

PARTE PRIMA
IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

CAPITOLO PRIMO

L'INTRODUZIONE DELLA CAUSA

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del processo di cognizione di primo grado. L'atto di citazione. – 2. I termini a comparire. La notificazione della citazione. – 3. La nullità della citazione. – 4. La comparsa di risposta. – 5. La costituzione in giudizio delle parti. – 6. Le attività dell'ufficio: iscrizione a ruolo della causa, formazione del fascicolo d'ufficio e nomina del giudice istruttore. – 7. Poteri delle parti sui propri fascicoli. – 8. Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento.

1. *Caratteri generali del processo di cognizione di primo grado. L'atto di citazione*

Il Libro secondo del Codice di procedura è dedicato al *processo di cognizione*, il quale come si è già detto, ha per oggetto il *dictum* del giudice sulla fondatezza o meno del diritto che si fa valere con la domanda giudiziale (v. vol. I, cap. I, par. 11). Sia che l'azione sia di mero accertamento, che costitutiva o di condanna, la pronuncia ha pur sempre e comunque alla base un contenuto essenziale costituito dall'accertamento (che potrà esaurirsi in se stesso, o al quale seguirà la costituzione, modificazione o estinzione del diritto o l'imposizione della condanna): quell'«accertamento» appunto che l'art. 2909 c.c. vuole alla base della cosa giudicata.

Questa pronuncia alla quale il processo di cognizione mira, può realizzarsi attraverso vari modi e forme, ma solo uno ne è l'archetipo, cioè il *processo ordinario* che originariamente era il solo ad essere disciplinato nel Libro secondo del codice. Lo giustifica la stessa inclusione in questo Libro anche del processo del lavoro, poiché nella disciplina originaria del codice anch'esso aveva la stessa struttura del processo ordinario, promanando da un analogo atto introduttivo, la citazione e svolgendosi nelle stesse forme, tranne alcune deroghe (soprattutto per ciò concerneva l'istruttoria) determinate dalla peculiarità della materia, ma che non ne mutavano la struttura esteriore. Solo nel 1973 (con la l. n. 533 del 1973), tale processo è stato trasformato in un rito speciale com-

*Processo
ordinario*

pletamente diverso, che esclusivamente per comodità è stato mantenuto nell'originaria *sedes materiae*. Ovviamente nella nostra trattazione, improntata ad esigere sistematiche, di tale rito si parlerà nel vol. III della presente opera, destinato appunto ai processi speciali (vol. III, cap. XI, sez. I).

Le disposizioni sullo svolgimento del procedimento ordinario di cognizione di cui all'art. 163 ss. c.p.c., sono previste per il giudizio di fronte al tribunale in composizione collegiale

Con riferimento al processo ordinario che ci accingiamo a spiegare, va innanzitutto precisato che, nonostante che l'art. 50-*bis* c.p.c. limiti solo a specifiche ipotesi il giudizio di cognizione davanti al tribunale in composizione *collegiale* (la regola è infatti quella già vista per cui il tribunale pronuncia in composizione monocratica: v. vol. I, cap. VI, sez. III, par. 1), pure il codice continua a mantenere quel modello come archetipo del processo civile ordinario di primo grado previsto dall'art. 163 ss.

Lo svolgimento del giudizio si articola in tre momenti differenziati cronologicamente e logicamente, che sono quello dell'*introduzione* della causa, quello della sua *istruzione* e quello della sua *decisione*.

Ognuno di tali momenti ha tratti distinti, ma non si può fare a meno di segnalare fin d'ora la macchinosità di ognuno di essi, il che rende il processo ordinario lento e pesante. Le riforme del '90 e del '95 poste in essere a scopi acceleratori, non hanno ottenuto per il vero un grande risultato. Né ulteriori miglioramenti si sono avuti con la riforma effettuata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito con modifiche nella l. 14 maggio 2005, n. 80) e con la successiva l. 28 dicembre 2005, n. 263, a sua volta ulteriormente modificata dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 (convertito con modificazioni nella l. 23 febbraio 2006, n. 51). Ulteriori modifiche si sono avute con la Novella di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69, che desta maggiore interesse delle precedenti e della quale daremo conto nel presente volume.

Atto di citazione

Il processo di cognizione in primo grado, si introduce con *atto di citazione* a comparire ad udienza fissa. Come abbiamo già detto a suo tempo, la citazione è un atto redatto direttamente dalla parte, che vi inserisce, oltre alle sue difese, anche l'indicazione dell'organo giudiziario di fronte al quale comparire (n. 1, art. 163) e la data dell'udienza di comparizione (n. 7, art. 163). È in questo senso che si dice appunto, che la citazione è «*ad udienza fissa*»: nel senso cioè che l'udienza è stabilita direttamente dalla parte (a differenza dei procedimenti da ricorso, nei quali essa è fissata invece dal giudice: v. vol. I, cap. III, par. 8, ove è descritta la diversità fra i due istituti).

Requisiti dell'atto di citazione

1. L'atto di citazione deve contenere tutta una serie di *requisiti*, indicati nell'art. 163, che gli consentano di adempiere al suo scopo, il quale come già detto è duplice, consistendo non solo nell'evocare un soggetto di fronte al giudice (*vocatio in ius*), ma anche nel rendergli note le ragioni per le quali lo si convoca (*editio actionis*).

a) Attengono alla prima delle due funzioni, cioè alla *vocatio in ius*, i requisiti di cui al n. 1 e al n. 7 dell'art. 163. Con riferimento a quest'ultimo, va precisato che non è sufficiente indicare solo l'*udienza di comparizione*, ma occorre formulare espresso «*invito*» al convenuto a costituirsi in giudizio almeno 20 gg. prima dell'udienza indicata (o 10 gg. prima, nel caso di abbreviazione dei termini: ad es. nell'ipotesi dell'art. 163-*bis*, secondo comma), con l'avvertimento che la costituzione dopo tale termine comporta le decadenze previste dagli artt. 38 e 167 (vedremo poi quali sono).

... relativi alla
vocatio in ius

Il codice pone fra i requisiti attinenti alla *vocatio in ius* (lo si ricava dalla norma dell'art. 164), anche l'indicazione delle *parti* (n. 2 dell'art. 163), che molto più opportunamente avrebbe però dovuto essere inserita fra quelli inerenti all'identificazione dell'azione. Ma la legge è quella che è e occorre prenderne atto.

Vanno pertanto esattamente indicati tanto l'attore, quanto il convenuto (o le persone che li rappresentano o li assistono a norma degli artt. 75 ss.). L'indicazione deve essere precisa, dovendo specificare almeno la residenza dell'attore e la residenza, o il domicilio o la dimora del convenuto. Questo ulteriore allargamento dei riferimenti spaziali previsto solo per il convenuto, si spiega considerando che l'attore può non conoscere la effettiva residenza del convenuto, ma sapere ad esempio dove lavora (domicilio) o dove è consueto risiedere (dimora). La legge non lo richiede, ma è opportuno inserire nell'atto anche le *generalità* delle parti (data e luogo di nascita): ciò, non solo per una loro migliore identificazione volta ad escludere eventuali omonimie, ma anche al fine di evitare particolari problemi allorché si debba, per esempio, trascrivere la domanda giudiziale nei casi degli art. 2652 ss. c.c. (il conservatore dei pubblici registri può infatti rifiutare la trascrizione, se non v'è l'esatta indicazione delle generalità delle parti, unitamente alle quali si richiede oggi anche l'indicazione del codice fiscale).

Sempre con riferimento al n. 2, il codice detta specifiche previsioni per l'ipotesi che una o entrambe le parti siano una *persona giuridica*, un'*associazione non riconosciuta* o un *comitato*, stabilendo per questi casi che la citazione debba indicare la *denominazione* dell'ente o la *ditta* (se si tratta di società commerciali) con l'indicazione dell'*organo* (o dell'*ufficio*) che ne ha la rappresentanza in giudizio. Tale organo è di solito il presidente, nelle associazioni e nelle fondazioni; il presidente del consiglio di amministrazione, nella società con personalità giuridica; il presidente o il direttore, nelle associazioni non riconosciute: (art. 36 c.c.); il presidente, nei comitati (art. 41 c.c.). Nella società senza personalità giuridica, bisognerà esaminare di volta in volta le relative norme del codice civile in proposito. In ogni caso, è buona norma controllare sempre il loro atto costitutivo attraverso la camera di commercio, per avere una visione chiara di chi ha l'effettiva rappresentanza in giudizio

della società. In tutte le ipotesi di cui sopra, è comunque sufficiente l'indicazione dell'organo che ha la rappresentanza, mentre non occorre quella della persona fisica.

... e alla editio
actionis

Causa petendi
e petitum

b) Attengono invece all'*editio actionis* i requisiti indicati ai nn. 3 e 4 dell'art. 163. Su di essi ci siamo soffermati ampiamente nel primo volume (v. cap. III, parag. 9), per cui in questa sede sintetizzeremo i rilievi effettuati a suo tempo. Tradizionalmente si insegna che il requisito di cui al n. 3 (la determinazione «della *cosa* oggetto della domanda»), rappresenterebbe il *petitum*, il quale si manifesterebbe nelle due forme del *petitum immediato* (che è il «provvedimento» che si chiede al giudice: ad es. provvedimento di accertamento o di condanna) e del *petitum mediato* (che è il «contenuto» di tale provvedimento: ad es. condanna a pagare 100). Il requisito di cui al n. 4 (l'esposizione dei «fatti e degli elementi di diritto costituenti le *ragioni* della domanda»), rappresenterebbe invece la *causa petendi*, cioè le ragioni della richiesta.

Questa costruzione è stata criticata, sia perché il requisito di cui al n. 3 non si presterebbe ad identificare, almeno in modo completo il *petitum*, giacché quantomeno il *petitum* immediato non pare contemplato dalla suddetta disposizione, ma da quella del successivo n. 4, allorché allude alle «conclusioni» (che rappresentano proprio l'enunciazione del provvedimento che si chiede al giudice); sia perché non sembra esatto considerare le indicazioni di cui al n. 4 come riferibili alla *causa petendi*, se si pensa fra l'altro che l'omissione di tale requisito *non ha mai determinato la nullità* della domanda (è solo dopo la riforma del '90, che è stata inserita la sanzione della nullità all'art. 164, quarto comma, per la mancata indicazione dei fatti a cui si riferisce il n. 4: ma come vedremo, le ragioni di ciò risiedono in tutt'altro motivo). Se effettivamente il n. 4 dell'art. 163 avesse indicato la *causa petendi*, come poteva restare senza sanzione la sua omissione, quando la *causa petendi* è fondamentale per identificare l'*editio actionis*? In sostanza, non si capirebbe perché la mancata indicazione del *petitum* o la sua incertezza assoluta, siano state sempre previste dal legislatore come motivo di nullità anche prima della riforma del '90, mentre i vizi della *causa petendi* non avevano rilievo alcuno.

Per queste ragioni quella tesi è stata ridimensionata, nel senso che si è ritenuto che *causa petendi* e *petitum* siano entrambi ricompresi nel requisito di cui al n. 3 dell'art. 163, il quale a ben vedere non si riferisce all'oggetto della domanda (cioè al *petitum*), ma alla «*cosa*» oggetto della domanda: cioè al *bene della vita* di cui si chiede la tutela, che altro non è se non il *diritto sostanziale* di cui si vuole l'attuazione (il che è appunto l'insieme del *petitum* e della *causa petendi*). Ciò spiega in modo evidente il dettato all'art. 164, quarto comma, che è molto drastico nel comminare la nullità della citazione, non solo nel caso di «omissione» del requisito di cui al n. 3, ma anche in quello della sua «assoluta incer-

tezza». Cioè a dire, ogni qual volta non è possibile comprendere in modo chiaro (in quanto ne sia omessa o ne sia incerta l'indicazione), qual è il diritto tutelato, l'atto di citazione non può essere valido poiché non consente il raggiungimento dello scopo della *editio actionis*.

Posto dunque che *causa petendi* e *petitum* sono entrambi ricompresi nel n. 3 dell'art. 163, resta da chiarire che cosa rappresenti l'esposizione dei «fatti» e degli «elementi di diritto» costituenti le «ragioni» della domanda, di cui parla il n. 4 dell'art. 164 e perché l'omissione dell'indicazione dei fatti rilevi ai fini della nullità della citazione, solo a partire dalla riforma del '90.

Con la formula di cui al cit. n. 4, il legislatore si è riferito semplicemente alle c.d. *allegazioni*, cioè alla esposizione della «vicenda storica» della causa, costituita appunto dall'indicazione delle modalità di tempo, luogo e azione (sono questi i «fatti» di cui parla la norma) attraverso cui essa si è sviluppata (ad es. data e luogo in cui il diritto è sorto, modalità attraverso cui è avvenuta la sua violazione, ecc.). L'omissione di tale indicazione non è mai stata sanzionata con la nullità prima della riforma del '90, in quanto, come si è visto, non è attinente all'identificazione della domanda (perfettamente identificata dal n. 3), per cui dalla sua omissione non poteva derivare alcun vizio di questa, ma tutt'al più il rigetto nel merito della pretesa. Dopo la riforma del '90 che ha introdotto le c.d. *preclusioni*, in base alle quali il convenuto deve proporre in prima battuta tutte le proprie *eccezioni* a pena di decadenza, è divenuto invece essenziale che l'attore debba indicare fin dall'inizio necessariamente *tutti i fatti* costituenti la vicenda storica della causa, venendosi altrimenti a menomare la facoltà di eccepire dell'altra parte (ad es. il convenuto non potrebbe eccepire la prescrizione del diritto *in limine litis*, se l'attore in citazione non ha indicato la data in cui il diritto è sorto).

