

## IL PROCESSO DI COGNIZIONE

Il processo di cognizione di cui al libro II del c.p.c. costituisce il c.d. rito ordinario, in contrapposizione ai riti speciali. Il processo di cognizione ordinario trova applicazione per tutte le controversie per le quali non sia previsto un rito speciale.

In particolare → il processo di cognizione è il mezzo attraverso il quale si impartisce la tutela dichiarativa, ovvero una delle tre forme di tutela giurisdizionale.

Non tutta la disciplina del rito ordinario è tuttavia contenuta nel libro II del c.p.c. alcune norme, e si tratta delle norme relative alle prove, sono contenute nel c.c.

Il libro II è strutturato in due titoli:

1. nel primo titolo viene disciplinato **il procedimento davanti al tribunale** dall'art 163 a 310 c.p.c.
2. nel secondo titolo viene disciplinato **il procedimento davanti al giudice di pace** dall'art 311 a 322 c.p.c.
3. nel terzo titolo vengono disciplinate **le impugnazioni** dall'art 323 a 408 c.p.c.
4. nel quarto titolo vengono disciplinati **il processo del lavoro ed il processo delle locazioni** (che sono processi di cognizione speciali) dall'art 409 a 447-bis

Il processo dichiarativo può suddividersi in tre momenti:

- l'introduzione
- la trattazione
- la decisione

Fanno parte dell'introduzione della causa → quegli atti che servono ad **individuare l'oggetto del processo**, ovvero:

- A) la situazione sostanziale di cui si chiede la tutela;
- B) la lesione lamentata del proprio diritto;
- C) e la tutela richiesta al giudice;

La trattazione della causa → ha la **funzione di acquisire tutti gli elementi che servono al giudice per la decisione**, ovvero:

1. A) gli elementi di fatto
2. B) gli elementi di diritto
3. C) istruzione probatoria → che si rende necessaria ogni qual volta si debba accertare il modo di essere dei fatti storici dedotti nel processo;

Nella fase decisoria → l'organo giurisdizionale emette, sulla scorta dell'attività svolta il provvedimento con il quale da o nega la tutela richiesta.

### LA CITAZIONE

La citazione è l'atto introduttivo del processo di cognizione ordinario.

La citazione ha una duplice funzione:

1. **da una parte individua l'oggetto del processo** → sotto questo profilo la citazione, insieme al ricorso è uno degli atti contenenti la domanda giudiziale.
2. **dall'altra porta la domanda a conoscenza del giudice e del convenuto.**

Per quanto attiene alla **forma** → la citazione (ex artt 163 e 163-bis) è uno dei due tipi di atti introduttivi riconosciuti dal nostro ordinamento. L'altro è il ricorso (ex art 414 c.p.c.) adottato per introdurre il processo del lavoro e delle locazioni.

ORA qualunque atto introduttivo deve → contenere la editio actionis, poiché ogni atto introduttivo deve contenere gli elementi che hanno lo scopo di individuare l'oggetto del processo.

La differenza tra questi due atti introduttivi sta in ciò:

LA CITAZIONE viene PRIMA notificata alla controparte e POI viene depositata nella cancelleria del giudice. Il giudice ne viene a conoscenza successivamente alla controparte, o è possibile che non ne venga proprio a conoscenza qualora la parte ometta di depositare in cancelleria la citazione notificata.

IL RICORSO invece viene PRIMA depositato presso la cancelleria del giudice e POI lo si notifica

alla controparte.

La duplice funzione della citazione si ripercuote sul suo contenuto che è anch'esso duplice:

1. **la c.d. editio actionis** → che consiste nella proposizione della domanda giudiziale ed attiene alla prima funzione della citazione (individuare l'oggetto del processo)
2. **la c.d. vocatio in ius** → che consiste nel portare la domanda a conoscenza degli altri soggetti, ed attiene alla seconda funzione della citazione.

INOLTRE la citazione può contenere **elementi propri della fase di trattazione** come ad es:

- allegazione di fatti che NON hanno lo scopo di individuare l'oggetto del giudizio;
- e le attività relative alla fase istruttoria;

Ex artt 163 c.p.c.:

**COMMA I: “LA DOMANDA SI PROPONE MEDIANTE CITAZIONE A COMPARIRE AD UDIENZA FISSA”**

**COMMA II: “IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE STABILISCE AL PRINCIPIO DELL'ANNO GIUDIZIARIO, CON DECRETO APPROVATO DAL PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE D'APPELLO, I GIORNI DELLA SETTIMANA E LE ORE DELLE UDIENZE DESTINATE ESCLUSIVAMENTE ALLA PRIMA COMPARIZIONE ELLE PARTI”**

**COMMA III: “L'ATTO DI CITAZIONE DEVE CONTENERE:**

1. **l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta;**
2. **l'indicazione delle parti**, QUINDI: nome, cognome, residenza e codice fiscale dell'attore e del convenuto, la residenza, domicilio o dimora di quest'ultimo e delle persone che rappresentano o assistono attore e convenuto. SE attore o convenuto sono una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta, o un comitato → la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio;
3. **la determinazione della cosa oggetto della domanda**, ovvero il c.d. PETITUM (il ciò che è richiesto). In ogni caso il termine petitum allude a due cose diverse.

Da una parte vi è il petitum *mediato* → che è la situazione sostanziale dedotta in giudizio.

Dall'altra vi è il petitum *immediato* → che è il provvedimento che si chiede al giudice.

4. **L'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni.** Al numero 4 del comma III dunque l'art 163 fa riferimento a DUE elementi della citazione in un solo numero. Essi sono da una parte la c.d. CAUSA PETENDI ovvero la fattispecie costitutiva del diritto, e dall'altra le c.d. CONCLUSIONI.

es. se tizio propone una domanda di accertamento della proprietà sull'immobile x, petitum mediato è il diritto di proprietà sull'immobile, petitum immediato è il provvedimento di accertamento del diritto, causa petendi sarà un contratto, l'usucapione, la successione ereditaria etc.

La causa petendi riveste all'interno del processo un ruolo diverso a seconda che sia dedotto in giudizio un diritto eteroindividuati o autoindividuati.

Nei diritti eteroindividuati la causa petendi svolge una duplice funzione, per prima cosa essa consiste in un elemento delle domanda giudiziale che consente l'individuazione del diritto dedotto in giudizio.

OLTRE che come elemento della domanda giudiziale per i SOLI diritti eteroindividuati, la causa petendi svolge tanto per i diritti eteroindividuati quanto per quelli autoindividuati anche la funzione di elemento della trattazione. Da questo punto di vista essa rileva ai fini dell'accoglimento o del rigetto della domanda nel merito.

Pertanto, ove manchi l'indicazione del fatto costitutivo del diritto, se il diritto dedotto in giudizio è un diritto eteroindividuato → l'atto introduttivo (citazione) sarà nullo in quanto non adempie alla sua funzione di elemento della domanda giudiziale che consente l'individuazione del diritto oggetto del processo.

MA ove manchi la causa petendi ed il diritto oggetto del giudizio è un diritto autoindividuati (sebbene l'atto introduttivo non sarà nullo, perché il diritto dedotto in giudizio è ugualmente identificabile) → il giudice sarà CMQ impossibilitato all'accoglimento nel merito della domanda così formulata.

Le conclusioni INVECE sono la richiesta che ciascuna delle parti fa al giudice di emanare un certo

provvedimento con un certo contenuto, anziché un certo altro provvedimento con un altro contenuto.

In altri termini individuano il contenuto del provvedimento che ciascuna parte vorrebbe che il giudice emanasse.

Conclusioni sono ad es. che il giudice si dichiari incompetente, che accolga o rigetti la domanda etc.

Le conclusioni hanno un ruolo molto importante perché su di esse si verifica la corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato ex art 112 c.p.c., e la soccombenza delle parti tanto ai fini della legittimazione ad impugnare quanto ai fini della condanna alle spese.

Ora per quanto attiene ai rapporti tra la domanda giudiziale e le conclusioni: noi sappiamo che **l'editio actionis costituisce un elemento immodificabile dell'atto introduttivo. Infatti gli elementi della citazione che compongono l'editio actionis hanno la funzione di individuare la domanda giudiziale, e quest'ultima non può essere alterata nel corso del processo, poiché attraverso essa se ne determina l'oggetto.**

Si pensi ad esempio al n° 3, ovvero la determinazione della cosa oggetto della domanda. Il n°3 individua il petitum, ovvero la situazione sostanziale fatta valere nel processo. È evidente che non si può sostituire al diritto fatto valere un diritto diverso in corso di causa.

Pertanto è caso mai possibile, ove ne sussistano i presupposti, proporre nuove ed ulteriori domande nel corso dello stesso processo, la domanda originaria non può essere modificata.

DA questi presupposti deduciamo tutti gli elementi che rientrano nella editio actionis e contengono la domanda giudiziale → sono immodificabili, in quanto individuano l'oggetto del processo.

Mentre sono sempre modificabili gli elementi dell'atto introduttivo che attengono alla trattazione e non alla editio actionis. Essi possono essere integrati e modificati nel corso del processo, appunto in sede di trattazione.

ORA noi abbiamo visto che non sempre la causa petendi, ovvero la fattispecie costitutiva del diritto, ha la funzione di individuare la domanda giudiziale. Nei diritti autoindividuati la fattispecie costitutiva non è un elemento vincolante ai fini dell'individuazione del diritto fatto valere nel processo, mentre al contrario lo è nei diritti eteroindividuati. Pertanto nei primi la causa petendi sarà modificabile nel corso del processo, perché ciò non produce una modificazione del diritto fatto valere.

Ecco perché l'indicazione di cui all'art 163 comma III n° 4 può in alcuni casi essere necessaria (ove manchi l'atto è nullo) e definitiva (perché una modifica della causa petendi comporta nei diritti eteroindividuati una modificazione del diritto fatto valere) ed in altri è facoltativa (perché l'atto non è nullo in mancanza di essa, ma semplicemente il giudice non potrà decidere con sentenza di accoglimento in merito) e provvisoria (nel senso che gli elementi di fatto e di diritto che costituiscono la ragione della domanda possono essere modificati in corso di causa in sede di trattazione).

Lo stesso principio vale per le conclusioni che possono essere certamente modificata PURCHÉ ciò non comporti una modifica dell'oggetto del processo.

5. **L'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi ed in particolare dei documenti che offre in comunicazione.** Si tratta di un'indicazione meramente facoltativa, tale indicazione può essere fatta nell'atto introduttivo ma anche benissimo successivamente (v. art 183 c.p.c.).
6. **Il nome ed il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora sia stata già rilasciata.** Si tratta dell'indicazione della procura, in quanto innanzi al tribunale è SEMPRE necessaria la rappresentanza tecnica. L'atto introduttivo deve, pertanto, contenere l'indicazione del mandato.
7.
  - **L'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione;**
  - **l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20 giorni prima dell'udienza indicata, nelle forme stabilite dall'art 166, ovvero 10 giorni prima in casi di abbreviazione dei termini;**
  - **l'invito a comparire nell'udienza indicata dinanzi al giudice designato ex art 168bis;**
  - **con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt 38 e 167 c.p.c.**

Secondo il nostro ordinamento è dunque l'attore ad individuare il giorno della prima udienza. Nel farlo deve rispettare i termini di cui all'art 163bis, ovvero 90 giorni se la notificazione della citazione deve avvenire in

Italia, e 150 giorni se la citazione dev'essere notificata all'estero. Il mancato rispetto dei termini comporta la nullità dell'atto introduttivo.

La citazione deve anche contenere l'invito al contenuto a costituirsi depositando la comparsa di risposta di cui all'art 167 entro i termini di 20 giorni dall'udienza fissata ovvero entro 10 se vi è stata abbreviazione dei termini.

La riforma sulla razionalizzazione del processo ex L.69/2009 ha introdotto termini assai rigorosi per eccepire l'incompetenza del giudice ex art 38 c.p.c. PERTANTO → con la stessa L. 69/2009 si è modificato il n°7 imponendo all'attore di indicare in citazione al convenuto l'obbligo di sollevare l'eccezione di incompetenza a pena di decadenza nella comparsa di risposta di cui all'art 167 che dev'essere depositata in cancelleria nei termini di cui all'art 166 c.p.c.

**COMMA III: "L'ATTO DI CITAZIONE, SOTTOSCRITTO DALL'AVVOCATO DELL'ATTORE, È CONSEGNATO DALLA PARTE O DAL PROCURATORE ALL'UFFICIALE GIUDIZIARIO, IL QUALE LO NOTIFICA A NORMA DEGLI ARTT 137 E SS."**

#### NULLITÀ E SANATORIA DELLA CITAZIONE

Data la doppia funzione che svolge la citazione, da una parte quella di instaurare il contraddittorio (vocatio in ius) dall'altra quella di individuare l'oggetto del processo (editio actionis) → la disciplina della nullità della citazione è diversa a seconda che essa colpisca gli elementi della vocatio in ius o della editio actionis.

Nullità della citazione afferente ad uno degli elementi della vocatio in ius → la nullità consegue:

1. all'omissione o assoluta incertezza relativa al giudice adito;
2. all'omissione o assoluta incertezza relativa alle parti del processo;
3. all'omissione o assoluta incertezza relativa alla data dell'udienza fissata dall'attore;
4. all'assegnazione di un termine per comparire inferiore a quello legale ex art 163bis
5. all'omissione dell'avvertimento che la costituzione oltre i termini di cui all'art 166 comporta per il convenuto le decadenze di cui agli artt 38 e 167 c.p.c.

Per quanto attiene all'omissione o assoluta incertezza relativa all'individuazione delle parti →

Si deve precisare che l'individuazione delle parti NON rileva unicamente ai fini della vocatio in ius, MA altresì ai fini della editio actionis.

