IL RUOLO DELLA COMPARSA DI RISPOSTA
NELLA DINAMICA DELLA NUOVA FASE INTRODUTTIVA

Relatore:
dott. Luigi pentangelo
pretore della Pretura circondariale di Torre Annunziata

Sommario: 1. Alle origini degli ultimi decreti legge – 1.1 Introduzione: piano dell'indagine – 1.2 Il ruolo della comparsa di risposta nella riforma del 90 – 1.3 Il dibattito sul trattamento del convenuto: la tesi più critica del favor actoris – 1.4 La tesi della parità di trattamento tra attore e convenuto – 1.5 La tesi pragmatica dell'udienza di prima comparizione che precede quella di prima trattazione – 2. La nuova disciplina della comparsa di risposta negli ultimi d.l. – 2.1 Riforma della riforma o controriforma? – 2.2 La compatibilità col sistema della fase introduttiva prevista dalla l. 353/90 – 2.3 Il nuovo trattamento delle parti nella fase introduttiva alla luce dei principi costituzionali: dal favor actoris al favor rei? – 3. Profili per una complessiva ricostruzione: il tempo di vita del potere di eccezione tra comparsa di risposta e termine ex art. 180 – 3.1 Generalità: scopo dell'indagine – 3.2 Il profilo della preclusione per implicito delle eccezioni in senso stretto "proponibili e non proposte" in comparsa di risposta – 3.3 Il profilo della rimessione in termini generalizzata ex lege – 3.4 La tesi della scissione tra allegazione dei fatti a fondamento e proposizione dell'eccezione – 3.5 Il profilo dell'assegnazione "in ogni caso" per favorire la maturazione della preclusione del potere di eccezione – 4. Elementi di base per una ricostruzione preferibile – 5. Rilievi critici sui prospettati profili – 5.1 Critica al profilo della preclusione per implicito – 5.2 Critica al profilo della rimessione in termini – 5.3 Critica alla tesi della scissione tra allegazione dei fatti e proposizione dell'eccezione – 5.4 Critica al profilo dell'assegnazione "in ogni caso" – 6. La ricostruzione preferita: l'ampliamento della situazione sogg. del convenuto per proroga della facoltà d'esercizio del potere – 6.1 Generalità: il potere giudiziale di assegnazione del termine ex art. 180,comma II – 6.2 segue: è subordinato (oltre che al potere di rifiuto anche) alla istanza della parte interessata; contumacia o assenza del convenuto – 6.3 segue: potere discrezionale sul quantum (i criteri di determinazione della durata del termine) – 6.4 segue: potere non automatico ma vincolato sull'an. – 6.5 Concedibilità del termine ex 180 per la sola modifica delle eccezioni in senso stretto – 6.6 È vincolante per il giudice l'accordo delle parti diretto a svolgere l'udienza di prima trattazione in continuum con l'udienza di prima comparizione? – 6.7 Gli effetti del mancato o scorretto esercizio del potere giudiziale – 6.8 L'assegnazione è costitutiva della facoltà d'esercizio del potere del convenuto – 6.9 Effetti della costituzione del convenuto nella udienza di prima comparizione – 6.10 Effetti della costituzione tardiva del convenuto contumace – 6.11 Sintesi dei nuovi momenti ultimi per proporre le eccezioni in senso stretto.

1. Alle origini degli ultimi decreti legge.

1.1 Introduzione: piano dell'indagine.

A dimostrazione "ufficiale" del ruolo che, per la funzionalità della prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., merita la comparsa di risposta vi è stato che gli ultimi due decreti legge n. 238 e 347 del giugno ed agosto 95 hanno ridisciplinato ("controriformato"?) (in collegamento con la prima udienza di trattazione) proprio la comparsa di risposta.

E, dunque, stante che la recente disciplina è in materia oltre che innovativa anche (dal 22 giugno) efficace, parlare oggi della comparsa di risposta ed, in genere, delle attivita della fase introduttiva della causa osservate dal punto di vista del convenuto significa esporre una prima lettura meditata degli ultimi decreti legge, al fine di cogliere (per quanto ora possibile) il significato, teorico e

pratico, delle novità in materia di comparsa e, se sussistenti, le più ampie implicazioni di sistema che ne derivano.
L'indagine avrà in partenza un succinto tratteggio della storia della riforma in punto di ruolo strategico assegnato al primo atto di difesa e costituzione del convenuto prima dalla l. 353/90 e poi dai recenti decreti legge, in modo da consentire l'inquadramento del tema nella più ampia cornice delle attività del convenuto, in particolare nell'ambito dei rapporti tra comparsa di risposta ed atti (e poteri di cui sono esercizio) ad essa precedenti e successivi, insomma tenuto conto della collocazione della comparsa nella dinamica del procedimento.
Dopo di che sarà trattato brevemente se la ultima disciplina sul contenuto della comparsa di risposta è o meno compatibile col modello di procedimento dalla l. 353/90 centrato sulla udienza di prima trattazione ex art. 183.
A tutto questo direttamente intrecciato segue, alla fine, (il tentativo di) una prima proposta ricostruttiva idonea a dare risposta agli interrogativi che pone la attuale disciplina sui rapporti tra nuovo contenuto della comparsa di risposta ed eccezioni in senso stretto.

1.2 Il ruolo della comparsa di risposta nella riforma del 90.
Preceduto da un approfondito ed articolato dibattito (1), il legislatore del 90, allo scopo di rivitalizzare lo stato comatoso della giustizia civile ordinaria, sia pur con intervento di emergenza, aveva pensato di rafforzare (non tanto la celerità fine a se stessa quanto) l'effettività del giudizio di primo grado.
A tal fine fu ritenuto strumentale costruire un meccanismo processuale a termine del quale il thema decidendum ed il thema probandum risultassero determinati in via tendenzialmente immodificabile; sì che, ad oggetto definito, poi le fasi della istruzione e della decisione fossero state libere di andare avanti senza intralci e senza salti nel buio; in questo sistema, che induceva a dire e fare tutto in primo grado, era logico riconoscere forza esecutiva alla sentenza lo concludeva.
Questo il quadro generalissimo; qualche ulteriore dettaglio:
a) non interessava fare presto ad ogni costo, altrimenti sarebbe bastato collegare rigide preclusioni agli atti introduttivi, del tipo di quelle del processo del lavoro (dove ciò è consentito dalla tendenziale omogeneità delle controversie);
b) nè serviva costruire un meccanismo a scopi preclusivi quale che fosse; invece, occorreva:
b1) l'ambiente dell'udienza, ossia la contestualità ed oralità delle attività e la compresenza degli agenti, tutte condizioni ottimali di funzionamento del principio di collaborazione tra le parti e tra parti e giudice;
b2) che la udienza fosse la prima, affinché, per un verso, i difensori delle parti si fossero sentiti subito responsabilizzati (professionalmente ed umanamente) nella preparazione degli atti introduttivi e, per altro verso, il giudice avesse potuto da subito ("appena entrato in scena") iniziare ad esercitare con pienezza (tramite pure la conduzione ed i risultati del libero interrogatorio delle parti) i suoi poteri di direzione delle attività a fini di semplificazione e riduzione delle questioni e, l'una cosa implica l'altra, anche di risoluzione transattiva della controversia.

E, dunque, se questi i fini: che il processo deve "partire col piede giusto", che deve essere attuazione di un progetto razionale; allora, il mezzo non bastava che fosse la disciplina della udienza di prima trattazione ma, ancor prima ed in stretto coordinamento, occorreva funzionalizzare allo scopo la disciplina degli atti introduttivi, e tra questi, per stare al tema trattato, la comparsa di risposta.
La conferma è puntuale: non tanto la citazione quanto la comparsa di risposta fu riformata dalla l. 353/90: l'intervento più innovativo fu di sanzionare a pena di decadenza la proposizione in comparsa di risposta delle eccezioni in senso stretto.
Inoltre: l'art. 166 in collegamento con l'art. 171 onerarono il convenuto a costituirsi in un momento antecedente (di regola almeno 20 gg.) alla prima udienza, a pena di decadenza dal potere di proporre eccezioni in senso stretto (oltre che la domanda riconvenzionale).

A garanzia della possibilità di assolvimento dei nuovi oneri da parte del convenuto: furono allungati (art. 163-bis) i termini di comparizione (di regola 60 gg.); fu prescritto a pena di nullità di dargliene avvertimento con la citazione (artt. 163, n. 7, e 164, comma I).
Decadenze e costituzione prima dell'udienza, in combinazione, affinché al cospetto delle parti (presenti anche di persona) il giudice (oltre l'attore) arrivasse "preparato" sulla "materia" della contesa, ma tutto questo significa una sola cosa: la comparsa di risposta doveva essere un atto (non ad explorandum, bensì) "pieno", a contenuto integralmente enunciato.

