

PRINCIPALI PROBLEMI IN MATERIA  
DI PROCEDIMENTO PRETORILE  
CON RIFERIMENTO AI SEGUENTI PROFILI:

– Rappresentanza ed assistenza del difensore; – Poteri istruttori del giudice; – Connessione

*Relatore:*

dott. Antonio COSENTINO

*pretore della Pretura circondariale di Prato*

*Introduzione.*

Prima di entrare nel merito dei temi che formeranno oggetto di questa conversazione vorrei fare alcune precisazioni di ordine metodologico; precisazioni che mi sembrano tanto più opportune in quanto nella programmazione dello svolgimento di questo incontro di studio è toccata a me l'apertura dei lavori.

Il mio obiettivo non consiste nella trattazione sistematica della disciplina del processo civile davanti al pretore, ma, ben più modestamente, nella introduzione di un dibattito volto a favorire un confronto tra colleghi su alcune questioni di rilevante frequenza pratica; questioni sulle quali, a prescindere dal loro maggiore o minore interesse teorico, mi sembra necessario sforzarci di pervenire, attraverso lo scambio delle diverse possibili opinioni, a scelte interpretative che incontrino la condivisione più larga possibile nei nostri uffici.

Ciò perché io credo che, specialmente in questo tempo di obbiettiva crisi della giustizia civile, uno dei contributi più importanti – e anche forse più semplici – che ciascuno di noi può dare al miglioramento dell'amministrazione della giustizia sia quello di assegnare un grado elevato, nella scala di valori che sempre è sottesa a qualunque operazione di ermeneutica giuridica, al valore della uniformità della interpretazione giurisprudenziale e quindi della prevedibilità delle decisioni giudiziarie; e che l'esigenza di uniformità interpretativa può essere perseguita – senza negare né, da un lato, l'indipendenza di ogni giudice, né, dall'altro, la funzione nomofilattica della Cassazione – proprio attraverso il confronto tra colleghi sulle diverse tesi.

Questa opzione metodologica di fondo spiega la scelta degli argomenti della nostra conversazione; argomenti che, se indubbiamente sono marcatamente disomogenei tra loro dal punto di vista della sistematica giusprocessualistica, è tuttavia sembrato opportuno inserire in questa sessione di lavoro, proprio per la sua caratterizzazione eminentemente pratica e per la volontà di svolgere insieme una panoramica su alcune delle questioni che per prime si sono presentate all'attenzione degli operatori del processo pretorile dopo la riforma.

Ciò premesso, mi sembra tuttavia opportuno offrire, prima di passare all'esame delle singole questioni indicate nel programma, un quadro d'insieme delle innovazioni introdotte nella disciplina del processo civile davanti al pretore dalle riforme del 1990 e del 1991.

L'intervento riformatore ha inciso in duplice direzione sul processo pretorile: da un lato si è modificato il regime di competenza per materia e per valore, dall'altro si è rimodellata la struttura del Titolo secondo del Libro secondo del codice di procedura civile, con un intervento il cui risultato complessivo pare quello di una più marcata omogeneizzazione del giudizio pretorile al giudizio davanti al tribunale.

Quanto alla competenza per valore, questa è stata innalzata assegnando al pretore la competenza a conoscere delle cause, anche relative a beni immobili, di valore non superiore, prima a venti e poi, col d.l. 238/95, a cinquanta milioni. Opportunamente il primo comma dell'art. 8 precisa che dette cause rientrano nella competenza pretorile in quanto non siano di competenza del giudice di pace

(la mancanza di tale precisazione nel testo dell'art. 8 introdotto dalla legge 399/84 aveva fatto sorgere il dubbio che per le cause di valore inferiore ad un milione sussistesse una competenza concorrente, di diritto del pretore e di equità del conciliatore).

Escono quindi dalla competenza pretorile grandi aree di contenzioso, cioè le cause mobiliari di valore fino a cinque milioni e le cause di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti fino a trenta milioni, nonché le cause rientranti nella competenza per materia del giudice di pace ai sensi del quarto comma dell'art. 7 c.p.c.; al pretore è peraltro stata recuperata, col d.l. 238/95, la competenza sulle opposizioni alle ordinanze ingiunzione e sulle opposizioni alle sanzioni amministrative *ex art. 75 d.p.r. 309/90*; competenza che nel disegno iniziale della riforma era stata assegnata al giudice di pace.

Quanto alla competenza per materia del pretore, il nuovo testo dell'art. 8 c.p.c., risultante dalle modifiche apportate dall'art. 3 della legge 353/90 e poi dall'art. 18 della legge 374/91, prevede quanto segue:

a) È stata mantenuta la competenza per le azioni possessorie e nunciatorie, purché non penda il giudizio petitorio (resta infatti salvo il disposto degli artt. 704 e 688, secondo comma, c.p.c.), mentre è stata abolita la generale competenza *ante causam* sulle domande di provvedimenti d'urgenza *ex art. 700*, in relazione alle quali il pretore sarà competente solo se abbia competenza anche nel merito; ciò in base al principio dettato dall'art. 669 *ter* c.p.c., per il quale la competenza all'adozione dei provvedimenti cautelari appartiene, appunto, al giudice competente per il merito (si noti che un'eccezione a tale principio è posta proprio dalla norma in commento, che attribuisce al pretore la competenza *ante causam* per le nunciatorie, in via generale e quindi anche quando la denuncia sia correlata ad una causa di merito di carattere petitorio eccedente il valore di cinquanta milioni).

b) È stata attribuita al pretore la competenza per materia sulle cause relative a rapporti di locazione e comodato di immobili urbani e su quelle di affitto di azienda, in quanto non siano di competenza delle sezioni specializzate agrarie; la innovazione è stata salutata con unanime favore perché – in correlazione all'art. 447 *bis* c.p.c., che configura un rito speciale locatizio sostanzialmente esemplato sul rito del lavoro – elimina i numerosi e complessi problemi posti fino ad oggi dagli intricati rapporti tra competenza rito e connessione in materia di locazioni. Il meritorio intento di semplificazione ha poi giustamente condotto a far rientrare in tale competenza non solo i rapporti di locazione ma anche quelli, contigui, di comodato e affitto, onde ridurre l'area delle possibili questioni preliminari di competenza; restano invece escluse dalla competenza per materia in discorso le cause concernenti l'occupazione senza titolo.

Oltre alle due forme di competenza per materia previste dal nuovo testo dell'art. 8 c.p.c. vanno poi aggiunte – a parte le preesistenti, e non modificate, competenze del pretore in funzione di giudice del lavoro – la già menzionata competenza a conoscere delle opposizioni ad ordinanza ingiunzione (artt. 22 l. 689/81) e la competenza su domande di provvedimenti cautelari inerenti a rapporti rientranti nella competenza di merito del giudice di pace (artt. 669 *ter* e 669 *quater* c.p.c.).

Sono invece state sottratte alla competenza per materia del pretore, e attribuite al giudice di pace, le competenze in materia di apposizione di termini e osservanza delle distanze riguardo al piantamento di alberi e siepi, nonché in materia di misura dei servizi condominiali.

L'unica innovazione concernente la competenza per territorio è, infine, quella introdotta dal secondo comma del citato art. 447 *bis*, ove si prevede, per le controversie relative ai rapporti di locazione e comodato di immobili urbani e di affitto di azienda, la competenza del giudice del luogo dove si trova la cosa.

Così riassunte le novità introdotte in materia di competenza pretorile dalle riforme del '90/'91, conviene dare ora uno sguardo di insieme alle modifiche introdotte nel rito ordinario davanti al pretore.

In primo luogo è da osservare che la riforma ha sostituito la precedente bipartizione del Titolo secondo del Libro secondo del codice – che conteneva un capo dedicato alle disposizioni comuni al procedimento davanti al pretore ed al conciliatore e un capo dedicato al solo procedimento davanti al conciliatore – introducendo tre capi, il primo dedicato alle disposizioni comuni al procedimento davanti al pretore e al giudice di pace e il secondo e terzo dedicati alle disposizioni speciali rispettivamente pertinenti al giudizio davanti al pretore e a quello davanti al giudice di pace.

Il capo concernente le disposizioni comuni contiene tre articoli (artt. 311/313). L'art. 311, riprendendo quasi letteralmente il testo previgente (con la sostituzione dell'espressione "giudice di pace" a quella "conciliatore"), contiene il richiamo generale, per quanto non espressamente regolato, alla disciplina del procedimento davanti al tribunale; l'art. 312, riproducendo il vecchio testo dell'art. 317, disciplina il potere di iniziativa istruttoria del pretore e del giudice di pace; l'art. 313, riproducendo il vecchio testo dell'art. 318, concerne la proposizione della querela di falso.

Il capo relativo alle disposizioni speciali per il procedimento davanti al pretore contiene solo due articoli (314 e 315) interamente dedicati alla fase decisoria. L'art. 314 disciplina la decisione a seguito di trattazione scritta, dettando una procedura analoga a quella prevista nel giudizio davanti al tribunale; l'art. 315 prevede invece un modello, fortemente innovativo, di discussione integralmente orale e di decisione contestuale.

Più esteso (artt. 316/322), è infine il capo dedicato esclusivamente al procedimento davanti al giudice di pace.

A seguito dell'intervento riformatore – e in particolare alla eliminazione delle disposizioni contenute nel vecchio testo degli artt. 312/315 – il giudizio pretorile risulta ora, come già accennato, assai più vicino di prima al giudizio davanti al tribunale.

Non vi sono infatti più differenze in ordine alla costituzione delle parti e alla fase introduttiva del processo.

A mente del nuovo testo dell'art. 82 c.p.c. non è più prevista la possibilità, contemplata dal vecchio testo di tale articolo, che il pretore autorizzi le parti a stare in giudizio personalmente; né è più possibile, per la abrogazione della disposizione contenuta nel secondo comma del vecchio testo dell'art. 312, la proposizione verbale della domanda per le cause di valore inferiore a L. 600.000. Inoltre scompare qualunque disposizione speciale relativa al contenuto della citazione e ai termini per comparire (art. 313 vecchio testo), cosicché ora anche nel procedimento davanti al pretore la citazione deve contenere tutti gli elementi di cui all'art. 163 c.p.c. e il termine per comparire è quello di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. (60/120 giorni a seconda che il luogo della notifica sia in Italia o all'estero); inoltre non è più possibile la costituzione in udienza prevista dal vecchio testo dell'art. 314: costituzione delle parti, designazione del giudice ed eventuale differimento della prima udienza sono ora integralmente regolati dalle norme dettate per il procedimento davanti al tribunale (artt. 165, 166, 167, 171 e 168 *bis*) mentre troveranno integrale applicazione le preclusioni di cui agli artt. 167, 183 e 184 c.p.c..

Le modifiche normative ora illustrate si riverberano anche sulla interpretazione degli artt. 56 e 57 delle disposizioni di attuazione, non toccati dalla riforma, che concernono, rispettivamente, la designazione del giudice per ciascuna causa e il rinvio dell'udienza di comparizione. Sembra doversi ritenere che tali articoli siano stati implicitamente abrogati nella parte in cui si riferiscono al pretore, mantenendo efficacia solo con riferimento al procedimento davanti al giudice di pace (così PROTO PISANI).