Per la vocatio in ius → rileva la parte in senso processuale (il destinatario degli effetti degli atti processuali, es. il rappresentato) e la parte in senso formale (colui che può compiere gli atti del processo, es. il rappresentante).

Per la editio actionis → rileva INVECE la parte in senso sostanziale, (cioè i titolari del diritto dedotto in giudizio).

Ciò perché un diritto è individuato ANCHE attraverso i soggetti che ne sono titolari. QUINDI se vi è un'omissione o un'assoluta incertezza circa i soggetti cui fa capo il diritto dedotto in giudizio → si ricade nei vizi relativi all'editio actionis, poiché la domanda giudiziale, in presenza di una simile carenza nel n°3 dell'art 163, non consente l'individuazione dell'oggetto del processo.

Pertanto se il diritto non è stato affatto individuato sotto i profili soggettivi → si avrà una nullità della editio actionis con le conseguenze che da ciò derivano.

Si pensi ad es. alla citazione in giudizio di un padre quale rappresentante legale di un figlio minore non identificato; ovvero ad es. ai casi di legittimazione straordinaria in cui il creditore che agisce in surrogatoria non indichi il debitore surrogato.

VICEVERSA se si è individuato il diritto sotto il profilo soggettivo MA si è omissso o vi è assoluta incertezza sull'indicazione della parte in senso processuale o in senso formale → siamo in presenza di una nullità della vocatio in ius.

Si pensi ad es. alla proposizione di una domanda che identifichi perfettamente il minore su cui ricade un certo obbligo, MA sia proposta nei confronti di un non identificato rappresentante legale; ovvero ad es. nel caso in cui si presenti una domanda per un diritto nei confronti di un fallito ben identificato, MA viene convenuto in giudizio un curatore non identificato.

Ogni qual volta il convenuto non si costituisca → il giudice deve esaminare la citazione ed accertare se essa non sia per caso affetta da una delle nullità attinenti alla vocatio in ius.

Qualora tale indagine dia esito positivo → il giudice dispone d'ufficio la rinnovazione, entro un termine perentorio, della citazione, indicando all'attore l'elemento della vocatio in in da integrare e fissa una successiva udienza di comparizione.

SE l'attore rinnova la citazione entro il termine perentorio assegnatogli → il vizio si sana con efficacia retroattiva, lasciando inalterati gli effetti sostanziali e processuali della domanda, che si producono CMQ sin dal momento della notificazione della prima citazione.

VICEVERSA se l'attore non esegue la rinnovazione, o la esegue oltre il termine perentorio → il giudice all'udienza successiva ordina la cancellazione della causa dal ruolo, che comporta un'estinzione IMMEDIATA del processo (SENZA neanche i tre mesi di quiescenza).

SE l'atto rinnovato è nullo a sua volta → secondo l'opinione preferibile è nuovamente rinnovabile, ma la questione è dibattuta.

Il potere del giudice di rilevare la nullità della citazione e disporre la rinnovazione → non è sottoposto a termini particolari. Esso dev'essere auspicabilmente esercitato in sede di prima udienza (ex art 183, I c.p.c.) MA nulla impedisce al giudice di esercitarlo anche in fase decisoria. In tal caso il giudice dovrà ugualmente disporre la rinnovazione della citazione nulla.

L'ordine tardivo di rinnovazione della citazione non incide CMQ sulla posizione processuale del convenuto, sebbene esso viene evocato in giudizio a processo inoltrato. In nessun modo egli ricade in decadenze o preclusioni in conseguenza del fatto che il giudice ha dichiarato la nullità della citazione in un momento successivo anziché alla prima udienza. Infatti il giudice semplicemente dichiara la nullità della citazione e fissa una nuova prima udienza ex art 183 c.p.c. venti giorni prima della quale il convenuto può costituirsi depositando la comparsa di risposta ai sensi degli artt 166 e 167c.p.c.

Oltre che a seguito della rinnovazione della citazione, i vizi relativi alla vocatio in ius → sono altresì sanati ex art 164 comma III, a seguito della costituzione spontanea del convenuto, che consiste in una convalidazione oggettiva che consente la regolare instaurazione del contraddittorio.

Anche in tal caso la sanatoria per costituzione spontanea fa salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda che operano dal momento della notificazione della citazione.

TUTTAVIA se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini minimi ex art 163bis per l'indicazione da parte del convenuto dell'udienza di comparizione, o se lamenti la mancanza dell'avvertimento (che la costituzione oltre i termini di cui all'art 166 comporta le decadenze di cui agli artt 38 e 167) di cui al n°7 dell'art 163 → il giudice deve fissare una NUOVA udienza nel rispetto dei termini.

La fissazione della nuova udienza nel rispetto dei termini è prevista ex art 164 comma III SOLO nei casi in cui il convenuto deduca che l'attore con la citazione abbia assegnato un termine a comparire inferiore al legale, ovvero non abbia riportato l'avvertimento di cui al n°7 dell'art 163, tuttavia si ritiene che la fissazione della nuova udienza nel rispetto dei termini debba aversi ANCHE in caso di nullità di uno qualsiasi degli elementi che riguardano la vocatio in ius.

La Corte Costituzionale sul tema ha più volte affermato che il convenuto non ha alcun onere di attivarsi per integrare gli elementi carenti della citazione.

Ma anzi ha tutto il diritto di ricavare dalla copia della citazione notificatagli tutto quanto serva per la sua difesa; ad es. se manchi una pagina, non è certo suo onere recarsi nella cancelleria del giudice adito per richiedere copia della pagina mancante.

I commi IV, V e VI si occupano delle nullità relative all'editio actionis.

Afferma il comma IV: **“LA CITAZIONE È ALTRESÌ NULLA SE È OMESSO O RISULTA ASSOLUTAMENTE INCERTO IL REQUISITO DI CUI AL N° 3 DELL'ART 163 OVVERO SE OMESSA L'ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CUI AL N°4 DELLO STESSO ART”**.

La nullità della citazione si ha anzitutto quando sia omessa o assolutamente incerta l'individuazione delle parti in senso sostanziale. In quanto come visto ciò non consente l'individuazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio e comporta una carenza degli elementi della citazione di cui al n° 3 dell'art 163 c.p.c.

Per quanto riguarda invece la nullità della citazione derivante dalla carenza dei fatti di cui al n°4 dell'art 163 → ancora una volta si deve distinguere tra diritti autoindividuati ed eteroindividuati.

La causa petendi, ovvero la fattispecie costitutiva del diritto, è rilevante SOLO per l'individuazione di quest'ultimi. Pertanto la citazione è certamente nulla se vi è omissione o assoluta incertezza della causa

petendi di un diritto eteroindividuati, MENTRE per i diritti autoindividuati l'allegazione della fattispecie costitutiva del diritto fatto valere, sebbene sia condizione per l'accoglimento nel merito della domanda, non è altresì condizione di validità della citazione. Ciò proprio perché la causa petendi non svolge la funzione di identificazione del diritto fatto valere.

QUINDI, al contrario dei diritti eteroindividuati, ove manchi o sia assolutamente incerta la causa petendi in una citazione con cui si vuol far valere un diritto autoindividuati NON si avrà la dichiarazione di nullità di quest'ultima, MA ANZI l'allegazione dei fatti costitutivi del diritto sarà CMQ possibile ai sensi dell'art 183, V c.p.c.

Per quanto attiene alla SANATORIA dei vizi attinenti alla editio actionis →

La sanatoria conseguente ai vizi della editio actionis è irretroattiva ex art 164 comma V, il quale afferma che restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione della citazione o alla integrazione tramite memoria dell'attore.

La sanatoria è irretroattiva in quanto, finché il diritto resti indeterminato non è possibile che operino gli effetti sostanziali e processuali della domanda, i quanto non si saprebbe a che diritto riferirli.

DUNQUE con riferimento ai vizi della editio actionis la sanatoria ha come sola conseguenza la salvezza gli atti di impulso processuale, ovvero:

1. iscrizione a ruolo;
2. formazione del fascicolo;
3. nomina del giudice istruttore.

oltre che il risparmio di una fase decisoria in cui il giudice dovrebbe chiudere in rito il processo innanzi a se.

COME può aversi tale sanatoria →

Qualora vi sia la nullità della citazione con riferimento all'editio actionis è evidente che la semplice costituzione spontanea del convenuto non è sufficiente a sanare tale nullità, poiché l'identificazione del diritto non può essere effettuata dal convenuto. Questi infatti non è mai legittimato a sostituirsi all'attore nell'individuare il diritto che quest'ultimo vuol far valere.

La sanatoria può provenire SOLO da un'attività dell'attore che integri il requisito carente:

- SE il convenuto è contumace → il giudice disporrà la rinnovazione della citazione integrata dagli elementi carenti;
- SE viceversa il convenuto si è costituito → ex art 164 comma VI è sufficiente che l'attore depositi, notifichi o scambi con la parte una memoria in cui siano contenute le necessarie integrazioni.

Il convenuto infatti è già costituito, e sarebbe superfluo predisporre la rinnovazione della citazione che contiene anche gli elementi della vocatio in ius (CMQ perfettamente validi).

Qualora l'attore non ottemperi all'invito del giudice di rinnovare o integrare la citazione → si avrà la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione del processo. L'ipotesi non è espressamente disciplinata ma si ritiene CMQ applicabile in via analogica il comma II dell'art 164 per l'evidente identità di ratio.

#### LA COMPARSA DI RISPOSTA

Ricevuta la citazione il convenuto si difende attraverso una comparsa di risposta, che è appunto l'atto speculare della citazione ed è disciplinata dagli artt 166 e 167 c.p.c.

Ex art 167 comma I c.p.c.: **“NELLA COMPARSA DI RISPOSTA IL CONVENUTO DEVE:**

1. **PROPORRE TUTTE LE DIFESE PRENDENDO POSIZIONE SUI FATTI POSTI DALL'ATTORE A FONDAMENTO DELLA DOMANDA;**
2. **INDICARE LE PROPRIE GENERALITÀ ED IL CODICE FISCALE;**
3. **INDICARE I MEZZI DI PROVA DI CUI INTENDE VALERSI ED I DOCUMENTI CHE OFFRE IN COMUNICAZIONE;**
4. **E FORMULARE LE PROPRIE CONCLUSIONI”.**

Come si può notare la comparsa di risposta, a meno che con essa si voglia procedere alla formulazione di domande riconvenzionali ovvero alla chiamata in causa di un terzo, manca tanto della vocatio in ius quanto della editio actionis.

INFATTI se la **comparsa di risposta** non contiene domande riconvenzionali o in essa non si manifesta l'intenzione di chiamare in causa un terzo → **costituisce un atto che appartiene esclusivamente alla**

**trattazione.**

Dunque ai sensi del comma I il convenuto deve proporre tutte le difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda.

- Il convenuto per prima cosa può rilevare i vizi del processo che ne impediscano la decisione nel merito, proponendo delle difese in rito sollevando delle eccezioni attinenti a dei presupposti processuali.

Generalmente la questione attinente al vizio di un presupposto processuale può essere sollevata in ogni stato e grado del processo, e quindi anche successivamente al momento del deposito in cancelleria della comparsa di risposta, quindi le rilevazioni che costituiscono del **difese in rito** possono essere fatte anche successivamente nell'ulteriore corso del processo.

Fanno eccezione a tale regola i casi eccezionali in cui il vizio del presupposto processuale non è altresì rilevabile d'ufficio (es. eccezione di patto compromissorio). In tali ipotesi vale la regola opposta, per cui il convenuto deve sollevare la questione di rito necessariamente nella comparsa di risposta, salvo vedersi l'eccezione preclusa successivamente.

- Per quanto attiene invece alle **difese in merito** il convenuto può proporre semplici difese, ovvero al contestazione in fatto o in diritto dei fatti allegati dall'attore; ovvero delle eccezioni ovvero fatti storici nuovi che siano impeditivi, modificativi o estintivi del diritto fatto valere dall'attore.

Anche le eccezioni di merito come sappiamo si distinguono in eccezioni in senso stretto, rilevabili solo dalla parte; ed eccezioni in senso lato, rilevabili anche d'ufficio.

Deve altresì indicare i mezzi di prova di cui intende valersi ed i documenti che offre in comunicazione, e formulare le proprie conclusioni. Si tratta di una disposizione speculare all'art 163 n°5 ed anche in questo caso tali indicazioni possono essere fatte anche successivamente in sede di prima udienza di comparizione ex art 186 c.p.c.

Tutte queste attività, tranne la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, NON sono previste a pena di decadenza.

Ex art 167 comma II: **“(Il convenuto) A PENA DI DECADENZA DEVE PROPORRE:**

1. **LE EVENTUALI DOMANDE RICONVENZIONALI**
2. **E LE ECCEZIONI PROCESSUALI E DI MERITO CHE NON SIANO RILEVABILI D'UFFICIO**

Ex art 167 comma III: **“SE INTENDE CHIAMARE UN TERZO IN CAUSA, DEVE FARNE DICHIARAZIONE NELLA STESSA COMPARSA E PROVVEDERE AI SENSI DELL'ART 269 C.P.C.”**

Sono previste dunque dai due commi successivi quelle attività che devono essere contenute a pena di decadenza nella comparsa di risposta.

La principale differenza tra la domanda riconvenzionale e la chiamata in causa di un terzo sta nel fatto che la prima è rivolta nei confronti di un soggetto, che è già parte del processo e per tanto non contiene la vocatio in ius, MENTRE la chiamata in causa di un terzo è uno strumento rivolto nei confronti di un soggetto che non è parte del processo, e pertanto deve sempre contenere gli elementi della vocatio in ius, sia che si tratti di una chiamata non innovativa (il cui unico scopo è quello di far partecipare il terzo in via adesiva al processo così da vincolarlo agli effetti del giudicato) sia che si tratti di una chiamata innovativa. In quest'ultimo caso, per altro il convenuto propone una vera e propria domanda nei confronti del terzo, QUINDI oltre alla vocatio in ius, la chiamata in causa dovrà contenere ANCHE gli elementi della editio actionis.

