

GLI INCOMBENTI DELL'ISTRUTTORE ALL'UDIENZA EX ART. 180 C.P.C.

Relatore:

dott.ssa Maria ACIERNO

pretore di Bologna

Introduzione

La soluzione definitivamente accolta (1) dal legislatore di codificare la distinzione tra udienza di prima comparizione (art. 180 c.p.c.) e prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.c.) ha quanto meno il pregio di aver fornito materiale normativo da esaminare e valutare non più sottoponibile a revisione (2).

Fino ad ora la vigenza meramente temporanea di numerose disposizioni (3) e la tecnica "atomistica" di introduzione delle disposizioni novellate (4) aveva determinato un accanimento interpretativo sproporzionato alla durata effettiva delle soluzioni faticosamente adottate (5).

Non riveste particolare utilità pratica valutare la adeguatezza del risultato finale rispetto alla lunga e complessa genesi del processo di formazione del nuovo procedimento di cognizione mentre occorre mettere a fuoco con esattezza quali sono i compiti dell'istruttore risultati rafforzati e divenuti ineluttabili per effetto del modello processuale derivante dagli articoli 180 e 183 c.p.c..

Deve essere sottolineato preliminarmente che la centralità del ruolo di direzione dell'udienza e di individuazione dell'oggetto della trattazione da parte del giudice è rimasto inalterato anche all'esito della distribuzione in due udienze della attività volta ad introdurre in modo tendenzialmente completo l'oggetto ed i soggetti della lite. Va aggiunto che se si vuole riconoscere una funzione positiva alla diluizione (6) della attività preparatoria come delineata dalle disposizioni citate, essa va ricercata nella inderogabilità dei controlli preliminari codificati nell'art. 180 c.p.c. e desumibili dal codice (7) e nella obbligatorietà degli adempimenti previsti nell'art. 183 (8) con preminente rilievo per l'interrogatorio libero, realizzabile in modo più confortevole in una udienza depurata del carico delle verifiche preliminari già effettuate nella udienza di prima comparizione.

Deve essere, al contrario, fin dall'inizio abbandonata la tentazione di ritenere che la cd. "controriforma" realizzata con lo spostamento in avanti di talune scadenze processuali incumbenti sul convenuto (9) e con la predisposizione di un'udienza da dedicare "in ogni caso" (10) alle verifiche preliminari significhi un ritorno a prassi contrassegnate dalla tendenza a posticipare il più possibile la conoscenza del fascicolo da parte del giudice ed a svaloriare il relevantissimo contributo alla definizione dell'oggetto del giudizio e del "*thema probandum*" da attribuire all'interrogatorio libero.

La rigidità impressa dal legislatore alle udienze ed agli adempimenti da eseguirsi prima della istruzione probatoria non esclude (11) la concreta possibilità di adeguare elasticamente il modello processuale alle caratteristiche delle singole controversie, eludendo, se effettivamente superfluo, qualche passaggio procedimentale anche se codificato. Tali scelte non possono però essere rimesse alla determinazione ancorché concorde delle parti ma rimangono estrinsecazione dell'esclusivo potere di direzione dell'udienza conservato dalla legge in modo notevolmente rafforzato dalla novella, al Giudice Istruttore.

Cap. I. Gli incumbenti del giudice designato ex art. 168 bis anteriori alla 1a udienza di comparizione.

L'esame delle disposizioni sulle quali è scandita la fase introduttiva del procedimento ordinario viene condotta attraverso gli incumbenti dell'istruttore nell'udienza di prima comparizione e nella prima udienza di trattazione.

È necessario individuare con esattezza nelle singole controversie gli adempimenti ed i passaggi procedurali ineliminabili, senza affidarsi meccanicisticamente all'apparente inderogabilità del sistema di sdoppiamento delle udienze e di separazione delle attività da eseguirsi in ciascuna di esse che emerge dall'esame letterale dell'art. 180 e 183-184 c.p.c. (per i mezzi di prova).

L'obiettivo rimane fissato nell'effettività della trattazione e, conseguentemente, è indispensabile avere la chiara definizione – per ciascuna scansione procedimentale – del potere dispositivo delle parti e del contenuto della funzione di direzione del giudice senza omissione negli adempimenti doverosi (12), anche in presenza dell'accordo delle parti, ma anche senza forzature procedurali quando l'appesantimento non solo temporale del processo è inversamente proporzionale alla limitatezza dell'oggetto controverso.

1. Art. 168 bis u.c.: smistamento dei fascicoli da parte dell'istruttore: un passaggio organizzatorio destinato a scomparire?

Gli adempimenti del giudice designato *ex art. 168 bis* secondo comma per il procedimento a cognizione piena verificabili anteriormente alla udienza di prima comparizione riguardano la integrazione del contraddittorio ad istanza di parte convenuta (art. 269 2° comma), la eventuale introduzione di un sub-procedimento incidentale di natura cautelare od anticipatoria (art. 669 *quater*); la necessità di natura organizzatoria di distribuire le prime udienze secondo tempi diversi da quelli risultanti dalla citazione a comparire indicata dalla parte.

Conviene partire da quest'ultimo incumbente divenuto con lo sdoppiamento in due udienze della fase introduttiva, meramente eventuale.

Una delle finalità della prima udienza di comparizione consiste proprio nella possibilità di smistare le controversie da rinviare per la prima udienza di trattazione secondo le esigenze dell'agenda di ciascun giudice in modo da poter dedicare all'interrogatorio libero ed alla trattazione delle questioni rilevabili d'ufficio un segmento temporale dell'udienza da fissare adeguato alla complessità delle singole controversie. Inoltre la preparazione delle cause per la prima udienza di trattazione dovrebbe essere facilitata dalla conoscenza, ancorché superficiale degli atti introduttivi del giudizio disponibili all'udienza *ex art. 180 c.p.c.*

Viene meno, di conseguenza, la concreta utilizzabilità dell'art. 168 *bis* ultimo comma, secondo il quale il Giudice Istruttore può differire con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. È stata espunta dalla disposizione originaria la parte relativa all'ininfluenza dello spostamento d'udienza sulle decadenze.

Prima della introduzione della udienza di prima comparizione nei numerosi incontri di studi e di ricerca di prassi uniformi che hanno scandito la gestazione frazionata della novella era emersa la concreta eventualità di non comprimere tutte le attività procedurali relative alla fase introduttiva, mediante un'udienza preliminare destinata alla distribuzione razionale delle cause al fine di renderne effettiva la trattazione ancorché differita ad una udienza successiva.

Non vi era però una unanimità di orientamento sull'utilizzazione generalizzata o mirata di tale separazione della fase introduttiva (salvo i casi in cui la estensione del contraddittorio o la rinnovazione degli atti introduttivi non imponevano di fatto la moltiplicazione della prima udienza) proprio perché si sottolineava l'esistenza di uno strumento avente analoghe finalità come il potere di differimento della prima udienza *ex art. 168 bis* ultimo comma.

Si è voluto accennare all'intenso dibattito che ha preceduto l'introduzione dell'art. 180 c.p.c. novellato non tanto per evidenziare la compatibilità del sistema preesistente con la concreta possibilità di distribuire la fase introduttiva in più di un'udienza, ma piuttosto per suggerire un uso veramente marginale dell'art. 168 *bis* ultimo comma, con l'attuale codificazione ed applicazione generalizzata cogente della separazione tra udienza destinata alle verifiche preliminari e prima udienza di trattazione.

La utilizzazione del potere discrezionale di differire la prima udienza *ex art.* 168 *bis* fino ai 45 giorni congiunta con il lungo termine a comparire stabilito all'art. 163 *bis* potrebbero consentire al convenuto di costituirsi *ex art.* 167 c.p.c. e conseguentemente proporre tempestivamente domande riconvenzionali e chiamata di terzo, con uno "*spatium deliberandi*" che può superare gli 80 giorni (13).

La dilazione temporale sembra veramente eccessiva se comparata alla marginalità delle decadenze connesse alla successiva al termine di cui all'art. 167 c.p.c. ma si tratta di uno "*spatium deliberandi*" destinato ad incrementare fortemente se si assume come termine finale quello stabilito all'art. 180 c.p.c. per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito.

Scegliendo questa seconda modalità di costituzione il convenuto ha un tempo di allestimento delle proprie difese che può divenire veramente lungo in quegli uffici ove non sia possibile fissare in tempi ravvicinati alla udienza di prima comparizione la udienza *ex art.* 183 c.p.c. soprattutto se prevarrà la prassi di concedere il termine massimo consentito dalla legge e consentire il deposito della c.d. comparsa di risposta *bis* fino al ventesimo giorno prima dell'udienza *ex art.* 183 (non computando *ex art.* 155 c.p.c. il giorno in cui è fissata la udienza) (14).

La disposizione contenuta all'ultimo comma dell'art. 168 *bis* è tutt'ora vigente. Lo spazio applicativo deve essere veramente residuale.

Possono esservi controversie in cui per la pluralità delle parti, diventa opportuna la fissazione separata e differita della udienza di prima comparizione, al fine di procedere a verifiche preliminari accurate.

Alla stessa soluzione si potrebbe pervenire per controversie seriali, con identico oggetto in modo da procedere alla riunione più speditamente soprattutto se il numero delle cause è veramente elevato e viene distribuito in "blocchi" a diversi giudici.

Divenuta, in conclusione, rilevante stabilire se la Cancelleria deve provvedere sempre ed in via generale alla trasmissione dei fascicoli relativi alle udienze di prima comparizione già fissate al fine di mettere il giudice in condizione di esercitare il potere discrezionale di cui all'art. 168 *bis* o se ormai tale passaggio organizzativo può essere omesso in via generale con la possibilità di selezionare preventivamente le tipologie di controversie per le quali può essere applicabile l'art. 168 *bis*, utilizzando le esemplificazioni fornite o scegliendo parametri diversi.

Per i motivi ampiamente esposti questo ultimo mi sembra l'orientamento da adottare, con la precisazione che l'esame dei fascicoli di ciascuna udienza di prima comparizione deve comunque essere eseguito prima dello svolgimento dell'udienza e, pertanto, le esigenze di smistamento possono trovare ampio spazio valutativo in corso di essa.

2. art. 269 c.p.c. c.p.v.: lo spostamento della prima udienza di comparizione dovuto alla chiamata del terzo richiesta dal convenuto: permane la funzione acceleratoria della disposizione?