1.3 Il dibattito sul trattamento del convenuto: la tesi più critica del favor actoris.
Questo, in estrema sintesi, il sistema generalissimo della fase introduttiva del processo e il ruolo svolto in esso della comparsa di risposta.
E proprio su questo tema si sviluppò un ampio dibattito (2), del quale un filone, il più polemico (tanto da uscire dalle dispute accademiche e sfociare nelle note agitazioni degli avvocati e procuratori), si appuntò sulle decadenze relative alle eccezioni in senso stretto collegate alla comparsa di risposta.
Autorevoli voci critiche facevano osservare che (3):
a) rispetto all'attore è deteriore la posizione del convenuto, che subisce la scelta dei tempi del primo;
b) si deve allora dar modo e tempo al convenuto di organizzare la sua difesa;
c) e non basta, che lo si deve fare in modo elastico, in quanto con le discipline rigide ed uniformi soprattutto in tema di preclusioni non si può eliminare nel processo la realtà della differenziazione delle cause tra complesse e semplici e, quanto a necessità della difesa, tra difficili e facili;
d) altrimenti, la disciplina diventa sospetta di illegittimità costituzionale per difficoltà di esercizio della difesa del convenuto e per disparità di trattamento rispetto all'attore;
e) e proprio questa è la situazione della l. 353/90 negli artt. 166, 167 e 171 lì dove fissa le decadenze a termini brevi ed indifferenziati per la proposizione delle eccezioni in senso stretto, e nell'art. 164 lì dove si dice fare un trattamento di aperto favore all'attore con una disciplina della nullità dell'atto di citazione centrata su sanatorie e retrodatazione degli effetti della domanda sanata.

All'analisi dei mali facevano seguito pure rimedi, tra i quali:
a) sostituire ai termini legali (uguali per tutte le cause) i termini perentori a durata stabilita caso per caso dal giudice sotto pena di decadenza;
b) postdatare il momento ultimo di fissazione del thema decidendum a dopo l'interrogatorio libero delle parti e sulla base del libero gioco difensivo delle stesse (4).
1.4 La tesi della parità di trattamento tra attore e convenuto.

Alla tesi della disparità di trattamento, sostenuta negli interventi critici di cui retro, si rispondeva da parte di altra autorevole dottrina (5) che:
a) il presunto favor actoris di cui alla disciplina della nullità della citazione era, in realtà, uno dei casi di attuazione del principio generale della destinazione del processo alla decisione di merito, quale naturale conseguenza della strumentalità del diritto processuale;
b) per le cause complesse vi erano tutto un insieme di norme idonee a creare al convenuto condizioni di elasticità nella fase introduttiva;
c) sulla base della distinzione tra eccezioni in senso stretto. ed eccezioni in senso lato e della netta prevalenza per così dire casistica delle seconde sulle prime; nonché del principio, per le seconde, della rilevabilità ad opera del giudice con libera deducibilità da parte del convenuto anche oltre lo sbarramento preclusivo della comparsa di risposta, si poteva tranquillamente concludere che attore e convenuto stavano alla pari.

1.5 La tesi pragmatica dell'udienza di prima comparizione che precede quella di prima trattazione.

Altro orientamento (6), infine, traeva, da alcune norme che erano rimaste nel reticolo normativo del codice ad indicare una udienza di prima comparizione delle parti, spunto per una soluzione (non per via di intervento legislativo, ma) "interpretativa":
a) consentire prima della riformata udienza di prima trattazione lo svolgimento di una udienza preliminare destinata a verificare la regolarità del contraddittorio in tema di nullità della citazione o della sua notificazione, di costituzione in giudizio, di rappresentanza assistenza o autorizzazione delle parti, di regolarità degli atti e documenti, ecc;
b) così verrebbe evitato il rischio di far partire in quei casi il processo con una udienza di prima trattazione a vuoto, con disagi per le parti presenti di persona e con inconvenienti per il giudice che in funzione di quella udienza aveva programmato i suoi carichi di lavoro;
c) infine, sulla base delle prime risultanze che in qualche modo sarebbero emerse, anche da colloqui informali con i difensori presenti all'udienza, diventava possibile fissare con maggior cognizione una data più conveniente di quella data al momento di applicazione del 168-bis per la fondamentale udienza di prima trattazione.

2. La nuova disciplina della comparsa di risposta negli ultimi d.l..

2.1 Riforma della riforma o controriforma?

Preceduti dal dibattito di cui prima, sono sopraggiunti gli ultimi due decreti legge n. 238 e 347 del giugno ed agosto 95 (7).
In riferimento al tema trattato essi hanno ridisegnato il contenuto minimo della comparsa di risposta: le eccezioni in senso stretto. non vanno più proposte in essa, ma all'esito di un termine perentorio assegnato dal giudice in conclusione di una nuova udienza di prima comparizione prevista da un riformato art. 180 c.p.c..
Fuori del contenuto della comparsa di risposta sta la introduzione di un regime di nullità sanabile della domanda riconvenzionale: per questo motivo il tema non verrà qui affrontato.
Una annotazione, subito, sulle relazioni tra comparsa di risposta e prime udienze: la nuova udienza non è la udienza di prima comparizione propugnata dalla tesi esposta retro; quella era preceduta dalla presentazione della comparsa di risposta e, quindi, ad essa, attore e giudice partecipavano conoscendo la linea difensiva del convenuto in punto di eccezioni in senso stretto.; questa ex art. 180, invece, non lo è.
Sembra, poi, che le modifiche sul contenuto della comparsa di risposta vanno in direzione:
a) contraria al principio di autoresponsabilità della parte convenuta: dalla regola della difesa prima del processo si passa alla regola della difesa che si prepara durante il processo; di qui il rischio di allungamento dei tempi della durata del processo;
b) contraria al principio di autoresponsabilità del giudice: in conseguenza del deficit di conoscenza che egli subisce per effetto della mancanza di completezza della comparsa di risposta;
c) per derivazione, contraria al buon funzionamento della udienza di prima trattazione, stante una stretta evidente correlazione tra udienza e soggetti (e, soprattutto, psicologia dei soggetti) che vi partecipano.
Si nota ancora che le recenti modifiche conservano un modello di fase preparatoria a guida giudiziale, ma con una distinzione: oggi c'è un nuovo segmento procedimentale nel quale le parti dialogano per atti scritti e quindi isolati (memorie e atto di proposizione delle eccezioni in senso stretto. ex art. 180) e non più in quella pienezza di esplicazione del contraddittorio che assicura solo il dialogo a viva voce l'una di fronte all'altra davanti al giudice.
Da qui un modello di comparsa di risposta radicalmente mutato nei suoi connotati strutturali:
a) prima del d.l.: atto a prima stesura pieno e poi suscettibile di integrazione solo a mezzo delle risposte alle domande informali del giudice durante il libero interrogatorio nella udienza di prima trattazione;

ossia: integrabile solo in via orale, personalmente dalla parte, sotto la guida del giudice, alla presenza della controparte;
b) dopo il d.l.: atto a prima stesura vuoto e poi suscettibile di essere riempito con l'atto di proposizione delle eccezioni in senso stretto ex art. 180; ossia: integrazione in via scritta e nel contesto di attività compiute dal difensore in modo solitario;
c) emergono nitidi dal confronto i valori in gioco: la oralità, l'effettività del principio del contraddittorio, il principio di collaborazione, il contributo conoscitivo reso dalla parte personalmente.

