

5. *SEGUE*. B) LA PROSPETTATA DISPONIBILITÀ DI QUEI MODELLI E LA LORO CONSEGUENTE FLESSIBILITÀ, IN RAPPORTO AD UN PIU AMPIO POTERE DIRETTIVO DEL GIUDICE

Sin dall'entrata in vigore delle riforme urgenti del 1995, a dir il vero, si è cercato di mitigare in qualche modo "l'incongruenza del data letterale", proponendo "interpretazioni di buon senso"⁶⁹. Nel dubitare che la scissione della fase preparatoria nelle due udienze (di prima comparizione e di prima trattazione) sia un evento inevitabile e indispensabile "in ogni caso" – come parrebbe desumersi dall'art. 180² – si è posto un duplice interrogativo:

a) se, laddove il convenuto si costituisca nel termine dell'art. 166 e proponga nella propria comparsa di risposta non soltanto le eventuali domande riconvenzionali e le istanze di chiamata di un terzo, ma anche le eccezioni di rito e di merito che egli intende sollevare, egli abbia il potere di rinunciare al termine perentorio ulteriore, talché il giudice possa astenersi dall'assegnarlo e, su richiesta o su accordo di parte, possa anticipare nella stessa udienza di prima comparizione taluna delle attività processuali (anche di merito), da compiersi nella prima udienza di trattazione;

b) se, laddove il convenuto non si sia costituito ed, essendo stato validamente citato in giudizio, venga dichiarato contumace ai sensi dell'art. 171³, il giudice sia egualmente tenuto a rinviare alla prima udienza di trattazione e ad assegnargli quel termine perentorio ulteriore, per la proposizione di eccezioni processuali e di merito.

Credo che le risposte negative, date ad entrambi i quesiti⁷⁰, siano meritevoli di attenta considerazione critica. Anzitutto, la dissociazione del-

⁶⁹ Sono parole di CAPPONI, *Note*, cit., p. 1075.

⁷⁰ Cfr., nella giurisprudenza di merito, ad es.: a) sul primo quesito, Trib. Trani, ord. 2 ottobre 1995, *Soc. Manifatture Petruzzelli c. Soc. Golf*, in *Foro it.*, 1995, I, pp. 3298-3300, spec. 3299 (motivazione), con riferimento al "carattere nonmeramente privatistico del nuovo meccanismo contemplato dall'art. 180" c.p.c.; b) sul secondo, ancora Pret. Monza, 25 settembre 1995, *Unimetic Engineering S.n.c.*, cit., in *Giur. it.*, 1995, I, 2, pp. 869-875, con nota di DALMOTTO, *Rapide critiche*, cit., pp. 869-874, in *Foro it.*, 1995, I, pp. 3296-3297, nonché in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 316-321, con nota di MANDRIOLI, *Sul nuovo termine per la proposizione delle eccezioni del convenuto*, cit.

la fase preliminare in due udienze è prevista non già in funzione delle “convenienze” dell’ufficio giudiziario, bensì in funzione ed a salvaguardia delle esigenze difensive delle parti⁷¹, e quindi il loro concreto apprezzamento non può sottrarsi del tutto al potere dispositivo di queste ultime⁷², atteso che il processo ordinario rimane pur sempre un “processo di parti”⁷³. In secondo luogo, il convenuto si deve meritare con un adeguato comportamento processuale – e cioè con una costituzione tempestiva – il diritto di fruire del termine perentorio ulteriore, sino ad almeno venti giorni prima dell’udienza ex art. 183, per “proporre” in una seconda comparsa le eccezioni processuali e di merito, dal momento che tale possibilità di “proposizione” differita assume, sul piano garantistico, un significato puramente integrativo, rispetto alle difese già enunciate nella comparsa di risposta (la quale dunque, logicamente, per essere integrata deve pur sempre preesistere)⁷⁴. Espresso in altre parole, il concetto richiama – sul medesimo piano delle garanzie proprie di un processo “equo” – la necessità che il convenuto non sia mai posto in condizione di abusare, mediante strategie dilatorie (o di preordinata “attesa”), del diritto a quello *spatium deliberandi* che gli viene attribuito in via supplementare, quale ulteriore *commodum* difensivo, derivante da una cadenza frazionale, (o per così dire, “a formazione progressiva”) del sistema di preclusioni e di decadenze a suo carico⁷⁵.