La chiamata in causa di un terzo, diverso dal litisconsorte necessario (15) ha subito significative modificazioni con l'entrata in vigore della novella.

L'art. 269 c.p.c. è stato sostanzialmente riscritto con la finalità di scongiurare una decelerazione eccessiva dell'avvio della trattazione dovuta alla partecipazione al giudizio di litisconsorti facoltativi su richiesta delle parti.

L'analisi degli adempimenti dell'istruttore deve, pertanto, essere effettuata sulla base di questo criterio guida, incisivamente fotografato nella nuova disciplinata della chiamata in causa su istanza del convenuto.

Nel regime antecedente, lo sbarramento temporale comune ad entrambe le parti per richiedere l'autorizzazione a chiamare un terzo era costituito dalla prima udienza (16). Il giudice vi provvedeva solo all'esito di una valutazione discrezionale ed insindacabile (17) relativa alla sussistenza di ragioni di connessione giustificative dell'istanza.

Se la parte (attrice o convenuta) voleva evitare tale giudizio citava il terzo nel rispetto dei termini a comparire alla prima udienza (art. 269 1° comma previgente).

L'attuale disciplina normativa della chiamata del terzo si fonda su un regime decadenziale diverso per ciascuna delle parti. Il primo comma dell'art. 269 c.p.c. stabilisce innovativamente per entrambe le parti che alla chiamata in causa del terzo si provveda con citazione a comparire all'udienza fissata dal giudice nel rispetto dei termini a comparire.

La disposizione sembrerebbe avere l'esclusiva funzione di vietare al convenuto, ove il rispetto dei termini di comparizione lo potesse consentire, di chiamare in causa il terzo direttamente per la prima udienza.

I commentatori più autorevoli della novella sono divisi al riguardo.

La maggioranza degli autori (18) non condivide l'interpretazione restrittiva risultante dall'esame letterale dei primi due comma dell'art. 269 c.p.c. in quanto la citazione del terzo per la prima udienza risponderebbe pienamente all'esigenza acceleratoria voluta dalla nuova disciplina normativa e potrebbe per i litisconsorti necessari citati dal convenuto per la prima udienza determinare una rilevante anticipazione delle attività c.d. preliminari (19).

La soluzione estensiva sembra preferibile anche se introduce una deroga alla regola dell'attribuzione al giudice del potere esclusivo di fissare l'udienza per la citazione del terzo.

L'imperatività di quest'ultimo principio si esprime, però, pienamente nel 2° comma dell'art. 269 c.p.c., disciplinante specificamente la chiamata in causa del terzo da parte del convenuto.

Dalla disposizione risultano chiaramente predeterminati il contenuto minimo della richiesta ed il termine entro cui formularla.

Gli adempimenti della parte non pongono pertanto problemi interpretativi. La chiamata in causa del terzo deve avvenire a pena di decadenza nel termine di costituzione stabilito nell'art. 166 c.p.c. e cioè "almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione".

L'ultimo comma dell'art. 167 c.p.c. ed il capoverso dell'art. 269 c.p.c. determinano inequivocamente lo sbarramento temporale per tale incombente.

Il convenuto deve, a pena di decadenza, fare dichiarazione nella comparsa di risposta della volontà di chiamare in causa un terzo e contestualmente chiedere lo spostamento della prima udienza per garantire il rispetto dei termini a comparire.

Il contenuto effettivo degli adempimenti cui è tenuto il giudice sono invece oggetto di ampia revisione interpretativa.

La disposizione sembrerebbe imporre all'istruttore lo spostamento della prima udienza di comparizione limitando il potere di controllo del giudice alla tempestività ed alla completezza dell'istanza.

L'adozione di questo profilo interpretativo, più aderente all'esame letterale della disposizione dovrebbe poggiare sulla non attribuibilità al convenuto della facoltà processuale di citare il terzo per la prima udienza di comparizione nel rispetto dei termini a comparire.

Al convenuto sarebbe attribuito il potere non sindacabile nel merito, di chiamare in causa un terzo ma solo con le modalità tipizzate nel capoverso dell'art. 269 c.p.c.

Tale potere sarebbe corrispondente a quello dell'attore libero di instaurare la lite contro chi ritiene.

L'interpretazione indicata ha senz'altro il pregio di una perfetta coerenza testuale con le disposizioni contenute nel 1° e 2° comma dell'art. 269 c.p.c. ma si pone in contrasto con l'orientamento convalidato della giurisprudenza di legittimità formatasi nel regime antecedente dell'art. 269 c.p.c., secondo la quale il provvedimento del giudice di autorizzazione alla chiamata in causa costituisce il frutto di una deliberazione sull'esistenza di un requisito della connessione.

Anche l'apparente equiparazione tra le parti conseguente dalla lettura testuale delle disposizioni esaminate viene posto in dubbio se raffrontato al terzo comma dell'art. 269 c.p.c., regolante la chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore.

Per tale parte è infatti espressamente stabilito che il giudice compia una valutazione sul requisito della connessione.

La conoscenza degli atti difensivi del convenuto da parte dell'attore non sembra però idonea ad eliminare i dubbi di una disparità di trattamento tra le parti.

Anche il convenuto, al momento della tempestiva formulazione dell'istanza *ex* 2° comma art. 269 c.p.c. conosce l'atto di citazione e si trova in condizioni difensive pressoché analoghe a quelle dell'attore (20).

Al giudice che ha l'incombente di provvedere *ex* art. 269 2° comma c.p.c. si prospettano diverse alternative pratiche:

a) spostamento doveroso dell'udienza di prima comparizione senza la preventiva valutazione della "connessione", comunque differibile e concretamente realizzabile con la separazione dei giudizi;

b) esame preventivo non solo della ritualità della richiesta ma anche del requisito della "connessione" ancorché in una fase processuale nella quale ancora non si è formato il contraddittorio.

All'esito di un incontro finalizzato ad una prima valutazione delle modifiche introdotte con il d.l. n. 238/95 avvenuto fra i magistrati dell'Emilia Romagna è stata da alcuni prospettata la possibilità di differire la decisione sulla chiamata in causa del convenuto alla prima udienza di comparizione già fissata, in modo da garantire sostanziale parità di trattamento fra le parti (21), sul rilievo che la previsione dello spostamento d'udienza stabilito all'art. 269 c.p.c., capoverso, fosse più coerente con il quadro normativo iniziale della fase introduttiva caratterizzato da una prima udienza carica di adempimenti ed in particolare incentrata sulla partecipazione personale delle parti.

Con la previsione di una scansione processuale aggiuntiva dedicata esclusivamente alle verifiche preliminari, l'esigenza di razionalizzazione sottesa allo spostamento necessitato della udienza di prima comparizione verrebbe meno, tanto più che è stato codificato per tale udienza il controllo sulla completezza del contraddittorio, ove questo adempimento sarà possibile prima della completa formazione del *thema decidendi* (cfr. il richiamo espresso all'art. 102 c.p.c. contenuto nell'elenco degli adempimenti da eseguire all'udienza di prima comparizione).

La soluzione è suggestiva ma incontra due obiezioni: la prima è testuale in quanto l'art. 269 c.p.v. verrebbe abrogato per tutta la parte non disciplinante la decadenza temporale per la proposizione dell'istanza; la seconda è sistematica.

Con l'adozione della soluzione indicata alla possibile sufficienza di una sola udienza di prima comparizione ancorché spostata in avanti nel tempo, si sostituirebbe la quasi certa duplicazione dell'udienza *ex* art. 180 c.p.c. dovuta alla citazione del terzo.

Quale che sia la prima udienza di comparizione successiva alla richiesta di parte convenuta formulata *ex* art. 269 c.p.c. c.p.v., deve ribadirsi che in questa udienza vanno svolti tutti gli adempimenti previsti dalla legge in materia di verifiche preliminari.

Rimane da definire un ultimo profilo relativo agli incumbenti del giudice quando il processo acquista una pluralità di parti.

La udienza destinata alle verifiche preliminari secondo il novellato art. 180 c.p.c. può non esaurirsi in una sola sessione temporale e snodarsi almeno in due udienze quando l'attore *ex* 3° comma art. 269 c.p.c., richieda espressamente già all'udienza di prima comparizione di essere autorizzato a chiamare un terzo.

Se si verifica tale evenienza occorre chiedersi se il giudice già alla prima delle udienze *ex art. 180 c.p.c.* deve concedere al convenuto originario il termine decadenziale per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito oppure se deve differire tale adempimento all'udienza di verifica della costituzione del terzo.

Si deve chiarire se la fase introduttiva scandita normativamente in due sotto-fasi destinate rispettivamente alle verifiche preliminari e all'effettiva trattazione può essere composta di udienze a contenuto misto quanto meno sotto il profilo delle decadenze ad esse ricollegabili oppure se si deve procedere unitariamente e destinare le udienze esclusivamente all'uno (le verifiche preliminari) od all'altra (la trattazione o meglio l'interrogatorio libero) degli adempimenti indicati dal legislatore (22).

Il problema non è privo di rilievo pratico perché incide sul regime delle decadenze posto a carico del convenuto originario.

In una causa con una pluralità di parti il termine per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio può essere notevolmente spostato in avanti se lo si ancora per tutti all'esito della verifica della completezza del contraddittorio.

Non può infatti escludersi che il terzo una volta costituitosi *ex art. 271 c.p.c. 2° comma* chiedi ritualmente di chiamare in causa un'altra parte con conseguente spostamento doveroso dell'udienza di prima comparizione.

La soluzione "unitaria" oltre ad evitare situazioni processuali troppo sbilanciate in favore delle parti ultime entrate nel processo (23) è coerente con il testo dell'*art. 180, c.p.c.* secondo il quale il termine perentorio ha come "*dies a quo*" la prima udienza di trattazione.

Il problema non si pone per l'integrazione del contraddittorio dovuta a litisconsorzio necessario non potendosi evitare *ex lege* la trattazione unitaria delle controversie e la posizione difensiva di partenza paritaria delle parti.

Cap. II. Gli incumbenti dell'istruttore nell'udienza di prima comparizione.

1. Le verifiche preliminari ex art. 180 c.p.c. - un elenco incompleto e ridondante.

La prima udienza di comparizione è destinata alle verifiche preliminari sulla regolarità e completezza del contraddittorio.