2.2 La compatibilità col sistema della fase introduttiva prevista dalla l. 353/90.
Certo che la udienza di prima trattazione resta il fulcro del processo.
Tuttavia, il modello originario aveva per presupposto che prima di quella udienza non ci fosse incontro delle parti col giudice; prevedeva che nello spazio che separa gli atti introduttivi dalla udienza non vi fosse stato altro di intermedio; ossia, l'ordine di successione degli atti era che a quelli iniziali seguisse immediatamente l'udienza di prima trattazione.
Questo voleva dire: principio di autoresponsabilità del convenuto nella preparazione della comparsa di risposta, principio di concentrazione oralità ed immediatezza del procedimento, principio di collaborazione tra parti e giudice.
Col nuovo modello disegnato dal 180: si inseriscono nella serie procedimentale due attività in più: l'udienza di prima comparizione e la proposizione delle eccezioni in senso stretto.
A tale punto gli elementi in parallelo posti in luce aiutano a concludere sul punto del se le modifiche alla disciplina del contenuto della comparsa di risposta sono compatibili col sistema della fase introduttiva prevista dalla l. 353/90 e rimasto tuttora immutato.
Delle molteplici funzioni collegate alla udienza di prima trattazione è prevedibile che quella a rischiare di più l'insuccesso è la risoluzione anticipata della lite in via transattiva: quale conseguenza del venir meno della pienezza di contenuto della comparsa di risposta e del conseguente venir meno di condizioni di conoscenza (prima ancora che di certezza) sui termini effettivi della lite, è prevedibile che le parti non sfrutteranno il tempo successivo agli atti introduttivi per tentare la conciliazione.
In altri termini, le modifiche alla disciplina del contenuto della comparsa di risposta rischiano di comportare una ridefinizione della funzione complessiva dell'udienza di prima trattazione, che potrebbe diventare:
a) soltanto la fissazione (tendenzialmente definitiva) del thema decidendum;
b) e non più anche (e soprattutto, visti i modelli stranieri) di favorire la risoluzione anticipata della lite in via transattiva.

2.3 Il nuovo trattamento delle parti nella fase introduttiva alla luce dei principi costituzionali: dal favor actoris al favor rei?
Con le seguenti considerazioni si intende porre in luce come, in conseguenza della modifica del contenuto della comparsa di risposta, possono determinarsi condizioni di squilibrio nella distribuzione dei poteri tra le parti nella dinamica della fase introduttiva.
Invece, non viene affrontata la questione del se l'anomalia rientri tra i poteri discrezionali di organizzazione del procedimento da parte del legislatore ordinario oppure oltrepassi la soglia della legittimità costituzionale.
Ebbene: delle due parti, cui a norma degli artt. 3 e 24 Cost. spetta uguaglianza di trattamento processuale, una – l'attore – ha il dovere di esporre nel primo atto processuale di sua spettanza tutti i fatti (costitutivi) del diritto posto a sostegno delle sue conclusioni, così come sanzionato dal comb. disp. artt. 163, n. 4, e 164, comma 4; invece, l' altra parte – il convenuto – non ha il dovere di esporre nel primo atto processuale di sua spettanza tutti i fatti (in particolare: quelli estintivi

modificativi impeditivi idonei a dar luogo alle eccezioni) posti a sostegno della sua conclusione di rigetto della domanda.
Dunque, tra attore e convenuto, l'attore ha il dovere di allegazione dei fatti nel suo primo atto processuale; il convenuto, invece, no; senza che la differenziazione sia soggetta ad alcuna valutazione di congruità da parte del giudice in ordine ad un particolare bisogno di difesa del convenuto.
Allora, la posizione di attore e convenuto riguardo all'atto che in egual modo è il primo della serie in cui si snoda la loro partecipazione al procedimento è diversificata in ciò che al primo fa capo un dovere da cui il secondo è esonerato senza bisogno di doverne dare giustificazione.
Peraltro, la originaria diversificazione tra le parti, in punto di deficit di completezza del dovere di immediata esternazione della linea difensiva si riverbera, perpetuandosi, anche nel modo di partecipazione alla prima udienza di prima comparizione ex 180: le condizioni sono di non simmetrica parità per essere l'attore all'oscuro di "tutta" la linea difensiva del convenuto ed, invece, costui a conoscenza di quella del primo; udienza, peraltro, che non è da credere sia una innocua irrilevante udienza di mero rinvio: essa è destinata alla trattazione e decisione di spesso delicatissime questioni (in primo luogo di litisconsorzio) in ordine alle quali l'attore non può interloquire con quella pienezza che gli darebbe la conoscenza di tutta la altrui linea difensiva.
Infine, riguardo al "dopo" udienza di prima comparizione, il convenuto riceve vantaggio anche dalla circostanza di poter apprestare e calibrare le sue difese in punto di eccezioni dopo aver ascoltato la controparte ed il giudice.

3. Profili per una complessiva ricostruzione: il tempo di vita del potere di eccezione tra comparsa di risposta e termine ex art. 180

3.1 Generalità: scopo dell'indagine.

L'indagine muove dalla consapevolezza di dover interpretare il testo del d.l. alla luce del sistema della 353/90 nel quale è inserito e dal quale deve ricevere il quadro teorico di riferimento.
Si tratta di un (primo e provvisorio) tentativo di rendere la nuova disciplina della comparsa di risposta quanto più possibile compatibile al funzionamento della udienza di prima trattazione, da intendere come fulcro del processo.
Lo scopo è di dare risposta alle seguenti domande:
a) le eccezioni in senso stretto possono (ancora oggi) proporsi in comparsa di risposta;
b) le eccezioni in senso stretto possono (per la prima volta oggi) proporsi nella udienza di prima comparizione;
c) il potere di assegnazione del termine ex art. 180, comma II, è subordinato ad istanza della parte interessata;
d) può assegnarsi il termine ex 180 per la sola modifica delle eccezioni in senso stretto;
e) vi sono casi in cui il termine non deve essere dato e tra questi sono compresi i casi del convenuto assente all'udienza ex art. 180 e quello del convenuto contumace;
f) quali sono i connotati del potere di assegnazione del termine ex art. 180, comma II,;
g) quale è o quali sono i momenti ultimi nei quali a pena di decadenza devono proporsi le eccezioni in senso stretto;
h) quali effetti ha la costituzione del convenuto nella udienza di prima comparizione;
i) quali effetti ha la costituzione tardiva del convenuto contumace.

3.2 Il profilo della preclusione per implicito delle eccezioni in senso stretto "proponibili e non proposte" in comparsa di risposta.

Una ricostruzione suggestiva ma troppo unilaterale e "creativa" nello sforzo di mantenere compatibile quanto più possibile il novum del d.l. con l'impianto complessivo della riforma, potrebbe essere quella che:

a) parte dall'art. 167 lì dove qualifica in termini di dovere per il convenuto il fatto di proporre "tutte le sue difese" in comparsa di risposta;
b) richiama, poi, anche il testo del 180, comma II seconda parte, per compiervi due operazioni interpretative: b1) la prima: trae spunto dall'uso del gerundio "assegnando" senza ulteriori aggiunte per trarne che il compito del giudice non viene qualificato doveroso; b2) la seconda: rileva che l'espressione "in ogni caso", essendo con una virgola staccata dal resto del periodo, va riferita solo alla fissazione dell'udienza di prima trattazione, e non pure alla assegnazione del termine per le eccezioni;
c) infine, ricorda che il vecchio testo dell'art. 244 conosceva questa tecnica: (solo) se il giudice assegnava un termine perentorio, una preclusione verificatasi prima poteva essere sanata dopo; altrimenti, il potere era perso definitivamente ex tunc.

A questo punto la strada è aperta alle ulteriori deduzioni:
– dal 167 ricava che l'inadempimento del convenuto al dovere di cui prima deve avere una sanzione, che in materia non può che essere la perdita del potere di eccezione per preclusione; di qui il nome di profilo della preclusione "per implicito";
– poi, dal 180 deduce che se può essere discrezionale la assegnazione del termine e se c'è stata perdita del potere da rimettere in termini, allora il criterio da usare deve far perno – come sempre quando la legge non lo enuncia espressamente – sulla giustificatezza del comportamento del convenuto, nella specie se egli era "in condizione di" tenere il comportamento;
– ecco dungue la chiave di volta della ricostruzione: distinguere eccezioni in senso stretto quelle che erano proponibili al momento della presentazione della comparsa di risposta e dire che solo queste sono toccate dalla preclusione "per implicito";
– segue a stretto giro che il termine ex art. 180 riguarda solo le eccezioni in senso stretto non proposte ma che non erano proponibili al momento della comparsa di risposta.
Le ulteriori conseguenze, a questo punto, sono solo da sviluppare:
* il regime di preclusione si verifica in una scansione del tutto caratteristica:
per quelle proponibili ma non proposte si ha al momento della comparsa di risposta una preclusione sospensivamente condizionata al fatto di non arrivare dopo l'assegnazione del termine da parte del giudice;
per le non proposte ma improponibili prima la preclusione si verifica al momento della scadenza del termine ex 180;
– la assegnazione del termine è soggetta a domanda ma è discrezionale sull'an;
– essa produce effetti di natura costitutiva, anche di sanatoria delle pregresse preclusioni;
– essa va negata nel caso del convenuto contumace o assente.

