

Ancora modifiche per il processo di cognizione ordinario (note sulla legge 28.12.2005, n. 263).

Sommario: 1. Premessa metodologica - 2. Le eccezioni in senso stretto e il nuovo termine a comparire - 3. Le modifiche dell'udienza ex art. 183 cpc e i nuovi termini per memorie - 4. La decisione sulle istanze istruttorie . 5 . Il nuovo articolo 185 cpc. 6. Le mancate modifiche dell'art. 183 cpc: conciliazione e interrogatorio libero... - . 7....e intervento del terzo per istanza del convenuto.- 8. Un processo 'a raggiera': percorsi flessibili e differenziati.- 9. Riflessi sull'organizzazione: fasi e udienze. 10. Disciplina transitoria - 11. Conclusioni.

•
1. Premessa metodologica.

Il *bizzarro* metodo legislativo di modificare la disciplina processuale con plurimi interventi che si inseguono a breve distanza di tempo, modificando non solo le norme del codice ma anche le modifiche da poco varate, impone la scelta di un criterio non dispersivo per esporre nel modo più lineare possibile quale sia l'impianto definitivo della disciplina dopo la legge del 28.12.2005, n.263.

Richiamando quanto già avevamo avuto modo di esporre all'indomani dell'approvazione della legge n. 80/2005¹ un criterio utile potrebbe essere quello che, in prima battuta, individui quali siano state le modifiche e le soluzioni date rispetto alle questioni sollevate dopo le prime letture della legge n. 80/05; e, in secondo luogo, cerchi di delineare quali siano, secondo la novella nella sua definitiva stesura, i possibili percorsi del processo, superando le questioni interpretative che la scadente tecnica legislativa pone.

Solo per questa via, del resto, può comprendersi, tenendo presenti anche i lavori preparatori, la genesi di una formulazione delle norme tanto oscura e contorta..

Il riferimento, a titolo di esempio, è all'aggettivo '*ulteriori*' dell'art. 183 , VI co., n. 1: tale aggettivo si comprende solo tenendo conto del fatto che in una versione del testo, poi non approvata, era previsto un termine per memorie rispetto alle quali quelle dell'attuale n. 1 erano appunto 'ulteriori': eliminato il primo termine, il legislatore distratto si è dimenticato di cancellare l'aggettivo ormai privo di senso. L'esempio vuol essere pedagogico: inutile insistere

¹ Questa relazione si collega a quella già svolta in occasione dell'incontro del 14 settembre 2005 sulle novità introdotte dalla legge n.80/2005 e consultabile sul sito www.ordineavvocatifirenze.it/. Mi permetto di rinviare anche al mio articolo pubblicato su *Giur.it.*, 2006, *Le buone prassi e il pendolo perverso. Riflessioni sulle recenti modifiche del processo di cognizione* .

nel trovare significati reconditi di norme che a volte sono solo il frutto della mancanza di una buona tecnica legislativa².

2. Le eccezioni in senso stretto e il termine a comparire.

Seguendo il criterio che ci eravamo proposti va subito rilevato che il legislatore non accoglie le doglianze dell'avvocatura, volte a posticipare il momento delle preclusioni per le eccezioni in senso stretto: l'art. 167, II co., cpc (n.t.), il quale prevede che, a pena di decadenza, il convenuto formuli le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio già nella comparsa di costituzione e risposta da depositarsi entro 20 giorni prima dell'udienza fissata nella citazione ovvero di quella differita dal giudice *ex art.* 168 bis, V comma, c.p.c. (artt. 166 e 171 c.p.c.), è rimasto immutato³.

Il legislatore si fa carico per altro verso delle esigenze della difesa in modo che risulti compatibile con l'esigenza, pure evidente, di non incidere negativamente sulla proficuità delle attività indicate nell'udienza *ex art.* 183 cpc: aumenta infatti i termini a comparire, che sono ora di novanta giorni se il luogo della notificazione si trova in Italia e di centocinquanta se si trova all'estero (art. 163 *bis* cpc).

La innovazione è oggetto di valutazioni contrastanti: certamente, rispetto alle esperienze di altri paesi, già prima della novella il termine a comparire risultava molto più lungo⁴; in ogni caso non sembra che l'allungamento del termine sia un fattore a cui addossare la 'colpa' di un'eccessiva durata del processo, mentre può soddisfare le esigenze di difesa quando, come avviene non di rado, il cittadino si rivolga al difensore a ridosso della scadenza dei termini di decadenza.

