità; in applicazione di tale principio doveva ritenersi che la questione rilevata d'ufficio non sia sconosciuta alle parti, essendo questa desumibile dagli atti di causa, ovvero appartenente al patrimonio di conoscenze comuni al giudice e alle parti. Da tale osservazione discendeva, consequenzialmente, che una mancata allegazione delle parti, in merito la questione rilevata d'ufficio, fosse frutto di una scelta di difesa legittima e, in applicazione del contraddittorio che attribuisce la facoltà, ma non l'obbligo di contraddire, non potesse imporsi alla parte di pronunciarsi sulla questione.<sup>131</sup>

Per sostenere la rilevanza di tale principio di autoresponsabilità si era soliti<sup>132</sup> paragonare il rilievo ufficio della questione, ad opera del giudice, con il caso di mancata comunicazione della data di avvio delle operazioni peritali ad opera del consulente tecnico d'ufficio.

In quest'ultima ipotesi, infatti, si realizzava una violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost, atteso che la parte, per tramite del proprio difensore, non si vedeva riconosciuta la possibilità di partecipare alla formazione delle risultanze probatorie della consulenza tecnica d'ufficio, le quali potrebbero rappresentare la base per la decisione giudiziale.

Da ciò discendeva, la nullità della consulenza tecnica d'ufficio, qualora essa non fosse stata sanata tramite rinnovazione. E, qualora la sentenza si fosse basata sulle risultanze peritali – in modo indipendente dalla validità e correttezza dell'operato del consulente tecnico d'ufficio – ne sarebbe derivata, inevitabilmente la nullità della sentenza.

Nell'ipotesi dell'individuazione officiosa della questione, invece, non vi sarebbe violazione alcuna del diritto di difesa, né del principio del contraddittorio, atteso che la mancata attivazione del contraddittorio era, *in primis*, imputabile all'inerzia delle parti o del loro difensore<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1987. pp. 575 ss. e RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in Riv. dir. proc., 2006. pp. 751 ss.

<sup>132</sup> BUONCRISTIANI D., *Il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, cit.

<sup>133</sup> CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, cit.

Per una chiara ricostruzione del panorama dottrinale, antecedente la riforma legislativa, appare opportuno evidenziare la presenza delle posizioni di quegli autori che ritenevano non applicabile il principio di autoresponsabilità, essendo ritenuto “*argomento che prova troppo*”.<sup>134</sup>

Infatti, seguitando con il ragionamento sopra riportato, potrebbero essere ritenute superflue anche le comparse conclusionali e le memorie di replica. Ed, in particolare, sostiene Chiarloni<sup>135</sup>, che “*la possibilità astratta di difendersi rispetto ad una questione rilevata d’ufficio dal giudice è o un’utopia o un non senso*”:

- l’Autore<sup>136</sup> qualifica la possibilità di difendersi quale utopia, atteso che non la totalità delle questioni rilevabili d’ufficio possono essere desunte dal materiale di causa. Tale possibilità si riscontra, in particolare, nel caso di una diversa qualificazione giuridica della controversia.
- l’Autore<sup>137</sup> si rifà, invece, ad un non senso, in quanto “*il principio di autoresponsabilità non può tramutarsi in principio di autolesionismo*”<sup>138</sup>. Nessun difensore consiglierebbe al proprio assistito di rinunciare a contraddire su una questione, contraria ai propri interessi e alla propria linea difensiva, della quale ne conosca l’esistenza. Da tale lineare ragionamento di pratica giuridica, a parer di Chiarloni, deve evincersi l’obbligo del giudice, oggi enunciato dall’art. 101 c.p.c., di provocare il contraddittorio sulla questione rilevata d’ufficio.

Come si avrà ampiamente modo di analizzare all’interno del IV capitolo, la riforma interviene in tale scenario problematico e avrebbe dovuto placare il contrasto tra le diverse posizioni dottrinali e, soprattutto, giurisprudenziali, segnatamente della Corte di Cassazione.

---

<sup>134</sup> LUIO P., *Questione rilevate d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit..

<sup>135</sup> LUIO P., *Questione rilevate d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit..

<sup>136</sup> CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie*. cit.

<sup>137</sup> CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie*. cit.

<sup>138</sup> LUIO P., *Questione rilevate d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit..

### 2.3. – L’inciso “salvo la legge disponga altrimenti”

Il legislatore, nel dettare la disciplina del principio del contraddittorio nel processo civile, lascia spazio all’eventualità che vengano introdotte deroghe all’operatività di tale principio.

L’art. 101 c.p.c. al primo comma, infatti, così si esprime: “*il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata o non è comparsa.*”

Con tale espressione il legislatore ha consentito l’operatività nel sistema processuale di quegli istituti per i quali non è prevista un’attivazione del contraddittorio preliminare alla decisione della controversia.

Tali istituti, che derogano alle modalità di svolgimento dell’ordinario processo di cognizione, sono inquadrati nella categoria dei procedimenti speciali, suddivisibili in:

1. processi speciali a cognizione piena. Emblematico esempio di tali processi è il processo del lavoro.
2. processi o procedimenti giurisdizionali a cognizione sommaria: convalida di sfratto, decreto ingiuntivo. I provvedimenti adottati nell’ambito di tali giudizi hanno l’attitudine ad acquisire l’autorità di cosa giudicata, e consentono l’attivazione eventuale del contraddittorio, rimessa all’iniziativa di chi subisce il provvedimento.
3. processi o procedimenti interlocutori, tra i quali viene annoverato anche il procedimento cautelare. I provvedimenti resi in tali procedimenti non hanno l’attitudine di cosa giudicata, ed è prevista l’attivazione differita del contraddittorio.

La qualifica di “speciale” attribuita ad un procedimento non ha l’attitudine ad individuare specifiche caratteristiche proprie di tali istituti, ma consente di contrassegnare una deviazione della struttura del procedimento dallo schema del processo contenzioso, ritenuto come quale modello ordinario.<sup>139</sup>

La difformità del punto di vista strutturale tra i procedimenti speciali e quello ordinario di cognizione riguarda, tra gli altri, la differente attuazione che viene realizzata del contraddittorio tra le parti.

---

<sup>139</sup> SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959. p. 3.

Tuttavia, sebbene il contraddittorio sia finalizzato a garantire che il dispiegarsi delle fasi processuali avvenga su basi di simmetrica parità tra le parti, titolari di poteri, facoltà ed oneri, non può mancare di osservare che non in tutti i tipi di processo il contraddittorio “*si articola mediante poteri (e facoltà e doveri) uguali per contenuto e numero, che anzi può, di volta in volta, essere realizzato dalle norme in forma quantitativamente e qualitativamente diverse*”.<sup>140</sup>

La presenza di tali istituti nell’ordinamento processual-civilistico, che consentano la formazione della decisione in assenza della controparte, può senz’altro configurarsi quale derogatoria.

Si configura, inevitabilmente, un problema di legittimità costituzionale di tali istituti, disciplinati nella loro struttura senza la garanzia del contraddittorio anteriormente al provvedimento del giudice, in base alla stretta relazione sussistente tra il principio del contraddittorio e il diritto di difesa.

L’avvenuta costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, perentoria nell’art. 111 Cost. – “*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti [...]*” – suscita non pochi dubbi in materia, imponendo, quindi, che le deroghe consentite dall’art. 101 c.p.c. siano ben definite a livello normativo, ed operare per il tempo strettamente necessario ed indispensabile all’instaurazione successiva del contraddittorio.<sup>141</sup>

Il regime derogatorio del principio del contraddittorio risulta essere applicato nell’ambito dei procedimenti speciali<sup>142</sup>, nei quali sono ravvisabili forme di tutela particolare e privilegiata - in corrispondenza alle esigenze che li hanno ispirati - rispetto alle forme ordinarie; tale privilegio si riverbera anche sulla modalità di instaurazione del contraddittorio, senza

---

<sup>140</sup> FAZZALARI E., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958. pp. 870, e ampiamente trattato in FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*. Padova. 1996.

<sup>141</sup> BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile.*, Bari. 2015. p. 65.

<sup>142</sup> Tra le differenti ipotesi di deroghe all’instaurazione preventiva del contraddittorio, per quanto riguarda i processi speciali: sequestro conservativo e giudiziario, provvedimenti cautelari, istruzione preventiva, procedimenti possessori, interdizione e inabilitazione, denuncia di nuova opera e danno temuto, provvedimenti in camera di consiglio, decreto ingiuntivo.

eliminarla, ma posticipandola ad un momento successivo rispetto alla formazione del provvedimento, dando quindi origine ad un provvedimento emesso *inaudita altera parte*<sup>143</sup>.

Dunque, in tali casi, la garanzia del contraddittorio non è eliminata, ma solo posticipata all'emanazione del provvedimento; difatti, la rilevanza costituzionale del principio, impone che eventuali deroghe non escludano completamente l'operatività del principio in esame, ma, anzi, che vengano previsti adeguati meccanismi di tutela e garanzia ad attivazione eventuale e differita, a favore della parte contro la quale il provvedimento è stato adottato.<sup>144</sup>

Si impone, quindi, la previsione di adeguati mezzi di reazione avverso il provvedimento giurisdizionale emanato *inaudita altera parte*.<sup>145</sup>

Il legislatore ha quindi previsto due differenti modalità di reazione della parte destinataria del provvedimento *inaudita altera parte*:

1. spetta alla parte, nel cui interesse il provvedimento è stato adottato, l'onere di instaurare il contraddittorio entro un termine perentorio per consentire al giudice, sentita la controparte destinataria della pronuncia, di confermare, revocare o modificare il provvedimento reso.<sup>146</sup>
2. è onere della parte che subisce il provvedimento provocare il contraddittorio, per contestarne il contenuto.<sup>147 148</sup>

#### 2.4. – Il contraddittorio eventuale o differito

Le ipotesi di attivazione, eventuale o differita del contraddittorio, si pongono quali deroghe, a carattere eccezionale, all'applicazione del principio del contraddittorio. Le suddette deroghe non possono mai escludere del tutto l'operatività del contraddittorio<sup>149</sup>, e

---

<sup>143</sup> COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975. p. 586.

<sup>144</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in AA. VV., *Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 1086.

<sup>145</sup> COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. cit. p. 590;

COMOGLIO L.P., *Principio del Contraddittorio*, in *Enc. giur.*, XXX., Roma, 2007. p. 18.

<sup>146</sup> È il caso dell'art. 669 sexies. comma secondo.

<sup>147</sup> È il caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo, ex art. 645 c.p.c.

<sup>148</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, *Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 1087.

MARTINETTO G., *Principio del contraddittorio*. in *Nov.mo Dig. It. IV*. Torino. 1959 p. 460.

<sup>149</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, *Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 1087.

sono insuscettibili di applicazione analogica e di interpretazione estensiva ai sensi dell'art. 14 disp. prel.<sup>150</sup>

Inoltre, le disposizioni che introducono regimi derogatori rispetto all'ordinaria instaurazione del contraddittorio, devono essere previste solo da atti aventi valore di legge, e non anche da atti di autonomia privata o di natura regolamentare.<sup>151</sup>

Esse sono state raggruppate dalla dottrina<sup>152</sup> in due principali categorie:

- a) Casi in cui l'attivazione del contraddittorio risulta essere posticipata, atteso che *“la preventiva audizione del controinteressato, ponendolo sul chi vive, frusterebbe la pratica efficacia del provvedimento richiesto”*<sup>153</sup>. È il caso dei procedimenti cautelari<sup>154</sup>, in cui l'attivazione del contraddittorio si realizza soltanto dopo l'adozione del provvedimento giurisdizionale.
- b) ipotesi in cui il contraddittorio tra le parti non viene assicurato preventivamente in relazione alla peculiare natura del diritto fatto valere o della particolare natura della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere<sup>155</sup>. Si tratta, segnatamente, del procedimento ingiuntivo o monitorio, in cui l'attivazione eventuale del contraddittorio è rimessa all'iniziativa della parte che subisce gli effetti del provvedimento.

In entrambe le ipotesi, il contraddittorio, come sopra riportato, non viene escluso, ma attivato in via successiva, attraverso quattro vie principali<sup>156</sup>:

---

<sup>150</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, Commentario al codice di procedura civile. cit. p. 1088.

<sup>151</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, Commentario al codice di procedura civile. cit. p. 1089.

ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1954. p. 231.

<sup>152</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, Commentario al codice di procedura civile. cit. p. 1090

<sup>153</sup> ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli. 1958. p. 165.

<sup>154</sup> Art. 669-sexies: *“Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunto ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. [...]”*.

<sup>155</sup> PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli. 2006 p. 205.

<sup>156</sup> ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*. cit. p. 165

- sospensione del processo esecutivo nei casi di urgenza, ai sensi del secondo comma dell'art. 625 del codice di procedura civile: viene attribuito al giudice il potere di convalidare, entro il termine da fissarsi d'ufficio, il provvedimento, a seguito di audizione di tutte le parti e senza che il riesame si confonda con il merito.
- provvedimenti immediati su azioni possessorie, secondo quanto statuito dal terzo comma dell'art. 703 c.p.c. *“l’ordinanza che accoglie o respinge la domanda è reclamabile ai sensi dell’articolo 669 terdecies”*.<sup>157</sup>
- opposizione a decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 645 c.p.c. *“si impone alla parte, in assenza della quale il provvedimento è stato emanato, l’onere di promuovere, entro un termine perentorio, il contraddittorio”*.<sup>158</sup>
- convalida del sequestro autorizzato anteriormente alla causa, disciplinato dall'art. 680 c.p.c. *“si impone alla parte, a favore della quale il provvedimento è stato emanato, l’onere di promuovere, entro un termine perentorio, il giudizio di accertamento della validità sostanziale e formale del provvedimento stesso”*.<sup>159</sup>

In particolare, il provvedimento emesso nel procedimento cautelare è reso *inaudita altera parte*, non essendo rispettato il contraddittorio nella formazione della decisione.

Tale esclusione è giustificata dal fatto che la preventiva audizione del controinteressato farebbe svanire la pratica efficacia del provvedimento richiesto, o quanto meno, ritarderebbe l’emanazione dello stesso, lo privandolo della sua utilità.

Anche per il processo cautelare, infatti, è richiesto il rispetto del principio del contraddittorio, che risulta essere bilanciato dalle finalità che ispirano la tutela cautelare; qualora, infatti, dovesse attendersi il tempo necessario alla comunicazione della pendenza dell’istanza cautelare, potrebbe vanificarsi l’utilità che il provvedimento realizza alla parte istante.

Il contraddittorio viene, qui, omesso per esigenze di celerità o pericolo di pregiudizio nell’attuazione del provvedimento; difatti nel caso di previa convocazione della controparte è verosimile che la conoscenza della proposizione dell’istanza possa consentirle di sottrarsi

---

<sup>157</sup> Si esprime così il terzo comma dell'art. 703 c.p.c.

<sup>158</sup> LIEBMAN E.T., *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*. Cit. p. 609; MARTINETTO G., *Principio del contraddittorio*, in *Nov.mo Dig.it IV*, Torino, 1959. pp. 459 ss. ; NASI A., *Principio del contraddittorio*. in *Enc. dir. IX*, Milano, 1961. p. 726.

<sup>159</sup> LIEBMAN E.T., *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*. cit. p. 797.



all'attuazione del provvedimento, compromettendone l'efficacia, perciò la legge consente che il decreto venga emesso *inaudita altera parte*.

A fini di tutela del diritto di difesa, il contraddittorio non viene omesso, ma solamente posticipato, difatti, il giudice fissa un'udienza di comparizione delle parti, con lo stesso decreto, entro quindici giorni per confermare, modificare, revocare i provvedimenti appena emanati.

L'onere di notificazione del decreto con cui si concede il provvedimento cautelare e con il quale viene fissata l'udienza di comparizione, finalizzata al riesame del contenuto della decisione, spetta alla parte nei cui confronti è reso il provvedimento, a pena di inefficacia del provvedimento stesso.

Si è deciso che, ove il giudice emetta un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*, concedendo un termine per la notifica superiore al termine legale di otto giorni, il superamento del termine stabilito dalla legge, nonostante vi sia il rispetto di quello fissato dal giudice, determina l'inefficacia del provvedimento.<sup>160</sup>

La soluzione riassunta in massima è stata così motivata: “[...] il reclamo ha ad oggetto il provvedimento con cui il giudice del Tribunale di Roma, all'esito dell'udienza prevista dall'art. 669-sexies comma secondo del codice di procedura civile, ha dichiarato l'inefficacia del sequestro conservativo e lo ha contestualmente revocato.

*Il giudice adito ante causam aveva emesso decreto inaudita altera parte con provvedimento del 5 ottobre [...], stabilendo al 17 ottobre il termine per la notifica ed udienza al 22 successivo per i provvedimenti di conferma, modifica o revoca.*

*La notifica era intervenuta il 16 ottobre e su eccezione del resistente, il giudice, prendendo atto che la notifica era intervenuta oltre l'ottavo giorno, aveva emesso il provvedimento oggetto del presente reclamo [...].*

*È noto che sono state prospettate varie soluzioni per l'ipotesi in questione: prevalenza del termine fissato dal giudice su quello legale, nullità del decreto, possibilità di rimessione in termini per errore scusabile, perentorietà del primo termine solo nel caso in cui il giudice fissi l'udienza di comparizione entro i 15 giorni fissati dalla norma (in tale ultimo senso Trib. Casal Monferrato 10 maggio 1996).*

---

<sup>160</sup> Così ha statuito il Tribunale di Roma il 29 novembre 2002, Pres. Macrì, est. Schillaci, in Giur. mer. 2003, 867.