3.3 Il profilo della rimessione in termini generalizzata ex lege.

La ricostruzione che ora si va ad esaminare si propone il seguente fine: evitare che, tramite l'espressione "in ogni caso" usata dall'art. 180, comma II, terzo periodo, si ritenga consentito assegnare al convenuto contumace il termine per proporre le eccezioni "riservate".
Secondo questa tesi, come per quella precedente, il punto di partenza è di tenere conto del dovere del convenuto proclamato nell'art. 167 di proporre "tutte le sue difese" in comparsa di risposta, ma, in aggiunta al profilo precedente, anche della durata dei termini assegnati al convenuto per la costituzione in giudizio.
Di tanto proprio il recente d.l., con valutazione generale ed astratta, avrebbe tenuto conto nel senso di farne derivare che ricorre sempre l'ipotesi della causa non imputabile nel fatto del mancato assolvimento di quel compito a fronte del tempo a disposizione; di qui il risultato, trasfuso nell'art. 180, di rimettere la parte nelle condizioni di esercitare in un momento successivo il potere di difendersi per via di eccezioni "riservate".

Tale ricostruzione, poi, tenderebbe ad armonizzarsi col fatto che la situazione processuale del convenuto all'atto di proporre le eccezioni ex art. 180 non sembra mutata in nulla di utilmente rilevante rispetto al momento della comparsa di risposta.
Dunque, non si tratta di un caso di applicazione del principio di elasticità, o di adeguamento della difesa alle progressive acquisizioni del processo.
E, quindi, si potrebbe concludere che:
a) quanto ad oggetto, contenuto e modalità di esercizio il potere di proporre eccezioni è lo stesso di quello che sarebbe stato esercitabile al momento di presentazione della comparsa di risposta;
b) questo significa che si è scelta la tecnica dell'esercizio del potere ora per allora; infatti, fermo restando ogni altro elemento, compreso il potere di replica dell'attore (esercitabile nella udienza ex art. 183 come era prima dell'ultimo d.l.), l'unico elemento a mutare è il tempo di (ri)esercizio del potere del convenuto, che passa dal momento della costituzione in giudizio a mezzo della comparsa di risposta al momento di scadenza del termine ex art. 180, comma II..

Insomma, c'è abbastanza per ricostruire il nuovo meccanismo facendo ricorso allo schema della rimessione in termini, fondati come sono entrambi sulla tecnica della riattribuzione del potere da esercitare ora per allora.
Poste queste basi, gli sviluppi del profilo sono in successione:
a) l'interesse perseguito dal 180 è in natura privata: la tutela del diritto di difesa del convenuto;
b) l'assegnazione del termine ex 180 è a domanda del convenuto, normalmente vincolante per il giudice; fa deroga il caso della avvenuta proposizione delle eccezioni in senso stretto già in comparsa di risposta: qui il giudice deve ritenere non giustificata una rimessione priva di causa; quanto, poi, alle eccezioni proponibili ora e non prima varranno i criteri ordinari e discrezionali della rimessione ex art. 184-bis;
c) il termine ex 180 non spetta al convenuto contumace;
d) l'atto "autorizzato" di proposizione delle eccezioni, in quanto compiuto ora per allora, è una mera appendice della comparsa di risposta, cui idealmente si ricollega per divenirne oggetto di valutazione unitaria;
e) la preclusione dal potere di proporre eccezioni in senso stretto si verifica ogni volta in modo totale due volte, di cui una prima volta al momento della mancata inclusione nella comparsa di risposta della parte relativa alle eccezioni in senso stretto, e la seconda volta alla scadenza del termine assegnato ex 180;
f) la mancata assegnazione del termine impedisce al convenuto del potere di eccezione.

Di qui, infine, il nome: rimessione in termini generalizzata ex lege con termine a concessione e durata giudizialmente determi-
nata.

3.4 La tesi della scissione tra allegazione dei fatti a fondamento e proposizione dell'eccezione.

Secondo altra possibile ricostruzione, che per comodità chiamo della scissione tra allegazione dei fatti a fondamento dell'eccezione e proposizione dell'eccezione si potrebbe sostenere che:
a) è da tempo che autorevole dottrina ammette ed, anzi; ritiene doverosa la distinzione tra allegazione e proposizione in materia di eccezioni (8); questa differenziazione, continua la stessa dottrina, ha un doppio volto: sia concettuale, nel senso che la prima riguarda la introduzione in causa dei fatti estintivi modificativi impeditivi mentre la seconda concerne la qualificazione giuridica, il far valere la efficacia giuridica di quegli stessi fatti; sia temporale, nel senso che il legislatore può ordinare in un momento del processo l'esercizio del potere di allegazione ed in un momento diverso (successivo) l'esercizio del potere di proposizione; il che è quel che più interessa ai fini di questa indagine;
b) in questa sede può aggiungersi che il testo dell'art. 180 usa l'espressione "proposizione" riferita alle eccezioni;

b) quindi, non utilizza la espressione “allegazione” dei fatti estintivi modificativi impeditivi;
c) l’azione della allegazione, invece, è di sicuro compresa nella espressione “deve proporre tutte le sue difese” con cui il testo dell’art. 167 prescrive i comportamenti del convenuto che si costituisce in giudizio.

Di qui immediato è il passare a dire che, allora, l’art. 180 consente al convenuto nel termine assegnatogli soltanto il potere di proposizione delle eccezioni in senso stretto; non quello di allegazione, che per sua natura essendo logicamente precedente, non può che essere, ossia deve essere esercitato nella comparsa di risposta, a pena di preclusione.
Le conseguenze di questa ricostruzione vengono, poi, quasi scontate:
a) il meccanismo ex art. 180 persegue la tutela dell’interesse privato del convenuto;
b) la assegnazione del termine ex 180 è vincolata sull’an e discrezionale sul tempo di durata;
c) il termine ex 180 non va concesso alla parte contumace;
d) essa deve immaginare il verificarsi per le eccezioni in senso stretto di due vicende preclusive, ciascuna ad oggetto parziale e diversificato:
– la decadenza dal potere di allegazione dei fatti estintivi modificativi impeditivi al momento della presentazione della comparsa di risposta;
– la decadenza dal potere di proposizione al momento della scadenza del termine ex art. 180.

3.5 Il profilo dell’assegnazione “in ogni caso” per favorire la maturazione della preclusione del potere di eccezione.
Questa ultima possibile prospettazione accentua il profilo pubblicistico: lo scopo perseguito dal nuovo meccanismo del 180 sarebbe di creare uno sbarramento (segnato dalla scadenza del termine assegnato) in funzione meramente preclusiva del potere del convenuto di proporre eccezioni in senso stretto, quindi al fine obiettivo dell’ordinato funzionamento del processo.
Il ragionamento assume a fondamento i seguenti dati:
a) parte dall’inciso “in ogni caso” dell’art. 180, comma II, seconda parte, e, preso atto della sua collocazione all’inizio del periodo, lo intende riferito anche alla assegnazione del termine per le eccezioni;
b) presuppone che il convenuto sarebbe ancora investito del potere di eccezione, se non operasse la preclusione conseguente al maturare del termine ex 180;
c) di qui deriva che la assegnazione del termine produce un effetto diminutivo della situazione soggettiva del convenuto, impedendogli di esercitare il suo potere dopo la scadenza del termine;
d) di qui, ancora, che la natura intrinseca del provvedimento ex 180 riguarda solo indirettamente il differimento dell’esercizio del potere della parte, direttamente cura l’interesse obiettivo del procedimento a far maturare ad un certo momento la preclusione in materia di eccezioni; meglio, esso mira a conciliare l’interesse privato del convenuto (tenuto indubbiamente presente dagli ult. d.l.) con il superiore interesse pubblico sottostante alla disciplina delle preclusioni.
Su queste basi, si sviluppano le conseguenze:
a) l’assegnazione del termine ex 180 avviene d’ufficio; la parte interessata ha solo potere di rifiuto;
b) il giudice non ha potere di valutazione discrezionale sull’an;
c) la assegnazione del termine avviene anche in caso di avvenuta proposizione delle eccezioni in senso stretto già in comparsa di risposta, nonché in caso di contumacia o assenza del convenuto;
d) la omissione della assegnazione per dimenticanza o errore del giudice deve comportare la operatività in via sostitutiva di un termine legale per la individuazione del quale occorre fare tutti gli sforzi possibili, sopratutto nella direzione di assicurare una scadenza antecedente alla udienza di prima trattazione;
e) sempre e comunque (salvo il 184-bis?) il decorso del termine ex 180 segna la estinzione del potere del convenuto di proporre le eccezioni in senso stretto.

