

# La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via” \*

*Luigi Montesano* \*\*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i processi esecutivi e sommari contenziosi. – 3. La garanzia costituzionale del contraddittorio e la “terza via” in diritto nei giudizi di merito. – 4. La garanzia costituzionale del contraddittorio e le sentenze di Cassazione decisive del merito. – 5. La garanzia costituzionale del contraddittorio in riguardo all’assunzione e alla valutazione giudiziaria delle prove. – 6. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i fatti pacifici. – 7. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i fatti notori. – 8. La garanzia costituzionale del contraddittorio e le prove legali. – 9. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i processi camerali instaurati con domande di tutela di diritti soggettivi. – 10. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i processi camerali non instaurati con domande di tutela di diritti soggettivi.

## 1. PREMESSE

Il nuovo comma 2 dell’art. 111 Cost., introdotto dalla L. cost. 23 novembre 1999, n. 2, dicendo che «ogni processo si svolge nel contraddit-

---

\* Relazione al Convegno di Sorrento (30 giugno-2 luglio 2000) sulla riforma dell’art. 111 Cost. promosso dal Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Torre Annunziata.

Questo lavoro – che propone di adeguare alla Costituzione alcune norme di diritto vigente e “vivente” – è dedicato alla memoria di Paolo Barile, indimenticabile maestro di diritto costituzionale e combattente per la Costituzione della Repubblica Italiana.

Della formazione delle idee qui espresse sulle prove civili (a) e sui riti camerali o “devianti” dalla cognizione normale (b) ho dato conto – con analisi anche critiche di dottrine e sentenze – nei seguenti scritti: a) *Le prove disponibili di ufficio e l’imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 180 ss.; *Le “prove atipiche” nelle “pre-*

torio tra le parti, davanti a giudice terzo e imparziale», mi sembra chiaramente proibire giudizi civili di “terza via”, più specificamente statuire che, nei processi con due o più parti, non solo siano garantiti a queste il contraddittorio e la difesa di fronte a provvedimenti del giudice contrari alle loro richieste, ma pure, all’interno dell’*iter* formativo del provvedimento in tutto o in parte conclusivo del processo e incidente sui contrapposti interessi sostanziali, che sono oggetto dello stesso processo, debba operare il contraddittorio come strumento essenziale, fra l’altro, a che il giudice sia “terzo e imparziale”. Non mi sembra contestabile che questi siano scopi essenziali che l’ordinamento assegna agli atti in esame, e perciò, dal principio – fondamentale nel processo civile – della invalidità degli atti in contrasto con il loro scopo normativo (art. 156, comma 2, c.p.c.), si desume l’invalidità di ogni atto del giudice potenzialmente incisivo sul contenuto del predetto provvedimento di merito, che non sia compiuto in contraddittorio tra le parti. È poi evidente che se non si realizza la detta potenzialità incisiva sulla decisione finale, nessuna parte avrà interesse a far valere l’invalidità in discorso (art. 157, comma 1 e 2, c.p.c.); mentre, se si realizza, ne deriverà l’invalidità del provvedimento conclusivo in quanto dipendente dall’atto invalido (art. 159, comma 1, c.p.c.).

## 2. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E I PROCESSI ESECUTIVI E SOMMARI CONTENZIOSI

In contrasto con il testo della nuova disposizione costituzionale, ma non con la sua *ratio* e – oso aggiungere – con imprescindibili esigenze di

---

*sunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile, in Riv. dir. proc., 1980, 233 ss.; Limiti dell’efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del Ministero dell’Industria nell’esercizio dei compiti di vigilanza sulla attività assicurativa, in Giur. it., 1986, IV, 385 ss.; b) Sull’efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili, in Riv. dir. civ., 1986, I, 591 ss.; “Dovuto processo” su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in Riv. dir. proc., 1989, 915 ss.; Giurisdizione volontaria, in Enc. giur. Treccani, XV, Roma, 1989; La tutela giurisdizionale dei diritti, II ed., Torino, 1994, 18-31; Giudizi camerali su atti e gestioni di società e tutela giurisdizionale di diritti e di interessi, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1999, 819 ss.*

\*\* Professore Ordinario di Diritto processuale civile nell’Università di Roma.

funzionalità della giustizia civile e di efficienza e non tardiva operatività delle tutele ch'essa deve dare, credo che questa nuova disposizione si possa "leggere" non come applicabile a tutti i processi civili, ma nel senso che chiunque veda, in un giudizio civile, sacrificato un proprio diritto o interesse meritevole di tutela a quello o a quelli di altra o di altre parti, senza le garanzie imposte dal nuovo art. 111 Cost., possa promuovere un processo svolto in contraddittorio davanti a giudice imparziale, nel quale ogni giudizio di fatto e di diritto formato senza quelle garanzie sia prevenuto o integralmente rinnovato e rimosso. Ritengo perciò che il nuovo comma 2 dell'art. 111 Cost. non operi nei processi, i cui provvedimenti finali sacrificanti gli interessi di parti possono essere rimossi o prevenuti instaurando un processo di cognizione normale, soggetto cioè, alla normativa del libro II del c.p.c., o comunque modellato fondamentalmente su questa, sia pure con maggiori o minori "varianti", e atto a produrre la cosa giudicata descritta nell'art. 2909 c.c. o comunque un'efficacia ugualmente irremovibile in ordine all'assetto dei rapporti tra le parti: processo nel quale non può non valere a pieno – con le conseguenze che tenterò di delineare – la garanzia costituzionale del contraddittorio. Questa rimane, dunque, estranea, ad esempio, ai processi che si concludono con decreto ingiuntivo, con sentenza dichiarativa di fallimento, con decreto sull'attività antisindacale, cioè con provvedimenti variamente "sommari", rimovibili con opposizioni; ai processi per la convalida di sfratto, che può essere pervenuta o rimossa con l'opposizione dell'intimato; ai processi cautelari, i cui provvedimenti finali perdono efficacia se chi li ha ottenuti non promuove tempestivamente il giudizio sul merito, ove poi gli stessi provvedimenti sono revocabili; ai processi esecutivi, i cui provvedimenti sono soggetti alle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi; alla distribuzione ad opera del giudice dell'esecuzione della somma ricavata dall'espropriazione forzata, che può essere prevenuta sollevando le controversie descritte nell'art. 512 c.p.c.