*Ad avviso di questo collegio, l'inosservanza del termine perentorio comporta che non sia stata ritualmente incardinata la seconda fase del giudizio cautelare.*

*E, per l'art. 153 cod. proc. civ. i termini perentori non si possono abbreviare o prorogare, nemmeno su accordo delle parti. Ne consegue che, essendo la parte irrimediabilmente decaduta dal compimento dell'atto, il procedimento cautelare nel cui ambito è stata emanata la misura si è estinto allo spirare dell'ottavo giorno.*

*Ogni interpretazione tendente a negare effetti alla perentorietà indicata dalla legge ovvero a consentire al giudice l'indicazione di un termine diverso urta contro il chiaro tenore della legge, la cui finalità è quella di evitare che una parte, colpita in assenza di contraddittorio, da una misura cautelare, possa restare senza conoscere l'avvenuta emanazione della misura per un tempo che il legislatore ha inteso predeterminare, a suo insindacabile giudizio, in un termine che non deve essere superiore ad otto giorni.*

*Altra cosa è l'udienza di comparizione che effettivamente può essere indicata dal giudice in un tempo superiore ai quindici indicati dalla legge, e però, non sfugge il fatto che in tal caso il resistente colpito dalla misura cautelare può chiedere l'anticipazione di detta udienza.”*

Sempre in ambito cautelare e a fini di tutela del contraddittorio, si è deciso che la nullità derivante dalla notifica del solo decreto emanato *inaudita altera parte*, privo del relativo ricorso, debba ritenersi sanata per conseguimento dello scopo nell'eventualità in cui il primo risulti motivato anche con riferimento al contenuto del secondo atto, ed il resistente sia stato posto nelle condizioni di visionare all'udienza gli atti e i documenti allegati dalla controparte.<sup>161</sup>

Per quel che concerne, invece, il procedimento monitorio, trattasi del procedimento nell'ambito del quale viene reso il decreto ingiuntivo, provvedimento attraverso il quale, il giudice competente, su richiesta del titolare di un credito certo, liquido ed esigibile, fondato su prova scritta, ingiunge al debitore di adempiere l'obbligazione - pagare una determinata somma o consegnare una determinata quantità di cose - , entro il termine di quaranta giorni dalla notifica, avvertendolo che entro lo stesso termine potrà proporre opposizione e che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata.

---

<sup>161</sup> Tribunale di Salerno, Ord. 2 febbraio 1994. Pres. Ferrara, est. Valitutti, in Gius. 1994, 10, 150.

Il procedimento monitorio è caratterizzato dall'assenza del contraddittorio, sicché il giudice che ne è investito emana, qualora ne sussistano i presupposti, il decreto senza che il debitore sia stato preventivamente citato, e sia stato così posto in grado di contraddire.<sup>162</sup>

Il decreto ingiuntivo è, quindi, emanato in assenza di contraddittorio fra le parti (inaudita altera parte) all'esito della fase monitoria del procedimento di ingiunzione, disciplinato dagli artt. 633 e ss. c.p.c. - all'interno del libro IV "*Dei procedimenti speciali*", Titolo I "*Dei procedimenti sommari*"-<sup>163</sup>

Tale fase è seguita, nel caso di opposizione su iniziativa del debitore ingiunto, dall'apertura di un procedimento ordinario di primo grado a cognizione piena, durante il quale si procede al compiuto accertamento della pretesa azionata, in contraddittorio con il debitore nei cui confronti il decreto è stato emesso.

Il procedimento ingiuntivo configura l'ipotesi dell'attivazione eventuale del contraddittorio ad opera della parte che subisce il provvedimento; ed, infatti, è previsto che, ai sensi dell'art. 643 c.p.c.<sup>164</sup>, il decreto ingiuntivo debba essere notificato, unitamente al ricorso al debitore a cura del ricorrente.

---

<sup>162</sup> Così GARBAGNATI E., *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991. p. 31;

COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.* 1975. p. 577 ss.

ALLORIO E., *Diritto alla difesa e diritto al gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 663;

RONCO M., *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, p. 50 ss.

<sup>163</sup> Ai sensi dell'art. 633 c.p.c. "Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: 1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta; 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, [procuratori,] cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo; 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata. L'ingiunzione può essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purché il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione".

<sup>164</sup> La notificazione del decreto ingiuntivo quale onere del ricorrente viene disciplinata dall'art. 643 c.p.c. "L'originale del ricorso e del decreto rimane depositato in cancelleria. Il ricorso e il decreto sono notificati per copia autentica a norma degli articoli 137 e seguenti. La notificazione determina la pendenza della lite".

La notificazione va effettuata entro 60 giorni dalla sua emissione, a pena di inefficacia, e questa, consente al debitore, di opporsi alla pretesa azionata in via monitoria, facendo valere le proprie ragioni e difese, secondo il disposto dell'art. 644 c.p.c..<sup>165</sup>

Al debitore è data la facoltà di proporre opposizione al decreto, mediante atto di citazione, davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, nel termine perentorio di quaranta giorni dalla notifica dello stesso.

L'opposizione al decreto ingiuntivo viene a qualificarsi quale rimedio a carattere impugnatorio che costituisce in pari tempo uno strumento idoneo a rendere effettivo, attraverso un nuovo procedimento, il contraddittorio tra le parti, mancato nella precedente fase.<sup>166</sup>

Con l'opposizione, si avvia, quindi, la seconda fase del procedimento di ingiunzione, caratterizzata da un giudizio che si svolge, ex art. 645 c.pc.<sup>167</sup>, secondo le norme del processo ordinario davanti al giudice adito.

---

<sup>165</sup> Ai sensi dell'art. 644 c.p.c. *“Il decreto d'ingiunzione diventa inefficace qualora la notificazione non sia eseguita nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia, se deve avvenire nel territorio della Repubblica e di novanta giorni negli altri casi; ma la domanda può essere riproposta”*.

<sup>166</sup> GARBAGNATI E., *Il procedimento di ingiunzione*. p. 137.

<sup>167</sup> Ai sensi dell'art. 645 c.p.c. *“L'opposizione si propone davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, con atto di citazione notificato al ricorrente nei luoghi di cui all'articolo 638. Contemporaneamente l'ufficiale giudiziario deve notificare avviso dell'opposizione al cancelliere affinché ne prenda nota sull'originale del decreto. In seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito, ma i termini di comparizione sono ridotti a metà. L'anticipazione di cui all'articolo 163 bis, terzo comma, deve essere disposta fissando l'udienza per la comparizione delle parti non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine minimo a comparire.”*

## CAPITOLO III

### IL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 1. La regolare instaurazione del giudizio - 2. La prima udienza di trattazione e il dovere di collaborazione del giudice con le parti, ex art. 183 quarto comma del codice di procedura civile.

#### 1. – La regolare instaurazione del giudizio.

L'art. 101 del codice di procedura civile, al primo comma dispone che: *il giudice non può statuire su alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*".

Volendo interpretare letteralmente tale disposizione, sembrerebbe doversi sostenere che, per dirsi rispettato il principio del contraddittorio, sia necessaria non soltanto la regolare citazione del convenuto, ma anche la sua comparizione in giudizio.

Inserendo la norma all'interno del contesto codicistico, tuttavia, appare evidente come una simile interpretazione cozzasse con l'art. 291<sup>168</sup> c.p.c., che espressamente consente lo svolgimento del processo in assenza della costituzione del convenuto, purché questo sia stato regolarmente citato.

Inoltre, qualora venisse avallata tale ricostruzione, l'esercizio della funzione giurisdizionale verrebbe subordinato al compimento di un'attività da parte del convenuto<sup>169</sup>, *“proprio del*

---

<sup>168</sup> Così si esprime l'art. 291 c.p.c.: *“Se il convenuto non si costituisce e il giudice istruttore rileva un vizio che importi nullità nella notificazione della citazione, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza. Se il convenuto non si costituisce neppure all'udienza fissata a norma del comma precedente, il giudice provvede a norma dell'articolo 171, ultimo comma. Se l'ordine di rinnovazione della citazione di cui al primo comma non è eseguito, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'art. 307 terzo comma.”*

<sup>169</sup> CARNELUTTI F., *Diritto e processo*. Napoli. 1958, p. 100.

*soggetto che normalmente ha meno interesse nel caso concreto all'esercizio dell'attività giurisdizionale".*<sup>170</sup>

Esclusa la via dell'interpretazione letterale, deve ritenersi che la norma contenga un'imprecisione terminologica, essendosi il legislatore voluto riferire all'efficacia convalidatrice della nullità dell'atto di citazione e della notificazione riconosciuta dagli artt. 164 terzo comma<sup>171</sup> e 291 c.p.c. alla costituzione del convenuto.<sup>172</sup>

Non è, quindi, necessario per la regolare instaurazione del contraddittorio che la parte sia citata e compaia, essendo sufficiente che il convenuto sia posto nelle condizioni di partecipare al processo, ove lo ritenesse opportuno, per la tutela dei propri diritti.

L'art. 101 c.p.c. andrebbe letto come se fosse così formulato *“il giudice non può statuire sopra alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata o – in caso di nullità dell'atto di citazione o della notificazione – non è comparsa.”*<sup>173</sup>

Quindi, sulla base anche di unanime dottrina, deve affermarsi che l'art. 101 c.p.c. richieda che la parte sia stata regolarmente citata. La valutazione della regolare citazione deve basarsi sugli artt. 163 e 164<sup>174</sup>, che disciplinano il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio.

---

<sup>170</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione, Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 1089.

<sup>171</sup> L'art. 164 terzo comma così recita: *“La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini.”*

<sup>172</sup> LIEBMAN E.T., *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*. in *Monitore Tribunali*. 1966. pp. 607- 608.

<sup>173</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione, Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 1089.

<sup>174</sup> La regolarità dell'atto di citazione viene così disciplinata dall'art. 163 del codice di procedura civile: *“La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa. Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti. L'atto di citazione deve contenere: 1) l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta; 2) il nome, il cognome la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, dei documenti che offre in comunicazione; 6) il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura qualora questa sia stata già rilasciata; 7) l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione; l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166, ovvero di dieci giorni prima in caso di abbreviazione dei termini, e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167. L'atto di citazione, sottoscritto a norma dell'articolo 125, è consegnato dalla parte o dal procuratore all'ufficiale giudiziario, il quale lo notifica a norma degli articoli 137 e seguenti.”*

La regolarità della notificazione della citazione va basata, invece, sull'art. 291<sup>175</sup> c.p.c.

In relazione a talune specifiche ipotesi in cui il codice di rito non impone la presentazione della domanda con la forma della citazione, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la domanda debba essere proposta con citazione solo nei limiti in cui tale forma risulti essere necessaria per garantire l'osservanza del principio del contraddittorio.

È stato, quindi, affermato che:

- instauratosi il giudizio, la domanda proposta da un convenuto nei confronti di altro convenuto è validamente proposta per mezzo della comparsa comunicata alle parti sulla base dell'art. 170 quarto comma<sup>176</sup> c.p.c., quale strumento atto a portare a conoscenza delle altre parti la nuova domanda e a garantire l'osservanza del principio del contraddittorio.<sup>177</sup> L'unico limite alla proposizione, nella forma della comparsa ex art. 170 quarto comma c.p.c., della domanda nei confronti delle parti costituite, è dato dall'assenza di qualsivoglia ipotesi di connessione di tale domanda con quella originaria.
- La manifestazione della volontà di intervenire nel processo ad opera degli intervenienti, non esclude che sia stata inequivocabilmente manifestata la volontà di partecipare al giudizio, e che tale partecipazione sia avvenuta nel rispetto delle garanzie offerte dal contraddittorio.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Così recita l'art. 291 c.p.c. *“Se il convenuto non si costituisce e il giudice istruttore rileva un vizio che importi nullità nella notificazione della citazione<sup>(2)</sup>, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione<sup>(3)</sup> impedisce ogni decadenza [...]”*.

<sup>176</sup> Ai sensi dell'art. 170 quarto comma c.p.c. *“le comparse e le memorie consentite dal giudice si comunicano mediante deposito in cancelleria oppure mediante notificazione o mediante scambio documentato con l'apposizione sull'originale, in calce o in margine, del visto della parte o del procuratore. [Il giudice può autorizzare per singoli atti, in qualunque stato e grado del giudizio, che lo scambio o la comunicazione di cui al presente comma possano avvenire anche a mezzo telefax o posta elettronica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi. La parte che vi procede in relazione ad un atto di impugnazione deve darne comunicazione alla cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza impugnata. A tal fine il difensore indica nel primo scritto difensivo utile il numero di telefax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere le comunicazioni]”*.

<sup>177</sup> Così Cass. 4 gennaio 1969 n° 9 in *Foro It.* con nota di TARZIA G., *Sulla proposizione della domanda tra litisconorti*. In *Giur. It.* 1970. In senso contrario, Cass. 28 luglio 1943, n° 1960.

<sup>178</sup> Così Cass. 25 luglio 1966, n° 2059.

- La comparsa con cui si realizza l'intervento di terzi nel processo<sup>179</sup>, si pone quale *alter ego* dell'atto di citazione, ed è un istituto voluto dal legislatore basato sull'assunto per cui tutte le altre parti siano costituite in giudizio. Ne consegue che la comparsa si configuri quale mezzo idoneo a portare a conoscenza delle parti l'avvenuto intervento, e le richieste dell'interveniente. Se, quindi, taluna delle parti risulti essere contumace, ne deriva l'obbligo dell'interveniente di notificare al contumace la propria comparsa di costituzione, quand'anche egli si affianchi a domande proposte da altri soggetti già partecipanti e costituiti in giudizio. Deve, infatti, garantirsi sempre al contumace la conoscenza legale dell'intervento, nonché delle domande avanzata da tale soggetto procedimentale. Il convenuto contumace ha garantita la possibilità di opporre eccezioni personali all'interveniente<sup>180</sup>.
- La domanda di garanzia proposta da una parte costituita contro un soggetto, che già partecipa al processo, può essere spiegata con comparsa portata a conoscenza del preteso garante mediante comunicazione.<sup>181 182</sup>
- Il terzo che abbia spiegato intervento nelle forme del ricorso, ha riconosciuto attività di impulso del processo, nella misura in cui l'irregolarità della forma dell'intervento non abbia pregiudicato il diritto di difesa delle altre parti costituite, essendosi realizzato un contraddittorio.<sup>183</sup>

Ciò che, conclusivamente, viene in rilievo, è, che trova piena applicazione nell'ambito del procedimento civile, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma. In ragione del quale, qualora sia stato spiegato un intervento nel processo, e questo si sia verificato

---

<sup>179</sup> Art. 267 c.p.c. “*Per intervenire nel processo a norma dell'articolo 105<sup>(1)</sup>, il terzo deve costituirsi presentando in udienza o depositando in cancelleria una comparsa formata a norma dell'articolo 167 con le copie per le altre parti, i documenti e la procura. Il cancelliere dà notizia dell'intervento alle altre parti, se la costituzione del terzo non è avvenuta in udienza*”.

<sup>180</sup> Così Cass. 29 maggio 1964 n° 1337; Cass. 17 aprile 1951 n° 940; Si esprime in senso contrario, invece il Tribunale di Trani nella sentenza del 19 giugno 1962.

<sup>181</sup> Ai sensi del già richiamato art. 170 c.p.c.

<sup>182</sup> Cass. 25 febbraio 1963, n° 466.

<sup>183</sup> Cass. 4 dicembre 1962, n° 3264.



irritualmente, ma abbia comunque consentito alle altre parti del processo di conoscere le pretese avanzate, il codice gli attribuisce efficacia sanante.

Quando il legislatore, all'interno dell'art. 101 c.p.c. afferma “*salvo che la legge disponga altrimenti*”, fa allora riferimento a quelle ipotesi nelle quali è consentito rendere un provvedimento *inaudita altera parte*.

Come già rilevava Proto Pisani <sup>184</sup>, questo inciso è connotato da un rilievo particolare in quanto da esso è possibile desumere che:

- il principio del contraddittorio ha valore di principio generale del processo civile – stante anche la sua collocazione nell'ambito delle fasi introduttive del giudizio -. Da ciò consegue che tutte le norme contrastanti con tale principio acquisiscono il carattere dell'eccezionalità, con impossibilità di formare oggetto di interpretazione estensiva e di applicazione analogica.
- può derogarsi al principio del contraddittorio solo sulla base di espressa previsione legislativa, ma non anche per volontà delle parti, volere della potestà esecutiva regolamentare o per ordine del magistrato giudicante<sup>185</sup>.

Le sopra menzionate deroghe all'applicazione del principio del contraddittorio si scontrano con la sua sostanziale natura di principio a rilevanza costituzionale, sicché la legge non può escludere *tout court* l'operatività dello stesso.

Le deroghe possono riguardare la possibilità che il giudice si pronunci sulla domanda prima che questa sia portata a conoscenza della parte contro la quale è proposta, ma non possono eliminare il contraddittorio in tutti i suoi aspetti.

In queste ipotesi la dottrina parla di attivazione eventuale o differita del principio del contraddittorio, evidenziando che il contraddittorio si realizza solo dopo che il provvedimento giurisdizionale sia stato adottato; in questi casi l'iniziativa relativa all'attivazione del contraddittorio – propedeutica alla tutela del diritto di difesa – viene rimessa alla parte che ha subito la pronuncia non potendo muovere le proprie difese.

---

<sup>184</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione, Commentario al codice di procedura civile*. cit p. 1091.

<sup>185</sup> ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli. 1958. p. 164.

Gli eventuali istituti che non consentissero di recuperare *ex post* la dialettica del processo, enucleata dal principio del contraddittorio, dovrebbero essere qualificate e ritenute come incostituzionali.<sup>186</sup>

2. – La prima udienza di trattazione e il dovere di collaborazione del giudice con le parti, ex. art. 183 quarto comma del codice di procedura civile.

L'art. 183, comma 4° c.p.c., definisce la sfera dei poteri officiosi del giudice, rimettendogli il compito di richiedere alle parti i necessari chiarimenti, sulla base dei fatti allegati, e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenga opportuna la trattazione. Il quarto comma dell'articolo in questione così si esprime: *“Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”*.

La disposizione richiamata, enucleata all'interno dell'articolo dedicato alla prima comparizione delle parti e trattazione della causa, determina il cd dovere di collaborazione del giudice con le parti.

La partecipazione al processo delle parti non ha solo l'obiettivo di garantire la possibilità di influenzare la decisione, ma ha anche lo scopo di contribuire all'esercizio della giurisdizione<sup>187</sup>. Si è, infatti, affermato che: *“Il giudice esercita la giurisdizione con il contributo delle parti, e questa dialettica processuale finisce con il promuovere la buona qualità del giudizio”*.<sup>188</sup>

L'art. 184 quarto comma c.p.c. colloca il magistrato in una complicata posizione di equilibrio, il dovere di collaborazione con le parti e di sollecitazione del procedimento, da un lato, e il dovere di imparzialità nella definizione del giudizio, dall'altro.

In ossequio a quanto disposto dall'art. 183, comma 4°, c.p.c si ha:

---

<sup>186</sup> PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione, Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 1092.

<sup>187</sup> DO PASO CABRAL A., *Il principio del contraddittorio come diritto di influenza e dovere di dibattito*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p 459.

<sup>188</sup> DINAMARCO C., *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, in *Revista dos Tribunais*. 1987, p 90.