Siffatti rilievi – a mio giudizio, pienamente condivisibili in termini tecnici, e non come semplice esercizio di “buon senso” – richiedono tuttavia un successivo apporto argomentativo, che valga ad affrancarli una

⁷¹ Lo afferma, esplicitamente, anche Cort. cost. 21 marzo 1996, n. 84, cit., *Foro it.*, 1996, I, p. 1120.

⁷² Cfr., sul punto, VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, cit., p. 22.

⁷³ In questi termini, TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi*, cit., p. 87. In generale, sul rapporto fra la rilevanza dell’interesse pubblico (indisponibile) e la dominante incidenza dell’interesse delle parti (di per sé disponibile), nel regime delle preclusioni, si veda lo studio di P. BIAVATI, *Iniziativa delle parti e processo a preclusione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pp. 477-512, spec. pp. 487 e ss.

⁷⁴ Così, perspicuamente, ancora VERDE, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁷⁵ Nella medesima prospettiva, anche TARZIA, *La prima udienza non ostacola il rito*, in *Il Sole-24 Ore*, 13 febbraio 1996, n. 43, p. 22, è del parere che il diritto del convenuto al termine ulteriore sia subordinato alla sua costituzione tempestiva, mirando a favorire “il completamento di un’attività difensiva giù svolta”. Lo stesso Autore ribadisce con maggiore incisività il suo pensiero, poi, nel *Commento agli artt. 180 e 183*, cit., §§ 5-6.

volta per tutte dal sospetto di voler “forzare” (*contra legem*) il dettato letterale della norma novellata⁷⁶. *Ad adiuvandum* soccorrono le univoche indicazioni scaturenti, come già si è visto⁷⁷ – dagli esempi di udienza preliminare che emergono dalla comparazione dei sistemi processuali e che assumono quali elementi comuni sia la flessibile adattabilità e la limitata derogabilità dei relativi modelli, sia il ruolo equilibratore del giudice nel contemperare interessi fra di loro in conflitto (vale a dire: l’effettività dei diritti di azione e difesa delle parti, da un lato; la celerità e l’economia dei giudizi, dall’altro).

Ritengo che il dato letterale apparentemente più delicato dell’art. 180², su cui si fonda l’assunto della preconstituita rigidità del modello di udienza di prima comparazione, risieda nel significato e nella valenza sintattica (a mio avviso, non corretti) che si intende attribuire all’espressione “in ogni caso”. Ma non è da trascurare nemmeno la rilevanza sistematica che potrebbe acquisire il testuale richiamo dell’art. 170⁴, già presente *ab initio* nell’art. 180.

Mi sembrano, allora, del tutto imprescindibili talune elementari constatazioni:

– sin dal suo impianto d’origine, l’art. 180 non ha mai avuto alcuna vocazione ad occuparsi della fase preliminare del giudizio, ma si è istituzionalmente curato di determinare, quale regola per l’intero corso del procedimento, la forma orale della trattazione della causa dinanzi al giudice istruttore, ammettendo tuttavia, quale eccezione, la possibilità che il giudice, caso per caso, autorizzi la comunicazione di comparse, “a norma dell’ultimo comma dell’art. 170”⁷⁸;

⁷⁶ La “forzatura”, semmai, è insita nel fraintendimento letterale e sistematico, avallato o inavvertitamente postulato dai fautori delle tesi restrittive (cfr., in proposito, i cenni di DALMOTTO, *Rapide critiche*, cit., pp. 872-873).

⁷⁷ Cfr. *retro*, § 1.

⁷⁸ Come è noto, la versione originaria del comma 1 era così concepita: “la trattazione della causa davanti al giudice istruttore è sempre orale”; mentre quella introdotta dall’art. 14 della L. 14 luglio 1950, n. 581, eliminò l’avverbio sempre, aggiungendo questo inciso: “Il giudice, tuttavia, può autorizzare comunicazioni di comparse a norma dell’ultimo comma dell’art. 170, rinviando l’udienza di trattazione”.

È facile vedere che il nuovo testo dell’art. 180², dopo i ritocchi del 1995, si è, fra l’altro, premurato di espugnare l’accento al rinvio dell’udienza di trattazione, subordinando altresì alla presenza di una richiesta di parte la possibilità del c.d. “scambio autorizzato” di comparse e di memorie scritte.