A questo punto, credo di poter trattare del divieto costituzionale di "terza via" nei su accennati processi di cognizione normale, riservandomi, dopo tale trattazione, qualche cenno al problema in riguardo alle cognizioni diverse da quella, che hanno cioè, di solito, a modello, con maggiori o minori deviazioni, la normativa del cosiddetto rito camerale.

### 3. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E LA “TERZA VIA” IN DIRITTO NEI GIUDIZI DI MERITO

La garanzia costituzionale del contraddittorio certamente non elimina e neppure attenua il principio fondamentale *iura novit curia*, cioè il potere-dovere officioso del giudice di individuare la norma applicabile in causa (art. 113 c.p.c.) e quindi il suo non essere vincolato alle impostazioni della causa “in diritto” ad opera delle parti. La garanzia in discorso incide tuttavia fortemente sui modi e sui tempi dell’esercizio di quel potere-dovere e dovrebbe condurre, si spera, la giurisprudenza a mutare la linea – da essa costantemente seguita, nonostante non poche critiche dottrinali – di totale libertà di applicare norme giuridiche in tutto estranee al dibattito tra le parti, anche con improvviso rovesciamento, solo all’atto della conclusiva sentenza di merito, di quelle che sono state le impostazioni della causa in diritto per tutto il corso del giudizio, e, se tale mutamento non avvenga la Corte costituzionale a intervenire in materia con sentenze interpretative d’accoglimento, di cui materie cioè, come dirà ancora in seguito, di un ... diritto vigente e incostituzionale. Intendo dire che il su accennato limite temporale e procedurale all’esercizio del potere-dovere giudiziario in discorso mi sembra innegabile dopo la recente riforma dell’art. 111 Cost., in ragione dell’esercizio delle facoltà delle parti – insito nel principio del contraddittorio – di prospettare le nuove impostazioni della causa in fatto, anche proponendo i mezzi di prova che ritengano necessari, in riguardo alla nuova impostazione giuridica della stessa causa, che il giudice considera possibile e che, ovviamente, è in facoltà delle parti di contestare “a monte”.

Ne consegue – a mio avviso – che se si vuole coordinare il rispetto del principio del contraddittorio col sistema delle preclusioni introdotto dalle riforme del processo civile dal 1990 in poi e, oso aggiungere, dare della legge interpretazioni favorevoli alla “ragionevole durata” del processo (secondo la “direttiva” del nuovo art. 111 Cost.), occorre impedire al giudice di porre la questione della norma estranea al precedente dibattito tra le parti o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso al di là dell’udienza prevista nell’art. 184 c.p.c., cioè della fase processuale dopo la quale sono inibite alle parti richieste di nuovi mezzi di prova. Altra via sarebbe quella di consentire al giudice in ogni momento, anche in sede di decisione, il rilievo – officioso o su sollecitazione di parte – della nuova possibile impostazione giuridica della causa, applicando in tal caso la

normativa sulla rimessione in termini contenuta nell'art. 184 *bis* c.p.c., con argomentazione sistematica che mi parrebbe molto audace e sarebbe, comunque, in contrasto con la "direttiva" costituzionale, su accennata, del favore per interpretazioni delle norme giuridiche che evitino il più possibile l'allungamento dei tempi procedurali.

Da quel che ho detto sopra deriva l'invalidità della sentenza di primo grado che applichi la norma di "terza via" senza rispettare le regole su enunciate, e quindi il potere del soccombente di far valere in appello tale invalidità (art. 161, comma 1, c.p.c.). Il giudice di secondo grado potrà ritenere non applicabile la norma in questione, e in tal caso verrà meno ogni conseguenza dell'invalidità denunciata. Altrimenti, lo stesso giudice dovrà, sull'applicabilità di quella norma, aprire il contraddittorio non aperto in primo grado, anche in riguardo alla "indispensabilità" di nuovi mezzi di prova *ex art.* 346 c.p.c.

La violazione di queste regole potrà essere motivo di cassazione "per nullità della sentenza" (art. 360, n. 4, c.p.c.) e/o per difetto di motivazione sulla predetta "indispensabilità" o no di nuove prove, e quindi di rinvio dalla Corte Suprema a giudice di secondo grado perché provveda a sanare il vizio. Ciò non esclude che il ricorso per cassazione possa investire anche, o solo, la decisione in diritto per violazione o falsa applicazione di norme *ex art.* 360, n. 3, c.p.c. e che nella prima ipotesi tale motivo, se accolto, "assorba" quello o quelli procedurali su accennati.

#### 4. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E LE SENTENZE DI CASSAZIONE DECISIVE DEL MERITO

In linea rigorosamente garantistica si può sostenere, a mio avviso, che la Cassazione non abbia il potere di accogliere il ricorso decidendo la causa in diritto né quello di respingerlo correggendo la motivazione in diritto e mantenendo fermo il dispositivo della sentenza impugnata, ove introduca qualificazioni giuridiche dei rapporti diverse da quelle sulle quali sia stato aperto il contraddittorio nelle fasi di merito, anche quando tali nuove qualificazioni siano state prospettate nel ricorso e nelle difese in sede di legittimità. Solo se questo limite fosse rispettato, il testo dell'art. 384 c.p.c. introdotto con la riforma del 1990 non violerebbe la garanzia costituzionale del contraddittorio, di cui ho sopra discorso, giacché verrebbero applicate in causa normative, in riguardo alle quali le

parti avrebbero già avuto la facoltà di contestarne la rilevanza e di proporre nuove impostazioni della causa in fatto e, se necessario, nuovi mezzi di prova (salve, ovviamente, le ipotesi di ricorso per cassazione fondate sui motivi procedurali su descritti e relativi, appunto, alla violazione del principio del contraddittorio in riguardo alla “terza via” in diritto). Accomuno qui le due ipotesi del nuovo art. 384 c.p.c. perché non mi par dubbio che, attribuito alla Cassazione il suo descritto potere di decidere la causa in diritto, si debba, a maggior ragione, ritenere che la stessa Cassazione possa correggere la motivazione in diritto non solo ove la decisione di merito della sentenza impugnata resti sorretta da motivi non colpiti dalla censura di illegittimità, ma anche ove il conservato dispositivo risulti imprescindibilmente sorretto dalla nuova motivazione introdotta dalla Corte Suprema, ove cioè – per quel che ora soprattutto interessa – la causa possa ricevere una impostazione giuridica estranea ai precedenti dibattiti in sede di merito.