In definitiva quindi, all'esito della novellazione del 1990/91, le uniche varianti che residuano nel rito pretorile rispetto al procedimento davanti al tribunale consistono nel blando potere inquisitorio di disposizione d'ufficio della prova testimoniale e nella particolare disciplina della fase decisoria.

## *Il patrocinio in pretura dei praticanti procuratori dopo la modifica dell'art. 82 c.p.c.*

Nell'ambito della nuova disciplina del rito pretorile uno dei primi problemi che si sono posti all'attenzione degli operatori è quello della possibilità per i praticanti procuratori di esercitare il patrocinio in pretura.

Tale possibilità è espressamente prevista dall'art. 8 del R.D.L. 27-11-33 n. 1578 (Ordinamento della professione di avvocato e procuratore), nel testo modificato dalla legge 27-6-88 n. 242, in forza del quale i laureati in giurisprudenza che svolgano la pratica forense sono iscritti in un registro speciale tenuto dal consiglio dell'ordine e, dopo un anno di iscrizione in tale registro, sono ammessi, per un periodo di sei anni, "ad esercitare il patrocinio davanti alle preture del distretto nel quale è compreso l'ordine circondariale che ha la tenuta del registro suddetto".

A tale disposizione faceva riscontro, nel codice di rito, l'art. 82, che, nel testo anteriore alla riforma, prevedeva che le parti non potessero stare in giudizio davanti ai pretori "se non col ministero o con l'assistenza di un difensore"; a meno che non fossero autorizzate dal pretore a stare in giudizio di persona, in considerazione della natura ed entità della causa.

Tale disciplina differiva da quella del giudizio davanti ai tribunali e alle corti d'appello, giudizio nel quale invece, per il terzo comma dello stesso articolo, le parti dovevano stare "col ministero di un procuratore legalmente esercente". È peraltro pacifico che il "ministero", o difesa attiva, si identifica nella rappresentanza processuale, che si conferisce con procura (art. 83 c.p.c.) e che consiste nel potere di compiere e ricevere nell'interesse della parte tutti gli atti del processo a questa non espressamente riservati (art. 84 c.p.c.); mentre l'"assistenza", o difesa consultiva, consiste nell'ausilio che l'avvocato fornisce alla parte senza rappresentarla.

Come già accennato nell'Introduzione, il testo dell'art. 82 c.p.c. è stato modificato dall'art. 20 della legge 374/91; nella nuova disciplina il giudizio davanti ai pretori viene totalmente uniformato, quanto al regime del patrocinio, al giudizio davanti ai tribunali e alle corti, prevedendosi che davanti a tutti tali uffici giudiziari le parti debbano stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente. Nei giudizi davanti ai pretori è quindi venuta meno la possibilità per la parte di stare in giudizio con la semplice assistenza di difensore, nonché la possibilità di essere autorizzata a stare in giudizio di persona (ferme restando le deroghe all'onere di patrocinio previste in materia lavoro dal primo comma dell'art. 417 c.p.c. e in materia di opposizione alle ordinanze ingiunzione dall'art. 20 l. 689/81).

In relazione al nuovo testo dell'art. 82 c.p.c. è allora sorto il dubbio, presso numerosi ordini forensi e uffici di pretura, che i praticanti procuratori non possano più esercitare il patrocinio in pretura, per avere l'art. 20 l. 374/91 implicitamente abrogato la norma di cui alla prima parte del secondo comma dell'art. 8, testo aggiornato, della legge forense.

Tale dubbio si fonda su tre ordini di considerazioni:

a) il primo è di ordine letterale: l'art. 82 nuovo testo dispone che le parti stiano in giudizio davanti ai pretori col ministero di procuratore e tale non è, per definizione, un praticante procuratore;

b) il secondo è di ordine sistematico: il totale parallelismo esistente tra il regime del patrocinio davanti ai pretori e il regime del patrocinio davanti ai tribunali ed alle corti non appare compatibile con la previsione della possibilità che il patrocinio davanti ai pretori possa essere esercitato dai praticanti;

c) il terzo è di ordine teleologico-evolutivo: se la possibilità del patrocinio in pretura per i praticanti era stata introdotta per consentire ai giovani di avere una palestra professionale in cui formare le proprie prime esperienze nell'ambito di un contenzioso di ridotto valore, tale ultimo presupposto è venuto meno con l'innalzamento della competenza per valore del pretore fino alla soglia di cinquanta milioni.

Dico subito che dei tre argomenti ora indicati mi sembra di effettiva consistenza è il primo: il secondo e il terzo potrebbero a mio giudizio valere come ragione di critica della mancata abrogazione espressa dell'art. 8 della legge forense, ma non valgono come dimostrazione della mancata abrogazione implicita di detta norma.

Anche il primo argomento, sebbene non privo di suggestione, mi sembra tuttavia insufficiente per fondare un giudizio di abrogazione implicita di tale disposizione.

Ritengo infatti che l'art. 8 R.D.L. 1578/33, nel testo introdotto dalla legge 242/88, non sia incompatibile col nuovo testo dell'art. 82 c.p.c. e quindi non possa ritenersi da tale norma implicitamente abrogato (art. 15 disp. prel. cc; l'abrogazione delle norme incompatibili con quelle recate dalla legge 374/91 è peraltro stata espressamente prevista dall'art. 47 di tale medesima legge).

A mio giudizio infatti la relazione tra l'art. 8 della legge forense e l'art. 82 c.p.c. è una relazione non di antinomia ma di integrazione; e la riforma dell'art. 82 c.p.c. introdotta con legge 374/91 non ha inciso in alcun modo su tale relazione.

Infatti il vecchio testo dell'art. 82 c.p.c., come si è visto consentiva alla parte di stare in giudizio davanti al pretore:

- a) col ministero di difensore;
- b) con l'assistenza di difensore;
- c) di persona, se autorizzata dal pretore.

Secondo l'interpretazione di tale norma offerta dalla Cassazione, se la parte decideva di avvalersi del ministero di difensore, essa era tenuta a conferire procura *ad litem* ad un procuratore iscritto in un albo del distretto, mentre se decideva di avvalersi dell'assistenza (non rappresentanza) di un difensore, era tenuta a rivolgersi ad un avvocato. (così SS UU 26-6-86 n. 4252, in sede di composizione di un ampio contrasto giurisprudenziale sulla possibilità per l'avvocato esercente *extra districtum* di rappresentare la parte nei giudizi davanti al pretore; conf. Cass. 11880/91).

Se allora, anche prima della modifica introdotta dalla legge 374/91, il ministero di difensore doveva essere esercitato, a mente dell'art. 82 c.p.c., da un procuratore iscritto ad un albo del distretto; se tale disciplina codicistica non era di ostacolo alla piena operatività dell'art. 8, nel testo aggiornato, del R.D.L. 1578/33 (il quale, ammettendo i praticanti all'esercizio del patrocinio, cioè della difesa tecnica in senso generico, li facoltizza non solo a svolgere l'assistenza ma anche a prestare il ministero); se quindi, anche prima della legge 374/91, la legge forense prevedeva un'integrazione a quanto previsto dal codice di rito, perché per i procedimenti davanti ai pretori ammetteva i praticanti (*intra districtum*) ad esercitare (anche) il ministero, il quale, per il codice, doveva essere esercitato da procuratori (*intra districtum*); mi pare si possa attendibilmente sostenere che la disposizione della legge forense sia integrativa e non contrastante con la disciplina codicistica del patrocinio davanti ai pretori e che, conseguentemente, la modifica della disciplina codicistica del patrocinio davanti ai pretori non abbia inciso sulla operatività della norma della legge forense. Tanto più che tale modifica non ha in alcun modo inciso sulla nozione normativa di ministero di difensore, inteso come rappresentanza della parte ad opera di un procuratore legalmente esercente, ma si è limitata ad eliminare la possibilità per la parte di stare in giudizio davanti ai pretori con la sola assistenza di difensore, ovvero di persona.

Credo quindi si possa continuare a ritenere operante la possibilità per i praticanti procuratori di esercitare il patrocinio in pretura. Tale conclusione in definitiva si risolve nel ritenere che l'art. 8 della legge forense equipari i praticanti iscritti nel registro ai procuratori iscritti nell'albo, quanto alla possibilità di esercitare il patrocinio davanti ai pretori del distretto in cui è compreso l'ordine circondariale presso cui il registro e l'albo sono tenuti; legittimando quindi i praticanti procuratori, alle condizioni e nei limiti indicati dalla stessa norma, come procuratori legalmente esercenti davanti ai pretori del distretto.

Questa conclusione peraltro ha il pregio di uniformare il regime del patrocinio davanti ai pretori in sede civile e in sede penale; nella quale ultima i praticanti possono sicuramente esercitare il patrocinio come difensori di fiducia delle parti private, compresa la parte civile, nonché (nonostante l'isolato precedente di Cass. 12-7-94 n. 7909, poi superato da Cass. 16-3-95 n. 2722) come difensori di ufficio dell'imputato.

*Sul potere del difensore di rappresentare la parte in sede di interrogatorio libero ex art. 183 c.p.c.*

Sempre con riguardo alle problematiche connesse alla difesa tecnica, un secondo tema sul quale sono state espresse opinioni discordanti, in dottrina e tra gli operatori, è quello della possibilità che il difensore rappresenti la parte nel compimento dell'interrogatorio di cui al secondo comma dell'art. 183 c.p.c..

Tale norma, introducendo anche nel rito ordinario quel momento di contatto personale tra le parti ed il giudice che costituisce una delle caratteristiche salienti del rito del lavoro, ha previsto che le parti compaiano personalmente all'udienza di trattazione (qualificando la mancata comparizione come comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c.) per rendere l'interrogatorio libero e per consentire lo svolgimento del tentativo di conciliazione. Alle parti è peraltro stata riconosciuta, analogamente a quanto previsto nell'art. 420, secondo comma, c.p.c., la possibilità di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti di causa; la procura, precisa la norma, deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve comprendere la facoltà di transigere e conciliare. Rilevo incidentalmente che la trasposizione nel rito ordinario della disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 420 c.p.c. rende ormai inattuale il dubbio che era sorto in giurisprudenza in ordine alla interpretazione dell'art. 117 c.p.c., dubbio vertente proprio sulla possibilità per la parte chiamata a rendere l'interrogatorio non formale di farsi rappresentare da un procuratore (detta possibilità veniva negata da Cass. 2422/60, in *Rep. Foro It.* 1960, voce Prova Civile, n. 72; ammessa invece da Cass. 9316/91, *Id.*, 1991, voce Prova Civile, n. 16).

I problemi posti dall'art. 183, secondo comma, c.p.c., in relazione al tema dei rapporti tra la parte ed il suo difensore, sono i seguenti:

a) se il difensore possa ricevere tale procura;

b) se tale procura possa essere contenuta nella procura *ad litem* rilasciata nelle forme di cui al terzo comma dell'art. 83 c.p.c.;

c) se tale procura sia implicita nella procura a transigere e conciliare.

a) La prima questione è stata discussa già a proposito della previsione contenuta nell'art. 420 c.p.c..

In alcuni commenti alla legge 533/73 si sostenne che il difensore della parte non potesse essere nominato procuratore della stessa, ai sensi e per gli effetti di cui al secondo comma dell'art. 420 c.p.c., perché ciò sarebbe stato incompatibile con la *ratio* a cui era ispirata la necessaria comparizione delle parti nel sistema del processo del lavoro.

