

PRINCIPALI PROBLEMI RELATIVI ALLA
PRIMA UDIENZA DI COMPARIZIONE (art. 180 c.p.c.)

Relatore:

dott. Luciano GERARDIS

presidente di sezione del Tribunale di Reggio Calabria

Premessa.

La presente relazione trae spunto da una serie di incontri tra magistrati addetti al settore civile del distretto di Reggio Calabria.

Sono grato agli organizzatori per la straordinaria opportunità, che mi viene offerta, di confrontare le soluzioni giurisprudenziali adottate in tale distretto con quelle di altre sedi giudiziarie.

Mi atterrò scrupolosamente a quanto richiestomi, in relazione sia al “taglio”, concreto e tutt’altro che teorico, sia alla durata del mio intervento (spero non superiore ai 15 minuti programmati), sia ai quesiti formulatimi, che analizzerò partitamente, accorpando quelli per cui appare opportuna una trattazione congiunta.

1) Residua un margine di applicazione per l’art. 168 bis c.p.c., relativo alla facoltà di differimento della prima udienza?

L’art. 168-bis, quinto comma, c.p.c. consente al Giudice Istruttore di differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni.

Tale decreto non necessita di motivazione (art. 135, quarto comma, c.p.c.), ed ovviamente non è impugnabile né reclamabile, attenendo soltanto alla migliore distribuzione del lavoro.

La norma in esame non è stata abrogata, pur dopo l’entrata in vigore del nuovo articolo 180 c.p.c., che ha determinato la separazione tra l’udienza di prima comparizione e la prima udienza di trattazione della causa.

Non potrebbe neppure ravvisarsi alcuna abrogazione tacita, non sussistendo contrasto con altre norme di rito (TRISORIO LIUZZI, *La comparsa di risposta e la costituzione del convenuto*, ritiene invece incompatibile il differimento della prima udienza di comparizione da parte del Giudice Istruttore con la nuova struttura iniziale del processo di cognizione).

Suscita perplessità, inoltre, la tesi secondo la quale l'art. 168 *bis* quinto comma c.p.c. sarebbe inapplicabile al giudizio dinanzi al pretore od al giudice di pace, per l'espressa previsione dell'art. 57, secondo comma, disp. att. c.p.c., per la quale "se nell'udienza di comparizione non possono essere sentite le parti il pretore o il giudice di pace dà atto nel processo verbale della loro comparizione e rimanda la causa all'udienza successiva": si è detto che il rinvio previsto da quest'ultima norma "sembra assorbire ogni altra ipotesi di differimento dell'udienza" dinanzi a quei magistrati (BARTOLINI, *Nuovo codice di procedura civile*, sub art. 168 *bis* c.p.c. n. 4, ultimo capoverso); ma appare più convincente la tesi che la finalità delle due norme è assolutamente diversa, attenendo la prima ad una migliore organizzazione **preventiva** dell'ufficio del giudicante e la seconda soltanto alla necessità di non sopprimere l'interrogatorio libero delle parti, una volta che esse, **già comparse**, non possano essere sentite. Non si vede, quindi, la ragione per ritenere incompatibile con l'art. 57 disp. att. citato la nuova norma in esame.

È pur vero, però, che l'introduzione di un'udienza di prima comparizione, destinata esclusivamente ad alcune verifiche preliminari in ordine alla regolare costituzione delle parti, all'integrità del contraddittorio ed all'inesistenza di vizi dell'atto di citazione, riduce di molto la portata pratica dell'articolo 168 *bis* nella parte che qui interessa, dal momento che consente al giudice, all'udienza di cui all'art. 180 c.p.c., di distribuire al meglio le cause per l'effettiva trattazione, in relazione alla propria agenda di lavoro. Non va tuttavia trascurato che, ove dovessero affermarsi interpretazioni (di cui meglio si dirà nei successivi paragrafi) "elastiche" dell'art. 180 c.p.c., intese a consentire l'accorpamento in tale udienza anche delle attività previste per altre fasi processuali, riemergerebbe, con ogni evidenza, tutta l'utilità del differimento di cui all'art. 168 *bis*, cui già peraltro i magistrati del circondario di Palmi, tra quelli del distretto di Reggio Calabria, fanno ampio, se non sistematico ricorso.