1. la richiesta alle parti dei chiarimenti necessari, *“sulla base dei fatti allegati”*;
2. l’indicazione alle stesse delle questioni rilevabili d’ufficio di cui si ritiene opportuna la trattazione.<sup>189</sup>

La disposizione in esame costituiva originariamente il secondo comma dell’art. 183 del codice di procedura civile promulgato nel 1942, ne divenne il quarto comma solo a seguito della riforma del 2005<sup>190</sup>. Il testo originario prevedeva già tale forma di collaborazione tra il giudice e le parti disponendo che *“il giudice richiede alle parti gli schiarimenti necessari e indica loro le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”*.

La norma, contenuta nell’impianto originario del codice, ha subito talune modificazioni lessicali, conseguenti all’introduzione nel processo civile di rigide barriere preclusiva nell’allegazione dei fatti ad opera delle parti, oltre che nella deduzione istruttoria. Segnatamente, gli assestamenti lessicali di cui la disposizione ha formato oggetto sono rappresentati dalla sostituzione del termine “schiarimenti” con il mio attuale “chiarimenti” e l’inserimento della locuzione “sulla base dei fatti allegati”, per il tramite della quale si è voluto precisare che i chiarimenti necessari saranno richiesti dal giudice sulla base dei fatti allegati dalle parti.

Tale inserzione è stata, da taluni esponenti della dottrina, giudicata superflua e non innovativa, atteso che *“è difficile pensare che nella disciplina previgente queste attività del giudice potessero esorbitare dalle allegazioni di parte”*.<sup>191</sup>

Secondo altri<sup>192</sup>, invece, appare evidente la portata innovativa della novella, atteso che, al giudice viene richiesta una partecipazione nella determinazione delle questioni rilevanti per la decisione, nell’ottica di una posizione, comunque, equidistante e neutrale rispetto alle posizioni soggettive vantate dalle parti.

Ecco che allora che il processo viene a qualificarsi quale luogo di *“dialogo trasparente e di confronto leale”* all’interno del quale venga reso *“effettivo per gli interessati il diritto ad*

---

<sup>189</sup> CIVININI M.L., *L’interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, Quaderni del C.S.M., 1997, Vol. II, n. 92, pp. 108-110.

<sup>190</sup> Prima della riforma del processo civile introdotta con la legge n° 80 del 2005, ed in seguito alla riforma del 26 novembre 1990 n° 353, la disposizione costituiva il terzo comma.

<sup>191</sup> CHIARLONI S., *Le riforme del processo civile*, Roma, 1992, p. 175.

<sup>192</sup> GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 605 ss.

*essere ascoltati e per il giudice il dovere di rendere visibili i punti che ritiene essenziali, decisivi o rilevanti*”<sup>193</sup>.

Il dovere del giudice di collaborazione con le parti, diviene, quindi, propedeutico allo sviluppo di un sano, paritario ed efficace dibattito processuale; al contrario, un atteggiamento silente o rinunciatario del giudice, che non voglia propendere in un senso o nell'altro rispetto alle posizioni dei contendenti, finirebbe per svilire la novità apportata dalla riforma del 1990, laddove è appunto nel configurato dovere di interfacciarsi con le parti, che può cogliersi il culmine del compito del giudice di direzione del processo.

Indicare i punti che il giudice ritiene rilevanti o decisivi per la controversia, non significa venir meno al dovere istituzionale di imparzialità, ma indirizzare, fin dalla prima udienza di comparizione, il processo al rispetto del principio del contraddittorio<sup>194</sup>; il cui perseguimento diventa, in tal senso, effettivo - e non meramente formale - in attuazione dei principi costituzionali.<sup>195</sup>

La richiesta di chiarimenti o c.d. interrogatorio dei difensori, ha ad oggetto i punti oscuri o non sufficientemente chiari o approfonditi che, sulla base dei fatti allegati dalle parti, il giudice ritenga di sottoporre all'attenzione delle parti.

Nei limiti consentiti dal sistema delle preclusioni, la richiesta di chiarimenti può intervenire in relazione al venire in rilievo di eccezioni o domande nuove, nonché, qualora la precisazione e le modificazioni delle stesse, abbiano determinato l'emergere di nuovi fatti o nuovi elementi che necessitano di delucidazioni.

La richiesta di chiarimenti che provenga dal giudice può riguardare, senz'altro, i fatti principali, ma non necessariamente concerne i fatti secondari che non influiscano nella determinazione del *thema decidendum*.

La giurisprudenza<sup>196</sup> ha, in passato, ritenuto che l'attività di richiesta di chiarimenti avesse carattere squisitamente discrezionale, ed ha considerato che il suo mancato espletamento, lungi dal poter formare oggetto di un motivo d'impugnazione, comportasse soltanto un

---

<sup>193</sup> GILARDI G., *Udienza di trattazione e preclusioni nel nuovo processo civile*, in Quest. giust. 1993, p. 639.

<sup>194</sup> GILARDI G., *Udienza di trattazione e preclusioni nel nuovo processo civile*. pp. 639 ss.

<sup>195</sup> CIVININI M.L., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in Foro it., 1999, p. 1/2 - 9/10.

<sup>196</sup> Cass. 29 aprile 1982, n° 2712.

maggiore onere probatorio della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi.

Il principio per cui la richiesta alle parti, ad opera del giudice, dei chiarimenti necessari costituisce una facoltà discrezionale del magistrato, è stato anche più di recente ribadito dalla Corte di Cassazione<sup>197</sup>, la quale ha ritenuto infondata la censura sollevata alla sentenza per la mancata richiesta di chiarimenti alla parte, sulla base dell'assunto per cui non può essere pronunciata la nullità degli atti del processo, se la causa di nullità non è espressamente prevista dalla legge e, in tal senso, manca la previsione della nullità nell'art. 183 comma quarto c.p.c..

In altre occasioni, invece, la corte<sup>198</sup> si pone in senso contrario all'argomentazione sopra sostenuta, in quanto *“il principio della tassatività delle nullità non trova applicazione per le nullità extraformali qual è appunto quella derivante dalla violazione del principio del contraddittorio”*.

Solo di recente, dottrina<sup>199</sup> e giurisprudenza hanno mostrato maggiore attenzione circa l'effettiva rilevanza del contraddittorio, che si è manifestata con la sanzione della nullità delle pronunce c.d. di “terza via”, basate su questioni rilevate officiosamente e non sottoposte al previo contraddittorio tra le parti e tendenzialmente basate su fatti che esse non hanno allegato ma che risultano essere emersi dagli atti di causa.

La sentenza con la quale la Corte di Cassazione<sup>200</sup>, per la prima volta, riconosce la nullità della sentenza di “terza via” (dando via ad un filone interpretativo definito “garantista”), è il frutto della riflessione avviata dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul nuovo testo dell'art. 111 Cost..

La Suprema Corte ritiene, infatti, che il comma 4° dell'art 183 c.p.c., che impone al giudice di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, sia espressione piena del principio del contraddittorio, che governa il processo.

---

<sup>197</sup> Cass. 27 luglio 2005, n° 15705.

<sup>198</sup> Cass. Civ. Sez. Un. 30 settembre 2009, n° 20935.

<sup>199</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1611

<sup>200</sup> Cass. Civ. 21 novembre 2001, n° 14637.

È un principio “che il giudice deve far osservare e deve osservare egli per primo, tant’è che deve significare alle parti le questioni che ritiene rilevino, cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute”.<sup>201</sup>

Passando a trattare dell’obbligo del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d’ufficio, altresì contemplato dal quarto comma dell’art. 183 del codice di procedura civile, bisogna fin da subito osservare come il termine “questione” si ritenga essere comprensivo sia delle diverse interpretazioni e qualificazioni della fattispecie dedotta in giudizio, sia delle questioni rientranti nelle eccezioni di merito in senso lato –quali fatti estintivi, impeditivi o modificativi –, sia, ancora, di quelle attinenti alle questioni di rito rilevabili d’ufficio per espressa previsione legislativa.<sup>202</sup>

L’invito alla trattazione di tali questioni nasceva da una ragionevole valutazione di opportunità circa la loro rilevanza con riguardo alla definizione di uno o più punti della materia oggetto di lite, al fine di richiamare sulle stesse l’attenzione delle parti; attenzione che d’altro canto esse avrebbero dovuto autonomamente prestare, dato il carattere dirimente dei relativi punti.

In quest’ottica, la valutazione di rilevanza ed opportunità del provocare il contraddittorio su una determinata questione, era rimessa al giudice, fermo restando che, una volta formulata positivamente detta previsione, il giudice era tenuto ad inquadrare la questione medesima nella dialettica processuale.<sup>203</sup>

Sulla base di una lettura correlata dell’art. 183 comma 4° c.p.c. con l’art 101 comma 2° c.p.c., si deduce che, a norma dell’art. 183 comma 4° c.p.c., il giudice deve indicare alle parti le questioni rilevabili d’ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, se, tuttavia, ciò non avviene in tale sede, il giudice può, a norma dell’art. 101 comma 2° c.p.c., al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi, sulla questione rilevata officiosamente.

---

<sup>201</sup> LUISO P., *Questione rilevate d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1611.

<sup>202</sup> Rilievo del difetto di giurisdizione ex art. 37 c.p.c. o della nullità per mancato intervento del pubblico ministero ex art. 158 c.p.c.

<sup>203</sup> COMOGLIO L.P., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 987.

L'espressa sanzione della nullità, consacra definitivamente l'obbligatorietà del previo contraddittorio delle parti su una questione rilevata d'ufficio mai sottoposta al contraddittorio e che il giudice intenda porre a fondamento della pronuncia finale.

Di regola, il rilievo officioso delle questioni, deve intervenire, ai sensi dell'art. 183 comma quarto c.p.c., nell'udienza di prima comparizione delle parti; qualora ciò non avvenga, il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio sulla base del novellato art. 101 secondo comma del codice di procedura civile. Tale disposizione, quindi, deve avere applicazione eccezionale nei casi patologici di mancato rilievo officioso delle questioni nella fase processuale all'uopo dedicata.

L'art. 101 secondo comma deve essere destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione da parte del giudice della questione officiosa, favorendo la collaborazione tra giudice e parti.<sup>204</sup>

In ogni caso l'esercizio diligente della richiesta di chiarimenti, come disposta dall'art. 183 comma 4° c.p.c. si pone quale strumento che consente uno svolgimento del processo preordinato al rispetto del contraddittorio, consentendo di focalizzare l'attenzione delle parti su quelle che sono le questioni che il giudice ritiene essere dirimenti ai fini della risoluzione della controversia.

---

<sup>204</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, cit. p. 1611 ss.

## CAPITOLO IV

### IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E LE SENTENZE DELLA “TERZA VIA”.

SOMMARIO. 1. Nozione e problematiche - 2. Gli orientamenti dottrinali precedenti la novella del 2009 - 2.1. La tesi rigorista - 2.2. La tesi sostanzialista - 3. Gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti la riforma del 2009. - 4. La legge n° 69 del 18 giugno 2009 e il secondo comma dell’art. 101 c.p.c. 4.1. Il rilievo officioso di questioni e il contraddittorio tra le parti. 4.2. La sanzione della nullità e la posizione della giurisprudenza.

#### 1. – Nozioni e problematiche

Oggetto di questo capitolo conclusivo di tale elaborazione sono le c.d sentenze della “terza via”, o anche dette decisioni “a sorpresa”, “solitarie”.

Il fenomeno in esame ricorre quando il giudice decide la causa, fondando la propria decisione su una questione rilevata d’ufficio, in assenza della possibilità attribuita alle parti di dialogare su essa.

Il giudice, quindi, ha omesso di provocare il contraddittorio su quella questione rilevata in sede di decisione della causa e che ritiene di porre a fondamento della decisione, e per la quale l’art. 101<sup>205</sup> del codice di procedura civile prevede, invece, l’obbligo di riservare la decisione e assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione.

---

<sup>205</sup> Art. 101 secondo comma del codice di procedura civile si esprime così: “*se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla questione*”.



Benché, quindi, sussista oggi<sup>206</sup> una specifica disposizione che sanzioni con la nullità le sentenze solitarie, la giurisprudenza e la dottrina non sono – e non erano nel periodo ante riforma- unanimi circa la portata dell’obbligo del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevate d’ufficio.

La terza via rappresenta, quindi, la terza opzione rispetto alle conclusioni prospettate dalle parti in lite; il giudice, quindi, sceglie di percorrere la terza strada nella decisione della causa, lasciandosi alle spalle le prospettazioni di attore e convenuto.

In assenza di una specifica disposizione di legge, la dottrina era concorde nel ritenere che sussistesse un obbligo per il giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni officiose<sup>207</sup>, ma da tale obbligatorio venivano a delinearsi conseguenze differenti.

Taluni<sup>208</sup> ritenevano che la questione rilevabile d’ufficio appartenesse al materiale della causa e che, quindi, era potenzialmente conoscibile dalle parti, che avrebbero potuto valorizzarla anche senza necessità dell’intervento del giudice; la mancata trattazione della questione era quindi addebitata alla negligenza delle parti.

Gli autori riconducibili a tale pensiero appartengono all’orientamento definito sostanzialista, che attribuiva validità alle sentenze della terza via.

Dall’altro lato del pensiero dottrinale, si collocano, invece, gli autori<sup>209</sup> esponenti della tesi rigorista, i quali negavano fortemente la validità delle sentenze solitariamente adottate.

Il giudice, infatti, deve essere “terzo” rispetto ai soggetti che ha di fronte ma non rispetto alle loro argomentazioni. La terzeità è proprio quell’elemento che dovrebbe tutelare la struttura

---

<sup>206</sup> Il secondo comma dell’art. 101 del codice di procedura civile è stato introdotto con la legge di riforma n° 69 del 18 giugno 2009.

<sup>207</sup> FABIANI M., *Rilievo d’ufficio di questioni da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*. p. 3173 ss.

<sup>208</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie*. p. 1363 ss.

RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 750- 754.

CONSOLO C., *Questioni rilevabili d’ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 508-509.

<sup>209</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006. p. 755. LUISO P., *Questione rilevate d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1611 ss.

logica del contraddittorio, escludendo che una parte sia preferita per ragioni personali e non per ragioni logico-giuridiche.<sup>210</sup>

La sentenza che per la prima volta sancisce la nullità delle decisioni della “terza via” è la n° 14637 del 21 novembre 2001 della Corte di Cassazione, la quale afferma che “*è nulla la sentenza che si fonda su di una questione rilevata d’ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti*”.<sup>211</sup>

Tuttavia, la stessa Corte di Cassazione non appare unanime nell’affrontare il tema della validità delle sentenze solitarie, atteso che con la sentenza n° 15705 del 27 luglio 2005, si pronuncia a favore della validità della decisione che si sia pronunciata su una questione d’ufficio non segnalata alle parti, sulla base dell’assenza della previsione *ex lege* di nullità.

Tale sentenza sostiene che non sia nulla la pronuncia con cui viene deciso il merito della controversia in base ad una questione rilevabile d’ufficio e non prospettata dal giudice alle parti nel corso del processo.

Otto giorno dopo la terza sezione della Corte si pronuncia nel senso che la mancata indicazione da parte del giudice di una questione sollevata d’ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti.

La Corte<sup>212</sup>, in armonia con quanto sostenuto all’interno della sentenza n° 14637 del 21 novembre 2001, così si esprime “*la violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti, privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria*”.

È in questo panorama dottrinale e giurisprudenziale che il legislatore si inserisce con la novella n° 69 del 18 giugno 2009 la quale, dotando l’art. 101 del codice di procedura civile di un nuovo secondo comma, statuisce espressamente la nullità delle sentenze solitarie.

---

<sup>210</sup> MANZIN M., *Terzeità e verità: una logica per il giudice nell’età post-moderna*. in *Riv. internaz. fil. dir.* 2000 p. 589-592.

<sup>211</sup> Cass. n° 14637 del 21 novembre 2001.

<sup>212</sup> Cass. Sez III Civ. 5 agosto 2005 n° 16577.

Viene, infatti, fatto obbligo al giudice, di riservare la pronuncia qualora, in fase di decisione, venga in rilievo una questione non sottoposta al contraddittorio delle parti, che ritenga di porre a fondamento della decisione, assegnando un termine alle parti per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione.

Nonostante l'intervento legislativo, la Corte di Cassazione<sup>213</sup> si mostra restia ad ammettere *tout court* la nullità delle sentenze c.d della “terza via”, sostenendo che la riforma del 2009 non abbia innovato il regime della sentenza resa in via solitaria – che è basilariamente sempre quello della nullità -. Trattasi, di una nullità extraformale<sup>214</sup>, seppur derivata per vizio del procedimento, qual è l'elisione del contraddittorio, sanabile in un modo alquanto peculiare, atteso che l'invalidità della sentenza dovrà considerarsi sanata nella misura in cui l'impugnazione di essa consenta di affermare che il contraddittorio, pur se debitamente attivato, sarebbe rimasto privo di scopo.<sup>215</sup>

Nei paragrafi che seguono verrà dato conto dello “scontro” dottrinale tra le posizioni garantiste e quelle rigoriste, nonché dell'evoluzione giurisprudenziale alla luce della novella del 2009, evidenziando, segnatamente, la posizione della Suprema Corte di Cassazione.

## 2. – Gli orientamenti dottrinali precedenti la novella del 2009.

Il problema delle c.d. sentenze “a sorpresa”, ha ruotato intorno all'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 183 quarto comma del codice di procedura civile: quest'ultima, si limita a stabilire che nell'udienza di trattazione, il giudice, oltre a richiedere alle parti i chiarimenti che si rivelino essere necessari sulla base dei fatti allegati, deve indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Tale disposizione normativa – prima della novella del 2009 - è sempre apparsa l'unico presidio a tutela del contraddittorio delle parti volto ad evitare che il giudice potesse decidere la controversia sulla base della “terza via”.

---

<sup>213</sup> Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009 n° 20935.

<sup>214</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, pp. 750-751.

<sup>215</sup> Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009 n° 20935.

Appariva evidente l'insufficienza di tale disposizione nell'apportare tutela per le parti in relazione al rischio di violazione del contraddittorio.

Con la codificazione del 1942, si è consolidata una interpretazione letterale dell' art. 183 comma 4° c.p.c. - al tempo comma secondo - che attribuiva all' inciso “*indica alle parti le questioni rilevabili d' ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione*”, la qualifica di mera facoltà e non di un obbligo del giudice.

Di conseguenza la mancata instaurazione del contraddittorio delle parti sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione, non incideva sulla validità della sentenza pronunciata.