Il suggerimento fornito dalla dottrina (24) e dalle prime riflessioni dei pratici (25) di prevedere l'opportunità di suddividere la fase introduttiva quantomeno in due udienze per poter adeguatamente procedere alla trattazione della causa, è stato accolto con una soluzione tecnica che desta perplessità. Il primo comma dell'*art. 180 c.p.c.*, contiene, infatti, un elenco di adempimenti "doverosi" per l'istruttore non differibili ad udienze successive.

La indicazione delle verifiche preliminari da effettuarsi in I° udienza viene eseguita dal legislatore con il riferimento diretto alle disposizioni che disciplinano i controlli da effettuare, come generalmente avviene per le catalogazioni od esemplificazioni di carattere tassativo.

L'elenco contenuto nel 1° comma dell'*art. 180* non può essere ritenuto tassativo perché talune attività da svolgersi necessariamente alla udienza di prima comparizione quali l'accertamento della tempestiva costituzione di almeno una delle parti ed i provvedimenti conseguenti alla mancata comparizione delle stesse, non sono contenuti nella disposizione.

La classificazione non integra infine neanche il contenuto minimo dei controlli preliminari esercitabili prima della piena definizione del "*thema decidendum*" cui è destinata la prima udienza di trattazione (26).

L'accertamento relativo al litisconsorzio necessario può non essere realizzabile prima dell'interrogatorio libero delle parti o comunque può emergere dopo la precisazione e la modificazione delle domande e delle eccezioni o delle conclusioni effettuabili esclusivamente alla prima udienza di trattazione.

Evidenziata la finalità meramente esortativa del catalogo di adempimenti preliminari posti a carico del giudice deve sottolinearsi che le indicazioni provenienti dai commentatori sulla scissione della fase introduttiva del giudizio non prevedeva un sistema di rigida separazione delle attività classificabili come verifiche preliminari e quelle più propriamente attinenti alla definizione del *thema decidendum* e degli effettivi contraddittori.

Doveva essere compito delle parti e del giudice provvedere a controlli ed alla rinnovazione delle nullità esercitabili sulla sola base degli atti introduttivi della causa.

La maggior parte delle questioni, astrattamente classificabili come preliminari possono invece sorgere con l'esame più approfondito del rapporto dedotto in giudizio.

La scelta di non predeterminare le attività ed i controlli processuali preliminari da effettuarsi all'udienza cosiddetta di smistamento aveva il pregio di eliminare i dubbi interpretativi sulla fissazione temporale di decadenze variamente ancorate alla prima udienza, coincidente nel regime previgente nella prima udienza di trattazione.

La soluzione contraria presenta, invece, il grave inconveniente di lasciare all'interprete la definizione temporale di termini decadenziali aggiungendo al problema, già affrontato per le controversie di lavoro della non coincidenza tra l'unità temporale e l'unità giuridica processuale dell'udienza, anche quello di stabilire, quando la "prima udienza" significhi udienza di prima comparizione o prima udienza di trattazione.

In numerose disposizioni è riportato il termine "prima udienza».

L'art. 269, comma terzo relativo alla chiamata in causa da parte dell'attore indica come termine finale la prima udienza.

La disposizione va coordinata con l'art. 183 4° comma nel quale è espressamente prevista la facoltà dell'attore di chiamare un terzo in causa se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto.

Nulla vieta all'attore di proporre l'istanza all'udienza *ex art.* 180 c.p.c. ma il termine di decadenza va spostato alla prima udienza di trattazione, quando le attività difensive introduttive del convenuto sono complete.

Il rilievo officioso o di parte della connessione deve avvenire in "prima udienza".

Anche per questa fattispecie di difettoso coordinamento normativo si propone la soluzione sopra illustrata per il termine perentorio contenuto nell'art. 269 c.p.c. terzo comma.

Le ragioni della connessione possono, infatti, emergere per la prima volta all'esito dell'interrogatorio libero delle parti.

Soluzioni diverse sono invece già state prospettate in ordine alla rilevabilità dell'incompetenza territoriale derogabile.

L'art. 38 2° comma c.p.c. fissa a pena di decadenza il rilievo nella comparsa di risposta.

La disposizione va, però coordinata con l'art. 180 2° comma, secondo il quale le eccezioni processuali non rilevabili d'ufficio possono essere proposte nel termine non inferiore a venti giorni dalla prima udienza di trattazione, fissato dal giudice all'esito della udienza di prima comparizione.

Se l'art. 38 2° comma si pone in relazione di specialità con il nuovo secondo comma dell'art. 180 c.p.c., il rilievo dell'incompetenza territoriale derogabile va anticipato al termine di costituzione tempestiva stabilito negli artt. 166-167 per la proposizione della domanda riconvenzionale e della chiamata di terzo da parte del convenuto (27).

Se, invece, si ritiene che la disposizione successiva abbia abrogato le disposizioni con essa incompatibili anche tale eccezione può ritenersi validamente proposta nella comparsa di risposta *bis* prima della I^a udienza di trattazione nel termine assegnato dal giudice (28).

La soluzione da preferire sembra la seconda in primo luogo perché i numerosi difetti di coordinamento normativo causati dalla caotica e frammentata introduzione di disposizioni nuove portano ad escludere una volontà derogatoria del legislatore rispetto al principio generale della modifica per effetto della legge successiva delle precedenti disposizioni contrarie.

In secondo luogo, rimane, anche con lo spostamento del termine di proponibilità dell'eccezione di incompetenza territoriale derogabile, la diversa rilevanza temporale di tale eccezione rispetto alle altre fattispecie di incompetenza per le quali il termine decadenziale è (una volta tanto) indicato chiaramente nella I^a udienza di trattazione.

In terzo luogo nelle fattispecie caratterizzate da una pluralità di fori concorrenti, quali i rapporti obbligatori, la individuazione del giudice competente può essere condizionata dalla proposizione di un'eccezione che modifichi la qualificazione del rapporto.

Per numerose altre disposizioni (es. art. 168 *bis* u.c., art. 163 3° comma n. 7) la indicazione è meramente esemplificativa) non sussistono dubbi interpretativi: il riferimento alla prima udienza va interpretato nel senso di udienza *ex art.* 180 c.p.c., in quanto si tratta incontestatamente del riferimento temporale alla prima scansione temporale del procedimento.

Quando la individuazione della "prima udienza" costituisce uno sbarramento temporale decadenziale per l'emersione processuale di questioni preliminari o pregiudiziali, il termine finale va individuato nell'udienza *ex art.* 183 c.p.c. Le ragioni della scelta sono due.

L'art. 180 novellato costituisce la risposta ad un problema organizzativo di smistamento delle cause ed ad un problema difensivo di garanzia per il convenuto: introduce una deroga espressa al sistema delle preclusioni, spostando in avanti la proponibilità delle eccezioni non rilevabili d'ufficio e si lascia inalterato l'impianto sistematico delle decadenze non collegate agli atti difensivi iniziali.

Non vi è pertanto motivo di identificare diversamente dal testo originario della novella, l'udienza nella quale devono essere rilevate le questioni di competenza e connessione e le altre per le quali il legislatore fissi come termine decadenziale la I^a udienza, tanto più che gli adempimenti prescritti nell'udienza *ex art.* 180 c.p.c., non perdono di rilievo officioso se non esaminati in tale udienza perché la loro emersione processuale non è assoggettata ad alcuna decadenza, attendendo tutti alla completezza e regolarità del contraddittorio.

Vi è anche una ragione logica: le questioni esemplificate possono richiedere la preventiva trattazione del *thema decidendi* e, pertanto non ne può essere anticipata la rilevanza ad una fase anteriore.

2. I controlli effettivamente realizzabili sulla base degli atti difensivi iniziali.

Le verifiche che attengono alla instaurazione del procedimento e del rapporto processuale hanno effettivamente contenuto preliminare e, conseguentemente devono venir rilevate e superate con gli strumenti variamente disposti dalla legge esclusivamente all'udienza *ex art.* 180 c.p.c.

La necessità organizzativa di non sovraccaricare una sola udienza anche delle verifiche estranee alla determinazione del *thema decidendum*, ha indotto il legislatore a duplicare la fase introduttiva.

L'omissione dell'attività di verifica e di sanatoria dei profili di invalidità riscontrabili sulla base degli atti introduttivi è gravemente censurabile sul piano della responsabilità professionale del giudice ma non esclude la rilevanza successiva delle questioni non affrontate nella sede processuale appropriata, ove la decadenza non risulti da disposizioni *ad hoc* (29) o dall'applicazione del principio generale in materia di nullità relativo contenuto nell'art. 155 2° comma con il rischio di dilatazione della fase introduttiva veramente poco confortanti.

La rilevanza oltre l'udienza di prima comparizione o la preclusione del rilievo oltre tale udienza verranno evidenziate comunque nell'esame delle singole attività di verifica preliminare cui si rinvia.

a) controllo sulla tempestiva costituzione di almeno una delle parti (artt. 171-307 c.p.c.)

La preventiva necessità di verificare se con la tempestiva costituzione di almeno una delle parti si possa definire incardinato un procedimento giudiziale non è indicata specificamente tra le verifiche preliminari da effettuarsi alla udienza di prima comparizione.

L'oggetto del controllo ne impone però il rilievo assolutamente preliminare perché l'adempimento – da realizzarsi mediante la tempestiva iscrizione a ruolo – è la condizione processuale per poter procedere ai controlli sul contraddittorio.

L'esegesi delle disposizioni che disciplinano le conseguenze della tardiva costituzione delle parti non è agevole.

L'art. 171 1° comma dispone che se nessuna delle parti si costituisce si applicano le disposizioni dell'art. 307 1° e 2° comma.

L'art. 307 c.p.c. che disciplina l'estinzione del processo per inattività delle parti, determina al 1° comma il termine perentorio entro il quale riassumere i procedimenti cancellati dal ruolo e stabilisce, ancorché indirettamente, che la sanzione della cancellazione della causa dal ruolo consegue alla mancata costituzione di almeno una delle parti entro il termine di cui all'art. 166 c.p.c.