Afferma l'art 269 comma I: **“ALLA CHIAMATA DI UN TERZO NEL PROCESSO A NORMA DELL'ART 106 C.P.C., LA PARTE PROVVEDE MEDIANTE CITAZIONE A COMPARIRE NELL'UDIENZA FISSATA DAL GIUDICE ISTRUTTORE AI SENSI DEL PRESENTE ARTICOLO, OSSERVATI I TERMINI DELL'ART 163BIS”.**

Il comma II disciplina la chiamata in causa ad opera del convenuto ed afferma:

**“IL CONVENUTO CHE INTENDE CHIAMARE UN TERZO IN CASA, DEVE A PENA DI DECADENZA FARNE DICHIARAZIONE NELLA COMPARSIONE DI RISPOSTA (sia che si tratti di una chiamata innovativa sia che si tratti di una chiamata non innovativa) E CONTESTUALMENTE CHIEDERE AL GIUDICE ISTRUTTORE LO SPOSTAMENTO DELLA PRIMA UDIENZA ALLO SCOPO DI CONSENTIRE LA CITAZIONE DEL TERZO NEI TERMINI DI CUI ALL'ART 163BIS.**

**IL GIUDICE ISTRUTTORE PROVVEDE, ENTRO 5 GIORNI DALLA RICHIESTA, A FISSARE CON DECRETO LA DATA DELLA NUOVA UDIENZA. IL DECRETO È COMUNICATO DAL CANCELLIERE ALLE PARTI COSTITUITE. LA CITAZIONE È NOTIFICATA AL TERZO A CURA DEL CONVENUTO”.**

Il comma III disciplina differentemente la chiamata in causa ad opere dell'attore ed afferma:

**“OVE, A SEGUITO DELLE DIFESE SVOLTE DAL CONVENUTO NELLA COMPARSA DI RISPOSTA, SIA SORTO L'INTERESSE DELL'ATTORE A CHIAMARE IN CAUSA UN TERZO, L'ATTORE DEVE, A PENA DI DECADENZA, CHIEDERNE L'AUTORIZZAZIONE AL GIUDICE ISTRUTTORE NELLA PRIMA UDIENZA.**

**IL GIUDICE ISTRUTTORE, SE CONCEDE L'AUTORIZZAZIONE, FISSA UNA NUOVA UDIENZA ALLO SCOPO DI CONSENTIRE LA CITAZIONE DEL TERZO NEL RISPETTO DEI TERMINI DI CUI ALL'ART 163BIS.**

**LA CITAZIONE È NOTIFICATA AL TERZO A CURA DELL'ATTORE ENTRO IL TERMINE PERENTORIO STABILITO DAL GIUDICE”.**

INTANTO come si può notare, la disciplina della chiamata in causa ad opera del convenuto è diversa da quella ad opera dell'attore. In entrambi i casi il giudice DEVE SEMPRE l'opportunità e la tempestività della chiamata in causa del terzo ad istanza di parte, MA:

SE la chiamata in causa è effettuata dal convenuto → essa, purché operata nel rispetto dei termini entro i quali la comparso di risposta (in cui è contenuta) dev'essere depositata, non incontra alcun limite al di fuori della comunanza di causa o del rapporto di garanzia richiesti dall'art 106;

VICEVERSA SE la chiamata in causa è effettuata dall'attore → essa NON SOLO è subordinata alla valutazione del giudice circa opportunità e tempestività e circa la sussistenza della comunanza di causa o del rapporto di garanzia, ma il giudice deve anche valutare l'effettiva sussistenza del nesso causale tra le difese svolte dal convenuto nella comparso di risposta e l'interesse dell'attore alla chiamata in causa del terzo.

Ed inoltre in tal caso qualora l'autorizzazione sia stata concessa il giudice fissa una nuova udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo avvenga nel rispetto dei termini di cui all'art 163bis e fissa un termine perentorio entro cui la citazione dev'essere notificata, a cura dell'attore, al terzo.

Quando la richiesta provenga invece dal convenuto è lui stesso che, contestualmente alla richiesta di chiamata in causa del terzo, deve chiedere contestualmente al giudice istruttore lo spostamento della prima udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini di cui all'art 163bis.

In entrambi i casi ex comma III la parte che chiama in causa il terzo deve depositare la citazione notificata ENTRO il termine previsto dall'art 165 c.p.c., ovvero entro 10 giorni (o 5 in caso di abbreviazione dei termini) dalla notificazione al terzo della citazione.

Per altro anche in caso di chiamata in causa del terzo ex comma IV restano ferme per le parti le preclusioni ricollegate alla prima udienza di trattazione.

Nei casi in cui la comparso di risposta contenga a pena di decadenza una domanda riconvenzionale, ovvero la chiamata in causa del terzo, potrebbero aversi delle nullità tanto della domanda riconvenzionale quanto della chiamata in causa del terzo causate dall'omissione o assoluta incertezza degli elementi della editio actionis o della vocatio in ius.

Per quanto riguarda la domanda riconvenzionale → essa non contiene elementi della vocatio in ius, pertanto le nullità possono derivare solo da carenze o imprecisioni negli elementi della editio actionis (come l'individuazione delle parti sostanziali del diritto, o la causa petendi).

Anche in tal caso, come nelle ipotesi di sanatoria delle nullità della citazione, è possibile sanare tali vizi attraverso il deposito di una memoria contenente gli elementi carenti ex art 167 comma II, ed anche in tal caso la sanatoria opera ex tunc. Pertanto la domanda riconvenzionale si considera proposta a tutti gli effetti dal momento in cui depositata la memoria integrativa degli elementi carenti.

#### LA COSTITUZIONE IN GIUDIZIO

Dopo la notificazione della citazione sia l'attore (art 165 c.p.c.) sia il convenuto (art 166 c.p.c.) devono costituirsi in giudizio. Costituirsi in giudizio in buona sostanza vuol dire presentarsi davanti al giudice.



Ex art 165 → **l'attore deve costituirsi in giudizio entro 10 giorni dalla notificazione della citazione al convenuto, ovvero entro 5 giorni nel caso di abbreviazione dei termini** a norma dell'art 163bis comma II, **a mezzo del procuratore, depositando in cancelleria:**

- la nota d'iscrizione a ruolo
- ed il proprio fascicolo contenente:
  1. l'originale della citazione;
  2. la procura;
  3. ed i documenti offerti in comunicazione;

**Se si costituisce personalmente deve altresì:**

**dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune ove ha sede il tribunale.**

SE la citazione è notificata a più persone, l'originale della citazione dev'essere inserito nel fascicolo (da depositare in cancelleria) entro 10 giorni dell'ultima notificazione.

Ex art 166 → **il convenuto deve costituirsi almeno 20 giorni prima dell'udienza di comparizione** fissata nell'atto di citazione (ex art 163 comma III n°7) **o almeno 10 prima nel caso di abbreviazione dei termini** a norma dell'art 163bis comma II, **ovvero 20 giorni prima dell'udienza fissata ai sensi dell'art 168bis comma V, depositando in cancelleria:**

- il proprio fascicolo contenente:
  1. la comparsa di risposta di cui all'art 167;
  2. la copia della citazione notificata;
  3. la procura;
  4. ed i documenti che offre in comunicazione;

Ex art 171 commi I, II e III → è disciplina la ritardata costituzione delle parti.

**COMMA I → “SE NESSUNA DELLE PARTI SI COSTITUISCE NEI TERMINI STABILITI → SI APPLICANO LE DISPOSIZIONI DELL'ART 307 COMMII E II”.**

Se nessuna delle parti si costituisce nei termini → il processo entra in uno stato di quiescenza per 3 mesi che decorrono dal termine ultimo per la costituzione del convenuto ex art 166, ovvero 20 giorni prima dell'udienza di comparizione, ovvero 10 in caso di abbreviazione dei termini (la quiescenza termina dunque 2 mesi e 10 giorni dopo il giorno fissato per l'udienza di comparizione).

Entro i 3 mesi ciascuna delle parti può riassumere il processo innanzi al giudice compiendo l'atto di riassunzione, ovvero un semplice atto d'impulso processuale.

A seguito della riassunzione si ha una prosecuzione del processo ordinario che si considera pendente a tutti gli effetti (processuali e sostanziali) dal giorno della notificazione della citazione originaria, con tutto quello che ciò comporta sul piano degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Tuttavia SE entro i tre mesi il processo non è riassunto → esso si estingue definitivamente.

**COMMA II → “SE UNA DELLE PARTI SI È GIÀ COSTITUITA ENTRO IL TERMINE RISPETTIVAMENTE A LEI ASSEGNATO → L'ALTRA PUÒ COSTITUIRSI SUCCESSIVAMENTE SINO ALLA PRIMA UDIENZA, MA RESTANO FERME PER IL CONVENUTO LE DECADENZE DI CUI ALL'ART 167 C.P.C.”** (Ovvero la proposizione delle eccezioni processuali e sostanziali in senso stretto, la proposizione delle domande riconvenzionali, e la chiamata in causa di terzi).

**COMMA III → “LA PARTE CHE NON SI COSTITUISCE NEPPURE IN TALE UDIENZA → È DICHIARATA CONTUMACE CON ORDINANZA DEL GIUDICE ISTRUTTORE, SALVA LA DISPOSIZIONE DELL'ART 291 C.P.C.”**

Se la parte non si costituisce neppure alla prima udienza è dichiarata contumace e ciò determina l'applicazione delle speciali norme che presidono al processo contumaciale, previste dall'art 290 ss. c.p.c.

L'art 291 comma primo fa per altro salva l'ipotesi in cui il convenuto non si sia costituito MA il giudice rilevi un vizio nella notificazione della citazione (v. in seguito).

Diversa dalla contumacia è l'assenza che si ha qualora la parte si sia costituita ai sensi degli artt 165 e 166 MA non si presenta alle udienze. L'assenza non comporta l'applicazione delle norme sul processo

contumaciale.

Anzi ex art 176 comma II → se una delle parti costituite è assente ad una udienza non vi è la necessità di metterla al corrente delle attività ivi compiute, infatti le ordinanze pronunciate in udienza si ritengono conosciute dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi.

Unica eccezione si ha nel caso in cui siano assenti entrambe le parti ed il giudice emetta in udienza dei provvedimenti con cui fissi una nuova udienza. In tal caso tali provvedimenti sono comunicati alle parti.

#### ISCRIZIONE DELLA CAUSA A RUOLO E FORMAZIONE DEL FASCICOLO D'UFFICIO →

Ex art 168 all'atto della costituzione dell'attore, o all'atto della costituzione del convenuto se l'attore non si è costituito, → il cancelliere, su presentazione della nota d'iscrizione a ruolo, iscrive la causa nel ruolo generale.

Contestualmente il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio, nel quale inserisce:

1. la nota d'iscrizione a ruolo;
2. copia dell'atto di citazione;
3. copia della comparsa di risposta;
4. e copia delle memorie in carta non bollata.

E successivamente:

1. i processi verbali di udienza;
2. i provvedimenti del giudice;
3. gli atti d'istruzione;
4. e la copia del dispositivo delle sentenze.

Una volta iscritta la causa a ruolo e formato il fascicolo d'ufficio → il cancelliere presenta il fascicolo al presidente del tribunale il quale designa, con decreto in calce alla nota d'iscrizione a ruolo, il giudice istruttore davanti al quale le parti devono comparire.

Si ha a questo punto ex art 168bis LA DESIGNAZIONE DEL GIUDICE ISTRUTTORE.

Se il giorno fissato per la comparizione (dall'attore ex art 163 comma III n°7) il giudice istruttore designato NON tiene udienza → la comparsa delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza immediatamente successiva tenuta dal giudice istruttore designato.

Il giudice istruttore può deferire, con decreto da emettere ENTRO 5 giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza SINO ad un max di 45 giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza.

Ex art 170 c.p.c. è prevista un'altra conseguenza della costituzione in giudizio delle parti → a partire da quel momento tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito

Ex art 174 c.p.c. infine è previsto il principio dell'immutabilità del giudice istruttore.

**“IL GIUDICE DESIGNATO È INVESTITO DI TUTTA L'ISTRUZIONE DELLA CAUSA E DELLA RELAZIONE AL COLLEGIO.**

**SOLTANTO IN CASO DI ASSOLUTO IMPEDIMENTO O GRAVI ESIGENZE DI SERVIZIO → PUÒ ESSERE SOSTITUITO CON DECRETO DEL PRESIDENTE. LA SOSTITUZIONE PUÒ ESSERE DISPOSTA, QUANDO È INDISPENSABILE, ANCHE PER IL COMPIMENTO DI SINGOLI ATTP’.**

Si deve per altro segnalare che la Corte di Cassazione ha più volte affermato che l'art 174 c.p.c. non attribuisce alle parti alcuna situazione sostanziale protetta, QUINDI esse non possono in alcun modo contestare il provvedimento coi cui il presidente del tribunale sostituisce il giudice istruttore.

#### LA PRIMA UDIENZA

– PRIMA COMPARSА DELLE PARTI E TRATTAZIONE DELLA CAUSA –

L'art 183 c.p.c. → reintroduce nel nostro ordinamento le preclusioni che caratterizzavano il rito originario del codice del 1942.

Tali preclusioni erano state ELIMINATE nel 1950, e richiamate in vita per la prima volta nel rito del lavoro del 1973, per poi ricomparire nel rito ordinario a partire dalla riforma del '90. Il meccanismo delle preclusioni è stato ulteriormente modificato nel 2006.