Il limite “garantistico”, ora delineato, delle decisioni della causa in diritto ad opera della Cassazione non è pacifico in dottrina e, se non mi inganno, è stato più volte superato in giurisprudenza. Questi dati sono sufficienti, anzi oserei dire decisivi, per auspicare un intervento della Corte costituzionale, le cui sentenze di accoglimento hanno più volte inciso non sulle parole del legislatore, ma sul “diritto vivente” e sono, a mio avviso, doverose ovunque sussista un non remoto pericolo che le leggi funzionino in contrasto con le norme costituzionali, soprattutto ad opera della giurisprudenza. Tale pericolo mi sembra qui evidente in ragione dei dati rilevati poc’anzi, anche perché, per dirla volgarmente, in sede giudiziaria ordinaria la Cassazione non è cassabile. Due mi sembrano qui i possibili interventi della Corte costituzionale.

L’uno – che sarebbe, a mio avviso, fortemente e forse eccessivamente demolitivo – potrebbe consistere:

a) nel ripristinare la necessità del giudizio di rinvio in ogni caso di accoglimento del ricorso per violazione e falsa applicazione di norme con formulazione del principio di diritto, giacché così la garanzia costituzionale del contraddittorio in ragione delle novità introdotte dal principio di diritto sarebbe assicurata con la facoltà delle parti di formulare, a norma dell’art. 394, comma 3, c.p.c., le conclusioni – anche di richieste di novità istruttorie e in particolare probatorie – che ritengano necessitate dalla sentenza di cassazione;

b) nell’eliminare la norma sulla correzione dei motivi in cassazione

nella parte in cui essa – come ho sopra rilevato – si estende a sopprimere, e sostituire con quelli introdotti dalla Corte Suprema, anche motivi essenziali a sorreggere il conservato dispositivo della sentenza impugnata: ne deriverebbe la necessità del giudizio di rinvio, con formulazione del principio di diritto, ogni qual volta i motivi censurati fossero essenziali a sorreggere il dispositivo della sentenza impugnata.

Il diverso intervento della Corte costituzionale – che mi sembra preferibile perché non demolitivo e meno allungante il processo di quel che sarebbe il su descritto ripristino del giudizio di rinvio – potrebbe consistere in una sentenza manipolativa-additiva vincolante la Cassazione – ogni qual volta essa ritenesse di dover decidere la causa applicando il principio di diritto senza “ulteriori accertamenti di fatto” (art. 384, comma 1, c.p.c.), o di dovere introdurre nuovi motivi essenziali a sorreggere il conservato dispositivo della sentenza impugnata – a darne avviso alle parti – con comunicazione del principio di diritto o dei nuovi motivi giuridici – fissando una seconda udienza di discussione, nella quale le parti possano addurre ragioni a sostegno della necessità di ulteriori accertamenti di fatto, e quindi del giudizio di rinvio, in seguito alla nuova impostazione giuridica della causa ad opera della Cassazione.

##### 5. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO IN RIGUARDO ALL'ASSUNZIONE E ALLA VALUTAZIONE GIUDIZIARIA DELLE PROVE

Garanzia, che direi massima, e che mi sembra già presente nella nostra normativa della cognizione normale contro “terze vie” giudiziarie nell'*iter* formativo dei giudizi di fatto, è la tipicità degli strumenti istruttori predisposti dalla legge in specifica funzione assuntiva delle prove, che il giudice disponga su iniziativa delle parti e, a maggior ragione, d'ufficio. Le parti infatti, conoscendo preventivamente i modi, i tempi e i contenuti di quella assunzione, sono pienamente in grado di predisporre le difese e di attuarle durante lo svolgimento del mezzo istruttorio. È ovvio che, ove la prova è disposta d'ufficio, la garanzia in discorso impone che alle parti siano assegnati congrui tempi per proporre i mezzi di prova che ritengano necessari per l'accertamento dei fatti voluto dal giudice. E perciò sarebbe incostituzionale la carenza, nella legge, della disposizione dell'art. 184, comma 3, c.p.c. o di altra sostanzialmente iden-

tica per contenuto e finalità, nonché una interpretazione angustamente letterale dell'art. 421, comma 2, c.p.c. che impedisse, nel processo del lavoro, la facoltà delle parti di chiedere nuove prove in relazione a quelle disposte d'ufficio dal giudice.

È noto, per altro, che i convincimenti in fatto del giudice si formano non solo col valutare – per ripetere il discorso dell'art. 116, comma 1, c.p.c. – “secondo il suo prudente apprezzamento” i risultati di quegli strumenti istruttori “tipici”, ma anche – per ripetere il discorso del comma 2 del citato art. 116 – traendo “argomenti di prova” da atti del processo che non sono strutturati e preordinati dalla legge in esclusiva funzione probatoria, quali – rimanendo per ora nella esplicita previsione del detto comma 2 – le risposte all'interrogatorio libero e i comportamenti delle parti attivi ed omissivi (come il rifiuto delle ispezioni). Sembra a me evidente che nella formazione degli “argomenti” in discorso manchi in tutto la su descritta garanzia costituzionale del contraddittorio, in specie quale divieto della “terza via” nei giudizi di fatto, giacché le parti non sanno, prima dell'interrogatorio libero, quali domande saranno loro rivolte dal giudice, né le normative in esame le mettono in condizione di sapere, dopo le risposte date o no a tali domande, come prima o dopo i comportamenti su accennati, di quali di quelle risposte o rifiuti, di quali aspetti di quei comportamenti od omissioni il giudice si servirà nella formazione dei suoi convincimenti in fatto. Si impone dunque – almeno dopo la recente riforma dell'art. 111 Cost. – l'adeguamento alla Costituzione di questi strumenti formativi dei convincimenti giudiziari.