Residua il problema se, una volta differita l'udienza di prima comparizione, il termine per comparire di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. debba essere computato con riferimento all'udienza fissata con l'atto introduttivo del giudizio ovvero alla nuova udienza differita. Pur non mancando autorevoli commentatori che opinano per quest'ultima soluzione (LAZZARO-GURRIERI-D'AVINO, *L'esordio del nuovo processo civile*, p. 48), appare preferibile la prima tesi, consolidata sotto la vigenza del "vecchio" codice. L'art. 70 *bis* disp. att. c.p.c. dispone espressamente, per il caso di spostamento d'ufficio della prima udienza dovuto al fatto che il Giudice Istruttore designato non tenga udienza nel giorno fissato per la comparizione delle parti con l'atto introduttivo del giudizio, che "i termini di comparizione, stabiliti dall'art. 163 *bis* c.p.c., debbano essere osservati **in relazione all'udienza fissata nell'atto di citazione**". La norma ha una sua *ratio* che ricorre anche nel caso in esame: facendo il convenuto esclusivo riferimento, per valutare la ritualità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, alla data di comparizione fissata in tale atto, ben potrebbe egli non costituirsi confidando nel vizio d'instaurazione del processo, una volta verificato il mancato rispetto dei termini di cui all'art. 163 *bis* c.p.c.. Sarebbe del tutto incongruo, pertanto, che l'eventuale nullità dell'atto di citazione (art. 164 c.p.c.) fosse sanata col differimento della prima udienza di comparizione *ex* art. 168 *bis* quinto comma c.p.c.; tanto più che un tale decreto del Giudice Istruttore non va comunicato alla parte non costituita (e dunque al convenuto che abbia fatto affidamento sulla nullità dell'atto introduttivo del giudizio).

Argomento in contrario non può trarsi, infine, dalla soppressione dell'ultimo inciso del ripetuto art. 168 *bis* ultimo comma c.p.c. ("Restano salve le decadenze riferite alla data di udienza fissata nella citazione"), che con ogni evidenza faceva riferimento a decadenze processuali che nulla hanno a che vedere con la nullità dell'atto di citazione *ex* art. 164 c.p.c., per come è reso manifesto anche dalla contestuale integrazione dell'art. 166 c.p.c., che prevede la possibilità per il convenuto di costituirsi tempestivamente anche "almeno 20 giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168 *bis* c.p.c.".

2) *Il termine perentorio per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito deve darsi ex art. 180 c.p.c., comma secondo, anche al convenuto contumace?*

2.1) *Si può rinunciare al termine perentorio per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito da parte del convenuto costituito?*

2.2) *Alla prima udienza di comparizione deve comunque fissarsi una data successiva per la prima udienza di trattazione o le parti possono rinunciarvi?*

3) *Restano in vigore gli artt. 59, 62 e 80 bis disp. att. c.p.c.?*

La c.d. “novella della novella” ha così riformulato il secondo comma dell’art. 180 c.p.c.: “La trattazione della causa davanti al giudice istruttore è orale. Se richiesto, il Giudice Istruttore può autorizzare comunicazioni di comparse a norma dell’ultimo comma dell’art. 170. In ogni caso fissa a data successiva la prima udienza di trattazione, assegnando al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio”.

Le maggiori questioni interpretative sono state poste ovviamente dall’ultimo periodo, attesa la perentorietà dell’espressione “in ogni caso”.

Vi è chi (tra questi, BALENA, *Ancora interventi urgenti sulla riforma del processo civile*) ritiene necessario, una volta esauriti gli adempimenti di cui al primo comma del medesimo articolo 180, rinviare comunque la causa ad una udienza successiva: “Ove non si vogliano imboccare strade interpretative *contra legem*, deve ritenersi esclusa la possibilità di intraprendere l’attività di trattazione vera e propria della causa già nell’udienza di comparizione”; dunque, nell’udienza di prima comparizione, “non potrà mai aver luogo la rimessione al collegio, neppure quando la causa dovesse essere già matura per la decisione. Vero è infatti che l’art. 80 *bis* disp. att. c.p.c. non è stato espressamente abrogato; ma è pur vero che esso, nella nuova realtà normativa, rimarrà praticamente inapplicabile (al di fuori (..) della remota ipotesi in cui le parti, entrambe costituite, dovessero chiedere concordemente l’immediata decisione) poiché (...) non è pensabile che la causa passi in decisione prima che sia finanche iniziata la sua trattazione, tenuto conto che tale attività concorre a determinare compiutamente l’oggetto stesso della causa, con possibili riflessi anche sulle questioni, preliminari o pregiudiziali, sollevabili *in limine iudicii*” (conformemente, D’ASCOLA – *La “nuova” prima udienza, con particolare riferimento agli incumbenti del Giudice Istruttore* – trae argomento, per escludere che possa essere omessa l’apposita udienza di trattazione, dall’art. 184 c.p.c., il quale “prevede l’applicazione dell’art. 187 solo prima dell’ammissione dei mezzi di prova”).

E nella giurisprudenza esaminata del distretto di Reggio Calabria si segnalano alcune ordinanze (ad esempio, Pretura di Palmi) che, proprio in considerazione del tenore letterale dell’art. 180 secondo comma c.p.c. (“In ogni caso..”), ritengono necessario disporre il rinvio *ex art. 180 c.p.c.*, oltre che nell’ipotesi che il convenuto sia rimasto contumace, anche in quella in cui tutti gli eventuali convenuti si siano costituiti ed abbiano concordemente rinunciato al termine di cui a tale norma .