4. Elementi di base per una ricostruzione preferibile.

È noto che una ricostruzione che voglia approdare a risultati piuttosto solidi deve partire da elementi tendenzialmente semplici ed univoci.
E ad elementi del genere si perviene osservando che:
a) la modifica portata dall'ultimo d.l. all'art. 167 riguarda la soppressione della sanzione della decadenza per la mancata proposizione delle eccezioni in senso stretto; il che significa che il convenuto ha oggi facoltà, e non più l'onere, di esercitare quel potere in comparsa di risposta;
b) dunque, risulta con certezza che non vi è divieto di proporre eccezioni in senso stretto in comparsa di risposta; e, a ben riflettere, diversamente non avrebbe potuto essere, stante ad impedirlo motivi di ragionevolezza e tradizione prima ancora che di vincoli costituzionali;
c) insomma, perciò il convenuto non subisce alcuna perdita del potere de quo al momento della presentazione della comparsa di risposta e ciò a prescindere dal se è compresa o meno nel suo contenuto la parte relativa alle eccezioni in senso stretto.

Inoltre, portando l'esame in avanti così come cammina il procedimento, si trova che la lettura dell' art. 171 (rimasto immutato) mostra senza dubbi la regola secondo cui la costituzione del convenuto ritardata al momento della prima udienza è sì legittima ma fermo restando a suo carico "le decadenze di cui all'art. 167"; ed allora, posto che tra tali decadenze si è visto non esserci quella relativa alle eccezioni in senso stretto, si acquisisce un secondo dato certo ed è che il convenuto al momento della costituzione in udienza di prima comparizione è ancora investito del potere di proporre eccezioni in senso stretto.
Quanto, poi, al segmento successivo del procedimento:
a) a partire dalla udienza di prima trattazione, secondo l'art. 183, comma IV e V, il convenuto può precisare e modificare le eccezioni "già formulate" ma più non è investito del potere di proporre eccezioni in senso stretto nuove (che non siano quelle di controreplica alla replica dell'attore, da inquadrare nel tutt'affatto diverso campo d'azione del factum superveniens);
b) dopo di che e sino alla definitiva conclusione del processo, come testimoniano senza possibilità di dubbio i testi degli artt. 189 (sulle conclusioni da rimettere al collegio) e 345 (sul giudizio d'appello) il convenuto non può proporre nuove eccezioni in senso stretto.

In sintesi, l'esame condotto a seguire, dal punto di vista del convenuto, lo svolgimento del procedimento, porta a concludere che:
*** nella fase introduttiva e sino al momento dell'udienza ex art. 180:
il convenuto resta sempre investito del potere di proporre eccezioni in senso stretto nell'arco di tempo che inizia dal momento dell'acquisto della qualità di parte, continua con quello del deposito della comparsa di risposta e arriva sino alla partecipazione alla udienza di prima comparizione;
*** dopo e sino alla fine del processo:
il potere del convenuto di proporre eccezioni in senso stretto nuove resta estinto (e, solo limitatamente al tempo di svolgimento della udienza di prima trattazione, residua un potere di precisare e modificare le eccezioni in senso stretto).

La conclusione, di rilevante ausilio nel prosieguo dell'indagine, è questa: il momento dell'innesto del potere giudiziale di assegnazione del termine ex art. 180, comma II, (ossia la fine dell'udienza di prima comparizione) è anche il momento topico per il convenuto della perdita tendenzialmente definitiva del potere di proporre eccezioni in senso stretto nuove.

5. Rilievi critici sui prospettati profili.

5.1 Critica al profilo della preclusione per implicito.

Alla luce degli elementi acquisiti, le ragioni di critica al profilo della preclusione per implicito possono individuarsi nelle seguenti considerazioni in ordine sparso:

a) tale prospettazione conduce ad un risultato, di assentire a mezzo del termine ex art. 180 solo le eccezioni in senso stretto non proponibili al momento della comparsa di risposta, che riduce troppo sino ad annullare il valore del novum introdotto dagli ultimi d.l;

b) si pone al di fuori del diritto positivo quando immagina esistenti preclusioni al momento della comparsa di risposta né discrezionalità del giudice e, quindi, opera estensione interpretativa troppo forzata del testo norma;

c) è difficile (se non praticamente quasi impossibile) stabilire la ricorrenza della condizione della proponibilità al tempo della comparsa di risposta dell'eccezione non proposta; eppure questo è il concetto che la tesi utilizza come nucleo forte;

d) ricorre ad un metodo d'indagine internamente contraddittorio quando del medesimo testo di legge (l'art. 180, comma II, seconda parte) in partenza offre una interpretazione rigorosamente letterale e, poi, conclude con una lettura libera, al limite della creazione di una norma nuova;

e) presuppone la persistenza del potere di eccezione del convenuto, dopo l'udienza di prima comparizione, anche questo senza fondamento alcuno di diritto positivo;

f) trascura che per le eccezioni improponibili di fatto in comparsa di risposta non c'era affatto bisogno di una norma nuova (e, per essa, di un d.l. ad hoc): bastavano a legittimarne l'introduzione nel processo pur dopo la comparsa di risposta (e oltre) il 184-bis e, prima ancora e più correttamente, i principi generali sul factum superveniens;

g) rielabora la logica sottostante al vecchio 244 ma dimentica che esso si applicava ad entrambe le parti, mentre l'attuale 180 è tutto costruito in riferimento alla sola parte convenuto.

5.2 Critica al profilo della rimessione in termini.

Tento conto dei risultati raggiunti, le ragioni di critica al profilo della rimessione in termini generalizzata ex lege vanno trovate nei seguenti elementi:

a) dei due presupposti fondamentali su cui esso si fonda, il primo è che il meccanismo ex 180 al convenuto riattribuisce un potere estinto; e tuttavia nella specie è vero il contrario: prima del provvedimento ex 180 il convenuto è ancora investito del potere di eccezione;

b) il secondo presupposto, come per la rimessione ex 184-bis, è la regressione (parziale) del procedimento nella situazione che consenta l'esercizio del potere riabilitato e per simmetria anche l'esercizio del potere di reazione delle controparti; eppure ancora una volta nella specie contrario: ritorno indietro non si ha affatto, che invece si ha uno spostamento in avanti del procedimento nella situazione segnata dal tempo concesso dal giudice ex 180; e nemmeno si ha ripristino di poteri altrui di reazione.

Per concludere:

c) comune ad entrambi i meccanismi è l'effetto di autorizzare l'esercizio di un potere in un momento del procedimento diverso da quello previsto in via ordinaria dalla disciplina legislativa;

d) tuttavia, diversamente dalla rimessione, qui, per un verso, la vicenda ha una collocazione temporale nel procedimento (l'udienza ex art. 180) che è quella e non può essere altra da quella e, per altro verso, stante che il convenuto non ne ha subito prima la perdita, l'esercizio "autorizzato" e l'esercizio "ordinario" del potere si collegano in continuum.

5.3 Critica alla tesi della scissione tra allegazione dei fatti e proposizione dell'eccezione.

Nonostante l'autorevolezza della dottrina che la sostiene (vedi retro), pur nel limitato ambito di interesse del tema trattato, i motivi di dissenso non mancano neppure verso la tesi della scissione tra allegazione dei fatti e proposizione dell'eccezione, se in particolare si tiene presente che essa:

a) non dà il dovuto rilievo alla circostanza che la parte nell'allegare i fatti lo fa non avendo presente il fatto bruto nella sua storicità ma il fatto nella sua proiezione giuridica, ossia essa allega sempre il fatto giuridico;
b) inoltre, vero è pure che essa pecca di astrattezza, in quanto la parte convenuta nel momento in cui allega a giudizio un fatto estintivo, modificativo, impeditivo del diritto fatto valere dall'attore, nel contempo, in pratica quasi sempre, chiede pure il rigetto della domanda (9);
c) peraltro, si espone a problemi di incoerenza sistematica nella parte in cui non fa valere la stessa regola della scissione per le eccezioni in senso lato;
d) infine, non tiene conto dell'elaborazione del testo della riforma della l. 353/90: in particolare della circostanza che è stato soppresso dall'art. 183 il riferimento al "ferma l'allegazione dei fatti storici" che compariva nel progetto originario" (10).