Non varrebbe negare “a monte” il problema, facendo perno sulla testuale e chiara distinzione legislativa tra prove e argomenti di prova, che sta a significare – secondo non pochi interpreti, me compreso – come i detti argomenti, pur se numerosi e concordanti, non siano mai sufficienti a formare una compiuta prova, ma rimangano sempre e solo strumenti per valutare le su descritte “prove tipiche”. A respingere siffatta negazione del problema, basterebbe constatare che la distinzione in discorso è in tutto trascurata da molta giurisprudenza – con avallo di pronunce di Cassazione sulla incensurabilità degli apprezzamenti – la quale giurisprudenza non manca, più volte, di equiparare i detti argomenti alle presunzioni giudiziali (erroneamente, a mio avviso, giacché, a tacer d'altro, tale equiparazione è testualmente rifiutata dalle disposizioni legislative, che da un lato qualificano prove quelle raggiunte con le presunzioni ex artt. 2727 e 2729 c.c., d'altro lato, nell'art. 116 c.p.c., contrappongono gli argomenti alle prove) e quindi di considerarli ad ogni effetto come

prove, anche prevalenti, se del caso, su ogni "prova tipica": constatare, cioè, che qui si è formato, al di là del "diritto scritto", un "diritto vivente" e che su questo devono incidere gli interventi adeguatori della legge alla Costituzione, come da tempo sostiene la dottrina più attenta e come non di rado ha statuito la Corte costituzionale.

A mio avviso, peraltro, tali interventi della Corte costituzionale sarebbero necessari pur se – oserei dire per miracolo – venisse meno l'illegittima equiparazione tra argomenti di prova e prove, di cui ho detto poc'anzi. Infatti gli argomenti in discorso – pur se usati nei limiti sopra fissati, cioè in modo del tutto legittimo – possono avere peso decisivo nel valutare l'attendibilità di una prova in sé o nella comparazione con l'attendibilità di una prova contraria. E ciò mi par significare chiaramente che, in forza degli argomenti in discorso, un *iter* essenziale alla produzione del giudizio di fatto si esprima in sentenza, come nella mente del giudice si sia formato il ragionamento che abbia condotto a valutare l'uno, anziché l'altro (d'esempio una risposta, anziché altra o altre, all'interrogatorio libero, o un momento, anziché altro o altri, del comportamento processuale) di fatti o atti-base degli argomenti di prova come dimostrante o escludente l'attendibilità di una prova tipica. Da quel che ho detto finora mi sembra di dover desumere che qui l'auspicato intervento adeguatore della legge alla Costituzione si dovrebbe concretare nel vincolare il giudice, nelle stesse forme ed entro gli stessi termini che gli sono dati per disporre prove d'ufficio, cioè – nella cognizione normale – non oltre l'udienza prevista nell'art. 184 c.p.c., a comunicare alle parti gli argomenti di prova che egli ritiene rilevanti per la formazione dei propri convincimenti in fatto, assegnando alle stesse parti termine perentorio per la deduzione di mezzi di prova ch'esse ritengano necessari in relazione a quegli argomenti.

Chi mi ha fin qui gentilmente e pazientemente ascoltato, avrà constatato che ho ripetuto ora, *mutatis mutandis* il discorso già svolto a proposito del giudice "di terza via in diritto", e perciò prospetto anche qui la possibilità che l'auspicato intervento adeguatore della legge alla Costituzione si spinga fino ad ammettere l'esercizio del potere-dovere del giudice su delineato anche oltre l'udienza prevista nell'art. 184 c.p.c. e fino al momento della decisione in merito, con applicazione, in tal caso, della normativa sulla rimessione in termini contenuta nell'art. 184 *bis* c.p.c., ed insieme esprimo, sul punto, la mia opinione contraria, per le stesse ragioni già esaminate in riguardo alla "terza via in diritto".

Ove il giudice – nei modi e nei tempi qui delineati – assicuri la garan-

zia del contraddittorio in riguardo all'uso degli argomenti di prova, mi sembra non contrastante col nuovo art. 111 Cost. la su rammentata equiparazione giurisprudenziale tra argomenti di prova e prova. Mantengo ferma, per altro, l'opinione – che ho espressa e motivata in altre occasioni – che il nostro c.p.c. – testualmente distinguendo ed anzi contrapponendo gli argomenti di prova alle prove – proibisca quella equiparazione, con una *ratio* ancor più garantistica di quella del nuovo art. 111 Cost., ritenendo, cioè, che in ogni caso gli argomenti di prova valgano meno delle prove ai fini del giudizio di fatto, perché – come ho sopra rilevato – le parti, pur se ammesse al contraddittorio *ex post* sul loro uso, rimangono estranee – a differenza di quel che accade nell'istruttoria “tipica” – al loro *iter* formativo, che è tutto e solo interno alla mente del giudice.

Dalle premesse poste all'inizio di questa relazione (n. 1) deriva che, se sull'uso degli argomenti di prova non è stato aperto il contraddittorio nei modi e nei tempi delineati poc'anzi, la sentenza di primo grado è invalida ove il suo giudizio di fatto sia determinato da quegli argomenti da soli o in decisivo concorso con le “prove tipiche”. Tale invalidità potrà costituire motivo d'appello. Se il giudice di secondo grado continuerà a ritenere decisivi gli argomenti di prova, dovrà, sul loro uso, aprire il contraddittorio non aperto in primo grado ed ammettere come “indispensabili” le prove richieste dalle parti al riguardo. Se non lo farà, la sentenza d'appello sarà invalida e come tale annullabile dalla Cassazione a norma dell'art. 360, n. 4, c.p.c. con rinvio a giudice di secondo grado perché sani il vizio.

Tutto quel che ho detto finora sulla garanzia del contraddittorio e in specie della formazione non “in terza via” del giudizio di fatto, e sulle conseguenze processuali della violazione di tale garanzia, credo che valga – per le ragioni che ora esporrò – in riguardo a quelle che ho in altre occasioni definito prove atipiche, usando un aggettivo cui da più parti si danno significati più ampi e talora – oso aggiungere – non coerenti. Preferisco parlare, perciò – con espressione vivace ed efficace usata da altri – di “prove raccolte altrove”. Mi riferisco ai casi, non rari, nei quali le parti adducono nel processo – di solito con documentazioni – prove di fatti formate extraprocessualmente, senza la garanzia del contraddittorio inerente ai mezzi istruttori tipici specificamente ed esclusivamente destinati dalla legge a fornire la prova dei fatti medesimi: si pensi all'esibizione di uno scritto, il cui autore narri fatti rilevanti per il giudizio in corso e che si può dunque definire quale deduzione di una testimonian-

za raccolta fuori del processo, o di una relazione tecnica o scientifica redatta fuori del processo, su richiesta di una delle parti, il cui risultato è contenutisticamente identico a quello di una consulenza o di un esperimento da compiersi nel processo. Non è infrequente che i magistrati diano a tali “prove raccolte altrove” valore decisivo per dimostrare fatti rilevanti in causa, invocando il principio della libera valutazione giudiziale dettato nell’art. 116, comma 1, c.p.c. e/o la norma sulle presunzioni giudiziali che (l’ho già accennato e lo chiarirò ulteriormente), viene spesso usata – *contra legem* – come un contenitore multi-uso.