Vi è, all'opposto, chi (tra i più autorevoli, TARZIA, *La prima udienza non ostacola il rito*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 febbraio 1996, pag. 22), osserva che una lettura contestuale del secondo comma dell'art. 180 c.p.c. impone di collegare l'espressione "in ogni caso" al precedente periodo "se richiesto, il giudice può autorizzare comunicazioni di compare": "vi sia o non vi sia questa richiesta, sia essa accolta o respinta, in ogni caso deve fissarsi la prima udienza di trattazione". Inoltre, "il differimento della prima udienza di trattazione è espressamente collegato all'assegnazione al convenuto di un termine perentorio, anteriore alla nuova udienza, per proporre le sue eccezioni processuali e di merito. Il rinvio è dunque finalizzato a questa attività difensiva del convenuto, e non ha alcuna ragione di essere disposto se il convenuto rinunci al termine e chieda che la causa sia immediatamente trattata o sia rimessa in decisione". Poiché, dunque, questo termine è funzionale "al completamento di un'attività difensiva già svolta", "il convenuto contumace decade (...) dal potere di chiedere il termine di cui si discorre".

Analogamente, alcune decisioni dei giudici di merito affermano che, essendo *ius receptum* che il convenuto che si costituisca tardivamente è tenuto ad accettare il processo nello stato in cui si trova, salvo che sussistano i presupposti della sua rimessione in termini, "l'attenuazione del sistema delle preclusioni (operata dal nuovo testo degli artt. 167 e 180 c.p.c.) non va confusa con una sorta di indiscriminata licenza di costituzione tardiva che contrasterebbe in modo stridente con gli obblighi imposti dagli artt. 166 e 167 e con l'esplicita previsione dell'art. 170 c.p.c."; cosicché "non appare ragionevole ritenere che la causa debba essere necessariamente rinviata, contro l'espressa volontà dell'attore costituito per consentire al convenuto una costituzione che non potrebbe essere che tardiva", anche perché altrimenti "si premierebbe la tattica dilatoria del convenuto che sarebbe indotto a costituirsi l'ultimo giorno utile traendo profitto dall'allungamento dei tempi processuali in tal modo artatamente ottenuto in evidente contrasto con la stessa volontà del legislatore il quale ha inteso attenuare il tanto temuto sistema delle preclusioni e non certo favorire astuzie processuali a meri fini dilatori" (Tribunale di Bari, ordinanza 26 settembre 1995, Virgilio contro Racanelli).

Non mancano posizioni intermedie, che tendono a conciliare il rigido tenore letterale del ripetuto art. 180 secondo comma c.p.c. ed i principi che ispirano il processo civile (primo tra tutti, il principio dispositivo), distinguendo l'ipotesi del convenuto contumace da quella del convenuto costituito rinunziante.

Nel primo caso, si sottolinea (CAPPONI, *Prima udienza di comparizione e prima udienza di trattazione: Preclusioni di merito ed istruttorie*) come "il convenuto – che ha l'onere di conoscere il codice di procedura civile ed il diritto di avvalersi di ogni spazio di difesa che gli sia riconosciuto per legge – sa che nella comparsa di risposta deve proporre, a pena di decadenza, le **eventuali** domande riconvenzionali e di chiamata del terzo (oltre che le specifiche eccezioni previste da disposizioni diverse dall'art. 167 c.p.c.) e che la proposizione di eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio può tranquillamente essere riservata alla memoria da depositarsi venti giorni prima dell'udienza *ex* art. 183 c.p.c. che **in ogni caso** il giudice deve fissare". Egli quindi, se non intende proporre domande riconvenzionali, ben può rimanere contumace all'udienza di prima comparizione, riservandosi di scoprire le proprie difese in prosieguo, non potendo essere privato di un potere che la legge espressamente gli attribuisce.

Militano, a sostegno di tale tesi, le seguenti considerazioni ulteriori: 1) il secondo comma dell'art. 180 c.p.c. prevede l'assegnazione del termine "al convenuto", non distinguendo tra convenuto costituito e convenuto contumace; 2) da nulla si evince che le eccezioni di cui si discorre debbano essere "integrative" di precedenti difese; 3) la norma in esame non attribuisce un potere processuale che necessiti di un precostituito *ius postulandi*, ma concede **a priori** un termine per l'espletamento di talune attività difensive; 4) la soluzione opposta comporterebbe un regime differenziato, che non è nella legge, tra convenuto costituito e convenuto contumace: mentre il primo potrebbe proporre tutte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio nel termine concesso ai sensi dell'art. 180 secondo comma c.p.c., il secondo decadrebbe da tale facoltà sin dalla prima udienza di comparizione; e non è superfluo ricordare che invece il rinnovato art. 167 c.p.c. ha previsto, per la mancata costituzione tempestiva, soltanto la decadenza dalle domande riconvenzionali (e al più, secondo la tesi maggioritaria, dalla chiamata del terzo).