L'orientamento ormai consolidato della Suprema Corte interpreta le due disposizioni (art. 171 1° comma e 307 1° comma) nel senso che ciascuna delle parti ha l'onere di costituirsi nel tempo rispettivamente prescritto dalla legge (30) con la conseguenza che il giudice deve disporre la cancellazione della causa dal ruolo anche quando l'attore costituitosi oltre il termine di 10 giorni dalla notificazione della citazione ad esso imposto dall'art. 165 c.p.c., sia però rientrato nel termine di costituzione tempestiva stabilito dall'art. 166 c.p.c. (almeno venti giorni prima della udienza di prima comparizione) per il convenuto. La mancata cancellazione della causa dal ruolo è rilevabile in ogni grado del giudizio (31) ed il convenuto costituitosi ritualmente (nel termine di cui all'art. 166 c.p.c., può sollevare il difetto di costituzione tempestiva dell'attore e chiedere che venga disposta la cancellazione della causa dal ruolo.

La assolutezza dell'orientamento peraltro non fondata sull'interpretazione letterale del rinvio all'art. 307 c.p.c., contenuta nell'art. 171 c.p.c. 1° comma è stata aspramente criticata da un'autorevole dottrina (32).

È stato rilevato che se il giudice concede un termine al convenuto costituito per integrare l'atto difensivo rimasto incompleto per la tardiva costituzione dell'attore o dispone la rinnovazione della citazione quando il convenuto non si sia costituito, nella stessa evenienza elimina ogni disparità di trattamento per le parti rimettendo pienamente in termini la parte che aveva potuto confidare della mancata costituzione tempestiva dell'avversario.

La sanatoria dovrebbe trovare applicazione per tutte le fattispecie di tardiva costituzione dell'attore, secondo l'orientamento dottrinario citato, anche per quelle effettuate successivamente al termine di cui all'art. 166 c.p.c.

La conclusione consegue al riconoscimento di una finalità esclusivamente difensiva al rispetto del termine di costituzione.

Solo la mancata costituzione dell'attore, quando il convenuto abbia a sua volta omesso di costituirsi, determina la sanzione della cancellazione della causa dal ruolo.

La costituzione ancorché intempestiva del convenuto produrrebbe un effetto immediatamente sanante la invalidità conseguente alla tardiva costituzione dell'attore anche se il convenuto si fosse costituito per eccepire la intempestiva iscrizione a ruolo del giudizio da parte dell'attore.

La concessione di un termine per integrare l'atto difensivo e la restituzione in termini per le decadenze già verificatesi producono infatti lo stesso effetto della cancellazione della causa dal ruolo, ponendo la parte convenuta nella stessa condizione processuale conseguente alla notifica della citazione.

Secondo la Suprema Corte, al contrario, i termini di costituzione hanno rilievo pubblicistico e devono essere osservati, non potendosi, in mancanza, ritenere validamente instaurata la lite.

La soluzione della rinnovazione della citazione suggerita dalla dottrina, è ritenuta inapplicabile in quanto non prevista dalla legge (33) dalla Suprema Corte.

La soluzione della sanabilità della tardiva costituzione sembra preferibile.

In effetti con la rinnovazione della citazione o con la rimessione in termini per le decadenze maturate il convenuto non subisce alcun svantaggio difensivo dalla tardiva costituzione dell'attore.

Poiché l'art. 307 c.p.c. riconosce alla tardiva costituzione di una parte la dignità processuale di atto esistente, facendo conseguire precisi ed opposti effetti alla iscrizione a ruolo entro od oltre il termine di cui all'art. 166 c.p.c., potrebbe essere applicata la norma secondo la quale il giudice, quando sia possibile deve disporre la rinnovazione degli atti, in considerazione anche del favore legislativo per la instaurazione di procedimenti non viziati all'esito di un rigoroso vaglio giudiziale anticipato alla fase introduttiva.

La cancellazione della causa dal ruolo o la rinnovazione della citazione devono, comunque, essere inequivocamente disposte alla udienza di prima comparizione avendo ad oggetto accertamenti del tutto estranei alla definizione dell'oggetto della lite.

Gli adempimenti stabiliti all'art. 181 1° comma (34) devono essere effettuati all'udienza *ex art.* 180 c.p.c.

Scarsa applicazione pratica ha l'art. 171 c.p.c. per la parte relativa alle decadenze in cui incorre il convenuto che si costituisce tardivamente (oltre il termine di cui all'art. 166 c.p.c.) quando l'altra parte si sia tempestivamente costituita.

In questo caso alla udienza di prima comparizione non si determina alcuna decadenza in quanto le domande riconvenzionali e la chiamata in causa del terzo sono tardive e la proposizione delle eccezioni processuali e di merito può essere formulata ben oltre tale udienza nel rispetto del termine di cui all'art. 180 2° comma.

b) controllo della regolare costituzione delle parti (art. 182 c.p.c.).

L'art. 182 1° comma prescrive che il Giudice Istruttore verifichi d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e le inviti, quando occorra, a completare o a mettere in regola gli atti e documenti difettosi.

L'ultima parte della disposizione disciplina la sanatoria delle mere "irregolarità" degli atti e dei documenti concernenti la costituzione delle parti.

Ne consegue l'ininfluenza sulla validità successiva del procedimento dell'omessa integrazione anche se determinata dalla mancata sollecitazione del giudice.

Rimane, invece, ferma la regola stabilita all'art. 162 c.p.c. dell'obbligo di disporre la rinnovazione degli stessi atti affetti da nullità.

Il secondo comma dell'art. 182 c.p.c. disciplina invece la sanatoria del difetto di assistenza, rappresentanza ed autorizzazione disponendo che il giudice può assegnare alle parti un termine per eliminare il vizio riscontrato nella esecuzione della verifica preliminare.

Dal coordinamento della disposizione in esame con il 1° comma dell'art. 180 c.p.c. che impone al giudice – quando occorra – di adottare i provvedimenti di cui all'art. 182 c.p.c., può desumersi la doverosità del controllo e dell'ordine di integrazione da parte del giudice ogni qual volta accerti il difetto della capacità processuale della parte (35).

La rilevanza del controllo, che può essere eseguito per tutto il corso del procedimento non deve sfuggire.

La giurisprudenza della Suprema Corte, ancorché anteriore all'innovazione normativa risultante dal nuovo testo dell'art. 180 c.p.c., ha due orientamenti difforni sul difetto di capacità processuale delle parti non sanato dal Giudice Istruttore *ex art.* 182 c.p.c. capoverso.

Il più recente orientamento consente al Collegio anche in secondo grado di esercitare tale verifica e dispone l'acquisizione dell'atto autorizzativo o di conferimento del potere di rappresentanza mancante (Cass. 20-4-94 n. 3775 in *Foro It.* 1995, I, 1296) anche dopo che la causa è stata posta in deliberazione.

Nella pronuncia n. 7682 del 23-6-92 (36) invece si ritiene che il potere del giudice di disporre la rinnovazione degli atti *ex art.* 182 2° comma è discrezionale e può essere esercitato solo nella fase istruttoria con conseguente inammissibilità dell'appello proposto dal Sindaco in nome e per conto del Comune privo al momento della decisione, dei documenti inerenti la prescritta autorizzazione.

Sembra preferibile l'orientamento più recente in quanto coerente con il disposto dell'art. 162 c.p.c. 1° comma e pienamente corrispondente all'intento del legislatore della novella di evitare pronunce di rigetto in rito valorizzando in ogni fase del procedimento il potere di rinnovare gli atti affetti da invalidità.

La natura meramente formale della verifica esaminata e la sua incidenza sulla qualità esclusivamente processuale di parte possono far dubitare sulla necessità di fissare una volta disposta la integrazione degli atti una nuova udienza *ex art. 180 c.p.c.* all'esito della quale fissare al convenuto il termine per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

La verifica dell'integrazione potrebbe infatti validamente effettuarsi alla prima udienza di trattazione in quanto necessariamente preceduta da un'attenta lettura del fascicolo.

Questa soluzione non sembra in contrasto con il sistema della fase introduttiva ed inoltre evita una eccessiva dilatazione temporale delle sessioni dedicate ai controlli preliminari.

c) controllo della validità degli atti introduttivi (artt. 164-167 c.p.c.)

Il controllo del giudice riguarda in primo luogo la fattispecie di nullità dell'atto di citazione contenute nell'art. 164 c.p.c. 1° comma consistenti nella mancanza dei requisiti essenziali della *vocatio in ius* (indicazione del giudice e dell'attore) nella insufficienza del termine a comparire o nella mancanza dell'avvertimento sulle "temperate" conseguenze della costituzione intempestiva.

Seguono quelle relative al contenuto espositivo dell'atto introduttivo (nn. 3-4 art. 164: la determinazione della cosa oggetto della domanda e l'esposizione degli elementi di fatto e di diritto), da estendersi alla domanda riconvenzionale, anch'essa rinnovabile se viziata da nullità, con provvedimento da assumersi in sede di verifiche preliminari.

Ci si deve però chiedere se il giudice disponendo la rinnovazione degli atti nulli *ex art. 164 c.p.c.* deve sempre rifissare l'udienza di prima comparizione *ex art. 180 c.p.c.* devono essere distinte le diverse evenienze processuali.

Le nullità rilevabili per la mancata costituzione del convenuto (art. 164 1° c.) impongono la rifissazione di una udienza *ex art. 180 c.p.c.* perché la parte raggiunta dalla citazione non ha ricevuto un atto idoneo a farle predisporre difese tempestive.

Alla stessa conclusione dovrebbe pervenirsi per l'inosservanza del termine a comparire e per il mancato avvertimento delle conseguenze della costituzione intempestiva.

Anche per queste fattispecie il convenuto sia che non si costituisca sia che lo faccia al solo fine di eccepire la nullità non è stato posto nelle condizioni reputate adeguate dalla legge, per potersi validamente costituire.

La stessa soluzione andrebbe in conseguenza adottata per il difetto di determinatezza dell'oggetto e degli elementi di fatto e di diritto fondanti la pretesa attorea.

Al termine per la rinnovazione della citazione o per la integrazione della domanda, qualora il convenuto si sia costituito, consegue la rifissazione dell'udienza destinata alle verifiche preliminari, non potendosi porre a carico del convenuto un termine di decadenza per la proposizione di eccezioni processuali e di merito senza avere la preventiva conoscenza del rapporto dedotto in giudizio.

