Processo "competitivo" e Legge n.80/2005: alcune proposte razionalizzatici per una (futura) prassi condivisa.

§ 1

Le novità introdotte dal D.L. 14.3.2005 n.35, come convertito nella L. n.80/2005 [1] sono oramai note (…salve ulteriori variazioni in corso d'opera).

L'idea ispiratrice è senz'altro quella del taglio dei c.d. tempi morti, tale dovendosi ritenere, nella prospettiva del riformatore del terzo millennio, la liturgica successione degli adempimenti di cui agli artt. 180, 183 e 184 c.p.c., per lo più caratterizzati dai c.d. "scambi di cioccolatini" [2]

[1] Per il vero, si dovrebbe parlare di modificazioni direttamente introdotte dalla legge di conversione e non precedute da alcun serio confronto con il mondo accademico, le organizzazioni dei magistrati e quelle forensi (cfr., sul punto, il severo documento congiunto ANM-OUA del giugno 2005.

[2] Il giudizio è, peraltro, ingeneroso giacchè non tiene conto delle prassi virtuose elaborate dagli oramai numerosi osservatorii civili costituiti presso molti ed importanti tribunali italiani. Il valore di queste esperienze è stato, del resto, espressamente riconosciuto, in sede istituzionale, anche dal Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione, in occasione della Relazione per l'apertura dell'Anno Giudiziario 2004-2005. Non sfugge, poi, la grave ipocrisia del legislatore "competitivo" che , dopo aver compresso la fase della trattazione ("shakerandola", mi si perdoni il termine, con quella istruttoria), mostra inspiegabilmente una sorprendente benevolenza verso la "regina" delle pratiche lassiste, lì dove tollera la permanenza degli articoli 181 e 309 cpc, la cui funzione meramente dilatoria è a tutti ben nota. Ben diverso avviso, al riguardo, venne espresso dal legislatore del '90, prima di essere stoppato dalla protesta forense del '95. Ma anche questo la dice lunga sulla palese mancanza di chiarezza del legislatore del terzo millennio (che, tra le altre perle, ci offre - salva la correzione che dovrà giungere dal disegno di legge n. 349 del Senato - **l'azione esecutiva di rilascio/consegna di cosa immobile** fondata sugli "...atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, o le scritture private autenticate, relativamente alle **obbligazioni di somme di denaro in essi contenute** "(v. l'attuale articolo 474 n.3 cpc)

Già vi sono state numerosi recensioni “a caldo”, alle quali - per brevità - può farsi agevole rinvio.[3]

Veniamo, dunque, senza ulteriori indugi,ad esaminare il nucleo dell’intervento riformatore.

Tre i principali versanti dell'iniziativa legislativa nell'ambito della cognizione ordinaria [4]:

---

[3] G. GILARDI, *Il rito cambia : c’è più concentrazione. Ma mancano gli interventi strutturali*, in Dir Giust., 18.6.2005, 34 e ss.; M. ROSSETTI, *Da oggi in poi la causa si istruisce* così, ibid, 35; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo processo civile secondo la Legge n.80/2005*, Relazione svolta il 20.6.2005 in occasione della prima lettura della riforma organizzata dall’osservatorio veronese sul processo civile Valore Prassi, reperibile su Valore.prassi.it e ora anche su Judicium.it ; v. anche G. FERRARESE, *Sull’art.70 ter disp. Att. C.p.c.*, *ibid*

[4] Non mancano, nella riforma ex lege n.80/05 (come integrata dal disegno di legge AS 3439 approvato in sede deliberante dalla Commissione del Senato il 29.6.2005) interventi di dettaglio che si menzionano solo per sommi capi, in mancanza di spazio adeguato per la loro trattazione: a) NOTIFICHE : (artt.133, 134, 136, 170 c.p.c.). Si è estesa al rito ordinario la possibilità delle **forme di comunicazione alternative a mezzo fax/e-mail** già previste dal rito societario. Si ha riguardo all'avviso di pubblicazione/comunicazione della sentenza e dell'ordinanza, agli scambi di atti tra difensori (qui però, a differenza di quanto accade nel rito societario il cui art.17 facoltizza ex ante i difensori in tal senso - solo previa autorizzazione del giudice e solo "*per singoli atti*", e ciò sempre peraltro sulla base (volontaristica) della indicazione - nel primo scritto difensivo utile - del numero di fax o di posta elettronica presso cui la parte dichiari di voler ricevere l'avviso. Vi è peraltro da ritenere che l'indicazione possa essere anche espressa utilmente in momento successivo , in vista, ad esempio, proprio di quella specifica autorizzazione al compimento di un determinato atto che il giudice potrà emettere.

Il disegno di legge prevede poi modifiche all'articolo 145, ultimo comma, cpc con riferimento alle **notificazioni alle persone giuridiche**, disponendo che "... se la notificazione non può essere eseguita a norma dei commi precedenti, la notificazione alla persona fisica indicata nell'atto, che rappresenta l'ente, può essere eseguita anche a norma degli articoli 140 o 143 ".

Gli artt. 147, 149 e 155 intervengono in via razionalizzatrice sulla materia dei tempi delle notificazioni, prevedendo rispettivamente che la notificazione non possa farsi prima delle sette del mattina e dopo le ore 21 della sera, che essa si perfeziona, per il notificante, al momento della consegna del plico all’ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha *legale conoscenza dell'atto* (in ciò recependo i recentissimi approdi giurisprudenziali e costituzionali), infine, che, quanto al computo dei termini, la proroga prevista per il caso di scadenza del termine in giorno festivo si applica altresì ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dall'udienza che *scadono nella giornata del sabato. B)* CONDANNA ALLE SPESE: de iure condito non vi è molto da segnalare. De iure condendo occorre, invece, rilevare come il disegno di legge AS 3439 modifichi il comma secondo dell'articolo 92 c.p.c. introducendo il sacrosanto dovere per il giudice di indicare esplicitamente nella motivazione le ragioni sottese alla compensazione, parziale o per intero, delle spese di lite (" *Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente per intero, le spese tra le parti*". L'intervento appare in chiara reazione all'orientamento dominante (da ultimo, Cass. 14.1.2004 n.395 e 28.11.03 n. 18236) per il quale il

a) l'onere per il convenuto di anticipare la *discovery* delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio già nella comparsa di costituzione risposta (da depositarsi entro 20 giorni prima dell'udienza fissata nella citazione ovvero di quella differita dal giudice ex art.168 bis, V comma, c..p.c. : art.166 c.p.c.)[5].