In conclusione, non sembra che il Giudice Istruttore possa privare il convenuto contumace di un termine sul quale questi abbia fatto preventivo e legittimo affidamento.

Nel caso di contumacia del convenuto (o anche di uno solo dei convenuti), va dunque sempre fissata a data successiva la prima udienza di trattazione con la concessione del termine di cui all'art. 180 c.p.c..

Diverso è il caso in cui tutti i convenuti siano costituiti e tutti rinunzino al termine per le ulteriori eccezioni. Una volta assodato che tale rinunzia è meramente processuale, e può pertanto essere validamente fatta dal difensore (arg. ex art. 84 c.p.c.), non sussistendo ragioni di ordine pubblico che vi si oppongano, il principio dispositivo impone che di essa si prenda atto. Ove non ostino, pertanto, altre ragioni processuali e l'attore aderisca, il giudice potrà senz'altro dare corso alla trattazione della causa nella stessa udienza di comparizione. E, se nessun'altra attività sarà necessaria, la causa potrà ben essere rimessa in decisione. Si pensi, ad esempio, a cause seriali, come quelle, assai frequenti al momento al Tribunale di Reggio Calabria, aventi ad oggetto la tenuta di alcune società al pagamento di tasse per concessioni governative; ovvero, come pure è capitato allo scrivente, ad una causa per risarcimento danni da sinistro stradale in cui sia *ictu oculi* fondata l'eccezione, già tempestivamente proposta dal convenuto con la comparsa di risposta, di incompetenza per valore. In tali ipotesi, in cui o non sia necessaria alcuna attività istruttoria trattandosi di questioni di "puro diritto", ovvero un'eccezione preliminare sia manifestamente fondata, nulla impedisce al giudice, in presenza di una espressa rinunzia al termine di cui all'art. 180 da parte del convenuto costituito (o dei convenuti che siano tutti costituiti) e dell'adesione dell'attore (o degli attori), di applicare la norma di cui all'art. 80 *bis* disp. att. c.p.c., definendo rapidamente il giudizio.

Solo addivenendo a tale soluzione sembra conciliabile la rigorosa scansione codicistica delle varie fasi processuali con la comune esigenza di tutte le parti di una pronta soluzione della vertenza, specialmente ove questa appaia di facile definizione.

Conforta tale conclusione la considerazione che il sistema oggi vigente appare, per così dire, intermedio tra il rito del lavoro ed il vecchio rito ordinario, nel senso che sono attenuati i principi di carattere pubblico che ispirano il rito del lavoro e, nel contempo, sussistono preclusioni e decadenze ben più incisive del vecchio rito ordinario. Si potrebbe forse dire, in una battuta e con tutta l'approssimazione del caso, che il rito del lavoro è incentrato sul giudice, il vecchio rito ordinario sulle parti private, mentre l'attuale sistema necessita di una costante collaborazione tra giudice e parti, in un equilibrio tra poteri e doveri affidato al leale rispetto dei reciproci ruoli. In tale contesto, non sembra che il potere dispositivo delle parti possa essere inibito, ove non ricorrano precise esigenze d'ordine pubblico, non certo indiscriminatamente ravvisabili **a priori** nella disposizione dell'art. 180 secondo comma c.p.c..

Conclusivamente: **se il convenuto costituito (o i convenuti, che siano tutti costituiti) rinuncia(no) al termine di cui al secondo comma dell'art. 180 c.p.c., l'attore aderisca e null'altro osti alla immediata trattazione della causa, il giudice potrà persino all'udienza di prima comparizione rimettere la causa in decisione, nel rispetto, ovviamente, dei necessari adempimenti di rito.**

L'art. 80 *bis*, dunque, mantiene il suo vigore, non essendo stato abrogato espressamente, e non sussistendo un contrasto insanabile con il nuovo sistema processuale, che ne faccia ritenere l'abrogazione tacita.

Alla stessa conclusione si deve pervenire per quanto attiene all'art. 59 disp. att. c.p.c., che integra la norma di cui all'art. 171 terzo comma c.p.c. in ordine alla dichiarazione di contumacia **alla prima udienza**. Va in proposito evidenziato che in tale udienza possono essere adottati provvedimenti diversi da quelli elencati dall'art. 180 c.p.c., specialmente se, come nel caso, riferiti alla prima udienza da specifiche disposizioni di legge. (Sulla adottabilità anche di altri provvedimenti, cfr. Maria ACIERNO, *I primi mesi di applicazione del nuovo rito civile*).

In altri termini: mentre il giudice è tenuto a compiere tutte le verifiche previste dall'art. 180 c.p.c. (ovviamente allo stato degli atti, ben potendo, ad esempio, sorgere solo successivamente l'esigenza di integrare il contraddittorio), nulla esclude che anche altri provvedimenti vengano pronunciati, come la dichiarazione di contumacia espressamente prevista in prima udienza dall'art. 171 terzo comma, c.p.c.. Il legislatore ha voluto un accertamento preliminare sulla regolarità dell'instaurazione del processo, non anche uno svuotamento della prima udienza di comparizione: chè anzi del tutto opposte erano state le sollecitazioni rivoltegli (tra esse, la risoluzione del 18 maggio 1988 del C.S.M.: "Ciò che conta veramente (..) (è) che il processo (..) sia posto in condizioni di non partire col "piede sbagliato" di una udienza di mero rinvio che è intrinsecamente diseducativa").