– il riferimento a questa disposizione (recante l'inequivoca rubrica: "Notificazioni e comunicazione nel corso del procedimento" va coordinato con l'implicito richiamo dell'art. 83 *bis* disp. att. (a sua volta, contrassegnato da una rubrica non meno chiara: "Trattazione scritta della causa")⁷⁹, dando per pacifico il presupposto istituzionale della già avvenuta costituzione in giudizio delle parti principali⁸⁰, non avendo diversamente alcun senso (per definizione) l'ipotesi di uno scambio documentato di scritti difensivi fra una parte che sia ritualmente costituita con il ministero di un procuratore domiciliatario ed una parte che, invece, ancora non lo sia⁸¹;

– l'inserimento (che, sotto certi profili, pare asistemico) della nuova disciplina dell'udienza di prima comparizione nel comma 1 dell'art. 180 non elimina, peraltro, dal comma 2 la permanenza di quel presupposto istituzionale, reso pur sempre presente ed attuale dall'inalterato richiamo dell'art. 170, né d'altro canto sopprime sul piano logico il permanere della connessa esigenza di una specifica forma di comunicazione, da reputarsi connaturata ed essenziale⁸²;

– perciò, fermo restando nella prima parte del comma 2 quell'implicito presupposto (ossia: l'avvenuta costituzione delle parti), l'espressione "in ogni caso", la quale introduce nella seconda parte del comma la successiva prescrizione del termine perentorio in favore del convenuto, non è concepibile quale indice di un potere-dovere del giudice che possa anche prescindere dal menzionato presupposto, ma letteralmente opera in funzione "avversativa" rispetto all'inciso "se richiesto", che dal 1995 condiziona l'autorizzabilità dello "scambio documentato" di comparse;

– in altre parole, l'espressione "in ogni caso" non sancisce affatto una

⁷⁹ Il testo della disposizione, introdotta dall'art. 26 del D.P.R. 17 ottobre 1950, n. 857, è il seguente: "Il giudice istruttore quando autorizza la trattazione scritta della causa a norma dell'art. 180 primo [scil., dopo il 1995, secondo] comma del codice, può stabilire quale delle parti deve comunicare per prima la propria comparsa ed il termine entro il quale l'altra parte deve rispondere" (il corsivo è aggiunto). Sul punto, cfr. ancora LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del c.p.c.*, Milano, 1992, pp. 196-197.

⁸⁰ Si pensi all'*incipit* dell'art. 170¹: "Dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito, salvo che la legge disponga altrimenti" (corsivo aggiunto).

⁸¹ Per i necessari approfondimenti, cfr., ad es., CARPI-TARUFFO, *Commentario breve*, cit., *sub* art. 170, pp. 386-387-

⁸² Si pensi, ancora una volta, al richiamo dell'art. 170⁴.

specie di obbligo inderogabile e assoluto del giudice di assegnare al convenuto il termine ulteriore per la proposizione delle eccezioni, anche quando egli non si sia già costituito e sia quindi rimasto contumace;

– al contrario, nella logica globale della norma, condizionata (come si è visto) dal presupposto dell'avvenuta costituzione delle parti principali, essa significa che il giudice è tenuto ad assegnare comunque quel termine anche se non ne sia richiesto (ecco, dunque, il senso specifico dell'art. 170⁴, al solo convenuto già costituitosi in precedenza (e cioè nel termine previsto dall'art. 166, oppure almeno nella stessa udienza di prima comparizione, alla luce dell'art. 171²);

– d'altronde, se si insistesse nel dare al comma un'interpretazione non coerente con il richiamato art. 170, si dovrebbe tentar di spiegare come mai, in funzione di quell'esigenza essenziale di comunicazione, che è connaturata a tale norma, per l'eventuale assegnazione del termine ad un convenuto contumace il legislatore non abbia inteso disciplinare modalità specifiche di notificazione e di comunicazione, tutt'al più integrando la previsione tassativa dell'art. 292⁸³.

Per “curiosa” e “paradossale” che sia⁸⁴, la questione interpretativa sorta sul caso del contumace, a seconda di come venga risolta è a tal punto emblematica, da riuscire (oppure no) a ricondurre l'innovazione italiana in linea con talune costanti strutturali delle udienze tecniche preliminari, note da tempo alle esperienze comparatistiche⁸⁵.

Se è vero che la codificata scissione fra l'udienza di prima comparizione e la prima udienza di trattazione, con la diluizione temporale della barriera preclusiva nei confronti del convenuto, è in funzione delle esigenze difensive di quest'ultimo, i corollari sistematici che ne derivano sono di notevole importanza:

⁸³ Cfr., sul punto, TARZIA, *Commento agli artt. 180 e 183 c.p.c.*, sub artt. 4-5 del D.L. n. 432 del 1995, cit., § 6.