Allegazioni

Ne consegue che la nullità per omessa indicazione dei «fatti» di causa di cui parla l'art. 164, quarto comma, è stata imposta *esclusivamente come conseguenza della creazione di un processo con preclusioni*. Tant'è vero che l'omissione del requisito di cui al n. 4 dell'art. 163 causa la nullità dell'atto introduttivo, solo quando riguarda l'omissione dei fatti, *ma non quella degli elementi di diritto*, che nulla hanno a che fare con il rispetto delle preclusioni.

c) Il requisito di cui al n. 5, riguarda l'indicazione nell'atto di citazione delle *prove* a supporto della domanda («*mezzi di prova*» dei quali l'attore intende valersi e dei «*documenti*» che offre in comunicazione). Si evidenzia tuttavia che l'art. 164 non contempla alcuna nullità dell'atto per omessa indicazione delle prove; né è prevista alcuna decadenza per l'attore che non le indichi (diversamente da quanto stabilito per il processo del lavoro dagli artt. 416, terzo comma e 420, quinto comma, norma quest'ultima disponente che all'udienza di discussione possono essere proposte prove ulteriori rispetto a quelle dedotte negli atti intro-

duttivi, solo se le parti dimostrino di non averle potute «*proporre prima*»: il che ha appunto per presupposto l'obbligo di indicare tutte le prove disponibili, fin dall'atto introduttivo).

Inoltre, il nuovo art. 183 novellato dalla riforma del 2005, non richiede più che i mezzi di prova che possono essere dedotti in corso di causa debbano essere «nuovi» (come invece disponeva la precedente lettera della norma, facendo cioè supporre che in citazione ce ne dovessero essere dei «vecchi»). Per cui, non essendovi più oggi alcun ostacolo alla formulazione delle deduzioni istruttorie anche nel corso del giudizio, *a fortiori* nessuna conseguenza può ricondursi ad una citazione priva, anche totalmente, dell'indicazione dei mezzi di prova.

d) Ai sensi del n. 6 dell'art. 163, è imposta l'indicazione nell'atto di citazione del nome del *procuratore* e della *procura* alle liti (art. 83), qualora «questa sia stata rilasciata». Con quest'ultimo inciso si fa riferimento alle ipotesi (peraltro estremamente rare) del *rilascio tardivo* della procura previsto dall'art. 125, secondo comma, che può avvenire anche posteriormente alla redazione dell'atto di citazione ed alla sua notifica, purché *anteriormente alla costituzione* in giudizio «della parte rappresentata». Sulla procura in generale, si rinvia a quanto già detto (v. vol. I, cap. VII, parag. 9).

Con riferimento all'indicazione del procuratore, va ricordato che il patrocinio legale nelle cause civili è sempre necessario, tranne che nelle cause di fronte al giudice di pace di valore non superiore ad € 516,46 (art. 82, primo comma) o, se di valore superiore, allorché il giudice di pace, in considerazione della natura e dell'entità della causa, autorizzi la parte a stare in giudizio personalmente (art. 82, secondo comma); oppure, nelle ipotesi in cui la parte ha le qualità necessarie per esercitare l'ufficio di difensore (art. 86).

e) Infine, occorre ricordare che l'art. 4 del d.l. n. 193 del 2009, ha posto l'obbligo per l'attore di indicare nell'atto di citazione il proprio codice fiscale e quello del convenuto. L'orientamento formatosi originariamente, secondo cui la mancanza anche solo di tali indicazioni determinava la nullità della citazione ai sensi del primo comma dell'art. 164, non è oggi più sostenibile dopo la successiva introduzione dell'art. 3-bis del T.U. n. 115 del 2002, il quale se da un lato ribadisce l'obbligo per la parte di indicare il proprio codice fiscale (e per il difensore di indicare il proprio indirizzo di posta elettronica certificata – PEC – ed il proprio numero di fax: previsti questi ultimi due requisiti in via generale nell'art. 125, a seguito della l. n. 183 del 2011: v. vol. I, cap. X, parag. 4, lett. a)), dall'altro dispone che tali omissioni comportino solo l'aumento della metà del contributo unificato per l'iscrizione a ruolo (e non dunque la nullità dell'atto introduttivo).

Il difensore (o la parte personalmente, nei casi in cui è consentita la sua difesa personale) dovranno poi *sottoscrivere* l'atto (art. 163, quarto

comma) e *notificarlo* al convenuto (terzo comma). E come si ricorderà è dalla notifica della citazione che si determina la *pendenza della lite* (art. 39, terzo comma).

2. Particolarmente importante è la verifica degli *effetti dell'atto di citazione*. La notifica di questo atto produce effetti processuali e sostanziali.

L'effetto *processuale* consiste in ciò che la notifica determina l'instaurazione della *litispendenza* (art. 39, terzo comma). Ciò significa che da quel momento la lite esiste nella pienezza dei suoi effetti (v. vol. I, cap. III, par. 8), per cui è alla data della notifica che occorre fare riferimento per stabilire la priorità o meno del giudizio rispetto ad un altro, ai fini dei provvedimenti previsti negli artt. 39 e 40, primo comma.

Gli effetti *sostanziali* riguardano l'interruzione della prescrizione (art. 2943, primo e secondo comma, c.c.). In proposito si usa parlare di efficacia *interruttiva permanente*, giacché l'art. 2945, secondo comma, c.c., dispone che la prescrizione interrotta dalla domanda giudiziale, riprende a decorrere solo dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (art. 2945, secondo comma, c.c.).

Si parla a questo proposito di interruzione con carattere permanente (perché il termine non corre durante il corso del giudizio). Ma sarebbe più corretto parlare di interruzione-sospensione del termine di prescrizione, giacché lo svolgimento del processo ne sospende il corso per tutta la sua durata. In sostanza, mentre se l'interruzione della prescrizione è effettuata con un normale atto di costituzione in mora, il nuovo termine comincia a decorrere immediatamente (carattere *istantaneo* dell'interruzione), nel caso dell'interruzione fatta con la domanda giudiziale il nuovo termine non corre fino alla sentenza definitiva.

È da notare che se il processo si estingue, gli effetti dell'interruzione retroagiscono però al momento dell'atto introduttivo (art. 2945, terzo comma). Il che significa che l'effetto sospensivo si annulla ed il periodo di durata del processo si calcola ai fini della decorrenza del termine prescrizione. In sostanza, è come se il processo non fosse stato mai fatto e l'effetto interruttivo-sospensivo permanente si trasforma in un'interruzione istantanea, come se la citazione equivalesse ad un atto di costituzione in mora.

2. I termini a comparire. La notificazione della citazione

Il codice impone che fra la data della notificazione della citazione e la data dell'udienza di comparizione, vi sia un *termine minimo* ritenuto congruo per assicurare il diritto di difesa della controparte.

Termini di comparizione

Tale *termine di comparizione* è di *novanta* giorni se il luogo di notificazione si trova in Italia e di *centocinquanta* giorni se si trova all'estero (art. 163-*bis*, primo comma). Tali termini debbono essere «*liberi*», dizione che non è riportata nella disciplina generale dei termini (art. 152 ss.), ma che sta a significare che non si calcolano né il *dies a quo*, né il *dies ad quem* (a differenza dei normali termini, per il computo dei quali non si calcola il solo *dies a quo*: art. 155, primo comma).

Vanno fatti in proposito due rilievi.

a) Il primo riguarda la possibilità di *abbreviazione dei termini* (prevista dal secondo comma, art. 163-*bis*), che può essere ottenuta dall'attore nelle cause «*che richiedono pronta spedizione*», mediante istanza al presidente del tribunale, il quale se ritiene fondati i motivi di urgenza, può abbreviare fino alla metà i termini di comparizione.

Vi sono anche dei casi di abbreviazione *ex lege* dei termini a comparire, come nell'opposizione a decreto ingiuntivo, nella quale i termini previsti dall'art. 163-*bis* sono ridotti a metà (art. 645, secondo comma).

b) Il secondo rilievo riguarda la *riduzione del termine eccedente* (art. 163-*bis*, terzo comma). Qui la riduzione del termine è chiesta dal convenuto, allorché il termine a comparire fissato dall'attore è eccessivamente lungo. In questo caso il convenuto, costituendosi in giudizio prima della scadenza del termine minimo, può chiedere al presidente del tribunale che l'udienza venga fissata con congruo anticipo rispetto a quella indicata dall'attore, sempre però nel rispetto del termine minimo. Il presidente provvede con decreto, che deve essere comunicato dal cancelliere all'attore almeno cinque giorni liberi prima della nuova udienza.

3. La nullità della citazione

Nullità della citazione

L'art. 164 si occupa della nullità della citazione, ma solo con riferimento ai vizi *formali* della stessa, per cui la disciplina normativa della nullità dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, non può dirsi completa.

Con riferimento all'aspetto formale della citazione, la norma in questione pone una distinzione fondamentale fra due tipi di vizi.

Vizi della vocatio in ius

a) Riguardo ai vizi relativi alla *vocatio in ius*, l'art. 164 stabilisce la nullità dell'atto, qualora sia «*omesso*» o sia «*assolutamente incerto*» alcuno dei requisiti di cui ai *nn.* 1, 2 e 7 (e con riferimento a quest'ultima ipotesi, sia che manchi l'indicazione dell'udienza di comparizione, sia che manchi l'avvertimento al convenuto a costituirsi almeno venti giorni prima di detta udienza). La nullità si verifica anche se è assegnato un *termine a comparire* inferiore a quelli indicati dall'art. 163-*bis* (art. 164, primo comma).

La legge prevede tuttavia una possibile sanatoria nei confronti delle nullità di cui sopra, che può avere luogo in due modi diversi. E cioè, o attraverso l'*ordine di rinnovazione della citazione*, qualora il convenuto non si sia costituito in giudizio (secondo comma). Oppure a seguito della *costituzione del convenuto*, se questa ha avuto luogo. Con l'avvertenza che per quest'ultima ipotesi, qualora la nullità derivi dal fatto che è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello fissato dall'art. 163-*bis* o dalla mancanza dell'avvertimento di cui al n. 7, il giudice deve fissare *altra udienza di comparizione*: e ciò perché tali omissioni possono avere impedito al convenuto di difendersi o averlo fatto incorrere nelle decadenze di cui agli artt. 38 e 167 (art. 164, terzo comma).

Sanatorie

Entrambe le sanatorie operano *ex tunc*, e ciò significa che ambedue retroagiscono alla data di notifica dell'atto originario (art. 164, secondo e terzo comma). Per cui se *medio tempore* si è verificata una decadenza o è maturato un termine di prescrizione, ciò è senza effetto.

b) Per quanto riguarda invece i vizi dell'*editio actionis*, la norma (quarto comma) commina come abbiamo visto, la nullità della citazione se è «omesso» o se risulta «assolutamente incerto» il requisito di cui al n. 3 o se «manca» l'indicazione dei fatti prevista dal n. 4 dell'art. 163 (come si vede, in questa seconda ipotesi la nullità si verifica nel caso della «mancanza» della indicazione dei fatti, non anche in quello di una loro incertezza, ancorché assoluta; inoltre, la nullità riguarda solo l'omissione dell'indicazione dei fatti, non anche degli «elementi di diritto» di cui parla il n. 4: ciò in quanto a tale ultima mancanza può supplire il giudice, in riferimento al principio *iura novit curia*).

Vizi della
editio actionis

Anche per tale ipotesi è prevista la possibilità di sanatoria, la quale, nel caso in cui il convenuto non si sia costituito, funziona come nell'ipotesi precedente e cioè attraverso la *rinnovazione della citazione*. Ma se il convenuto si è costituito in giudizio ed eccipisce la nullità dell'atto per incertezza della *editio actionis*, la sanatoria non può qui operare automaticamente per il solo fatto dell'avvenuta costituzione, ma occorrerà anche l'*integrazione della domanda* da parte dell'attore (e ciò giacché l'*editio actionis* va resa chiara al convenuto, altrimenti costui è nell'impossibilità di difendersi). L'integrazione della domanda dovrà essere effettuata dall'attore con un ulteriore atto, che può essere anche una semplice *memoria* da depositarsi in cancelleria (il codice infatti non prescrive che tale atto sia una nuova citazione, come nel caso della rinnovazione della domanda). Ciò comunque dovrà comportare lo *spostamento della prima udienza* con un'automatica rimessione in termini del convenuto, che deve essere posto in condizione di svolgere le proprie difese rispetto alla domanda integrata. Pertanto, non solo nella nuova udienza il convenuto deve potere usufruire *ex novo* di tutti i poteri previsti dall'art. 183, ma deve anche avere la possibilità di depositare venti giorni prima di essa una nuova comparsa di risposta *ex art.*

Sanatorie

167, con le nuove difese. Questo appare il significato, peraltro esposto in modo poco chiaro, del sesto comma dell'art. 164.