Deve dunque concludersi che in tale udienza va ancora dichiarata la contumacia, con le modalità di cui all'art. 59 disp. att. c.p.c..

Quanto, infine, all'art. 62 disp. att. c.p.c., poiché il programma prevede per il pomeriggio una relazione esclusivamente dedicata all'esame della fase decisoria del procedimento pretorile, ci si limita in questa sede a ricordare soltanto, con autorevoli commentatori (CARRATO, *Lineamenti generali del processo civile pretorile novellato*, BARTOLINI, *op. cit.*), che tale disposizione deve essere ormai coordinata con le norme di cui agli artt. 314, 315 e 320 c.p.c.: solo in questi termini, e nei limiti in cui è compatibile con i citati articoli, mantiene ancora un residuo vigore.

4) *Alla prima udienza di comparizione ex art. 180 c.p.c. possono essere richiesti e concessi:*

A) *Provvedimento cautelare ex art. 669 quater;*

B) *Provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo ex art. 648 c.p.c.;*

C) *Sospensione della provvisoria esecuzione ex art. 649 c.p.c.?*

I superiori quesiti nascono dalla nuova formulazione dell'art. 180 c.p.c. che, come si è visto, non elenca i provvedimenti che precedono tra quelli adottabili alla prima udienza di comparizione. Ci si è dunque chiesti se i citati provvedimenti, la cui disciplina non esclude affatto l'adottabilità in tale udienza, possano essere subito pronunciati o debbano essere riservati ad un momento successivo.

È evidente che chi ritiene che l'elencazione del citato art. 180 c.p.c. sia tassativa nega l'adottabilità di tali provvedimenti, che dovrebbero sempre essere preceduti almeno dal completamento di tutte le difese delle parti.

Così, in giurisprudenza, vi è chi (Tribunale di Bari, ordinanza 18-10-1995, Pastore contro Leasing Levante), considerato che “sia le finalità, cui è preposta l’udienza di prima comparizione, sia la tecnica legislativa prescelta, estrinsecantesi nella **tassativa elencazione delle questioni da verificare** (N.B.: la frase in neretto non è del provvedimento in esame), ostano alla introduzione e trattazione di una questione del tutto autonoma”, ritiene che la valutazione discrezionale del giudice, nella delibazione dell’istanza *ex art. 648 c.p.c.*, presuppone che “l’opposto abbia completato le sue difese e che siano stati espletati il libero interrogatorio delle parti ed il tentativo di conciliazione”.

Altri si soffermano sulla natura dei provvedimenti richiesti. In particolare vi è chi (Pretura di Reggio Calabria, ordinanza del 1° marzo 1996) distingue tra provvedimento cautelare (tra cui rientra la sospensione dell’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo) senz’altro adottabile, e provvedimento *ex art. 648 c.p.c.*, che, non avendo tale natura, non può essere emesso prima della definitiva determinazione del *thema decidendum*, dal momento che: a) “nella composizione tra i contrapposti interessi – ad una sollecita pronunzia, da un lato, e ad una pronunzia il più aderente possibile a quello che sarà il risultato finale – si ritiene di dover attribuire prevalenza alla “stabilità” del provvedimento, con sacrificio della sua tempestiva emissione”; b) “il pericolo di un lungo differimento della disamina della richiesta di parte creditrice, per quanto non infondato, è pur sempre rimesso all’uso discrezionale dei poteri di direzione ed organizzazione di cui il giudice dispone; sarà così possibile “smascherare” poco commendevoli intenti dilatori con rinvii temporalmente contenuti e con la concessione di termini anche assai brevi per lo scambio delle memorie di precisazione del *thema disputandum*”.

Pur senza affrontare, in questa sede, la delicata questione della natura del provvedimento *ex art. 648 c.p.c.*, che viene talvolta considerato cautelare (cfr. Corte Cost. ord. 25.5.1989 n. 295; Cass. 26 gennaio 1988 n. 675; Cass. 10 luglio 1990 n. 7200; Cass. 2 marzo 1990 n. 1645), non si può condividere la soluzione giurisprudenziale appena prospettata.

Si comprendono le ragioni di giustizia sostanziale che possono suggerire di privilegiare, sull’esigenza del creditore ad un più rapido soddisfacimento del proprio credito, la maggiore aderenza possibile tra il provvedimento concessivo dell’esecuzione provvisoria e la sentenza di merito.