In particolare, si sottolineava, da un lato, che il difensore non sarebbe stato adatto, per la sua forma *mentis* ed attitudine professionale, alla effettiva ricerca della conciliazione; dall'altro, che il difensore non poteva avere la conoscenza dei fatti di causa richiesta dalla norma.

A questi argomenti (avanzati da F. FOGLIA), è stato aggiunto in giurisprudenza che la nomina del difensore come procuratore speciale sarebbe inammissibile per contrasto con l'obbligo del difensore al segreto professionale (Pret. Milano 30-5-77, in *Riv. dir. lav.* 1977 II 278).

Largamente prevalente peraltro appare l'orientamento, cui aderisco, che, basandosi sulla assenza di impedimenti normativi espressi, ritiene ammissibile il conferimento al difensore della procura a rispondere all'interrogatorio libero (PEZZANO, PAPALEONI, LUISO); essendosi peraltro sottolineato, a mio avviso condivisibilmente, che la conoscenza dei fatti di causa richiesta dall'art. 420 c.p.c. non necessariamente deve essere conoscenza diretta. Semmai, è stato rilevato (FABBRINI) come sia sconsigliabile per l'avvocato assumere l'incarico di rendere l'interrogatorio libero in nome del proprio assistito, poiché dallo svolgimento di tale incarico possono discendere obbiettivi rischi professionali, connessi alla confusione tra il piano della difesa tecnica e quello della cura sostanziale degli interessi della parte.

In giurisprudenza, la tesi negativa è stata sostenuta, a quanto mi consta, solo nella sentenza del Pretore di Milano citata sopra; mentre la tesi affermativa è stata sostenuta, oltre che in un ormai remoto precedente del Pretore di Firenze (Pret. Firenze 26-5-75, in *Mass. giur. lav.* 1976, 83), da Cass. 25-3-83 n. 2096).

Ritengo che le conclusioni interpretative elaborate in relazione all'art. 420 secondo comma siano tranquillamente estensibili al corrispondente disposto dell'art. 183 secondo comma; in dottrina la possibilità per la parte di farsi rappresentare dal difensore nell'interrogatorio libero è stata espressamente sostenuta da CHIARLONI.

b) Sulla premessa che la parte possa farsi rappresentare, per rendere l'interrogatorio libero, dal proprio difensore, si deve poi verificare se sia valida una procura a tal fine conferita nel contesto di una procura *ad litem* rilasciata nelle forme dell'art. 83 terzo comma c.p.c..

Al riguardo è da rilevare che l'art. 183, secondo comma, c.p.c. impone, perché l'interrogatorio libero possa essere reso da un procuratore nominato dalla parte, che la procura da questa rilasciata presenti un requisito di forma ed uno di contenuto: il requisito di forma consiste nel conferimento con atto pubblico o scrittura privata autenticata, il requisito di contenuto consiste nella inclusione, tra i poteri del procuratore, del potere di transigere o conciliare la controversia; iniziando l'esame del nostro problema dall'analisi del requisito di forma, si tratta di vedere se questo possa ritenersi soddisfatto dalle modalità previste nel terzo comma dell'art. 83 c.p.c..

Secondo tale disposizione la procura speciale *ad litem* può essere conferita, oltre che con atto pubblico o scrittura privata autenticata, con scrittura in calce o a margine ad uno degli atti in essa indicati (citazione, ricorso, controricorso, comparsa di risposta o d'intervento, precetto e domanda d'intervento nella esecuzione) e in tale ipotesi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore.

È chiaro che la soluzione – e, prima ancora, la stessa impostazione – del problema che stiamo esaminando è strettamente connessa al valore che si attribuisca alla certificazione del difensore prevista dal terzo comma dell'art. 83 c.p.c..

Se infatti si ritenga che la certificazione del difensore prevista dall'art. 83, terzo comma, c.p.c., non costituisca una vera e propria autenticazione, ma rientri tra le ipotesi di c.d. autentica minore, o vera di firma, in quanto l'accertamento in essa contenuto copra solo l'identità – e non la legittimazione, i poteri e la capacità – del sottoscrittore (in tal senso Cass. SS UU 5-2-94 n. 1167); ovvero che detta certificazione sia atto assolutamente estraneo al modello della autenticazione (potendo il potere certificatorio del difensore esercitarsi solo sulla sottoscrizione delle procure in suo favore, cosicché la certificazione costituirebbe in realtà nient'altro che l'accettazione dell'incarico da parte del professionista: in tal senso CIPRIANI); allora si dovrebbe escludere che la procura a rendere l'interrogatorio libero possa essere validamente rilasciata nel contesto di una procura *ad litem* data nelle forme di cui all'art. 83 terzo comma c.p.c., proprio per il motivo che tali forme non integrerebbero gli estremi della scrittura privata autenticata.

Se invece si ritenga che la certificazione del difensore rappresenti una vera e propria autenticazione della firma della parte (in questo senso MANDRIOLI, nonché Cass. SS UU 22-11-94 n. 9869), allora si dovrebbe verificare quale sia il limite del potere certificatorio del difensore; se cioè il difensore possa attestare la provenienza dalla parte della sola dichiarazione di conferimento della procura *ad litem*, oppure possa attestare la provenienza dalla parte di qualunque altra dichiarazione resa contestualmente al rilascio della procura *ad litem* ed avente un contenuto connesso al conferimento dello *ius postulandi*.

Solo accogliendo la seconda delle due alternative sopra prospettate potrebbe ritenersi che le forme di cui al terzo comma dell'art. 83 c.p.c. soddisfino il requisito della scrittura privata autenticata previsto dall'art. 183 c.p.c..

Ritengo peraltro che questa prospettiva interpretativa susciti rilevanti perplessità, posto che dalle risposte all'interrogatorio libero potrebbero conseguire effetti indirettamente dispositivi del diritto in contesa; perplessità che si accrescono se si considera il secondo requisito – quello di sostanza – che l'art. 183 c.p.c. prescrive per la procura speciale a rendere l'interrogatorio libero, e cioè che al procuratore sia stato conferito anche il potere di transigere o conciliare la lite (il che mi pare confermi che dalla risposta all'interrogatorio libero può derivare la disposizione del diritto in contesa).

Al riguardo va infatti rilevato che il secondo comma dell'art. 84 c.p.c., nello stabilire che il difensore non può compiere atti di disposizione del diritto in contesa se non ne ha ricevuto espressamente il potere, differenzia nettamente la rappresentanza processuale (che si conferisce con la procura *ad litem* e si fonda su un rapporto di prestazione d'opera professionale) dalla rappresentanza sostanziale (che si conferisce con un atto distinto rispetto alla procura *ad litem* e si fonda su un rapporto di mandato). Da tale rilievo mi sembra doversi desumere che il potere certificatorio del difensore – riconosciuto dall'art. 83, terzo comma, c.p.c. con espresso riguardo alla procura speciale *ad litem* – non comprenda il potere di certificare la autografia della sottoscrizione di una procura a conciliare.

Pertanto se la procura a rendere l'interrogatorio libero non può essere disgiunta, a mente dell'art. 183 c.p.c., dalla procura a conciliare e se la procura a conciliare non può essere rilasciata nelle forme dell'art. 83, terzo comma, c.p.c., mi sembra inevitabile concludere per la inammissibilità di una procura a rendere l'interrogatorio libero e a conciliare che sia stata rilasciata al difensore nel contesto di una procura speciale alla lite data nelle forme di cui all'art. 83 terzo comma c.p.c..

Del resto tale opzione interpretativa non mi pare sacrifichi al rigorismo formale alcun interesse sostanziale; infatti verosimilmente i casi in cui la parte riterrà conveniente delegare al difensore lo svolgimento dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione riguarderanno per lo più le imprese di dimensioni medio/grandi, con un contenzioso tendenzialmente standardizzato, le quali agevolmente potranno munire il proprio difensore di procura generale per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

c) Quanto all'ultima delle questioni sopra individuate, concernente la possibilità di considerare la procura a rendere l'interrogatorio libero implicitamente contenuta nella procura a transigere e conciliare (che, alla luce di quanto precisato al punto precedente, sia stata rilasciata nelle forme di cui al secondo comma dell'art. 83 c.p.c.), riterrei che si tratta di una questione di interpretazione della procura.

In linea generale osservo che l'attività di conclusione di un accordo conciliativo è diversa rispetto all'attività di risposta all'interrogatorio libero e che, se la procura a rendere l'interrogatorio libero deve, per poter spiegare il proprio effetto legittimante in capo al procuratore, conferire anche il potere di conciliare, il conferimento del potere di conciliare non implica di per se stesso il conferimento del potere di rendere l'interrogatorio; con la conseguenza che in linea di massima escluderei la possibilità di ammettere il difensore munito di procura a conciliare, ma non di espressa procura a rendere l'interrogatorio libero, a rappresentare la parte nel compimento dell'interrogatorio medesimo. Salva tuttavia la possibilità che il conferimento al difensore del potere di rappresentare la parte nel compimento dell'interrogatorio libero sia desumibile, univocamente pur se implicitamente, dalle particolari espressioni utilizzate nella procura stessa.

*Preclusioni istruttorie e poteri istruttori d'ufficio del pretore.*

*1) Le preclusioni istruttorie e il loro regime di rilevanza.*

È osservazione comune che una delle innovazioni di maggior rilievo introdotte dall'intervento riformatore sul rito civile è rappresentata dalla introduzione di una netta distinzione tra la fase di trattazione – volta alla definizione del *thema decidendum* e quindi alla individuazione dei fatti controversi – e la fase istruttoria; nonché dalla introduzione di un sistema di preclusioni concernente tanto la allegazione dei fatti quanto la deduzione delle istanze istruttorie tendenti a fornire la prova dei fatti allegati.

Per quanto specificamente concerne le istanze istruttorie, va in primo luogo sottolineato che – sebbene il legislatore preveda che tanto l'attore quanto il convenuto indichino fin dai rispettivi atti introduttivi i mezzi di prova dei quali intendono avvalersi e i documenti che offrono in comunicazione (artt. 163 n. 5 e 167, primo comma) – nessuna sanzione processuale è tuttavia comminata per il caso che in citazione o in comparsa sia omessa tale indicazione. Il che peraltro è coerente con la netta scansione tra fase di trattazione e fase istruttoria, cui sopra si è fatto cenno: consentire alle parti di formulare le proprie richieste istruttorie anche in una fase successiva alla chiusura della trattazione – dopo quindi che dagli atti introduttivi e dalla trattazione svolta nell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. siano stati evidenziati i fatti realmente controversi, cioè realmente bisognosi di prova – risponde infatti ad una evidente scelta di razionalità ed economia processuale.

Le parti quindi, abbiano o meno svolto deduzioni istruttorie negli atti introduttivi, possono svolgere tali deduzioni nell'udienza di trattazione, ovvero possono chiedere al giudice un termine (che il giudice è tenuto a concedere, salvo determinarne l'ampiezza discrezionalmente), per produrre documenti e indicare mezzi di prova, nonché altro termine per l'eventuale indicazione di prova contraria. È peraltro evidente che le deduzioni istruttorie sono comunque condizionate all'assolvimento da parte di attore e convenuto dell'onere di allegazione dei fatti principali rilevanti in causa (per tali intendendosi i fatti costitutivi impeditivi modificativi ed estintivi del diritto azionato) e quindi sono limitate dalle preclusioni verificatesi per tali allegazioni ai sensi del ripetuto art. 183 c.p.c..