Si è acutamente sostenuto in dottrina, soprattutto in ragione della carenza di ogni contraddittorio processuale nell’*iter* formativo delle prove in questione, che esse non sono in alcun modo utilizzabili. A questa tesi non ritengo possa aderire il giurista attento non solo alla coerenza teorica, ma anche e soprattutto al “diritto vivente” e alla “natura delle cose”, in base ai quali si constata agevolmente l’estrema difficoltà di indurre la giurisprudenza a recedere da un comportamento ormai costante, che ha radice non solo nella scarsa sensibilità di molti giudici alle esigenze garantistiche in materia di prova, ma anche in ciò che più volte non si può negare alle “prove raccolte altrove” una forza di convincimento maggiore di quella delle prove assunte con “istruttoria tipica”: si pensi – per tornare agli esempi posti poc’anzi – al caso che nelle more tra le indagini stragiudiziali sullo stato di luoghi o sulle condizioni di persone rilevanti in causa e l’inizio del processo, quello stato o quelle condizioni siano divenute non più accertabili direttamente, o che chi abbia stragiudizialmente narrato per iscritto il fatto rilevante in causa ne sia stato l’unico testimone oculare e sia morto prima dell’inizio del processo.

Una totale equiparazione delle “prove raccolte altrove” alle prove formate con l’istruttoria tipica non mi sembra tuttavia possibile sia per le ragioni “garantistiche”, di cui ho già detto, sia per un decisivo argomento sistematico fornito dal richiamo al comma 2 e non al comma 1 dell’art. 116 c.p.c. contenuto nell’art. 310, comma 3, c.p.c., che – nonostante l’opinione contraria autorevolmente espressa in dottrina e prevalente in giurisprudenza – mi par significare – con insuperabile chiarezza – la “degradazione ad argomenti di prova” delle “prove raccolte nel processo estinto”, pur se formate con la piena garanzia del contraddittorio proprio dell’istruttoria tipica, e quindi, a maggior ragione, di equiparare ai risultati di quell’istruttoria le “prove raccolte altrove”, cioè, come ho sopra rilevato, senza le garanzie del contraddittorio processuale, nonché le prove formatesi in processi su domande diverse da quella riproposta do-

po l'estinzione. A questo punto mi par chiaro che, in riguardo alle "prove raccolte altrove", all'interprete si presentino solo due scelte: o negar loro ogni efficacia o equipararle agli argomenti di prova. Preferisco – come ho già anticipato – la seconda soluzione non solo per le ragioni "realistiche" che ho sopra esposto, ma anche in obbedienza "letterale" all'art. 116, comma 2, c.p.c.: mi sembra, infatti, ben possibile – oserei dire doveroso – qualificare "contegno delle parti ... nel processo" la deduzione di una "prova raccolta altrove".

Ho già fatto cenno delle presunzioni giudiziali e del mio rifiuto delle frequenti equiparazioni giurisprudenziali ai ragionamenti presuntivi degli "argomenti di prova" e dei giudizi di fatto tratti dalle "prove raccolte altrove". Di questo rifiuto ho esposto i motivi in altre occasioni e qui non li ripeto, perché devo solo tentare di chiarire che la garanzia del contraddittorio, in specie il divieto di giudizi di fatto "in terza via", voluto dalla recente riforma dell'art. 111 Cost., impongono una interpretazione del coordinato disposto degli artt. 2727 e 2729, comma 1, c.c. ben più "restrittiva" di quelle correnti in giurisprudenza, e quindi, sulle disposizioni di legge in esame, gli accennati interventi adeguatori alla Costituzione.

Infatti, i testi normativi in discorso sembrano aprire la strada a prove munite della stessa efficacia di quelle raggiunte contraddittoriamente con i mezzi istruttori tipici e preordinati, di cui ho detto più volte, ma consistenti solo in un ragionamento del giudice esternabile nella decisione finale in fatto, sicché sembra evidente che al loro *iter* formativo rimanga estraneo ogni contraddittorio tra le parti. Occorre perciò, a mio avviso, perché le prove in discorso non contrastino con la nuova garanzia costituzionale del contraddittorio, che i "fatti noti", dai quali il giudice trae le presunzioni, siano solo quelli risultanti dall'istruttoria tipica e contraddittoria, nonché, come dirò fra breve, i fatti pacifici e i fatti notori, e che, nei modi e nei tempi già indicati in riguardo agli argomenti di prova, il giudice comunichi alle parti quali fatti "ignoti" egli ritiene deducibili dai predetti fatti "noti", dando loro modo di discutere su tali deduzioni e termine per dedurre prove in riguardo ai fatti presumibili. Per le conseguenze processuali della violazione della garanzia qui descritta, vale quel che ho detto parlando degli argomenti di prova.

## 6. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E I FATTI PACIFICI

Perché la decisione fondata sulla non necessità di prova dei fatti "pacifici" non sia "di terza via", è necessario, a mio avviso, che il giudice non equipari ammissioni delle difese a irremovibili dichiarazioni di verità più o meno assimilabili a confessioni giudiziali, ma colleghi qui la non necessità di prova al suo dovere – implicito nel principio che i processi in discorso si instaurano e si svolgono "su domanda" – di astenersi da argomentazioni estranee alle ragioni di fatto che è onere e facoltà delle parti addurre a fondamento delle conclusioni – negli atti introduttivi e nelle ulteriori difese – con i possibili mutamenti di rotta e quindi cessazioni di "pacificità" di fatti. La sentenza che non rispetti le regole e i limiti qui delineati mi sembra invalida per insufficiente motivazione su fatti decisivi e come tale impugnabile in appello e in cassazione, con conseguenti rinnovazioni – in secondo grado o in rinvio – del giudizio viziato, anche in via di deduzione di nuove prove.