L'art 183 è dunque una norma molto complessa che risulta dalla stratificazione normativa del '42 del '50, del '90 del 2006 (in cui sono stati abrogati i precedenti primi due commi dell'art 183 che prevedevano

l'interrogatorio libero e la conciliazione come obbligatori) ed infine nel 2012 con l'abrogazione del precedente comma X.

Un processo strutturato secondo il meccanismo delle preclusioni → è caratterizzato dalla divisione della fase di trattazione della causa in due momenti.

UN PRIMO MOMENTO dedicato → all'allegazione dei fatti + allegazione delle richieste istruttorie (per provare tali fatti)

UN SECONDO MOMENTO dedicato → alla prova di quelli tra i fatti allegati che sono controversi (perché i fatti allegati non controversi non necessitano d'essere provati).

→ Resta così esclusa la possibilità che il processo, giunto allo stadio successivo, possa regredire a quello anteriore al fine di introdurre degli elementi che non sono stati precedentemente allegati.

Il meccanismo delle preclusioni nel diritto processuale trova ovviamente un'attuazione più o meno rigida a seconda del rito cui è applicato, ed allo stesso modo la scansione tra le due fasi può essere più o meno rigida. Per quanto riguarda la struttura della fase INIZIALE del processo, dedicata all'allegazione dei fatti ed alle richieste istruttorie → possono aversi vari modelli.

Il processo del lavoro attua ad esempio il modello più rigido delle preclusioni, pertanto → le allegazioni e le richieste istruttorie:

1. devono essere effettuate contemporaneamente;
2. ed in linea di massima possono essere contenute SOLO negli atti introduttivi;

→ QUINDI ulteriori allegazioni o richieste istruttorie sono possibili SOLO come replica alle difese avversarie, in conseguenza dello svolgimento dialettico del processo, MA mai come esercizio dello *ius poenitendi*, ovvero come ulteriori allegazioni che non siano giustificate né dall'attività della controparte né dall'attività del giudice.

Per quanto riguarda il rito ordinario →

- Si è abbandonata la versione rigida delle preclusioni e nella prima udienza sono possibili **acquisizioni ulteriori rispetto a quanto contenuto negli atti introduttivi**.
- **INOLTRE le nuove acquisizioni**, che consistono in domande ed allegazioni, **possono discendere tanto dall'attuazione del contraddittorio quanto dall'esercizio del c.d. ius poenitendi**.

Comma I: “ALL'UDIENZA FISSATA PER LA PRIMA COMPARSА DELLE PARTI E LA TRATTAZIONE → IL GIUDICE ISTRUTTORE VERIFICA D'UFFICIO LA REGOLARITÀ DEL CONTRADDITTORIO E, QUANDO OCCORRE, PRONUNCIA I PROVVEDIMENTI PREVISTI:

- EX ART 102 COMMA II → per l'integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario;
- EX ART 182 → per la sanatoria dei difetti: A) di capacità B) di rappresentanza tecnica;
- EX ARTT 164 → per la sanatoria delle nullità: A) della citazione B) della domanda riconvenzionale eventualmente contenuta nella comparsa di risposta;
- EX ART 291 → per la sanatoria dei vizi di notificazione della citazione;

Afferma il comma II → “QUANDO IL GIUDICE ISTRUTTORE PRONUNCIA I PROVVEDIMENTI (con cui dispone la sanatoria dei vizi di cui al comma I), FISSA UNA NUOVA UDIENZA DI TRATTAZIONE”.

Ora l'elenco contenuto nel primo comma è molto interessante poiché contiene un'elencazione completa dei presupposti processuali il cui vizio è sanabile innanzi al giudice adito.

Oltre ad essi sono sanabili anche i vizi di Giurisdizione e Competenza, MA per essi è CMQ sempre necessario adire un altro giudice.

L'art 183 c.p.c. conferma e sta alla base del principio per cui all'interno del nostro processo qualora il giudice rilevi un vizio sanabile NON deve chiudere immediatamente il processo con sentenza di rito, MA deve pronunciare i provvedimenti attraverso cui disporre la sanatoria dei vizi.

Nella nuova udienza di trattazione fissata ai sensi del comma II → dovrà verificare se le parti hanno ottemperato a quanto è stato disposto. Se il vizio è stato sanato il processo proseguirà verso la decisione nel merito, viceversa → il giudice ne dichiarerà l'estinzione ed il processo si chiuderà in rito.

TUTTAVIA → il comma I NON disciplina TUTTE le attività relative alle questioni di rito che devono essere

affrontate dal giudice istruttore in sede di udienza di prima comparizione.

Devono essere oggetto della prima udienza **TUTTE le attività attinenti alle questioni processuali che siano potenzialmente in grado di assorbire la trattazione nel merito.**

Comma III: “IL GIUDICE ISTRUTTORE FISSA ALTRESÌ UNA NUOVA UDIENZA DI TRATTAZIONE → SE DEVE PROCEDERE AI SENSI DELL'ART 185”.

Ora noi sappiamo che l'art 185 c.p.c. disciplina il tentativo di conciliazione. La riforma del 2006 ha fatta venir l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, che era stata introdotta nel 1990 sulla stessa falsa riga di quanto previsto per il rito del lavoro dall'art 420 c.p.c.

Si è trattato di un tentativo infruttuoso, in quanto tra le altre cose la Corte di Cassazione aveva sempre dichiarato che il mancato svolgimento del tentativo di conciliazione NON era causa di nullità della sentenza, nonostante il legislatore lo prevedesse come obbligatorio.

Per tanto ex nuovo art 185 c.p.c. → il tentativo di conciliazione ha luogo SOLO su richiesta congiunta delle parti.

Sempre la riforma del 2006 ha altresì eliminato l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero che era previsto appunto come obbligatorio ai sensi del comma I del previgente art 183. Ad oggi pertanto il giudice potrà procedere all'interrogatorio libero ogni qual volta lo ritenga opportuno ex art 117, MA non sarà tenuto a farlo in sede di prima udienza di comparizione.

I commi IV, V e VI disciplinano invece la possibilità per le parti di allegare fatti e richieste istruttorie diverse da quelle contenute negli atti introduttivi.

In generale CMQ i poteri delle parti alla prima udienza di trattazione possono essere distinti in due gruppi:

→ da una parte vi sono le allegazioni di fatti e di richieste istruttorie che costituiscono una replica

1. alle allegazioni, dedizioni e domanda della controparte;
2. ai rilievi officiosi del giudice;

ovvero sono delle novità introdotte dalla parte nel processo in conseguenza dello svolgimento del contraddittorio tra le parti ed il giudice.

→ dall'altra vi sono le allegazioni di fatti e di richieste istruttorie che sono esercizio dello ius poenitendi, ovvero sono delle novità che NON hanno come causa giustificativa nell'attuazione del principio del contraddittorio, MA che è CMQ consentito allegare in sede di prima udienza se non sono state già allegare agli atti introduttivi.

Comma IV: “NELL'UDIENZA DI TRATTAZIONE, OVVERO IN QUELLA EVENTUALMENTE FISSATA AI SENSI DEL COMMA III, → IL GIUDICE:

1. RICHIEDE ALLE PARTI I CHIARIMENTI NECESSARI SULLA BASE DEI FATTI ALLEGATI
2. ED INDICA LE QUESTIONI RILEVABILI D'UFFICIO DELLE QUALI RITIENE OPPORTUNA LA TRATTAZIONE”.

Dunque il principio del contraddittorio com'è noto non riguarda solo le parti ma anche il giudice, il quale deve osservare e far osservare il principio del contraddittorio.

Quello previsto dal IV comma di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione → è un vero e proprio dovere del giudice istruttore.

ORA con riferimento alla *quaestio facti* un'eccezione rilevabile e rilevata d'ufficio → può legittimare l'introduzione di novità nel processo, MA non solo allegazioni di fatti, MA anche nuove domande.

Si pensi ad es. al caso in cui il giudice rilevi d'ufficio la nullità di un contratto che costituisce la causa petendi della domanda di adempimento da parte dell'attore.

A questo punto → lo stesso attore ben può allegare nuovi elementi volti a contraddire le ragioni per cui il giudice propende per la nullità del contratto, MA può altresì allegare una NUOVA domanda ad es. di restituzione delle prestazioni da lui effettuate in adempimento del contratto nullo.

Per quanto attiene alla *quaestio iuris*, una volta che il giudice segnali loro quella che è a suo avviso la corretta ricostruzione in diritto della fattispecie oggetto del processo, → le parti devono essere messe in condizione di introdurre in giudizio delle opportune modifiche alla loro difesa MA anche allegare nuovi fatti che magari non avevano contemplato negli atti introduttivi perché li ritenevano irrilevanti secondo quella che ritenevano essere la corretta ricostruzione in giudizio della fattispecie.

È un fenomeno analogo a quanto accade in sede di giudizio di rinvio allorché la decisione della Cassazione si fonda su un principio di diritto difforme SIA dalla tesi sostenuta da una parte che da quella sostenuta

dall'altra.

In entrambi i casi può accadere che si dia rilevanza a dei fatti che non erano stati inizialmente ritenuti irrilevanti dalle parti.

La riforma del 2009 a suggellare l'obbligo del giudice di introdurre nel contraddittorio la questione di rito o di merito, facti o iuris che sia all'interno del contraddittorio ha per altro previsto che → se la questione rilevata d'ufficio NON è sottoposta all'esame delle parti la sentenza è NULLA, in applicazione del principio del divieto del giudizio di terza via di cui all'art 101 comma II c.p.c.

QUINDI CMQ prima o poi il giudice dovrà porre la questione all'attenzione delle parti a meno che non voglia compiere un atto invalido. Tanto vale quindi proporla subito.

Per quanto riguarda invece la possibilità di allegazione di nuovi fatti e di nuove richieste istruttorie che costituiscono una replica alle allegazioni, domande e deduzioni della controparte →

Comma V: “NELLA STESSA UDIENZA L'ATTORE PUÒ PROPORRE LE DOMANDE E LE ECCEZIONI CHE SONO CONSEGUENZA DELLE DOMANDE RICONVENZIONALI E DELLE ECCEZIONI PROPOSTE DAL CONVENUTO.

PUÒ ALTRESÌ CHIEDERE DI ESSERE AUTORIZZATO A CHIAMARE IN CAUSA UN TERZO AI SENSI DEGLI ARTT 106 E 209 COMMA III, SE L'ESIGENZA È SORTA DALLE DIFESE DEL CONVENUTO...”

Si pensi ad es. ad un attore che deposita una citazione il cui petitum mediato è il diritto all'adempimento completo di un contratto di compravendita, il petitum immediato è un provvedimento che condanni il convenuto compratore al pagamento dell'intero prezzo, e la causa petendi è il contratto stesso, come fattispecie costitutiva del diritto.

SE il convenuto, tramite la comparsa di risposta abbia:

- eccepito la decorrenza dei termini di prescrizione;
- o magari il convenuto abbia introdotto, in via d'eccezione o di domanda un diritto ulteriore con cui contesti l'esistenza del diritto pregiudiziale rispetto al diritto fatto valere dall'attore;
  1. ad es. affermi in via d'eccezione che l'attore non ha diritto al residuo del prezzo perché il rapporto contrattuale non è mai sorto in quanto il contratto è nullo;
  2. ovvero ad es. affermi in via d'eccezione che il diritto al pagamento del prezzo non spetta a lui in quanto in realtà aveva comprato il bene da un terzo;
  3. ovvero, ad es. introduca sempre l'eccezione di nullità MA in via di domanda, ponendola alla base di una domanda di ripetizione dell'indebitato di quanto già corrisposto. In tal caso il compratore convenuto propone quindi con una domanda riconvenzionale contenuta nella comparsa di risposta.

Ecco che in tali ipotesi il convenuto può rispettivamente:

1. Proporre eccezioni all'eccezione del convenuto, → ovvero allegare fatti sospensivi o interruttivi della prescrizione, ed allegare richieste istruttorie per poterne dare prova.
2. Chiamare in causa il terzo indicato dal convenuto come il vero titolare del diritto → ovvero proporre una domanda incidentale di mero accertamento del diritto pregiudiziale di proprietà, ed in tal caso potrà allegare fatti e richieste istruttorie al fine di provare che il proprietario del bene venduto era lui.
3. Proporre LUI eccezioni alla domanda riconvenzionale del convenuto, → ovvero allegando che il diritto alla ripetizione dell'indebitato fatto valere del convenuto compratore non sussiste in quanto il contratto è perfettamente valido, e per far ciò dovrà poter allegare fatti e richieste istruttorie.
4. OVVERO in certo può altresì proporre la c.d. *Reconventio reconventionis* → ovvero una domanda riconvenzionale alla domanda riconvenzionale del convenuto, accettando ad esempio la restituzione di quanto già corrisposto lui dal compratore convenuto, ma chiedendo in cambio la ripetizione della PROPRIA prestazione, ovvero la consegna del bene.

Il quadro dei poteri spendibili dall'attore non si ferma qui. Infatti non ci sono limiti alle allegazioni possibili per le parti in sede di prima udienza di comparizione qualora l'esigenza di allegare i nuovi fatti e le nuove richieste istruttorie derivi dal contraddittorio con la controparte o con il giudice, ovvero quando tali allegazioni costituiscono la replica alle difese del convenuto o ai rilievi officiosi del giudice.

Ciò per altro non vale solo con riferimento alle eccezioni del convenuto o alle sue domande riconvenzionali, **MA anche con riferimento alla propria causa petendi.**

Si pensi ad esempio ad un incidentato che convenga in giudizio il convenuto in quanto conducente dell'altro veicolo, ed al convenuto che eccepisca di non essere stato il conducente dell'autovettura.