Si tratta, come si vede, di un chiaro (ancorché limitatissimo) ritorno ad uno dei passaggi-chiave dell'ancora valido progetto Acone-Lipari, poi snaturato dalla controriforma introdotta con il D.L. n.432/95, imposta "in punta di baionetta" da tre mesi di scioperi dell'avvocatura[6].

---

giudice non è tenuto a motivare espressamente sulla compensazione delle spese di lite ed in ciò va senz'altro approvato, dovendosi assegnare – altresì - al giusto regolamento delle spese una chiara funzione deterrente rispetto alla causidicità insensata, per contrastare la quale occorre una precisa assunzione di responsabilità da parte del giudicante.

[5] La riforma, imponendo l'allegazione delle eccezioni in senso stretto in una con la costituzione tempestiva, rafforza l'esigenza dell'ammonimento garantistico dell'art.163 n.7 c.p.c. La formula attuale non pare, peraltro, adeguata per il carattere "giuridichese" che l'affligge. Urge , così, un intervento integrativo del legislatore in attesa del quale si stima auspicabile l'introduzione immediata di prassi virtuose volte ad esplicitare la formula legale attraverso, ad esempio, l'invito (opportunamente enfatizzato nella grafica) al convenuto a rivolgersi "subito" ad un avvocato per farsi prontamente difendere. Così si sta orientando, ad esempio, il gruppo di studio dell'osservatorio scaligero VALORE PRASSI, in vista del futuro protocollo civile del Tribunale di Verona.

[6] La modificazione, invocata da larga parte della dottrina e dai settori più sensibili della pratica, merita consenso. Non credo, difatti, contrariamente agli auspici espressi dalle associazioni forensi, che si debba punto perorare il ritorno al precedente sistema. In senso contrario militano più ordini di ragioni:

- perché le eccezioni non rilevabili d'ufficio sono "eccezionali " (e dunque poche o pochissime), essendo piuttosto la regola quella della rilevabilità d'ufficio di tutte le eccezioni, laddove non espressamente rimesse dalla legge al diritto potestativo della parte (da ultimo, cfr. Cass. S.U. 17.6.2004 n.11353);
- perché, per il vero, assai raramente i difensori si sono avvalsi della facoltà di cui all'articolo 180, comma secondo, c.p.c. vecchio testo per sollevare le eccezioni in senso stretto, avendole per lo più additate all'attenzione del giudicante già con la comparsa di risposta;
- perché, infine, se si vuol dare piede alla proposta di correzione della L. n.80/05 nel senso (auspicabile) della tendenziale unificazione in una sola udienza della sola **trattazione** (con accorpamento, limitatamente a questo solo aspetto, delle vecchie udienze degli artt. 180 e 183 c.p.c. e con netta distinzione dell'udienza così celebrata da quella successiva, che dovrà essere destinata alla discussione del solo thema probandum), non vi è dubbio che alla prima udienza unificata (di comparizione e trattazione) ex art.183 c.p.c. novellato si dovrà pervenire, quanto meno, con l'integrale definizione delle eccezioni in senso stretto, pena, altrimenti, l'inevitabile (quanto inutile)

b) la possibilità - su concorde volontà delle parti ex art.70 ter disp. att. c.p.c.[7] – di abbandonare la trattazione orale

---

dilatazione dei tempi processuali, con protrazione artificiosa della fase di trattazione e surrettizia reiterazione del tanto biasimato "scambio di cioccolatini" ex art.180 c.p.c..