In maniera innovativa, parte della dottrina<sup>216</sup> si è posta al di là dell'interpretazione letterale, cercando di attribuire maggiore rilevanza all'attivazione del contraddittorio tra le parti nel corso del giudizio – e segnatamente sulle questioni officiose poste alla base della decisione - In particolare, viene in rilievo, come, il concetto per cui il giudice prima di pronunciarsi debba sentire le parti, sia estranea al principio del contraddittorio ex art. 101 c.p.c., inteso come regola di uguaglianza formale delle parti.

L'onere del giudice di provocare le osservazioni delle parti sulla questione rilevata d'ufficio, andrebbe, dunque, ricollegato alla portata precettiva dell' art. 183 comma 4° c.p.c., e il dovere del giudice di sottoporre alle parti i rilievi officiosi, troverebbe fondamento nel principio di collaborazione<sup>217</sup>. Infatti, “*soltanto nella regola della collaborazione trova un sicuro fondamento la necessità che il giudice sottoponga all' esame delle parti ogni questione di fatto rilevabile d' ufficio, prima di decidere sulla medesima*”.

La convergenza della dottrina nell'opinione dell'obbligatorietà per il giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni officiose è, a ben vedere, un dato faticosamente acquisito dal nostro ordinamento processuale, che è addebitabile a più circostanze<sup>218</sup> che possono essere così sintetizzate:

---

<sup>216</sup> CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 170 ss.,

ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1954. p. 82 ss. GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 605 ss

<sup>217</sup> GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. cit. p. 608.

<sup>218</sup> FABIANI M., *Rilievo d'ufficio di questioni da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*. in *Foro it.* 2006. p. 3173 ss.

1. l' inversione di interpretazione dell'art. 183 comma quarto del codice di procedura civile, inteso non più come norma meramente direttiva, ma alla quale viene attribuito carattere precettivo, individuandone il presupposto sulla base dei principi generali del processo civile, tra i quali il principio di collaborazione tra le parti e il giudice, secondo alcuni<sup>219</sup>, e il principio del contraddittorio, secondo altri<sup>220</sup>.
2. l'intervenuta costituzionalizzazione del principio del contraddittorio avvenuta con l'introduzione dei canoni del giusto processo nell'art. 111 Cost. Il contraddittorio, infatti, viene a qualificarsi quale principio fondante il giusto processo, ed acquisisce, espressamente, rango costituzionale.
3. la novella legislativa che ha interessato l'art. 384 del codice di procedura civile, relativo al processo dinanzi la Corte di Cassazione, ad opera del d.lgs. n° 40 del 2006. La norma, al terzo comma, statuisce ora che *“se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.”*

Se esiste, quindi, una sostanzialmente concorde opinione in dottrina sulla sussistenza di un vero e proprio obbligo, e non di una mera facoltà, del giudice di provocare il contraddittorio sulla questione officiosa, una permeante difformità caratterizza il pensiero dottrinale antecedente la riforma del 2009.

In particolare, le tematiche sulle quali la dottrina si divide sono due; la prima riguarda l'ipotesi dell'ambito delle questioni rilevabili d'ufficio per le quali sussiste l'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio si estenda o meno a tutte le questioni rilevabili d'ufficio, ovvero solo a quelle di fatto, miste di fatto e diritto, o puro diritto.

La seconda, invece, concerne le conseguenze da ricollegare alla violazione dell'obbligo del giudice di sollecitare il contraddittorio e, correlativamente, la validità – o l'invalidità – delle sentenze della terza via.

---

<sup>219</sup> GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. cit. p. 608.

<sup>220</sup> ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*. cit. p. 82 ss.

Emblematica, a tal proposito, è stata la reazione della dottrina alla sentenza della Corte di Cassazione<sup>221</sup> che, per la prima volta, ha sanzionato con la nullità le sentenze rese solitariamente dal giudice.

La sentenza, infatti, ha formato contemporaneamente oggetto di note adesive<sup>222</sup> e note critiche<sup>223</sup>.

## 2.1. – La tesi rigorista

Secondo gli esponenti dottrinali che sostengono la c.d. tesi rigorista o garantista, le sentenze della terza via sono necessariamente invalide atteso che il contraddittorio e la sua piena attuazione ad opera del giudice, devono essere orientati dalla necessità di mettere le parti in condizione di interloquire e di avvalersi dei mezzi difensivi a tutto campo, in ordine alle questioni destinate a fondare la decisione del giudice<sup>224</sup>.

Il perno di questa ricostruzione è, infatti, rappresentato dalla tutela del diritto di difesa ex art. 24 Cost..

Lo schema generale di questa costruzione, finalizzato ad ottenere una massimizzazione della garanzia fondamentale della difesa, corrisponde ad una prospettiva processuale, che ricollega la giustizia del processo alla correttezza del procedimento in cui essa si articola. Sulla scia di indicazioni dottrinali autorevoli<sup>225</sup>, taluni autori<sup>226</sup> hanno tratto spunto per la riflessione sulle c.d. sentenze della “terza via” partendo da un nodo interpretativo sorto in relazione al testo di quello che, all'epoca, era l'art. 183, 2° comma c.p.c., secondo il quale “*il giudice indica alla parte le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*”.

---

<sup>221</sup> Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2001 n° 14637.

<sup>222</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1611 ss.

<sup>223</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit. p. 1363 ss.

<sup>224</sup> DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1968, p. 220 ss.

<sup>225</sup> CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit. p. 170 ss., ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, Cit. p. 82 ss. GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*, cit. p. 605.

<sup>226</sup> DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit. p. 220 ss.

L'ambigua formulazione della norma aveva sollecitato l'attenzione della dottrina, la quale, a più riprese, si era chiesta, se la disposizione ponesse un vero e proprio dovere a carico del giudice di sottoporre all'attenzione e al contraddittorio delle parti le questioni rilevate, dovere dalla cui violazione sarebbe derivata la nullità della sentenza, ovvero se il comma 2° [attualmente comma 4°] dell'art. 183 c.p.c. configurasse una mera facoltà, il cui esercizio fosse rimesso al potere discrezionale del giudice stesso.<sup>227</sup>

Sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'invalidità della decisione solitaria è stata impostata a partire dal presupposto per cui l'attuazione della garanzia del diritto di difesa ex art. 24 Cost. comma 2°, implichi il dovere del giudice, di sottoporre le questioni rilevabili d'ufficio al previo contraddittorio delle parti.

A tali, conclusioni, si è giunti, non già muovendo dall'interpretazione dell'art. 183 c.p.c., bensì prendendo le mosse dall'art. 101 c.p.c., rileggendo il principio del contraddittorio in esso contemplato, alla luce della garanzia costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost..

Viene, infatti, affermato che il problema “*sussiste, non come problema di interpretazione dell'art. 183, comma 2° c.p.c. bensì in relazione ad una più comprensiva visione dei rapporti tra i poteri del giudice e i poteri delle parti, che trova il suo fondamento nell'art. 101 c.p.c., interpretato alla luce dell'art. 24 comma 2° Cost.*”.<sup>228</sup>

I presupposti su cui si fonda la ricostruzione dottrinale sono rappresentati dal significato attribuito alla regola del contraddittorio, da considerarsi, nel nostro ordinamento processuale, il principio fondamentale in cui si realizza il diritto di difesa.

Quando il diritto al contraddittorio delle parti non è garantito o risulta essere compromesso, viene meno il diritto di difesa, che deve essere assicurato in capo alle parti; viene, quindi, a manifestarsi il carattere direttivo della norma costituzionale che consacra il diritto di difesa rispetto all'art. 101 del codice di procedura civile.

---

<sup>227</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. Taruffo. Torino, 2010. pp. 73 ss.

<sup>228</sup> DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit. p. 220 ss.

Da ciò consegue, inevitabilmente che il potere decisorio dell'organo giurisdizionale, è validamente esercitato solo se le parti hanno avuto la possibilità di interloquire sull'oggetto della lite.<sup>229</sup>

In altri termini, se il principio del contraddittorio ha rilevanza costituzionale, in considerazione del suo essere espressione del diritto della difesa enunciato dall'art 24 Cost.<sup>230</sup>, esso deve informare le disposizioni del codice di rito, le quali vanno interpretate alla luce di quel principio: pertanto, il principio stesso deve essere osservato anche e soprattutto dal giudice, il quale è tenuto a segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, al fine di stimolare la dialettica e il contraddittorio sopra le medesime.<sup>231</sup>

Tale obbligo del giudice risulta essere maggiormente rilevante nella fase di trattazione della causa, nell'ambito della quale vengono definitivamente precisate le domande, in considerazione del sistema di preclusioni operante nel nostro processo civile.

Da qui il dovere del giudice di provocare il contraddittorio delle parti sulle questioni e la nullità della sentenza pronunciata in violazione di tale dovere.<sup>232</sup>

Anche altri autori<sup>233</sup>, in seguito all'avvenuta costituzionalizzazione espressa del principio del contraddittorio, seguono, in maniera più o meno pedissequa, tale strada per sostenere l'invalidità delle sentenze solitariamente adottate.

Dal novellato art. 111 Cost. viene fatto inequivocabilmente fatto discendere il divieto dei giudizi civili di terza via.

---

<sup>229</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell' ordinamento processuale*. cit. p. 74.

<sup>230</sup> DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit. p. 220 ss. Quando l'Autore scriveva non era ancora intervenuta la riforma costituzionale relativa all'art. 111 Cost.

<sup>231</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell' ordinamento processuale*. cit. p. 75.

<sup>232</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell' ordinamento processuale*. cit. p. 84.

<sup>233</sup> MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.



Dall'essenzialità della garanzia del contraddittorio e del principio di difesa ex art. 24 Cost, viene affermata l'invalidità degli atti in contrasto con il loro scopo normativo e la conseguente invalidità del provvedimento conclusivo del giudizio, in quanto dipendente dall'atto invalido. Con riferimento al contenuto del canone costituzionale del contraddittorio, la garanzia in oggetto non elimina né attenua il principio del *iura novit curia*, per cui permane il potere- dovere del giudice di individuare la disciplina legislativa che risulti essere applicabile alla fattispecie concreta, ai sensi dell'art. 113 del codice di procedura civile<sup>234</sup>, per cui il giudice non risulta, in modo alcuno, vincolato alle qualificazioni di diritto operate delle parti in causa.

Tale garanzia, invero, incide sui modi e sui tempi dell'esercizio del suddetto potere-dovere. Per bilanciare il principio della ragionevole durata del processo, espressione anch'esso del giusto processo, con l'attuazione del contraddittorio, viene affermato come necessario impedire al giudice di porre la questione della norma estranea al precedente dibattito tra le parti o di recepire sollecitazioni di parte al di là di quanto previsto dall'art. 184 c.p.c.<sup>235</sup>, cioè della fase processuale al termine della quale sono inibite alle parti nuove richieste di mezzi di prova.<sup>236</sup>

Altra via sarebbe quella di consentire al giudice, in ogni momento, anche in sede di decisione, il rilievo, officioso o su istanza di parte, della nuova possibile impostazione giuridica della causa, applicando la normativa della rimessione in termini prevista dall'art. 184-bis c.p.c., oggi abrogato.<sup>237</sup>

Le tesi di Montesano anticipano, quindi, i successivi interventi legislativi atteso che il legislatore opererà per la seconda prospettazione dottrinale evidenziata dall'Autore.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Ai sensi dell'art. 113 c.p.c. “*Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto <sup>(1)</sup>, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità*”.

<sup>235</sup> “*Nell'udienza fissata con l'ordinanza prevista dal settimo comma dell'articolo 183, il giudice istruttore procede all'assunzione dei mezzi di prova ammessi*”. Art. 184 c.p.c.

<sup>236</sup> MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*. cit. p. 929 ss.

<sup>237</sup> La norma, abrogata dall'art. 46 comma terzo della legge n° 69 del 18 giugno 2009, così recitava: “*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma.*”

<sup>238</sup> MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*. cit. p. 929 ss.

Altri autori, affermano prepotentemente che con la riforma dell'art. 111 Cost. il contraddittorio e l'esigenza di prevenzione di qualsiasi “sentenza a sorpresa” o della “terza via” trovano nella nuova garanzia un autorevole e perentorio suggello.<sup>239</sup>

In realtà, se la formulazione introdotta dalla modifica dell'art. 111 Cost., ha rafforzato il ruolo del contraddittorio nel contesto delle garanzie del processo, il nucleo delle prospettazioni proposte dalla tesi garantista è rimasto, sostanzialmente, invariato.<sup>240</sup>

Se questo può essere vero, è stato affermato dai sostenitori di questa tesi che si è realizzato un rafforzamento a livello a livello giuridico e deontologico - con il correlativo consolidamento del potere-dovere del giudice - dell'obbligo di provocare in via preventiva il contraddittorio fra le parti, in ordine ad ogni questione, di rito e di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, che sia dotata di incidenza decisoria.<sup>241</sup>

Infatti, dall'affermazione delle garanzie costituzionali del “giusto processo”, e dall'affermata inviolabilità del contraddittorio preventivo, derivano conseguenze di notevole risalto sistematico.<sup>242</sup>

Sicchè, se nel corso del procedimento, il giudice rileva in concreto una determinata “questione” avente rilevanza decisiva, e che non sia proponibile dalle sole parti, ma sia altresì rilevabile d'ufficio, tale questione rientra nel novero del materiale decisivo; rispetto a tale questione le parti, fino a quel momento, non hanno mai potuto o voluto trattare o discutere in contraddittorio tra loro.<sup>243</sup>

All'atto del rilievo officioso deve necessariamente accompagnarsi l'indicazione alle parti della questione rilevata, in modo tale che la stessa sia segnalata alla loro attenzione e sottoposta al loro vaglio dialettico, consentendo ad esse di muovere le opportune osservazioni.<sup>244</sup>

---

<sup>239</sup> COMOGLIO L.P., *Etica e tecnica del «giusto processo»*. Torino, 2004. pp. 71 ss.

<sup>240</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*. cit. pp. 84 ss.

<sup>241</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*. cit. pp. 84 ss.

<sup>242</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*. cit. pp. 84 ss.

<sup>243</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*. cit. pp. 84 ss.

<sup>244</sup> COMOGLIO L.P., *Etica e tecnica del «giusto processo»*. cit. pp. 71 ss.

In altri termini, nel momento in cui il giudice rileva la questione, sorge l'obbligo di sottoporla alle osservazioni delle parti: e ciò prima che su quella questione intervenga la decisione, in quanto la sua preventiva trattazione è da reputarsi sempre costituzionalmente necessaria.<sup>245</sup>

## 2.2. – La tesi sostanzialista

In contrasto con la tesi precedente, si è espressa l'opinione secondo cui, pur dovendosi riconoscere l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni rilevate d'ufficio, l'inadempimento di tale obbligo, di per sé, non comporterebbe l'invalidità della sentenza, dal momento che questa deriverebbe semmai, dalla non corretta decisione della questione ad opera del giudice.<sup>246</sup>

Qualora, infatti, la questione non dibattuta sia stata correttamente decisa, la prospettiva di consentirne l'annullamento per violazione del contraddittorio, appare criticabile in quanto costituirebbe indice di un atteggiamento formalistico nell'interpretazione delle garanzie costituzionali, che finirebbe per premiare gli intenti dilatori della parte che ha torto.<sup>247</sup>

In particolare, secondo Chiarloni, ideatore della tesi in esame e suo principale sostenitore, non è sufficiente che il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, ma occorre, in più, che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alle particolarità del caso concreto, l'apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non considerati: con la conseguenza che si deve optare per la nullità della sentenza soltanto laddove il rilievo officioso della questione abbia concretamente impedito alle parti di esercitare il diritto di difesa ex art. 24 Cost..

La costruzione della tesi antiformalista ruota attorno all'individuazione delle questioni rispetto alle quali si pone l'obbligo di attuazione del contraddittorio.

Dagli esponenti di tale corrente dottrinale, è stato osservato che, le questioni rilevabili d'ufficio sono qualificabili come pubbliche, nel senso che esse sono risolvibili in base a nozioni giuridiche o fattuali, che fanno parte del patrimonio di conoscenze comuni al giudice

---

<sup>245</sup> COMOGLIO L.P., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, cit. pp. 71 ss.

<sup>246</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1365.

<sup>247</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1365.

e alle parti e, in particolare, ai rappresentanti tecnici di queste ultime <sup>248</sup> . In quest'ottica, l'omissione del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni, non costituirebbe la vera causa del mancato contraddittorio, il quale si verificherebbe, per contro, in ragione di una omissione addebitabile principalmente ai difensori tecnici, i quali dimostrerebbero, di non aver profuso sufficiente cura ed attenzione ai contenuti dei materiali di causa ed ai profili di fatto e di diritto emersi nel corso del processo.<sup>249</sup>

Seguendo questa ricostruzione, deve concludersi che l'inosservanza da parte del giudice del dovere di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio, trattandosi di dovere inerente a profili che costituiscono patrimonio di comune conoscenza di tutti i soggetti del processo, attiene, non già il principio del contraddittorio, quanto piuttosto il dovere di collaborazione del giudice con le parti.

La violazione di tale obbligo non costituirebbe, quindi, motivo di nullità della sentenza.<sup>250</sup>

Infatti, non vi è ragione alcuna, per i sostenitori<sup>251</sup> di tale tesi, di discutere di nullità della sentenza se, la questione, rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti, sia stata correttamente decisa; viceversa, se la questione non è stata correttamente decisa, la sentenza è viziata per aver deciso male e non per avere omesso il contraddittorio tra le parti. Sostenere il principio generale della nullità che colpisce in ogni caso la sentenza di terza via contrasta insanabilmente con il principio di economicità processuale e con le esigenze di celerità del sistema processuale e dell'irrogazione della giustizia. Viene così affermato che risulta essere insensato *“pretendere l'annullamento di una sentenza che, a seconda dei casi, il giudice d'appello o il giudice di rinvio, dovrebbero necessariamente riprodurre con identico dispositivo”*.<sup>252</sup>

Coerentemente con tali premesse, solo quando il rilievo officioso possa concretamente determinare l'insorgere di prospettive fattuali non considerate dalle parti, la sentenza è nulla,

---

<sup>248</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*. cit. pp. 84-85.

<sup>249</sup> GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la “scommessa aperta” dell' ordinamento processuale*. cit. p. 86.

<sup>250</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1366.

<sup>251</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1368.