In sostanza, mentre la rinnovazione della citazione comporta un rinvio automatico dell'udienza *ex art.* 183, nel caso dell'integrazione della domanda, tale rinvio deve essere concesso dal giudice. E si ritiene, ai fini dell'equiparazione delle due situazioni, che anche nel secondo caso fra l'atto integrativo e la nuova udienza *ex art.* 183, debbano intercorrere i termini di cui all'art. 163-*bis*.

Occorre infine precisare che la sanatoria per vizi concernenti l'*editio actionis*, a differenza di quella relativa ai vizi della *vocatio in ius*, opera *ex nunc* (cioè dal momento della rinnovazione della citazione o dalla integrazione dell'atto). Con la conseguenza che le eventuali decadenze o prescrizioni per avventura maturatesi *medio tempore*, sono qui perfettamente efficaci (art. 164, quinto comma).

c) Resta da vedere che cosa succede se l'attore non ottempera ai provvedimenti impartiti dal giudice per la sanatoria della citazione (cioè all'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda). Il problema è risolto solo per l'ipotesi dell'ordine di *rinnovazione della citazione* conseguente ad un vizio della *vocatio in ius*, dato che il secondo comma dell'art. 164 prevede che al mancato rispetto di tale ordine, consegua l'*estinzione del processo* a norma dell'art. 307, terzo comma. Poiché tuttavia quest'ultima norma commina la sanzione dell'estinzione del processo per l'inottemperanza all'ordine di rinnovazione della citazione, è da ritenere che la stessa sanzione valga anche per il caso di mancata rinnovazione dell'atto di citazione per le nullità di cui al quinto comma dell'art. 164 (quelle concernenti cioè l'*editio actionis*).

Nulla dice invece l'art. 164 (e neppure l'art. 307), per l'ipotesi di inottemperanza all'ordine di *integrazione* della domanda. Si è comunque ritenuto che l'integrazione della domanda non sia altro che un diverso modo di rinnovazione di quest'ultima, talché non sembra azzardato ricollegare anche a tale inadempienza l'estinzione del processo.

Fino alla riforma del 2009, l'estinzione del processo presupponeva però l'*eccezione* della parte interessata (art. 307, quarto comma), che nella fattispecie è il convenuto. Se quest'ultimo era contumace e non la proponeva, il processo non si estingueva, ma il giudice non poteva comunque provvedere nel merito, dato che la nullità della citazione per mancata sanatoria si estendeva ai sensi dell'art. 159, primo comma, a tutti i successivi atti, causando la nullità della sentenza.

Oggi il problema è superato, perché il quarto comma dell'art. 307 c.p.c. è stato modificato dalla riforma del 2009, prevedendosi che l'estinzione vada dichiarata d'ufficio e quindi anche nel caso di contumacia della parte.

Se invece il convenuto si costituisce in giudizio, il problema rileva

solo per i vizi dell'*editio actionis* che comportino la necessità di integrare la domanda (giacché se si tratta di vizi inerenti alla *vocatio in ius*, la costituzione del convenuto li sana automaticamente). Se dunque l'integrazione non avviene, il convenuto può proporre l'eccezione di estinzione o il giudice può rilevarla d'ufficio.

d) Come si accennava all'inizio, la nullità di cui all'art. 164 riguarda solo la mancanza dei requisiti formali previsti per l'atto di citazione dall'art. 163.

Nulla dice la norma per gli eventuali altri vizi formali dell'atto o per i vizi extraformali.

Nel primo caso, occorrerà rifarsi ai principi generali dell'art. 156, che nell'ipotesi di vizi di forma non previsti espressamente dalla legge a pena di nullità, stabilisce che quest'ultima si verifichi ugualmente quando il requisito è indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto. Così ad es. se la citazione è priva delle conclusioni previste dal n. 4 dell'art. 163, l'atto pur nel silenzio della legge deve ritenersi nullo, non essendo dato comprendere quale provvedimento l'attore chieda al giudice (quindi anche in questo caso non può dirsi raggiunto lo scopo della *editio actionis*).

Quanto ai requisiti extraformali, la situazione è diversa. Per esempio, nel caso che la citazione sia priva della *sottoscrizione*, si è ritenuta l'inesistenza dell'atto, quando tale requisito manchi nell'originale. Se invece essa manca nella copia, si ritiene trattarsi di una mera irregolarità non invalidante, se dal contesto dell'atto risulta la riferibilità dello stesso al procuratore. Nel caso di sottoscrizione apposta da persona non abilitata (ad es. dalla parte, anziché dal difensore, si è ritenuto che l'atto sia nullo).

Ciò che è comunque importante rilevare è che nel caso di nullità conseguenti a vizi extraformali, la nullità *non dovrebbe essere suscettibile di sanatoria*. Sul punto si rinvia comunque a quanto precisato per la nullità degli atti processuali (v. vol. I, cap. X, parag. 283).

4. La comparsa di risposta

Di fronte alla citazione avversaria, il convenuto si difende con la *comparsa di risposta*, la cui disciplina è prevista dall'art. 167.

La norma stabilisce che il convenuto debba indicarvi tutte le proprie difese, i mezzi di prova di cui intende valersi (con i documenti che offre in comunicazione), nonché le conclusioni che si chiedono al giudice.

La riforma del '90 con l'introduzione del regime delle preclusioni, ha imposto al convenuto una serie di prescrizioni che rientrano nell'ot-

*Comparsa di
risposta*

tica del dovere di chiarire immediatamente la propria posizione, così come nella stessa ottica andava visto l'obbligo dell'attore (sanzionato con la nullità), di indicare nell'atto introduttivo i «fatti» posti a fondamento della domanda.

Le difese Al convenuto è imposto pertanto, non solo di esporre le proprie difese, ma anche di prendere subito «posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda» (art. 167, primo comma): solo che a differenza di quanto visto per l'attore, qui non siamo in presenza di un obbligo, ma solo di un onere, giacché l'eventuale mancata chiarificazione di cui sopra non è accompagnata da alcuna specifica sanzione. L'unica conseguenza che può derivare al convenuto da una mancata precisa contestazione delle richieste dell'attore, potrebbe tutt'al più essere quella di determinare l'applicazione dell'art. 186-*bis*, consentendo cioè all'attore di ottenere l'ordinanza di pagamento di eventuali somme non contestate o di rilevarlo dall'onere della prova ai sensi della seconda parte dell'art. 115, primo comma.

Costituiscono invece veri e propri obblighi, quelli imposti del secondo e del terzo comma dell'art. 167, e cioè: *a*) la proposizione di eventuali domande riconvenzionali; *b*) la proposizione delle eccezioni (processuali e di merito) che non siano rilevabili d'ufficio (questo a seguito della riforma del 2005); *c*) la dichiarazione di volere *chiamare in causa* eventuali terzi.

Domande riconvenzionali, eccezioni, chiamata in causa di terzi L'inottemperanza a tali disposizioni comporta infatti la *decadenza* del convenuto dal potere di espletare le attività suddette. Non solo. Per evitare la decadenza, non è sufficiente che le domande riconvenzionali, le eccezioni o la chiamata in causa siano effettuate nella comparsa di risposta, ma occorre anche che il convenuto si costituisca in giudizio con il predetto atto, almeno *venti giorni* prima dell'udienza di comparizione (o *dieci giorni* prima, nel caso di abbreviazione dei termini effettuata a norma del secondo comma dell'art. 163-*bis*). Tutto ciò si ricava dall'art. 163, n. 7, che detta come si è visto una previdenza a favore del convenuto, imponendo all'attore di avvertirlo nella citazione che la costituzione oltre i termini di cui sopra, lo farà incorrere nelle decadenze viste. Anche per il convenuto vi è l'obbligo di indicare nella comparsa di risposta il codice fiscale, nonché numero di *telex* o di *posta elettronica* del proprio procuratore, al fine della comunicazione da parte del cancelliere degli atti previsti dagli artt. 133 e 134. Tale obbligo non deriva però come per l'attore, dall'art. 3-*bis* del T.U. n. 115 del 2002, bensì dalla seconda parte del terzo comma degli artt. 133 e 134, modificati dalla riforma del 2005.

Ma anche qui, l'omissione non comporta alcuna nullità ed il cancelliere dovrà provvedere alle notificazioni e alle comunicazioni ai sensi dell'art. 170 secondo le regole generali degli artt. 139 ss. o richiedere anche al convenuto la successiva indicazione dell'indirizzo elettronico.

La prova si ha dal terzo comma dell'art. 137 introdotto dalla riforma del 2009, che per l'ipotesi in cui il destinatario non possieda un indirizzo di posta elettronica, consente la consegna dell'atto su supporto cartaceo.

Due ulteriori rilievi. Il primo riguarda la domanda riconvenzionale del convenuto. Si prevede anche qui l'eventuale nullità della medesima ed il regime della relativa sanatoria. La nullità si può però qui verificare esclusivamente con riferimento alla *editio actionis* (non essendovi in questo caso alcuna *vocatio in ius*). Essa, ha luogo quando è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda. La sanatoria avviene mediante la concessione di un termine per l'integrazione della domanda (che potrà avvenire depositando una nuova comparsa di risposta), con l'effetto anche qui (come nel caso equivalente della citazione) che la sanatoria si produce *ex nunc*, per cui restano salvi i diritti acquisiti *medio tempore* dalla controparte: per es. se la domanda riconvenzionale ha per oggetto il pagamento di un controcredito, l'eventuale prescrizione maturatasi nelle more è perfettamente efficace (art. 167, secondo comma).

Il secondo rilievo riguarda la chiamata in causa dei terzi. Non basta dichiarare di volere chiamare in causa il terzo, ma occorre anche chiedere espressamente al giudice istruttore nella comparsa di risposta lo spostamento della prima udienza, allo scopo di consentire al convenuto la citazione del terzo nel rispetto dei termini previsti dall'art. 163-bis (artt. 167, terzo comma e 269, secondo comma). Allo spostamento dell'udienza il giudice provvede entro cinque giorni dalla richiesta (art. 269, secondo comma). Dopodiché il convenuto effettuerà la chiamata in giudizio del terzo per la nuova udienza con *atto di citazione* e nel rispetto dei termini a comparire (art. 269, primo comma).

Da tutto ciò dovrebbe dedursi che la chiamata in giudizio del terzo da parte del convenuto sia perfettamente «libera», cioè non vincolata ad alcuna autorizzazione del giudice, che dovrebbe limitarsi solo a disporre lo spostamento dell'udienza. E ciò a differenza, come vedremo, di quella richiesta dall'attore in prima udienza, che va espressamente autorizzata (artt. 183, quinto comma e 269, terzo comma). Nonostante che così si sia ritenuto per molto tempo, la sentenza di Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, ha equiparato le due ipotesi affermando che anche la chiamata in causa fatta dal convenuto va espressamente autorizzata dal giudice, che può anche rifiutarla per motivi di economia processuale.

5. La costituzione in giudizio delle parti

Costituzione
delle parti

La notifica della citazione e la redazione della comparsa di risposta costituiscono attività che valgono a radicare il contraddittorio fra le parti. In particolare, si è già detto che per effetto della notifica della citazione, si determina la *pendenza* della lite (art. 39, terzo comma), cioè la lite è ormai sorta. Ma si tratta anche in questo caso di un'attività il cui effetto non fuoriesce dalla sfera dei contendenti. In pratica, l'ufficio giudiziario non sa ancora nulla della controversia in corso. Occorre dunque che la sua esistenza gli venga resa nota mediante un *atto formale* idoneo ad instaurare un rapporto anche con il giudice. Tale atto formale deve essere posto in essere dalle parti ed è rappresentato dalla *costituzione in giudizio*.

Costituzione
dell'attore

a) La regola è che la costituzione in giudizio debba essere fatta dall'*attore* entro *dieci giorni* dalla notifica della citazione (ovvero entro *cinque giorni*, nel caso di abbreviazione dei termini a comparire prevista dall'art. 163-*bis*), così come prescrive l'art. 165. Essa si effettua depositando in cancelleria il *fascicolo di parte* (fascicolo contenente l'originale della citazione notificata, la procura – se conferita con atto separato – e i documenti che la parte offre in comunicazione) oltre alla *nota di iscrizione a ruolo* (atto quest'ultimo, con il quale la parte chiede che la causa sia inserita nel *ruolo* dell'ufficio giudiziario ed in cui sono riassunti gli estremi della lite, oltre al nome delle parti, ed al quale va allegata la prova dell'avvenuto versamento del contributo di legge per l'iscrizione a ruolo della causa).

Iscrizione a
ruolo della
causa

Equivoca è la formula del secondo comma dell'art. 165, che ad una prima lettura fa supporre che nel caso in cui la citazione sia diretta a più persone, il termine di dieci giorni per la costituzione in giudizio dell'attore, decorra dall'ultima notificazione. Non è così, giacché la legge dice che entro tale termine va «inserito» nel fascicolo di parte l'originale della citazione. Il che suppone l'avvenuto deposito del fascicolo e cioè la già avvenuta costituzione in giudizio. In pratica, la costituzione dovrà anche in questo caso avvenire nei termini previsti dall'art. 165, primo comma (e cioè entro dieci giorni dalla *prima* notificazione), mediante deposito del fascicolo, con inserita la semplice «copia» della citazione nell'ipotesi che la notifica plurima non abbia consentito la restituzione all'attore dell'originale entro il predetto termine.