Si tenga presente che in taluni tribunali – a quanto mi risulta – la prassi di far assegnare “in ogni caso” anche al convenuto contumace il termine perentorio del “venti giorni prima” dell'udienza ex art. 183 comprende pure l'ordine, impartito dal giudice, di notificare personalmente a costui, in analogia con quanto sancito dal cit. art. 292, il verbale dell'udienza, recante il provvedimento di assegnazione. Mi pare una vera e propria distorsione del rito, che fa violenza sul cit. art. 292, norma di stretta interpretazione.

⁸⁴ Così, ancora TARZIA, *La prima udienza non ostacola il rito*, cit., p. 22.

⁸⁵ Si rimanda, ancora, al § 1.

1. la struttura e i contenuti dell'udienza di prima comparizione, benché siano connotati da indubbi profili pubblicistici, non sono mai rigidamente precostituiti e inderogabili, ma si espongono a flessibili deroghe, integrazioni e modificazioni, vuoi per effetto dei comportamenti attivi od omissivi delle parti, vuoi per effetto di una ineliminabile discrezionalità da riconoscersi ai poteri direttivi del giudice:

2. la gamma delle attività da compiersi in tale udienza non è tassativamente limitata alle verifiche d'ufficio ed alle provvidenze preliminari sul contraddittorio, descritte nell'art. 180¹, ma è estensibile in linea di massima alla trattazione *in limine litis* delle questioni attinenti ai c.d. presupposti processuali, ben potendo peraltro estendersi anche alla trattazione anticipata di ulteriori questioni di rito o di merito (la cui decisione, ad es., allo stato degli atti è senza bisogno dell'assunzione di mezzi probatori, sia idonea a definire da sé sola il giudizio, ai sensi degli artt. 187²⁻³ e 279², nn. 1-3: come si argomenta dall'art. 80 *bis* disp. att., sulla rimessione immediata al collegio, rimasto pacificamente in vigore)⁸⁶;

3. data la natura integrativa dell'ulteriore termine perentorio per la

⁸⁶ Cfr., pure con specifico riferimento alle c.d. "cause documentali" o "di puro diritto", le ulteriori esemplificazioni descritte da TARZIA, in *Lineamenti*, cit., pp. 316-318, nonché in *Commento agli artt. 180 e 183 c.p.c.*, sub artt. 4-5 del D.L. n. 432 del 1995, cit., § 3.

Possono, così, aggiungersi ai provvedimenti già previsti o comunque desumibili per *relationem* dall'art. 180¹ (ex artt. 164, 167, 171, 181, 182, 290, 291):

– la riunione dei processi per identità o per connessione di cause, alla stregua degli artt. 273-274;

– la traslazione del processo ove le parti costituite aderiscano all'eccezione di incompetenza territoriale semplice (art. 38²);

– la rimessione della causa connessa e la conversione del rito, ai sensi dell'art. 40;

– l'intervento volontario, entro i limiti sanciti dall'art. 268;

– i provvedimenti da impartirsi sull'intervento coatto ad istanza di parte o per ordine del giudice (artt. 106-107, pp. 269-270);

– i provvedimenti sull'eventuale sospensione del processo (ai sensi degli artt. 52³, pp. 295-296, 367);

– la declaratoria di interruzione o di estinzione del processo medesimo (artt. 299-300, pp. 306-307);

– la conferma della querela di falso proposta in via principale con citazione (in base all'art. 99 disp. att.);

– gli eventuali provvedimenti cautelari di concessione, di modifica o di revoca "quando vi è causa pendente" (artt. 669 *quater*², 669 *sexies*, 669 *decies* e 669 *undecies*, artt. 648-649).

proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, previsto nell'art. 180², lo stesso convenuto costituitosi, il quale reputi di aver già esaurito compiutamente la deduzione delle prove difese nella comparsa di risposta, è pure legittimato a rinunziarvi, trattandosi di un termine accordabile nella primaria considerazione del suo interesse difensivo;

4. il convenuto che, invece, rimanga volontariamente contumace non ha alcun diritto di vedersi comunque assegnare quel termine⁸⁷, incorrendo sia nelle decadenze correlate testualmente al primo atto difensivo⁸⁸, sia nelle ulteriori preclusioni che, per quanto non vengano sempre sancite in termini espliciti, scaturiscono comunque dall'esaurimento della fase preparatoria (in base al sistema che, complessivamente, emerge dal coordinamento fra gli artt. 167²⁻³, 180², 183, 184 e 269²)⁸⁹; solo in ca-

⁸⁷ Del resto, non avrebbe alcun senso il riconoscergli un simile diritto, quando è pacifico che – nel silenzio dell'art. 180 e vista la tassatività delle previsioni contenute nell'art. 292 – non sarebbe mai possibile renderne concreto l'esercizio, poiché non è previsto che il giudice debba ordinare la comunicazione (o la notificazione) del provvedimento che assegna quel termine ulteriore e ne determina in concreto la durata (fissata dalla legge nella sola misura minima). Perciò, se fosse accoglibile la tesi dell'incondizionata assegnazione, si aprirebbe la strada ad una non lieve questione di legittimità costituzionale dell'intero sistema (alla luce degli artt. 3 e 24 Cost.).