<sup>252</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1369.

qualora il giudice non abbia sollecitato il contraddittorio. Ciò soltanto qualora ne sia derivata una violazione del diritto di difesa del soccombente, non come astratta possibilità, ma quale concretezza fattuale. Di tale concreta lesione del diritto di difesa del soccombente deve darsi adeguata dimostrazione al giudice dell'impugnazione.<sup>253</sup>

Anche esponenti<sup>254</sup> della dottrina rigorista affermano la necessità che l'appellante sia tenuto ad allegare, nei motivi di impugnazione, gli elementi di fatto o di diritto, nuove allegazioni, nuove prove o nuove domande, che avrebbe fatto valere qualora la questione rilevata d'ufficio gli fosse stata segnalata.

Tuttavia da analoghe premesse, discendono differenti conseguenze; ed, infatti, dalla dottrina sostanzialista viene affermato che *“la sentenza della terza via è il frutto di una fattispecie complessa dove non basta che il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione, senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti ma, occorre in più che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alle particolarità del caso concreto, l'apertura a sviluppi della lite, fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti”*.<sup>255</sup>

### 3. – Gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti la riforma del 2009

La sentenza che inverte l'orientamento giurisprudenziale relativo alla validità delle sentenze c.d della “terza via” è stata resa dalla Corte di Cassazione, sezione prima civile, del 21 novembre 2001 n° 14637<sup>256</sup>.

In tale pronuncia, la Corte, per la prima volta, riconosce la nullità della sentenza solitaria, resa in assenza del contraddittorio, sollevato dal giudice sulla questione che viene posta a fondamento della pronuncia giurisdizionale.

In precedenza, era consolidato l'orientamento della stessa Corte di Cassazione, la quale avallava la validità delle sentenze c.d “a sorpresa”, in quanto veniva configurata come mera facoltà del giudice l'indicazione alle parti di eventuali questioni rilevate d'ufficio.

---

<sup>253</sup> CHIARLONI S. *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1370.

<sup>254</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1611.

<sup>255</sup> CHIARLONI S. *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1370.

<sup>256</sup> Cass. Sez I, 21 novembre 2001 n° 14637. Pres. Cirscuolo. Est. Berruti.

In particolare la Corte<sup>257</sup> afferma che *“la richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dal secondo comma dell’art. 183 del codice di procedura civile<sup>258</sup> - applicabile anche al giudice collegiale e, attraverso il richiamo dell’art. 359 c.p.c. anche in appello – costituisce un’attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal potere formare oggetto di un motivo di impugnazione per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi”*.

La questione da cui origina, invece, la sentenza della Cassazione che sancisce la nullità della sentenza solitaria, riguarda un contrasto tra il Comune e la Provincia di Urbino.

Il Comune aveva proposto opposizione avverso un’ordinanza-ingiunzione della Provincia, ancorando tale opposizione a motivi di fatto e a presunte violazioni di norme relative al procedimento amministrativo.

L’Autorità giudicante aveva assunto testi ed ordinato l’espletamento di una consulenza tecnica d’ufficio, per poi accogliere l’opposizione per motivi differenti da quelli sostenuti dal Comune di Urbino, optando per un nuovo argomento, rilevato d’ufficio e sollevato, per la prima volta, solo in sede decisoria: insussistenza, in capo alla Provincia, del potere sanzionatorio.

L’Autorità giudicante, concludeva, quindi, per l’inesistenza o nullità dell’atto amministrativo in questione.

L’amministrazione provinciale soccombente proponeva, quindi, ricorso per Cassazione, lamentando la violazione dell’art. 183 del codice di procedura civile<sup>259</sup>, anche in relazione

---

<sup>257</sup> Cass. 29 aprile 1982 n° 2712.

<sup>258</sup> Oggi quarto comma dell’art. 183 c.p.c.

<sup>259</sup> Così recita l’art. 183 c.p.c. *“All’udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d’ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall’articolo 102, secondo comma, dall’art. 164, secondo, terzo e quinto comma, dall’art. 167, secondo e terzo comma, dall’articolo 182 e dall’articolo 291, primo comma. Quando pronuncia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice fissa una nuova udienza di trattazione. Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedere a norma dell’art. 185.*

*Nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.”*

all'art. 24 della Costituzione, per non avere il giudice consentito il contraddittorio sulla questione della nullità o inesistenza dell'atto amministrativo in questione.

Nella citata decisione del 2001, frutto della riflessione avviata da dottrina e giurisprudenza sull'avvenuta costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, la Corte ritiene che il quarto comma dell'art. 183 del codice di procedura civile che imponeva al giudice di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari ed di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, sia espressione piena del principio del contraddittorio che governa il processo.

Si tratta di un principio che il giudice *“che il giudice deve far osservare e deve osservare egli per primo, tant'è che deve significare alle parti le questioni che ritiene rilevino, cosicché esse non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute”*.<sup>260</sup>

Tale affermazione risulta essere coerente con il regime delle preclusioni e dello *ius poenitendi*, che consente alle parti in causa di adeguare le proprie difese sulla base delle questioni sollevate d'ufficio dal giudice.

Il tema sollevato dalla sentenza è un tipico caso di scuola, in quanto una questione rilevata d'ufficio viene introdotto in causa “a sorpresa” solamente nel corso della fase decisoria, senza che venga sottoposta al contraddittorio delle parti.

Si tratta di una delle prime volte in cui la giurisprudenza assume una posizione netta nei confronti di una palese violazione del contraddittorio, decidendo per la nullità della sentenza resa in violazione del suddetto principio.

Infatti, *“stigmatizzare la violazione del contraddittorio è un atto sul quale tutti sembravano e sembrano d'accordo, ma nessuno, prima della sentenza in oggetto, aveva ancora avanzato una concreta soluzione al problema – sul piano della sua concreta sanzionabilità”*.<sup>261</sup>

Proprio la giurisprudenza aveva rifiutato di trarre dirette conseguenze dalla violazione del principio del contraddittorio che si realizza ogni qualvolta il giudice fonda la sua decisione su

---

<sup>260</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1613.

<sup>261</sup> SOMMAGGIO P., *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. Prime riflessioni per una teoria radicale*, in *D&Q.* 2007, pp. 71 - 119.

questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte alla dialettica processuale che deve realizzarsi tra le parti.

Taluni autori, infatti, sostengono la nullità della sentenza<sup>262</sup>, altri<sup>263</sup>, pur auspicando un intervento del legislatore affermano che, allo stato della legge, non sia possibile fare ricorso alla sanzione della nullità; altri ancora ritengono insensato ed ingiustificato colpire la sentenza con la radicale sanzione della nullità.<sup>264</sup>

La sentenza in esame ha formato oggetto, contemporaneamente, di una nota adesiva<sup>265</sup>, ed una critica<sup>266</sup>. La domanda che gli estensori della nota si pongono è se sia condivisibile il fatto che una decisione fondata su una questione rilevabile d'ufficio e non segnalata alle parti, integri o meno, la violazione del contraddittorio.

I sostenitori del dissenso rispetto la sentenza adottata dalla Corte di Cassazione, pongono quale premessa al proprio percorso logico- argomentativo che la sentenza della “terza soluzione” “*non violi il principio del contraddittorio bensì il principio di collaborazione tra i soggetti del processo e non si può ritenere di per sé nulla*”.<sup>267</sup>

Secondo questa premessa, pur essendo richiesto al giudice dal codice di rito, ex art. 183 comma quarto, di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione, la sanzione per l'inosservanza di tale onere non può essere rappresentata dalla nullità.

---

<sup>262</sup> DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1968, p. 222.

FERRI C., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 783.;

MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 930.

CIVININI M.L., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, p 1/2 - 9/10.

<sup>263</sup> TARUFFO M., *Giustizia, procedure e processo*, in “*Ragion pratica*”, 1997, pp. 145-149.

TARUFFO M. “*Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*”, Bologna, 2002, p. 290. In quest'ultima opera, l'Autore scrive: “*Il processo... non ha in sé, ossia nelle regole procedurali, alcun meccanismo di predeterminazione del suo esito, anche se ovviamente lo svolgimento concreto e specifico del singolo processo condiziona in vario modo il contenuto della decisione finale*”.

<sup>264</sup> CHIARLONI S. *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1370.

<sup>265</sup> LUISE P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1615.

<sup>266</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1370.

<sup>267</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* Cit. p. 1370.



Ed, infatti, la questione rilevata d'ufficio apparterebbe al cd materiale di causa, già conosciuto – o conoscibile – dal giudice e dalle parti, anche in assenza di esplicita indicazione ad opera del giudice.

Inoltre, appare superfluo discorrere di nullità della sentenza qualora la questione, sulla quale le parti non abbiano avuto la possibilità di esporre le proprie argomentazioni, sia stata correttamente decisa.

Il non avere stimolato il contraddittorio potrebbe, al massimo, assumere rilievo deontologico per il giudice.<sup>268</sup>

La sentenza n° 14637 del 2001 viene, quindi, fortemente criticata in quanto contrastante con esigenze di economicità processuale e di giustizia.

Chi, invece, ha accolto favorevolmente la pronuncia della Corte di Cassazione, afferma che, anche qualora fosse vero che la questione appartiene già al materiale di causa, il rilievo officioso della stessa potrebbe stimolare l'allegazione di ulteriori fatti od atti rilevanti, e potrebbe condurre, inoltre, a nuove domande che resterebbero, in caso contrario, del tutto precluse.<sup>269</sup>

L'astratto contraddittorio tra gli autori che sostengono opposte tesi relativamente all'opportunità della pronuncia della Corte di Cassazione, evidenziano il nucleo della questione: il contraddittorio tra le parti in relazione allo specifico problema delle questioni rilevabili d'ufficio.

Il risultato migliore ottenuto da tale pronuncia sarebbe, quindi, stato proprio quello di attribuire *“centralità al contraddittorio nel processo e, di conseguenza, nel ragionamento giuridico”*.<sup>270</sup>

Nella stessa direzione si colloca anche la sentenza della Corte di Cassazione sezione terza, 5 agosto 2005 n° 16577; tale sentenza è stata resa otto giorni dopo che la seconda sezione della Corte<sup>271</sup> si era pronunciata in termini di validità della sentenza della “terza via”.

---

<sup>268</sup> CHIARLONI S *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1371.

<sup>269</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, cit. p. 1615..

<sup>270</sup> SOMMAGGIO P., *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. Prime riflessioni per una teoria radicale*, cit. p. 76.

<sup>271</sup> Cass. Sez. II civ. 27 luglio 2005 n° 15705.

In quest'ultima pronuncia, la Corte sostiene che non possa essere pronunciata la nullità se la stessa non risulta essere espressamente prevista dalla legge, ed previsione in tal senso manca nella formulazione dell'art. 183 c.p.c., quale sanzione dell'omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio.

La sentenza n° 16577 del 5 agosto 2005 conferma, invece, quanto affermato dalla sentenza del 2001 n° 14637; in particolare la mancata indicazione alle parti della questione sollevata officiosamente dal giudice che comporti nuovi sviluppi della lite, non presi in considerazione dalle parti, determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa.

La Corte di Cassazione parte da alcune premesse normative ed enuclea il principio per cui *“il giudice che ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevata d'ufficio, senza averla previamente sottoposta alle parti al fine di provocare su di essa il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese in relazione al mutato quadro della materia del giudizio, deve astenersi dal decidere solitariamente e procedere alla segnalazione della questione che intende rilevare d'ufficio, riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle consequenziali attività”*<sup>272</sup>.

Le premesse da cui la Suprema Corte prende le mosse sono date dal:

1. dovere di collaborazione imposto al giudice, ex art. 183 comma quarto del codice di procedura civile.
2. la previsione di tale dovere in capo al giudice è finalizzato a garantire il contraddittorio; principio che il giudice stesso è tenuto ad osservare, segnalando alle parti le questioni rilevabili d'ufficio.
3. il giudice non è dotato del potere di adottare sentenze solitarie, in quanto esse espongono le parti a decisioni “a sorpresa”.
4. l'onere del giudice di rispettare il principio del contraddittorio deve essere rispettato nel corso di tutto il processo, essendo esso *“intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo”*.<sup>273</sup>

Sulla base di tali premesse, consequenzialmente, la Corte afferma che *la violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d'ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi*

---

<sup>272</sup> Cass. Sez. III civ. 5 agosto 2005 n° 16577.

<sup>273</sup> Cass. Sez. III civ. 5 agosto 2005 n° 16577.

*della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti, privandole dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria".*<sup>274</sup>

La decisione evidenzia, inoltre, le caratteristiche che la questione sollevata d'ufficio deve presentare affinché essa risulti essere rilevante ai fini dell'invalidità della sentenza: deve trattarsi di una questione *"che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale"*.<sup>275</sup>

Così, si determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria.

Sulla base di tale principio la Corte di Cassazione ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, con la quale il giudice di appello aveva rigettato l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione *omnibus*, - sulla base dell'art. 10 della legge 17 febbraio 1992 n° 154 senza rimettere la causa sul ruolo per consentire alla parte attrice di allegare – e provare – che il debito garantito derivasse da operazioni bancarie poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della disposizione normativa<sup>276</sup>, non avente efficacia retroattiva.

Come per la sentenza della Corte di Cassazione n° 14637 del 2001, anche per la sentenza n° 16577 del 2005, sono state formulate sia note critiche<sup>277</sup> che note adesive.<sup>278</sup>

In particolare, secondo una prospettazione critica, le premesse da cui si trae la conseguenza della validità della sentenza solitaria sono le seguenti:

---

<sup>274</sup> Cass. Sez. III civ. 5 agosto 2005 n° 16577.

<sup>275</sup> Cass. Sez. III civ. 5 agosto 2005 n° 16577.

<sup>276</sup> Ai sensi dell'art. 10 della legge 17 febbraio 1992 n° 154.

<sup>277</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 750- 754.

<sup>278</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006. p. 755.

1. la mancata segnalazione alle parti di questioni rilevabili d'ufficio da parte del giudice non determina una lesione del contraddittorio ma una violazione del dovere di collaborazione.
2. il dovere di collaborazione non è assimilabile né riconducibile al principio del contraddittorio, in quanto *“anche se la sentenza n° 16577 del 2005 sembra unificare il principio del contraddittorio come garanzia e il principio di collaborazione, come se l. 'uno e l'altro fossero espressione di una medesima regola di fondo, è infatti chiaro che si tratta di regole differenti, non confondibili l'una con l'altra.”*<sup>279</sup>
3. Il principio di collaborazione e il principio del contraddittorio agiscono su due piani differenti, pur realizzando entrambi una garanzia nei confronti delle parti.

Appare, quindi, come vengano riprese le argomentazioni sostenute dalla tesi sostanzialista e, segnatamente da Chiarloni.<sup>280</sup>

Secondo tale orientamento, l'art. 183 comma quarto del codice di procedura civile, esprime il principio del contraddittorio, ma non sotto le forme e le modalità del diritto di difesa: *“il contraddittorio è anche lo strumento mediante il quale – attraverso la composizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi in iure; ed in tanto il contraddittorio adempie la sua funzione in quanto le parti esercitino effettivamente le loro facoltà di interloquire. Avendo di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia non basta più: occorre che le parti si avvalgono delle loro facoltà; è proprio per questo che la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito”*.<sup>281</sup>

In quest'ottica, la ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione, che sanziona con la nullità la pronuncia solitaria, appare, dunque, eccessiva, in quanto non si realizzerebbe una lesione del contraddittorio inteso come garanzia di difesa, ma del contraddittorio inteso come strumento per giungere ad una più verosimile ricostruzione dei fatti di causa<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 752.

<sup>280</sup> CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie*. cit. p. 1363 ss.

<sup>281</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 752.

<sup>282</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 752.

Così impostata la problematica, non resta che valutare se il giudice abbia, o meno, risolto in modo erroneo la questione rilevabile d'ufficio.<sup>283</sup>

Qualora il giudice abbia errato nella definizione della questione rilevata d'ufficio, *“il rimedio va trovato unicamente nei mezzi con i quali si fa valere l'ingiustizia della sentenza.”*<sup>284</sup>

Se, al contrario, il giudice, anche in assenza di contraddittorio tra le parti, abbia correttamente deciso la questione *“vorrà dire che la mancanza di dibattito tra le parti non ha provocato alcuna conseguenza e la sentenza merita di essere tenuta ferma”*,<sup>285</sup>

Al contrario, a parer degli autori<sup>286</sup> che si sono espressi in senso adesivo alla sentenza della Corte di Cassazione n° 16577 del 2005, la sanzione della nullità con cui è stata colpita la pronuncia della “terza via”, impone un preciso dovere del giudice di *“provocare preventivamente il contraddittorio pieno delle parti su un ogni questione, di fatto o di diritto avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d'ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronuncia.”*<sup>287</sup>

Per sostenere tale tesi viene fatto leva sulla riforma legislativa che ha introdotto l'art. 384 comma terzo del codice di procedura civile che impone, per il caso in cui la Corte di Cassazione nel decidere nel merito ritenga di porre a fondamento della propria decisione, una questione rilevata d'ufficio, che debba essere assegnato alle parti ed al pubblico ministero un termine per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

Al contrario della nota critica<sup>288</sup>, quella adesiva<sup>289</sup> qualifica il contraddittorio, da un lato quale *“punto di equilibrio delle garanzie offensive e difensive delle parti”*<sup>290</sup>, e, dall'altro, come *“strumento d'elezione per l'accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e, quindi, per il conseguimento di un giusto processo.”*<sup>291</sup>

---

<sup>283</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 753.

<sup>284</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 754.

<sup>285</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 754.

<sup>286</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p. 755.

<sup>287</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p. 758.

<sup>288</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*. cit. p. 752.

<sup>289</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p. 755 ss.

<sup>290</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p. 756.

<sup>291</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p. 760.

Viene evidenziato come sul giudice gravi un dovere di imparzialità, costituzionalmente rilevato; infatti, il giudice non può attivarsi quale organo correttivo degli errori difensivi operati dai legali delle parti, posto che, interventi in tale direzione, andrebbero a vantaggio di una parte e a svantaggio dell'altra. Ecco che viene in rilievo il principio costituzionale di legalità, sulla cui base è dovere del giudice di rilevare ed immediatamente sottoporre al vaglio dialettico delle parti una questione rilevabile d'ufficio.<sup>292</sup>

Il potere-dovere del giudice di indicare alle parti la questione rilevabile d'ufficio discende direttamente dal combinato disposto degli artt. 101 comma primo del codice e 111 commi primo e secondo della Costituzione, affinché la questione formi oggetto del contraddittorio tra le parti.