Si pongono però due interrogativi: la concessione del termine per la rinnovazione degli atti non può precedere quello relativo alla proposizione delle eccezioni processuali e di merito quando il convenuto sia costituito e salva la rilevabilità del vizio non emendato all'udienza *ex art. 183 c.p.c.* con riapertura per il convenuto del termine per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito.

La seconda domanda riguarda il caso in cui l'attore integri all'udienza le carenze espositive contenute nei nn. 3-4 art. 163 c.p.c. ed il convenuto sia costituito.

In questo caso, valutata positivamente l'integrazione della domanda effettuata dall'attore il giudice dovrebbe poter fissare la prima udienza di trattazione previa concessione al convenuto del termine perentorio per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito.

Un'ultima riflessione merita l'integrazione della domanda riconvenzionale disposta dal giudice *ex art. 164 penultimo comma e art. 167 c.p.c.*

Per questa evenienza dovrebbe imporsi il passaggio alla effettiva trattazione della causa con la fissazione del termine di decadenza al convenuto, non potendosi far discendere da un comportamento deliberatamente non diligente la conseguenza dello spostamento in avanti di una decadenza processuale.

d) controllo sulla esistenza e validità della notificazione della citazione (art. 291 c.p.c.).

L'udienza di prima comparizione è fisiologicamente destinata alla verifica della instaurazione del contraddittorio.

Il giudice *ex art. 291 1° comma* deve provvedere alla rinnovazione della notificazione *ex art. 160 c.p.c.* se ne riscontra la invalidità.

È utile ricordare che la fattispecie di nullità della notificazione indicata nell'*art. 160 c.p.c.* non sono tassative: il giudice può, pertanto, procedere alla rinnovazione della notificazione non solo se non sono state osservate le disposizioni relative alla persona cui deve essere consegnata la copia o se vi è incertezza assoluta sulla persona a cui la notificazione viene fatta o sulla data (*ex art. 160 c.p.c.*) ma si estendono anche alla mancata individuazione della persona che ha richiesto la notificazione quando non sia in alcun modo possibile dall'atto processuale desumere le generalità del richiedente ed, infine, all'incompetenza dell'ufficiale giudiziario che ha provveduto alla notifica.

Il potere di rinnovazione non si estende alla notificazione inesistente.

La definizione, di origine non normativa, deve essere intesa in senso restrittivo al fine di consentire un largo uso del potere di rinnovazione attribuito al giudice dall'*art. 291 c.p.c.*

Secondo la più recente qualificazione giuridica, fornita dalla Suprema Corte, la inesistenza giuridica della notificazione ricorre quando questa manchi del tutto o sia diretto a destinatario del tutto diverso da quello risultante dalla citazione o sia effettuata in modo assolutamente non previsto dal codice di rito (Cass. 11-4-91 n. 3819).

Devono, pertanto, essere ritenute inesistenti solo quelle notifiche cui non può in alcun modo conseguire la costituzione del convenuto, non risultando fenomenicamente possibile che tale parte sia venuta, per effetto della eseguita notifica a conoscenza dell'atto.

e) controllo sulle eventuali intervenute decadenze (art. 167 c.p.c.).

Ci si riferisce in particolare alla domanda riconvenzionale e alla chiamata di terzo tardiva da parte del convenuto.

Il giudice deve far rilevare le decadenze fin dall'udienza *ex art. 180 c.p.c.* in modo che le parti siano effettivamente messe nella condizione di incentrare le loro deduzioni difensive sulle domande ed eccezioni formanti oggetto dell'accertamento giudiziale di merito.

Deve essere esclusa in particolare ogni efficacia sanante alla c.d. accettazione tacita della controparte non essendo più ammissibile riconoscere effetti giuridicamente rilevanti al comportamento meramente inerte della parte e far discendere, come era principio consolidato nel sistema previgente, l'estensione del *petitum* dalla disattenzione del difensore.

Le decadenze, come per il processo del lavoro, sono prefissate a tutela dell'interesse di rilievo pubblicistico della razionalità e rapidità del procedimento e sono conseguentemente del tutto sottratte alla disponibilità delle parti (37).

La rilevanza tempestiva delle decadenze costituisce una attività doverosa e particolarmente utile del giudice anche nelle fasi processuali successive, in modo da non gravare l'oggetto della deliberazione finale di questioni estranee alla *res iudicanda*.

f) l'art. 181 1° comma: la mancata comparizione delle parti in prima udienza.

Il testo dell'art. 181 c.p.c., risultante dalla l. 534/95 di conversione del d.l. 18-10-95 n. 432 dispone che se nessuna delle parti compare alla prima udienza, il giudice fissa un'udienza successiva, di cui il cancelliere dà comunicazione alle parti costituite.

La "prima udienza" indicata nella disposizione non può che coincidere con quella disciplinata dall'art. 180 c.p.c. in quanto destinato al primo (in senso temporale oltre che tecnico giuridico) confronto tra le parti. Il rinvio va disposto senza la concessione del termine previsto dal secondo comma dell'art. 180 c.p.c., perché l'oggetto del provvedimento del giudice è il differimento integrale della udienza di prima comparizione, in quanto non effettuata per la mancata comparizione delle parti.

3. *Verifiche solo eventualmente realizzabili all'udienza ex art. 180.*

a) controllo della completezza del contraddittorio (art. 102 c.p.c.).

È stato già osservato che la necessità di integrare il contraddittorio può più frequentemente sorgere all'esito dell'interrogatorio libero delle parti od attraverso una più puntuale qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio (38).

Non mancano però fattispecie di litisconsorzio necessario in cui è immediatamente riconoscibile dalla natura stessa della controversia la pluralità di parti.

Si pensi ai giudizi di opposizione all'esecuzione, nei quali è parte necessaria il debitore esecutato (ed in quelli avverso il piano di riparto tutti i creditori pignoranti od intervenuti), nelle azioni costitutive tendenti al mutamento di uno stato o rapporto giuridico destinato ad operare nei confronti di più soggetti.

L'anticipazione dell'ordine di rinnovazione del contraddittorio deve essere realizzata dal giudice ogni qual volta sia possibile in modo da evitare che all'udienza *ex art. 183 c.p.c.* possa verificarsi un regresso ad una fase processuale già esaurita con rimessione in termini *ex art. 184 bis* per le decadenze già verificatesi e una eccessiva dilatazione temporale della fase introduttiva (39).

b) sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c..

Analoghe considerazioni valgono per la decisione relativa alla sospensione necessaria della causa *ex art. 295 c.p.c.*

Le fattispecie più frequenti riguardano la proposizione di una domanda riconvenzionale eccedente la competenza per valore del giudice della causa principale, nella opposizione a decreto ingiuntivo.

L'orientamento della Corte di Cassazione a sezioni unite, (sent. n. 10984 del 1992 in *Giust. civ.*, 1992, I, 2333) sul rilievo che la competenza del giudice dell'opposizione è funzionale prescrive che la domanda riconvenzionale sia separata da quella principale salva la possibilità di sospendere quest'ultimo giudizio se l'oggetto della riconvenzionale è pregiudiziale rispetto alla cognizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

Il provvedimento di sospensione va assunto all'udienza *ex art. 180 c.p.c.*, in quanto la proposizione di domande riconvenzionali sia che provengano dall'opponente (convenuto in senso sostanziale) sia che provengano dall'opposto (attore in senso sostanziale) devono essere fissate a pena di decadenza negli atti introduttivi accompagnati da costituzione tempestiva.

Per l'opponente la decadenza discende dal divieto di proporre domande nuove nel corso del giudizio (salva la "*reconventio reconventionis*", *ex art. 183 c.p.c.* 4° comma), per l'opposto dall'art. 167 c.p.c.

Le parti ai fini dell'esercizio di facoltà processuali in senso stretto sono qualificate secondo la veste che formalmente assumono nel giudizio.

Per le altre fattispecie di sospensione conseguenti alla pendenza di una controversia legata da nesso di pregiudizialità, il provvedimento, di natura doveroso non è soggetto a limiti temporali, ma la necessità di sospendere va accertata con particolare rigore salvi i casi in cui non sia prevista dalla legge (art. 75 c.p.p.; questioni di stato; querela di falso).

c) riunione di procedimenti.

Occorre in primo luogo distinguere la riunione di procedimenti pendenti davanti lo stesso giudice da quelli pendenti davanti a giudici diversi.

Per i primi la richiesta di parte non è assoggettata a limiti temporali di proposizione (arg. a contrario art. 40 2° comma e 274 c.p.c.).

Quando i procedimenti pendono davanti a giudici diversi dovrebbe trovare applicazione il termine di decadenza stabilito dall'art. 40 2° comma.

La perplessità interpretativa sorge dal dubbio che lo spostamento temporale sia limitato alla fattispecie di connessione che determinano lo spostamento di competenza *ex lege* e l'accertamento della connessione con sentenza di incompetenza (art. 40 comma 1).

Deve, pertanto, essere rilevata entro la prima udienza di trattazione, la connessione dovuta alla necessità di procedere ad accertamenti incidentali (art. 34 c.p.c.) alla cognizione di domande riconvenzionali (art. 35 c.p.c.) o di eccezioni di compensazione (art. 36 c.p.c.).

Danno invece luogo ad un mero provvedimento ordinatorio di riunione i motivi di connessione specificati nell'art. 103 c.p.c..

La trasmissione *ex lege* del fascicolo al Dirigente dell'ufficio *ex art. 274 c.p.c.*, deve però precedere la fase di trattazione e i provvedimenti contenenti le deliberazioni di carattere organizzatorio precedere ogni altra valutazione, salvo che l'esigenza sorga all'udienza *ex art. 183 c.p.c.* e sia ancora possibile procedere alla riunione perché le cause si trovano nella stessa fase processuale.

La litispendenza e la continenza sono le fattispecie di incompetenza per le quali non è fissato dall'art. 38 c.p.c. un termine di decadenza per la loro rilevanza, né lo sbarramento temporale può dedursi dal citato art. 40 c.p.c..

È comunque opportuno assumere nella fase preliminare od introduttiva del procedimento i provvedimenti *ex art. 39 c.p.c.* in quanto l'attività processuale svolta nella causa "contenuta" o in quella successivamente instaurata per la litispendenza diventa "*inutileter data*" con la declaratoria di incompetenza.

Cap. III. Gli incumbenti dell'istruttore nell'udienza ex art. 180 c.p.c. diversi dalle verifiche preliminari.