Va ricordato che, per le cause di opposizione a decreto ingiuntivo, la nuova formulazione dell'art. 167, 2° comma, implica la necessità che l'opponente – formalmente attore, sostanzialmente convenuto – proponga le sue eventuali eccezioni non rilevabili d'ufficio, a pena di decadenza, già con l'atto di opposizione⁵.

² Sulle recenti modifiche, anche per un'articolata indicazione del tormentato *iter* della riforma, si vedano BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006; CONSOLO, *La trattazione della causa: gli artt. 167,180,183 e 184 – e altre disposizioni sul processo di cognizione – così come novellati dalle leggi n. 80 e n. 263 del 2005*, in corso di pubblicazione sul *Corriere Giuridico*; i contributi di BALENA-COSTANTINO, in *Foro it.* 2006, parte V, 59; MIRENDA, *Ancora sul processo competitivo (alla prova della l. 28.12.2005, n. 263)*, in www.valoreprassi.it; CAPPONI, *L'art. 183 cpc dopo le modifiche della legge 28.12.2005, n. 263*, in www.Judicium.it.

³ La previsione reintroduce la decadenza prevista dalla legge n. 353/90 e già eliminata con il D.L. n. 432/95.

⁴ CONSOLO, *La trattazione* op.cit.pag. 49, ove ricorda che in Inghilterra il termine per il convenuto residente all'estero è di tre settimane dalla ricezione della notifica.

⁵ Così BALENA-BOVE, *Le riforme*, op. cit., pag. 65, il quale rileva che la soluzione << era già prevalsa, fino ad oggi, rispetto alle ipotesi in cui il giudizio di opposizione è retto dal rito del lavoro, in ragione del fatto che l'art. 416, 2° comma, prevede, com'è noto, che il convenuto formuli le proprie

3. Le modifiche dell'udienza ex art. 183 cpc e i nuovi termini per memorie .

Immutato l'art. 180 cpc rispetto alla formulazione della legge n. 80/05⁶, le modifiche si incentrano sull'art. 183 cpc, che ora appare formato da ben dieci commi e si pone come la norma chiave del processo di cognizione ordinario.

Le novità introdotte dalla legge n. 263 /05 appaiono, in parte, la risposta al *cahier de doléance* di avvocati e magistrati, in parte, un inutile appesantimento.

Appartiene a questo ultimo profilo la previsione del terzo comma dell'art. 183 cpc: «*Il giudice istruttore fissa altresì nuova udienza se deve procedersi a norma dell'art. 185 cpc*»: il richiamo è pleonastico dal momento che la previsione è ora contenuta più ampiamente nel nuovo testo dell'art. 185 cpc, nel quale è trasmigrata l'ipotesi di comparizione personale delle parti e del tentativo di conciliazione, prima indicata nel terzo comma dell'art. 183 cpc (su questo si veda oltre, al paragrafo 5).

Più corposo invece l'intervento sul sesto comma, che viene sostituito da ben quattro nuovi commi volti ad eliminare l'aspetto più deteriore della novella⁷: la frammistione della definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*: secondo le modifiche introdotte dalla legge n. 80/05 le preclusioni assertive si consumavano nello stesso momento delle preclusioni istruttorie, inducendo alla formulazione delle istanze di prova secondo il criterio di eventualità⁸. Ora invece, secondo la nuova formulazione, dopo il quinto comma, si prevede che:

«*Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori:*

1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;

eccezioni in senso stretto nel suo primo atto difensivo, ossia con la memoria di costituzione, e che, nel caso del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la formale inversione del ruolo processuale delle parti fa sì che l'atto di opposizione equivalga per l'appunto, nella sostanza, alla memoria contemplata dall'art. 416⁵. Poiché il novellato art. 167 corrisponde perfettamente, in parte qua, all'art. 416, un'analoga conclusione sembra ora imporsi allorché l'opposizione sia assoggettata al rito ordinario.>>

⁶ «*La trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale*»

⁷ Vedi per tutti, CONSOLO, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 893; B. CAPPONI, *Passato e presente dell'art. 183 c.p.c. (in punta di penna sulla legge 80/2005)*, in *Giur. it.* 2006.

⁸ Questo il testo introdotto dalla legge n. 80/2005: «*Se richiesto, il giudice concede alle parti un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte, e per produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova, nonché un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modifica e dall'altra parte, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime, e per l'indicazione di prova contraria. Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice si riserva di provvedere sulle richieste istruttorie con ordinanza pronunciata fuori dell'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni, fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti*»

2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
 3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria».