5.4 Critica al profilo dell'assegnazione "in ogni caso".
In considerazione di quanto sinora emerso, diventa alquanto agevole rivolgere anche al profilo dell'assegnazione "in ogni caso" motivi di critica articolati secondo questa scansione:
a) appare contraria alla ratio del recente d.l. manifestamente rivolta alla tutela dell'interesse privato del convenuto;
b) il supposto interesse alla maturazione della preclusione curato dal 180 semplicemente non c'è: con la fine dell'udienza di prima comparizione la preclusione matura per così dire "di forza propria"; questo elemento rende privo di scopo, e forse anche di oggetto, tutta la prospettazione che di quell'interesse fa il fulcro del ragionamento;
c) interpreta lo strumento in funzione peggiorativa della situazione soggettiva solo di una parte: il convenuto; e così dimentica che, all'inverso, l'attuale 180 è tutto e solo costruito a tutela del convenuto;
d) l'esercizio del potere del giudice sarebbe deprivato di condizioni di effettività: quali gli elementi di giudizio per determinare la durata del termine senza il contributo conoscitivo offerto dal convenuto?

6. La ricostruzione preferita: l'ampliamento della situazione sogg. del convenuto per proroga della facoltà d'esercizio del potere.

6.1 Generalità: il potere giudiziale di assegnazione del termine ex art. 180, comma II..
Visti gli sviluppi raggiunti dall'indagine, anche alla luce di tutto quanto si ricava dagli spunti emersi dalla compiuta critica a molti dei profili da cui può essere riguardato il problema, è il momento di sintetizzare il modo d'essere del meccanismo ex art. 180, comma II.
Gli elementi di rilievo sono:
a) il convenuto è tuttora investito del potere di proporre eccezioni in senso stretto;
b) quindi, la assegnazione del termine crea una situazione di facoltà d'esercizio del potere in continuum e non si verifica alcuna regressione o deviazione del procedimento;
c) allora, la assegnazione è una sorta di autorizzazione alla protrazione dell'esercizio del potere: ne rimuove il limite temporale; più in dettaglio: evita che si verifichi il limite estremo della perdita del potere conseguente al maturare della preclusione; un potere temporalmente avente limite di esercizio in quel momento dal provvedimento giudiziale riceve un differimento di esercizio sino al successivo limite fissato da un termine; viene prevista la disciplina di un potere, da un certo momento in poi, a durata giudizialmente variabile; si ha un frazionamento nel tempo (un periodo fisso ex lege ed uno eventuale) e nello spazio (comparsa una e comparsa due) del potere del convenuto di difendersi per via di eccezione;
d) la proroga deve essere a scadenza antecedente alla udienza di prima trattazione;

e) ne segue che esso è atto direttamente incidente sulla sfera giuridica del convenuto e, quindi, avente autonoma rilevanza nell'ambito del complessivo provvedimento, con funzione di passaggio alla udienza di prima trattazione, che il giudice emana all'esito dell'udienza ex art. 180;
f) il mezzo è posto direttamente nell'interesse privatistico del convenuto ad esercitare il diritto di difesa lungo un congruo arco di tempo e non nell'interesse pubblicistico del processo;
g) di conseguenza, le garanzie contro possibili violazioni sono rimesse al principio d'iniziativa della parte interessata.

Da essi viene fuori la funzione del meccanismo: dare un supplemento, una appendice di esercizio al potere di eccezione del convenuto; e, nel contempo, senza andare a detrimento della funzionalità della udienza di prima trattazione, quale fulcro dell'intero impianto processuale.
Queste caratteristiche, infine, rispondono alla voluntas legis: come anticipata da alcune autorevoli voci nel dibattito dottrinale sulla l. 353/90 (11); come alimentata nella contingenza dell'emanazione dei d.l. cit. dalla nota protesta delle associazioni degli avvocati e procuratori; come manifestata nella relazione di accompagnamento del d.l..

6.2 segue: è subordinato (oltre che al potere di rifiuto anche) alla istanza della parte interessata; contumacia o assenza del convenuto.
Al quesito sul se il potere giudiziale ricade nella sfera di applicazione del principio della domanda deve darsi risposta affermativa, che de plano discende dalla compiuta ricostruzione del meccanismo ex art. 180 come strumentale esclusivamente all'interesse privato del convenuto; tanto più che anche la determinazione della durata del termine non può prescindere dall'esame di un minimum di elementi di conoscenza dell'intensità del bisogno di difesa che solo l'interessato può (e deve) offrire.
Come il meno è ricompreso nel più, così il potere di rifiuto del termine, che ex ante ne rende non dovuta l'assegnazione, è ricompreso nel potere di domanda; rifiuto che, per necessità pratica, non appare revocabile dopo la fine dell'udienza ex 180.
La parte legittimata alla domanda o al rifiuto, per ragioni di interesse, è naturalmente solo il convenuto.
Sul piano pratico, poi, la soluzione qui prescelta comporta che in caso di convenuto assente all'udienza ex 180 (anche se ha inserita la istanza in comparsa di risposta, considerata la sfasatura di tempo che non consente di apprezzare nell'attualità quali sono le necessità di difesa) o contumace, mancando la condizione della istanza di parte, il giudice deve omettere di provvedere; ad evitare disguidi (se ne apprezzerà in seguito il rilievo), sarà bene che il giudice motivi sul punto, sia pure con una clausola di stile del tipo "stante la contumacia o l'assenza di.... nulla a provvedere sul termine per le eccezioni".

6.3 segue: potere discrezionale sul quantum (i criteri di determinazione della durata del termine).
La lettura del testo dell'art. 180, comma II, ult. parte, circa la durata del termine per la proposizione delle eccezioni non si presenta del tutto lineare; anzi, è abbastanza contorta lì dove non indica con chiarezza se i 20 gg. si riferiscono alla misura minima del termine oppure alla distanza che lo deve separare dall'udienza di prima trattazione.
Il che pone un problema avente un grosso risvolto pratico se si pensa che la prima alternativa permette di dare un termine di durata non inferiore ai 20 gg. ma con scadenza l'ultimo giorno prima della udienza successiva, mentre la seconda alternativa consente di dare un termine di un solo giorno ma con scadenza almeno venti giorni prima della udienza successiva.
Credo che la esigenza sistematica di non scardinare la funzionalità della udienza di prima trattazione quale fulcro dell'intero processo sia tutta nel senso di far preferire la seconda opzione, in quanto solo essa, assicurando lo spazio temporale dei 20 gg. prima, garantisce di far arrivare in udienza parti e giudice "preparati" rispettivamente alle attività di difesa e di direzione.

Quindi, sui criteri di determinazione della durata del termine si deve osservare che:
a) l'unico parametro è quello che indirettamente si ricava dalla destinazione del termine a "proporre le eccezioni..." come dice il testo della norma;
b) dunque, la misura della durata del termine è posta esclusivamente nell'interesse privato del convenuto e di qui segue che essa è a dimensione determinata non ex lege ma discrezionalmente dal giudice caso per caso, tenuto conto della complessità della singola causa in relazione al bisogno di difendersi per via di eccezioni del convenuto;
c) l'esercizio del potere discrezionale del giudice alla stregua di questo criterio credo, almeno ove sorga contestazione sul punto tra le parti, sia soggetto a motivazione; per le conseguenze in caso di scorretta determinazione vedi in seguito il relativo paragrafo;
d) una seconda indicazione svolge, invece, la funzione non di criterio ma di limite, se si vuole esterno, alla discrezionalità del giudice; essa attiene alla scadenza del termine in un momento non inferiore a 20 gg prima della successiva udienza ex art. 183 ed è volta a tutela dell'interesse pubblicistico del corretto funzionamento del processo;
e) pertanto, dalla combinazione di questi fattori deriva che il termine in esame deve avere una durata congrua per la difesa del convenuto e destinata a scadere almeno 20 gg. prima dell'udienza ex art. 183; il rispetto di questi due limiti cronologici è rimesso al rilievo nel primo caso solo del convenuto quale parte interessata e nel secondo caso anche del giudice quale garante del cadenzato procedere delle attività processuali.

Ad esempio, per la udienza di prima trattazione fissata al 30-1-96 con pronuncia letta alle parti nella udienza di prima comparizione del 30-9-95 si può assegnare al convenuto per proporre le eccezioni "riservate" qualunque tempo utile alla bisogna (in teoria: da un giorno ad oltre tre mesi) purché la sua durata non oltrepassi il momento finale del 10-1-96.

6.4 segue: potere non automatico ma vincolato sull'an.
Che il potere di assegnazione del termine sia non automatico quanto a concessione dovrebbe risultare chiaro dopo quanto detto circa il fatto che:
– esso è subordinato ad istanza della parte interessata;
– il solo fatto della richiesta costituisce motivo di giustificazione, necessario e sufficiente, della concessione del termine;
– dunque, al giudice non è rimessa alcuna valutazione avente ad oggetto la ricorrenza nel caso concreto di giusti motivi;
– naturalmente residua al giudice la valutazione della sussistenza dei generali presupposti e requisiti di validità degli atti e delle situazioni;
– in particolare, il giudice valuterà la situazione di contumacia o di assenza del convenuto per non concedere il termine.