## 7. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E I FATTI NOTORI

Dal testo dell'art. 115, comma 2, c.p.c. risulta chiaro che il giudice può fondare la sua decisione sulle «nozioni di fatto che risultano dalla comune esperienza», senza che il suo convincimento sull'esistenza dei fatti in discorso, che si sogliono definire notori (è dominante in giurisprudenza e in dottrina l'opinione che la disposizione in esame si riferisce a questi fatti, e non alle massime di esperienza, che sono criteri che il giudice deve usare per la razionale valutazione delle prove prevista nell'art. 116, comma 2, c.p.c.) si sia formato attraverso l'istruzione tipica e contraddittoria preordinata dalla legge per l'assunzione delle prove. Da questo dato normativo credo di dover desumere che la garanzia costituzionale del contraddittorio – sotto l'aspetto del divieto di "terza via" – sia rispettata quando, nel contraddittorio tra le parti, sia risultata pacifica la notorietà dei fatti o l'una parte abbia avuto la possibilità di discutere sulla notorietà affermata dall'altra. Quando, invece, il giudice assume a fondamento della propria decisione fatti notori estranei alle allegazioni

delle parti e alla predetta discussione, effettiva o potenziale, quella garanzia è rispettata solo se il giudice – nei tempi e nei modi già detti in riguardo alle altre fonti di convincimento estranee alla istruzione tipica e contraddittoria – abbia messo le parti in condizione di discutere sulla notorietà da lui ritenuta.

#### 8. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E LE PROVE LEGALI

In materia di prove legali, premetto che parlerò solo di quelle che hanno ad oggetto fatti o atti delle parti il cui accertamento è destinato a divenire contenuto della decisione in merito, e non degli atti pubblici provenienti da organi del processo (giudice, cancelliere, ufficiale giudiziario) che accertano lo svolgimento di attività processuali e che, dato il loro contenuto, mi sembrano sicuramente estranei ai problemi in esame, salvo il verbale di conciliazione, che, con forza di atto pubblico, documenta una “convenzione conclusa” (art. 185, comma 2, c.p.c.) tra le parti sull’oggetto della controversia, e per il quale, ovviamente, varrà quel che dirò per i documenti redatti da notaio o altro pubblico ufficiale, che hanno la loro normativa negli artt. 2699 e 2700 c.c.

La garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione del giudizio di fatto mi sembra rispettata in quanto l’efficacia delle prove legali – in ogni caso eccezionale, come emerge chiaramente dal testo dell’art. 116, comma 1 – nasce da attività od omissioni delle parti interne al processo, e quindi proprie del suo svolgimento dialettico e contraddittorio: così è per l’efficacia della confessione giudiziale e di atti e documenti che – pur esterni al processo – producono prove legali solo se nel processo vengono riconosciuti o non disconosciuti dalle parti o verificati dal giudice in contraddittorio tra le parti, quali la scrittura privata e altri documenti ad essa equiparati, totalmente o no (delle questioni inerenti a tale equiparazione, non possono qui dire), come il telegramma, le riproduzioni o rappresentazioni meccaniche previste nell’art. 2712 c.c., il telex, i documenti informatici.

Occorre, peraltro, domandarsi se quella garanzia sia o no rispettata dall’efficacia di prova legale di questi atti e documenti fuori del processo in cui essi sono stati prodotti o riconosciuti o verificati, a mio avviso prevista esplicitamente dalla legge solo per la scrittura privata e per il te-

legamma (artt. 2702 e 2705 c.c.) e non possibile per altri atti o documenti data l'eccezionalità, su rilevata, delle prove legali. Non mi nascondo la difficoltà della questione, ma preferisco la risposta negativa, perché per ogni processo sono diversi i termini del dibattito tra le parti e tra loro e il giudice, dal quale nasce l'efficacia probatoria in discorso. Questa diversità mi sembra concorrere a dare *ratio* sistematica alla già rammentata "degradazione ad argomenti" delle prove raccolte nel processo estinto.

Per chi dia alle questioni in esame le soluzioni ora proposte, è necessaria la dichiarazione di illegittimità, da parte della Corte costituzionale, delle disposizioni sulle prove legali nelle parti in cui prevedono esplicitamente che queste, ove formate in un processo, abbiano efficacia fuori di esso; e necessario altresì, ove manchino tali disposizioni esplicite, che la giurisprudenza neghi ogni efficacia extraprocessuale delle dette prove legali, anche, ove occorra, previe sentenze costituzionali incidenti sul "diritto vivente" con pronunce "interpretative di accoglimento".

Quel che ho detto finora sulle prove legali formate nel processo non vale, a mio avviso, per il giuramento, decisorio e suppletorio. Non posso qui trattare – neppure superficialmente – della sua natura giuridica e mi limito ad esprimere la convinzione che esso – nonostante la sua disciplina procedurale – non sia una prova legale, ma costituisca – indipendentemente dalla sua verità – l'irreversibile premessa in fatto – in ogni possibile lite tra le parti – di ogni pronuncia di merito che consideri decisivo il fatto giurato o comunque accertato secondo la normativa in materia. E ciò significa, credo, la grave abnormità dell'istituto in esame, della quale non posso qui dire se ne comporti la incostituzionalità.

Per le prove legali prodotte da dichiarazioni esterne al processo o inerenti alla convenzione conciliativa della controversia, non si pone, credo, il problema della loro compatibilità con la garanzia costituzionale del contraddittorio, perché quelle dichiarazioni consistono, a mio avviso, in atti di autonomia privata, cui la legge attribuisce, in conformità del volere delle parti o in ragione della loro autoresponsabilità, la funzione di produrre certezza nelle relazioni giuridiche – già "a monte" di ogni possibile futuro processo – della quale la prova legale operante nei singoli processi è una delle conseguenze, sia pure la più rilevante.

Per altro, queste considerazioni sono di per sé sufficienti quando la prova nasce esclusivamente da atti di parte – come è per la confessione stragiudiziale – ma non per gli atti pubblici, che producono prova legale solo perché alla loro redazione coopera essenzialmente, fuori del proces-

so, un pubblico ufficiale, che non è un giudice: in questi casi è necessario, infatti, esaminare se tale prova legale non si concreti in un giudizio di fatto conclusivo in merito dei processi preordinato fuori di essi e senza la suddetta garanzia di contraddittorio. Ora, poiché la sostanza di tale garanzia consiste nel porre in grado le parti, in dialettica tra loro e nei confronti di chi forma il giudizio, di conoscerne l'*iter* formativo, a me par chiaro che la garanzia in discorso non è violata solo se – com'è, per fare il massimo esempio, nelle documentazioni notarili – alla documentazione partecipano i privati destinatari della prova, nel libero esercizio della loro autonomia e con la piena consapevolezza fornita dal pubblico ufficiale di quel che sarà il contenuto della prova e in specie della sua conformità alle loro dichiarazioni.