⁸⁸ Cfr., ancora, l'art. 167²⁻³, dopo le innovazioni del 1995.

⁸⁹ Secondo TARZIA, *Commento agli artt. 180 e 183*, cit., § 6, il convenuto contumace "... decade quindi dal potere di chiedere il termine di cui si discorre e incorre in preclusione per la proposizione delle eccezioni, come già prima si è vista preclusa la proposizione di domande riconvenzionali e della chiamata di terzi (artt. 166 e 167 c.p.c.) ...".

In senso contrario, BALENA, *Le preclusioni*, cit., pp. 268-269. Secondo questo Autore, infatti, per quanto astrattamente preferibile, la tesi, che vorrebbe svincolare dall'istanza di una delle parti il differimento dell'udienza di trattazione o che vorrebbe ancorare al presupposto dell'avvenuta costituzione del convenuto l'assegnazione del termine perentorio ulteriore per la formulazione delle eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio, sarebbe contrastata dal tenore letterale dell'art. 180.

In particolare:

- posto che il differimento della preclusione attinente alle eccezioni di rito o di merito (come dimostra la contrapposizione fra l'inciso "in ogni caso" e l'espressione "se richiesto", nell'ambito dell'art. 180) scaturisce da un provvedimento d'ufficio del giudice, esso risulterebbe poco comprensibile laddove non fosse sempre abbinato all'assegnazione al convenuto dell'apposito termine perentorio per la loro formulazione;

- l'assegnazione del termine ad un contumace (per quanto strana; ma non così stra-

so di comprovata contumacia involontaria e, quindi, previo ottenimento della rimessione in termini ai sensi dell'art. 294, egli potrà, costituendosi tardivamente nel corso del giudizio di primo grado, essere ammesso al compimento delle attività difensive, che gli sarebbero altrimenti precluse in modo definitivo⁹⁰;

5. di conseguenza, nel caso in cui, dopo le verifiche d'ufficio della regolarità degli atti introduttivi, si accerti che la mancata costituzione del convenuto dipende (allo stato) da contumacia volontaria, parrebbe lecito ammettere che, su richiesta della parte costituitasi, il giudice, senza più dover formalmente assegnare il termine previsto nell'art. 180², anticipi nella stessa udienza di prima comparizione (in quanto possibile) taluni degli atti di trattazione, propri dell'udienza disciplinata dall'art. 183⁹¹, nonché l'eventuale adozione dei provvedimenti istruttori sulle istanze di prova formulate dall'attore, si darebbe, in tal modo, un senso compiuto (anche nel nostro ordinamento) alle esigenze di celerità e di semplificazione che, senza intaccare l'istituzionale qualificazione della contumacia come fatto tendenzialmente "neutro", ineriscono *naturaliter* al c.d. "processo contumaciale" in qualunque sistema di *civil* e di *common law*;

6. a maggior ragione, se è vero che gli schemi e i modelli di comportamento nell'udienza di prima comparizione possono dirsi (non cogenti ed assolutamente inderogabili, ma condizionalmente disponibili, entro i limiti tracciati dal principio di "parità delle armi" e dall'inviolabilità del diritto di difesa, alle cui salvaguardia mira la "logica del doppio" nella nuova disciplina dell'art. 180⁹², l'anticipato esame di talune questioni di

na, nel caso di un convenuto costituito e assente) sarebbe una conseguenza inevitabile del fatto che il legislatore abbia, in modo inopportuno, voluto riservare al giudice (anziché disporre direttamente *ope legis*) la fissazione di quel termine;

– se, dunque, si inegasse al convenuto il diritto di proporre eccezioni nel termine perentorio ulteriore (indipendentemente dalla costituzione e/o dalla comparizione), si verrebbe ad identificare nella stessa udienza di prima comparizione la presenza di una preclusione "non prevista dal legislatore" medesimo.

⁹⁰ Sul punto specifico, ancora TARZIA, *Commento*, ult. cit., § 6.