All'udienza successiva alla scadenza dei termini di cui al primo comma dell'art. 184 c.p.c., il giudice provvederà alla pronuncia sulle istanze istruttorie, aprendo così la fase dell'istruttoria probatoria in senso stretto.

In ordine all'affermazione della esistenza di una preclusione istruttoria va peraltro sottolineato che la lettera della legge, come non prevede espressa sanzioni processuali alla mancata proposizione di richieste istruttorie negli atti introduttivi del processo, così non prevede espressa sanzioni al mancato svolgimento delle richieste istruttorie nella udienza di trattazione o nella udienza fissata a seguito della concessione del termine di cui al quinto comma dell'art. 183.

L'unico riferimento alla perentorietà dei termini per lo svolgimento di richieste istruttorie concerne i termini assegnati dal giudice a richiesta delle parti ai sensi del primo comma dell'art. 184; cosicché potrebbe astrattamente sostenersi che, qualora le parti non si autolimitino chiedendo un termine (perentorio *ex lege*) per deduzioni istruttorie, potrebbero, anche in prosieguo di causa, svolgere le istanze istruttorie non svolte negli atti introduttivi o nell'udienza di trattazione.

Tale ipotesi interpretativa è però stata decisamente respinta dalla totalità dei commentatori della riforma, i quali hanno unanimemente evidenziato che tutto il sistema introdotto dalla l. 353/90 si fonda sulla articolazione del processo per fasi, sulla separazione tra fase preparatoria e fase istruttoria e sulla esistenza di una cerniera tra le due fasi costituita dalla preclusione in tema di richieste istruttorie collegata al momento immediatamente successiva alla chiusura della fase preparatoria: cerniera dettata dai primi due commi dell'art. 184, a tenore dei quali, all'esito della definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, le parti o chiedono il termine per deduzioni istruttorie di cui all'art. 184 primo comma o perdono il potere di chiedere acquisizioni istruttorie ulteriori rispetto a quelle già chieste negli atti introduttivi o nel corso della udienza di trattazione o nel corso dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 183 ultimo comma c.p.c. (in questi termini, PROTO PISANI).

Si deve quindi conclusivamente affermare che la preclusione istruttoria matura "o quando, non essendovi una richiesta per la fissazione di un termine per avanzare nuove richieste istruttorie, il giudice abbia provveduto sulle richieste avanzate o allorché scadano i termini perentori che il giudice abbia fissato" (ATTARDI); preclusione che, è bene aggiungere, il primo comma dell'art. 184 ha chiaramente previsto, sciogliendo i dubbi che al riguardo erano sorti nel rito del lavoro, non solo per le prove costituende ma anche per le produzioni documentali.

Sfuggono a tale preclusione:

a) Le deduzioni istruttorie volte a fornire la prova di fatti di cui sia ammessa la allegazione tardiva o di cui la necessità di prova derivi da una contestazione tardiva che sia stata ammessa; senza soffermarmi sul tema delle preclusioni alle allegazioni o alle contestazioni, mi limito a segnalare che nei casi in cui sia ammessa una tardiva allegazione (generalmente ritenuta possibile in ordine ai fatti sopravvenuti o in ordine ai fatti la cui rilevanza dipenda da sopravvenute modifiche normative), o in cui la parte sia rimessa in termini per effettuare una allegazione o una contestazione, non può non essere ammessa una tardiva deduzione istruttoria volta a dimostrare l'esistenza del fatto tardivamente allegato o contestato;

b) l'istanza di verifica della scrittura privata (mentre il disconoscimento della scrittura prodotta dall'avversario resta soggetto al regime dell'art. 215), la querela di falso, il disconoscimento delle riproduzioni meccaniche, il giuramento decisorio (in tal senso, TARZIA, RAMPAZZI).

c) le deduzioni istruttorie di cui al terzo comma dell'art. 184 c.p.c., cioè quelle rese necessarie dai mezzi di prova disposti d'ufficio; sul punto tornerà a proposito dell'art. 312 c.p.c..

Così delineato il sistema delle preclusioni istruttorie, resta da chiedersi se la decadenza della parte dalla deduzione istruttoria debba essere rilevata d'ufficio o su istanza della controparte. Il tema confluisce nel più generale tema della rilevabilità delle preclusioni processuali nel sistema introdotto dalla l. 353/90, non sussistendo ragioni per differenziare il regime di rilevabilità delle preclusioni istruttorie da quello delle preclusioni concernenti le allegazioni di fatti e la proposizione di domande ed eccezioni.

È noto che nel regime anteriore alla novella si riteneva che nel rito ordinario le preclusioni in cui fosse incorsa una parte (ad esempio con riguardo alla proposizione della domanda riconvenzionale, o con riguardo alla proposizione di una domanda nuova) non potessero essere rilevate d'ufficio, trattandosi di divieti posti nell'esclusivo interesse delle parti; a proposito del rito del lavoro era invece prevalso un orientamento più rigoroso, che dalla considerazione dell'esistenza di un interesse pubblicistico al funzionamento del rito aveva tratto la conseguenza della rilevanza di ufficio delle preclusioni maturate a carico delle parti.

È opinione comune che con la riforma del 1990 è stato introdotto un modello processuale in cui l'esistenza di un sistema rigido di preclusioni costituisce elemento costitutivo, funzionale alla esigenza, squisitamente pubblicistica, di uno svolgimento celere ed ordinato del processo; con la conseguenza che il rispetto delle preclusioni non può essere lasciato alla disponibilità delle parti ma deve essere assicurato in ogni caso dal controllo del giudice, il quale quindi ha il potere-dovere di rilevare la tardività delle deduzioni di parte anche d'ufficio.

2) *Il potere del pretore di disporre d'ufficio la prova testimoniale.*

La novella del 1990 non ha introdotto alcuna modifica in materia di mezzi di prova disponibili d'ufficio, i quali continuano ad essere i medesimi previsti nel sistema anteriore.

In ordine a tali mezzi di prova si pone però, in seguito alla riforma, un problema non sussistente – nell'ambito del rito ordinario – nel sistema precedente, cioè quello del raccordo tra la possibilità della disposizione ufficiosa di tali mezzi di prova e la esistenza di un sistema di preclusioni istruttorie per le parti; problema che può così sintetizzarsi: i poteri istruttori del giudice sono soggetti alle stesse preclusioni a cui sono soggetti i poteri istruttori delle parti? se no, quali sono i poteri di risposta delle parti all'esercizio dell'iniziativa istruttoria ufficiosa?

La prima questione è generalmente risolta in senso negativo, ritenendosi che l'uso dei poteri istruttori d'ufficio non è subordinato alle decadenze previste per le deduzioni istruttorie delle parti (PROTO PISANI, TARZIA, RAMPAZZI); è stato anzi sottolineato come l'esigenza del ricorso d'ufficio a mezzi istruttori può sorgere in ogni momento del processo e talora sorge necessariamente dopo l'assunzione delle prove proposte dalle parti (si pensi alla prova testimoniale di riferimento, o al giuramento suppletorio, deferibile soltanto ad istruzione chiusa).

Potrebbe peraltro sostenersi che, in mancanza di una disciplina generale dei poteri istruttori d'ufficio nel rito ordinario, la questione dell'esistenza di un termine per il relativo esercizio da parte del giudice dovrebbe essere affrontata distintamente per ciascuno dei mezzi istruttori disponibili d'ufficio.

In tale prospettiva è necessario considerare più da vicino i limiti del potere assegnato al pretore (e al giudice di pace) dall'art. 312, nuovo testo, c.p.c., il quale riproduce senza modifiche il testo del primo comma del previgente art. 317 c.p.c..

Al riguardo va innanzi tutto osservato che tale potere – che certamente è soggetto, a differenza che nel rito del lavoro, ai limiti dettati dal codice civile in materia di prova testimoniale – può essere esercitato solo in relazione a fatti esposti dalle parti e solo chiamando a deporre persone a cui le parti abbiano fatto riferimento. È quindi da escludere qualunque iniziativa ufficiosa *ad explorandum* e qualunque utilizzazione di scienza privata del giudice (DITTRICH), in quanto il potere ufficioso in parola patisce il duplice limite della allegazione dei fatti ad opera delle parti e del riferimento, pure ad opera delle parti, alle persone da chiamare a deporre (disponibilità del “mezzo” ma non della “fonte” di prova).

Il limite della allegazione esclude quindi, tra l'altro, che il potere in parola sia esercitabile per fornire la prova di fatti non allegati e la cui esistenza appaia dal materiale legittimamente acquisito in causa. Al riguardo è stato rilevato che, nel sistema anteriore alla novella, l'art. 317 si correlava strettamente all'art. 316, il quale prevedeva il potere del pretore di indicare "in ogni tempo" alle parti le lacune che ravvisava nell'istruzione; tale disposizione è stata abrogata e non sostituita nel sistema novellato, nel quale quindi è venuto meno quel potere di "suggerimento istruttorio permanente" che il previgente sistema attribuiva al pretore; potere ora rifluito nel generale potere di richiesta di chiarimenti e di indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio, di cui al terzo comma dell'art. 183, esercitabile da parte di ogni giudice (non solo dal pretore) nel limite temporale della prima udienza di trattazione.

Così chiariti i limiti del potere di disposizione officiosa della prova testimoniale da parte del pretore, posso tornare al tema del termine entro cui tale potere è esercitabile: parte della dottrina – facendo leva sul rilievo che nell'art. 312 manca l'inciso "in qualsiasi momento", contenuto invece nell'art. 421 secondo comma c.p.c. – ha sostenuto che il pretore non può disporre d'ufficio la prova testimoniale, *ex art. 312 c.p.c.*, oltre la udienza fissata per la formulazione definitiva delle richieste istruttorie delle parti (VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, CONSOLO-LUIISO-SASSANI). Tale tesi presenta l'indubbio vantaggio di evitare in radice il rischio che l'esercizio del potere istruttorio officioso del pretore alteri l'equilibrio delle parti, provocando gli effetti di una illecita rimessione in termini della parte negligente; essa tuttavia pare difficile da sostenere, sia per la mancanza di una previsione espressa in tal senso nell'art. 312 c.p.c. (e più in generale nell'art. 184 c.p.c.), sia perché la *ratio* della norma sembra chiaramente volta a conferire al pretore (e al giudice di pace) una funzione di assistenza delle parti (così DITTRICH, che pone il limite all'esercizio del potere di cui all'art. 312 nel passaggio in decisione della causa).

Quanto alla reazione delle parti all'esercizio dei poteri officiosi del giudice in materia istruttorie, viene in rilievo la disposizione dettata dal terzo comma dell'art. 184, a mente del quale "Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi".

È stato osservato che la norma in questione, formulata in termini tali da evitare i dubbi che sorsero nel rito del lavoro in ordine all'art. 421 secondo comma, garantisce il diritto di difesa di fronte all'esercizio dei poteri officiosi (TARZIA).