Alla costituzione dell'attore ed alla iscrizione a ruolo della causa, deve ovviamente seguire anche la *costituzione del convenuto*, così come dispone l'art. 166 (altrimenti l'ufficio non potrà essere a conoscenza delle sue ragioni) e ciò avverrà attraverso il deposito del suo *fascicolo di parte* in cancelleria (contenente la comparsa di risposta, la procura e gli

eventuali documenti), ma ovviamente senza la nota di iscrizione a ruolo (già depositata dall'attore).

La costituzione del convenuto può avvenire fino alla prima udienza (art. 171, secondo comma), ma se egli vuole proporre domande riconvenzionali, eccezioni in senso stretto o chiamate in causa di terzi, la sua costituzione deve avvenire, come si ricorderà, almeno venti giorni prima di tale udienza (o dieci giorni prima, nel caso di abbreviazione dei termini a comparire), venendosi altrimenti a verificare a suo carico la decadenza dalla possibilità di compiere quegli atti (artt. 166 e 171, secondo comma).

*Costituzione
del convenuto*

b) Nell'inerzia dell'attore, la legge consente che la costituzione in giudizio possa essere effettuata anche dal *convenuto* (art. 168, primo comma). I termini a sua disposizione sono quelli indicati dall'art. 166 e cioè i già ricordati *venti giorni* prima dell'udienza di comparizione (o dieci giorni prima, nel caso di abbreviazione dei termini).

La costituzione del convenuto ha lo stesso effetto di quella dell'attore: essa è cioè ugualmente idonea a determinare l'iscrizione a ruolo della causa presso l'ufficio giudiziario, senza che a carico dell'attore si verifichi alcuna decadenza e consentendo che quest'ultimo possa a sua volta costituirsi oltre il termine a lui assegnato dall'art. 165 e fino alla prima udienza (art. 171, secondo comma).

In altre parole, mentre nell'ipotesi in cui si sia costituito regolarmente l'attore, la costituzione del convenuto oltre i termini a lui assegnati comporta le decadenze di cui all'art. 167, secondo comma, nell'ipotesi in cui la costituzione in giudizio sia stata regolarmente fatta in termine dal convenuto, l'attore può *costituirsi* fino alla prima udienza, senza perdere alcun diritto.

c) Come si è visto, se una delle parti si costituisce nei termini, l'altra può costituirsi fino alla prima udienza. Se non si costituisce neppure a tale udienza, essa è dichiarata *contumace* (art. 171, terzo comma).

d) Ove, nessuna delle parti si sia costituita nei termini ad essa assegnati, il processo resta *quiescente* per tre mesi, che decorrono dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto (artt. 171, primo comma e 307, primo comma). Entro tale termine ciascuna parte può rimetterlo in moto, mediante un'attività tecnicamente detta *di riassunzione* (da effettuarsi con *comparsa*, così come dispone l'art. 125 disp. att.: anche se, nonostante il nome, le caratteristiche di questo atto sono praticamente affini a quelle dell'atto di citazione). Se la riassunzione non avviene nel termine, il processo *si estingue* (art. 307, primo comma).

*Mancata
costituzione di
entrambe le
parti*

6. *Le attività dell'ufficio: iscrizione a ruolo della causa, formazione del fascicolo d'ufficio e nomina del giudice istruttore*

Alla costituzione della parte più diligente ed alla presentazione della nota di iscrizione a ruolo, segue una serie di attività dell'ufficio, la prima delle quali è costituita dall'incardinamento della causa presso l'ufficio giudiziario, che prende tecnicamente il nome di *iscrizione della causa nel ruolo dell'organo giudiziario* (art. 168, primo comma).

*Fascicolo
d'ufficio*

Contemporaneamente il cancelliere forma il *fascicolo d'ufficio*, nel quale vanno inseriti i fascicoli delle parti, nonché i futuri verbali di udienza ed i provvedimenti del giudice (art. 168, secondo comma).

*Nomina del
giudice
istruttore*

Il fascicolo d'ufficio è presentato senza indugio dal cancelliere al presidente del tribunale, il quale provvede alla nomina del *giudice istruttore* (ma può anche trattenere il fascicolo e provvedere egli stesso all'istruzione). Se il tribunale è diviso in più sezioni, il presidente del tribunale assegna la causa ad una di esse ed il giudice istruttore è nominato dal presidente di quest'ultima (art. 168-*bis*, primo comma).

Segue poi, sempre ad opera del cancelliere, *l'iscrizione nel ruolo del giudice istruttore* o nel ruolo della sezione e la trasmissione del fascicolo al giudice istruttore designato (terzo comma).

L'udienza fissata in citazione può essere spostata *d'ufficio*, qualora il giudice istruttore non tenga udienza nel giorno fissato in citazione. Infatti l'art. 80 disp. att. stabilisce che i singoli giudici istruttori debbano tenere udienza in giorni predeterminati *a priori*, stabiliti con decreto del presidente del tribunale al principio e a metà dell'anno giudiziario. In pratica può quindi avvenire che nel giorno fissato in citazione, il giudice istruttore designato non tenga udienza. In tal caso, la comparizione delle parti è rinviata d'ufficio alla prima udienza immediatamente *successiva* tenuta dallo stesso giudice (artt. 168-*bis*, quarto comma e 82, primo comma, disp. att.). Analogo rinvio d'ufficio all'udienza immediatamente successiva, si ha nel caso in cui nel giorno fissato in citazione non si tenga udienza per festività o per qualsiasi altra ragione (ad es. sciopero), oppure per impedimento del giudice istruttore (art. 82, terzo comma, disp. att.). In tutte queste ipotesi, il rinvio è automatico e nessuna comunicazione è fatta alle parti, anche se potrebbe fare ritenere il contrario l'ultimo comma dell'art. 82 disp. att., che però è solo frutto della mancata coordinazione con il resto dell'articolo dopo l'avvenuta riforma del '90.

La comunicazione alle parti è invece necessaria, quando la prima udienza venga rinviata ad altra data, *dal giudice istruttore* nominato. Trattasi di una facoltà che egli ha e che è prevista dall'art. 168-*bis*, ultimo comma, della quale il giudice può servirsi quando per esempio egli ha un eccessivo carico di lavoro, che non gli permette di studiare la cau-

sa per il giorno dell'udienza fissata in citazione. La legge prevede comunque che il rinvio non debba mai superare i quarantacinque giorni.

7. Poteri delle parti sui propri fascicoli

Il *fascicolo di parte* contiene tutti gli atti processuali compiuti da quest'ultima e i documenti che essa deposita.

Fascicoli di parte

Gli *atti processuali* sono costituiti rispettivamente dalla citazione o dalla comparsa di risposta, dalle eventuali successive memorie o repliche autorizzate (art. 183, sesto comma), nonché dalla comparsa conclusionale e dall'eventuale memoria di replica (art. 190).

I *documenti* sono quelli che la parte ha prodotto all'atto dell'iscrizione della causa a ruolo e quelli depositati successivamente. Queste produzioni documentali ulteriori, avvengono ai sensi dell'art. 87 disp. att.: e cioè o mediante deposito in cancelleria (con obbligo di comunicare il relativo elenco all'avversario) o direttamente in udienza (nel qual caso la comunicazione non occorre, poiché l'avversario prende immediatamente cognizione del deposito). Dalla riforma del '90 in poi, sono intervenute una serie di modifiche legislative, che hanno consentito che il deposito dei documenti possa essere fatto anche con una memoria *ad hoc* prevista oggi dall'art. 183 n. 2, da depositare in cancelleria. Anzi, questo è divenuto il modo normale per far pervenire i documenti in giudizio. Deve comunque dirsi, come sarà specificato meglio più avanti, che il termine previsto per il deposito della suddetta memoria costituisce il momento ultimo per l'acquisizione delle prove documentali nella causa.

Le parti hanno una piena disponibilità sui propri fascicoli, potendo *controllarli* in ogni momento in cancelleria (art. 76 disp. att.) ed anche *ritirarli* (ad es. per metterli in ordine o studiarne gli atti). Il ritiro va *autorizzato* dal giudice istruttore, previa richiesta della parte da effettuarsi con ricorso depositato in cancelleria (artt. 169, primo comma e 77 disp. att.). Anche se la legge non lo dice, la richiesta può essere fatta anche direttamente al giudice in udienza ed in questo caso l'autorizzazione è immediata. All'atto della *rimessione della causa al collegio* (*rectius*: della precisazione delle conclusioni ai sensi dell'art. 189), la parte può invece ritirare liberamente il proprio fascicolo, senza l'autorizzazione del giudice istruttore (art. 169, secondo comma).

Il fascicolo di parte va comunque di nuovo depositato, allorquando il giudice lo richiede e comunque non più tardi del momento del deposito della *comparsa conclusionale* (art. 169).

8. Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento

Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento

Nel corso del procedimento possono avere luogo *notificazioni* o *comunicazioni* alle parti, sia ad opera dell'avversario, che della cancelleria. Normalmente si tratta di comunicazioni effettuate dalla cancelleria ed aventi ad oggetto i provvedimenti del giudice (ad es. decreto di spostamento della prima udienza *ex art.* 168, ultimo comma; ordinanze emesse fuori udienza ai sensi dell'*art.* 176, secondo comma), ma può trattarsi anche di comunicazioni o notificazioni effettuate dall'avversario (ad es. comunicazione dell'elenco dei documenti previsto dall'*art.* 87 disp. att.; oppure notificazione delle memorie o delle comparse).

Principio generale previsto dall'*art.* 170, primo comma, è che le comunicazioni e notificazioni si fanno presso il *procuratore costituito* (salvo che la parte si sia costituita personalmente, nel qual caso vanno effettuate nella sua residenza o nel domicilio eletto: *art.* 170, terzo comma). Tutto ciò tranne che la legge imponga in determinati casi la *notifica personale*, il che avviene per gli atti maggiormente delicati (ad es. notifica dell'ordinanza che risolve le contestazioni sull'ammissibilità del giuramento decisorio, quando ammette lo stesso: *art.* 237; notifiche *ex art.* 292 fatte al contumace).

Quanto al *modo* in cui le notificazioni o le comunicazioni vanno effettuate, le strade sono diverse, a seconda se riguardano gli atti del giudice o gli atti di parte.

1) Per ciò che riguarda gli *atti del giudice*, le relative comunicazioni sono fatte dal cancelliere ai sensi dell'*art.* 136, nel seguente modo: *a)* o con *consegna diretta* al procuratore della parte; *b)* o mediante *notifica* attraverso l'ufficiale giudiziario; *c)* o, dopo la riforma del 2005, anche mediante *telex* o *posta elettronica* (*artt.* 133, ultimo comma e 134, ultimo comma e 136, ultimo comma); *d)* infine, se si tratta di notifica di un documento informatico o di una notifica in via telematica, bisogna rispettare i principi inseriti nell'*art.* 137 della riforma del 2009.

2) Per gli atti di parte (comparsa, memorie, comunicazione dell'elenco dei documenti *ex art.* 87 disp. att.), il modo della comunicazione fatta dal difensore all'avversario è previsto dall'*art.* 170, quarto comma, il quale stabilisce che la comunicazione può avvenire mediante *deposito* dell'atto in cancelleria, mediante *notifica* attraverso l'ufficiale giudiziario o mediante *scambio* diretto dell'atto con la controparte, purché documentato dal visto di quest'ultima apposto sull'originale. La riforma del 2005 ha inserito per le parti un quarto modo di comunicazione, attraverso il *telex* e la *posta elettronica*, purché però con l'*autorizzazione* del giudice data volta per volta per singoli atti (*art.* 170, quarto comma).

CAPITOLO SECONDO

L'ISTRUZIONE DELLA CAUSA

Sezione prima

IL GIUDICE ISTRUTTORE

SOMMARIO: 1. L'istruzione della causa. – 2. Il giudice istruttore. *a)* Il principio di immediatezza. *b)* Il principio di oralità. – 3. I poteri del giudice istruttore. – 4. I provvedimenti. Le ordinanze istruttorie. Reclamo differito e reclamo immediato.

1. *L'istruzione della causa*

L'*istruzione della causa* costituisce la seconda fase del processo civile e di questo è sicuramente il momento più complesso, soprattutto per le molteplici attività che vi vengono svolte. Nella sostanza l'istruzione della causa ha un duplice scopo che si realizza rispettivamente nelle due attività della *trattazione della causa* e dell'*istruzione probatoria*.

Istruzione della causa

La prima di esse è destinata alla completa *determinazione della materia del contendere*, costituita dall'insieme delle domande, eccezioni e difese proposte dalle parti. È vero che la determinazione della materia del contendere si fa negli atti introduttivi del processo (citazione e comparsa di risposta): ma essa può subire ampliamenti nel corso del giudizio (ad es. l'attore può proporre una domanda riconvenzionale o un'eccezione alla prima udienza, quando l'esigenza sorge dalle difese proposte dal convenuto in comparsa di risposta: art. 183, quinto comma) o anche semplici aggiustamenti (ad es. modificazione o precisazione delle domande, eccezioni e conclusioni: art. 183, quinto e sesto comma). Gli ampliamenti della materia del contendere possono poi verificarsi anche a seguito di possibili interventi di terzi, spontanei (art. 267), provocati dalle parti (art. 269) o ordinati dal giudice (art. 270). Lo svolgimento di tali attività può essere poi complicato da eventi anomali

Determinazione della materia del contendere

che possono ritardare o addirittura arrestare il corso del processo (si pensi alle ipotesi di sospensione, interruzione ed estinzione del giudizio, previste rispettivamente dagli artt. 295 ss., 299 ss. e 306 ss.).