Queste ragioni, però, non sono nella legge: nessuna norma, infatti, richiede tale probabile aderenza, trattandosi piuttosto di una delibazione allo stato degli atti. Non diversa era l’esigenza codicistica anteriormente alla novella: anche prima, infatti, l’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo restava svincolata dalla completezza del *thema decidendum*, che anzi veniva definito soltanto dopo l’istruzione della causa, con la precisazione delle conclusioni.

Non sembra che su tale sistema abbia inciso né la novella del 1990 né la c.d. “novella della novella” del 1995, che, sotto il profilo che qui occupa, si sono limitate soltanto ad anticipare la definizione del *thema decidendum* rispetto all’attività istruttoria. Come nel passato, infatti, il debitore opponente – quale che sia la soluzione che si intende dare al problema, che in seguito sarà affrontato, della sua qualità di attore o di convenuto – potrà modificare le sue difese anche dopo la delibazione dell’istanza *ex art. 648 c.p.c.*. Ma egli avrà l’**onere**, se intende evitare la provvisoria esecuzione del decreto, di scoprire subito le sue carte, offrendo fin dalla prima udienza di comparizione prova scritta a conforto dei propri assunti o dimostrandone altrimenti la palese fondatezza.

Insomma, giudizio ordinario e sub-procedimento incidentale (termine con cui si vuol fare qui riferimento al procedimento instaurato sia con la richiesta di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo sia con l’istanza cautelare *ex art. 669 quater* sia con la richiesta *ex art. 649 c.p.c.* sia ancora con le istanze *ex art. 186 bis e ter c.p.c.*) sono del tutto distinti ed autonomi. Le facoltà processuali che ciascuna parte ha nel primo non possono in alcun modo condizionare né l’instaurazione né la definizione del sub-procedimento incidentale, che altrimenti risulterebbe, spesso, privato della sua stessa funzione urgente e/o anticipatoria.

In altri termini, la proponibilità di ulteriori difese e di mezzi istruttori ben oltre la prima udienza di comparizione non può ostare all'ammissibilità in tale udienza del sub-procedimento incidentale la cui tempestiva definizione è spesso necessaria al raggiungimento del suo scopo.

Una volta esclusa, poi, la tassatività dell'elencazione di cui all'art. 180 c.p.c., non si vede perché dovrebbe negarsi la proponibilità, alla stessa prima udienza di comparizione, delle istanze in esame, la cui delibazione non richiede affatto la preventiva trattazione della causa di merito. Ciò è pacifico per le richieste *ex art.* 648 e 649 c.p.c., che costituiscono piuttosto un'appendice della fase monitoria che un "incidente" della fase di merito (in tal senso LAZZARO-GURRIERI-D'AVINO, *op. cit.*, pag. 243; cfr. anche Cass. 14-9-1993 n. 9512; Cass. 8-2-1992 n. 1410; Cass. 28-11-1989 n. 5185). Ma è altrettanto evidente per le domande cautelari od anticipatorie sopra richiamate che richiedono soltanto una valutazione del materiale probatorio offerto fino al momento della loro decisione (ferme restando le facoltà di ulteriori allegazioni, anche in contrasto con le precedenti, delle parti).

Conclusivamente: vanno separati nettamente poteri delle parti nel giudizio ordinario da oneri di allegazione derivanti dalla possibile instaurazione di sub-procedimenti incidentali. Le parti, che potranno sempre fare affidamento sui primi non sono perciò solo esonerate dall'adempimento dei secondi, nel senso che un difetto iniziale di allegazione – pur consentito dal nuovo rito ordinario – potrà senz'altro risultare pregiudizievole nel sub-procedimento incidentale.

5) Nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo le parti, ai fini degli adempimenti indicati nell'art. 180 c.p.c., vanno intese in senso formale o sostanziale?

Sono note le divergenze dottrinali e giurisprudenziali in ordine all'assunzione delle qualità di attore e convenuto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Se è fin troppo evidente che in senso sostanziale attore è l'opposto, titolare del credito di cui si è intimato il soddisfacimento, controverso è invece chi assuma tale qualità in senso formale, o meglio a chi spettino i poteri e gli oneri processuali ad essa connessi.

Ai fini che qui occupano, senza alcuna pretesa di completezza ed al solo scopo di riassumere le posizioni, è sufficiente rilevare che parte della dottrina (tra gli altri, SATTA, *Diritto processuale civile*) ritiene che, intercorrendo un rapporto di reciproca autonomia tra decreto ingiuntivo ed il successivo giudizio di opposizione, la qualità di attore ed i rispettivi poteri ed oneri, sia pure "con ragionevoli temperamenti", spettino all'opponente.