[7] L'articolo 70 ter delle disposizioni di attuazione estende il contenuto edittale della citazione prevedendo la possibilità, per l'attore, di "…*invitare il convenuto o i convenuti, in caso di pluralità degli stessi, a notificare al difensore dell'attore la comparsa di risposta ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5, entro un termine non inferiore a 60 giorni dalla notificazione della citazione, ma inferiore di almeno dieci giorni al termine indicato ai sensi del primo comma dell'articolo 163 bis del codice.*
Se tutti i convenuti notificano la comparsa di risposta ai sensi del precedente comma, il processo prosegue nelle forme e secondo le modalità previste dal decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5".
Molteplici sono state le critiche che hanno colpito tale disposizione (per un'utile sintesi v. ROSSETTI, op. cit.; FERRARESE, op. cit. Del resto, lo stesso Presidente della Commissione Giustizia del Senato, on. Caruso, ha significativamente definito la norma in commento come una "*bugia legislativa*" nel corso di un incontro avuto a Verona nel luglio del 2005 con l'Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, auspicando persino che il foro non si avvalga - per scelta - di siffatta possibilità.
Si è segnalata, in primis, l'anomalia di un *trial shopping* del tutto inusuale nel nostro sistema. Si consente, difatti, alle parti (ma meglio sarebbe dire, senza ipocrisie, ai loro difensori, a dispetto del principio generale di oralità ribadito anche nel nuovo articolo 180), di garantirsi un'indisturbata (e tutt'altro che spedita) trattazione scritta, con sostanziale espunzione dell'organo giudicante dalla formazione del *thema decidendum* e *probandum*, il tutto a dispetto del principio generale di oralità pur sempre ribadito nel rinnovellato art.180 c.p.c., anche dopo la pesante cura dimagrante cui è stato sottoposto. Ebbene, per come risulta dalle primissime battute applicative, risulta assai difficile prevedere la reale funzionalità ed effettività del rito societario già con riferimento al ristretto novero di materie di cui all'articolo 1 del decreto legislativo n. 5/03 (effettività che anzi, stando ai primi rilievi, si rivela davvero tutta da dimostrare, attesa la farraginosità dell'incedere di quel processo. Basti pensare, poi, all'insuccesso cui è condannato, per suo stesso codice genetico, l'istituto del tentativo di conciliazione: esso, invero, giunge all'esito di una mole stucchevole (e spesso meramente ripetitiva) di scambi, con costi elevatissimi che, sovente, quanto meno negli *small cases* (ma non solo…), finiscono per divorare, sopravanzandolo, il valore stesso della lite, con intuibile effetto preclusivo ad ogni possibile componimento (chi pagherà i difensori?). Vien dunque difficile immaginare l'impatto salvifico dell'estensione generalizzata del rito societario a tutte le controversie ordinarie, una volta che esso – già vacillante per sua stessa causa - abbia perduto anche l'originaria vocazione privilegiata e ristretta.
Si è detto, poi, che pure il congegno del passaggio dal rito ordinario al rito societario " a richiesta " sarà foriero di pesante disservizio. L'organizzazione degli uffici subirà invero illogico intralcio, dovendo la cancelleria approntare comunque, in prevenzione, la preparazione della delicatissima udienza di trattazione - così come delineata nel nuovo 183 (che imporrà, per esigenze di serietà, concentrazione e dovuta solennità, il ricorso alla fissazione "ragionata" di cui all'articolo 163 bis c.p.c.), a prescindere dalla sua effettiva tenuta; i difensori, per canto loro, dovranno - nel processo con pluralità di convenuti - costituirsi tuzioristicamente nelle forme ordinarie (ossia nei 20 giorni antecedenti all'udienza fissata) onde evitare di incorrere nelle preclusioni di cui all'art.167 c.p.c., salvo poi, avendo manifestato nei 10 gg. antecedenti l'udienza fissa la disponibilità alla trattazione scritta societaria – attendere le (ignote) determinazioni degli altri convenuti.
Quid iuris, poi, per l'ipotesi di intervento ex articolo 102 c.p.c. o *iussu iudicis*, ovvero ancora per l'ipotesi di intervento volontario (adesivo, principale o litisconsortile che esso sia), accompagnato

ordinaria (alla quale, secondo il miope legislatore del 2005, dovrebbe essere ascritto l'insoddisfacente andamento della giustizia civile) in favore di quella (totalmente scritta) di un salvifico rito societario, la cui reale efficienza risulta peraltro, ancora oggi, ignota, in difetto di dati concreti al riguardo.[8]

c) in mancanza dell'accordo trasmigratorio di cui sopra, il compattamento tendenziale nell' "udienzona" dell'art.183 c.p.c (di cui si darà subito conto) delle ulteriori attività di direzione, di trattazione e istruttorie dapprima spalmate tra i vecchi articoli 180, 183 e 184 cpc.[9] In quest'udienza (apparentemente monolitica) si darà corso:

---

dal rifiuto del modulo societario? Il processo retrocederà al rito ordinario? Vi è da temere di sì, non potendo – a prima lettura - trovare applicazione estensiva le norme speciali di cui agli articoli 14 e 15 del processo societario, sia per la specificità delle materie di cui all'articolo 1, lettere a) - f) ed essendo pressoché impossibile per l'interventore autonomo (non 102 o 107) il rispetto della previsione di cui al primo comma dell'articolo 14 citato (l'intervento dovrebbe avere luogo, difatti, non oltre il termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta ex articolo 4).

[8] Sovviene, altresì, a mitigare gli entusiasmi di talune dottrine laudatrici e di certi settori dell'avvocatura associata, l'esperienza inglese. La Gran Bretagna, già patria giuridica del *pre-trial*, mostra di voler abbandonare quel sistema (al quale si ispira evidentemente il d.lgs. n.5/03, riecheggiato nell'art.70 ter disp. att. c.p.c.), avendolo individuato come il principale responsabile del disfunzionamento della giustizia civile in quel paese. Si veda, in taal senso, K. VORRASI, *England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and The United States*, in Journal of legislation, 2004, 361.

[9] Quanto alle modalità del rito, la riformina - della quale vien dato conto già con le "modificazioni alle modificazioni" disposte con disegno di legge AS 3439 (approvato all'unanimità in sede deliberante dalla Commissione del Senato il 29.6. 2005 e quindi oggetto di verosimile approvazione legislativa), opera, in buona sostanza, un secco compattamento degli snodi cruciali dell'attività difensiva, collocando (e ambiziosamente mostrando di voler esaurire) nel primo incontro con il giudice un complesso di attività che prima si stemperavano (ahimè illanguidendosi), nella liturgica trilogia delle udienze del 180, del 183 e del 184 c.p.c. Per fare ciò il legislatore del 2005 ha trasmigrato, alla lettera, blocchi di commi dell'articolo 183 e 184 c.p.c. (vecchio testo), collocandoli nella virtuale posizione dell'originario articolo 180 c.p.c., dimentico tuttavia che il sistema delineato da Modestino-Acone a tanto giungeva - e avrebbe retto - sulla premessa della netta separazione tra *thema decidendum* e *thema probandum* (quest'ultimo riservato ad un'udienza ad hoc), nonchè della limitazione pretoria dello *ius poenitendi* la cui possibilità – come si è già detto- veniva condizionata alla autorizzazione del giudicante.