... e istruzione probatoria

La seconda attività, che è anche tecnicamente la più impegnativa, consiste nell'istruzione probatoria prevista dall'art. 202 ss. e cioè nell'assunzione delle *prove* sulla base delle quali il giudice fonderà la propria decisione. È vero che tale attività può anche mancare quando la causa è ad esempio fondata esclusivamente su questioni di diritto o si basa su documenti che le parti hanno prodotto con gli atti introduttivi. In questo caso il giudice può passare immediatamente alla fase decisoria (art. 187, primo comma). Ma si tratta di un'ipotesi piuttosto rara, talché normalmente non ci si può esimere dalla complessa attività dell'ammissione e dell'assunzione delle prove.

Trattazione e istruzione sono attività che richiedono tempo e non possono effettuarsi in un'unica soluzione, ma vengono dilazionate in vari momenti cronologicamente distinti che si svolgono di fronte al giudice e che prendono il nome di *udienze di istruzione*, la prima delle quali è rappresentata dall'art. 183, mentre la presenza di quelle eventualmente successive è fatta palese dagli artt. 81, secondo comma e 84 disp. att. L'art. 81, secondo comma, stabilisce addirittura che l'intervallo fra le varie udienze non deve superare i quindici giorni e ciò al fine di imprimere speditezza e concentrazione al processo. Ma non v'è norma meno rispettata in tutto il codice, giacché com'è noto il rinvio fra le varie udienze si misura in pratica in mesi ed in certi casi addirittura in anni.

2. Il giudice istruttore. a) Il principio di immediatezza. b) Il principio di oralità

Giudice istruttore

L'istruzione della causa si svolge sotto la direzione ed il controllo del *giudice istruttore*, figura creata per la prima volta dal codice di procedura del 1940 (il codice del 1865 non lo prevedeva) e ciò in relazione all'esigenza particolarmente sentita nello Stato autoritario dell'epoca (la redazione del codice avvenne in pieno regime fascista), che tutta l'attività processuale dovesse svolgersi di fronte ad un rappresentante dello Stato (mentre sotto il codice del 1865, l'attività della determinazione della materia del contendere si svolgeva interamente tra le parti e solo le prove venivano raccolte dal giudice decidente: sistema ripreso dal processo societario, creato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ma scomparso con la riforma del 2009).

Il giudice istruttore è dunque sempre presente nello svolgimento

della fase di istruzione del processo ordinario e ciò indipendentemente dal fatto che la causa debba essere decisa dal tribunale in composizione collegiale (art. 50-*bis*) o monocratica (art. 50-*ter*). In questo secondo caso il giudice istruttore provvede anche alla decisione.

a) L'art. 174 stabilisce che il giudice istruttore deve provvedere all'istruzione della causa e alla relazione al collegio (ovviamente se la causa rientra fra quelle che debbono essere decise dal tribunale in composizione collegiale) e non può essere sostituito (per tutto il processo o per singoli atti) se non nel caso di «*assoluto impedimento*». La prescrizione di cui sopra dell'*immutabilità* del giudice istruttore è in funzione del principio di *immediatezza*, in base al quale si vuole che il giudice abbia un contatto diretto con tutte le attività processuali e ciò al fine di possedere in ogni momento una visione complessiva del processo. Il che sarebbe vanificato da eventuali cambiamenti, in quanto il nuovo giudice potrebbe avere conoscenza delle attività processuali pregresse solo in modo indiretto e cioè esclusivamente attraverso i verbali di causa.

Principio di immediatezza

b) Il secondo principio a cui la fase di istruzione è informata è quello dell'*oralità*, previsto dall'art. 180: principio di ispirazione chioventiana in base al quale, dopo la redazione degli atti introduttivi (necessariamente scritti), lo svolgimento della trattazione della causa dovrebbe svolgersi in modo completamente verbale fra le parti e il giudice.

Principio di oralità

Mentre il principio di immediatezza viene per quanto possibile rispettato negli uffici giudiziari, il principio di oralità si rivela una mera illusione, impedito com'è dalla stessa struttura del processo, specie dopo la riforma del '90 che è essenzialmente basata sugli scritti: dopo gli atti introduttivi la trattazione della causa si svolge infatti attraverso memorie e repliche cartacee (art. 183) ed allo scritto è anche affidata pure la stesura delle difese finali (comparsa conclusionale e memoria di replica: art. 190). Si aggiunga che la riforma del '90 ha soppresso anche l'obbligo di discussione della causa, che nel processo di fronte al tribunale collegiale è rimessa alla mera volontà delle parti (art. 275, secondo comma), mentre di fronte al tribunale in composizione monocratica può anche essere rimessa alla volontà del giudice (art. 281-*sexies*). Per cui tanto varrebbe eliminare lo stesso art. 180, divenuto ormai un mero *flatus vocis*.

3. I poteri del giudice istruttore

Dispone l'art. 175 che il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più «*sollecito e leale*» svolgimento del procedimento.

Sotto il primo profilo il giudice deve imprimere *concentrazione* alla

Principio di concentrazione

procedura, nel senso cioè che questa, sviluppandosi come si è visto in più udienze, non dovrebbe dilatarsi troppo nel tempo. A tal uopo egli deve, da un lato evitare che vengano fissate udienze a vuoto (ad es. per meri rinvii senza giustificazione) e dall'altro fare sì che fra le stesse vi sia il minore spazio cronologico possibile (anche se è impensabile che possa, come si è detto, essere rispettato il termine di quindici giorni previsto dall'art. 81, secondo comma, disp. att.). In quest'ottica si colloca anche il potere insindacabile del giudice istruttore di chiudere la fase istruttoria allorché ritiene la causa «matura per la decisione» (art. 187, primo comma), evitando ulteriori dilazioni, magari volute dalle parti.

Va comunque osservato che l'uso di tali poteri volti ad assicurare la concentrazione del processo, è stato notevolmente ridimensionato dall'introduzione delle preclusioni avutasi con la riforma del '90, che ha fissato normativamente i tempi per il compimento di molti atti processuali, il che riduce ampiamente lo spazio di manovra che avevano prima le parti ed il giudice.

Un secondo aspetto dell'attività del giudice istruttore che viene in rilievo nell'art. 175, primo comma, è quello di assicurare che lo svolgimento del procedimento sia anche quanto più possibile *leale*. In questo senso un'indispensabile norma di riferimento è stabilita dall'art. 88, che impone alle parti e ai loro difensori il dovere di «*lealtà e probità*» nello svolgimento delle attività processuali. Al giudice istruttore è devoluto il controllo del rispetto di tale dovere, tanto che nel caso di una sua violazione, ove questa sia perpetrata dal difensore, egli deve riferirne al consiglio dell'ordine degli avvocati per i provvedimenti opportuni (art. 88, secondo comma).

4. I provvedimenti. Le ordinanze istruttorie. Reclamo differito e reclamo immediato

Provvedimenti del giudice istruttore

Il tipico provvedimento del giudice istruttore è costituito dall'*ordinanza*, salvo che la legge non preveda altrimenti (art. 176, primo comma). Quest'ultima previsione fa riferimento alle ipotesi del tutto particolari in cui il giudice istruttore provvede con *decreto*, che pur essendo anch'esso un provvedimento strumentale, com'è noto differisce dall'ordinanza per l'assenza del contraddittorio (ad es. decreto di differimento della prima udienza *ex art. 168-bis*, ultimo comma; il decreto con cui si dispongono eventuali provvedimenti cautelari in corso di causa ai sensi dell'art. 669-*sexies*, secondo comma, ecc.).

Al di fuori di tali casi del tutto eccezionali, la regola è l'ordinanza. È con ordinanza che si ammettono le prove (art. 202 ss.), che si dichiara

la contumacia delle parti (artt. 290 e 291), che si autorizza l'intervento dei terzi richiesto dall'attore alla prima udienza (art. 269), che si dispone l'intervento d'ufficio da parte del giudice (art. 270), che si stabiliscono i rinvii fra un'udienza ed un'altra (art. 81 disp. att.), ecc.

Ordinanza

Normalmente le ordinanze vengono emesse in *udienza* ed in tal caso si reputano immediatamente conosciute dalle parti costituite (anche se assenti). Il giudice può però *riservarsi* di pronunciarle anche fuori udienza (ad es. se deve studiare una certa questione), nel qual caso l'ordinanza va emessa nei cinque giorni successivi (art. 186) e va comunicata alle parti dal cancelliere nei tre giorni successivi alla pronuncia (art. 176, secondo comma). La comunicazione si effettua ovviamente presso il procuratore costituito (art. 170, primo comma): ma dopo la riforma del 2005 essa può avvenire, oltre che con i tradizionali mezzi di comunicazione previsti dall'art. 136, secondo comma (consegna diretta al destinatario da parte del cancelliere o notifica attraverso l'ufficiale giudiziario), anche a mezzo *telex* o *posta elettronica* (i già visti artt. 133 e 134 ed inoltre l'art. 176, secondo comma, prescrivono infatti che a tal uopo le parti debbano indicare nel primo atto difensivo il loro numero di *telex* o di *posta elettronica*).

Qual'è l'efficacia dell'ordinanza? L'ordinanza è un provvedimento strumentale, ma non è un provvedimento decisivo in senso stretto, tanto che *non ha l'attitudine a divenire definitiva* (cioè, si potrebbe dire, non passa in giudicato). Questo è testualmente detto dall'art. 177, primo comma, il quale precisa che le ordinanze, comunque siano motivate, «*non possono mai pregiudicare la decisione della causa*». Ciò significa quanto segue.

Revocabilità
delle ordinanze
istruttorie

a) In primo luogo significa che, le ordinanze possono essere sempre *revocate* dal giudice che le ha pronunciate (art. 177, secondo comma). Le uniche eccezioni (previste dal terzo comma) riguardano: 1) le ordinanze pronunciate sull'*accordo* delle parti in materia di diritti *disponibili* (esse diventano però di nuovo revocabili dal giudice o dal collegio, se interviene successivamente l'accordo delle parti in tal senso); 2) le ordinanze dichiarate espressamente *non impugnabili* dalla legge (ad es. l'ordinanza che dispone la cancellazione della causa dal ruolo *ex* artt. 181 e 309; l'ordinanza con cui il giudice istruttore autorizza l'astensione o dispone la ricsuzione del consulente *ex* art. 192; l'ordinanza con cui il giudice istruttore liquida le spese in caso di estinzione del processo *ex* art. 306, ecc.); 3) le ordinanze per le quali la legge prevede un *particolare tipo di reclamo* (ad es. l'ordinanza di condanna al pagamento di pene pecuniarie pronunciate fuori udienza, che è reclamabile allo stesso giudice che l'ha pronunziata entro tre giorni dalla notifica, ai sensi dell'art. 179).

b) Il carattere per cui le ordinanze istruttorie non divengono definitive, emerge poi dal disposto dell'art. 178, primo comma, in virtù del quale sulle questioni risolte con ordinanza istruttoria revocabile non si

crea alcuna preclusione, potendo tutte tali questioni essere sempre *ri-proposte* al *collegio* al momento della decisione, che può andare anche in contrario avviso rispetto l'ordinanza (ad es. se una prova richiesta dalle parti è stata dichiarata inammissibile dal giudice istruttore, la richiesta di prova può essere riproposta con le conclusioni finali al momento in cui la causa va in decisione). Trattasi in sostanza di una forma di *reclamo differito*, che può farsi contro tutte le ordinanze al momento della spedizione a sentenza. L'art. 178, primo comma, sembrerebbe consentire tale tipo di reclamo solo nel caso in cui il tribunale operi in composizione collegiale (le parti «possono proporre al *collegio*»). Ma è da ritenere che il potere di riesame di tutte le ordinanze, possa spettare anche al tribunale in composizione monocratica: altrimenti verrebbe vanificato il principio generale dell'art. 177, primo comma, secondo cui le ordinanze non possono mai «*pregiudicare*» la decisione della causa.

*Reclamo contro
le ordinanze
istruttorie*

È applicabile invece nel solo caso del tribunale in composizione collegiale, l'istituto del *reclamo immediato* previsto da secondo comma dell'art. 178, che può essere proposto unicamente contro le ordinanze del giudice istruttore che dichiarano *l'estinzione* del processo (art. 308) e che va proposto al collegio nel termine di dieci giorni dalla pronunzia dell'ordinanza se effettuata in udienza o dalla comunicazione della stessa, se è emanata fuori udienza. Il procedimento è descritto dai commi terzo, quarto e quinto dell'art. 178. Il collegio prevede in camera di consiglio ai sensi dell'art. 308: cioè con sentenza se respinge il reclamo (dichiarando così estinto il processo) e con ordinanza non impugnabile se l'accoglie (in quanto in questo caso non viene chiuso il processo, ma si impartiscono ulteriori provvedimenti per la sua continuazione).