Dei diversi profili interpretativi su cui si sono maggiormente soffermati i primi commentatori della novella il più interessante, ai fini della nostra riflessione sull'art. 312 c.p.c., mi sembra quello relativo ad uno specifico profilo di ammissibilità a cui sono soggetti i mezzi di prova di cui all'ultimo comma dell'art. 184 c.p.c., cioè il profilo della loro necessarietà in relazione ai mezzi di prova disposti dal giudice. Tale nesso di necessarietà credo vada inteso in senso rigoroso, affermando cioè che le parti sono facoltizzate a chiedere solo i mezzi di prova tendenti a fornire la prova contraria, diretta o indiretta, dei fatti ammessi a prova dal giudice (conformi TARZIA e PROTO PISANI); è peraltro prospettabile una diversa e più larga interpretazione del nesso di necessarietà, secondo cui le parti potrebbero, a mente dell'ultimo comma dell'art. 184, chiedere tardivamente di provare fatti – diversi da quelli ammessi a prova dal giudice e non con questi incompatibili – la cui rilevanza emerga dalla dimostrazione in giudizio dei fatti costituenti oggetto della prova d'ufficio. Per quanto specificamente concerne la disposizione di cui all'art. 312, è da rilevare che – pur quando si accogliesse la nozione di necessarietà più ampia tra le due ora tratteggiate – il potere della parte di dedurre mezzi di prova a seguito della disposizione d'ufficio della prova testimoniale da parte del pretore dovrebbe comunque ritenersi soggetto al limite della allegazione; nel senso che, anche ammettendo che le parti possano essere ammesse a provare tardivamente fatti diversi da quelli formanti oggetto della prova d'ufficio, con questi non incompatibili, dovrebbe però escludersi che tali fatti possano non rientrare tra i fatti allegati; non foss'altro che per la considerazione che anche la prova testimoniale disposta dal giudice può vertere, come sopra precisato, solo su fatti ritualmente allegati.

Resta infine da chiedersi se il potere di disposizione d'ufficio della prova testimoniale sia o meno esercitabile in relazione a fatti che la parte sia stata ammessa a provare e dalla assunzione della cui prova sia poi decaduta.

Al riguardo, faccio in primo luogo presente che il regime della decadenza dal diritto di far assumere le prove è stato ampiamente rimaneggiato dalla riforma del '90. Infatti il nuovo testo dell'art. 208 si differenzia dal precedente perché, da un lato, non detta alcuna espressa disciplina per l'ipotesi della diserzione bilaterale dell'udienza istruttoria, e, dall'altro, prevede che, se non compare la parte ad istanza della quale doveva essere iniziata o proseguita la prova, il giudice la dichiara decaduta dal diritto di farla assumere, salvo che l'altra parte presente non ne richieda l'assunzione.

Per la prima ipotesi deve quindi trovare applicazione l'art. 309 che, richiamando l'art. 181, prevede il rinvio ad altra udienza e, in caso di diserzione anche della nuova udienza, la cancellazione della causa dal ruolo (riterei peraltro che nella ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo sia implicita la declaratoria di decadenza delle parti dal diritto di far assumere la prova, con la conseguenza che tale diritto non risorga nel caso di riassunzione della causa). Per la seconda ipotesi, viene introdotto un regime – opposto a quello anteriore – di rilevabilità d'ufficio della decadenza della parte non comparsa, salva la possibilità (derivante dal principio di acquisizione processuale) che l'altra parte non chieda l'assunzione della prova stessa.

Aggiungo, per quanto particolarmente concerne la prova testimoniale, che la modifica del regime di rilevabilità della decadenza ex art. 208 c.p.c. non può non riflettersi sull'interpretazione dell'art. 104 disp. att. c.p.c. (non toccato dalla riforma), che prevede che il giudice dichiari decaduta dalla prova per testi la parte che non abbia fatto chiamare testimoni davanti al giudice stesso. Tale disposizione nel sistema previgente veniva generalmente interpretata, in mancanza di una indicazione normativa espressa, nel senso che la declaratoria di decadenza ivi contemplata potesse essere pronunciata dal giudice solo su istanza della controparte, per identità di *ratio* con l'art. 208 c.p.c.; nel nuovo regime mi pare che proprio tale identità di *ratio* imporrà la soluzione contraria.

Alla luce delle innovazioni introdotte dalla novella sul regime di rilevanza della decadenza della parte dal diritto di far assumere la prova, mi pare si debba allora rispondere al quesito sopra prospettato in ordine all'estensione del potere istruttorio del pretore *ex art. 312 nuovo testo c.p.c.* escludendo che tale potere possa essere esercitato disponendo d'ufficio la prova testimoniale su circostanze formanti oggetto di una prova già dedotta e ammessa su istanza di una parte che sia successivamente decaduta dal diritto di farla assumere; così peraltro confermando, a fortiori, la giurisprudenza già formatasi in relazione al vecchio art. 317 c.p.c. (Cass. 26-3-64 n.678); conforme la dottrina che si è pronunciata sul punto (VACCARELLA-CAPPONI-CECHELLA, CONSOLO-LUISSO-SASSANI).

*Sul rito applicabile quando si debbano riunire due cause introdotte l'una prima e l'altra dopo il 30-4-95.*

La problematicità della riunione di cause alcune delle quali già pendenti alla data del 30-4-95 ed altre introdotte successivamente a tale data sorge dalla scelta compiuta dal d.l. 121 del 21-4-95 (successivamente reiterato fino al d.l. 432/95, convertito con la legge 534/95) di mantenere le cause già pendenti alla data del 30-4-95 soggette alla disciplina procedurale previgente; scelta – esattamente opposta rispetto a quella originaria della legge 353/93 – in conseguenza della quale per molti anni nel nostro ordinamento continueranno a convivere due riti civili ordinari.

La questione che si pone è quindi quella di stabilire quale rito sia applicabile quando si debbano riunire una causa “vecchia” ed una “nuova”.

Al riguardo va sottolineato che il problema della scelta del rito da applicare, in ragione dei differenti tempi di instaurazione dei procedimenti, si può porre in tutti i casi di cumulo successivo, cioè sia nell'ipotesi, disciplinata dai primi due commi dell'art. 40 c.p.c. di cause connesse proposte davanti a giudici diversi, sia nell'ipotesi, disciplinata dall'art. 274 c.p.c., di cause connesse proposte dinanzi allo stesso giudice; mentre non si pone nel caso di cumulo originario, quando cioè le cause vengano proposte fin dall'inizio in un unico procedimento, perché in tal caso il momento della pendenza della lite, e quindi il rito applicabile all'intero procedimento, è comunque unico.

Venendo allora al tema del cumulo successivo, si osserva che il problema della scelta del rito sorge solo dopo il superamento del problema della competenza, cioè solo quando in concreto risulti possibile il cumulo di diverse cause in un unico procedimento perché tutte tali cause rientrino nella competenza di un ufficio giudiziario, si tratti di competenza originaria oppure di competenza prorogata in forza delle disposizioni di cui agli artt. 31/36 c.p.c.

Prima che l'art. 5 della legge 353/90 aggiungesse al testo originario dell'art. 40 c.p.c. i commi terzo, quarto e quinto, non esisteva un criterio normativo di individuazione del rito applicabile ad un procedimento in cui fossero cumulate cause soggette a riti diversi; e per tale ragione si riteneva generalmente che la difformità di rito costituisse ostacolo insormontabile alla realizzazione del processo simultaneo.

L'art. 5 della 353/90 ha quindi opportunamente disciplinato la materia, dettando un meccanismo di coordinamento tra riti diversi espressamente destinato a regolare il cumulo di cause, originario o successivo, nelle ipotesi di cui agli artt. 31 (accessorietà), 32 (garanzia), 34 (pregiudizialità), 35 (compensazione) e 36 (riconvenzione) del codice di rito.

Conviene allora soffermarsi, in primo luogo, sulla esatta identificazione del campo di applicazione di questa disciplina.

Come risulta con chiarezza dal richiamo normativo contenuto all'inizio del terzo comma dell'art. 40 c.p.c., la nuova disciplina di coordinamento del rito si applica non a qualunque ipotesi di connessione in senso generico, ma alle sole ipotesi di connessione qualificata prevista dagli artt. 31/36 c.p.c., peraltro con l'esclusione della connessione *ex art. 33 c.p.c.*

Il legislatore ha quindi limitato la derogabilità del rito alle sole ipotesi in cui il legame di connessione tra cause sia tale da implicare, in caso di decisioni separate, il rischio di un conflitto, e non di una mera disarmonia, tra giudicati (connessione forte, o per subordinazione, o per pregiudizialità dipendenza, secondo le diverse terminologie e classificazioni proposte dalla dottrina; mentre ha lasciato che nei casi di connessione per mera coordinazione (tipicamente quelli previsti dagli artt. 33 c.p.c., proposizione in un unico giudizio di domande contro più persone connesse per l'oggetto o per il titolo, e 104 c.p.c., cumulo di domande non connesse oggettivamente nei confronti della stessa persona), l'eventuale soggezione a riti diversi delle cause connesse impedisca il processo simultaneo.

Peraltro è discusso se il richiamo ad un elenco di singole figure di connessione, contenuto all'inizio del nuovo terzo comma dell'art. 40 c.p.c., vada inteso tassativamente o secondo criteri di interpretazione sistematica.

Si è infatti rilevato che non tutte le figure di connessione elencate nel suddetto richiamo costituiscono ipotesi di connessione "forte", posto che il riferimento indiscriminato all'art. 36 c.p.c. copre anche ipotesi di connessione per coordinazione; la domanda riconvenzionale può infatti essere legata a quella principale sia da un rapporto di connessione per pregiudizialità dipendenza, sia da un rapporto di connessione per mera coordinazione.

Per contro sembra indubbio che la disciplina introdotta dai commi terzo quarto e quinto dell'art. 40 c.p.c. sia applicabile anche all'ipotesi della continenza (della quale la giurisprudenza fornisce una nozione assai ampia, ricomprendente anche le ipotesi di domande contrapposte nascenti da un unico rapporto sostanziale), pur se l'art. 39 non è tra quelli richiamati dal terzo comma dell'art. 40 c.p.c..

Le opinioni espresse al riguardo dalla dottrina sono molto diversificate, andandosi da orientamenti restrittivi, che escludono l'operatività delle norme sul coordinamento del rito nel caso di riconvenzionale fondata sul titolo dedotto quale mezzo di eccezione e nel caso di garanzia impropria (GIUSSANI), ad orientamenti estensivi, che affermano l'applicabilità delle nuove norme ogniqualvolta sussista una obbiettiva esigenza di coordinamento dei rapporti sul piano sostanziale, e quindi ad esempio, sebbene l'art. 33 c.p.c. non venga richiamato dal terzo comma dell'art. 40, anche in alcune ipotesi di cumulo soggettivo (garanzia impropria, litisconsorzio unitario; tra gli altri, MERLIN).

Così sommariamente tratteggiato l'ambito di applicazione della disciplina dettata dai nuovi commi terzo, quarto e quinto dell'art. 40 c.p.c., con le alternative ermeneutiche che sussistono in ordine all'estensione di tale ambito, si deve ora innanzitutto valutare se detta disciplina sia utilizzabile per la soluzione del problema del coordinamento tra cause soggette al vecchio rito e cause soggette al nuovo rito.