c 1. alla preliminare verifica circa la regolarità del contraddittorio, ai fini dei provvedimenti di cui agli articoli 102, secondo comma, 164, secondo, terzo e quinto comma, 167, secondo e terza comma, 182 c.p.c. [10] (con eventuale fissazione di una " *nuova udienza di trattazione* " laddove vengano pronunziati dai giudicanti provvedimenti conseguenti)

c 2. ai chiarimenti richiesti dal giudicante[11]

c 3. all'indicazione delle questioni rilevabilid'ufficio di cui il giudice ritiene opportuna la trattazione

---

[10] La verificazione delle possibili patologie del contraddittorio condurranno alle seguenti determinazioni correttivo-integrative*:* a) integrazione del contraddittorio ex articolo 102, comma 2, cpc; b) rinnovazione della citazione per nullità attinente alla *vocatio in ius* e alla *editio actionis* lì dove il convenuto non si sia costituito: articolo 164, comma 2, cpc; c) integrazione della citazione, in ipotesi di nullità dell'*editio actionis*, laddove il convenuto si sia costituito: articolo 164, comma 5, cpc; d) differimento dell'udienza qualora il convenuto abbia dedotto l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal 163 n. 7: articolo 164, comma terzo, cpc; e) assegnazione di un termine al convenuto per integrare la domanda riconvenzionale in ipotesi di nullità della stessa ex articolo 167, comma 2, cpc; f) regolarizzazione del difetto di rappresentanza o assistenza ex articolo 182 cpc, con eventuale assegnazione di un termine perentorio per provvedervi; g) rinnovazione della notificazione (nulla) della citazione in caso di contumacia del convenuto: art. 291, comma primo, cpc.).

[11] Il nuovo comma quarto corrisponde pressoché totalmente al vecchio comma terzo dell'articolo 183c.p.c., quanto ai chiarimenti che il giudice richiede alle parti sulla base dei fatti allegati e quanto alle indicazioni delle questioni rilevabili d'ufficio delle quali giudicante ritenga opportuna la trattazione. Se ne distingue, invece, con necessario adattamento alla variata liturgia processuale, lì dove i chiarimenti vengono fatti slittare alla seconda udienza di trattazione (eventuale): "*Nell'udienza di trattazione* ***ovvero*** *in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma...* omissis ". Non credo, tuttavia, che tanto i chiarimenti quanto l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio siano preclusi al giudicante già all'udienza di " ***prima comparizione delle parti e trattazione della causa*** " sol perchè abbiamo ora l'inciso " ***ovvero*** "; a prescindere, difatti, dalle determinazioni che il giudice vorrà prendere in ordine alla regolarità del contraddittorio, appare del tutto logico che quei chiarimenti e quelle indicazioni potranno essere di estrema utilità fin dal primo momento, essendo naturalmente prodromici all'adozione meditata proprio dei provvedimenti sulla regolarità del contraddittorio, sulla verifica del litisconsorzio necessario, eccetera eccetera.
In tanta concentrazione ritengo, poi, che sarà preciso dovere del giudicante quello di fare massimo uso degli strumenti di interlocuzione ricordati onde evitare provvedimenti " a sorpresa ", espressione di *terze vie* non precedute da contraddittorio. Ove , poi, emergano necessità di approfondimenti, non vedo ostacoli di sorta alla prudente protrazione della fase della stretta trattazione mediante fissazione di un'ulteriore udienza.

c 4. all'interrogatorio libero e al connesso tentativo di conciliazione – su richiesta delle parti [12] o *ex officio*, ai sensi dell'articolo 185 cpc come novellato dal d.d.l. AS 3439 del Senato - anche qui, peraltro, previa fissazione di una " nuova udienza " di trattazione.

c 5. alla proposizione dei *nova* dell'attore e alle relative repliche del convenuto [13].

c 6. alla chiamata del terzo da parte dell'attore, ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, cpc, " se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto ", anche qui , mediante fissazione di una nuova udienza ex art.183 c.p.c. nel rispetto de trine di cui all'art.163 bis.

---

[12] La previsione in esame si rivela piuttosto curiosa: le parti, difatti, finiscono per ordinare al giudice di sottoporle ad interrogatorio libero. Il legislatore pare, così, dimenticare che l'istituto in questione, pur dando ingresso ad una prova c.d. attenuata, resta pur sempre uno strumento a carattere inquisitorio dal quale, secondo i più recenti approdi giurisprudenziali, il giudicante può trarre elementi di prova sufficienti a sorreggere autonomamente la decisione. Sul punto, cfr., ad esempio, Cass. 26.5.2000 n. 7002, in *Giust. civ. Mass. 2000, 1129*, secondo cui "*le dichiarazioni rese dalla parte nell'interrogatorio libero di cui all'art. 117 c.p.c., pur non essendo un mezzo di prova, possono essere fonte, anche unica, del convincimento del giudice di merito, al quale è riservata la valutazione, non censurabile in sede di legittimità, se congruamente e ragionevolmente motivata, della loro concludenza ed attendibilità";* v. anche Cass. 24.10.1995 n.110048.