Sezione seconda

LA TRATTAZIONE DELLA CAUSA

SOMMARIO: 1. La trattazione della causa. – 2. Le preclusioni. – 3. La prima udienza di comparizione. – 4. Le deduzioni istruttorie. – 5. La rimessione in termini. – 6. I provvedimenti interinali di condanna. – 7. Il tentativo di conciliazione. – 8. Lo svolgimento della trattazione della causa dopo la prima udienza. La rimessione al collegio. – 9. La rimessione parziale al collegio. – 10. Conversione del giudizio ordinario in arbitrato o in giudizio sommario di cognizione, per effetto d.l. n. 132 del 2014. – 11. Le attività in cui consiste la rimessione al collegio.

1. La trattazione della causa

Come si è detto (v. *supra*, sez. I, parag. 1), la *trattazione della causa* riguarda il complesso delle attività volte alla completa determinazione della materia del contendere, determinazione che come si è detto non si ha solo con l'atto di citazione e con la comparsa di risposta, ma che può variare in conseguenza dell'attività successiva di replica alle deduzioni avversarie, nonché dei possibili aggiustamenti di tiro che hanno luogo con l'eventuale modifica o precisazione delle domande, eccezioni e conclusioni. Infine, modifiche della materia del contendere possono avvenire in seguito all'intervento (volontario o coatto) di eventuali terzi che introducano nel processo nuovi temi di indagine.

*Trattazione
della causa*

Il complesso di queste attività volte alla determinazione della materia del contendere, prende tecnicamente il nome di *formulazione delle deduzioni di merito*.

*Deduzioni di
merito e
deduzioni
istruttorie*

Accanto ad esse, nell'ambito della trattazione della causa rientra anche il complesso delle *deduzioni istruttorie* cioè le richieste di prove. Le deduzioni istruttorie, a stretto rigore, stanno infatti al di fuori della fase dell'istruzione probatoria in senso stretto, che riguarda essenzialmente l'*assunzione* delle prove e cioè quei meccanismi che servono a fare pervenire il risultato della prova sul banco del giudice.

A seguito della riforma del '90 e di quelle successive, la fase di trattazione della causa ha subito una modifica radicale rispetto allo stato *quo ante*. In precedenza infatti essa aveva un andamento *elastico*, caratterizzato dal fatto che le deduzioni di merito e di rito potevano essere svolte durante tutto il corso del giudizio (in tal senso disponevano i

vecchi artt. 183 e 184), fino al momento della precisazione delle conclusioni (art. 189). La riforma del '90, onde imprimere al processo un ritmo più spedito, ha dato impulso al principio di *concentrazione*, disponendo che le parti debbano scoprire subito le carte in tavola, formulando deduzioni di merito e deduzioni di rito nell'ambito di un sistema di *preclusioni*, costituite da barriere cronologiche entro le quali devono essere effettuati gli atti del processo, pena la loro inefficacia. Tali preclusioni sono divenute addirittura più rigide dopo la riforma del 2005.

2. Le preclusioni

Le preclusioni Il sistema delle preclusioni si fonda oggi su tre barriere.

1) Prima barriera preclusiva

È prevista dal n. 4 dell'art. 163: riguarda *l'attore* e concerne come abbiamo visto l'indicazione dei *fatti* sui quali la domanda si fonda. Tale obbligo, il cui mancato rispetto non determina la reiezione della domanda ma la sua nullità (art. 164, quarto comma), non è in funzione della specificazione dell'*editio actionis* (già individuata per mezzo del requisito di cui al n. 3 dell'art. 163), ma in funzione appunto del sistema delle preclusioni, che incombendo anche sul convenuto imponendogli di dedurre tutto e subito nella comparsa di risposta, presuppongono che la vicenda storica della causa gli sia stata in precedenza completamente evidenziata (ad es. il convenuto non potrebbe proporre, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta un'eccezione di prescrizione, se l'attore non avesse in precedenza indicato quando il diritto è sorto).

In sostanza, la nullità della citazione prevista dall'art. 164, quarto comma, per la mancata indicazione dei fatti, non è determinata dal fatto che l'assenza di tale requisito impedisce l'individuazione della domanda, ma dal fatto che non consente al convenuto il rispetto delle preclusioni stabilite dagli artt. 166 e 167 nei suoi confronti.

2) Seconda barriera preclusiva

... per il convenuto ... Riguarda il *convenuto* e gli impone, come si è già detto, di dedurre a pena di decadenza nella comparsa di risposta le eventuali *domande riconvenzionali*, le *eccezioni* non rilevabili d'ufficio e la *chiamata in causa*

di terzi (art. 167). Non solo, ma affinché le decadenze non si verifichino, è anche necessario che la comparsa di risposta venga depositata in cancelleria almeno *venti giorni* prima dell'udienza, o *dieci giorni* prima nel caso di abbreviazione dei termini (art. 166).

3) Terza barriera preclusiva

Riguarda *entrambe le parti*, sia pure in diversa guisa, ed è individuata dalla *prima udienza di comparizione ex art. 183*.

... per
entrambe le
parti

Essa concerne le seguenti attività.

a) In primo luogo le c.d. *difese consequenziali*. Sono le domande riconvenzionali, le eccezioni e la richiesta di chiamata in causa di terzi, proposte dall'*attore*, che siano state rese necessarie dalla difesa del convenuto spiegata in comparsa di risposta (art. 183, quinto comma). Con riferimento all'ultimo punto, va evidenziato che la chiamata in causa fatta dall'attore all'udienza deve essere *autorizzata* dal giudice (ed oggi anche quella fatta dal convenuto: v. *supra*, cap. I, par. 4). Il punto sarà comunque trattato diffusamente, al successivo par. 3.

Difese
consequenziali

b) In secondo luogo, v'è il c.d. *ius poenitendi*. Si tratta della possibilità spettante ad entrambe le parti, di *modificare* e *precisare* le domande, eccezioni e conclusioni già formulate.

Tale facoltà riguarda, come si ricorderà, la semplice *emendatio libelli*, diversa dalla *mutatio libelli* che non è consentita (per le differenze, v. vol. I, cap. III, par. 10). A differenza delle difese consequenziali che possono essere proposte *solo* in udienza (art. 183, quinto comma), lo *ius poenitendi* può essere esercitato anche in un'*appendice scritta* della causa e cioè attraverso una memoria che la parte può chiedere al giudice di depositare nel termine perentorio non superiore a trenta giorni dall'udienza (art. 183, sesto comma, n. 1). Anche questo punto verrà sviluppato, *infra* al par. 3.

Ius poenitendi

c) In terzo luogo, v'è l'aspetto preclusivo riguardante le *deduzioni istruttorie*. È la modifica più incisiva determinata dalla riforma del 2005. Quest'ultima ha sostituito il sistema precedente che prevedeva che le eventuali richieste di prove ulteriori rispetto a quelle indicate in citazione o in comparsa di risposta o di eventuali controprove, potessero effettuarsi dopo la chiusura della fase delle deduzioni di merito. Oggi si prevede invece che le deduzioni istruttorie si facciano nelle *stesse* memorie e repliche e nella *stessa* sede delle deduzioni di merito e cioè nell'*appendice scritta* della causa prevista dall'art. 183. Ciò, come vedremo, comporta particolari problemi (v. *infra*, par. 3).

Sempre considerando le deduzioni istruttorie, la riforma del 2005 ha imposto anche un'altra modifica giacché una volta proposte tali dedu-

zioni, le parti non hanno più a disposizione un'ulteriore udienza (la vecchia udienza *ex art.* 184), per discuterle in contraddittorio. Oggi, sulle prove dedotte con le memorie e le repliche di cui sopra, il giudice può decidere infatti anche *direttamente* con ordinanza riservata (pronunciata fuori dell'udienza *ex art.* 183 ed entro trenta giorni), fissando l'udienza *ex art.* 184 *al solo fine* dell'assunzione delle prove (e non più, per la discussione sulla loro ammissibilità e rilevanza, come in passato).

3. La prima udienza di comparizione

*Prima udienza
di comparizione*

Come in parte si è anticipato, la riforma del 2005 ha tentato di semplificare la trattazione della causa, agendo su tre linee: *a)* sopprimendo la distinzione previgente fra prima udienza di comparizione (prevista dal vecchio testo dall'art. 180) e prima udienza di trattazione (prevista dall'art. 183) e conservando *solo quest'ultima* nella quale sono trasfusi tutti i controlli che il giudice doveva effettuare nell'udienza *ex art.* 180, oggi scomparsa; *b)* utilizzando l'udienza *ex art.* 184 solo come udienza di *assunzione* delle prove e non più come udienza per l'ammissione delle medesime, come avveniva invece nella disciplina previgente: con la conseguenza che anche le deduzioni istruttorie vanno formulate all'udienza *ex art.* 183 o al massimo nella sua appendice scritta prevista nel penultimo comma della norma; *c)* sopprimendo infine l'obbligo dell'*interrogatorio libero*, al quale potrà farsi ricorso solo ove le parti lo richiedano o il giudice lo ritenga opportuno.

La nuova udienza *ex art.* 183 ci appare dunque come un condensato delle varie (forse troppe) attività che il giudice e le parti debbono o possono compiere e che vanno esaminate separatamente.

1) Attività del giudice

*Attività del
giudice*

a) Vi sono innanzitutto da effettuare le *verifiche preliminari* attinenti al controllo della regolarità del contraddittorio, che in precedenza venivano effettuate all'udienza *ex art.* 180 e che comportano la necessità che il giudice emani tutti i provvedimenti necessari per sanarne eventuali vizi. Tali provvedimenti possono essere: quello previsto dall'art. 102, secondo comma (ordine di integrazione del contraddittorio, nell'ipotesi che non sia stato citato un litisconsorte necessario); quelli previsti dall'art. 164, secondo, terzo e quinto comma (ordine di rinnovare o integrare la citazione, oppure provvedimento di rinvio dell'udienza di prima comparizione); quelli previsti dall'art. 167, secondo comma (or-

dine di integrazione della domanda riconvenzionale formulata dal convenuto nella comparsa di risposta) e terzo comma (spostamento della prima udienza a seguito della chiamata in causa del terzo formulata dal convenuto in comparsa di risposta); quelli previsti dall'art. 182 (ordine volto alla regolarizzazione degli atti o alla sanatoria di eventuali vizi di rappresentanza, assistenza o autorizzazione); infine, quello previsto dall'art. 291, primo comma (ordine di rinnovazione della notifica eventualmente irregolare della citazione, nel caso di contumacia del convenuto).

L'elenco di tali provvedimenti non è comunque tassativo. Ad es. all'udienza ex art. 183 potrebbe essere emanato anche il provvedimento previsto dall'art. 648 di concessione dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo.

b) In secondo luogo, vi può essere il rinvio da parte del giudice ad un'udienza successiva per l'eventuale espletamento del *tentativo di conciliazione*, qualora però le parti lo abbiano *congiuntamente* richiesto alla prima udienza (artt. 183, terzo comma e 185). Il tentativo di conciliazione, non è dunque più obbligatorio. Una volta però che questo è stato disposto, le parti possono comparire personalmente o possono farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale (la procura può essere redatta per atto pubblico, scrittura privata autenticata o semplice atto scritto autenticato dal difensore e deve attribuire al procuratore anche il potere di conciliare e transigere la vertenza: art. 185).

Il tentativo di conciliazione è preceduto dall'interrogatorio libero. Qualora la parte sia rappresentata da un procuratore, la mancata conoscenza da parte di quest'ultimo senza «*giustificato motivo*» dei fatti di causa, può essere valutata ai sensi dell'art. 116, secondo comma. Non è più precisato dopo la novella del 2005 (né nell'art. 183, né nell'art. 185), cosa succeda se la parte personalmente non si presenta senza giustificato motivo, ma la possibilità di dedurre argomenti di prova contro di lui si ricava dalla norma generale dell'art. 116, secondo comma.

Diversa dal tentativo di conciliazione è la *proposta di conciliazione* di cui al nuovo art. 185-*bis* introdotto dal d.l. n. 69 del 2013 e dalla l. di conv. n. 98 del 2013. La legge parla di proposta «*transattiva o conciliativa*», ma la differenza non è ben chiara, riposando forse sul fatto che la transazione e non la conciliazione, comporta reciproche concessioni. In ogni caso l'obbligatorietà della proposta introdotta originariamente dal d.l. n. 69 del 2013, è stata sostituita nella legge di conversione del decreto da una scelta *discrezionale* del giudice, che formula la proposta solo «ove possibile», avendo riguardo «alla *natura* del giudizio, al *valore* della controversia e all'esistenza di questioni di *facile e pronta* soluzione di diritto».

La l. di conv. ha anche eliminato la pesante conseguenza sul convincimento del giudice (anch'essa introdotta dal decreto), derivante dal rifiuto immotivato della parte di accettare la proposta. Conseguenza che però è rimasta nel *processo del lavoro*, ove l'art. 420 modificato dal-

Verifiche
preliminari

Tentativo di
conciliazione

Proposta di
conciliazione

la l. n. 183 del 2010 non solo prevede l'obbligo del giudice di formulare sempre la proposta, ma stabilisce anche che il rifiuto immotivato alla sua adesione costituisce comportamento valutabile ai fini della decisione (sul punto, v. il vol. III, cap. XXIX, sez. 1, par. 11).

Interrogatorio
libero

c) È facoltativo per il giudice disporre invece l'*interrogatorio libero* delle parti. Ciò risulta dal nuovo art. 183, nono comma, che gli consente di disporre con l'ordinanza con cui si pronuncia sulle prove in seguito alla chiusura dell'udienza di comparizione, di disporre appunto il libero interrogatorio delle parti qualora «lo ritenga utile». Pertanto, mentre il tentativo di conciliazione è normalmente accompagnato dall'interrogatorio libero, non è vero il contrario, potendovi essere quest'ultimo anche senza il tentativo di conciliazione.