Potrebbe infatti dubitarsi della utilizzabilità della disciplina contenuta nel nuovo articolo 40 c.p.c. per risolvere il problema del coordinamento tra vecchio e nuovo rito, per il rilievo che tanto il vecchio quanto il nuovo rito devono essere considerati riti ordinari, cosicché il tema del loro coordinamento esula dalla previsione dei commi terzo/quinto dell'art. 40 c.p.c., i quali si occupano dei rapporti tra rito ordinario e rito speciale o tra riti speciali fra di loro. Necessaria conseguenza di tale impostazione sarebbe allora la pura e semplice esclusione della possibilità della riunione di cause che, per essere state proposte alcune prima ed altre dopo il 30-4-95, siano soggette a riti (ordinari) diversi; infatti, come sopra accennato, non esistono fuori dell'art. 40 c.p.c. norme che prevedano la deroga del rito per ragioni di connessione e, d'altra parte, le stesse norme di cui ai commi terzo/quinto dell'art. 40 c.p.c. dovrebbero essere ritenute insuscettibili di interpretazione analogica, data la natura eccezionale delle previsioni di modificazione del rito.

A mio avviso peraltro una così radicale conclusione non potrebbe condividersi.

Se infatti è vero che la natura eccezionale delle previsioni di deroga al rito impone grande cautela nelle interpretazioni estensive delle stesse, non va tuttavia sottovalutata la portata sistematica della modifica dell'art. 40 c.p.c. recata dalla legge 353/90; se per talune ipotesi di connessione l'ordinamento consente la realizzazione del *simultaneus processus* pur in deroga (non solo alla competenza ma anche) al rito, quando la diversità di riti discenda da diversità di materia, e quindi si connetta a differenziate esigenze di tutela, mi sembrerebbe contrastante con la *ratio* del nuovo testo dell'art. 40 escludere, per le medesime ipotesi di connessione, la possibilità del *simultaneus processus* quando la diversità di riti applicabili alle diverse cause connesse discenda semplicemente dalla differente epoca di introduzione delle stesse.

Riterrei quindi che la riunione di cause che siano soggette, *ratione temporis*, a riti diversi sia preclusa al di fuori delle ipotesi di connessione richiamate dal terzo comma dell'art. 40 c.p.c., per mancanza di una norma che autorizzi la deroga al rito, ma debba invece ammettersi per le ipotesi di connessione contemplate da tali casi.

In concreto peraltro mi pare preferibile fissare il discrimine tra i casi di possibilità e quelli di impossibilità di riunione di cause vecchie con cause nuove riferendosi non all'elenco degli articoli del codice richiamati dal terzo comma dell'art. 40 c.p.c. ma alla idoneità/inidoneità del legame di connessione esistente tra le cause a determinare il rischio conflitto di giudicati.

Tale opzione – favorevole, ai fini della individuazione dei casi di possibilità di realizzazione del processo simultaneo su cause vecchie e nuove, ad una interpretazione di tipo sistematico, piuttosto che letterale, del nuovo terzo comma dell'articolo 40 c.p.c. – discende non tanto da considerazioni inserite nel generale dibattito, cui sopra ho fatto cenno, relativo all'ambito di operatività dei nuovi commi terzo/quinto dell'art. 40 c.p.c., quanto proprio dalla specificità della questione del rapporto tra rito vecchio e rito nuovo rispetto al tema del rapporto tra rito ordinario e riti speciali.

Specificità che appare con evidenza se ad esempio si considera la irrilevanza, ai fini del rapporto tra cause soggette al rito vecchio e cause soggette al rito nuovo, del richiamo all'art. 36 c.p.c. (la domanda riconvenzionale si inserisce direttamente nel processo instaurato con la proposizione della domanda principale, cosicché il momento della pendenza della lite, a cui ancorare il rito da applicare al processo, resta solo quello della proposizione della domanda principale); e per contro, sempre per esempio, alla rilevanza del nesso di connessione (o continenza) esistente tra due domande contrapposte e incompatibili (annullamento del contratto contro adempimento delle obbligazioni derivanti dallo stesso) che, qualora vengano proposte ciascuna in un autonomo processo e non in un unico processo, una come principale e l'altra come riconvenzionale, esulerebbero dalla previsione dell'art. 36 c.p.c..

In definitiva riterrei quindi di escludere la possibilità di riunione tra cause vecchie e nuove quando il nesso di connessione tra le stesse non implichi il rischio di un conflitto di giudicati (si pensi all'ipotesi, tipicamente riconducibile allo schema della connessione per coordinazione, della identità di fatto costitutivo da cui sorgano più rapporti intercorrenti tra soggetti diversi, come nel caso di più danneggiati in un sinistro stradale che agiscano contro il medesimo danneggiante); ammettendo invece tale possibilità nei casi di connessione per pregiudizialità dipendenza, si tratti di pregiudizialità logica (la quale descrive la relazione sussistente tra un singolo effetto giuridico e il rapporto obbligatorio complesso o il diritto reale su cui l'effetto si fonda) o pregiudizialità tecnica (la quale comprende le ipotesi in cui un diritto o un rapporto giuridico costituisce parte della fattispecie costitutiva, o impeditiva o modificativa o estintiva, di un altro diritto o rapporto).

Così definito l'ambito di realizzabilità del *simultaneus processus* tra cause introdotte prima del 30-4-95 e cause introdotte dopo tale data, resta da stabilire quale debba essere il rito da applicare, essendo da escludere che riti diversi possano convivere nello stesso processo.

Al riguardo si osserva che – nell'assenza di indicazioni normative – le opzioni interpretative possibili sono quelle di ritenere applicabile il quarto oppure il quinto comma dell'art. 40 c.p.c..

A mio avviso la scelta dell'applicazione del quarto comma è difficilmente sostenibile, giacché mi sembra che non esista alcun criterio per affermare che uno dei due riti, quello vecchio o quello nuovo, possa considerarsi ordinario rispetto all'altro.

Mi pare quindi in definitiva inevitabile fondarsi sull'applicazione analogica del quinto comma e quindi applicare al processo il rito previsto per la causa in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, quello previsto per la causa di maggior valore.

Sul punto è però necessaria qualche precisazione.

In relazione all'interpretazione del quarto comma dell'art. 40 c.p.c. ci si è infatti chiesti se la prevalenza del rito della causa in ragione della quale è stata determinata la competenza valga solo nei casi in cui in concreto una delle due cause sia stata trasferita in applicazione delle norme dettate dagli artt. 31/36 c.p.c., dal giudice originariamente competente al giudice dell'altra; o viceversa operi anche come criterio astratto, idoneo a determinare il rito applicabile al processo anche nel caso in cui non vi sia stata alcuna *translatio iudicii*, rientrando le due cause nella competenza originaria dello stesso giudice.

Al riguardo sono state prospettate sia la tesi che si deve aver riguardo alla *vis attractiva* astratta e potenziale di una causa sull'altra (TARZIA), sia la opposta tesi secondo cui nell'ipotesi di cause originariamente rientranti nella competenza dello stesso giudice opera sempre il criterio del maggior valore (VERDE, COSTANTINO e altri); sia la tesi intermedia secondo cui nella suddetta ipotesi si deve applicare il rito della causa principale nei casi di connessione per accessorietà e garanzia (casi nei quali, a mente degli artt. 31 e 32 c.p.c., opera una *vis attractiva* unidirezionale a favore della causa principale, suscettibile quindi di applicazione anche in astratto) e il rito della causa di maggior valore nelle ipotesi di cui agli artt. 34, 35 e 36 c.p.c..

La recezione di quest'ultima tesi condurrebbe, in relazione allo specifico tema del rapporto tra vecchio e nuovo rito, ad applicare al processo in cui vengano riunite una causa proposta prima del 30-4-95 ed una proposta dopo tale data, connesse per pregiudizialità dipendenza, logica o tecnica, il rito della causa di maggior valore, fuori che nelle ipotesi di accessorietà o garanzia propria, nelle quali ultime il rito applicabile sarebbe invece quello della causa principale.

*Sul trasferimento del giudizio di opposizione decreto ingiuntivo per ragioni di connessione.*

1) *Lo stato della questione.*

La questione della possibilità per il pretore – investito, in sede di opposizione a d.i., di una domanda riconvenzionale dell'opponente eccedente la sua competenza per valore – di trasferire l'intera lite al tribunale, secondo il meccanismo di cui all'art. 36 c.p.c., rientra, costituendone uno dei risvolti maggiormente ricorrenti nella pratica, nel più generale tema della possibilità/impossibilità di realizzare la trattazione simultanea tra giudizio di opposizione a d.i. e giudizio sulla domanda connessa o continente rientrante nella competenza di altro giudice.

Su tale tema si è acceso negli ultimi anni un forte contrasto giurisprudenziale che, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, non ha tuttora trovato una sua definitiva composizione.

L'indirizzo tradizionalmente prevalente escludeva infatti per il giudice dell'opposizione a d.i. di spogliarsi della causa di opposizione per ragioni di connessione (sia che questa si presentasse nei termini ampi e generici di cui all'art. 40 c.p.c., sia che si trattasse delle speciali ipotesi di connessione previste dagli artt. 34, 35 e 36 c.p.c.) o di continenza (fosse la situazione di continenza preesistente o successiva all'emanazione del decreto); vedi, *ex plurimis*, Cass. 1958/86, Cass. 6139/86, Cass. 9582/87, Cass. 5554/89, Cass. 9624/90.

Secondo tale indirizzo, quindi, ove il debitore proponesse una domanda riconvenzionale (o di accertamento incidentale, o un'eccezione di compensazione) eccedente la competenza per valore del giudice dell'opposizione, quest'ultimo doveva rimettere al giudice competente la domanda riconvenzionale (o quella di accertamento incidentale, o la controversia sul credito opposto in compensazione) e decidere la causa di opposizione, salvo sospenderla *ex art. 295 c.p.c.* in attesa della definizione della causa pregiudiziale; analogamente, ove si rilevasse che la causa introdotta in via monitoria era contenuta in altra rientrante nella competenza di un giudice diverso da quello dell'opposizione, quest'ultimo doveva, se successivamente adito, annullare il decreto e, se preventivamente adito, sospendere il giudizio di opposizione in attesa della definizione della causa continente.

Tale impostazione peraltro implicava notevoli inconvenienti pratici, sia in ordine alla posizione del debitore ingiunto, che era costretto a subire la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del processo di opposizione – in attesa della definizione della causa pregiudiziale (o continente proposta dopo la notifica del decreto) – patendo intanto la provvisoria esecuzione del decreto, eventualmente concessa *ex art. 642 o ex art. 648 c.p.c.*; sia in ordine alla posizione del creditore, che era esposto alla declaratoria di nullità di un decreto ingiuntivo, pur ritualmente ottenuto, qualora tale decreto fosse stato notificato al debitore dopo la instaurazione, da parte del debitore stesso, di una causa continente (c.d. azione in prevenzione del debitore).