[13] Il comma quinto dell'articolo 183 c.p.c. riproduce il vecchio comma quarto, quanto alle domande ed eccezioni consequenziali dell'attore. Se ne discosterà, tuttavia, una volta approvato il d.dd.l. AS 3439/05 della Commissione Legislativa del Senato che, introducendo la "modifica della modifica ", sopprimerà la possibilità di replicare (con la seconda memoria di cui all'art.183, comma sesto, c.p.c.) alle domande ed eccezioni consequenziali dell'attore (le uniche "nuove" ammissibili, stante il generale divieto di *mutatio libelli*).
Se, dunque, si è bene inteso il senso della modifica, il convenuto, al pari dell'attore, dovrà esercitare la replica ai *nova* immediatamente a verbale. Vale difatti ricordare come i "*nova*" debbano essere oggetto di immediata deduzione a verbale d'udienza, non essendo prevista per essi la facoltà di trattazione scritta mediante memoria autorizzata. Invero, la prima memoria dell'art.183, comma quinto, al pari di quella del nuovo comma sesto, viene espressamente destinata alla mera *modificazione e precisazione* delle conclusioni, eccezioni e domande "*già proposte*" (non già ad introdurre conclusioni "nuove"). La soluzione che il d.d.l. propone appare congrua, allineando sul punto gli oneri difensivi delle parti, con effetto decongestionante, almeno per quella parte, sulle già ridondanti memorie "tratt-istruttorie".

c7. alla definizione del *thema decidendum* , le cui linee generali risultano, peraltro, già ampiamente sciorinate, a mente del novellato art.167 c.p.c. [14]

c 8. alla formazione del *thema probandum*, la cui immediata enunciazione non trova ostacolo nella previsione del successivo comma sesto, stante il carattere meramente eventuale della *"richiesta"* di prosecuzione della trattazione scritta a mezzo delle memorie ivi disciplinate.

§ 2

Il comma sesto dell'art.183 c.p.c., nella sua veste novellata, è sicuramente l'intervento che più fa discutere, trattandosi di una novità assoluta nel sistema della cognizione ordinaria per l'insolita interazione tematica che la norma sottende[15].

Viene fatta salva, difatti, in esito all' "udienzona", la concessione (non discrezionale) di un ulteriore spazio "a richiesta" per una prima memoria scritta (definibile, con inelegante ma efficace neologismo, *"tratto-istruttoria")* da depositarsi entro 30 giorni, destinata all'esercizio dello *ius poenitendi*, dell'*emendatio libelli* [16], nonché

---

[14] Si badi, senza necessità di previa autorizzazione del giudice, diversamente da quanto opportunamente prevedeva, in prima scrittura, la Legge n. 353/90, con sostanziale alleggerimento dei temi realmente meritevoli di ulteriore trattazione.

[15] Il comma sesto dell'articolo 183 novellato è senz'altro quello sul quale si è appuntato il fuoco incrociato delle critiche. Non c'è dubbio che il collassamento delle attività dapprima sgranate nelle udienze degli articoli 180, 183 e 184, abbia prodotto una formidabile concentrazione processuale. Si è giustamente parlato di vera e propria " contrazione del processo ", con inutile sacrificio dei diritti di difesa a fronte di modestissimi vantaggi in termini di ragionevole durata del processo, come plasticamente ricordato nel citato documento del Gruppo Civile della Anm.
Purtroppo, si deve osservare già da ora come tale implosione a nulla di buono preluda in ragione dell'imprevedibilità dei tempi entro cui il giudice provvederà sulle prove con l'***ordinanzona - a riserva obbligatoria***, trattandosi di dato verosimilmente condizionato dalla sua agenda.

[16]. Il risultato è un indigesto *melting pot*, di dubbia qualità tecnica, che fonde nelle memorie sincroniche delle parti, con parziale reciproca invisibilità (accentuata vieppiù in sede di repliche), la definizione del *thema deci-probandum*.

alle produzioni documentali e all'indicazione dei mezzi di prova costituendi [17].

Viene, altresì, prevista la concessione di una seconda memoria scritta– pure da depositarsi nei successivi 30 giorni - logicamente destinata a "... *replicare alle domande ed eccezioni* ***modificate*** [18] *dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono* ***conseguenza*** *delle domande delle eccezioni medesime, e per l'indicazione di prova contraria*" .

La prima delle memorie di cui all'articolo 183, comma sesto, dovrebbe così essere destinata al solo *ius poenitendi* di ciascuna parte. Ogni parte, in altre parole, curerà di procedere alle sole ***precisazioni o modificazioni*** delle rispettive domande, conclusioni ed eccezioni "*già proposte*", oltre all'articolazione delle prove sui fatti costitutivi - e rispettivamente estintivi - di cui al articolo 2697, commi I e II, cod civ.

E qui sorge la prima difficoltà: come si ci regola, difatti, nell'ipotesi in cui una delle parti, nel termine assegnato con la prima memoria, introduca (come è verosimile) una modificazione delle proprie domande e/o eccezioni tale da comportare la necessità (riflessa) dell'altra parte di rimodellare la risposta processuale attraverso una nuova precisazione e/o modificazione (sia pure contenuta) del proprio libello ?

Stando alla lettera del comma sesto, non pare che la seconda delle memorie di cui all'articolo 183, comma sesto, c.p.c. possa giovare allo

---

[17] Giova notare come si parli ancora di " nuovi " mezzi di prova, la qual cosa potrebbe essere foriera di una ripresa della *querelle* circa l'onere o meno per le parti di indicare - a pena di preclusione implicita - le prove già nella introduttivo ovvero nella comparsa di risposta, salva la (limitata) integrazione successiva accordata

[18] il disegno di legge 3439/05, approvato all'unanimità dalla Commissione Legislativa del Senato, ha significativamente eliminato il riferimento, in sede di replica , alle domande ed eccezioni "nuove" dell'altra parte.

scopo: essa parrebbe, difatti, destinata alle mere " REPLICHE " alle domande ed eccezioni precisate/modificate (oltre che all'indicazione della prova contraria). In altre parole, l'ultima memoria verrebbe ad assumere, nel disegno del legislatore, un carattere meramente difensivo (cioè di confutazione argomentata), con esclusione di un rinnovato *ius poenitendi* delle parti .