Il rilievo e l'indicazione alle parti, non rappresenta un'opportunità sanzionabile sul piano deontologico, ma viene a configurarsi quale obbligo necessario che, in caso di mancato rispetto, comporta, inevitabilmente, la nullità della pronuncia.<sup>293</sup>

La stessa Corte di Cassazione torna sul tema della validità delle sentenze della "terza via", con la sentenza 31 ottobre 2005 n° 21108. Tale sentenza conferma le precedenti individuando un orientamento giurisprudenziale che commina la sanzione della nullità per le sentenze solitariamente rese.

Si trattava di una fattispecie relativa ad una sentenza resa dal giudice di pace, il quale aveva accolto un'opposizione a precetto, rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato notificato in precedenza altro precetto per cui, il secondo era improduttivo di effetti per il principio del *ne bis in idem*.

La Suprema Corte cassa la sentenza con rinvio al giudice di pace affinché in tale sede sia dato corso alle attività processuali che le parti, per effetto della mancata segnalazione della questione rilevata d'ufficio, non hanno potuto svolgere.

La mancata segnalazione da parte del giudice della questione rilevata d'ufficio viene ricondotta a violazione del dovere di collaborazione del giudice con le parti, intrinseco alla sua posizione di terzeità.

La sentenza n° 21108 del 31 ottobre 2005, richiamando i precedenti della stessa Corte n° 14637 del 2001 e n° 16577 del 2005, precisa che la regola disposta dall'art. 183 comma

---

<sup>292</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p 761.

<sup>293</sup> COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, cit. p 761.

quarto, che statuisce un dovere di collaborazione del giudice con le parti, pur dettata espressamente per disciplinare la prima udienza di comparizione delle parti, informa, in realtà, l'intero corso del processo, essendo intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo il principio del contraddittorio.

La Corte di Cassazione, ancora prima della novella legislativa<sup>294</sup> che ha coinvolto l'art. 101 del codice di procedura civile, ha interpretato estensivamente l'art. 183 quarto comma, ritenendolo applicabile al processo nella sua interezza.

La Corte precisa, quindi, che *“il giudice deve segnalare le questioni suscettive di rilievo officioso per consentire che su di esse si apra la discussione e siano perciò consentite che su di esse si apra la discussione e siano perciò consentite alle parti nuove attività processuali onde evitare di esporle a soluzioni della “terza via” o “a sorpresa” solitariamente adottate.”*<sup>295</sup>

La Corte di Cassazione qualifica, quindi, il principio del contraddittorio come intrinseco al corretto svolgimento di un giusto processo.

Anche questa sentenza della Suprema Corte ha suscitato critiche ad opera di alcuni autori<sup>296</sup>, sostenendo che *“la violazione deontologica, se si decide in base a questioni non previamente – all'udienza dell'art. 183 del codice di procedura civile o, se emerse, o capite dopo, anche in seguito – sottoposte alle parti, vi è sempre; la nullità processuale, tuttavia, secondo i principi ricorrerà spesso, tuttavia non sempre.”*<sup>297</sup>

Viene, dunque, affermato che, unicamente nei casi in cui le questioni rilevabili d'ufficio siano di fatto, o miste di fatto e di diritto, la parte soccombente possa dolere che la violazione di quel dovere deontologico di provocare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio, le abbia determinato una lesione del diritto di difesa. Non è, quindi, sufficiente lamentare il mancato adempimento dell'onere del giudice di provocare il contraddittorio su una questione rilevata d'ufficio, ma risulta essere necessario che *“la risoluzione della questione abbia*

---

<sup>294</sup> Legge n° 69 del 2009.

<sup>295</sup> Cass. n° 21108 del 31 ottobre 2005.

<sup>296</sup> CONSOLO C., *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, cit. p. 508.

<sup>297</sup> CONSOLO C., *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, cit. p. 508-509.

*determinato, grazie alla particolarità del caso concreto, l'apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti*"<sup>298</sup>

La violazione del dovere di collaborazione coinciderà con la violazione del principio del contraddittorio non via automatica, ma solo in contesti particolari e bisognosi di puntualizzazione.

In linea con l'orientamento rigorista si pone anche la sentenza della Cassazione 9 giugno 2008 n° 15194, che accoglie il ricorso incidentale avverso una sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio e mai dibattuta nel processo.

La questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti riguardava la ritenuta mancata produzione delle procure notarili con il conferimento di poteri ai rappresentanti della società ricorrente e resistente, erroneamente rilevata dal giudice e, invece, effettivamente prodotte.

La Corte ritiene inammissibile il ricorso principale, trattandosi di errore materiale per il quale il rimedio è la revocazione; accoglie, invece, il ricorso incidentale, per omesso contraddittorio, sulla questione rilevata d'ufficio, e cassa con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello.

In contrapposizione a tale filone giurisprudenziale si pongono, invece, quelle sentenze della Corte di Cassazione che si identificano come "sostanzialistiche", che argomentano la validità delle sentenze c.d. della "terza via" sulla base dell'assenza di una previsione normativa espressa che ne sancisca la nullità.

Emblematica in tal senso è la sentenza della Suprema Corte, seconda sezione, del 27 luglio 2005 n° 15705.

I ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 183 quarto comma del codice di procedura civile, 111 e 24 della Costituzione, per avere omesso la Corte d'appello di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, come, invece, statuito dalle citate disposizioni, al fine di attuare il principio del contraddittorio ed evitare alle parti le sentenze c.d. "a sorpresa".

La Corte di Cassazione ritiene infondato il motivo di ricorso, in quanto *"condivide il prevalente orientamento giurisprudenziale di questa Corte secondo cui non è affetta da nullità, e non è oggetto di alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio al momento dell'assunzione della decisione e non sottoposta dal giudice al*

---

<sup>298</sup> CONSOLO C., *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, cit. p. 509.



*preventivo contraddittorio delle parti. Non può, infatti, essere pronunciata la nullità di atti del processo se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell'art. 183 del codice di procedura civile".*<sup>299</sup>

La fattispecie riguardava la divisione di beni caduti in successione, con liquidazione della quota di usufrutto del coniuge superstite, contestata da quest'ultimo e da altro erede, per violazione dell'art. 183 quarto comma del codice di procedura civile.

Anche le Sezioni Unite con la sentenza n° 18128 del 2005 si pronunciano nel senso della validità della sentenza adottata solitariamente.

La sentenza, concernente la rilevabilità d'ufficio dell'eccessiva entità di una clausola penale, pur non affrontando direttamente la questione della validità della sentenza della "terza via", ha implicitamente escluso qualunque vizio di nullità della pronuncia di merito che, rilevata in via officiosa la questione, abbia poi proceduto autonomamente a ridurre l'importo della clausola penale, pur in assenza di un'esplicita richiesta di parte e senza segnalare alle medesime la questione, per provocare il contraddittorio su di essa.

#### 4. – La legge n. 69 del 18 giugno 2009 e il secondo comma dell'art. 101 c.p.c.

Il 16 marzo 2007, il Consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge recante *"Disposizioni per la razionalizzazione e accelerazione del processo civile"*, predisposto dal guardasigilli Mastella.

L'art. 14 di tale disegno di legge estende a tutte le fasi del processo, quanto previsto dall'art. 384 comma 3° c.p.c.<sup>300</sup>, introducendo una norma nell'ambito delle disposizioni generali del codice di procedura civile, e quindi applicabile all'intero processo civile. Si tratta di un ulteriore comma inserito nell'art. 101 c.p.c., che impone al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio secondo la seguente previsione: *"se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione,*

---

<sup>299</sup> Cass. Sez. II 27 luglio 2005 n° 15705.

<sup>300</sup> L'art. 384 terzo comma del codice di procedura civile così si esprime: *"Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione"*

*assegnando alle parti un termine per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.*

Tale norma doveva essere coordinata con la novella riguardante l' art. 183 comma 3° c.p.c., come prevista dall' art 22 del citato disegno di legge, che prevedeva al posto degli attuali - e in vigore pure precedentemente al disegno di legge Mastella - commi 3° e 4° dell' art. 183 c.p.c. la seguente previsione: *“nell'udienza di trattazione il giudice interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione della lite. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile dal giudice ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Se la conciliazione non riesce, il giudice chiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”.*

Dunque l'art. 14 del disegno di legge era chiaramente rivolto a far fronte ad una situazione patologica: qualora il giudice, in fase di trattazione, non indichi alle parti le questioni rilevabili d' ufficio, e il mancato rilievo della questione emerga in fase decisoria, il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio sulla medesima questione in modo tempestivo.<sup>301</sup>

La collocazione della novità dell' art. 101 del codice di procedura civile non è quindi “felice”, poiché sembra quasi suggerire che il contraddittorio delle parti sui rilievi officiosi debba attuarsi in fase decisoria e non, come naturalmente dovrebbe avvenire, in sede di trattazione.<sup>302</sup>

La disposizione dell' art. 14 del disegno di legge Mastella, costituendo l' antefatto dell' attuale art. 101 comma 2° c.p.c., è stata riprodotta quasi specularmente nel comma 13° dell' art. 45 della l. 69/2009, introducendo il citato art. 101 comma 2° c.p.c.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> LUISO P., *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, p. 610.

<sup>302</sup> RICCI E.F., *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 21.

PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, p. 221.

<sup>303</sup> CECHELLA C., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 61. BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida dir.* n. 27, 2009, p. 110. VERDE G., *Diritto processuale civile, I*, Bologna, 2010, p. 101.

COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1012 ss..

GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*, in *riv. dir. proc.*, 2010, p. 826.

Tale disposizione prevede: *“Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”*<sup>304</sup>.

Il legislatore ha inteso così, porre un punto fermo sulla questione validità/invalidità della decisione di “terza via”, a fronte dei “disorientamenti giurisprudenziali” sull’art. 183, comma 4° c.p.c.<sup>305</sup>, sanzionando con la nullità della pronuncia la mancata instaurazione del dibattito delle parti sui rilievi officiosi posti a fondamento della decisione. Tale pena di nullità costituisce una novità, poiché non era presente nell’art. 14 del disegno di legge Mastella, né presente nelle disposizioni degli artt. 384 comma 3° e art. 183 comma 4°, previgenti all’art. 101 comma 2° c.p.c..

La rilevazione della questione officiosa, nella fase decisoria, nell’ipotesi prevista dalla novella, non può considerarsi fisiologica nello svolgimento del processo, ma piuttosto deve ritenersi un’ipotesi residuale, rispetto alla regola del rilievo alla prima udienza di trattazione, sia in primo grado – ai sensi dell’art. 183, comma 4 del codice di procedura civile -, che in appello - per il generale rinvio, ad opera dell’art. 359 c.p.c.<sup>306</sup> alle norme che disciplinano il procedimento davanti al Tribunale -.

Sulla base di tali osservazione dovrebbe affermarsi che la novella dell’art. 101 c.p.c.. dovrebbe avere, dunque, un’applicazione eccezionale, destinata ad operare soltanto nei casi, patologici, di tardiva attivazione del contraddittorio da parte del giudice<sup>307</sup>.

Il rilievo officioso nella fase decisoria, in altri termini, denuncia una mancanza di dialogo in sede di trattazione tra giudice e le parti.

Se la ratio dell’articolo in commento va, pertanto, a coincidere con quella che anima i disposti già esistenti, non mancano gli elementi innovativi del testo di riforma.

---

<sup>304</sup> Art. 101 secondo comma c.p.c.

<sup>305</sup> COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, p. 1014 ss.

<sup>306</sup> Ai sensi dell’art. 359 c.p.c.. ”Nei procedimenti d’appello davanti alla corte o al tribunale si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale, se non sono incompatibili con le disposizioni del presente capo.”

<sup>307</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorchè emerga l’assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 361.

La riforma, infatti, dirime due importanti problematiche:

1. la prima relativa alla natura doverosa o meramente discrezionale dell'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio ad opera del giudice, consacrando, quindi l'obbligo del giudice di suscitare il dibattito processuale su quanto rilevato.<sup>308</sup>
2. la locuzione "a pena di nullità", risolverebbe il problema della sanzione di cui dovrebbero essere destinatarie le sentenze della "terza via". L'attribuzione alle parti, della facoltà di difendersi depositando memorie contenenti osservazioni scioglierebbe la problematica relativa alle modalità in cui debbano essere svolte le attività processuali connesse alla questione rilevata d'ufficio<sup>309</sup>.

Se la norma risolve talune problematiche, ne determina delle altre, in quanto già la collocazione della disposizione appare infelice, atteso che la norma chiaramente riferita alla fase decisoria, è collocata nella parte del codice dedicata ai principi generali.<sup>310</sup>

La questione può, tuttavia, essere formulata a contrario, nel senso che ciò in cui il legislatore ha peccato non è la collocazione della disposizione, bensì la sua formulazione<sup>311</sup>.

Venendo in rilievo un principio generale, sarebbe stato necessario affermarlo in termini chiari ed inequivoci - sancendo che il giudice non può, a pena di nullità, fondare la decisione su alcuna questione sollevata d'ufficio, se su di essa le parti non siano state poste in grado di contraddire- e lasciare poi al normale iter processuale la sua attuazione<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.*, in *Teoria e storia del diritto privato*. 2012. pp. 2 ss.

<sup>309</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* cit. p. 2 ss.

<sup>310</sup> FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna Forense*, Milano, n. 3-4, 2011, pp. 551 ss.

<sup>311</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.*, cit. p. 2 ss.

<sup>312</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.*, cit. p. 2 ss.

Il legislatore, invece, ha fatto esattamente il contrario: non si è preoccupato di affermare il principio, ma ne ha regolato esclusivamente una delle modalità di attuazione, oltretutto in modo improprio, data la collocazione di tale regolamentazione nella parte generale<sup>313</sup>.

Inoltre, è necessario osservare che la norma, proprio in quanto riferita alla fase decisoria, manca di regolamentare tutto il precedente svolgimento del processo, che, invero, rappresenta la sede nella quale dovrebbe elettivamente svolgersi il contraddittorio rispetto ai rilievi officiosi.<sup>314</sup>

Il rilievo officioso della questione in sede decisoria andrebbe, dunque, considerato quale meccanismo residuale, destinato ad attivarsi unicamente laddove, per qualunque ragione non abbia trovato applicazione quello ordinario.<sup>315</sup>

In ultimo, è necessario evidenziare che la norma, in quanto prevede quale unica forma di contraddittorio - allorché la questione emerga in sede decisoria-, l'assegnazione di un termine per il deposito di una memoria contenente osservazioni sulla questione, risulta in realtà eccessivamente rigida. Altre soluzioni non dovrebbero escludersi, sia nel senso di prevedere non una, bensì due memorie, in modo da consentire le repliche; sia nel senso di sollecitare, successivamente alle memorie, in alternativa ad esse o preliminarmente alle medesime, a seconda di ciò che le concrete circostanze possano suggerire, un contraddittorio orale, laddove si riveli in base alla concreta esperienza, la modalità più efficace.<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.*, cit. p. 2 ss.

<sup>314</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.*, cit. p. 2 ss.

<sup>315</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.*, cit. p. 2 ss.

<sup>316</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* cit. p. 2 ss.

#### 4.1. – Il rilievo officioso di questioni e il contraddittorio tra le parti

E' sempre stato oggetto di discussione, se l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio costituisca l'oggetto di un obbligo<sup>317</sup> o di una mera facoltà discrezionale<sup>318</sup> di chi giudica. L'assenza di ogni espressione imperativa nell'articolo 183, comma 4° c.p.c., il cui tenore non è stato scalfito dalle recenti riforme, e il riferimento all' "opportunità" della trattazione, inducevano ad escludere che il giudice dovesse sottoporre all'attenzione delle parti, le questioni rilevabili d'ufficio.

Tuttavia, un'interpretazione letterale della normativa si poneva in contrasto con il dettato costituzionale secondo gli art.3, 24 e 111 della Costituzione. Individuando nel contraddittorio lo scopo del disposto, si imponeva, già allora, un rovesciamento del tenore testuale, tale da far leggere "indica" come "deve indicare" e l'"opportunità" quale vera e propria 'necessità'<sup>319</sup>.

Sulla base della lettura della legge di riforma, non può che uscire rafforzata la tesi dell'obbligo<sup>320</sup>: la menzione espressa della nullità, quale conseguenza di una decisione "a sorpresa", e la previsione di un termine a difesa delle parti, costituiscono indizi, in tal senso, relativamente alla volontà del legislatore. Non avrebbe senso, difatti, la nullità testuale né la predisposizione di una tecnica rimediale ad hoc se si intendesse l'apertura del dibattito alla stregua di una mera facoltà.<sup>321</sup>

Nell' art. 101 comma 2° c.p.c., è presente l' inciso: "*questione rilevata d' ufficio*": si tratta di una "questione" che il giudice ritiene di porre a fondamento della decisione, e che, non essendo stata precedentemente oggetto di discussione, dovrà essere sottoposta all' attenzione

---

<sup>317</sup> ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1954. p 82;

GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. in *Riv. dir. proc.*, 1966, p 605 ss.;

DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1968, p 220 ss.

<sup>318</sup> LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1611.

<sup>319</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* cit. p. 8.

<sup>320</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* cit. p. 11.

<sup>321</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* cit. p. 11.

delle parti. Inoltre deve essere suscettibile di esser “rilevata” d’ufficio, ed essere posta “a fondamento” della decisione.

Secondo parte della dottrina, appare evidente che la sollecitazione alle parti dovrebbe essere limitata alle sole questioni preliminari o pregiudiziali, strettamente intese.<sup>322</sup>

Secondo altra dottrina, la provocazione del contraddittorio doveva esser limitata alle sole questioni di fatto o di diritto, e per un’ altra dottrina ancora, la portata dell’obbligo del giudice è interpretata in modo estensivo in modo tale da ricomprendervi tutti i punti controversi della lite.

La restrizione dell’ambito applicativo dell’art. 183 comma 4° c.p.c. alle sole pregiudiziali veniva giustificata dall’idoneità di queste, e di queste sole, a costituire oggetto di un’autonoma pronuncia, conducendo, in tal modo, ad una definizione immediata della causa. Si argomentava, così, che la segnalazione della questione alle parti sarebbe stata necessaria, solo laddove la stessa avesse potuto di per sé incidere sulle sorti della sentenza; ove, invece, si fosse trattato di questioni diverse dalle preliminari, il giudice avrebbe potuto liberamente valutare l’opportunità dell’apertura del dibattito.