1. Provvedimenti doverosi: termine al convenuto e fissazione della prima udienza di trattazione: sono atti del procedimento del tutto inevitabili?

L'esame si sposta sul secondo comma dell'art. 180 c.p.c. introduttivo delle più rilevanti modifiche al sistema originario delle scadenze ed alla configurazione normativa della fase introduttiva del giudizio.

La disposizione si apre con la concessione alle parti della facoltà di chiedere un termine per memorie qualora l'esigenza sorga dalla lettura degli atti difensivi iniziali.

Il giudice ha il potere discrezionale di autorizzare o negare l'esercizio di tale facoltà.

La medesima previsione era contenuta nella prima parte del primo comma dell'art. 180 c.p.c. previgente ed aveva la finalità di temperare il principio dell'oralità della trattazione solamente enunciato già dal legislatore del 1940.

Il “temperamento” ha funzionato ben oltre le previsioni iniziali trasformando l’udienza di prima comparizione in un’udienza destinata quasi esclusivamente a concedere un rinvio per esame della costituzione del convenuto.

Nell’attuale contesto normativo la previsione di un termine per lo scambio di memorie all’inizio del procedimento non può incidere sulla sequenza obbligata delle udienze destinate alla fase introduttiva scandita degli art. 180 e 185 c.p.c..

Se il giudice non deve disporre la rinnovazione o l’integrazione di atti, l’udienza di prima comparizione deve concludersi “in ogni caso” con la fissazione dell’udienza di trattazione e non con un provvedimento avente ad oggetto il prolungamento degli scambi e dei controlli preliminari.

La obbligatorietà del passaggio all’udienza *ex art.* 183 c.p.c. o nei limitati casi in cui è possibile, a fasi processuali successive, deriva sia dall’aggancio temporale con il termine di decadenza per le eccezioni non rilevabili d’ufficio, sia dalla finalità pubblicistica di accelerazione dei tempi del procedimento posta a base della novella.

Il provvedimento del giudice all’esito dell’udienza *ex art.* 180 c.p.c., qualora sia stata accolta la richiesta di una o di entrambe le parti di depositare memorie deve essere formulato in modo da indicare in primo luogo il termine per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d’ufficio, ed a scalare, tenendo conto del principio del contraddittorio, l’altro termine *ex art.* 170 c.p.c.

L’uso della facoltà processuale esaminata deve essere moderato perché alla prima udienza di trattazione è largamente prevista la possibilità per le parti di dedurre e scambiarsi memorie senza peraltro alcun potere limitativo del giudice.

La disposizione che crea maggiori difficoltà interpretative rimane però quella che stabilisce il differimento temporale della decadenza riguardante la proposizione delle eccezioni non rilevabili d’ufficio.

Il legislatore ha previsto che “in ogni caso (il giudice N.d.S.) 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 non rilevabili d’ufficio”.

Il primo quesito riguarda l’applicabilità del termine al convenuto contumace.

Al riguardo sono state prospettate due soluzioni.

La risposta negativa riconosce al termine in oggetto una funzione esclusivamente difensiva e pertanto ne assoggetta la concreta applicabilità all’istanza di parte, equiparandone il regime giuridico alle altre fattispecie in cui una facoltà processuale viene sottoposta con provvedimento del giudice ad una definitiva limitazione temporale (cfr. art. 244 c.p.c. ultimo comma per le deduzioni istruttorie) (40).

La locuzione “in ogni caso” che apre la disposizione relativa alla concessione del termine in oggetto andrebbe interpretata nel senso di “quando al convenuto non lo si può rifiutare”.

La risposta positiva poggia su più salde basi normative e sistematiche.

La disposizione in esame introduce, in via generale, un nuovo regime giuridico delle decadenze cui è assoggettata la parte convenuta.

La conferma testuale proviene dall’art. 167 c.p.c. 2° comma, emendato della parte relativa alla proposizione delle eccezioni processuali e di merito ed incontestatamente applicabile per le decadenze rimaste ancorate alla costituzione “*ante causam*” anche al convenuto contumace all’udienza di prima comparizione.

La soluzione opposta postula invece un regime di decadenze temporalmente diverso per il convenuto tempestivamente costituito *ex art.* 167 c.p.c. e per quello che non versi in tale condizione processuale.

Per il primo le decadenze relative alle eccezioni non rilevabili d’ufficio scatterebbero nel termine di cui all’art. 180 c.p.c. 2° comma, per il secondo sarebbero tutte anticipate al termine di venti giorni prima dell’udienza di prima comparizione.

La conclusione è però priva di sostegno normativo proprio perché l'art. 167 c.p.c. secondo comma prescrive solo per le domande riconvenzionali la proponibilità a pena di decadenza nel termine indicato nell'art. 166 c.p.c.

La fissazione del termine *ex art. 180 2° comma c.p.c.* vale, pertanto, anche per il convenuto non costituito all'udienza di prima comparizione, anche se il provvedimento che lo determina non deve venire comunicato a tale parte sia che venga reso in udienza sia che sia contenuto in un provvedimento riservato.

L'art. 176 2° comma, coordinato con l'art. 292 1° comma (41) regola la prima ipotesi.

La seconda deriva dall'applicazione dell'art. 176 2° comma e 170 1° comma, ai sensi dei quali i provvedimenti emessi fuori udienza vanno comunicati alle sole parti costituite salvo che abbiano ad oggetto l'ammissione dell'interrogatorio formale ed il giuramento decisorio del contumace per cui trova applicazione l'art. 292 1° comma c.p.c.

Rimane da esaminare il problema della rinunciabilità del termine da parte del convenuto costituito e la possibilità di non fissare la prima udienza di trattazione quando la causa è già matura per la decisione.

I due profili sono direttamente collegati perché la mancata indicazione temporale del termine per proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio su richiesta della parte convenuta è logicamente prodromica alla omissione dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.*

L'esame testuale della disposizione sembra escludere la legittimità del "salto" dalle verifiche preliminari alla precisazione delle conclusioni omettendo di dedicare un'udienza alla trattazione della causa e di concedere il termine decadenziale ancorato a tale udienza.

Residua un limitato margine di elusione dell'imperativo normativo "in ogni caso". Si tratta del caso in cui la causa venga ritenuta dalle parti e dal giudice matura per la decisione.

È insufficiente il mero consenso comune delle prime o la sola valutazione discrezionale del secondo perché da un lato al giudice non può venire sottratto il potere-dovere di rilievo pubblicistico di direzione del procedimento; dall'altro, la disposizione esclude l'esistenza di un potere discrezionale del giudice, imponendogli al contrario "in ogni caso" e non quando lo ritenga necessario od opportuno, la prefissione del termine.

La corretta interpretazione della locuzione sembra pertanto "in ogni caso in cui le parti non sono d'accordo sul contrario ed il giudice non consenta" (42).

Deve essere infatti sottolineato che l'art. 80 *bis* disp. att. non è stato abrogato e pertanto è astrattamente possibile ritenere la causa matura per la decisione e rinviare esclusivamente per quest'incombente (43).

Il potere discrezionale del giudice di direzione dell'udienza incontra il limite della rigida demarcazione delle udienze fissata dal legislatore.

Il problema si può riproporre quando le parti, entrambe costituite (44) chiedono già all'udienza *ex art. 180 c.p.c.* un provvedimento ammissivo di prove orali, ritenendo superflua non solo la concessione del termine per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio ma anche l'interrogatorio libero delle parti.

Questa evenienza è di più difficile soluzione rispetto a quella sopra esaminata della causa di puro diritto.

Quando la soluzione richiede lo svolgimento di attività istruttoria non sembra consentita l'omissione della prima udienza di trattazione.

Va osservato infatti che la esatta definizione del *thema decidendi* integrata delle questioni (condizioni dell'azione ed eccezioni) rilevabili d'ufficio suggerite dal giudice sia obbligatoriamente prodromica alla fase istruttoria vera e propria.

Il sistema normativo è incentrato sulla consequenzialità delle due fasi al fine di pervenire ad un completo accertamento del merito (45).

La obbligatorietà tendenziale dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.* deriva anche dal maturarsi di talune decadenze (artt. 38-40 c.p.c.) in tale udienza.

C'è da chiedersi come incide il mancato espletamento della prima udienza di trattazione sul regime giuridico di tali decadenze.

Se la mancata fissazione dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.* è dipesa esclusivamente dal giudice dovrebbe essere consentito alle parti di sollevare le eccezioni di incompetenza alla prima sessione temporale e processuale in cui ciò sia possibile, e cioè all'udienza successiva a quella di prima comparizione preliminarmente allo svolgimento degli incombeni prescritti dal provvedimento di rinvio.

Più difficile è applicare la stessa soluzione quando la udienza *ex art. 183 c.p.c.* sia stata omessa con il consenso delle parti.

In questa evenienza il rilievo officioso e di parte delle questioni di competenza deve ritenersi del tutto precluso.

Ad una soluzione analoga si può pervenire per la evenienza che il giudice fissi l'udienza *ex art. 183 c.p.c.* ma ometta di concedere al convenuto (che non vi ha rinunciato se costituito o quando sia contumace) il termine perentorio per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio.

Può trovare applicazione in questo caso la regola generale in materia di termini perentori secondo la quale l'omessa pronuncia del giudice fa scattare il termine di legge.

Conseguentemente entro il ventesimo giorno anteriore alla fissata prima udienza di trattazione devono essere proposte le eccezioni di parte. Lo stesso principio è direttamente statuito dall'art. 669 *octies* in materia di riassunzione del giudizio di merito all'esito della fase cautelare. Il legislatore indica espressamente che in caso di omessa indicazione del termine nel provvedimento del giudice il processo va riassunto nei trenta giorni.

2. *Provvedimenti condizionati dalle istanze delle parti.*

a) *provvisoria esecuzione e sospensione della esecutorietà del decreto ingiuntivo (art. 648-649 c.p.c.).*

b) *ordinanze anticipatorie ex art. 186 bis, ter, quater.*

Poiché l'udienza di prima comparizione è destinata esclusivamente all'esecuzione dei controlli formali sul contraddittorio e la costituzione delle parti rientranti nelle c.d. verifiche preliminari (46) ci si è chiesti se fosse possibile alle parti formulare richieste di provvedimenti anticipatori richiedenti, tendenzialmente, la delimitazione del *thema decidendi* ad un'udienza non destinata normativamente a tale incombenza.