⁹¹ Va da sé che, mancando la costituzione di una delle parti, tale udienza sia comunque una sorta di "udienza dimezzata", come arguitamente rileva lo stesso TARZIA, *op. ult. cit.*, § 6.

⁹² In proposito, cfr. ancora BALENA, *Le preclusioni*, cit., pp. 265-267; TARZIA, *Lineamenti*, cit., pp. 314-320; ID., *Commento agli artt. 180 e 183*, cit., §§ 1-2; TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi*, cit., pp. 73-80.

merito e l'anticipato compimento di talune attività di trattazione, previste nell'art. 183, con l'eventuale immediata adozione dei provvedimenti istruttori⁹³ a norma dell'art. 184, sono sempre consentiti laddove sussista, in tal senso, un accordo fra le parti presenti o lo stesso convenuto, costituitosi e comparso, rinunci espressamente al beneficio del termine ulteriore per la proposizione di eccezioni⁹⁴;

7. si pone in perfetta coerenza con tale impostazione la tesi che tende ad ammettere, nell'udienza di prima comparizione, l'esercizio di funzioni cautelari in senso stretto e di funzioni cautelari in senso lato (od anticipatorie in senso tecnico), quando ne ricorrano i presupposti⁹⁵;

8. è, quindi, naturale consentire al giudice anche l'esercizio del potere di pronunciare sin da tale udienza – nel giudizio ordinario di opposi-

⁹³ Ritengo, quindi, sia da approvare l'orientamento di cui, ad es., è espressione – di contro a Pret. Monza 25 settembre 1995, cit., in *Foro it.*, 1995, I, pp. 3296-3297, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, pp. 870-975, con commento di DALMOTTO, *Rapide critiche*, cit., p. 896 e ss., ed in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 316-321, con nota di MANDRIOLI, *Sul nuovo termine*, cit. – Pret. Reggio Emilia, ord. 21 dicembre 1995, Centra Assistenza Citroen di Spaggiari s.n.c. c. Binelli, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, pp. 404-406.

⁹⁴ Nel senso della ragionevole derogabilità della scissione di udienze, in base ai nuovi artt. 180 e 183 c.p.c., cfr., ancora CALIFANO, *Prima lettura del D.L. 21 giugno 1995, n. 238*, cit., pp. 363-364; TARZIA, *Commento agli artt. 180 e 183*, cit., § 4; VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, cit., pp. 22-23.

⁹⁵ Si pensi all'ipotesi in cui il convenuto si costituisce tempestivamente e non contesti le somme richieste all'attore, così inducendo quest'ultimo a proporre l'istanza prevista nell'art. 186 *bis* c.p.c. (cfr., ad es., sul punto, Trib. Reggio Emilia, ord. 30 maggio 1996, Verniciatra 2A S.r.l. c. Euroscale S.r.l., G.I. COSTANZO, ined.).

Va detto, comunque, che:

– l'ordinanza *ex art. 186 quater* parrebbe quasi sempre fuori gioco, presupponendo in via istituzionale l'avvenuto esaurimento dell'istruzione (sia pure con gli adattamenti interpretativi, in forza dei quali vi sarebbe spazio per quel provvedimento non solo quando siano assunti i mezzi di prova ammessi, ma anche quando nei termini prescritti le parti non abbiano formulato alcuna deduzione istruttoria o quando la causa sia matura per la decisione sulla scorta di prove documentali acquisite, senza alcun bisogno dell'assunzione di prove costituenti, *ex art. 188*: in sintesi, cfr. F. LAPERTOSA, *L'art. 186 quater c.p.c.: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 54-70, spec. pp. 59-60; CHIARLONI, *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pp. 513-542;

– le altre ordinanze anticipatorie, in base agli artt. 186 *bis* e 186 *ter*, presupporrebbero, a loro volta, l'avvenuta definizione del tema decisorio e, quindi, perlomeno l'avvenuto espletamento dell'interrogatorio libero *ex art. 183¹⁻²* (sul tema, COSTANTINO, *Appendice*, in *Scritti sulla riforma*, cit., pp. 467-468).

zione a decreto ingiuntivo – i provvedimenti a norma degli artt. 648-649 c.p.c., sulla concessione dell'esecuzione provvisoria del decreto opposto o sulla sospensione dell'esecuzione provvisoria già concessa ai sensi dell'art. 642; tant'è che, in giurisprudenza, si è subito sottolineato come l'inversione istituzionale della posizione delle parti in quel processo (il cui promovimento deriva pur sempre dalla proposizione della domanda di ingunzione)⁹⁶ finisca con l'imporre all'opponente, che è il convenuto in senso "sostanziale", l'onere di concentrare nell'atto di opposizione le proprie deduzioni e difese, ai sensi dell'art. 2697² c.c., senza poter contare sulla frazionabilità delle attività di allegazione e di eccezione, nonché sulla correlata "riserva" di integrazione successiva, nel termine ulteriore previsto dal comma 2 del nuovo art. 180⁹⁷.