Altri invece (GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*), dopo aver rilevato che "per effetto dell'opposizione le posizioni delle parti si trovano processualmente invertite, rispetto a quanto accade in un ordinario processo di condanna, (...) poiché il debitore opponente, pur essendo soggetto passivo del rapporto giuridico controverso, ha formalmente veste di attore, mentre il creditore, di fronte alla notificazione della citazione in opposizione, viene processualmente a profilarsi come una parte convenuta", osserva che, poiché "l'opposizione dà inizio non ad un autonomo processo, ma ad un procedimento di impugnazione del provvedimento giurisdizionale dichiarativo che, in forma di decreto d'ingiunzione, ha accolto la domanda di condanna del debitore inadempiente, proposta dal creditore col ricorso per ingiunzione, (...) è a questa domanda, introduttiva dell'intero processo, che occorre far capo, sia agli effetti dell'onere della prova sia in tema di nuove domande od eccezioni".

Anche la giurisprudenza di legittimità appare contrastante, pur se sembra ampiamente recepito il secondo dei citati orientamenti, secondo il quale i poteri e gli oneri connessi alla qualità di attore spettano al creditore opposto (cfr., tra le altre, Cass. 14-7-1965 n. 1509; Cass. 8-10-1970 n. 1867; Cass. 12-1-1972 n. 84; Cass. 12-5-1973 n. 1276; Cass. 22-10-1986 n. 6208; Cass. 22-10-1986 n. 6209; Cass. 30-7-1988 n. 4795; Cass. 6-4-1990 n. 2875; Cass. 3-3-1994 n. 2124).

Più di recente, ad una pronunzia in senso contrario delle SS. UU., secondo cui “tutti i poteri che il codice di rito ricollega alla posizione del convenuto, compreso quello di proporre domanda riconvenzionale, spettano all’opposto” (Cass. 18 maggio 1994 n. 4837), si è contrapposto che “l’opposto, in quanto attore in senso sostanziale, può, a norma degli artt. 183 e 184 c.p.c. (vecchio rito), solo precisare e modificare le domande spiegate con il ricorso ma non proporre domande riconvenzionali” (Cass. 22-3-1995 n. 3254).

Come è facile intuire e come pure parzialmente si evince dalle citate massime giurisprudenziali, l’adozione dell’una o dell’altra soluzione ha delle rilevanti conseguenze sul piano processuale, in ordine alla proponibilità di domande riconvenzionali (spettanti al solo convenuto), ai limiti entro i quali può essere mutata la domanda proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, infine all’onere della prova.

Ed il rilievo che in difetto di ogni prova utile nell’ordinario giudizio di cognizione da parte sia del debitore che del creditore, l’opposizione va accolta ed il decreto ingiuntivo deve essere revocato, è senz’altro un forte argomento a favore della tesi secondo la quale attore è l’opposto, cui appunto incombe l’onere di dimostrare l’esistenza del proprio credito. Parimenti, non è senza significato che l’art. 643 terzo comma c.p.c. faccia coincidere la pendenza della lite con la notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo, che dunque vanno considerati gli atti introduttivi dell’(eventuale) procedimento di opposizione (con la conseguenza, tra l’altro, che l’applicazione del vecchio o del nuovo rito a tale giudizio dipende proprio dalla data di notificazione degli atti suddetti).

Il problema posto in questa sede è però complicato dalla previsione di concessione del termine di cui all’art. 180 secondo comma c.p.c. “al convenuto”. È sembrato ad alcuni interpreti anomalo che tale termine dovesse essere concesso all’opponente, che pure ha proposto l’atto di citazione con cui ha dovuto invitare il creditore opposto a costituirsi, nei termini di legge, prima dell’udienza di comparizione. Stride, cioè, che il destinatario di tale invito sia diverso dalla parte alla quale va concesso il termine di cui al ripetuto art. 180 c.p.c.. Ed alcune decisioni, invero senza affrontare *ex professo* la questione, hanno senz’altro optato per la concessione di tale termine all’opposto (Trib. Bari, ordinanze del 18 ottobre 1995, Pastore contro Leasing Levante, e del 25-11-1995, Medit s.a.s. contro Azienda Agricola Valle d’oro).

Altri, invece, richiamandosi motivatamente al ricordato indirizzo prevalente del giudice di legittimità, hanno identificato nell’opponente il destinatario del termine in esame (Pretura di Trani, 2 ottobre 1995, Società Manifatture Petruzzelli contro Società Golf; Pretura di Monza, 29 settembre 1995, Società Montedil contro Società A.B.C.).

Non sfugge l’anomalia che tale ultimo orientamento comporta rispetto all’ordinario giudizio di cognizione, che si fonda ormai sul c.d. tiro incrociato, sull’alternanza, cioè, delle difese delle parti secondo atti scritti predeterminati, di cui meglio si dirà al paragrafo seguente. Tale schema comporterebbe certamente, per come si è detto, che il termine di cui all’art. 180 c.p.c. fosse assegnato non a chi ha proposto l’atto di citazione, ma alla controparte.

Resta solo da valutare se tale anomalia, ricollegabile come le altre cui sopra si è fatto cenno (domande riconvenzionali, modifica della domanda, onere probatorio) alla natura del procedimento di opposizione, possa ritenersi superata dalla considerazione, non per tutti accoglibile, che l’instaurazione di questo giudizio avviene con la notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo.