In particolare devono essere esaminati la richiesta di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, la richiesta di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto che ne sia munito, le ordinanze di condanna anticipata disciplinate dagli artt. 186 *bis, ter, quater*.

La richiesta di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo è disciplinata dall'art. 648 c.p.c. senza alcuna previsione temporale relativa alla adottabilità da parte del Giudice Istruttore del provvedimento di accoglimento o di rigetto.

Sul piano testuale nessun ostacolo normativo proveniente dall'art. 648 c.p.c. si frappone alla decisione sull'istanza alla prima udienza di comparizione.

L'opponente, da considerarsi attore, al fine di applicare il regime di decadenze appropriato, (47) se vuole evitare l'accoglimento della più probabile richiesta di provvisoria esecuzione deve anticipare alla data di costituzione (e formazione del fascicolo) od al massimo alla udienza di prima comparizione, la devoluzione in giudizio di prove documentali oppostive al diritto di credito vantato dall'opposto.

La previsione di un termine di decadenza successivo per la indicazione dei mezzi di prova, disciplinato nell'art. 184 ed articolabile in più di una sessione processuale è applicabile esclusivamente al procedimento a cognizione piena, ed ha lo scopo di consentire alle parti di procedere gradatamente ma non discrezionalmente alla definizione del *thema decidendi* e del *thema probandi*, relativi al giudizio di merito.

Nulla però vieta alla parte di scoprire preventivamente le proprie carte ed anzi tale comportamento processuale costituisce un vero e proprio onere quando nel giudizio ordinario si innesta una richiesta di condanna anticipata quale quella contenuta nell'art. 648 c.p.c. Ne consegue la necessità di porre l'opponente nella condizione di difendersi validamente sull'istanza ex art. 648 c.p.c. quando l'opposto – convenuto in senso formale – si costituisce direttamente alla udienza di prima comparizione e chiede la provvisoria esecuzione del decreto.

La concessione di un termine a difesa non significa, però, differire l'esame dell'istanza all'esito dell'interrogatorio libero delle parti, ma esclusivamente garantire il contraddittorio effettivo anche nel sub-procedimento incidentale destinato agli incombenti di cui all'art. 648 c.p.c..

La conclusione è rafforzata dalla "specialità" del sub-procedimento in oggetto, ritenuto secondo l'orientamento maggioritario in dottrina e nella giurisprudenza di legittimità (48) una prosecuzione della fase monitoria (49) e non un "incidente" dell'ordinario giudizio di merito.

Senza prendere posizione sul delicato problema della qualificazione giuridica della provvisoria esecuzione ex art. 648 c.p.c. deve rilevarsi che la reiterabilità dell'istanza (50) all'esito di un provvedimento di rigetto, ormai divenuta "*ius receptum*" costituisce un ulteriore argomento a sostegno della soluzione affermativa.

La risposta negativa si fonda in particolare sulla autonomia della deliberazione relativa alla provvisoria esecuzione rispetto alla fase monitoria; sulla "piena cognizione" del Giudice Istruttore fin dall'instaurazione del giudizio di merito, sulla natura anticipatoria ma non cautelare del provvedimento (analogamente allo stesso provvedimento monitorio) ed alla conseguente ineludibile necessità di avere prima di decidere una tendenzialmente completa prospettazione del *thema decidendum*, soprattutto con riferimento ai parametri di valutazione richiesti dall'art. 648 c.p.c., non sicuramente individuabili in forma completa alla prima udienza di comparizione.

Si tratta in verità di considerazioni pratiche di indubbio rilievo ma prive di sostegno normativo.

La tendenziale minore efficacia dell'interrogatorio libero all'esito di un provvedimento di accoglimento della provvisoria esecuzione, non può costituire elemento discriminante l'inammissibilità della richiesta.

La norma prevede che l'ingiungente la formuli senza limiti temporali dilatori e sulla base degli elementi di fatto e di diritto a sostegno del credito desumibili dalla fase speciale, senza prevedere condizioni diverse da quelle relative al sostegno probatorio dell'opposizione.

Il profilo qualificante della deliberazione è l'avvenuta instaurazione del contraddittorio, non anche la trattazione della stessa.

La intervenuta trattazione costituisce una eventualità procedimentale seguente alla reiterazione dell'istanza all'esito di rigetto o alla scelta dell'opposto di differirne l'adozione ad una fase del procedimento più avanzata.

La soluzione indicata è senz'altro applicabile al provvedimento ex art. 649 c.p.c., dove le ragioni di tutela cautelare sono incontroverse.

Per quanto riguarda i provvedimenti anticipatori ex art. 186 *bis* e *ter* la soluzione dell'interrogativo è notevolmente più problematica perché non si tratta di provvedimenti legati ad una fase di accertamento, ancorché sommario, del diritto già avvenuta *ante causam*.

Si tratta di sub-procedimenti incidentali inseriti nel giudizio di merito e tendenzialmente generati dall'evolutorie della cognizione piena in corso di procedimento.

La incidenza statistica di tali richieste in sede di udienza di prima comparizione dovrebbe essere modesta.

Per l'art. 186 *bis* la sussistenza fin dagli atti introduttivi del giudizio dei requisiti di ammissibilità della tutela monitoria dovrebbe spingere la parte ad azionare il procedimento speciale.

Per l'art. 184 *ter* il requisito della "non contestazione" è destinato ad emergere nella maggior parte dei casi dopo l'interrogatorio libero od addirittura dopo la formazione delle prove costituite.

Deve però obiettarsi sul piano testuale la assenza di una preclusione temporale iniziale, essendo ravvisabile in entrambe le disposizioni solo la fissazione del termine finale di esercizio del diritto (la precisazione delle conclusioni) (51).

L'ostacolo normativo proviene in realtà dall'art. 180 2° comma che prevede per il convenuto la possibilità di proporre le eccezioni processuali e di merito oltre la conclusione dell'udienza dedicata ai preliminari.

A differenza dell'art. 648 c.p.c., nessun particolare onere di diligenza probatoria può essere posta a carico della parte contro la quale è diretta l'istanza.

Il godimento del termine di differimento delle decadenze per le eccezioni di parte nonché delle altre limitazioni temporali gradualmente relative alla definizione del "*thema decidendi*" e "*probandi*" non incontra ostacoli dalla proposizione di istanze *ex art.* 186 *bis* e *ter*.

Tali istanze dovrebbero essere ritenute inammissibili all'udienza *ex art.* 180 c.p.c. quando la parte contro cui sono dirette intende esercitare validamente il proprio diritto di distribuire il proprio onere difensivo secondo la scansione di legge.

Un'applicazione residuale potrebbe essere ravvisata quando le parti chiedono entrambe di passare direttamente alla fase deliberativa, ed una di esse formula istanza *ex art.* 186 *bis* o *ter*.

In tutte le altre controversie in cui le parti od il giudice nonostante il diverso iniziale avviso delle parti, decidono di procedere secondo l'ordine temporale delle fasi processuali volute dalla legge, non può farsi discendere alcuna conseguenza probatoria – quale la non contestazione o la sussistenza dei requisiti per l'ingiunzione – dall'incompleta difesa di una parte dovuta alla facoltà processuale di differirne la devoluzione in giudizio *ex lege*.

Nemmeno l'instaurazione del contraddittorio sull'istanza, realizzata con la concessione di un termine per memorie, avente ad oggetto la contestazione della fondatezza delle richieste, può dirsi legittimo perché costituirebbe la violazione del sistema di graduazione temporale dell'attività processuale.

La conclusione negativa può essere applicata all'art. 186 *quater*, salva la applicazione residuale sopra evidenziata.

(1) Con la legge di conversione 20-12-95 n. 534 (in G.U. - serie generale - n. 256 del 20-12-95. Il testo coordinato del d.l. 18-1-95 n. 432 con la legge di conversione è in G.U. 28-12-95 n. 302, serie generale, p. 40. L'art. 4 del d.l. riporta le modifiche all'art. 180 c.p.c. in esame. In appendice alla relazione - sub A).

(2) Le critiche sulla inutilità e non opportunità normativa in oggetto sono state indicate in modo accurato e completo nei numerosi commenti già apparsi nelle riviste. Per una disamina più approfondita cfr. nota a margine - Pretura Monza ord. 29-9-95 in *Foro It.*, 1995, p. 3298.

Si è in particolare criticato la inelasticità della dicotomia tra le due udienze e la difficoltà di far rientrare talune attività processuali nelle verifiche preliminari (udienza *ex art.* 180 c.p.c.) o nelle questioni attinenti alla definizione del *thema decidendum*.

(3) Cfr. da ultimo la abrogazione del novellato art. 181 c.p.c. per effetto della citata legge di conversione (nota 1) e la reintroduzione del regime anteriore al 1-1-93 in ordine alla mancata comparizione delle parti in prima udienza ed in quelle successive.

La sorte della disposizione contenuta nell'art. 181 esemplificativa delle divergenti pressioni subite dal legislatore della novella ad una iniziale applicazione del regime di cancellazione della causa dal ruolo alla prima udienza in cui non comparivano le parti alle sole cause pendenti dopo il 1-1-93 (*ex* l. 26-11-90 n. 353 così come modificata dalla l. 14-12-92 n. 477). Si è pervenuti ad una estensione della nuova regola anche alle cause pendenti (*ex* d.l. 121/95) ed ora, invece è definitivamente applicabile la disciplina vigente prima dell'entrata in vigore della legge n. 353/90.

(4) A parte il “corpus” omogeneo relativo al procedimento cautelare uniforme (art. 669 *bis* e ss.) le altre disposizioni della l. 26-11-90 n. 353 sono entrate in vigore in tempi differenziati e con estensione applicativa distinta nel tempo.

Per esempio: le controversie pendenti al 1-1-93 erano integralmente assoggettate al rito antecedente. Con il d.l. n. 121 del 20-4-95 sono state ritenute applicabili a tali controversie le disposizioni della novella in precedenza vigenti solo per le cause instaurate dopo il 1-1-93 (si tratta in particolare delle disposizioni nuove in materia di rito nei procedimenti connessi - ordinanze anticipatorie di condanna - cancellazione cause dal ruolo, provvisoria esecuzione sent. 1° grado).