Altra dottrina, poi, prediligeva il distinguo tra questioni di fatto e di diritto, non mancando anche chi propendesse per la totale esclusione dalle ‘questioni’ delle “eccezioni in senso lato”, pervenendo ad uno svuotamento del contenuto dell’obbligo.

L’ampia portata dell’articolo 101, comma 2° c.p.c. che parla di “questione rilevata d’ufficio” senza connotarla in alcun modo, sembra confermare ciò che già discendeva dai principi costituzionali<sup>323</sup>. È, del resto, difficile stabilire se una questione sia di fatto o di diritto, ed è ancora più complesso distinguere tra questioni rilevabili d’ufficio ed eccezioni in senso lato. Espungere, poi, queste ultime dalla portata applicativa del disposto dell’art. 101 del codice di procedura civile potrebbe comportare – in un sistema processuale che riferisce le preclusioni alle sole eccezioni in senso stretto – l’impossibilità delle parti di replicare ad un’eccezione in senso lato, magari rilevata in sede di appello.

---

<sup>322</sup> FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna Forense*, Milano, n. 3-4, 2011, pp. 551 ss.

<sup>323</sup> GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d’ufficio. Riflessioni sulle pronunce “a sorpresa” alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* cit. p 11 ss.

In realtà, l'individuazione delle questioni che risultano essere ricomprese nella portata applicativa dell'art. 101 del codice di procedura civile, non deve essere effettuata in base alla terminologia adoperata dal legislatore, bensì in base alla *ratio* della norma, consistente nel garantire una partecipazione al processo decisionale piena e consapevole, tale da mettere al riparo da possibili scelte solitarie del giudice.<sup>324</sup>

Dunque, non possono sussistere dubbi in merito alla necessità di sottoporre alle parti tutti quegli aspetti relativi, non solo alla valorizzazione giuridica di un fatto relativo alla fattispecie del diritto azionato, in quanto ritenuto esistente, od il riscontro di una nullità, formale od extraformale, ma anche alla constatazione dell'assenza di un fatto della suddetta fattispecie, allegato e rilevato, ma rimasto poi fuori dalla discussione fra le parti, ed altresì l'adozione di una prospettiva giuridica diversa da quella seguita sino ad allora<sup>325</sup>.

Per quanto concerne i poteri che, a seguito della segnalazione, le parti possono esercitare, ad esse deve essere consentito di porre in essere qualunque tipo di attività, dallo sviluppo di mere argomentazioni giuridiche, alla proposizione di nuove domande o di nuove eccezioni, passando per la modifica di queste ultime, l'allegazione ed il rilievo di fatti ulteriori rispetto a quelli già emersi, la modifica delle conclusioni, la produzione di nuovi documenti e la richiesta di nuove prove<sup>326</sup>.

Tali poteri possono essere esercitati nella misura in cui essi si pongano effettivamente in termini di replica al rilievo officioso della questione ad opera del giudice.<sup>327</sup>

Solo in questo modo il contraddittorio risulta, infatti, realmente garantito, del resto, le parti devono essere poste nella medesima condizione nella quale si troverebbero a fronte di un'analogia iniziativa portata avanti dalla parte avversa, ed inoltre, non ponendo la norma,

---

<sup>324</sup> FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*. cit. p. 551.

<sup>325</sup> FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*. cit. p. 551.

<sup>326</sup> BUONCRISTIANI D., *Il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 402.

<sup>327</sup> FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*. cit. p. 552.



limiti di sorta, è del tutto evidente che la loro introduzione in via interpretativa non potrebbe che risultare arbitraria.<sup>328</sup>

Una questione ermeneutica che viene sollevata in tale ambito, è quello se, laddove il rilievo officioso venga effettivamente esercitato in sede di decisione, per quanto concerne le prove, che le parti intendano addurre, esse debbano essere indicate senz'altro con le memorie ex art. 101 c.p.c., o comunque in sede di replica al rilievo officioso, o se invece ciò possa avvenire anche successivamente alla rimessione in istruttoria.

Se, infatti, la questione rilevata d'ufficio in fase decisoria, dovesse dar luogo all'allegazione di nuovi fatti ed attività istruttorie, è possibile che la causa debba regredire dalla fase decisoria all'istruttoria. Se le osservazioni delle parti hanno ad oggetto solo questioni di diritto, il giudice potrà mantenere la causa nella fase decisoria, e deciderla tenendo conto di tali osservazioni.<sup>329</sup>

Viceversa però, se le osservazioni delle parti coinvolgono anche profili di fatto, sarà necessario rimettere la causa in istruttoria per consentire alle parti di richiedere le prove che si mostrino essere necessarie in relazione alla questione sollevata officiosamente dal giudice.<sup>330</sup>

Non appare, quindi necessario che le allegazioni in fatto, operate dalle parti con le memorie di cui all'art. 101 comma 2° c.p.c., siano corredate delle relative istanze istruttorie e produzioni documentali, che potranno essere effettuate solo al momento in cui il giudice rimetterà la causa in istruttoria.<sup>331</sup>

#### 4.2. – La sanzione della nullità e la posizione della giurisprudenza

L'intervento del legislatore con la riforma 18 giugno 2009 n° 69 ha espressamente sanzionato con la nullità le sentenze di “terza via”, introducendo un secondo comma all'art. 101 del codice di procedura civile, secondo il quale “ *se ritiene di porre a fondamento della*

---

<sup>328</sup> FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*. cit, p. 553.

<sup>329</sup> LUISO P., *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*. in *Judicium. It.* 2009. pp 1 ss.

<sup>330</sup> LUISO P., *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*. cit. pp 1 ss.

<sup>331</sup> LUISO P., *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*. cit. pp 1 ss.

*decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*"<sup>332</sup>.

Il legislatore ha, così, inteso porre un punto fermo sulla dibattuta questione sulla validità od invalidità della decisione solitaria, a fronte dei *"disorientamenti giurisprudenziali sull'art. 183 del codice di procedura civile, comma quarto."*<sup>333</sup>

La rilevazione della questione officiosa, nella fase decisoria, nell'ipotesi prevista dalla legge di riforma, non è da qualificarsi come fisiologica nell'ambito dello svolgimento ordinario del processo, ma, piuttosto, deve ritenersi un'ipotesi residuale rispetto alla regola del rilievo officioso alla prima udienza di trattazione, sia in primo grado ex art. 183 comma quarto c.p.c., sia in appello, per il generale rinvio operato dall'art. 359 del codice di procedura civile alle norme che disciplinano il procedimento davanti il Tribunale.

La norma appare, quindi, come destinata ad operare per porre rimedio *in extremis*, nei casi di tardiva attivazione del contraddittorio ad opera del giudice.<sup>334</sup>

Il rilievo officioso nella fase decisoria, in altre parole, qualifica una mancanza di dialogo tra il giudice e le parti e *"disvela l'accumulo magmatico del materiale assertivo e probatorio nel fascicolo d'ufficio, cosicchè elementi significativi per la definizione della controversia emergono solo alla fine"*.<sup>335</sup>

L'obiettivo perseguito dal legislatore, in linea con la riforma dell'art. 111 della Costituzione, è quello di garantire alle parti un giusto processo: *"il processo civile, quello giusto è, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, e dovrebbe essere, un fenomeno diverso nell'ambito del quale i poteri del giudice e le facoltà delle parti vengono esercitati ordinatamente e la decisione è, quindi, prevedibile"*.<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Il secondo comma dell'art. 101 del codice di procedura civile è stato aggiunto dal comma tredici dell'art. 45 della legge 18 giugno 2009 n° 69.

<sup>333</sup> COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1012 ss.;

<sup>334</sup> COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, cit. p. 1014 ss.

<sup>335</sup> COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, cit. p. 1015.

<sup>336</sup> COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, cit. p. 1015.

Già prima della modifica legislativa riguardante l'obbligo del giudice di sottoporre al contraddittorio la questione rilevata officiosamente, la Corte di Cassazione aveva interpretato estensivamente l'art. 183 comma quarto del codice di procedura civile, ritenendolo applicabile al processo nella sua interezza.<sup>337</sup>

In seguito alla riforma dell'art. 101 del codice di procedura civile, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>338</sup> si è pronunciata espressamente sulla sanzione della nullità delle sentenze della “terza via”, focalizzando l'attenzione su quello che viene definito quale nodo problematico ancora aperto: se l'omessa indicazione di una questione rilevabile d'ufficio possa non comportare *ipso facto* la nullità della sentenza in relazione alla correttezza della decisione, ovvero se tale nullità rappresenti l'indefettibile conseguenza della violazione del dovere di imparzialità del giudice, per la sua posizione *super partes*, che deve connotare ogni giusto processo.

La Suprema Corte afferma così che, nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione – c.d. “terza via”-, non sussiste la nullità della sentenza, in quanto – fermo restando la violazione deontologica da parte del giudicante – da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*, la cui decisione, in sede di legittimità, consente la cassazione della sentenza solo se tale errore si sia in concreto consumato.

Qualora, invece, si tratti di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere un'eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni – specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili – senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente ed irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio.

---

<sup>337</sup> Cass. 31 ottobre 2005, n° 21108.

<sup>338</sup> Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009, n° 20935. Pres. Carbone, Rel. Travaglino.

Secondo le Sezioni Unite, la decisione fondata sulla decisione solitaria di una questione rilevata officiosamente non sarebbe stata nulla, salvo i casi in cui la violazione del contraddittorio abbia effettivamente inciso sull'attività difensiva delle parti, quale risultante realisticamente e comprovatamente possibile e congrua nel proseguio del giudizio.

Sia prima, che dopo, la novella del 2009, il regime della sentenza resa in via solitaria è basilarmente analogo: la nullità.<sup>339</sup>

Più in particolare, si tratterebbe di una nullità extraformale<sup>340</sup>, seppur derivata per vizio del procedimento, quale è l'elisione del segmento procedurale disciplinato dall'art. 101 del codice di procedura civile.

Sotto questo profilo, il legislatore, con la riforma, si è limitato a dare esplicita formulazione ad una sanzione che poteva già ricavarsi dal sistema processuale.

Tuttavia, in alcune ipotesi, al di là del compromesso valore del dialogo processuale e della partecipazione delle parti al giudizio, l'invalidità dovrà considerarsi sanata ove l'impugnazione di essa denoti che il contraddittorio seppur debitamente attivato sarebbe rimasto privo di rilievo.

Risulta, infatti, essere comune a tutti gli interpreti la necessità di delimitare la possibilità di far valere la nullità delle sentenze della "terza via". A tal fine sono stati elaborati tre differenti criteri:

1. la nullità della sentenza della "terza via", resa in violazione del contraddittorio, va esclusa alla radice quando tale violazione non abbia concretamente arrecato pregiudizio alcuno alla parte soccombente<sup>341</sup>.
2. il vizio della sentenza risulta essere sanato per carenza di interesse a far valere le nullità in esame; tale carenza di interesse si verificherà tutte le volte in cui l'omessa attivazione del contraddittorio non spieghi alcuna potenziale incisività sulla decisione finale.<sup>342</sup> In particolare si afferma che "*se non si realizza la detta potenzialità incisiva*

---

<sup>339</sup> MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 929- 930.

<sup>340</sup> RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 750-751.

<sup>341</sup> CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit. p. 1363.

<sup>342</sup> MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, cit. p. 930.

sulla decisione finale, nessuna parte avrà interesse a far valere l'invalidità in discorso.”<sup>343</sup>

3. viene in rilievo una peculiare forma di sanatoria processuale, in alcuni tratti somigliante a quella prevista dall'art. 156<sup>344</sup> del codice di procedura civile terzo comma, per il raggiungimento dello scopo.<sup>345</sup> All'atto della presentazione del mezzo di gravame ad opera della parte soccombente che lamenti una lesione del diritto di difesa, “ogniquale volta non si individui per quel mancato contraddittorio un contenuto ed uno scopo reale, tale circostanza opererà come una sorta di fatto sopravvenuto che rimuove e sana la nullità perché l'atto omissso – la significazione della questione alle parti – appunto, non aveva alcuno scopo da raggiungere.

*È se è indubitabile che il principio del contraddittorio tutela anche il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione della lite, per ottenere una decisione il più possibile giusta, poiché più partecipata, ossia fondata sul dialogo trilaterale tra attore-convenuto-giudice; ebbene allora la carenza di scopo dell'attuazione del contraddittorio si rivelerà quando non si riesca a dimostrare quali allegazioni difensive e quali istanze istruttorie non hanno avuto modo di spiegarsi e così allora sono state precluse dalla sua mancata attivazione”.*<sup>346</sup>

La sentenza della Corte di Cassazione resa a Sezioni Unite<sup>347</sup>, può considerarsi quale momento di sintesi e di componimento dei due diversi filoni interpretativi che, come è stato

---

<sup>343</sup> MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, cit. pp. 931- 932. .

<sup>344</sup> L'art. 156 terzo comma del codice di procedura civile così afferma: “La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”.

<sup>345</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 355.

<sup>346</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, cit. p 357.

<sup>347</sup> Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009, n° 20935.

osservato<sup>348</sup>, non sono poi così distanti come potrebbero apparire, atteso che sono presenti molteplici sfumature della medesima teoria.

La richiamata pronuncia si pone come temporalmente successiva alla novella del 2009, ma ha per oggetto una fattispecie che risulta essere antecedente, e quindi soggetta alla previgente disciplina *ratione temporis*.

Di fronte all'inequivoca dizione dell'art. 101 secondo comma del codice di procedura civile, sembrerebbe non più dubitabile<sup>349</sup> che il difetto del contraddittorio determini la nullità della sentenza, salvo poi verificare, se e quando, sia possibile una sanatoria del vizio. D'altra parte, invece, si sostiene che la nullità consegue ad una fattispecie complessa, che comprende non solo l'omissione del contraddittorio, ma anche la concreta lesione del diritto di difesa, in ragione delle attività difensive non consentite dalla mancata provocazione del contraddittorio ad opera del giudice.<sup>350</sup>

Un dato su cui vi è condivisione è rappresentato dal fatto che l'eventuale violazione dell'art. 101 comma secondo del codice di procedura civile, e dell'art. 183 comma quarto del codice di procedura civile, soggiace alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame.

Da tale premessa, consegue che la violazione del contraddittorio possa essere fatta valere soltanto dalla parte soccombente che abbia interesse a dedurre la nullità dinanzi al giudice d'appello.

Sarà, così, inammissibile l'appello, per carenza di interesse ad impugnare, tutte le volte in cui la violazione del contraddittorio non abbia determinato effetti concreti sull'esercizio del diritto di difesa della parte soccombente.<sup>351</sup>

Già con la sentenza n° 21108 del 2005, richiamata dalla sentenza n° 6051 del 2010, la Corte di Cassazione aveva già enucleato che il rilievo in appello della violazione del contraddittorio verificatosi in primo grado, presuppone l'indicazione delle attività processuali precluse in conseguenza dell'omesso contraddittorio.

---

<sup>348</sup> CONSOLO C., GODIO F., *Art.101- Principio del contraddittorio*, in AA. VV., *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Milano, 2014.

<sup>349</sup> GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*, in *riv. dir. proc.*, 2010, p. 826.

<sup>350</sup> Torna, quindi, prepotentemente alla ribalta il pensiero di CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* cit., p. 1363.

<sup>351</sup> GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*, in *riv. dir. proc.*, 2010, p. 826 ss.

La sentenza n° 9072 del 2010, resa dalla Corte di Cassazione, precisa che la mancata prospettazione del pregiudizio concreto e specifico subito dal ricorrente, nel senso della violazione del diritto di chiedere prove o di ottenere rimessione in termini, impedisce l'esame del motivo di ricorso.

La circostanza che il soccombente, nell'atto di impugnazione, non indichi motivi di gravame riconducibili alle conseguenze del mancato rilievo del contraddittorio sulla quesitone nuova emersa solo in sentenza, fa già acquisire al processo *“la miglior prova dell'assenza in concreto di alcuno scopo conseguibile da quel contraddittorio eliso e produrrà ipso facto la sanatoria del vizio”*.<sup>352</sup>

La dottrina<sup>353</sup> si mostra, quindi, attenta ad evitare un inutile formalismo delle garanzie, ammettendo l'applicabilità delle disposizioni generali previste in tema di nullità degli atti processuali, quali agli artt. 156 ss. del codice di procedura civile.

In base all'art. 156 terzo comma del codice di procedura civile, la dichiarazione di nullità è impedita quando l'atto abbia comunque raggiunto il suo scopo.

Nel caso di specie, lo scopo è l'esercizio dei poteri processuali conseguenti al rilievo officioso. Ne deriva che lo scopo deve ritenersi raggiunto qualora la parte non sia in grado di dimostrare, in modo effettivo e concreto, il pregiudizio subito, in relazione alla possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa, nonostante la comprovata presenza del vizio procedurale.<sup>354</sup>

Così, pure ai sensi dell'art. 159 del codice di procedura civile primo comma, è da escludere che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza nell'ipotesi in cui la questione rilevata officiosamente dal giudice risulti essere ininfluenza ai fini della decisione, o qualora,

---

<sup>352</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, cit. p. 358.

<sup>353</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, cit. pp. 359-360.

<sup>354</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorchè emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, cit. p. 360.

a prescindere dalla rilevanza della questione oggetto di rilievo officioso, il giudice sarebbe giunto alla medesima conclusione.<sup>355</sup>

Non può, quindi, dichiararsi nulla la sentenza a sorpresa del giudice, qualora la parte soccombente non sia in grado di dolersi del mancato esercizio di specifiche facoltà processuali.

È stato, inoltre, osservato che la parte soccombente non può dedurre la violazione del contraddittorio senza contestare, congiuntamente, la correttezza della decisione rilevata officiosamente, in quanto inammissibile perché priva di interesse ad agire la relativa impugnazione.<sup>356</sup>

Altri esponenti della dottrina<sup>357</sup>, invero, ritengono proponibile l'impugnazione in mero rito. Nel caso di violazione di forme processuali previste a pena di nullità, il pregiudizio arrecato alla difesa sarebbe *in re ipsa*, per cui la parte danneggiata non sarebbe tenuta a dimostrare, anche, il mancato raggiungimento dello scopo cui risulta essere preordinata l'attivazione del contraddittorio sulla questione che ha formato oggetto di rilievo officioso ad opera dell'autorità giudicante.<sup>358</sup>

Per quel che concerne le attività difensive che devono essere garantite alla parte affinché possa qualificarsi rispettato il principio del contraddittorio, appare convincente la tesi dell'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata.<sup>359</sup>

Deve, quindi, ammettersi la facoltà delle parti di dedurre nuovi mezzi di prova, depositare nuovi documenti, proporre nuove eccezioni e modificare le domande proposte. La parte può, quindi, svolgere tutte quelle attività difensive che si pongano quali indispensabili per la realizzazione di un pieno contraddittorio dialettico.<sup>360</sup>

---

<sup>355</sup> CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*. cit. p. 360.