⁹⁶ Lo si argomenta pure dall'art. 643³ c.p.c., ove è stabilito che la notificazione del ricorso e del decreto ingiuntivo determina la pendenza della lite.

⁹⁷ Nella prospettiva suindicata, che in generale è favorevole all'adozione di qualsiasi provvedimento cautelare (in senso proprio o in senso lato) nella stessa udienza di prima comparizione e che, soprattutto, per quanto riguarda la sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 648-649 c.p.c. (carenza di "prova scritta" o di "pronta soluzione"; sussistenza di "gravi motivi"), reputa sufficiente il contraddittorio già instaurato *in limine* fra l'opponente e il creditore opposto, cfr., ad es., Trib. Trani, ord. 2 ottobre 1995, cit., e Pret. Monza, ord. 29 settembre 1995, Soc. Montedil c. Soc. A.B.C., in *Foro it.*, 1995, I, pp. 3298-3305; Trib. Milano, ord. 6 febbraio 1996, Vernocchi c. Soc. Uni Agent, *ivi*, 1996, pp. 2341-2342, pp. 2357-2358 (assieme a Corte cost. 8 marzo 1996, n. 65, e a Trib. Latina, ord. 20 febbraio 1996, Banca di Roma c. Sneider), con osservazioni e nota di G. SCARSELLI, *In difesa dell'art. 648, comma 1*, c.p.c., pp. 2338-2353; Pret. Pistoia, ord. 16 novembre 1995, Cappelli c. Soc. Duevu, *ivi*, 1996, I, p. 3242, pp. 3245-3246. In termini contrari: Trib. Torino, ord. 16 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 233. Per coerenti spunti nella medesima direzione indicata *supra*, nel testo, cfr. pure: BALENA, *Le preclusioni*, cit., pp. 267-268, testo e nota 7; TARZIA, *Lineamenti*, cit., pp. 318-319; *Id.*, *Commento agli artt. 180 e 183*, cit., § 8.

Resta da vedersi, sul piano sistematico generale, se – nel quadro dei procedimenti in cui (come avviene con la tutela monitoria) la posizione "processuale" delle parti appare invertita, nel confronto con quella "sostanziale" – i riferimenti al convenuto, nella stessa disciplina dell'udienza di prima comparizione (art. 180), vadano sempre intesi in rapporto a chi tale comunque lo sia sul piano processuale (e quindi, nel giudizio ex art. 645 c.p.c., al creditore opposto), senza riguardo a chi poi lo sia sul piano sostanziale (e cioè, nel medesimo esempio, al debitore opponente). D'altronde, nei medesimi modelli procedurali, l'identico quesito si pone, quando si debba stabilire chi è legittimato a proporre, alle due parti contrapposte, una domanda riconvenzionale in senso tecnico.

Alla luce di quanto sopra, non sembrano per nulla decisive le obiezioni di chi scorge nella ritenuta e inderogabile rigidità dei comportamenti disciplinati dall'art. 180 la proiezione obbligata della natura cogente e indisponibile delle norme sulle preclusioni. Occorre non alimentare equivoci. Se pur sia sostenibile che, dopo la novella del 1990, la nullità derivante dalla violazione di tali norma – al pari di quanto si è affermato nel processo del lavoro, dopo la riforma del 1973⁹⁸ – deve ritenersi assoluta e non più sanabile per acquiescenza o per accordo di parte, in ragione del suo fondamento pubblicistico⁹⁹, è fuori dubbio che l'insanabilità si riferisce ad una nullità già configuratasi, così come l'inderogabilità concerne gli effetti sanzionatori di una preclusione ormai maturata.