La giurisprudenza del distretto di Reggio Calabria è sul punto non uniforme, adottandosi ora l’una ora l’altra soluzione, in conseguenza della costruzione teorica del procedimento di opposizione.

6) *Quando ed a quali parti concedere il termine per comparire ex artt. 170 e 180 c.p.c.?*

Come sopra si è visto, l'art. 180 c.p.c., dopo aver ribadito il principio di oralità della trattazione della causa (plaudere al ripristino di tale principio, tra gli altri, CASTELLINI, *Commento all'art. 180 c.p.c.* in *Guida al Diritto*, 2, 13 gennaio 1996), prevede che, "se richiesto, il giudice può autorizzare comunicazioni di comparse a norma dell'ultimo comma dell'art. 170"; ed aggiunge che con il rinvio alla prima udienza di trattazione va assegnato al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per le eccezioni non rilevabili di ufficio.

Pertanto, mentre è il convenuto a potere usufruire dell'ulteriore termine per le proprie difese, tutte le parti costituite, od anche una sola di esse, possono chiedere l'autorizzazione alla comunicazione di comparse. Ed il giudice, se è tenuto, nei limiti sopra esposti, a concedere il termine per le eccezioni del convenuto, **può** autorizzare la comunicazione delle comparse. In proposito, si è osservato che, nell'esercizio del suo potere discrezionale, il giudice "dovrà farne un uso parco, confinato alle sole cause più complesse e nelle quali il chiarimento scritto sia ritenuto realmente utile sulla base di quanto sino a quel momento acquisito" (D'ASCOLA *op. cit.*).

Si è posto, poi, il problema se la scadenza del termine per tale comunicazione debba precedere o seguire quella per la proposizione delle eccezioni del convenuto *ex art. 180*, secondo comma, c.p.c..

Quest'ultima soluzione è diffusamente adottata (optano per essa, tra gli altri, COSTANTINO, *Proposte di prassi applicative*, e Maria ACIERNO, *op. cit.*), evidentemente sul presupposto che con la comparsa in esame l'attore deve essere messo in condizione di poter replicare anche alle eccezioni formulate dal convenuto nel termine concessogli ai sensi dell'art. 180 c.p.c..

Tale conclusione, però, non appare l'unica compatibile con il sistema, né quella che meglio risponde sempre alle esigenze del contraddittorio. Non va dimenticato, in primo luogo, che, come sopra si è accennato, il nuovo processo civile è improntato allo schema del c.d. tiro incrociato, che prevede l'alternanza delle difese delle parti secondo atti rigidamente predeterminati. Così all'atto di citazione il convenuto replicherà con la comparsa di risposta; così ancora all'udienza di trattazione l'attore potrà proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale e **delle eccezioni** del convenuto (art. 183 quarto comma c.p.c.); così infine le parti potranno chiedere un termine per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte, con diritto a replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dell'altra parte ed a proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime (art. 183 quinto comma c.p.c.).

Orbene, tale rigorosa alternanza di difese lascerebbe presupporre che con la comparsa di cui all'art. 180 c.p.c. l'attore possa già replicare alle eccezioni formulate dal convenuto nella comparsa di risposta; tanto più che rispetto alle nuove eccezioni proposte all'udienza di rinvio *ex art. 180* secondo comma c.p.c. lo stesso attore potrà rispondere, ai sensi del citato quarto comma dell'art. 183 c.p.c., all'udienza di trattazione. Conforta tale soluzione qualche esperienza concretamente maturata dallo scrivente. L'esigenza della comunicazione di memorie si è infatti evidenziata allorché su una questione preliminare, proposta dal convenuto in comparsa di risposta, l'attore abbia ritenuto di dover immediatamente replicare prima dell'adozione di qualsiasi provvedimento del giudice. Così si è verificato che, eccetto dal convenuto il difetto di contraddittorio per mancata citazione in giudizio di un presunto litisconsorte necessario, l'attore abbia chiesto di potersi difendere sul punto con comparsa.

Non vi è ragione, in questi casi, di posticipare il termine per la comunicazione di tale comparsa alla proposizione delle ulteriori eccezioni del convenuto, che, ripetesi, potranno ben essere contraddette all'udienza di trattazione.

Sembra opportuno dunque che, nell'esercizio del suo potere discrezionale, a seconda delle necessità del processo, sia il Giudice Istruttore a determinare, caso per caso, *a)* se concedere l'autorizzazione alla comunicazione delle comparse; *b)* entro quale termine esse vadano comunicate (e quindi anche se prima o dopo la proposizione delle eccezioni del convenuto *ex art. 180 c.p.c.*); *c)* eventualmente, se e quale delle parti debba comunicare per prima la propria comparsa ed il termine della risposta della controparte, ai sensi dell'*art. 83 bis disp. att. c.p.c.*, che sul punto mantiene inalterato il suo vigore.