Come può notarsi non vi sono cambiamenti rilevanti rispetto al sistema della novella 90/95: la norma sembra redatta ancora una volta con la tecnica del *collage*, evidente nell'accorpamento della seconda memoria prevista dall'art. 183, ult. co., cpc (v.t.) e la prima memoria di cui all'art. 184 cpc (v.t.)

In sostanza i termini previsti sono tre:

1. il primo, di trenta giorni, attiene al deposito in cancelleria «di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte» (si riproduce, in sostanza, il 'primo termine' del vecchio art. 183 ult. co. cpc);
2. il secondo, di ulteriori trenta giorni, è dato «per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte», «per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime», nonché «per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali» (qui si unifica il 'secondo' termine dell'art. 183 cpc e il primo dell'art. 184 cpc v.t.⁹);
3. il terzo, di ulteriori venti giorni, riguarda, infine, «le sole indicazioni di prova contraria» (riproposizione del secondo termine del vecchio art. 184 cpc).

Le questioni che si pongono, a mio avviso, non sono diverse da quelle che si ponevano sotto il sistema precedente: la questione maggiore riguardava e riguarda i *nova* dell'attore: ci si chiede, in particolare, se l'attore dovrà proporre la *reconventio reconventionis* in udienza oppure sarà ancora in termini in occasione della prima memoria. Letteralmente non vi è dubbio che i *nova* siano collocati, sin dalla riforma del 1990, nell'udienza *ex art.* 183 cpc.

L'espressione "domande ed eccezioni nuove o modificate", contenuta nella previsione della seconda memoria, ha fatto pure sorgere molti dubbi, che tuttavia non possono essere diversi da quelli che potevano porsi con riferimento all'art. 183, ult. co., cpc (v.t.): secondo alcuni si allude alle domande nuove e relative eccezioni del convenuto proposte dall'attore già all'udienza o alle domande proposte da un interveniente volontario¹⁰; per altri è possibile che nella prima memoria il convenuto formuli una domanda nuova che trovi giustificazione nella nuova

⁹ E' espunto l'aggettivo 'nuovi', così recependo l'orientamento giurisprudenziale diffuso secondo cui i mezzi istruttori potevano essere chiesti per la prima volta con la memoria istruttoria: Cass. 25.11.2002, n. 16571, in *Giur.it.*2003, 486 e la giurisprudenza di merito dominante.

¹⁰ CONSOLO, *La trattazione*, op.cit. 49.

domanda formulata dall'attore alla udienza e quindi ecco che la seconda memoria conterrebbe davvero una replica a questi *nova* contenuti nella prima memoria.¹¹

Le questioni, che si ponevano negli stessi termini prima della novella, assumono ora un maggiore rilievo per l'eliminazione dell'udienza di cui all'art. 180 cpc, anche se, per sdrammatizzare il rovello interpretativo, giova ricordare la loro scarsa frequenza statistica. In ogni caso, sembrerebbe da condividere la posizione di chi ritiene che le domande *nuove* che l'attore eccezionalmente può formulare, per la loro incidenza sul piano dell'allargamento dell'oggetto del giudizio e del giudicato, debbano essere proposte immediatamente all'udienza *ex art. 183 cpc*. Per altri dubbi che possono porsi, sarebbe invece possibile *una certa tolleranza* nello stabilire la equipollenza tra quei due momenti (udienza e prima memoria): il criterio guida preferibile, in ogni caso, dovrebbe essere ancorato al principio generale ricavabile dal sistema: ogni novità oggettiva e soggettiva va introdotta in causa nella prima difesa successiva al momento in cui si è acquisito al processo ciò che fonda l'interesse a proporlo proporla¹².

Come si è visto, la seconda memoria, oltre a definire compiutamente il *thema decidendum*, con le ultime repliche alle precedenti attività, cumula anche il contenuto della prima richiesta di prove: di solito tale cumulo non porrà problemi se, come sarà nella normalità dei casi, la memoria, quanto alle attività assertive, non comporterà modificazioni dell'assetto difensivo delle parti. Nelle ipotesi, statisticamente rare, in cui possa profilarsi una lesione del diritto di prova dovrà ricorrersi inevitabilmente allo strumento della remissione in termini *ex art. 184 bis cpc*.