Sono dunque in contrasto con l'art. 111 Cost. le non rare sentenze, anche di Cassazione, che consentono – a mio avviso, pure in difformità dal significato dell'art. 2699 c.c. – di dare efficacia di prova – anche, a giudizio del magistrato, esclusiva di altre – e perfino di prova fino a querela di falso, a documentazioni compiute da pubblici ufficiali senza la predetta cooperazione delle parti e – quel che è ancor peggio – nella cura di interessi pubblici contrastanti con i diritti e gli interessi delle parti che subiscono la prova, come è per vari verbali di polizia, o di ispezioni in materia di adempimento di obblighi assicurativi o previdenziali. In riguardo a tale giurisprudenza si pone perciò il problema di sentenze costituzionali adeguate alla Costituzione del “diritto scritto” e del “diritto vivente”, per le ragioni e nei modi già detti.

#### 9. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E I PROCESSI CAMERALI INSTAURATI CON DOMANDE DI TUTELA DI DIRITTI SOGGETTIVI

In riguardo ai riti, camerali, o comunque modellati, con maggiori o minori deviazioni, sulle normative dei procedimenti in camera di consiglio, va rilevato, in primo luogo, che è inidonea a fornire la garanzia – imposta dalla Costituzione – di contraddittorio nello svolgimento della procedura e di effettiva imparzialità del giudice, l'istruttoria descritta nell'art. 738, comma 3, c.p.c. e consistente nel potere del giudice di “assumere informazioni”, in via anche integralmente inquisitoria, ad assoluta discrezione dello stesso giudice o comunque senza alcuna formalità pre-

disposta dalla legge che consenta alle parti di conoscere previamente come, quando e dove il magistrato acquisirà le notizie, che riterrà utili per la decisione, e di cooperare contraddittoriamente a tale equiparazione.

Di ciò dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, hanno avuto consapevolezza già prima della recente riforma dell'art. 111 Cost. là dove esiste la "cameralizzazione" – da tempo non rara – delle procedure instaurate esclusivamente su domande di tutela di diritti soggettivi. Non posso qui esaminare le numerose, e non concordi, proposte dottrinali e le varie decisioni della giurisprudenza, anche costituzionale, dirette ad introdurre nei riti camerali in discorso istruzioni che consentano – pur con minore formalismo e maggiore celerità di quelli descritti nel libro II del c.p.c. – la contraddittoria cooperazione delle parti – preventivamente avvertite dei tempi e dei modi di acquisizione delle prove – alla elaborazione de giudizi di fatto. Aggiungo solo due ordini di considerazioni.

a) Richiamo quel che ho detto sul divieto di giudizi "di terza via" in diritto, a dimostrazione che pure qui devono essere introdotte – in via di interpretazione giudiziaria adeguatrice della legge alla Costituzione o di interventi della Corte costituzionale – facoltà delle parti di contestare l'applicabilità delle norme individuate dal giudice come rilevanti in causa e di prospettare – anche deducendo prove – le nuove impostazioni della causa in fatto ch'esse ritengano necessarie in riguardo all'applicabilità di quelle norme.

b) Ad evitare irragionevoli disparità di trattamento nelle normative sulla tutela giurisdizionale dei diritti, lesive dell'art. 3 Cost., tutti i giudizi camerali – o comunque con struttura che abbia a componenti essenziali modalità del rito camerale – instaurati solo su domande di tutela di diritti soggettivi si devono concludere con sentenze di merito atte a produrre la cosa giudicata descritta nell'art. 2909 c.c. o, almeno, con provvedimenti, la cui decisione sui diritti dedotti e sulle loro tutele richieste in giudizio abbia la stessa stabilità e irretrattabilità della cosa giudicata, pur ove di questa non produca gli effetti *ultra litem* e di "giudicato implicito" (l'analisi delle singole ipotesi normative non è qui possibile) sia cioè – secondo la "consolidata" definizione della Cassazione – "sentenza in senso sostanziale".

Se ne desume che l'invalidità delle pronunce "in terza via" vanno anche qui – come nelle cognizioni normali sopra esaminate – fatte valere in via di impugnazione secondo il principio generale dell'art. 161, comma

1, c.p.c., cioè con l'appello o con il ricorso ordinario per cassazione, o con il ricorso per cassazione contro le "sentenze in senso sostanziale" a norma dell'art. 111 Cost.

#### 10. LA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL CONTRADDITTORIO E I PROCESSI CAMERALI NON INSTAURATI CON DOMANDE DI TUTELA DI DIRITTI SOGGETTIVI

Dal testo del nuovo comma 2 dell'art. 111 Cost. – che parla di giudice "terzo e imparziale" rispetto a soggetti che davanti a lui agiscono e si difendono in paritario contraddittorio – mi sembra risultare chiaro ch'esso non possa operare nei procedimenti camerali non proposti con domande di tutela di diritti soggettivi se si ritenga che in questi – come si sostiene da molte e autorevoli dottrine (con divergenze di premesse e di conclusioni che sono irrilevanti per le soluzioni del problema qui in esame) – il magistrato sia chiamato a curare in proprio uno o più interessi come organo pubblico, sì che non gli vada, appunto, riconosciuta – come chiariscono le più approfondite e coerenti delle dottrine richiamate poc'anzi – una posizione di "terzietà", se cioè egli sia qui chiamato dalla legge non a giudicare su interessi fatti valere davanti a lui da parti diverse, ma ad imporre a soggetti l'assetto giuridico di loro interessi conforme – secondo la legge – al superiore o ai superiori interessi dei quali lo Stato gli affidi la cura: il che significa – come risulterà chiaro da quel che dirò sull'essenza delle funzioni giurisdizionali – esercitare una funzione amministrativa o comunque non giurisdizionale (onde non mi par coerente chi parla, in riguardo ai procedimenti in esame, di "gestione di interessi" da parte del giudice pur considerandolo investito qui di funzioni giurisdizionali).

Non intendo negare – è forse bene chiarirlo – che procedimenti funzionalmente amministrativi o comunque non giurisdizionali possano essere più o meno, o anche integralmente, "processualizzati", essere, cioè, strutturalmente (ma non effettivamente, come dirò fra breve) simili o anche identici a quelli strumentali all'esercizio di funzioni giurisdizionali. Dico solo che la presenza o l'assenza di tali "processualizzazioni" non ha rilievo costituzionale, essendo lasciata a valutazioni di opportunità del legislatore, salvo il rispetto del principio costituzionale che vieta irragionevoli disparità di normative in situazioni simili.