Il rilievo di tali inconvenienti – dei quali si è anche sostenuto in dottrina (PROTO PISANI, SBARAGLIO, DALMOTTO) l'incidenza sul diritto di difesa costituzionalmente garantito (incidenza peraltro esclusa dalla Corte Costituzionale, che ha negato, con l'Ordinanza 26-6-91 n. 308, il contrasto della disciplina in esame con l'art. 24 Cost., affermando che il *simultaneus processus* costituisce un mero “espediente processuale mirato ai fini di economia di giudizi e di prevenzione del pericolo di eventuali giudicati contraddittori, onde la sua inattuabilità non riguarda né il diritto di azione né il diritto di difesa”) – ha favorito un ripensamento giurisprudenziale dell'indirizzo tradizionale; ripensamento che si è manifestato con Cass. 3653/91, Cass. 9427/91, Cass. 12633/91, Cass. 6298/92, le quali hanno affermato il principio, antitetico rispetto a quello tradizionale, secondo cui la competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo è modificabile per ragioni di connessione, cosicché il giudice dell'opposizione che sia investito di una domanda riconvenzionale eccedente la sua competenza deve rimettere al giudice superiore l'intera controversia.

Con le sentenze 10984 e 10985 dell'8-10-92 la Cassazione riaffermava però, a Sezioni Unite, il più risalente orientamento, ribadendo che il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo è dotato di competenza funzionale, non derogabile (nemmeno) per ragioni di connessione. Tali pronunce – che raccoglievano in dottrina netti dissensi (PROTO PISANI, DALMOTTO), ma anche aperti apprezzamenti (CAVALLINI, GIUSSANI) – non chiudevano però la vicenda giurisprudenziale. Ancor prima della entrata in vigore del testo novellato dell'art. 38 c.p.c., entrata in vigore a cui la dottrina aveva affidato la residua prospettiva di un riesame della questione a livello di legittimità, la Terza Sezione della Cassazione, con un ulteriore e approfondito riesame del problema, riaffermava il principio secondo cui il giudice della opposizione a d.i., investito dal debitore di una domanda riconvenzionale eccedente la sua competenza, deve trasferire l'intera controversia al giudice superiore (Cass. 6531/93 dell'11-6-93).

Dopo tale pronuncia, peraltro, numerose sentenze delle sezioni semplici della Cassazione si sono uniformate ai principi esposti dalle sezioni unite (tra le più recenti, Cass. 16-5-95 n. 5385, Cass. 11-10-95 n. 10594).

All'esito della sintetica esposizione del contrasto giurisprudenziale ora illustrato, è necessario svolgere qualche considerazione sui termini della questione che si dibatte, particolarmente allo scopo di verificare se, come da più parti ipotizzato, detti termini debbano ritenersi modificati in relazione al mutamento del regime della rilevabilità della incompetenza, introdotto dal nuovo testo dell'art. 38 c.p.c..

Si deve innanzi tutto rilevare che l'indirizzo interpretativo riaffermato dalle Sezioni Unite si fonda sui seguenti passaggi: il giudizio di opposizione è un giudizio di impugnazione; la competenza del giudice dell'impugnazione ha carattere funzionale; le competenze funzionali non possono subire né deroghe convenzionali né modifiche per ragioni di connessione.

Il ragionamento delle Sezioni Unite si risolve quindi in definitiva nel seguente sillogismo: il giudice dell'opposizione a d.i. è dotato di competenza funzionale; la competenza funzionale non è modificabile per ragioni di connessione; la competenza del giudice dell'opposizione a d.i. non è modificabile per ragioni di connessione.

È allora evidente che la conclusione del sillogismo è destinata a cadere ove venga meno anche una sola delle due premesse; la critica della tesi secondo cui la competenza del giudice dell'opposizione a d.i. non è derogabile per ragioni di connessione può quindi svolgersi secondo due alternativi percorsi argomentativi: A) negare che il giudice dell'opposizione a d.i. sia titolare di una competenza funzionale, ovvero B) negare che la competenza funzionale sia non derogabile per ragioni di connessione.

2) *La negazione della competenza funzionale del giudice dell'opposizione a d.i.*

Le sentenze con cui la Cassazione ha affermato la derogabilità della competenza del giudice dell'opposizione hanno seguito la prima alternativa.

Infatti in Cass. 3653/91 e in Cass. 6298/92 si valorizza il carattere di giudizio di primo grado del giudizio di opposizione, sottolineando:

a) da un lato (particolarmente in Cass. 6298/92), che l'opposizione a decreto ingiuntivo non introduce una domanda (in ordine alla quale si possa quindi porre un problema di competenza) né una impugnazione, ma introduce (al pari della comparsa di risposta nel giudizio ordinario) una semplice contestazione; cosicché l'art. 645 primo comma non contiene una norma attributiva di competenza, non essendo la competenza del giudice dell'opposizione in nulla diversa dalla competenza del giudice dell'ingiunzione;

b) d'altro lato (in Cass. 3653/91) che non è utilizzabile la nozione di competenza funzionale a proposito del giudice dell'opposizione a d.i., se non attribuendo a tale espressione il limitato significato di "potere giurisdizionale di far proseguire il giudizio virtualmente instaurato col ricorso"; si legge infatti in tale sentenza che "la funzione del giudice dell'opposizione è proprio quella di definire il giudizio, rientrato nell'alveo del giudizio ordinario, nei consueti modi, senza che debba obbligatoriamente pervenire ad una decisione definitiva di merito e potendo anche, come ogni altro giudice, declinare la propria competenza, vuoi per ragioni preesistenti all'instaurazione della lite (e che coinvolgano la competenza del giudice dell'ingiunzione), vuoi per ragioni sopravvenute".

Entrambi tali filoni argomentativi confluiscono poi in Cass. 6531/93 (redatta dallo stesso estensore di Cass. 3653/91), che è successiva alle pronunce delle Sezioni Unite e si fa carico di contraddirle, ribadendo i seguenti argomenti:

I) L'art. 645 c.p.c. non è norma attributiva di competenza; rileva infatti la sentenza che – poiché ai sensi dell'art. 643, terzo comma, c.p.c., la notifica del ricorso e del decreto "determina la pendenza della lite" – deve affermarsi che al momento di tale notifica c'è già una domanda (quella proposta in via monitoria) su cui non si è ancora avuta una decisione (pende la lite); decisione che dovrà essere emanata dallo stesso giudice (inteso come ufficio giudiziario) che ha emesso il decreto; se allora il giudice dell'opposizione è lo stesso che ha emesso il decreto, è evidente che la sua competenza è la stessa competenza del giudice che ha emesso il decreto: e quindi il giudice dell'opposizione che dichiara l'incompetenza del giudice dell'ingiunzione non fa che dichiarare l'incompetenza, ora per allora, dell'ufficio a cui appartiene.

II) Corentemente con la impostazione enunciata sub I) il giudizio di opposizione a d.i. non può qualificarsi come giudizio di impugnazione (al riguardo la sentenza sottolinea la mancata menzione di tale giudizio nell'art. 323 c.p.c. e il fatto che la relativa disciplina non è contenuta nel libro secondo, titolo terzo, ma nel libro quarto del codice di rito).

III) Non è comunque utilizzabile, riguardo al giudizio di opposizione a d.i., la nozione di competenza funzionale. Prendendo evidentemente atto delle critiche che la nozione di competenza funzionale utilizzata in Cass. 3653/91 – sopra sintetizzata *sub b*) – aveva sollevato da parte delle Sezioni Unite (che avevano rilevato che tale nozione divergeva completamente da quella elaborata dalla dottrina processualistica, aggiungendo che “l’attribuzione di una diversa accezione ad una parola o ad una espressione comunemente intesa con altro significato non risolve in alcun modo il problema che la parola o l’espressione ponevano”; analoga osservazione in MONTANARI) Cass. 6531/93 abbandona la prudenza che aveva indotto Cass. 3653/91 a non rompere con la terminologia tradizionale e sviluppa una critica radicale della stessa nozione di competenza funzionale, affermando che tale nozione, mai usata dal codice, confonde il concetto di funzione con quello, nettamente distinto, di competenza.

In Cass. 6531/93 si afferma che la nozione di funzione-intesa come sfera d’azione di un giudice – è sottesa a tutte le norme di procedura ed è alla base del principio per cui una parte che voglia dedurre una prova o chiedere la fissazione di una udienza di precisazione delle conclusioni deve rivolgersi al giudice istruttore della causa e non al Giudice Istruttore di un’altra causa o al Presidente del Tribunale, senza che ciò implichi questioni di competenza. Egualmente, poiché il procedimento di ingiunzione è un procedimento speciale e l’opposizione non è un giudizio di impugnazione, il rapporto tra i due giudici (appartenenti allo stesso ufficio) non è di competenza ma solo di diversità di funzione (pacificamente inderogabile); consegue, ad avviso della sentenza in esame, che l’ufficio giudiziario che ha emesso il decreto è l’unico legittimato a ricevere la citazione in opposizione, non perché titolare di una competenza ma perché è l’ufficio dinanzi al quale è stata instaurata la lite (come qualunque giudice di primo grado adito con citazione è l’unico legittimato a ricevere la comparsa di risposta); con la conclusione che “non è la funzione esercitata dal giudice dell’opposizione (quella che le Sezioni Unite chiamano “competenza funzionale”) a precludergli una pronuncia dichiarativa della propria incompetenza, bensì è la sua incompetenza (per valore) a precludergli l’esercizio della funzione di giudice (del merito) in quella causa di primo grado (a tale sua incompetenza per il merito residua la sola ed unica competenza a dichiararla, secondo il principio che ciascun giudice è giudice della propria competenza)”; essendo la competenza il presupposto dell’esercizio della funzione e viceversa.

È opportuno sottolineare alcuni profili problematici che sono rilevabili nell’indirizzo giurisprudenziale ora riportato.

In primo luogo è necessario spendere qualche parola – senza peraltro poter svolgere alcun approfondimento – sulla nozione di competenza funzionale, nozione saldamente posta dalle Sezioni Unite alla base delle proprie decisioni.

Nella categoria della competenza funzionale, elaborata per primo da CHIOVENDA, rientrano ipotesi eterogenee, riconducibili sostanzialmente a due gruppi: di competenza funzionale si parla infatti sia a proposito del riparto di funzioni necessarie nel medesimo processo, affidate a giudici diversi o anche allo stesso giudice (competenza per gradi, competenza per le impugnazioni davanti allo stesso giudice, competenza per le fasi – cautelare, di cognizione, di esecuzione – ulteriori del procedimento), sia a proposito della attribuzione ad un ufficio giudiziario della competenza per territorio in ragione della maggior efficacia con cui una certa funzione giurisdizionale può essere svolta in un determinato luogo (attribuzione che conseguentemente deve ritenersi inderogabile anche in mancanza di una previsione legale al riguardo).

Tale categoria dogmatica, tutta concettuale (il codice non parla mai di competenza funzionale), fu elaborata in un'epoca in cui non esisteva alcuna previsione normativa espressa di competenze territoriali inderogabili (previsione ora contenuta nell'art. 28 c.p.c., che ha recepito, così però delimitandone la portata applicativa, l'intuizione chiovendiana della inderogabilità di taluni tipi di competenza per territorio); cosicché dalla presenza nel sistema vigente dell'art. 28 c.p.c., peraltro insuscettibile di interpretazione analogica, si è desunta la inattualità teorica di tale categoria, se non limitatamente all'ambito delle competenze per grado (RASCIO); o comunque l'inutilità pratica della stessa, se non con riguardo alla individuazione del giudice dell'impugnazione (PROTO PISANI).