Questo parziale “collage” normativo ha subito applicazioni caotiche e casuali proprio perché estratto da un contesto coerente ed inserito in un insieme eterogeneo.

Ancora più bizzarra la sorte delle cause instaurate dopo il d.l. 20-4-95 n. 121 le quali dopo l'entrata in vigore del d.l. 9-8-95 n. 347 sono state assoggettate ad un regime giuridico “virtuale” per oltre tre mesi diverso sotto il profilo della individuazione del giudice competente e delle scadenze processuali, diverso dall'attuale vigente.

(5) Per i procedimenti di convalida il tentativo di rendere organica e distinta la fase sommaria da quella a cognizione piena ha trovato un riscontro normativo positivo nell'art. 660 così come novellato dalla l. di conversione (in Appendice vedi *sub* B).

(6) La felicissima scelta terminologica è di B. CAPPONI: “*Prima udienza di comparizione e prima udienza di trattazione. Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie*”. Relazione tenuta all'incontro di studi sul tema, Frascati 27/29-11-95.

(7) Mi riferisco a quelli qui più diffusamente esposti nel cap. II sub. 1 - sub. 2.

(8) Per la individuazione degli incombenti rinvio al cap. IV.

(9) Ovvero la proposizione delle eccezioni processuali e di merito per le quali il convenuto ha un termine non inferiore a venti giorni prima della udienza *ex* art. 183 c.p.c. (cfr. *ex* 180 2° comma c.p.c.).

(10) La locuzione viene usata con riferimento alla prima udienza di comparizione: argomentando dall'art. 180 2° comma che riferisce l'espressione “in ogni caso” alla fissazione della prima udienza di trattazione, richiedendo, pertanto, lo svolgimento di entrambe le udienze.

(11) cfr.: CAPPONI, in *op. ult. cit.* p. 16.

(12) Es: interrogatorio libero.

(13) Il rilievo con riferimento ad esperienze di ordinamenti diversi è di CAPPONI in *op. ult. cit.*, p. 16 e ss. ove è sottolineato che nel tempo in cui il convenuto nel ns. ordinamento può validamente costituirsi, in altri ordinamenti viene decisa la causa.

(14) Per questo modo di computare il termine cfr.: BALENA *op. cit.* pag. 138 *contra* Cass. 7-4-88 n. 2739 in Giust. Civ. 1988 I, 2752 nel senso che il *dies a quo* è quello della costituzione e non quella dell'udienza.

(15) Originario o divenuto tale *ex* art. 107 c.p.c. “*iussu iudicis*”.

(16) Sulla perentorietà del termine anche nel regime antecedente cfr. fra le tante: (Cass. 19.10.76 n. 3617).

(17) La insindacabilità è sempre stata sottolineata dalla Suprema Corte cfr. fra le tante Cass. 21-9-79 n. 4867 e 23-1-78 n. 4292. Sulla necessità della preventiva deliberazione sulla connessione cfr. Cass. 13-4-87 n. 3667 e 9-5-90 n. 3806.

(18) BALENA in: “*La Riforma del processo di cognizione*”, Napoli, 1995 pag. 244; LUISSO in: “*La riforma del processo civile*”, Milano, 1991, p. 163 ss; TARZIA: “*Lineamenti del nuovo processo di cognizione*”, Milano, 1991 p. 100; COSTANTINO in: “*Provvedimenti urgenti per il processo civile*” (Commentario a cura di Cipriani e Tarzia), in *Nuove leggi civili commentate*, 1992, p. 77; BUCCI, CRESCENZI, MALPICA: “*Manuale pratico della riforma del processo civile*”, Padova, 1991, p. 115; DI NANNI: “*Codice di procedura civile*”, Legge 26-11-90 n. 353, Torino, 1991, p. 128 n. 3.2.

(19) L’osservazione finale è di BALENA, *op. ult.*, cit. p. 244, il quale sottolinea che l’intervento coatto a cura del convenuto per la prima udienza consente un più rapido superamento della fase c.d. preliminare.

(20) Vedi per tutti: G. OBERTO in “*La riforma del processo civile*”, Roma, 1994, vol. I, pag. 260 ss..

(21) Per l’attore che intenda chiamare in causa un terzo la “prima udienza” è quella di trattazione come risulta dall’art. 183 penultimo comma.

(22) La stessa riflessione con riferimento agli altri provvedimenti conseguenti alle verifiche preliminari che hanno ad oggetto rinnovazione di atti, in B. CAPPONI *loc. ult. cit.*, p. 25, il quale conclude anche se “amaramente” per la soluzione unitaria.

(23) Si pensi al caso in cui si proceda all’interrogatorio libero delle parti originarie nell’udienza destinata limitatamente al terzo chiamato alle verifiche preliminari.

(24) Così TARZIA in *Lineamenti*, cit. p. 81.

(25) Questa era la soluzione maggioritaria negli incontri tra Magistrati che si sono susseguiti lungo la interminabile “*vacatio legis*” della novella, in particolare nell’ambito dell’“Osservatorio della Giustizia Civile” finalizzati alla creazione di prassi comuni per i tribunali dell’Italia settentrionale.

(26) La qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio, all’esito della prima udienza di trattazione può ad esempio chiarificare la natura trilatera del contratto da esaminare (es.: da cessione credito in cessione contratto). Un’altra esemplificazione può provenire dalle controversie aventi ad oggetto responsabilità civile da circolazione stradale quando venga opposta dalla compagnia assicurativa la esclusione della copertura assicurativa e sia necessario citare il Fondo di Garanzia vittime della Strada, perché esistono danni alle persone, oppure quando risulti che il bene su cui si vanta un diritto è di proprietà comune.

(27) Cfr. Pretura Monza ord. 23-9-95 in *Foro it.*, 1995, I, 3296, nel corso della quale viene accolta questa tesi.

(28) Così Tribunale Trani ord. 9-10-95 in *Foro it.*, 1995, I, 3295.

(29) Es.: *ex art.* 164 5° comma la costituzione del convenuto sana i vizi della citazione incidenti sulla validità dell’atto introduttivo *ex art.* 164 1° comma.

(30) Cfr. Cass.: 28-11-87 n. 8878.

(31) Sent. Cass. su rep. *foro it.* 9-3-90 n. 1928.

(32) PROTO PISANI in “*La nuova disciplina del processo Civile*”, Napoli, 1991, p. 123.

(33) Non risulta applicabile per analogia la disciplina normativa delle nullità stabilita all’art. 162 1° comma in quanto la fattispecie della tardiva costituzione è equiparata quanto agli effetti alla mancata costituzione con conseguente inesistenza dell’atto da sanare.

(34) Vedi la nuova formulazione dell’art. 181 c.p.c. per effetto della legge di conversione 20-12-95 n. 534 del d.l. 19-10-95 n. 432 che abroga la novella e reintroduce il previgente sistema della necessaria mancata comparizione reiterata per due udienze per poter validamente disporre la cancellazione.

(35) Le fattispecie più frequenti riguardano la mancanza della delibera contenente l’autorizzazione a stare in giudizio per i legali rappresentanti degli enti pubblici. Analogo provvedimento autorizzatorio deve essere emesso dal giudice delegato per la legittimazione processuale del curatore o l’omesso deposito della procura generale alle liti.

(36) Conforme Cass. 8-6-88 n. 3884.

(37) Si porrà fine alle molteplici rimessioni sul ruolo dovute a domande principali o riconvenzionali non istruite perché introdotte caoticamente in corso di causa, magari in una memoria allegata a verbale e non conosciuta dalla controparte.

(38) A mero titolo esemplificativo si pensi ai giudizi di divisione ereditaria in cui solo con l'interrogatorio libero possono emergere un numero di eredi superiori a quello formante oggetto del rapporto originario oppure in una causa di rivendica o di accertamento negativo di un diritto altrui, di cui emerge la contitolarietà con terzi, non ancora partecipanti al processo, o quando l'oggetto di un giudizio in materia immobiliare riguardi invece una parte comune di un edificio.

(39) Per le controversie in cui la pluralità di parti può desumersi da documenti può essere utile disporre l'integrazione documentale necessaria e rinviare ancora per gli adempimenti *ex art. 180 c.p.c.* ad un'udienza ravvicinata.

(40) VERDE in: *Il nuovo processo di cognizione: Lezioni su primo grado ed impugnazioni in generale*, Napoli, 1995, p. 22-23.

(41) L'art. 176 2° comma stabilisce che i provvedimenti resi in udienza si intendono conosciuti dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparire. L'art. 292 1° comma stabilisce che si devono portare a conoscenza del contumace solo i provvedimenti ammissivi di interrogatorio formale.

(42) Ad analoga conclusione pervengono BALENA in *op. ult. cit.* p. 322 e CAPPONI *op. ult. cit.* p. 13.

(43) L'art. 80 *bis* disp. att. prescrive che la rimessione al Collegio è possibile anche all'udienza di prima comparizione. Per un'attenta disamina del problema vedi BALENA *op. ult. cit.* p. 326.

(44) Questa è la condizione di partenza per potere valutare l'ammissibilità di "salti" nel procedimento.

(45) Rimane da obiettare che in numerose controversie relative alla responsabilità civile per circolazione stradale o nelle clause volte alla mera determinazione di un compenso quando sia incontestato l'"*an debeatur*" il *thema decidendi* si esaurisce nella attività istruttoria di quantificazione del danno e, pertanto la prima udienza di trattazione risulta superflua.

(46) Sull'individuazione delle quali rinvio ai Cap. I e II della presente relazione.

(47) *Contra* ord. Pretore Monza in *Foro It.*, 1995, I, 3296, però vedi in Cass. Sez. Un. 18-5-94 n. 4837, in *Foro It.* '94, I, 1682, la chiara precisazione in motivazione che all'opposto spettano poteri processuali del convenuto.

(48) Cfr. Cass. Sez. lavoro 8-2-92 n. 1410 ove è ribadito che il giudizio di opposizione apre una valutazione sulla fondatezza della pretesa, mentre la decisione *ex art. 648 c.p.c.* si fonda sull'esame dei presupposti del decreto.

(49) Con conseguente valutabilità degli elementi di prova per l'opposto esclusivamente della fase sommaria.

(50) Cass. 8-12-93 n. 12138.

(51) Questo sembra l'orientamento del Tribunale di Milano secondo il resoconto di una riunione tenutasi all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 180 novellato tra i colleghi.