In tal caso l'attore → può senz'altro allegare a sostegno della propria domanda che il convenuto è CMQ tenuto al risarcimento in quanto proprietario del veicolo. In tal caso il diritto al risarcimento del danno sussiste CMQ anche se sorge da una diversa fattispecie costitutiva.

Tutte le modificazioni della domanda, che sono ammissibili in virtù dello ius poenitendi concesso dall'ultima parte del V comma sono a maggior ragione giustificate a seguito dell'attività difensiva del convenuto.

Quanto visto vale non soltanto per l'attore MA anche specularmente per il convenuto. Così anche lui alle domande di accertamento incidentale o riconvenzionali proposte dall'attore in sede di udienza di prima comparizione ex art 186 comma V potrà rispondere con la proposizione di eccezioni ANCHE non rilevabili d'ufficio; alle eccezioni proposte dall'attore alla domanda riconvenzionale del convenuto può opporre ulteriori fatti etc.

ORA quanto previsto dalla prima parte del comma V dell'art 186 c.p.c. → costituisce il minimo indispensabile che dev'essere assicurato ANCHE in un processo caratterizzato dalla più rigida applicazione del regime delle preclusioni.

A queste facoltà delle parti, si aggiunge POI nel rito ordinario l'ultima parte dell'art 183 comma III che afferma:

“... LE PARTI POSSONO PRECISARE E MODIFICARE A) LE DOMANDE, B) LE ECCEZIONI, C) LE CONCLUSIONI GIÀ FORMULATE”.

Si tratta dello **ius poenitendi** ovvero di un facoltà di precisazione, e modifica delle domande, eccezioni o conclusioni già presentate, con annessa possibilità di allegazione di fatti ulteriori e di ulteriori o diverse richieste istruttorie, **del tutto svincolato dallo svolgimento dialettico del processo.**

Con l'ultima parte del comma V le parti possono introdurre novità anche se queste non sono giustificate dalla difesa della controparte o dai rilievi officiosi del giudice.

Dobbiamo dunque capire cosa si intenda di preciso per “precisare” e “modificare” e quali sono i LIMITI di tale ius poenitendi:

Sicuramente ex art 167 non possono essere proposte in sede di udienza di prima comparizione domande nuove o eccezioni di merito o di rito in senso stretto (non rilevabili d'ufficio dal giudice), in quanto esse devono essere contenute a pena di decadenza nell'atto introduttivo.

Per quanto riguarda il significato dei termini:

Si ha **PRECISAZIONE** → delle domande, quando la parte specifica quanto contenuto nelle loro precedenti difese. Da questo punto di vista la **precisazione delle domande e delle conclusioni consiste sostanzialmente nell'allegazione di fatti storici c.d. secondari**: ad es. per una domanda di annullamento del contratto per dolo, costituisce una precisazione l'allegazione di ogni altro elemento del raggio o artificio perpetrati, o ad es. si fa valere in diritto l'usucapione di un diritto, e si allegano altri fatti storici relativi alle modalità del possesso.

**VICEVERSA** si ha **MODIFICAZIONE** → si ha modificazione delle domande (c.d. emendatio libelli) **quando la parte allega in giudizio nuovi fatti storici c.d. primari ovvero nuovi e diversi fatti costitutivi del diritto fatto valere.**

È ad esempio il caso in cui una parte notifichi una citazione contenente una domanda di mero accertamento del diritto di proprietà, adducendo come causa petendi un contratto di compravendita; e POI, MA non come conseguenza del contraddittorio con la controparte o di un rilievo officioso, in sede di udienza di prima comparizione deduca in giudizio un diverso fatto storico acquisitivo come ad esempio l'avvenuta usucapione per possesso ininterrotto.

Tali precisazioni e modificazioni sono possibili tanto per le domande quanto per le eccezioni.

QUINDI sarà possibile precisare o modificare le eccezioni sempre, MA se a chi ha proposto la domanda è consentita la emendatio libelli ovvero la possibilità di addurre nuovi fatti storici costitutivi del proprio diritto, purché non cambi il diritto dedotto in giudizio, ovvero purché non si sfoci nella mutatio libelli, lo stesso dev'essere consentito ANCHE a chi, avverso tale domanda, si difende.

**QUINDI al convenuto dev'essere consentito NON SOLO di modificare le proprie eccezioni MA dev'essergli ANCHE consentito di proporre NUOVE ECCEZIONI ai nuovi fatti storici costitutivi fatti**

**valere dall'attore, (purché tali eccezioni siano rilevabili ANCHE d'ufficio (quindi solo eccezioni in senso lato → nullità si prescrizione no) altrimenti si ricade nella preclusione di cui all'art 167.**

Per quanto riguarda invece le conclusioni, anch'esse possono essere precisate e modificate, ma ovviamente tali precisazioni e modifiche finiscono per costituire il naturale adeguamento formale delle richieste fatte al giudice a fronte delle modificazioni consentite delle domande e delle eccezioni.

Ora come sappiamo lo ius poenitendi NON consente MAI la presentazione di nuove domande, MA solo loro modificazioni. In ogni caso esso non consente alle parti di chiedere la tutela di diritti diversi da quelli fatti valere con gli atti introduttivi.

Ovviamente ciò limita il campo delle possibili modificazioni delle domande delle parti, alle sole domande con cui si fanno valere diritti in cui la causa petendi, ovvero la fattispecie costitutiva del diritto, NON sia un elemento costitutivo di quest'ultimo.

In altri termini la modificazione della domanda, in quanto modificazione della fattispecie costitutiva del diritto, è ammissibile per i SOLI diritti autoindividuati e non anche per i diritti eteroindividuati in cui la fattispecie costitutiva del diritto è un elemento identificativo del diritto, al punto che una modifica di quest'ultima si risolverebbe in ciò, che la controparte chiederebbe la tutela di un diritto diverso.

Le introduzioni delle novità previste dal comma V → può avvenire nella forma della trattazione orale, o nella più distesa forma scritta delle memorie ex art 186 comma VI che afferma:

**“SE RICHIESTO IL GIUDICE CONCEDE ALLE PARTI I SEGUENTI TERMINI PERENTORI:**

- **30 GG PER IL DEPOSITO DI MEMORIE LIMITATAMENTE ALLE SOLE PRECISAZIONI O MODIFICAZIONI DELLE DOMANDE, DELLE ECCEZIONI E DELLE CONCLUSIONI GIÀ PROPOSTE;**
- **ULTERIORI 30 GG PER IL DEPOSITO DI MEMORIE PER REPLICARE ALLE DOMANDE ED ECCEZIONI NUOVE O MODIFICATE DALL'ALTRA PARTE, PER PROPORRE LE ECCEZIONI CHE SONO CONSEGUENZA DELLE DOMANDE (nuove o modificate) E DELLE ECCEZIONI MEDESIME (nuove o modificate);**

**e PER L'INDIVIDUAZIONE DEI MEZZI DI PROVA E PRODUZIONI DOCUMENTALI;**

- **ULTERIORI 20 GG PER LE SOLE INDICAZIONI DI PROVA CONTRARIA;**

L'art 186 comma VI costituisce una delle principali novità della riforma del 2006, in cui il legislatore ha eliminato l'udienza dedicata alle attività istruttorie, concentrando tutto nella prima udienza di comparizione e trattazione, mentre prima terminata la prima udienza con le allegazioni → si procedeva ad un'udienza tutta dedicata alle attività istruttorie.

Stabilisce il comma VI che il giudice, se anche una sola delle parti glielo chiede → deve fissare 3 termini per il deposito di altrettante memorie dedicate agli argomenti di cui sopra.

Anzitutto si deve osservare che il legislatore del 2006 ha adottato un sistema intermedio tra il modello del rito del lavoro (in cui le preclusioni colpiscono contestualmente l'allegazione dei fatti e le richieste istruttorie) ed il previgente modello del '90 (in cui ai sensi del precedente 184 c.p.c. vi era una netta distinzione tra la fase del processo dedicata alle allegazioni e quella dedicata allo svolgimento delle attività istruttorie, per le quali era fissata un'apposita successiva udienza).

Ora, mentre la prima memoria rimane dedicata esclusivamente alle allegazioni, e la terza può invece contenere SOLO repliche istruttorie alle richieste istruttorie della controparte, la seconda memoria ha contenuto misto: da un lato costituisce la replica in punto di allegazione alle precisazioni e modifiche di domande, eccezioni e conclusioni della controparte contenute nella prima memoria.

Si deve tuttavia precisare che il contenuto della prima memoria → NON corrisponde a quanto previsto dal comma V dell'art 183.

→ infatti nell'art 183 si parla PRIMA di nuove domande ed eccezioni che sono conseguenza delle domande riconvenzionali ed eccezioni proposte dal convenuto, e da ciò abbiamo dedotto in via interpretativa che anche al convenuto è SEMPRE consentito proporre nuove domande ed eccezioni ANCHE in senso stretto, e quindi non rilevabili d'ufficio, quando queste costituiscono la replica alle novità introdotte dall'attore in seguito all'attuazione del contraddittorio.

POI parla di precisazione e modificazione delle domande, ed intendendo le modificazioni come allegazione di nuovi fatti storici principali ovvero come allegazione di nuovi elementi della fattispecie costitutiva del

diritto fatto valere, abbiamo dedotto che se per l'attore è possibile, purché non cambi la situazione sostanziale dedotta in giudizio, allegare nuovi elementi costitutivi della fattispecie del diritto fatto valere, allora anche al convenuto dev'essere consentito di proporre NUOVE eccezioni a tali nuovi fatti storici, purché siano eccezioni rilevabile anche d'ufficio in quanto quelle in senso stretto sono precluse se non introdotte con la comparsa di risposta.

Nel n°1 del comma VI tuttavia → non c'è traccia della possibilità di allegare nuove eccezioni in senso stretto a fronte delle modificazioni delle domande dell'attore.

Dice Luiso, a questo punto si pone un'alternativa, o si ritiene che le attività previste dal comma V possono essere svolte SOLO in sede di udienza di prima comparizione, e NON anche attraverso la trattazione mediante memorie scritte di cui al comma VI, o si conclude che il legislatore minus dixit quam voluit → e cioè che le espressioni utilizzate dal comma VI sono solo esemplificative e che CMQ vi sia corrispondenza tra il V ed il VI comma.

La soluzione preferibile è la seconda:

1. perché dall'interpretazione del precedente 186 c.p.c si è sempre concluso che le attività possibili attraverso la trattazione scritta fossero le stesse possibili attraverso la trattazione orale;
2. perché sarebbe impossibile altrimenti per l'attore compiere in sede di udienza tutte le attività previste dal comma V qualora il convenuto si costituisse in udienza, ovvero senza depositare la comparsa di risposta nei 20 giorni precedenti a quest'ultima e rinunciando così a proporre domande riconvenzionali, eccezioni in senso stretto e chiamate in causa di terzi.

Si pensi ad es. ad un convenuto che si costituisce in causa ed sollevi in quella sede un'eccezione in senso lato. Per l'attore dev'essere possibile proporre nuove domande ed eccezioni che sono conseguenza dell'eccezione in senso lato del convenuto.

Tuttavia se si ritenesse l'ambito della trattazione scritta più ristretto dell'ambito della trattazione orale, l'attore potrebbe presentare domande riconvenzionali e eccezioni conseguenti all'attività del convenuto SOLO oralmente, e si dovrebbe gioco forza concedergli per lo meno la fissazione di una nuova udienza per replicare oralmente.

La contraddizione può essere eliminata solo se si ritiene il contenuto della prima memoria scritta corrispondente a quello dell'art 183 comma V.

ONERE DI CONTESTAZIONE → sappiamo che i fatti non contestati non necessitano d'essere provati MA qual'è il termine ultimo per contestare i fatti allegati dalla controparte?

Noi sappiamo che ai sensi dell'art 167 comma I il convenuto deve prendere posizione sui fatti potè dall'attore a fondamento della propria domanda, MA tale presa di posizione non è prevista a pena di decadenza, al contrario delle attività di seguito riportate nell'art 167 ai commi II e III.

Non vi sono norme di riferimento al riguardo, che ci aiutino a capire da che momento in poi un fatto allegato dalla controparte non è più contestabile.

Quindi una soluzione deve trovarsi individuando la ratio che sta alla base dell'onere di contestazione → SE l'effetto della non contestazione è quello di rendere superflua l'istruzione probatoria di quel fatto è evidente che il momento ultimo in cui la parte può contestare i fatti allegati dalla controparte coincide con la fine della trattazione, ovvero prima che maturino le preclusioni istruttorie relativamente a TUTTI i fatti allegati.

Ogni parte in sede d'istruttoria sarà QUALI fatti deve provare e quali fatti non è necessario provare. Le basterà rifarsi a quali sono i fatti allegati e contestati in sede di trattazione. Lo saprà per certo perché, nel momento in cui dovrà chiedere le prove a pena di decadenza, la controparte ha ormai perso il potere di contestare quei fatti.

Da ciò deduciamo QUINDI che:

- I fatti allegati dalle parti negli atti introduttivi ed oralmente nella prima udienza di comparizione → devono essere contestati al più tardi con la memoria scritta di cui al n°1 dell'art 183 comma VI;
- MENTRE i fatti allegati in questa memoria scritta, e quelli che eccezionalmente possano essere allegati in seguito → devono essere contestati entro la prima difesa successiva alla fase del processo in cui sono allegati. La prima difesa successiva, per i fatti allegati nella memoria di cui al n°1 sarà la memoria di cui al n°2, mentre per i fatti che eccezionalmente possono essere allegati in seguito sarà la prima difesa successiva alla fase del processo in cui saranno eccezionalmente allegati.