<sup>356</sup> COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1012.

<sup>357</sup> GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*. cit. p. 830..

<sup>358</sup> ORIANI R., *Nullità degli atti processuali*. in *Enc. Giur.* vol. XII, Roma. 1986 p. 11.

<sup>359</sup> GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*. cit. p. 831.

<sup>360</sup> GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*. cit. pp. 831-832.



Dovrà, quindi, ritenersi violato il disposto dell'art. 101 comma secondo del codice di procedura civile, qualora il giudice consenta alle parti di svolgere le proprie osservazioni, ma ritenga, invece, inammissibili altre attività difensive necessarie.<sup>361</sup>

Delineati tali criteri, è di centrale importanza l'individuazione di quelle ipotesi di violazioni del contraddittorio ritenute nocive, in quanto lesive del diritto di difesa, e quindi denunciabili fruttuosamente in fase di gravame quale autonomo vizio della sentenza, e casi di violazioni del contraddittorio palesemente innocue, e dunque sanate.

In questa luce, le Sezioni Unite<sup>362</sup> ritengono che sia la natura della questione lo snodo focale: *“solo la decisione solitaria di questioni di fatto o miste di fatto e diritto, ad esclusione di quelle solo interpretative della regola iuris, determinerebbe un vizio della pronuncia, purché la relativa rilevazione officiosa abbia determinato ipotesi di sviluppo della res litigiosa, fino a quel momento processuale non considerate dalle parti sotto il profilo della prova; per contro, se la questione motu proprio affrontata e non significata alle parti è di puro diritto non sarebbe rinvenibile alcun vizio diverso dall'error iuris iudicando, la cui denuncia in sede di legittimità consentirebbe la cassazione della sentenza se – e solo se – tale error iuris risulti in concreto predicabile perché in concreto consumatosi.”*<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*, cit. p. 832.

<sup>362</sup> Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009 n° 20935.

<sup>363</sup> Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009 n° 20935.

## CONCLUSIONI

In questo lavoro si è cercato di ripercorrere le tappe legislative, dottrinali e giurisprudenziali che hanno condotto alla configurazione attuale del principio del contraddittorio nel processo civile.

Orbene, a fronte dell'affermazione, a più riprese, della rilevanza costituzionale del principio del contraddittorio, e della modifica legislativa dell'art. 101 del codice di procedura civile, intervenuta con la legge n° 69 del 18 giugno 2009, che avrebbero dovuto escludere, o quanto meno limitare, la discrezionalità dei giudici nell'attivazione del contraddittorio, sia in fase di trattazione della causa, che in fase decisoria, l'effettiva applicazione di tale principio non risulta essere coerente con l'intento astrattamente perseguito dal legislatore.

Il secondo comma dell'art. 101 del codice di procedura civile risulta nel prevedere la necessità del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio dal giudice in fase decisoria: *“se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”*.

Il legislatore impone al giudice, che in fase decisoria abbia rilevato d'ufficio una questione idonea alla risoluzione della controversia sulla quale le parti non si siano intrattenute, di sospendere la fase decisoria della causa.

Il giudice deve assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione; termine che risulta essere finalizzato all'instaurazione del contraddittorio, e propedeutico alla tutela del diritto di difesa.

Il fine del legislatore, perseguito con l'introduzione di tale secondo comma dell'art. 101 del codice di rito, era quello di escludere la validità delle sentenze c.d. della terza via, ponendo, quindi, fine alla *querelle* dottrinale e al contrasto giurisprudenziale – anche tra sezioni della stessa Corte di Cassazione.

Tuttavia, nonostante il divieto delle sentenze della terza via, vi è da registrare un atteggiamento di parte della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza, di legittimità, volto a limitare l'operatività della sanzione della nullità, la quale dovrebbe invece colpire tutte

quelle sentenze che basano la propria decisione su una questione rilevata officiosamente dall'autorità giudicante e sulla quale è stata omessa la possibilità per le parti di difendersi.

Se l'indagine svolta in questa tesi si fosse limitata ad osservare staticamente il quadro legislativo che connota il principio del contraddittorio, si sarebbe dovuto concludere che tale principio caratterizza il processo civile in tutti gli stati e gradi del processo.

Ma, a ben vedere, la applicazione del principio del contraddittorio nel processo civile, così come novellato dalla l. 69/09, è molto differente.

Prima di tale riforma, la Corte di Cassazione si era pronunciata espressamente per l'invalidità delle sentenze rese in violazione del principio del contraddittorio solo in un'occasione.

Trattasi della pronuncia n° 14637 del 2001, in cui la Corte statuisce che *“è nulla la sentenza che si fonda su di una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti.”*<sup>364</sup>

Tuttavia, la Corte, non appare unanime nell'affrontare il tema delle sentenze solitarie atteso che con la sentenza n° 15705 del 27 luglio 2005 essa si pronuncia a favore della validità della c.d. “terza via”, statuendo che non sia nulla la pronuncia con cui viene deciso il merito della controversia in base ad una questione rilevabile d'ufficio e non prospettata dal giudice alle parti nel corso del processo.

Soltanto otto giorni tale sentenza, la sezione terza della Corte di Cassazione si pronuncia in senso difforme da come aveva fatto la seconda sezione<sup>365</sup>.

La corte, in armonia con quanto sostenuto nella sentenza n° 14637 del 2001, si esprime nel senso che: *“la violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d'ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti, privandole dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria”*.<sup>366</sup>

In questa prospettiva, l' art. 101 comma 2° c.p.c., recepisce a livello normativo i risultati conseguiti dall' elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul discusso problema delle

---

<sup>364</sup> Cass. 21 novembre 2001.

<sup>365</sup> Cass. Sez. II Civ., 27 luglio 2005 n° 15705.

<sup>366</sup> Cass. Sez. III Civ., 5 agosto 2005 n° 16577.

decisioni “a sorpresa” e conseguentemente, la necessità di instaurare un contraddittorio effettivo e dinamico, vincolante anche per il giudice, in adempimento degli imperativi costituzionali del “giusto processo”.

All’indomani della riforma legislativa la Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza n° 20935 del 2009, ha inteso, tuttavia, limitare l’operare della sanzione della nullità espressamente prevista del legislatore, operando un distinguo tra le differenti questioni che possono formare oggetto di rilievo officioso.

Sulla base della distinzione delle questioni che possono dare origine alla nullità della sentenza per violazione del contraddittorio, la Corte di Cassazione si è così espressa: *“solo la decisione solitaria di questioni di fatto o miste di fatto e diritto, ad esclusione di quelle solo interpretative della regola iuris, determinerebbe un vizio della pronuncia, purchè la relativa rilevazione officiosa abbia determinato ipotesi di sviluppo della res litigiosa, fino a quel momento processuale, non considerate dalle parti sotto il profilo della prova; per contro, se la questione motu proprio affrontata e non significata alle parti è di puro diritto non sarebbe rinvenibile alcun vizio diverso dall’error iuris iudicando, la cui denuncia in sede di legittimità consentirebbe la cassazione della sentenza se – e solo se – tale error iuris risulti in concreto predicabile perché in concreto consumatosi.”*<sup>367</sup>

A fronte, dunque, di una chiara statuizione legislativa, si evidenzia come ciò che consente di determinare l’effettivo ambito di applicazione di una disposizione sia il diritto vivente.

La Suprema Corte appare, quindi, orientata nel senso di affermare che, solo in alcune ipotesi, segnatamente quelle di decisione solitaria di questioni di fatto o miste di fatto e di diritto, possa determinarsi la nullità della sentenza resa in violazione del contraddittorio.

Inoltre, affinché la nullità ex art. 101 secondo comma del codice di procedura civile possa trovare applicazione è necessario che la parte soccombente dimostri di avere un effettivo e concreto interesse ad appellare. Il suddetto interesse, viene in rilievo esclusivamente nelle ipotesi in cui l’appellante sia in grado di provare che l’omessa provocazione del contraddittorio abbia effettivamente determinato una lesione del diritto di difesa, precludendo la possibilità di esercitare attività difensive e determinare ulteriori sviluppi della controversia che si sarebbero, invece, realizzati qualora il giudice avesse dato spazio alle allegazioni delle parti sulla questione rilevata officiosamente.

---

<sup>367</sup> Cass. n° 20935 del 2009.

L'art. 101 del codice di procedura civile appare, quindi, come una regola a carattere formale che avrebbe dovuto tutelare il diritto al contraddittorio tra le parti, ma sostanzialmente incapace di ridifenire positivamente l'assetto dei rapporti tra il giudice e le parti.

## BIBLIOGRAFIA

- ACIERNO M., *La motivazione alla sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. proc.*, 2012, p. 437.
- ALLORIO E., *Diritto alla difesa e diritto al gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 663.
- ARIETA. G, - MONTESANO L., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001.
- ANDRIOLI V., *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, 1954.
- ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1958.
- ANDRIOLI V., *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965.
- ANDRIOLI V., *Opposizione di terzo ordinari*,. Napoli, 1965.
- ANDRIOLI V., *Prova nel diritto processuale civil*,. in *Noviss. Dig. It.* Torino, 1967, p 287 ss.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.
- ANDRONIO A., *Art. 111 della Costituzione, Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.
- BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida dir.* n. 27, 2009, p. 110 .
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2015.
- BALENA G., *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*,. in *Giusto proc. civ.* 2017 p. 749.
- BALENA G., *Alla ricerca del processo ideale tra regole e discrezionalità*, in *Giusto. proc. civ.*, 2018, p. 313..
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BOVE M., *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. dir. proc.* 2002, p. 479.
- BOVE M., *Nuovo rito in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.* 2017, p. 1005.
- BOVE M., *Un metodo per le riforme nella giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 541.
- BUONCRISTIANI D., *Il nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*,. in *Riv. dir. proc.* 2010, p. 402.
- CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, p. 33.
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, Firenze, 1993.
- CAMPIONE F., *La domanda di arbitrato tra libertà delle forme e principio del contraddittorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2013. Nota a sentenza della Cassazione Sez. I. civile, 14 settembre 2012 n°15445, p. 117.
- CAPOGRASSI G., *Giudizio, processo, scienza e varietà* in *Opere*, V. Milano, 1959.
- CAPONI R., *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile* a cura di M.G. Civininni e C.M. Verardi, Milano, 2001.
- CAPONI R., *Ragionevole durata del processo e obsolescenza di regole legislative*, in *Foro it.*, 2009, p. 3104.
- CAPONI R., *Sanatoria retroattiva delle nullità processuali, rimessioni in termini e giusto processo civile*,. in *Giur. cost.*, 2018, p. 545.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 170.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933.

- CARNELUTTI F., *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1949, p. 170.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARRATTA A., MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2016.
- CARRATTA A., MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2017.
- CECCHHELLA C., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 61.
- CECCHETTI M., *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 2001. p. 606.
- CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 57.
- CHIARLONI S., *Le riforme del processo civile*, Roma, 1992, p. 175.
- CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010.
- CHIARLONI S., *La sentenza della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* in *Giur. it.*, 2002, p. 1363.
- CIVININNI M.L., VERARDI C.M., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001.
- CIVININI M.L., *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori*, in *Il nuovo processo civile e il giudice di pace*, Quaderni del C.S.M., 1997, Vol. II, n. 92, pp. 108.
- CIVININI M.L., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, p. 1.
- COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975. p. 577.
- COMOGLIO L.P., *Art. 24, 1° comma, 2° comma, 3° comma*, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981. p. 1.
- COMOGLIO L.P., *Contraddittorio*, *Dig. disc. priv., sez. civi.* Torino, 1989.
- COMOGLIO L.P. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1075.
- COMOGLIO L.P., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 987.
- COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006. p. 755.
- COMOGLIO L.P., *Principio del Contraddittorio*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 2007, p. 1.
- COMOGLIO L.P. *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686.
- CONSOLO C., *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 508.
- CONSOLO C., *Le sezioni unite sulla attivazione della causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 361.
- CONSOLO C., GODIO F., *Art.101- Principio del contraddittorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Milano, 2014.
- CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2014.
- COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1012.

- COSTANTINO G., *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1418.
- DALFINO D., *Giurisprudenza creativa e prevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Il giusto processo civile*, 2017, p. 1023.
- DENTI V., *Perizie, nullità processuale e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 395.
- DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.* 1968, p. 220.
- DENTI V., *Art.111 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1987. p. 1.
- DIDONE A., *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di B. Capponi e F. Verde, Napoli, 2002.
- DINAMARCO C., *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, in *Revista dos Tribunais*. 1987, p. 90.
- DO PASO CABRAL A., *Il principio del contraddittorio come diritto di influenza e dovere di dibattito*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 449.
- D'ORAZIO L., *La decisione della terza via nell'accertamento del passivo*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 669.
- FABIANI M., *Rilievo d'ufficio di questioni da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, p. 3173.
- FABIANI M., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, p. 264 .
- FAZZALARI E., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861.
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*. Padova. 1996.
- FERRARIS F., *Principio del contraddittorio e divieto di decisione a "sorpresa". Questioni di fatto e questioni di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1182.
- FERRI C., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, p. 783.
- FORNACIARI R., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna Forense*, Milano, n. 3-4, 2011, p. 551.
- GAMBA C., *L' integrazione dell' art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d' ufficio e la "scommessa aperta" dell' ordinamento processuale*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. Taruffo. Torino, 2010. p. 73.
- GARBAGNATI E., *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991.
- GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Napoli, 1876.
- GIANZANA S., *Codice di procedura civile del Regno d'Italia colla relazione ministeriale, richiami e riferimenti alle leggi affini*, Torino, 1886.
- GILARDI G., *Udienza di trattazione e preclusioni nel nuovo processo civile*, in *Quest. giust.* 1993. p. 639.
- GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce "a sorpresa" alla luce del nuovo articolo 101 comma 2° c.p.c.* in *Teoria e storia del diritto privato*. 2012. p. 2.
- GRADI M., *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della terza via*, in *riv. dir. proc.*, 2010, p. 826.
- GRADI M., *Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio.*, in *Revista de processo*, 2010.
- GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*. in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 605.
- GRAZIOSI C., *La terza via e il giudice programmato: spunti sistematici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 511.
- LAVAGNA C., *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*. in *Riv. trim. dir. proc.. pubbl.* 1966.



- LIEBMAN E.T., *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *Monitore Tribunali*, 1966, p. 607.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973.
- LUISO P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981.
- LUISO P., *Questione rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria"?*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1611 ss.
- LUISO P., *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, p. 610.
- LUISO P., *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*. in *Judicium. It.* 2009. p. 1.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2012.
- MANZIN M., *Terzeità e verità: una logica per il giudice nell'età post-moderna*. in *Riv. internaz. fil. dir.* 2000 p. 589.
- MANZIN M., *Del contraddittorio come principio e metodo*, in *Audiat et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin, F. Puppo, Milano, 2008.
- MARRONE M., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004.
- MARTINETTO G., *Principio del contraddittorio*, in *Nov.mo Dig.it IV*, Torino, 1959, p. 458.
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1902.
- MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, Padova, 1994.
- MONTELEONE G., *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2001 p. 523.
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994.
- MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile III*, Milano, 1923.
- MORTATI C., *Art. 3 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975.
- NASI A., *Principio del contraddittorio*, in *Enc. Dir. IX*, Milano, 1986 p. 720.
- ORIANI R., *Nullità degli atti processuali*. in *Enc. Giur.* vol. XII, Roma. 1986 p. 11.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007.
- PEDONE L., *Raccolta dei lavori preparatori del codice civile del Regno d'Italia (Procedura Civile)*, Palermo, 1868.
- PICARDI N., *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 673.
- PICARDI N., GIULIANI A., *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, Milano, 2001.
- PICARDI N., *"Audiat et altera pars". Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 7.
- PISANELLI G., SCIALOJA A., MANCINI P.S., *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di D. Galdi, Napoli, 1875.
- PISANELLI G., *Relazione al governo sul progetto del codice di procedura civile al Senato del Regno del 26 novembre 1863* in GIANZANA S., *Codice di procedura civile del Regno d'Italia colla relazione ministeriale, richiami e riferimenti alle leggi affini*, Torino, 1886.
- POLICE A., *Art. 24 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006. p. 501.
- PROTO PISANI A., *Art. 101 Codice di procedura Civile.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, Torino, 1973. p. 1084.

- PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, Torino, 1973. p. 1049.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996.
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 della Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, parte V, 2000, p. 241.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, 2002.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006.
- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, p. 221..
- PROTO PISANI A., *Appunti su questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2010, p. 301.
- PUPPO F., *La forma retorica del contraddittorio*, in *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin, F. Puppo, Milano, 2008.
- RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 750.
- RICCI E.F., *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009.
- RONCO M., *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, p. 50.
- SAITTA F., *La terza via ed il giudice amministrativo: la questione rilevata d'ufficio(da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 852.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959.
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1973.
- SOMMAGGIO P., *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. Prime riflessioni per una teoria radicale*, in *D&Q.*, 2007, p. 71.
- SOMMAGGIO P., *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*, in *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin, F. Puppo, Milano, 2008.
- TARUFFO M., *Giustizia, procedure e processo*, in “*Ragion pratica*”, 1997, p. 145.
- TARUFFO M. “*Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*”, Bologna, 2002.
- TARZIA G., *Sulla proposizione della domanda tra litisconsorti*, In *Giur. it.*, 1970, I, p. 1.
- TARZIA G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 193.
- TARZIA G., *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994.
- TARZIA G., *L' art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1.
- TARZIA G., *Il giusto processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 329.
- TROKER N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974.
- TROKER N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 968.
- TROKER N., *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. A cura di M. G. Civinini, C. Verardi, Milano, 2001.
- TROKER N., *Processo e costituzione nell'opera di Massimo Cappelletti civil processualista (elementi di una moderna teoria del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, p. 425.
- VEGLIO M., *Asilo, falsi miti e poteri divinatori. Così muore il diritto al contraddittorio. Osservazioni critiche alla sentenza della Cassazione, IV sezione civile, n°1681 del 22 gennaio 2019*, in *Quest. Giust.*, 2019.

VERDE G., *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 747.

VERDE G., *Diritto processuale civile, I*, Bologna, 2010.