La soluzione esposta non pare peraltro accoglibile, peccando essa di burocratica rigidità. E' invece auspicabile una lettura estensiva del concetto di reeplica, sì che, *cum grano salis*, possa farsi entrare anche un liminale ed ulteriore ius poenitendi guidato dal prudente apprezzamento del giudicante. A questi, poi, - come si è detto - andrebbe assegnato un generale potere correttivo e riequilibratorio di remissione in termini , ben al di là dell'angusto perimetro dell'art.184 bis c.p.c. , ogni qualvolta si tratti di preclusione dovuta a errore scusabile e la riapertura dei termini, ove concessa, non aggravi la ragionevole durata del processo.

§ 3

All'esito delle memorie - e sempre che non ritenga ex art. 187 c.p.c. la causa matura nel merito ovvero non ritenga sussistenti questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito idonee a definire l'intero giudizio - il giudice, stando ai disegni del "riformatore", scioglierà la riserva sulle istanze di parte "*... con ordinanza pronunziata* ***fuori dell'udienza*** *entro un termine non superiore a 30*

giorni, ***fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova*** *ritenuti ammissibili e rilevanti* ".

Anche qui, come si vede, vengono tagliati i c.d. tempi morti. Viene eliminato un appuntamento obbligato, ben sapendo che esso sovente assumeva – nelle pratiche delle corti meno attente - carattere meramente liturgico.

Ora, quindi, il giudice, omesso ogni ulteriore contatto con le parti, emetterà i provvedimenti ordinatorii del caso nel silenzio della camera di consiglio e fisserà, senz'altro, l'udienza di assunzione delle prove.

E' ragionevole, peraltro, ritenere che la norma autorizzi anche letture meno meccaniche, non potendosi immaginare che essa abbia confiscato al giudicante la facoltà di valutare, caso per caso, l'opportunità di far seguire alle memorie la discussione orale sulle prove, fissando, se del caso, un'udienza ad hoc. Ciò potrebbe rivelarsi utile laddove il giudice, fermo restando il divieto di nuove allegazioni di sorta, ravvisasse l'esigenza di riaprire il contraddittorio orale sul contenuto difensivo e/o probatorio delle memorie (ad esempio, al fine di avere contezza dell'articolazione di una particolare prova il cui significato potrebbe apparirgli *prima facie* non chiaro, incoerente o comunque di non immediata comprensione; ed ancora, al fine di segnalare alle parti una questione rilevabile d'ufficio sorta dalla lettura delle memorie e sulla quale ritenga opportuno riaprire il contraddittorio orale, etc.).

A conforto della conclusione esposta giunge, del resto, l' immodificato principio generale di cui all'articolo 186 cpc, per il quale "*Sulle domande sulle eccezioni delle parti, il giudice istruttore, sentite le loro ragioni, da in udienza i provvedimenti opportuni...*".

In altre parole, la lettura del combinato disposto degli 183, comma sesto, e 186 cpc, consentirà al giudice, con ragionevole elasticità, di riservarsi, per così dire, *automaticamente* sulle memorie e le repliche

ovvero – secondo il suo prudente apprezzamento - di sciogliere la riserva fissando una nuova udienza interlocutoria volta allo scopo indicato, come addirittura, nei casi più complessi, di "programmare" con le parti un'udienza di discussione delle prove, una volta scaduti i termini di legge per le memorie e le repliche. Il tutto, del resto, ben si inquadra nella cornice di quel "*... più sollecito e leale svolgimento del procedimento* " che l'art.175, comma primo, cpc, affida pur sempre al *case management* dell'organo giudicante.

§4

Il novellato art.183 c.p.c., al pari dei vecchi artt. 180, 183 e 184 c.p.c., nulla dice circa la collocazione temporale di importanti attività processuali (sia officiose che ad istanza di parte), tradizionalmente oggetto di disamina già nella prima fase della trattazione. Si pensi, ad esempio, senza voler esaurire il catalogo, all'istanza di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo ex articolo 648 cpc (o, all'opposto, a quella di sospensione ex articolo 649); alle istanze anticipatorie ex artt. 186 bis e ter cpc [19]; all'ammissione della consulenza tecnica d'ufficio; all'ispezione ex officio; all'esibizione ex articolo 210 c.p.c.; alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ex articolo 213 c.p.c.; alla richiesta di provvedimenti cautelari in corso di causa , etc.

[19] Alla luce della modifica introdotta con il più volte citato d.d.l. del Senato, si può solo arguire che esse dovranno sempre essere oggetto di trattazione in contraddittorio: laddove, difatti, tali istanze siano state proposte fuori udienza - ciò è a dire in un momento successivo all'udienza ex art.183 c.p.c. - il giudice, come recita la novella, dovrà fissare apposita udienza per la loro discussione)

Nulla osta, a ben vedere, alla immediata trattazione delle istanze in parola già nell'udienza di comparizione-prima trattazione ex art.183 c.p.c.. Il giudice, pertanto, una volta esaurita la loro disamina, potrà passare, se del caso, alle ulteriori attività relative alla definizione del thema *deci-probandum.*

Non sfugge, tuttavia, come molte delle attività sopra elencate, per la delicatezza delle questioni involte, possano meritare approfondita trattazione, talvolta bisognosa della fissazione di apposita ed ulteriore udienza, vuoi a scopo di garanzia[20], vuoi per verificare i risultati delle indagini avviate (nell'esempio fatto, l'esito della disposta c.t.u. medico-legale; il deposito in cancelleria dell'informativa della p.a. a seguito dell'ordine ex art.213 c.p.c.; l'esito dell'ordine di esibizione, etc. etc.). Né sfugge, ancora, che le attività menzionate, per il potenziale carattere prodromico (ovvero di sostegno probatorio) alle domande ed eccezioni svolte, siano, per certi versi, idonee a condizionare pesantemente il successivo svolgimento della trattazione, determinando l'esigenza - in capo ai contendenti - di delicate *emendationes* (si pensi, ad esempio, alla c.t.u. in materia di danno a cose e/o alla persona volta a definire financo l'*an*; si pensi, ancora, alle informazioni ex art.213 c.p.c. richieste alla p.a. su temi che, ove confermati - o disattesi - potrebbero rivelarsi esaustivi ai fini della decisione).