Richiesta di
chiarimenti

d) All'udienza prevista dall'art. 183 (o in quella di rinvio disposta a seguito dell'ammissione del tentativo di conciliazione), il giudice ha poi anche il potere di chiedere alle parti i «*chiarimenti necessari*» e di indicare loro le «*questioni rilevabili d'ufficio*» delle quali ritiene opportuna la trattazione (quarto comma).

Con riferimento alla prima situazione, che fa capo ad un potere discrezionale del giudicante, va precisato che la richiesta di eventuali chiarimenti va effettuata «*sulla base dei fatti allegati*». La prescrizione è importante e serve ad evitare che attraverso eventuali chiarimenti, il giudice possa introdurre nel processo fatti nuovi non dedotti dai contendenti. Si tratta cioè di una norma posta in modo evidente a tutela del principio dell'*onere delle allegazioni*, secondo il quale i fatti di causa possono essere dedotti (o mutati nei limiti consentiti: v. vol. I, cap. III, par. 10 e v. *infra*, cap. III) solo dalle parti.

Riguardo al secondo punto, la segnalazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio delle quali il giudice ritiene opportuna la trattazione, costituisce invece dopo la riforma del 2009, un vero e proprio *obbligo*, al fine di evitare il formarsi della c.d. *terza opinione del giudice*, che si ha quando quest'ultimo decide la causa sulla base di questioni ufficiosamente rilevate solo in camera di consiglio e non sottoposte al previo contraddittorio delle parti (v. vol. I, cap. IV, par. 2).

In precedenza, la violazione di tale regola non era sanzionata e la stessa giurisprudenza, con motivazione peraltro discutibile, riteneva che da ciò non dovesse conseguire alcuna nullità. Però come si è già detto (v. vol. I, cap. IV, par. 2 e 6), la riforma del 2009 al fine di fare giustizia di tale interpretazione particolarmente lesiva del diritto di difesa della parte, ha modificato l'art. 101 c.p.c. inserendovi la prescrizione per cui allorché il giudice ritiene di dovere decidere una questione rilevabile d'ufficio, deve obbligatoriamente segnalarlo alle parti a pena di *nullità*, concedendo altresì alle stesse la facoltà di presentare memorie in un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta, per interloquire sul punto. Pertanto, ove la questione rilevabile d'ufficio venga evi-

denziata all'udienza dell'art. 183 c.p.c., dovrà applicarsi la suddetta nuova prescrizione di cui all'art. 101 c.p.c., per cui il giudice dovrà segnalarla alle parti e a queste dovrà essere concesso di pronunziarsi su di essa nelle memorie di cui al n. 1 dell'art. 183 che vedremo (v. *infra*, in questo stesso paragrafo) e che potranno essere utilizzate anche a tale scopo. Se invece la questione verrà alla luce nel prosieguo dell'istruttoria, alle parti dovranno essere concesse memorie *ad hoc*, ai sensi dell'art. 101 già visto.

2) Attività delle parti

A ciò che possono o debbono fare le parti all'udienza *ex art.* 183 abbiamo accennato in precedenza (v. *supra*, parag. 2). Occorre però qui sviluppare più ampiamente il punto.

Attività delle parti

a) Difese consequenziali

Come si è detto, le *difese consequenziali* sono quelle che l'attore propone contro l'eventuale domanda riconvenzionale o contro le eccezioni formulate dal convenuto nella comparsa di risposta. Debbono essere dedotte necessariamente all'udienza *ex art.* 183 (non sembra possibile proporle all'eventuale udienza di rinvio eventualmente disposta per espletare l'interrogatorio libero e ciò a differenza delle attività del giudice previste dall'art. 183, quarto comma, che possono essere differite anche a tale udienza: lo attesta il quinto comma dell'art. 183, che per le attività delle parti non richiama l'udienza di rinvio). Le difese consequenziali possono essere costituite da ulteriori *domande* o da semplici *eccezioni* dell'attore. L'esempio tipico di una nuova domanda dell'attore determinata dalla difesa del convenuto (*reconventio reconventionis*), potrebbe essere offerto dalla seguente ipotesi. Tizio cita Caio per la risoluzione di un contratto di vendita chiedendo la restituzione della cosa. Caio in via riconvenzionale chiede la restituzione del prezzo di 100. L'attore all'udienza *ex art.* 183 eccepisce in compensazione un controcredito di 150 nei confronti di Caio, chiedendo l'estinzione del credito di costui per l'entità corrispondente, oltre alla condanna al pagamento dei residui 50. Un esempio di eccezione dell'attore contro la domanda riconvenzionale del convenuto, potrebbe invece essere quello in cui il primo all'udienza *ex art.* 183 eccepisca la prescrizione del credito eventualmente chiesto dal convenuto in via riconvenzionale. Infine, l'eccezione dell'attore può essere diretta anche contro la mera *eccezione* del convenuto: ad es. l'attore in citazione chiede il pagamento di un credito; il convenuto in comparsa di risposta eccepisce la prescrizione; l'attore alla prima udienza eccepisce l'interruzione del termine di prescrizione.

Deduzioni di merito

b) *Chiamata in causa di eventuali terzi*

*Chiamata in
causa da parte
dell'attore*

Riguarda solo l'attore, il quale può anche lui in certi casi essere costretto a chiamare in causa un terzo, in seguito alle difese del convenuto. La situazione è quella che si verifica di solito nel caso della *connessione per alternatività* (detta anche delle *cause in alternativa* o del *litisconsorzio alternativo*: v. vol. I, cap. IX, par. 12). Ad es. Tizio cita Caio per il pagamento di un debito: quest'ultimo in comparsa di risposta afferma che il debitore non è lui, ma Sempronio. Tizio all'udienza *ex art. 183*, può tentare di sostenere che l'affermazione del convenuto è infondata ed insistere per la sua condanna: ma se non vuole rischiare, può anche chiedere l'autorizzazione al giudice a chiamare in causa Sempronio per ottenere, in via alternativa, la condanna di costui (art. 183, quinto comma).

c) *Ius poenitendi*

Ius poenitendi

Consiste come si è visto nel potere concesso alle parti di *modificare* o *precisare* le domande, eccezioni e conclusioni. Tale potere può essere esercitato direttamente all'*udienza ex art. 183* (quinto comma) o nell'*appendice scritta* di cui al sesto comma della norma. In questo caso le parti possono chiedere la ricordata concessione di un termine al giudice (che non può rifiutarlo) per la presentazione di una *prima memoria* (prevista dal n. 1, art. 183), per esercitare tali facoltà. Ricordando quanto si è accennato nel volume I (cap. IX, par. 1), va segnalato che a seguito dell'introduzione della normativa sul *processo telematico*, tale memoria e le altre che vedremo di cui all'art. 183 c.p.c. (e così tutti gli atti di parte che seguono, come le comparse conclusionali e le memorie di replica: v. *infra* al par. 10), non vanno più depositate manualmente in cancelleria dal difensore, ma vi debbono pervenire in via telematica direttamente dallo studio dell'avvocato.

d) *Repliche alle difese consequenziali e all'esercizio dello ius poenitendi*

*Difese
consequenziali*

V'è la possibilità per le parti di replicare e dedurre eccezioni avverso le domande ed eccezioni *nuove* (proposte in prima udienza dall'attore) e avverso quelle eventualmente *modificate* (proposte in prima udienza o nella memoria di cui al n. 1, art. 183, da entrambe le parti).

Tale facoltà si esercita in una *seconda memoria* concessa anch'essa dal giudice in prima udienza (prevista dal n. 2, art. 183), da depositare in un termine perentorio non superiore a trenta giorni.

Esempio di eccezione contro una domanda *nuova* formulata dall'attore in prima udienza. L'attore propone in prima udienza una *riconven-*

tio reconventionis, chiedendo il pagamento di 100. Il convenuto nella memoria prevista dal n. 2 dell'art. 183, eccepisce la prescrizione.

Esempio di eccezione contro una domanda *modificata* all'udienza *ex art.* 183 o nella memoria di cui al n. 1 dell'art. 183. L'attore in citazione agisce in rivendica di un certo bene asserendo di averlo acquistato. Il convenuto nella comparsa di risposta eccepisce la nullità della vendita. L'attore nell'udienza *ex art.* 183 o nella memoria di cui al n. 1 dell'art. 183 modifica la domanda, fondando la rivendica sull'intervenuta usucapione del bene. Il convenuto nella memoria di cui al n. 2 dell'art. 183 formula l'eccezione dell'interruzione dell'usucapione.

Da notare comunque che nella memoria di cui al n. 2 dell'art. 183, possono proporsi repliche ed eccezioni, *ma non più domande riconvenzionali*.

e) *Deduzioni istruttorie*

È l'ultima delle attività previste nell'art. 183 e per essa rimandiamo al parag. che segue.

4. *Le deduzioni istruttorie*

Il meccanismo delle deduzioni istruttorie, modificato anch'esso dalla riforma del 2005, costituisce le parte più carente e con i maggiori difetti del nuovo art. 183.

Deduzioni istruttorie

Bisogna ricordare che il codice, pur disponendo che gli atti con cui le parti prendono all'inizio posizione nel processo (citazione e comparsa di risposta) debbano indicare anche le prove (artt. 163, n. 5 e 167, primo comma), non prevede alcuna sanzione nel caso in cui ciò non avvenga, per cui è comunemente ritenuto possibile formulare le richieste istruttorie anche nel prosieguo del processo (purché nel rispetto delle preclusioni fissate dalla legge).

Ora poi tale situazione è, come si è detto, perfettamente legalizzata dalla riforma del 2005, giacché il nuovo art. 183, sesto comma, n. 2, non parla più di «nuovi» mezzi di prova come avveniva nella normativa precedente, ma consente genericamente di dedurre «*mezzi di prova e produzioni documentali*», per cui le deduzioni probatorie possono essere effettuate per la prima volta anche solo nell'appendice scritta dell'art. 183 e precisamente *nella seconda memoria* in detta norma prevista (n. 2, art. 183), nella quale abbiamo visto che si formulano anche le repliche alle deduzioni di merito proposte dall'avversario in prima udienza o nella prima memoria.

Prove dirette

Controprove

È prevista poi una *terza memoria* concedibile all'udienza ex art. 183 da depositare in un termine perentorio non superiore a venti giorni, per eventuali *prove contrarie* (n. 3, art. 183).

Il giudice provvede sulle prove con *ordinanza* che può essere emessa anche *fuori udienza* (art. 183, settimo comma).

Ciò detto, si può concludere che il sistema *non è affatto perfetto*, in quanto il complesso delle tre memorie previste dall'art. 183, può non consentire una completa difesa delle parti.

Si ponga mente al seguente esempio. L'attore in prima udienza propone una *reconventio reconventionis*, chiedendo 100. Essendo la memoria di cui al n. 1 dell'art. 183 prevista per la sola precisazione e modificazione delle domande ed eccezioni, ove le parti non abbiano nulla da modificare o precisare, nulla sarà detto nella stessa. Nella memoria prevista dal n. 2 della norma, il convenuto propone invece l'eccezione di prescrizione del credito fatto valere con la *reconventio reconventionis*, deducendo le relative prove a sostegno della propria eccezione.

A questo punto l'attore ha, se vuole, il diritto di proporre l'eccezione di interruzione della prescrizione con le relative prove dirette. Ma non può farlo, perché la memoria prevista da n. 3 dell'art. 183 è utilizzabile solo per le prove contrarie (quindi, né per le deduzioni di merito, né per le prove dirette).

Qual è il rimedio? Dalla lettera della legge non lo si ricava, né qui può invocarsi una disposizione simile a quella prevista per il processo di lavoro dal quinto comma dell'art. 420, che consente all'udienza di discussione, di dedurre nuove prove dirette «che le parti non abbiano potuto proporre prima» (ad es. prove che siano divenute necessarie a seguito di nuovi aspetti della difesa di controparte). Non c'è pertanto che da ricorrere, adattandola al caso, alla rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, secondo comma.

Non è però tutto così semplice perché sorge un altro ostacolo, anch'esso determinato dall'improvvida modifica dell'art. 183, che come si è già constatato dispone che le prove possano essere anche ammesse «fuori udienza» con *ordinanza riservata* (settimo comma). Dunque, non v'è neppure la sede per esperire il rimedio dell'art. 184-*bis* e la parte si trova le prove già disposte dal giudice, senza avere avuto la possibilità di chiedere la rimessione in termini. L'unica soluzione possibile allorché la necessità di nuove eccezioni e conseguenti prove dirette è determinata dall'esercizio della difesa dell'avversario, rimane quella di proporre l'istanza ex art. 153, secondo comma, *direttamente nella memoria di cui al n. 3* dell'art. 183. In questo caso il giudice non potrà provvedere sulle prove, ma dovrà fissare un'udienza intermedia, per consentire alla parte di dimostrare la decadenza per fatto non imputabile ed eventualmente ammetterla alla rimessione in termini.