In altri termini, ciò che – per evidenti ragioni di ordine pubblico – non potrebbe mai essere derogato, nemmeno su accordo di parte e con il consenso del giudice, non è (a priori e in astratto) il regime normativo inerente ad un sistema di preclusioni non ancora maturale, ma è (a posteriori ed in concreto) l'avvenuta decadenza, quale sanzione processua-

⁹⁸ Ci si riferisce, particolarmente, all'improponibilità di una domanda nuova in primo grado, alla luce dell'art. 420¹ c.p.c., ed all'irrelevanza della c.d. "accettazione del contraddittorio" effettuata dalla controparte. In proposito, cfr., per tutti: LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., pp. 175 e ss., 178-179; MONTESANO-VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 172-175; TARZIA, *Manuale*, cit., pp. 104-105. In giurisprudenza, sui medesimi principi, ad es.: Cass. 11 agosto 1981, n. 4896, in *Foro it.*, 1982, I, pp. 449-451 (motivazione); Cass. 19 dicembre 1993, n. 7488, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1524; Cass. 15 gennaio 1986, n. 196, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 1185-1194, con nota di F. GALVAGNO, *Modificazione e mutamento della domanda in tema di illegittimità del licenziamento*; Cass. 22 dicembre 1988, n. 7007, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 3467-3470; Cass. 6 luglio 1991, n. 7512, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Lavoro e previdenza, controv.*, n. 161; Cass. 7 febbraio 1992, n. 1335, *ivi*, 1992, voce cit., n. 129.

⁹⁹ Sul punto, con ampio resoconto del dibattito scientifico, cfr., da ultimo, MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, cit., pp. 147-163, spec. pp. 150 e ss. Nel senso indicato *supra*, si vedano pure, dopo la Novella del 1990: ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, pp. 81-85; CONSOLO, *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente*, nota a Trib. Verona 13 ottobre 1989, in *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 620-649; MONTESANO-ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, pp. 40-48; TARZIA, *Lineamenti*, ult. cit., p. 90. In senso contrario: BALENA, *La riforma*, ult. cit., pp. 163-168, spec. pp. 164-166; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 230-231, 233-234. Più in generale, per una recente sintesi dei problemi sulle nullità e sulle sanatorie, R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 472-506.

le pressoché irrimediabile¹⁰⁰ di un termine perentorio infruttuosamente scaduto o di una preclusione definitivamente maturatasi nel giudizio¹⁰¹. Ne deriva che l'inderogabilità e l'insanabilità, imposte dalla natura cogente delle norme sanzionatorie nei confronti di una decadenza già verificatasi e della nullità degli atti comunque compiuti da chi sia decaduto dal potere di compierli, non sono argomenti efficacemente opponibili, quando si tratti di ipotizzare ed ammettere – come si è visto, a proposito dell'art. 180², su accordo di parte, per iniziativa del giudice o per un comportamento “concludente” del convenuto non costituitosi – la derogabilità anticipata ad una sotto-fase eventuale del processo, che, solo se abbia effettivamente luogo, può determinare a danno del convenuto il maturarsi di una preclusione ulteriore¹⁰².

6. FATTISPECIE PARTICOLARI E DUBBI APPLICATIVI. RIFLESSIONI FINALI

Da questa faticosa ricostruzione del composito mosaico di elementi interpretativi affiorano – come s'è visto – luci ed ombre, le quali lasciano ancora spazio a pesanti incertezze. Il tutto non mancherà di riflettersi, inevitabilmente, sulla variabilità degli orientamenti giurisprudenziali.

Fra i molti aspetti problematici per nulla chiariti, mi pare opportuno

¹⁰⁰ Sono ammessi, ovviamente, i soli rimedi specifici, che l'ordinamento prevede (si pensi, soprattutto, alle ipotesi, normative disciplinate, di rimessione in termini: arg. ex artt. 153-154, 184 *bis* e 294 c.p.c.).

¹⁰¹ Sul principio, in giurisprudenza, cfr. ad es.: Cass., 14 febbraio 1995, n. 3269, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Procedimento civ.*, n. 257 (nel senso che persino il potere discrezionale del giudice di revocare ordinanza “... trova comunque ostacolo nel divieto di riaprire termini già esauriti, né può essere esercitato al fine di cancellare preclusioni già verificatesi ...”, sicché deve reputarsi vietata la revoca del provvedimento di rimessione della causa per la discussione, disposta al fine di permettere al contumace di costituirsi tardivamente). Sul tema, anche per il richiamo di questa soluzione giurisprudenziale, cfr. MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, I², Torino, 1996, pp. 279-283, spec. pp. 282-283, testo e note.

¹⁰² Mi riferisco, naturalmente, al termine perentorio “non inferiore a venti giorni”, che il giudice assegna al convenuto (“evidentemente costituito”: così si esprime anche PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., pp. 100-102, spec. p. 101) “per proporre le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio” (art. 180²).