Ebbene, in tutti questi casi, è da ritenere che il giudice - una volta che abbia dato ingresso nell'udienza ex art.183 c.p.c. ai correlati adempimenti senza esaurirli - non possa invitare le parti, a pena di decadenza implicita da progressione processuale, all'immediato esercizio

[20] E' auspicabile che si provveda in tal senso con riferimento alle istanze ex art.648 c.p.c. laddove l'opposto si sia costituito in udienza e l'opponente chieda di esaminare i motivi di opposizione, secondo la valida indicazioni già contenuta nei protocolli di molti osservatori.

dello *ius poenitendi (*ovvero, in alternativa, ad avvalersi dei termini per le memorie del comma sesto). Così facendo, invero, il giudicante verrebbe ad imporre un'irragionevole definizione anticipata , "al buio", del *thema deci-probandum*, con sostanziale confisca del potere dei difensori di modulare le difese sulla scorta dei dati cognitivi *in progress*.

Pertanto, sono dell'opinione che il giudicante, nelle ipotesi che precedono, debba semplicemente fissare una nuova udienza ex art.183 c.p.c. ai fini di cui sopra, rinviando all'esito della stessa la progressione della trattazione, con patrticolare riferimento agli ulteriori adempimenti relativi alla formazione del thema decidendum e probandum di cui ai commi quinto e sesto.

La norma novellata, del resto, non impone necessariamente l'approdo criticato.

L'equazione *ART.183 = UDIENZA ONE SHOT,* si rivela, difatti, più uno slogan che un reale esito esegetico e ad esso l'interprete farà bene, da subito, a contrapporre la lettura costituzionalmente orientata della norma, nello sforzo di coniugare ragionevole durata e garanzie della difesa, avendo a motivo di ispirazione il giusto processo ex art.111 Cost.

Se, difatti, esaminiamo con attenzione la struttura logica dell'articolo 183 c.p.c., è agevole vedere come essa si articoli (né potrebbe essere diversamente) in una chiara serie di passaggi, tra loro ordinati e caratterizzati dall'essere ognuno ragione e causa di quello successivo.

Si inizia, come vuole buona norma, con la verifica d'ufficio della regolarità del contraddittorio, con gli eventuali interventi correttivi volti al suo ripristino laddove si verifichino carenze. Va subito notato come nelle ipotesi di patologia del contraddittorio il giudice non possa procedere alla trattazione, dovendo piuttosto fissare una **" nuova "**

udienza di trattazione, come espressamente prevede il comma secondo dell'art.183 c.p.c, anche nella formula novellata.

Ed ancora, il giudice fisserà una nuova udienza di trattazione laddove (con *atto dovuto,* se vi è istanza congiunta delle parti, ovvero anche con *valutazione discrezionale* d'ufficio), debba dare ingresso all'interrogatorio libero delle parti ex articolo 185 c.p.c. nonché al tentativo di conciliazione.

Infine, una nuova udienza di trattazione ex art.183 c.p.c. sarà, altresì, fissata in ipotesi di chiamata del terzo da parte dell'attore, ex art.269, c.III, c.p.c.

Il comune denominatore delle tre ipotesi di rifissazione d'udienza ricordate appare essere evidentemente l'indefettibile esigenza del compiuto espletamento di quelle specifiche attività preliminari prima di dar corso alla deduzione dei *"nova"* dell'attore, al generale *ius poenitendi* delle parti e alla formulazione della prova.

Non sarebbe, invero, logico chiamare le parti al compimento anticipato di siffatte attività prima ancora, ad esempio, dell'esito dell'interrogatorio libero (dal quale potrebbero emergere profili fattuali rilevanti ai fini della decisione) o della costituzione del terzo chiamato, nei cui confronti le difese dovranno pur svolgere istanze ed eccezioni. In tutti questi casi, dunque, è la legge stessa che chiarisce come non possa essere dato ingresso ai termini di cui all'articolo 183 comma sesto, con le connesse preclusioni.

Ebbene, nelle indicazioni evidenziate può scorgersi, ad avviso di chi scrive, un principio generale, utilmente applicabile ogni qualvolta il giudicante ritenga di dover protrarre la fase della trattazione in senso lato per l'espletamento di attività preliminari diverse da quelle di cui sopra, i cui esiti appaiano comunque rilevanti sulla (successiva) articolazione del thema decidendum.

Si pensi, ad esempio, agli ulteriori chiarimenti che i difensori potrebbero fornire rispetto a quelli già dati nell'udienza di prima comparizione. Altrettanto dicasi per il caso in cui il giudice intenda disporre una CTU i cui esiti potrebbero sfoltire grandemente i termini della causa, rendendo verosimilmente superflue (ovvero ancora riducendone la rilevanza) le prove (con minori aggravi difensivi). Si pensi, altresì, al caso dell'opposto che, costituitosi in udienza, chieda la provvisoria esecutività del decreto ex art.648 c.pc., in reazione alla quale l'opponente - a sua volta - chieda e ottenga il rinvio dell'udienza per esaminare i temi della comparsa di risposta. Come si vede, in queste ipotesi (ma anche in quella delle informazioni ex art.213 c.p.c., dell'ordine di esibizione ex art.210 c.p.c. , etc. etc.) la richiesta di differimento dell'udienza ex art.183 c.p.c. appare meritevole di considerazione e, laddove accolta, dovrà avvenire senza implicite preclusioni da progressione processuale (il che si traduce nell'inalterata facoltà per i difensori di porre in essere, a quella udienza di rinvio, delle attività difensive ulteriori di cui ai successivi commi quinto e sesto della norma in esame).