In sintesi: alla non automaticità del potere non è che corrisponde una sua discrezionalità sull'an.
A parte, poi, si deve trattare il caso del convenuto che abbia proposto le eccezioni già in comparsa di risposta o in udienza di prima comparizione:
a) in tale ipotesi, è lecito chiedersi se, a causa del fatto che la parte già lo ha esercitato, il potere di "proporre le eccezioni" (come dice il testo dell'art. 180) deve ritenersi estinto, esaurito, per intervenuta soddisfazione dell'interesse a tutela del quale il potere è concesso alla parte, insomma per raggiungimento della funzione cui è strumentale l'esercizio del potere;
b) al quesito in via teorica potrebbe rispondersi positivamente e, tuttavia, sul piano pratico non deve sfuggire che, di fronte alla parte che chiede il termine manifestando l'intenzione di voler proporre una eccezione nuova, ulteriore a quelle già proposte in comparsa di risposta, il giudice non ha argomenti per negare che l'ipotesi è ricompresa nel più vasto campo della proposizione per la prima volta di tutte le eccezioni.

6.5 Concedibilità del termine ex 180 per la sola modifica delle eccezioni in senso stretto.
La questione riguarda l'ipotesi della parte che chiede il termine per portare modifica alle eccezioni già proposte in comparsa di risposta ovvero nella udienza di prima comparizione.
Il caso è vero che prevedibilmente verificarsi nella pratica, come pure è vero che sfuggente è la figura della modifica dell'eccezione (12), e tuttavia di sfuggita merita qui di essere affrontato, offrendo spunto per un collegamento con i poteri di parte esercitabili in udienza di prima trattazione in materia di eccezioni in senso stretto.
In breve:
a) facile sarebbe sostenere la concedibilità del termine facendo ricorso all'argomento del meno – la modifica – compreso nel più – la proposizione ex novo – che è consentito;
b) eppure in senso contrario non mi nascondo che potrebbe operare il richiamo alla disciplina del 183 sulla udienza di prima trattazione, la quale è univoca nel disegnare per la modifica delle eccezioni (oggi, invero, meno di ieri quando era richiesta la autorizzazione del giudice) un presupposto ambientale caratterizzato dal dinamico gioco del contraddittorio nel contesto unitario di una udienza che si svolge sotto la attiva direzione di un giudice; insomma il discorso sarebbe: è vero che comunque pure se non si concede il termine, dopo, la parte ha sempre facoltà di modifica, ma tuttavia la modifica sarebbe consentita solo in particolari condizioni;
c) ad ogni modo sostengono la soluzione della concedibilità del termine i seguenti due rilievi: c1) che la parte comunque avrebbe poi nella udienza di prima trattazione la facoltà di modificare la eccezione; c2) che le conseguenze pratiche della tesi negativa sarebbero quelle di generare nel convenuto un forte incentivo a non proporre mai eccezioni in senso stretto in comparsa di risposta.

6.6 È vincolante per il giudice l'accordo delle parti diretto a svolgere l'udienza di prima trattazione in continuum con l'udienza di prima comparizione?
Due premesse ormai note:
a) la riforma del d.l. ultimo ha il fine dichiarato di riequilibrare la posizione del convenuto nella fase introduttiva del processo;
b) il meccanismo introdotto dal d.l. va ricostruito come posto nell'interesse del convenuto.

Gli elementi condizionanti la fattispecie:
a) ove il convenuto dichiari di voler passare subito alla udienza di prima trattazione (evidentemente, nella maggior parte dei casi, perché già ha proposte le eccezioni in comparsa di risposta);
b) e, d'altro canto, l'attore accetti (consenso richiesto a tutela del suo interesse all'esercizio del potere di replica di cui all'art. 183, comma IV);
c) ed ove questo accordo tra le parti sia espresso (non importa qui stabilire se nelle forme dell'art. 306, comma II).

Le conseguenze: date le premesse e le condizioni mi sembra non vietato dal sistema, anzi appare coerente al novum del processo ordinario centrato sulla posizione nevralgica della udienza di prima trattazione affermare che il giudice può passare senza soluzione di continuità dalla udienza di prima comparizione alla udienza di prima trattazione.
Obiezione: la conclusione sarebbe coerente con le premesse, specie in materia di poteri delle parti, ma tuttavia non tiene conto delle esigenze del giudice e dei suoi poteri; infatti, secondo quella che è stata l'aspirazione principale di tutti gli artefici della riforma, il giudice deve poter arrivare "preparato" in udienza di trattazione.
Conclusione: ed allora deve affermarsi che quell'accordo delle parti non è vincolante per il giudice; il quale si limiterà se del caso a non assegnare al convenuto il termine per proporre le eccezioni.

6.7 Gli effetti del mancato o scorretto esercizio del potere giudiziale.

Non c'è miglior modo di concludere la ricostruzione della natura del potere giudiziale di assegnazione al convenuto del termine per proporre le eccezioni "riservate" che quello di esaminare le situazioni che si determinano a causa della completa omissione di fissazione del termine o della sua quantificazione in misura insufficiente allo scopo.
Quanto alla mancanza per dimenticanza o per errore del giudice: potrebbe sostenersi che essa produce la sostituzione del termine giudiziale con quello legale massimo dei 20 gg. prima della successiva udienza, per cui la preclusione scatterebbe allo spirare di questo ultimo termine; così che, per un verso, il convenuto potrebbe proporre le sue eccezioni e, per altro verso, si verificherebbe prima della udienza di trattazione la situazione per cui l'attore è in grado di replicare ed il giudice in grado di dirigere l'udienza; ne segue che la mancata assegnazione del termine sarebbe irrilevante.
Eppure l'opinione non convince: la tecnica del termine legale sostitutivo di quello giudiziale mancante non sembra nella specie applicabile per le seguenti ragioni:
a) una di tipo formale-sistematico ed è che quella tecnica si riferisce ai termini a concessione automatica e solo a durata determinata dal giudice, mentre nella specie il termine è, insieme, a concessione e durata giudizialmente determinate; a conferma vi sono le ipotesi degli artt. 50, 627, 669 octies, comma II, per le quali il codice di rito ha sentito il bisogno di disciplinare espressamente il cd. termine di riserva a durata legale (in casi, per di più, caratterizzati da termini a concessione automatica e solo a durata discrezionale); la giurisprudenza sembra mostrare lo stesso avviso (13);
b) la seconda ragione è di tipo sostanziale ed attiene al fatto che (si è visto retro) la legge non disciplina una durata nel minimo e nel massimo del termine (ma solo la sua scadenza non prima di un certo tempo dalla udienza successiva), di modo che manca il termine, dalla durata legalmente pretederminata nei suoi limiti estremi, che possa fungere da termine di riserva;
c) il terzo motivo è il principio generale della certezza nella disciplina dei termini, che fa divieto di ricostruire una determinazione del termine secondo misure non prefissate dalla legge.

Quanto, poi, alla sorte del termine assegnato dal giudice con durata insufficiente all'esercizio del potere del convenuto, in difetto di una misura di confronto legalmente predeterminata, la parte non sembra avere alcuna possibilità di esercitare il potere al di fuori dello spazio temporale assegnatole dal giudice; pertanto, l'unica tutela è fornita dalla sanzione della nullità del termine per violazione del diritto alla difesa del convenuto, con la conseguenza che il termine sarà efficace fino a quando e se la parte convenuta interessata con istanza immediatamente successiva non avrà, previa dichiarazione di nullità del primo, la assegnazione di un secondo termine.
In entrambi i casi ed si determina un vizio del procedimento, che, ove non sanato prontamente, è suscettibile di trasmettersi per derivazione sulla sentenza, dopo di che deve essere fatto valere con i mezzi ordinari d'impugnazione, prima l'appello e (ove nemmeno qui avvenga la depurazione del vizio a norma dell'art. 354, ult. comma) poi la cassazione ex art. 360, n. 4 e 5.