È quindi evidente come sia oggi altamente problematica la utilizzabilità della nozione di competenza funzionale e come quindi appaia malcerta una costruzione giurisprudenziale che, come quella delle sentenze in discorso delle Sezioni Unite, su tale nozione si basi.

Il secondo profilo problematico su cui vorrei soffermarmi concerne quello che a me sembra il punto di maggior impegno teorico della motivazione di Cass. 6531/93, cioè la netta qualificazione della citazione in opposizione come atto contenente una mera contestazione (e quindi né una domanda, né una impugnazione), con la consequenziale ricostruzione del giudizio di opposizione come mero giudizio di primo grado e la, altrettanto consequenziale, affermazione che la norma contenuta nell'art. 645 c.p.c. non è norma attributiva di competenza.

Al riguardo – e senza alcuna pretesa di affrontare compiutamente i nodi teorici ora segnalati – mi sembra però necessario sottolineare che la tesi secondo cui fase monitoria e fase di opposizione costituiscono segmenti di un unico procedimento – cosicché l'opposizione sarebbe un mero atto di impulso tendente all'attuazione del contraddittorio nell'ambito di un processo pendente fin dalla notifica del decreto al debitore – è rifiutata dalla prevalente dottrina.

Tra le molteplici ricostruzioni dottrinarie del giudizio di opposizione a d.i. raccoglie infatti i maggiori consensi quella che (sulla scorta del rilievo che la mancata proposizione dell'opposizione non determina l'estinzione del giudizio *ex art. 307 c.p.c.*, ma la definitività del decreto) configura detto giudizio come giudizio di impugnazione (GARBAGNATI).

Devo peraltro aggiungere – per dare sintenticamente conto delle possibili opzioni dottrinarie sull'argomento – che è teoricamente possibile negare all'art. 645 c.p.c. il contenuto di norma attributiva di competenza, pur in un quadro ricostruttivo in cui sia riconosciuta la qualità tra fase monitoria e fase di opposizione: in tale prospettiva, la necessaria proposizione dell'opposizione davanti al giudice che ha emesso il decreto, prevista da detto articolo, si atterrebbe come condizione di ammissibilità dell'opposizione stessa (ANDRIOLI). A questa impostazione è stato obiettato (GARBAGNATI) che, così opinando, il giudice dell'opposizione, che fosse incompetente per il merito, non potrebbe nemmeno dichiarare la nullità del decreto per incompetenza del giudice che lo ha emesso, non potendosi scindere la pronuncia di nullità del decreto dalla pronuncia di accoglimento dell'opposizione (con la conseguenza che, pur dopo la declaratoria di incompetenza dell'ufficio che ha emesso il decreto, si dovrebbe attendere, per la caducazione del decreto stesso, la conclusione del giudizio riassunto davanti al giudice competente). Sul punto è stato peraltro replicato da PROTO PISANI che la tesi di GARBAGNATI non tiene conto della natura ibrida del giudizio di opposizione, che non può qualificarsi unicamente come giudizio di impugnazione ma “è ad un tempo *e* giudizio di impugnazione, avente ad oggetto il controllo circa l'esistenza dei presupposti generali e speciali di ammissibilità del decreto ingiuntivo *e* giudizio di primo grado avente ad oggetto il credito fatto valere col ricorso di cui all'art. 638”. Tesi a cui è stato però ulteriormente opposto (MONTANARI), che, anche ammettendo che il giudizio di opposizione abbia un contenuto duplice, non potrebbe negarsi che, nella sua parte concernente il controllo di legittimità del decreto, esso abbia i caratteri del gravame rescindente, con la conseguenza che una revoca del decreto per motivi di rito non potrebbe non essere intesa come una pronuncia sull'opposizione (cioè sulla domanda di impugnazione in essa racchiusa); con la conseguenza che se ad emanare tale pronuncia debba essere indefettibilmente il giudice indicato nell'art. 645 c.p.c., non può disconoscersi a questo articolo il contenuto di norma attributiva di competenza, almeno con riguardo alla parte impugnatoria dell'opposizione (tesi che tale ultimo Autore correda con l'ulteriore affermazione della impossibilità di scindere, pena il rischio di insanabili contrasti tra giudicati, il giudizio sulla legittimità del decreto dal giudizio sul rapporto sostanziale).

Chiudo sull'argomento limitandomi a rilevare che non mi pare vi siano difficoltà insormontabili – né teoriche, né pratiche (la provvisoria esecuzione eventualmente concessa *ex art.* 642 c.p.c. può comunque essere sospesa *ex art.* 649 c.p.c.) – ad ipotizzare che il decreto emesso da giudice incompetente venga revocato, per tale suo vizio, dal giudice competente per il merito al quale la causa sia stata rimessa dopo la proposizione dell'opposizione.

### *3) La negazione del carattere inderogabile della competenza funzionale.*

L'altro percorso argomentativo che, come accennato alla fine del punto 1), può essere seguito per affermare la possibilità per il giudice dell'opposizione di spogliarsi della lite per ragioni di connessione o continenza prescinde dalla natura del giudizio di opposizione e, dando per scontato che l'art. 645 c.p.c. attribuisca al giudice dell'opposizione a d.i. una competenza funzionale, si fonda sulla affermazione che in seguito alla modifica del regime della rilevabilità dell'incompetenza introdotta dal nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. nessuna forma di competenza, nemmeno funzionale (con la sola eccezione della competenza per grado), è sottratta alle modifiche per ragioni di connessione.

I passaggi logici di tale impostazione sono questi: *a)* nel nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. l'incompetenza per materia e quella per territorio inderogabile, precedentemente rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, e l'incompetenza per valore, precedentemente rilevabile d'ufficio entro il giudizio di primo grado, vengono assoggettate ad un medesimo regime di rilevanza, costituito dalla rilevanza d'ufficio entro la prima udienza di trattazione; cade quindi la distinzione tra criteri forti (materia e territorio inderogabile) e criteri deboli (valore) di competenza inderogabile; *b)* tale innovazione sistematica fa venir meno il sostegno normativo alla tradizionale lettura degli artt. 34-36 c.p.c., secondo la quale le competenze per materia e territorio inderogabile (competenze "forti"), non sono, a differenza della competenza per valore (competenza "debole") modificabili per ragioni di connessione; anche le competenze per territorio inderogabile e per materia devono quindi ritenersi modificabili per ragioni di connessione; ciò impone di riconsiderare il tradizionale assunto della inderogabilità assoluta della competenza funzionale; *c)* a tal fine è necessario distinguere, nell'ambito di tale ultima categoria, le diverse ipotesi in essa ricomprese: le competenze funzionali di cui all'art. 28 c.p.c. dovrebbero ora ritenersi certamente modificabili per ragioni di connessione; la competenza per grado, a cagione della sua peculiarità, dovrebbe ritenersi tuttora insensibile alla connessione; al di fuori della competenza per grado non sarebbero più individuabili forme di competenza assolutamente inderogabile – tale non essendo, in particolare, nemmeno la competenza per le impugnazioni davanti allo stesso giudice – perché, con la modifica dell'art. 38 c.p.c., quest'ultimo non rappresenterebbe più un referente normativo alla cui stregua sostenere che l'ordinamento accoglie e disciplina criteri di competenza assolutamente insuscettibili di deroga (SBARAGLIO; sul tema anche VULLO e PROTO PISANI); *d)* conseguentemente, mentre le esigenze di certezza presidiate dall'art. 645 c.p.c. impongono che la opposizione a d.i. sia indefettibilmente proposta dinanzi al giudice che ha emesso il decreto, nulla impedisce che tale giudice correttamente investito della causa di opposizione, se ne spogli (non essendo titolare di una competenza per grado) nel successivo corso del giudizio, a favore del giudice competente per ragioni di continenza o connessione.

Per introdurre una riflessione sulla prospettiva ricostruttiva ora esposta mi pare necessario innanzi tutto sottolineare come questa – pur ponendosi su un piano completamente diverso rispetto a quello su cui si è svolto l'indirizzo giurisprudenziale espresso da Cass. 3653/91, Cass. 6298/92 e Cass. 6531/93 (sebbene la revisione svalutativa della categoria di competenza funzionale sia presente anche, come si è visto, in Cass. 6531/93) – non può tuttavia ritenersi impregiudicata dalla replica che a tale indirizzo è stata fornita dalle Sezioni Unite, posto che uno dei cardini della sentenza 10984/92 è rappresentato proprio dall'affermazione che la competenza del giudice dell'impugnazione è sempre (quindi anche quando non si tratti di competenza per grado) inderogabile.

Le Sezioni Unite hanno quindi, nell'esercizio della loro funzione nomofilattica, sbarrato preventivamente la strada a possibili tentativi giurisprudenziali di affermare la trasferibilità della causa di opposizione al giudice della causa connessa o contenuta in base alla modifica dell'art. 38 c.p.c., sganciando (sia pure implicitamente) il regime della competenza funzionale del giudice dell'impugnazione dal regime della competenza per materia e territorio e quindi rendendo insensibile il primo alle possibili ricadute di detta modifica sul secondo.

Ne consegue che la riapertura in giurisprudenza del dibattito sulla possibilità di trasferire ad altro giudice la causa di opposizione a d.i. dovrà comunque passare – pur quando a tale risultato si pervenga non attraverso la negazione della qualificazione del giudizio di opposizione come giudizio (almeno in parte) impugnatorio, ma attraverso l'affermazione della non assoluta immodificabilità della competenza del giudice dell'impugnazione (che non sia per grado) – da una nuova pronuncia delle Sezioni Unite.

Ciò premesso, dò conto di due critiche che sono state mosse (da MONTANARI) alla tesi in esame.

Da un lato, si è giudicato arbitrario individuare il referente normativo del regime della competenza per la impugnazione davanti allo stesso giudice nel regime della competenza per materia o territorio *ex art. 28 c.p.c.*, piuttosto che nel regime della competenza per grado.

D'altro lato, si è affermato che è contraddittorio ritenere applicabile al giudizio di opposizione gli spostamenti di competenza *ex art. 34-36 e 39, secondo comma, c.p.c.* – sul presupposto che tale giudizio sia governato da una regola di competenza funzionale non (più) assolutamente inderogabile – e non ammettere che tale giudizio possa *ab origine* essere introdotto davanti ad un giudice diverso da quello che ha emesso il decreto, che sia competente per attrazione. Secondo tale critica, infatti, o si ritiene che l'art. 645 non contenga una norma attributiva di competenza, ma ponga una condizione di ammissibilità della domanda, e allora la modifica dell'art. 38 c.p.c. risulta del tutto influente sulla questione; o si ritiene che l'art. 645 ponga una norma attributiva di competenza funzionale (non più assolutamente inderogabile), e allora il riferimento alla modifica dell'art. 38 c.p.c. diviene rilevante ma non si può disconoscere la possibilità di esperire la opposizione a decreto direttamente al giudice competente a conoscere della domanda continente o connessa; non potendosi, insomma, attribuire all'art. 645 il duplice significato di norma attributiva della competenza a statuire sul merito della domanda e di norma istitutiva di un requisito di ammissibilità della domanda stessa.

Di tali rilievi ritengo debba tener conto una indagine interpretativa che cerchi nel nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. l'avvio per un ripensamento del regime degli spostamenti di competenza per ragione di continenza e connessione.