Una volta chiusasi la fase di trattazione in senso stretto con le attività previste dai commi V e VI dell'art 183



NON sono possibili in linea di massima ulteriori allegazioni nel corso del processo di primo grado. TUTTAVIA in via eccezionale è possibile introdurre in giudizio nuovi fatti nel corso del processo in presenza di DUE gruppi di ipotesi:

1. da una parte vi sono le sopravvenienze in fatto o in diritto;
2. dall'altro vi è il mancato funzionamento dei meccanismi di attuazione del contraddittorio.

#### SOPRAVVENIENZE IN FATTO →

qualora dopo la prima udienza di trattazione sopravvenga un fatto rilevante per la decisione della causa → esso può senza dubbio essere allegato in causa ed essere oggetto di istruzione probatoria.

Se così non fosse si farebbe retrocedere il referente temporale per la quaestio facti dall'udienza di precisazione delle conclusioni all'udienza di prima comparizione e trattazione.

Sarebbe veramente inopportuno far retrocedere sino la preclusione del dedotto e del deducibile dall'udienza di precisazione delle conclusioni sino all'udienza o alle memorie dell'art 183 c.p.c.

Infatti, ciò farebbe sì che tutte le sopravvenienze in fatto non rientrerebbero nel dedotto o deducibile e PERTANTO esse non rientrerebbero nei limiti del giudicato, e potrebbero ben essere poste a fondamento di una nuova domanda. Insomma non si avrebbe che una moltiplicazione dei processi.

**DUNQUE sicuramente i fatti sopravvenuti rilevanti per la decisione della causa POSSONO essere:**

**A) allegati al processo B) ed essere oggetto di istruzione probatoria.**

**MA vi è di più: sulla base dei fatti sopravvenuti rilevanti per la decisione della causa → È ANCHE POSSIBILE PROPORRE NUOVE DOMANDE IN CORSO DI CAUSA.**

Si pensi ad es. al caso in cui il convenuto dopo la proposizione della domanda dell'attore adempia in corso di causa perché costretto da un provvedimento esecutivo. Anzitutto dev'essergli consentito di allegare e provare l'avvenuto pagamento, MA potrà proporre anche una domanda di ripetizione dell'indebitato per l'eventualità in cui il provvedimento finale gli dia ragione (domanda condizionata?).

#### SOPRAVVENIENZE IN DIRITTO →

lo stesso principio vale nel caso in cui entri in vigore una normativa nuova nel corso del processo che disciplini la fattispecie costitutiva del diritto fatto valere. Si pensi ad esempio ad una nuova legge che indichi dei fatti ulteriori come rilevanti ai fini del completamento della fattispecie che fa sorgere il diritto.

È evidente che in tal caso si avrà la riapertura della fase istruttoria e sarà consentito alle parti allegare e dimostrare i nuovi fatti resi rilevanti dalla modifica normativa.

In tal caso si avrebbe un'anticipazione del referente temporale della quaestio iuris dalla pubblicazione della sentenza mediante deposito ad opere del giudice in cancelleria sino all'udienza di prima comparizione e trattazione, ma ciò è per gli stessi motivi inaccettabile, in quanto le sopravvenienze in diritto potrebbero essere poste a fondamento di una nuova domanda oggetto di un'ulteriore processo.

#### MANCATO FUNZIONAMENTO DEI MECCANISMI DI ATTUAZIONE DEL CONTRADDITTORIO →

si tratta di un fenomeno che si ha principalmente quando l'attore ometta, contrariamente a quanto previsto dall'art 186 comma IV, di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

È ovvio che se il giudice tarda nello svolgere la sua attività, e non indica già in sede di prima udienza di comparizione quali sono le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, ANCHE le parti possono svolgere tardivamente la loro attività di allegazione di fatti e di richieste istruttorie relativamente a quelle questioni rilevabili d'ufficio.

La ragione di ciò la si ritrova nell'art 101 comma II che prevede il c.d. divieto di giudizio di terza via. In applicazione di tale principio è nulla la decisione del giudice fondata su una questione che non sia stata da lui calata nel contraddittorio delle parti. Si pensi ad es. ad un giudice che nel corso della quarta udienza rilevi d'ufficio la nullità del contratto → è chiaro che all'attore dev'essere consentito poter allegare fatti e richieste istruttorie al fine di dimostrare che il contratto è perfettamente valido, ovvero ancora proporre una nuova domanda chiedendo la condanna del convenuto alla restituzione delle prestazioni da lui adempiute in esecuzione del contratto dichiarato nullo.

Al di là dei casi previsti, eccezion fatta solo per i casi in cui si applichi l'istituto della rimessione in termini, NON sembra possibile per le parti allegare nuovi fatti, domande, eccezioni o conclusioni nel corso del processo.

Questo non vuol dire che il giudice non possa CMQ porre a fondamento della decisione anche **fatti non contemplati tra quelli allegati che magari emergano da atti acquisiti al processo ad es. a seguito delle**

**attività istruttorie.** In fatti in virtù del principio di acquisizione, l'acquisizione al processo di fatti rilevanti ai fini della decisione può derivare tanto dall'attivi allegazioni delle parti quanto da qualsiasi attività legittimamente compiuta. MA CMQ possibilità delle parti di allegare nuovi fatti resta preclusa, così come pure quella di formulare nuove domande o eccezioni o di modificare o precisare quelle già proposte. Per quanto attiene alle conclusioni, la preclusione in linea di principio opera anche per esse. MA sono ancora possibili le sole modifiche alle conclusioni che non presuppongono:

- né una modifica del diritto fatto valere;
- né una modifica dei fatti allegati;

in altri termini sono possibili solo le **modifiche alle conclusioni su questioni di puro diritto, o modifiche strettamente attinenti ad es. all'entità della prestazione richiesta** (aumentare o diminuire la somma di denaro richiesta).

REGIME DINAMICO → resta ora da vedere quale sia il regime dinamico della tardività delle domande e delle allegazioni. Ovvero capire chi, e fino a quando possa rilevare tale questione.

Nel rito ordinario vigente sino al 1995 → le allegazioni potevano essere effettuate FINO all'ultima udienza della fase di trattazione, MENTRE le domande dovevano essere proposte addirittura in limine litis, tuttavia, poiché si riteneva che il divieto di proposizione di domande nuove in corso di causa fosse previsto nell'interesse esclusivo della controparte:

1. non era rilevabile d'ufficio
2. esso era sempre superabile per consenso espresso o tacito di quest'ultima.

Al contrario nel rito del lavoro → si ritiene che il principio delle allegazioni e delle domande sia il riflesso di un interesse pubblico, e che pertanto si ritiene rilevabile d'ufficio la tardività delle domande e delle allegazioni.

Per quanto riguarda il rito ordinario così come oggi vigente non esiste un criterio generale per stabilire se il regime delle preclusioni sia posto nell'interesse della controparte o del giudice.

Quindi non è chiaro se sia rispettivamente superabile dal consenso espresso o tacito della controparte e non rilevabile d'ufficio, ovvero se al contrario sia insuperabile anche dal consenso della controparte e rilevabile anche d'ufficio. Dice Luiso che però oggettivamente la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza propende per la seconda ipotesi, qualificando il meccanismo delle preclusioni come previsto in funzione di un interesse pubblico e e pertanto non superabile dalla volontà della controparte e qualificando la questione sulla tardività delle domande e delle allegazioni come rilevabile anche d'ufficio.

Per quanto concerne le RICHIESTE ISTRUTTORIE →

sappiamo che esse possono essere già contenute negli atti introduttivi. Nella citazione ex art 163 c.p.c. comma III n°4 e nella Comparsa di risposta ex art 167 comma I.

E così è pure anche se niente lo dice, anche in sede di prima udienza di comparizione e trattazione e di prima memoria scritta. Tuttavia anche se in tali occasioni le parti non allegano alcuna richiesta istruttoria → niente è per loro precluso. La prima preclusione che si incontra è la seconda memoria scritta di cui all'art 183 Comma VI n°2.

In sede di seconda memoria le parti devono effettuare le attività istruttorie che non abbiano compiuto in precedenza, a pena di preclusione. Ciò si desume chiaramente dal fatto che la terza memoria è espressamente limitata alle sole indicazioni di prova contraria.

ORA anzitutto occorre definire la nozione di prova contraria → si ha prova contraria in senso stretto quando una prova ha ad oggetto fatti che sono stati già oggetto di altra prova.

es. Tizio chiede di provare per testimoni d'aver attraversato la strada sulle strisce e chiama a testimoniare X, Y e Z; e Caio chiede di provare per testimoni il contrario chiamando a testimoniare A, B e C.

MA l'espressione prova contraria può avere anche un significato più ampio intendendosi per prova contraria la prova di fatti ostativi degli effetti giuridici dei fatti provati dalla controparte.

Nello stesso esempio si pensi a Caio che chiama a testimoniare sempre ad A, B e C non al fine di provare che la controparte non ha attraversato sulle strisce pedonali, non contestando questo, ma chiedendo di provare tramite la prova testimoniale che ha attraversato col rosso.

Per altro l'interazione che può aversi tra richieste istruttorie ex art art 186 comma VI n°2 e l'indicazione di prova contraria ex comma VI n°3 → non è sempre sufficiente a garantire il pieno rispetto del diritto di difesa. Infatti niente ci dice che la controparte non abbia niente da replicare alla prova contraria dedotta con la

memoria di cui al n°3.

Es. il pedone potrebbe dire che è vero che ha attraversato sulle strisce ma col rosso MA solo a seguito dell'indicazione dell'autista che gli faceva cenno di passare.

MA INOLTRE è ben possibile che ciascuna delle parti abbia delle obiezioni circa: A) ammissibilità B) rilevanza o C) efficacia della controprova richiesta dalla controparte tramite la memoria n°3.

**Art 186 Comma VII: “SALVA L'APPLICAZIONE DELL'ART 187, IL GIUDICE PROVVEDE SULLE RICHIESTE ISTRUTTORIE FISSANDO L'UDIENZA DI CUI ALL'ART 184 PER L'ASSUNZIONE (di quelli) DEI MEZZI DI PROVA (da lui) RITENUTI AMMISSIBILI E RILEVANTI. SE PROVVEDE MEDIANTE ORDINANZA FUORI UDIENZA QUESTA DEV'ESSERE PRONUNCIATA ENTRO 30 GG”.**

La norma non impone al giudice di fissare un'apposita udienza per discutere con le parti delle loro istanze istruttorie, dell'ammissibilità e rilevanza delle prove richieste, tuttavia nemmeno lo vieta.

La norma impone SOLO al giudice di decidere sulle istanze istruttorie fissando in sede di prima udienza o con ordinanza la successiva udienza di cui all'art 184 per l'assunzione di quelli tra i mezzi di prova richiesti che ha ritenuto ammissibili e rilevanti, MA dice LUISO → niente ci dice che l'udienza nella quale il giudice decide delle richieste istruttorie sia necessariamente l'udienza di trattazione di cui all'art 183 c.p.c.

Quindi è possibile che il giudice, dopo che le parti hanno depositato le memorie di cui al comma VI, invece di pronunciare l'ordinanza con cui provvede alle richieste istruttorie e fissa l'udienza di cui all'art 184 → fissi una nuova udienza per discutere proprio delle richieste istruttorie avanzate dalle parti.

Per altro il giudice non deve decidere immediatamente sull'ammissibilità e rilevanza di tutte le richieste istruttorie che gli sono pervenute dalle parti, e scegliere quali ammettere e quali non ammettere all'udienza di cui all'art 184 in cui le prove ammesse saranno materialmente assunte.

**MA anzi il giudice può benissimo INTANTO ammettere alcune richieste istruttorie, riservandosi di decidere sull'ammissione delle altre SOLO dopo aver assunto le prime.**

Noi sappiamo infatti che uno degli inconvenienti del regime delle preclusioni è che le parti devono chiedere l'assunzione delle prove di tutti i fatti allegati che siano controversi, tanto di quelli posti a fondamento delle domande tanto quelli posti a fondamento delle eccezioni. Ciò comporta inevitabilmente il cumulo di tutti i mezzi di attacco e di difesa e quindi un sovraccarico di attività processuali.

Tuttavia alcune delle richieste istruttorie delle parti potrebbero benissimo risultare superflue. Si pensi ad es. ad un attore che voglia spendere più mezzi di attacco. In tal caso egli dovrà allegarli in via alternativa o cumulata tutti insieme nella fase introduttiva del processo. Poniamo che domandi la dichiarazione di nullità di un contratto, egli dovrà anche chiedere la risoluzione dello stesso se vuole che il giudice la esamini in via condizionata, e dovrà immediatamente allegare le richieste istruttorie per provare la risoluzione in quanto nell'ulteriore corso del processo non sarà più possibile per l'attore proporre l'ulteriore domanda di risoluzione.

Va da se che se il giudice dichiara la nullità del contratto tutte le richieste istruttorie circa la domanda di risoluzione giudiziale, siano esse ammissibili o meno rilevanti o irrilevanti, sono sicuramente superflue.

Allora il giudice può intanto ammettere le richieste istruttorie per la dichiarazione di nullità, e rinviare con ordinanza all'udienza di cui all'art 184 per la loro assunzione, riservandosi, nei casi in cui non ravvisi gli estremi della nullità del contratto di decidere sull'ammissibilità delle richieste istruttorie per la risoluzione giudiziale.

L'ordinanza con cui il giudice ammette le prove ai sensi dell'art 81bis disposizioni attuative del c.p.c. → contiene anche il calendario delle udienze successive destinate allo svolgimento dell'attività istruttoria, ed anche la fissazione dell'udienza in cui saranno precisate le conclusioni.