Tutto questo per concludere nel senso di una diversa concezione dell'articolo 183 c.p.c novellato (per certi versi da salutare favorevolmente laddove si accedesse a questa proposta), in termini nondi "udienza" bensì di "pluralità di fasi", scandite dai vari commi della norma, la cui concreta progressione viene variamente determinata dal giudicante, sulla scorta del prudente apprezzamento delle esigenze concrete di ogni singolo processo.

Una sorta, dunque, di *case management* del giudicante al quale - in assenza di ostacoli o di esigenze difensive meritevoli di tutela, alle quali ricollegare il prolungamento della *piece* teatrale - l'ordinamento par ora riconoscere, con maggiore elasticità, il potere di far evolvere

già nella stessa udienza il processo da una fase preliminare a quella logicamente successiva, sino alla definitiva formazione del *thema* (mi si permetta il neologismo) " deci-probandum" di cui ai commi quinto e sesto dell'art.183 c.p.c.

Del resto, sovviene a conforto della lettura proposta proprio l'esperienza del rito del lavoro.

A fronte, difatti, dell'unicità dell'(apparente) monofasicità e omnicomprensività dell'udienza ex art.420 c.p.c., nella quale il giudicante viene astrattamente chiamato ad una vera e propria messe di incombenti (non esclusa la stessa decisione della lite con dispositivo pubblicamente letto) [21], la prassi adeguatrice ci insegna tuttavia come, nella realtà, i giudici del lavoro ottengano buoni risultati attraverso l'oculata protrazione della fase conciliativa e chiarificatoria oltre l'udienza *one shot* tratteggiata dall'mbizioso legislatore del '73, , senza esporre le parti a violazioni di legge o a preclusioni implicite "a sorpresa".

§5

L'obiettivo perseguito dal "convertitore legale " parrebbe, così, ispirato all'idea (per il vero "curiosa") di competitività del modello processuale, con evidente richiamo a dottrine economicistiche che, tuttavia, mal si conciliano con il carattere dell'esperienza processuale che, solo a pena di azzardate semplificazioni, si presta a ridursi a "prodotto". Più felice sarebbe stato richiamare, invece, il concetto di

[21] Vale notare come nell'udienza fissata col decreto ex art.415 c.p.c. il giudice venga chiamato a molteplici (e contestuali) adempimenti di rito, tra i quali l'interrogatorio libero delle parti, il tentativo di conciliazione, l'eventuale autorizzazione all'esercizio dello ius poenitendi, l'invito alle parti alla immediata discussione sulle questioni preliminari di rito o pregiudiziali di merito idonee alla definizione del giudizio; la pronuncia della sentenza, anche non definitiva, ovvero, in caso contraio, l'immediata ammissione dei mezzi di prova proposti dalle parti, etc. etc.

efficienza che, oltretutto, in quanto collegato a quello di "buon andamento" di cui all'art.97 Cost., meglio risponde alle istanze che oramai da decenni vengono rivolte al nostro legislatore dai “pratici”.

Più utile sarebbe stato, allora, affrontare con spirito pragmatico (in fondo non assente nel legislatore del 2005, alla luce della straordinaria presa di posizione impetrata nell'assegnare addirittura valore di titolo esecutivo stragiudiziale alle scritture private delle parti relative somme di denaro), ripensare al nodo dei nodi rappresentato dalla fase decisoria alla quale, a ben vedere, va addebitato lo straordinario ritardo nell'erogare il “prodotto-giustizia” .

Come non rilevare l’incongruenza dell’odierno intervento restrittivo sui tempi di trattazione, una volta considerato che se anche, per mera e felice ipotesi, tutte le cause assegnate ad un magistrato (mediamente in numero di circa 800-900 fascicoli *pro capite*) fossero magicamente mature per la decisione, il tempo medio per approntare le relative sentenze si attesterebbe verosimilmente tra i 5 e i 6 anni, tenuto conto di una produttività (pure media) attestata tra le 120 e le 150 sentenze l'anno (alle quali vanno aggiunti, in numero di migliaia, i decreti, le ordinanze riservate, i provvedimenti cautelari, le attività collegiali e camerali, etec. etc.) ?

Qui si gioca la partita della ragionevole durata, tenuto conto che le diluizioni delle fasi processuali di trattazione e istruttorie sono sempre state funzionali a reperire unicamente uno spazio nell'agenda del giudice per la decisione finale.

In sintesi, penso che sarebbe assai più efficace rimeditare il senso della motivazione (nella quale il giudice, come è noto, profonde larga parte del suo tempo professionale) per assegnarle - ben lungi da uno sterile principio di autosufficienza - il più modesto ruolo (strumentale) del

dar conto delle ragioni della soccombenza al dissenziente che abbia già conclamato formalmente la volontà di non prestare acquiescenza al *dictum*.
In questa prospettiva non avrebbe, dunque, più senso alcuno chiedere al giudice la motivazione seriale e su scala di tutti i suoi atti.
Perchè, dunque, non pensare all'impugnazione con riserva dei motivi quale necessario presupposto per la richiesta della motivazione, fortemente funzionalizzata a rendere resistibile il provvedimento gravato? Perchè, ancora su questa falsariga volta a rimodellare la fase decisoria, non pensare a un sistema ispirato al modello monitorio puro (all'austriaca) ovvero attenuato (alla tedesca), al quale assegnare coraggiosamente, tenuto conto del pur persistente filtro del giudicante terzo, anche la possibilità di pronuncia carattere costitutivo (ad esempio la risoluzione per inadempimento con la condanna accessoria al pagamento di somme o, più in generale, alle restituzioni)?
Su questo terreno è auspicabile avvenga al più presto l’incontro con un legislatore davvero avveduto e pragmaticamente riformatore.

ANDREA MIRENDA