La legge si è preoccupata anche del fatto che con l'ordinanza di ammissione delle prove prevista dall'art. 183, settimo comma, il giudice disponga anche *mezzi istruttori d'ufficio*, sui quali le parti non abbiano potuto prendere posizione. In tal caso va fatta salva la loro possibilità di interloquire sul punto e di dedurre a loro volta ulteriori prove che si siano rese necessarie in relazione a quelle ammesse d'ufficio. In proposito, l'art. 183, ottavo comma, prevede che con la stessa ordinanza il giudice debba concedere alle parti un termine perentorio per una *memoria* ed uno successivo per una *replica*, onde dedurre eventuali *ulteriori prove* che siano rese necessarie da quelle disposte dal giudice d'ufficio.

*Prove ammesse
d'ufficio*

5. *La rimessione in termini*

Il sistema delle preclusioni impone necessariamente una salvaguardia per l'ipotesi in cui la parte sia incorsa in una decadenza per fatto a lei non imputabile. Soccorreva a questo proposito la *rimessione in termini* prevista dall'art. 184-*bis*, il cui presupposto ed il cui funzionamento erano ispirati a quella del contumace, prevista dall'art. 294. Adesso il problema si risolve applicando l'istituto della rimessione in termini introdotta in via generale nell'art. 153, secondo comma, dalla Novella del 2009 (v. vol. I, cap. X, parag. 3).

*Rimessione in
termini*

6. *I provvedimenti interinali di condanna*

Nell'ottica chiovandiana che la durata del processo non debba andare a danno della parte che ha ragione, le riforme del '90 e del '95, hanno inserito nel tessuto del codice alcuni provvedimenti provvisori di condanna, destinati a restare in piedi fino alla sentenza finale. Essi sono i seguenti.

*Provvedimenti
interinali di
condanna*

1) *Ordinanza di pagamento di somme non contestate* (art. 186-*bis*)

La legge prevede che nel caso di *mancata contestazione delle somme* richieste da una parte, possa essere emanata a carico dell'altra parte un'ordinanza immediatamente esecutiva avente per oggetto il pagamento delle medesime.

*Ordinanza di
pagamento di
somme non
contestate*

La non contestazione, non può comunque ravvedersi nella semplice contumacia (il contumace non contesta, né ammette), valendo solo nei confronti delle «*parti costituite*» (art. 186-*bis*, primo comma). Occorre

poi un comportamento processuale attivo della parte, consistente nel fatto che questa *non si difenda sul punto*. Pertanto ai fini di impedire la pronuncia dell'ordinanza, non è necessario che la parte contesti formalmente la richiesta di pagamento delle somme, essendo sufficiente che alleggi fatti impeditivi o estintivi del credito (ad es. prescrizione), purché però la contestazione sia «*specificata*» e non meramente generica (v. *infra*, cap. III, par. 2). Anche in questo caso, essa si oppone infatti alla pretesa della controparte. Va poi aggiunto che la non contestazione si deve basare sul *contegno processuale* delle parti, non su quello extra-processuale, come ad es. nel caso della formulazione di una proposta transattiva all'avversario. E deve anche essere *specificata*, a nulla valendo una contestazione meramente generica dei fatti dedotti dalla controparte.

In relazione al principio dispositivo, l'ordinanza *de quo* presuppone l'*istanza di parte* (come del resto quelle di cui ai successivi artt. 186-*ter* e 186-*quater*) e può essere emessa in ogni momento della causa, fino alla precisazione delle conclusioni. Essa è revocabile dal giudice che l'ha emanata ai sensi dell'art. 177 o dal collegio al momento della decisione, ai sensi dell'art. 178, primo comma. Non è impugnabile in alcun modo, né con l'appello, né con il ricorso *ex art.* 111 Cost., non trattandosi di un provvedimento decisorio. Neppure è impugnabile l'ordinanza che nega la richiesta di pagamento.

La mancanza di decisorietà non contrasta con il fatto che l'ordinanza in oggetto *sopravviva all'estinzione del processo* (art. 186-*bis*, secondo comma). Tale ultrattività (peraltro già esistente nel nostro codice con riguardo, ad es. ai provvedimenti urgenti *ex art.* 708, terzo comma: art. 189 disp. att.), non va vista infatti come idoneità al giudicato, ma solo come *sopravvivenza* all'estinzione del processo *dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza*. Tant'è vero che questa può essere sempre rimossa attraverso un *autonomo giudizio di cognizione* (taluno afferma anche attraverso l'opposizione *ex art.* 615), con cui si dimostri l'inesistenza del credito.

La riforma del 2005 prevede che l'istanza di pagamento di somme non contestate possa essere proposta oltre che in udienza, anche *fuori udienza* (in questo caso l'istanza va notificata alla controparte nel termine stabilito dal giudice: art. 186-*bis*, primo comma).

2) Ordinanza di ingiunzione (art. 186-*ter*)

Ordinanza di
ingiunzione

Ci si può domandare che senso abbia per la parte richiedere un'*ordinanza di ingiunzione* in corso di causa basata sugli stessi presupposti degli artt. 633, n. 1 e 634, quando sulla base di essi, avrebbe potuto richiedere un decreto ingiuntivo.

La risposta risiede molto probabilmente nel fatto che alcune volte il debitore, onde evitare un decreto di ingiunzione (che fra l'altro potrebbe anche essere dichiarato provvisoriamente esecutivo *ex art.* 642), lo elude proponendo un'azione di accertamento negativo del credito ed impedendo così la pronuncia del decreto da parte dell'avversario: se questo fosse emanato, nell'ipotesi che i giudici fossero diversi, basterebbe infatti proporre opposizione allo stesso ed eccepire la litispendenza del primo giudizio per ottenere la caducazione del secondo (come si sa, la litispendenza non è esclusa dal fatto che uno dei procedimenti sia proposto nelle forme del rito speciale). L'art. 186-*ter* consente ora al creditore convenuto in giudizio, di ottenere quella pronuncia che prima avrebbe potuto essergli preclusa.

Da tenere comunque presente che l'ordinanza di ingiunzione può essere emanata *solo se ricorrono* i requisiti di cui al n. 1 dell'art. 633, non quelli di cui ai nn. 2 e 3 che fanno riferimento alle notule professionali e che consentono di ottenere il decreto ingiuntivo, ma non l'ordinanza *ex art.* 186-*ter*.

Vi sono qui due palesi differenze con l'ordinanza di cui all'art. 186-*bis*.

a) La prima consiste nel fatto che l'ordinanza-ingiunzione, *non è di per se provvisoriamente esecutiva*, ma può solo essere dichiarata tale (secondo comma) ove sussistano i requisiti di cui all'art. 642 (quelli che legittimano l'immediata esecutività del decreto ingiuntivo) nonché, se la controparte è costituita, anche quelli dell'art. 648 (che legittimano l'esecutività del decreto nel corso della causa di opposizione). Ad es. se la controparte è costituita, per ottenere la provvisoria esecuzione non basta valutare soltanto la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 642, ma occorre verificare anche se la difesa avversaria non sia fondata su prova scritta o non sia di pronta soluzione (art. 648). Dal che si evince che in caso di *contumacia*, è sufficiente la ricorrenza dei requisiti previsti dall'art. 642 per ottenere la provvisoria esecuzione. Ne consegue che la posizione del contumace è qui vista con *sfavore dal legislatore*, dato che la mancata costituzione in giudizio è di ostacolo alla valutazione dei motivi ostativi alla concessione della provvisoria esecuzione previsti dall'art. 648 e consente che quest'ultima possa essere concessa sulla base dei soli requisiti previsti dall'art. 642.

b) La seconda differenza consiste nel fatto che, a certe condizioni l'ordinanza-ingiunzione, *può anche passare in giudicato*. Per esempio l'ordinanza in oggetto va sempre *notificata al contumace* nei termini dell'art. 644 (sessanta giorni dalla pronunzia), con l'espreso avvertimento (che dovrebbe essere apposto dal giudice nell'ordinanza) che nel caso di mancata costituzione in giudizio entro venti giorni dalla notifica, l'ordinanza *«diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647»* (quinto comma). Il legislatore non ha dunque detto che in mancanza di costituzione l'ordinanza

diverrà esecutiva, ma che diverrà esecutiva «ai sensi dell'art. 647»: norma quest'ultima che allude alla *definitività* (o se si preferisce, al passaggio in giudicato) del decreto ingiuntivo. Analogo discorso sembra doversi farsi anche per l'ipotesi dell'*estinzione* del processo. Anche in questo caso non è infatti prevista l'acquisizione da parte dell'ordinanza di una semplice efficacia esecutiva (come avviene invece nell'ipotesi dell'art. 186-*bis*), ma dell'efficacia esecutiva «dell'art. 653, primo comma» (quarto comma, art. 186-*ter*) alludente anch'essa al fatto che il decreto ingiuntivo diviene definitivo.

Dunque in questi casi non saremmo più in presenza di una semplice ultrattività dell'efficacia esecutiva che potrebbe essere travolta da un successivo giudizio di cognizione da parte dell'avversario, ma ad una vera e propria *definitività dell'ordinanza*.

Ne consegue che il richiamo agli artt. 177 e 178, primo comma relativo alla revoca dell'ordinanza da parte del giudice istruttore e al suo controllo da parte del collegio, fatto dal terzo comma dell'art. 186-*ter*, varrà solo nel caso dell'ordinanza non esecutiva o di quella esecutiva di cui al secondo comma dell'art. 186-*ter*. Ma non nelle due ipotesi di cui sopra al punto *b*), di esecutività-definitività.

Anche per l'ordinanza ingiunzione, la riforma del 2005 ha previsto la proponibilità anche *fuori udienza* (anche qui con conseguente notificazione della stessa alla controparte, nel termine disposto dal giudice: art. 186-*ter*, primo comma).

3) *Ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione* (art. 186-*quater*)

Tale istituto è stato inserito nel codice con la riforma del '95 e quindi successivamente ai due provvedimenti esaminati, già presenti fino dalla riforma del '90.

*Ordinanza
successiva alla
chiusura
dell'istruzione*

L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione è uno strumento che permette di eliminare il lungo *iter* che occorre in pratica per arrivare alla sentenza (di solito fra l'udienza in cui si chiude l'istruzione e quella di precisazione delle conclusioni intercorrono anni).

I presupposti per la sua emanazione sono i seguenti: *a*) che la causa abbia ad oggetto una richiesta di pagamento di *somme* di denaro o di *consegna* o di rilascio di beni; *b*) che sia *esaurita l'istruzione*.

In tali casi, su istanza di parte, il giudice istruttore, ai sensi del primo comma dell'art. 186-*quater*, può emanare ordinanza di pagamento o di consegna «*nei limiti in cui ritiene già raggiunta la prova*». Il che significa che l'oggetto dell'ordinanza, può anche non coincidere con l'oggetto della domanda (come del resto può avvenire anche per la sentenza, qualora accolga la domanda in parte): ad es., se Tizio chiede il pa-

gamento di 100 ed il giudice istruttore ritiene raggiunta la prova per 50, quest'ultimo può emanare l'ordinanza per tale secondo importo.

L'ordinanza è *provvisoriamente esecutiva* e provvede sulle *spese* del giudizio (primo e secondo comma). La pronuncia sulle *spese* è una novità e deriva dal carattere dell'ordinanza. Essa infatti in relazione all'oggetto della pronuncia, può essere sostitutiva della sentenza (che quindi non verrà emanata) e ciò in due casi: *a*) quando la parte intimata non manifesta entro trenta giorni (con ricorso notificato alla controparte e depositato in cancelleria), la sua volontà che sia pronunciata la sentenza (art. 186-*quater*, quarto comma); *b*) quando la parte si astiene dal compiere *ulteriori atti del giudizio* in modo da determinare l'estinzione del processo (terzo comma).

Ci si può chiedere quale interesse può spingere la parte intimata a rinunciare alla sentenza, che potrebbe anche mutare la situazione decisa con l'ordinanza giacché quest'ultima è pur sempre revocabile dalla sentenza (secondo comma, art. 186-*quater*). La ragione può consistere nel fatto che la parte intimata può convincersi che la sentenza non cambierà le cose e può volere evitare ulteriori spese di lite; ma soprattutto può volere impugnare immediatamente l'ordinanza (non si dimentichi che essa è esecutiva).

Il termine per impugnare di cui all'art. 327, decorre nel caso di rinuncia alla sentenza, dal momento del deposito dell'atto notificato (infatti da questo momento l'ordinanza «*acquista efficacia della sentenza impugnabile*»: quarto comma). Nel caso di estinzione del processo, nel silenzio della legge è invece pensabile che esso decorra dalla scadenza dei dieci giorni per il reclamo contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione (artt. 178, terzo comma e 308, secondo comma). Non vi sono ostacoli a ritenere che in entrambi i casi, possa decorrere anche il termine breve *ex art. 325*, se l'ordinanza viene notificata.

7. Il tentativo di conciliazione

Si è visto come la riforma del 2005 abbia espunto dall'art. 183 l'obbligo della comparizione personale delle parti alla prima udienza, con la conseguente possibilità in quella sede di esperire il tentativo di conciliazione della controversia.

Tentativo di conciliazione

Questo torna dunque così ad essere regolato dalla disposizione generale dell'art. 185, che ne permette l'espletamento «*in qualunque momento dell'istruzione*». Il fallimento del tentativo di conciliazione, non impedisce che esso possa essere successivamente «*rinnovato*» (art. 185, secondo comma).