A me sembra per contro che le predette definizioni funzionali dei procedimenti camerati in esame sarebbero accettabili solo se i loro effetti finali fossero imputabili all'organo cui la legge affidi la cura o la gestione degli interessi su cui incidono le decisioni, o comunque allo Stato o al pubblico apparato che assuma come proprio compito quella cura o gestione. Ma così non è. Infatti l'esame delle normative in materia dimostra chiaramente (e, se non erro, nessuno l'ha mai negato) che gli effetti dei provvedimenti finali dei procedimenti in discorso sono – come quelli dei provvedimenti decisivi su domande di tutela di diritti – in tutto assoggettivi, in altre parole consistono solo nel concretarsi dell'ordinamento giuridico universalmente inteso e non sono imputabili ad alcuno specifico organo o apparato – statale o comunque pubblico – istituito dall'ordinamento per determinate pubbliche funzioni: ed è questa, a mio avviso, l'essenza della giurisdizione.

Per chi sia convinto di ciò, pure nei procedimenti camerati bilaterali o plurilaterali, ove, cioè, sono presenti due o più soggetti portatori di interessi diversi e attualmente o potenzialmente contrapposti, il giudice è nella posizione prevista dalla norma costituzionale in esame, cioè "terzo" in riguardo a parti cui deve essere garantito il contraddittorio.

Il nuovo comma 2 dell'art. 111 Cost., parlando di "contraddittorio tra le parti", mi sembra non riferibile ai procedimenti camerati unilaterali – anch'essi, a mio avviso, giurisdizionali, data la su descritta assoggettività dei loro effetti finali – lasciando al legislatore di valutare l'opportunità di strutturarli contraddittoriamente. Aggiungo incidentalmente che l'art. 24, comma 2, Cost., garantendo l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado di ogni procedimento, impone che la parte non venga qui privata di ogni possibilità di reagire a quel che il giudice disponga in ordine all'interesse o agli interessi che sono oggetto del giudizio. Direi, perciò, incostituzionale, e bisognosa quindi di una sentenza costituzionale "additiva" ogni disposizione di legge che negasse il reclamo contro il provvedimento conclusivo di procedimento camerale unilaterale.

È necessario, dunque, anche per i procedimenti camerati con due o più parti, l'adeguamento di disposizioni legislative e di prassi giudiziarie al principio costituzionale di cui ho sopra discorso e che impone il contraddittorio, in specie il divieto di giudizi "di terza via" in fatto e in diritto. Occorre subito aggiungere che tale adeguamento deve essere interno alle procedure in esame. Non si può, cioè, ripetere qui, *mutatis mutandis*, quel che si è detto in riguardo ai provvedimenti sommari, che possono essere "opposti" o prevenuti in via di cognizione normale mu-

nita delle garanzie del contraddittorio, constatando che in giurisprudenza si attua diffusamente la sindacabilità di provvedimenti camerali in sede “contenziosa”, più precisamente di cognizione disciplinata nel libro II del c.p.c.: sindacabilità ammessa dalla grande maggioranza della dottrina, sia pure con divergenze sulla sua “sistemazione” e sui suoi strumenti (ad esempio, annullamento o, per contro disapplicazione dei provvedimenti camerali). Infatti, tale sindacabilità, pur se fosse estesa al merito – com’è mia minoritaria opinione – e non limitata all’illegittimità, come si dice nella dottrina prevalente e si pratica in giurisprudenza, rimarrebbe sempre circoscritta solo alle parti o agli aspetti dei provvedimenti camerali che incidono su diritti soggettivi, dovendo essere sollecitata per mezzo o nell’ambito delle predette cognizioni normali, cioè in processi che si promuovono solo con richieste di tutela di diritti soggettivi; mentre, ai fini dell’art. 111 Cost., è qui necessaria la base integralmente contraddittoria, e non “di terza via”, delle decisioni che incidono sugli interessi, che sono oggetto precipuo dei giudizi camerali, pur nei loro aspetti estranei al campo dei diritti soggettivi. Gioveranno, credo, esempi tratti dai giudizi sulle irregolarità nelle gestioni di società, previsti nell’art. 2409 c.c., che sono stati oggetto, in tempi recenti, di studi approfonditi. In questi si è ben chiarito che il sindacato contenzioso, su azione degli amministratori o dei sindaci, del provvedimento camerale che li ha revocati, non esclude ch’essi debbano essere, all’interno dei giudizi camerali, soggetti attivi di una procedura contraddittoria nei modi e nei contenuti su descritti. Ma, in base alle considerazioni svolte poc’anzi, io aggiungerei che l’oggetto di tale contraddittorio e quindi il divieto di “terze vie” giudiziarie non vanno limitati agli aspetti che possano o no giustificare la revoca su accennata, e vanno estesi a tutti i possibili contenuti dei provvedimenti giudiziari incidenti sulla vita delle società, in relazione ai quali vi sia contrasto tra amministratori o sindaci da un lato e denunciante le irregolarità dall’altro: ad esempio, all’opportunità o al contenuto dei “provvedimenti cautelari” di cui si dice nel comma 3 del citato art. 2409, e a tutti gli aspetti su cui – secondo la previsione dello stesso comma – sia chiamata a deliberare l’assemblea, pur estranei a fatti imputabili ad amministratori o sindaci.

Dalle premesse poste fin qui deriva necessariamente, se non m’inganno, che i rimedi alle invalidità dei provvedimenti camerali in discorso consistenti nel mancato rispetto del contraddittorio trovano spazio non nella cognizione contenziosa, ma nei mezzi dati dalle norme sui procedimenti in camera di consiglio per la rimozione dei provvedimenti finali.

Tale è certamente il reclamo, mentre la lacunosità della normativa e le perduranti incertezze, della dottrina e della giurisprudenza, in materia di revoca non consentono qui di esaminare se essa possa funzionare ai fini in discorso pur contro i provvedimenti reclamabili e non reclamati o emessi in sede di reclamo, o essere il solo rimedio contro i provvedimenti non reclamati. Aggiungo solo che se si esclude la revoca come mezzo per far valere le dette invalidità, bisogna, a mio avviso, ritenere qui necessarie decisioni di incostituzionalità "additive" del reclamo contro provvedimenti che non vi siano soggetti per legge.