6.8 L'assegnazione è costitutiva della facoltà d'esercizio del potere del convenuto.
Sviluppando quanto sta già detto per implicito nell'affermazione che il potere giudiziale non è automatico sull'an e nell'esame degli effetti della omissione del termine, va posto in luce che l'assegnazione del termine ex art. 180:
a) non è mera parte formale inserita in via accessoria nel contenuto di quell'atto complesso che in esito all'udienza ex art. 180 prepara il passaggio alla udienza di prima trattazione ex art. 183;
b) viceversa, è un vero e proprio provvedimento, caratterizzato da un suo peculiare regime giuridico quale nei suoi tratti principali si è accennato nei paragrafi precedenti;
c) di conseguenza, produce effetti in via autonoma, i quali, per il tramite del fenomeno sottostante al potere di cui è atto di esercizio l'eccezioni in senso stretto di merito, finisce per essere incidente sul piano dei rapporti tra diritto e processo, tra modo di essere effettivo della fattispecie sostanziale e risultato del processo;

d) di questi effetti, quello più essenziale, quello che da solo ne identifica il tipo, è la situazione soggettiva di facoltà per il convenuto ad ancora proporre le eccezioni in senso stretto;
e) ebbene questo effetto, non venendo in vita senza il rilascio del provvedimento di autorizzazione, è costitutivo della facoltà d'esercizio del potere del convenuto e, perciò, il provvedimento è a contenuto concessorio, ampliativo, accrescitivo della situazione soggettiva del convenuto nel processo.

6.9 Effetti della costituzione del convenuto nell'udienza di prima comparizione.
Secondo la ricostruzione sviluppata anche tenendo conto del testo dell'art. 171, ult. comma, il convenuto (salvo che per la domanda riconvenzionale) non incorre in decadenze dal potere di proporre eccezioni in senso stretto se ha mancato di costituirsi in Cancelleria anticipatamente (normalmente di 20 gg.) rispetto all'udienza di prima comparizione.
Di conseguenza, il convenuto è ancora investito di quel potere al momento di costituirsi nella udienza di prima comparizione: del tutto legittima è la presentazione in udienza di una comparsa di risposta contenente la parte relativa alle eccezioni in senso stretto oppure la richiesta seguita da concessione di termine per proporre eccezioni in senso stretto.

6.10 Effetti della costituzione tardiva del convenuto contumace.
Stante la maturazione della preclusione dal potere di proporre eccezioni in senso stretto a carico del convenuto contumace al momento della fine dell'udienza di prima comparizione, il convenuto che si costituisce dopo non può chiedere la assegnazione – ora – del termine che non gli fu concesso alla udienza ex art. 180. a fini di rimessione in termini per proporre le eccezioni in senso stretto, ove la richiesta sia fondata (non sui fatti indicati nell'art. 294, comma I, ma) sul mero fatto della mancanza – allora – del provvedimento a suo favore: quella mancanza, infatti, è niente affatto nulla e del tutto legittima.
6.11 Sintesi dei nuovi momenti ultimi per proporre le eccezioni in senso stretto.
Secondo le premesse ricostruttive, la preclusione cagiona la perdita del potere tutto intero in una sola volta.
Inoltre, posta la natura costitutiva dell'effetto del provvedimento di assegnazione del termine, essa si verifica in particolare:
a) alla scadenza del termine concesso ex 180;
b) al momento nell'udienza ex 180 della pronuncia del provvedimento che fissa la udienza di prima trattazione senza nulla disporre sul termine per le eccezioni per rifiuto o per assenza o per contumacia del convenuto;
c) una vicenda più tortuosa è quella del caso di termine a durata insufficiente oppure di omissione di pronuncia per dimenticanza o per errore del giudice: qui la preclusione si verifica immediatamente alla fine dell'udienza, ma solo in via provvisoriamente subordinata alla opposizione con cui l'interessato chieda ed ottenga un termine sostitutivo alla scadenza del quale poi si verificherà la preclusione definitiva.

(1) cfr.: Costantino G., Appunti sulle proposte di riforma urgente del processo civile, in Documenti Giustizia, 1988, 7 ss; C.S.M., Risoluzione del 18 maggio 1988 sulle "Misure urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile", in Notiz. CSM, 1988, n. 9, 3 ss.; Fabbrini G., Preclusioni e processo di cognizione, in Scritti giuridici, II, Milano, 1989, 327 ss.; Proto Pisani A., Le linee del disegno relativo ai provvedimenti urgenti per il processo civile, in Documenti Giustizia, 1988, 95 ss.; Relazione al Senato sulla l. 353/90, in Foro it., 1990, V, 419 ss.

(2) Balena G., La riforma del processo di cognizione, Napoli, 1994, pagg. 136-162; Chiarloni S., Prime riflessioni sui valori sottesi alla Novella del processo civile, in Riv. dir. proc., 1991, 657 ss; Colesanti V., Il processo di cognizione nella riforma del 1990, in Riv. dir. proc., 1993, 20 ss; Costantino G., Provvedimenti urgenti per il processo civile, a cura di G. Tarzia e F. Cipriani, in Le nuove leggi civ. comm., 1992, pagg. 71-83; Costantino G., Quattro interventi sulla riforma della giustizia civ., in Riv. dir. proc., 1993, 431 ss; Denti V., Per una lettura critica delle riforme, in Le riforme della giustizia civile, a cura di M. Taruffo, Torino, 1993, 1 ss.; Dondi A., La fase introduttiva, in Le riforme della giustizia civile, a cura di M. Taruffo, Torino, 1993, 207 ss.; Fabbrini Tombari G., La chiamata in giudizio del convenuto alla luce della legge 26 novembre 1990 n. 323, in Scritti in onore di Elio Fazzalari, vol. III, Milano, 1993, 123 ss.; Grasso E., Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado, in Riv. dir. proc., 1992, 711 ss.; Grasso E., Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado, in Riv. dir. proc., 1993, 639 ss; Oriani R., L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civ., in Foro It., 1991, 5 ss; Proto Pisani A., Lezioni di dir. proc. civ., Napoli, 1994, pag. 94-147; Proto Pisani A., La nuova disciplina del processo ordinario di cognizione di primo grado e d'appello, in Foro It., 1991, coll. 318-331; Proto Pisani A., La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione, in Foro It., 1991, 177 ss.; Rampazzi G., Commento all'art. 11 della l. 353/90 (Comparsa di risposta), in La riforma del processo civile, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 1992, 121 ss.; Tarzia G., I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato, in Riv. dir. proc., 1990, 737 ss.; Tavormina V., Dedotto, deducibile e Costituzione, in Riv. dir. proc., 1992, 311 ss..

(3) cfr.: Chiarloni S., Prime riflessioni, cit.; Colesanti V., Il processo di cognizione ecc., cit.; Tarzia G., I provvedimenti urgenti ecc., cit.; Tavormina V., Dedotto, ecc. cit..
(4) Tarzia G., I provvedimenti urgenti ecc., cit., in particolare pag. 742 ss..

(5) Proto Pisani, Un intervento sulle riforme del processo civile, in Foro It., 1993, 205 ss.; Oriani R., L'eccezione di merito ecc., cit., in particolare col. 35;
(6) Tarzia G., Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano, 1991, pagg. 78-81; D'Ascola P., Prima udienza di trattazione e deduzioni istruttorie, in Quaderni del CSM, I, n. 73, 1994, 520 ss.; Viazzi C., La questione della prima udienza nel nuovo processo civile, in Doc. Giust., 1994, 727 ss..

(7) Un primo approfondito commento è stato dato da: Costantino G., La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238), in corso di pubblicaz. sul Foro It. e consultato per la cortesia dell'autore;

(8) cfr.: Fabbrini G., Eccezione, in Scritti giuridici, I, Milano, 1989, pag. 512, 514; Costantino G., Quattro interventi sulla riforma della giustizia civ., in Riv. dir. proc., 1993, pag. 443.

(9) in questi sensi: Oriani R., Eccezione, (estr.) Digesto, IV ed., vol. VII Civ., 1992, pag. 85, nota 259; Proto Pisani, Lezioni ecc., cit., pag. 100.
(10) vedi: Proto Pisani A., La nuova disciplina del processo ordinario ecc., cit., col. 323.

(11) Relazione ministeriale sul d.l. 238/95 presentata al Senato il 23-6-95, in Documenti Giustizia, 1995, 1024 ss..

(12) vedi: Proto Pisani A., Lezioni ecc., cit., pag. 112.

(13) L'unico precedente trovato edito è: Cass. sent. n. 2695 del 16-4-86, in Foro it. 1987, I, 880, secondo cui senza fissazione del relativo termine non si può riassumere la causa davanti al giudice

dichiarato competente perché "… l'art. 428 non prevede un secondo termine in mancanza di quello che avrebbe dovuto essere fissato dal giudice, come prevede invece l'art. 50 …".