Se invece NON vi è da svolgere attività istruttoria → viene subito fissata l'udienza di precisazione delle conclusioni. Il calendario è stabilito dal giudice dopo aver sentito le parti e tenendo conto:

1. delle caratteristiche della controversia;
2. nonché della necessità di assicurare la ragionevole durata del processo;

Il calendario è modificabile dal giudice anche su istanza di parte quando vengono ad esistere gravi motivi sopravvenuti, che, in quanto tali non potevano essere presi in considerazione al momento della fissazione del calendario stesso. Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario può costituire fonte di responsabilità disciplinare del giudice e dei difensori delle parti ogni qual volta tale mancato rispetto non è giustificato.

LA RIMESSIONE IN TERMINI → la riforma del 2009 con l'art 184bis aveva introdotto uno **strumento generale che consentiva il superamento delle decadenze maturate ogni qual volta una parte dimostri di essere incorsa in decadenze per causa a lei non imputabili.**

Il giudice provvedeva a norma dell'art 294 commi II e III c.p.c. → ovvero se riteneva verosimili i fatti allegati per dimostrare la non imputabilità della causa per cui la parte è incorsa in decadenze, emetteva un'ordinanza con cui rimetteva in termini la parte.

La parte rimessa in termini poteva dunque presentare proprie domande e proprie eccezioni, ed ovviamente la rimessione in termini di una parte → consente all'altra di compiere tutte le attività che costituiscono una replica alle attività della parte rimessa in termini.

Con la riforma del 2009 TUTTAVIA l'art 184 bis è stato abrogato, e se n'è trasferito il contenuto nell'art 153 comma II c.p.c. La diversa collocazione della norma ha posto il problema di quale sia l'ambito d'applicazione dell'istituto.

Secondo la giurisprudenza prevalente → la rimessione in termini poteva essere utilizzata SOLO per le decadenze derivanti dalla passaggio da una fase all'altra del processo. Il fatto che fosse collocata nella parte del c.p.c. che occupa della trattazione della causa faceva sicuramente escludere che la rimessione in termini potesse operare anche con riferimento ai termini per PROPORRE la domanda o ai termini per impugnare.

La nuova collocazione all'interno del libro I, proprio all'interno della norma dedicata ai termini perentori → consente ad oggi SICURAMENTE l'applicazione dell'istituto ai termini per impugnare.

È meno probabile invece la sua applicabilità ai termini per proporre la domanda, che sono termini extraprocessuali.

#### LE ATTIVITÀ DEL GIUDICE ISTRUTTORE

Ex art 176 comma I: “TUTTI I PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE ISTRUTTORE, SALVO CHE LA LEGGE DISPONGA ALTRIMENTI, HANNO LA FORMA DELL'ORDINANZA”.

“LE ORDINANZE PRONUNCIATE IN UDIENZA → SI RITENGONO CONOSCIUTE DALLE PARTI PRESENTI E DA QUELLE CHE DOVEVANO COMPARIRVI...”;

Quindi l'assenza di una parte ad un'udienza non comporta la necessità che l'ordinanza pronunciata dal giudice in udienza le sia portata a conoscenza.

“QUELLE PRONUNCIATE FUORI DELL'UDIENZA DEVONO ESSERE COMUNICATE A CURA DEL CANCELLIERE ENTRO 3 GIORNI SUCCESSIVI ALLE PARTI”

Il che vuol dire ai loro procuratori ex art 170 c.p.c.

L'Ordinanza può essere infatti pronunciata fuori udienza ex art 186 il quale afferma:

“SULLE DOMANDE E SULLE ECCEZIONI DELLE PARTI, IL GIUDICE ISTRUTTORE, SENTITE LE LORO RAGIONI, DA IN UDIENZA I PROVVEDIMENTI OPPORTUNI; MA PUÒ ANCHE RISERVARSI DI PRONUNCIARLI ENTRO I 5 GIORNI SUCCESSIVI”.

Si tratta di una insindacabile scelta del giudice.

**Con le ordinanze il g.i. disciplina l'acquisizione al processo di tutti gli elementi utili per la fase decisoria**, ed hanno la funzione di far svolgere il più correttamente possibile la trattazione della causa.

Pertanto esse sono, per regola generale ex art 177 comma I: “COMUNQUE MOTIVATE NON POSSONO MAI PREGIUDICARE LA DECISIONE DELLA CAUSA E POSSONO ESSERE SEMPRE MODIFICATE O REVOCATE DAL GIUDICE CHE LE HA PRONUNCIATE”

Il comma II prevede tre eccezioni ed afferma che: “NON SONO MODIFICABILE NE REVOCABILI DAL GIUDICE CHE LE HA PRONUNCIATE:

1. LE ORDINANZE PRONUNCIATE SULL'ACCORDO DELLE PARTI, IN MATERIA DELLA QUALE QUESTE POSSONO DISPORRE; ESSE SONO TUTTAVIA REVOCABILI DAL GIUDICE ISTRUTTORE O DAL COLLEGIO QUANDO VI SIA L'ACCORDO DI TUTTE LE PARTI;

(si pensi ad es. alle ordinanze di cui all'art 296 in tema di sospensione su istanza delle parti);

2. LE ORDINANZE DICHIARATE ESPRESSAMENTE NON IMPUGNABILI DALLA LEGGE;
3. LE ORDINANZE PER LE QUALI LA LEGGE PREDISPONE UNO SPECIALE MEZZO DI

**RECLAMO;**

(si pensi ad es. alle ordinanze di cui all'art 308 in tema di estinzione del processo). In quest'ultimo caso, perché l'ordinanza una volta emessa non sia più revocabile né modificabile dal giudice istruttore è sufficiente che lo speciale mezzo di reclamo sia astrattamente previsto dall'ordinamento; non è però necessario che sia concretamente utilizzato.

**RAPPORTI TRA ORDINANZA E SENTENZA →**

Dunque in queste tre ipotesi il comma II prevede una deroga alle modificabilità e revocabilità dell'ordinanza da parte del giudice che l'ha pronunciata, MA CMQ vige per tutte le ordinanze la regola per cui, CMQ siano esse motivate → NON possono mai pregiudicare la decisione della causa.

Si tratta di una norma cardine dei rapporti tra trattazione e decisione della causa, per cui per regola generale TUTTE le scelte fatte dal giudice istruttore in sede di trattazione ed istruzione → sono rivedibili in sede decisoria. La revisione sarà effettuata da lui stesso o dal collegio a seconda che la decisione sia monocratica o collegiale, infatti, **ex art 281quater fuori dalla decisione collegiale → il g.i. ha tutti i poteri del collegio.**

**Il giudice istruttore DUNQUE non dispone MAI del potere di pronunciare definitivamente sul merito della causa e sui presupposti processuali, ovvero su tutte le decisioni che ex art 279 c.p.c. devono essere decise con sentenza.**

In relazione a tali questioni non si matura MAI alcuna preclusione nel corso della trattazione, e quali che siano state le opinioni del g.i. sui presupposti processuali e sul merito della causa → tali questioni dovranno essere riesaminate al momento della decisione.

NON lo stesso principio vale per le questioni di rito che non attengono ai presupposti processuali e che QUINDI non devono essere decise con sentenza. Si pensi ad es. all'ammissione di un mezzo di prova.

Se il g.i. ha già affrontato tali questioni nel corso della trattazione → esse saranno riproponibili al collegio MA SOLO su iniziativa delle parti.

Viceversa SE le parti non ripropongono la questione → si verifica una preclusione, e la questione non potrà essere riesaminata dal collegio d'ufficio.

A conferma di ciò l'art 178 comma I statuisce che: **“LE PARTI, SENZA BISOGNO DI MEZZI DI IMPUGNAZIONE, POSSONO PROPORRE AL COLLEGIO, QUANDO LA CAUSA È RIMESSA A QUESTO A NORMA DELL'ART 189, TUTTE LE QUESTIONI RISOLTE DAL GIUDICE ISTRUTTORE CON ORDINANZA REVOCABILE”.**

Quindi tutte le ordinanze del g.i. NON possono mai pregiudicare la decisione della causa, e le parti possono SEMPRE riproporre tutto al collegio MA:

- tutte le questioni attinenti al merito ed ai presupposti processuali (ovvero le questioni che devono decidersi con sentenza) che siano state GIÀ decise (non definitivamente) dal g.i. con ordinanza → devono necessariamente essere riesaminate d'ufficio nella fase decisoria ANCHE se non riproposte dalle parti;
- tutte le questioni attinenti a questioni di rito non attinenti a presupposti processuali (ovvero questioni che non devono essere decise con sentenza) → la riproposizione è indispensabile perché siano nuovamente esaminate in sede decisoria.

Abbiamo visto analizzando l'art 183 che il g.i. per la prima cosa nel corso della trattazione deve affrontare il primo e pregiudiziale controllo del rito, ovvero accertare la sussistenza di TUTTE le questioni pregiudiziali la cui carenza non consente di giungere ad una decisione di merito.

Effettuato positivamente il controllo sul rito → il giudice passa all'esame de merito.

Ai sensi del comma VII abbiamo visto che il g.i., dopo lo svolgimento delle attività di allegazione di fatti e di richieste istruttorie da parte di attore e convenuto, dispone con ordinanza, all'interno dell'udienza o fuori udienza, la data della successiva udienza di cui all'art 184 in cui si procederà all'assunzione di quelli tra i mezzi probatori richiesti che egli ritiene ammissibili e rilevanti per la decisione della causa, MA il comma VII fa salva l'applicazione dell'art 187 c.p.c.

L'Art 187 c.p.c. → **“IL GIUDICE ISTRUTTORE, SE RITIENE CHE LA CAUSA SIA MATURA PER LA**

DECISIONE DI MERITO SENZA BISOGNO DI ASSUNZIONE DI MEZZI DI PROVA, RIMETTE LE PARTI DAVANTI AL COLLEGIO”.

Il giudice in questa ipotesi chiude la fase di trattazione che risulta così contratta in quanto manca di quella sua componente interna che è la fase di istruzione probatoria.

La causa è matura per la decisione SENZA la necessità di assunzione di alcun mezzo di prova in una pluralità di ipotesi:

1. l'ipotesi principale → è che tra le parti vi sia solo una controversia in punto di diritto.

La controversia di puro diritto si ha quando il giudice deve stabilire semplicemente quali sono le conseguenze giuridiche di fatti storici allegati da una delle parti ed ammessi o non contestati dalla controparte.

- Si ha ammissione dei fatti storici allegati dalla controparte quando il difensore della parte esplicitamente riconosce come veri i fatti allegati dall'altra.
- Si ha non contestazione quando il difensore di una delle parti non prende posizione sui fatti allegati dall'altra o manifesta implicitamente ma inequivocabilmente di riconoscere come veri i fatti allegati.

Al riguardo devono farsi delle precisazioni → in primo luogo tanto l'ammissione quanto la non contestazione presuppongono una difesa attiva della controparte. Sono dei fenomeni sconosciuti al processo contumaciale, in cui proprio in ragione l'assenza della controparte che non si è costituita, è l'impossibile un riconoscimento tanto esplicito quanto implicito dei fatti allegati dalla controparte QUINDI sarà sempre necessario procedere alla fase dell'istruzione probatoria.

Nel nostro ordinamento, a differenza di altri, la contumacia non è considerata come una ficta confessio (ovvero come un modo come un altro per riconoscere come veri tutti i fatti allegati), MA al contrario è considerata come una ficta contestatio (ovvero un modo come un altro per contestare in blocco tutti i fatti allegati dall'attore).

In secondo luogo, se invece il convenuto si costituisce → l'ammissione o non contestazione può fondarsi tanto da una condotta attiva, ovvero dall'allegazione a sua volta di fatti storici che PRESUPPONGONO l'esistenza di quelli allegati dall'attore, quanto da una condotta semplicemente omissiva, ovvero la non contestazione puntuale dei fatti allegati.

Ciò si desume dal fatto che l'art 115 c.p.c. al comma I impone alle parti l'onere della **contestazione specifica** dei fatti allegati dalle controparti, in mancanza di quest'ultima il giudice è legittimato a porre a fondamento della propria decisione oltre ai fatti allegati e provati anche i fatti allegati e NON SPECIFICAMENTE contestati.

Non è specifica la contestazione della parte che genericamente affermi: “contesto in fatto ed in diritto la domanda avversaria”.

È NECESSARIO che il convenuto ripercorra quanto narrato nella citazione, ed in relazione alle singole allegazioni dia la propria versione dei fatti. Solo da tale replica si potrà infine capire su quali fatti le parti concordano e quindi non necessitano di istruzione probatoria, o su quali fatti non concordano e quindi necessitano dell'assunzione delle prove con cui le parti vogliono dimostrarne l'esistenza o la non esistenza.

Ovviamente l'onere della SPECIFICA contestazione dev'essere anche verificato in relazione alla situazione concreta. Quindi riguarda SOLO i fatti propri della parte o quelli di cui abbia conoscenza.

es. il convenuto in quanto proprietario di autoveicolo nei cui confronti è stata proposta una domanda di risarcimento danni da incidente stradale causato quando il conducente era un terzo → egli può benissimo non essere a conoscenza specificamente di come sono andati i fatti, quindi quando l'attore allega la propria ricostruzione dei fatti il convenuto non è tenuto a rispondere proprio punto per punto, ma sarà sufficiente che dica: “non mi risulta” oppure invitare il convenuto a provare quando affermato, senza una vera specifica contestazione MA senza che ciò renda pacifici i fatti allegati dall'attore.

Il fenomeno dei fatti pacifici non può trovare sede all'interno dei processi che hanno ad oggetto diritti indisponibili.

È evidente che in tal caso non può ammettersi alcun vincolo per il giudice che derivi dal comportamento delle parti, le quali ben potrebbero indirizzare il contenuto del provvedimento del giudice sul diritto indisponibile assumendo come pacifiche certe condotte.

Qualora il processo abbia ad oggetto diritti indisponibili → i fatti rilevanti per la decisione devono essere sempre provati attraverso strumenti che non dipendono dalla volontà delle parti, ed infatti è per questa stessa ragione è che nei processi che hanno ad oggetto diritti disponibili → **non sono utilizzabili mezzi di prova**

**dispositivi**, come la confessione o il giuramento.

Si deve per altro precisare che → effetto della pacificità dei fatti sta solo nel fatto che quel fatto storico non necessita d'essere provato, ed ad esso non si applica la regola sull'onere della prova ex art 2697 c.c..

Il fatto pacifico è un fatto che non ha bisogno d'essere provato, MA non solo per la sua pacificità lo si può considerare provato.

Il principio della pacificità infatti opera SOLO solo sul piano dell'onere della prova, MA non sul piano delle allegazioni. E ciò è dimostrato anche dal fatto che il c.d. onere di contestazione, introdotto dalla riforma del 2009, è stato proprio introdotto all'interno dell'art 115 che si occupa delle prove.

Il fatto che un fatto pacifico o non contestato è un fatto che non necessita d'essere provato, ma che non per ciò solo è anche un fatto provato ha delle ricadute importate ogni qual volta il fatto, ancorché pacifico risulti escluso da altre prove legittimamente acquisite in corso di causa.

Es. Tizio agisce contro Caio domandando l'adempimento contrattuale. Caio eccepisce la prescrizione e Tizio tace, non contestando implicitamente. ORA non dovrà essere dimostrata la decorrenza dei termini di prescrizione MA se dalla fase istruttoria la prescrizione risulti esclusa perché risulta provato ad es. il fatto che il contratto è stato rinnovato in epoca successiva → il giudice dovrà CMQ considerare il fatto, ancorché pacifico, come inesistente.

2. Un'altra ipotesi di causa matura per la decisione anche senza bisogno di assunzione di mezzi di prova → si ha nel caso in cui vi siano fatti controversi MA provati unicamente attraverso prove documentali scritte. Ovvero attraverso prove già costituite (e NON costituenda).

Le prove documentali infatti non vengono ASSUNTE al processo, ma solo ammesse. Non si avrà mai dunque il bisogno, per decidere di una causa, della “assunzione” di prove documentali in quanto la prova documentale non è tra quelle che si assumono essa d'essere semplicemente ammessa.

3. Una terza ipotesi, sebbene rara, di causa matura per la decisione si ha nei casi in cui vi siano dei fatti controversi non istruiti documentalmente MA nessuna delle parti richieda l'assunzione di mezzi di prova, né vi siano mezzi di prova ammissibili d'ufficio cui il giudice possa ricorrere.

Quando la causa è matura per la decisione senza bisogno dello svolgimento della fase di assunzione delle prove → la trattazione è dunque estremamente abbreviata, e può benissimo passare in decisione GIÀ fin dalla prima udienza nella quale si esaurisce tutta la trattazione.

#### LE QUESTIONI PRELIMINARI E PREGIUDIZIALI

L'art 187 c.p.c. ha altri 4 commi oltre al primo. Ai commi II e III ed anche questi disciplinano ipotesi in cui il giudice può rimettere le parti al collegio, tuttavia in queste due ipotesi la causa NON è totalmente istruita, MA che vi siano ancora dei mezzi di prova da assumere.

Dice Luiso, qui ci troviamo di fronte ad un fenomeno strano, perché la causa ha bisogno d'essere istruita, sono state avanzate delle richieste istruttorie dalle parti, MA il giudice ritiene di non procedere affatto, ovvero di interrompere l'istruttoria.

**Comma II: “IL GIUDICE PUÒ RIMETTERE LE PARTI AL COLLEGIO AFFINCHÉ SIA DECISA SEPARATAMENTE UNA QUESTIONE DI MERITO AVENTE CARATTERE PRELIMINARE, SOLO QUANDO LA DECISIONE DI ESSA PUÒ DEFINIRE IL GIUDIZIO”.**

Si tratta di ipotesi in cui la causa, ancorché non totalmente istruita, è CMQ matura per la decisione. Ciò accade ogni qual volta l'attività istruttoria che resta da compiere → risulta superflua, in quanto dall'attività istruttoria già svolta o da quanto allegato dalle parti negli atti introduttivi o in sede di prima udienza di trattazione → risulta già provato:

1. un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto fatto valere dall'attore;
2. ovvero l'inesistenza di un fatto costitutivo dello stesso diritto.

In dottrina si è discusso allora delle questioni preliminari cercando di individuare all'interno delle principali fattispecie costitutive dei vari diritti quali sino delle questioni che dovrebbero ritenersi ontologicamente preliminari rispetto a delle altre.

Si pensi al caso in cui sia stata fatta domanda per il risarcimento del danno da incidente stradale. Se è stata già acquisita la prova che l'incidente stradale non è avvenuto, o che avvenuto ma non per colpa del convenuto, va da sé che non ha senso istruire la causa sulla quantificazione del danno, perché l'attore non ha diritto al risarcimento.

Il giudice chiuderà la causa in istruttoria e rimette la causa in decisione su una questione preliminare.

OVVIAMENTE → una rimessione su questione preliminare è diretta in prospettiva verso un rigetto della domanda. Infatti solo per il rigetto della domanda è sufficiente che sia maturata una questione preliminare, ovvero che sia provata l'esistenza di un'eccezione o l'inesistenza di un fatto costitutivo del diritto fatto valere).

Per l'accoglimento della domanda invece deve sempre completarsi l'istruttoria su tutti gli elementi che compongono la fattispecie costitutiva del diritto.

Un discorso analogo vale per le questioni pregiudiziali di rito di cui al comma III il quale afferma:

**“IL GIUDICE PROVVEDE ANALOGAMENTE SE SORGONO QUESTIONI ATTINENTI ALLA GIURISDIZIONE O ALLA COMPETENZA O AD ALTRE PREGIUDIZIALI, MA PUÒ ANCHE DISPORRE CHE SIANO DECISE UNITAMENTE AL MERITO”**

Il giudice può rimettere dunque le parti al collegio affinché sia decisa una questione pregiudiziale solo se la decisione di questa può definire il giudizio.

ORA le questioni pregiudiziali astrattamente idonee a definire il giudizio → sono quelle che attengono ai presupposti processuali.

Condizione per poter decidere nel merito è la presenza di tutti i presupposti processuali positivi e l'assenza di tutti i presupposti processuali negativi. Qualora manchi un solo presupposto processuale positivo o vi sia un solo presupposto processuale negativo → non si può procedere alla decisione nel merito, e QUINDI è anche inutile compiere attività istruttoria relativamente ai fatti che costituiscono il merito della causa, che non sarebbe CMQ utile al giudice per decidere la controversia, in quanto, in ogni caso, dovrà pronunciare una sentenza di rigetto di rito.

Anche in tal caso la causa va in decisione NON completamente istruita MA CMQ matura per la decisione in quanto ogni altra attività istruttoria sarebbe CMQ inidonea a modificare il contenuto della decisione.

Come per quanto riguarda le questioni preliminari di merito → anche per le pregiudiziali di rito il giudice le parti al collegio affinché sia decisa una questione pregiudiziale di rito SOLO quando propende per una sentenza di rigetto di rito, ovvero quando il giudice istruttore ritiene carente o viziato in modo non sanabile, o CMQ carente e non viziato un presupposto processuale.

Infatti va da se che qualora sia una delle parti a sollevare una questione pregiudiziale, ed il giudice ritenga che il presupposto processuale non sia carente o viziato, allora egli disporrà che la questione pregiudiziale sia decisa unitamente al merito.

Infatti → se il giudice di fronte ad un'eccezione ad es. di incompetenza rimettesse immediatamente la causa in decisione, e POI in quella sede si dovesse ritenere tale eccezione infondata, la causa dovrebbe tornare in istruttoria, ed il g.i. porterebbe il collegio ad emettere una sentenza non definitiva che decide della sola questione attinente al presupposto processuale.

Le norme in esame sono applicazione del principio della ragione più liquida.

Gli errori di valutazione del giudice istruttore, tanto relativamente alle questioni preliminari di merito ed alle pregiudiziali di rito → comporta un'inutile spendita di attività processuale.\*

RAPPORTI TRA RITO E MERITO →

L'art 187 c.p.c. prevede tuttavia che il giudice possa anche disporre che le questioni pregiudiziali di rito siano decise unitamente al merito.

La norma conferma un importante principio generale, ovvero quello dell'ordine di pregiudizialità tra le questioni di rito e le questioni di merito, e conferma che tale pregiudizialità è incondizionata SOLO al momento della decisione, MA non anche al momento della trattazione.

INFATTI → è soltanto al momento della decisione che il giudice dovendo affrontare le questioni di rito e quelle di merito dovrà decidere prima delle questioni di rito, passando all'analisi delle questioni di merito SOLO se la decisione su quelle di rito ha dato un certo esito.

VICEVERSA → la pregiudizialità non sussiste in sede di trattazione.

È naturale che il fenomeno delle sentenze definitive, che si hanno quando il g.i. rimette le parti al collegio affinché sia decisa una questione preliminare o pregiudiziale, MA quest'ultimo conclude che non vi sono i presupposti per decidere dell'intera causa con sentenza di rigetto, e quindi decide della SOLA questione pregiudiziale o preliminare e rimette la causa in istruttoria → È QUASI INESISTENTE nelle decisioni monocratiche rispetto a quelle collegiali.



Infatti le si potrebbero avere nel primo caso SOLO a seguito di un “ripensamento” del giudice istruttore, mentre solo nel secondo caso possono sorgere da una diversa soluzione della questione preliminare o pregiudiziale data dagli altri componenti del collegio.

\*stante il principio della ragione più liquida → non ha cittadinanza all'interno del nostro ordinamento il c.d. giudicato implicito, in quanto quest'ultima si basa necessariamente su un meccanismo decisionale che affronti le varie nell'ordine che esse hanno secondo il diritto sostanziale.

Si pensi ad es. ad una domanda di adempimento contrattuale, in cui il giudice rigetti al domanda affermando che il credito non è scaduto. Ciò non implica affatto che il credito, ancorché non scaduto, sussista. Il giudice INFATTI ben può rigettare la domanda per mancata scadenza del credito ANCHE senza esaminare minimamente che esso sia sorto o meno. Con un dispositivo del tipo, a prescindere da tutto, anche se il credito fosse sorto → ora sarebbe scaduto. Analogo discorso va fatto per la prescrizione: se il giudice rigetta la domanda per prescrizione del diritto, CIÒ non implica affatto che il diritto sia sussistito.

#### LE ORDINANZE PROVVISORIALI

**Gli artt 186bis, ter, e quater** → introducono **tre strumenti che facilitano ed abbreviano lo svolgimento del processo**. Sono anche dette provvedimenti anticipatori o interinali.

Ex art 186bis → ORDINANZA PER IL PAGAMENTO DI SOMME NON CONTESTATE:

**“SU ISTANZA DI PARTE IL GIUDICE ISTRUTTORE PUÒ DISPORRE, FINO AL MOMENTO DELLA PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI, IL PAGAMENTO DELLE SOMME NON CONTESTATE DALLE PARTI COSTITUITE.**

**SE L'ISTANZA È PROPOSTA FUORI DALL'UDIENZA → IL GIUDICE DISPONE LA COMPARSА DELLE PARTI ED ASSEGNA IL TERMINE PER LA NOTIFICAZIONE (dell'istanza).**

**L'ORDINANZA COSTITUISCE TITOLO ESECUTIVO E CONSERVA LA SUA EFFICACIA IN CASO DI ESTINZIONE DEL PROCESSO.**

**L'ORDINANZA È SOGGETTA ALLA DISCIPLINA DELLE ORDINANZE REVOCABILI DI CUI AGLI ARTT 177 COMMI I E II, E 178 COMMA P’.**

Si tratta di un istituto già previsto ex art 423 c.p.c. per il rito del lavoro.

L'applicazione della norma, e quindi la pronuncia di tale ordinanza, è sottoposta a delle condizioni ed a dei limiti:

1. le parti devono essere costituite;
2. può avere ad oggetto SOLAMENTE il pagamento di somme di denaro;
3. presuppone che il pagamento della somma di denaro NON sia contestato in ordine all'an debeatur, MA ovviamente con riferimento al quantum debeatur si dovrà necessariamente avere una non contestazione SOLO parziale, perché se così non fosse il giudice potrebbe altrimenti decidere tutta la causa;
4. presuppone tuttavia che la non contestazione di quella certa quota parte sia incondizionata e non subordinata;

La riforma del 2005 ha precisato che l'istanza di cui all'art 186bis può essere presentata ANCHE fuori udienza, MA in tal caso il giudice, al fine di salvaguardare il principio del contraddittorio, deve disporre la comparsa delle parti ed assegnare un termine per la notificazione dell'istanza.

Ora i commi II e III affermano che essa costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo, e che essa è CMQ sottoposta alla disciplina delle ordinanze revocabili.

Il regime di tale provvedimento pertanto sarà data dall'art 177 comma I, comma II e 178 comma I, per cui:

1. l'ordinanza CMQ motivata non potrà mai pregiudicare la decisione di merito;
2. sarà sempre modificabile e revocabile dal giudice che l'ha emessa;
3. le parti potranno SEMPRE riproporre, al momento del passaggio della causa in decisione le questioni risolte dal giudice con l'ordinanza revocabile;

Da ciò desumiamo che pur avendo tale ordinanza una natura de facto anticipatoria della decisione, RESTA CMQ un provvedimento provvisorio che rimane assorbito nella sentenza che chiude il giudizio.

Essa non è autonomamente appellabile, e non vale a “stralciare” quella certa somma dall'oggetto del processo. Così anche l'an debeatur dovrà essere rimesso in esame al momento della decisione.