4. La decisione sulle istanze istruttorie

Un'altra modifica, pure indotta dalle censure avanzate da dottrina, magistratura e avvocatura al precedente testo, è quella che concerne la decisione sulle istanze istruttorie: il settimo comma dell'art. 183 cpc ora prevede: «*Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei*

¹¹ BALENA-BOVE, *Le riforme*, op.cit. pag. 84, nota 26, rileva che ' *Il riferimento a domande ed eccezioni «nuove» (e non soltanto «modificate») potrebbe apparire improprio, tenuto conto che nelle memorie indicate sub a) non dovrebbe essere consentita la proposizione di ulteriori domande o eccezioni. A ben riflettere, tuttavia, non è possibile escludere, a tutela della pienezza del contraddittorio, che in alcune situazioni una delle suddette (prime) memorie dia ingresso a domande ed eccezioni realmente nuove, e che, in tali ipotesi, l'attuale formulazione dell'art. 183 risulti pienamente adeguata: si pensi, in particolare, alle ulteriori domande o eccezioni del convenuto che trovino causa (e giustificazione) nelle nuove domande o eccezioni legittimamente formulate dall'attore (a norma del 5° comma) nel corso della prima udienza* '.

¹² In questi termini, CONSOLO, *La trattazione* op. cit. pag.50.

mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni».

L'ottavo comma prevede poi: *«Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma».*

In conseguenza di tali modificazioni è stato mutato anche l' art. 184 cpc, che, nel nuovo testo, prevede solo l'udienza dedicata all'assunzione delle prove: *«Nell'udienza fissata con l'ordinanza prevista dal settimo comma dell'art. 183 cpc, il giudice istruttore provvede all'assunzione dei mezzi di prova ammessi».*

La formulazione delle norme ora in esame non è particolarmente nitida.

Tuttavia, l'interpretazione risulta agevole se orientata da alcuni criteri di fondo: va ricordato il tormentato *iter* legislativo che ha inteso venire incontro alle principali obiezioni contro la 'riserva obbligatoria' prevista dall'art. 183, VI co., nel testo introdotto dalla legge n. 80/05 e la conseguente eliminazione nel nuovo testo della precedente previsione: *«...il giudice si riserva di provvedere sulle richieste istruttorie con ordinanza pronunciata fuori dell'udienza»*; vanno ricordati gli argomenti addotti contro la previsione della riserva obbligatoria del precedente testo, sia con riferimento alla stranezza di una forma scritta obbligatoria per l'ordinanza istruttoria, quando il sistema conosce e promuove la forma orale addirittura per la sentenza (ad esempio, art. 281 *sexies* cpc, art. 16 d lgs n. 5/03); la coerenza della decisione in udienza con il principio dell'oralità di cui all'art. 180 cpc e la previsione generale dell'art. 186 cpc sulla pronuncia in udienza dei provvedimenti opportuni; la necessità di consentire al difensore di interloquire sull'ultima memoria istruttoria depositata dall'avversario ed eccepirne, ad esempio, la tardività o l'inammissibilità delle istanze; in generale, la necessità di consentire quel colloquio processuale tra giudice e parti che consente di semplificare molte questioni lungo tutto il corso del processo.

La scadente tecnica di redazione della norma non ne impedisce, in definitiva, una interpretazione ragionevole, ovvero quella che consenta di ritenere possibile per il giudice: a) di decidere sulle istanze contenute nelle memorie riservandosi all'udienza *ex* art. 183 cpc dopo aver concesso i termini; b) di fissare, nel dare i termini per le memorie, l'udienza in cui deciderà sulle istanze di prova.

In tale prospettiva il comma decimo, che fa riferimento alla comunicazione dell'ordinanza di cui al settimo comma, deve intendersi attinente al caso in cui l'ordinanza sia pronunciata fuori udienza, senza che possa trarsi dalla previsione un serio argomento per affermare la obbligatorietà della riserva.

Nemmeno nell'ultima parte dell'ottavo comma sembra possa annidarsi la reviviscenza della riserva obbligatoria: la norma, proprio perché scritta malamente e appesantita dalle tracce stratificate della elaborazione precedente, richiede interpretazioni che le ridiano chiarezza e linearità: il giudice, se assegna alle parti un termine per chiedere i mezzi di prova che si rendano necessari in ordine ai mezzi disposti d'ufficio *'si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma'*: dunque, in linea di massima, disposto il mezzo officioso, concederà due termini (non prefissati *ex lege*, in questo caso) alle parti per i mezzi di prova consequenziali e quindi fisserà un'udienza per decidere su tali mezzi istruttori (*'si riserva'* non indica la riserva in senso tecnico, ma indica, con termine improprio, ma agevolmente correggibile da interpretazioni razionali e teleologicamente orientate, il rinvio ai meccanismi di decisione del settimo comma: ed abbiamo già visto, che, nonostante l'imperfetta formulazione, tale comma prevede sia la decisione mediante riserva, sia la fissazione di un'udienza per la decisione sulle istanze).

Le variabili, in realtà appaiono numerose: a) si può ipotizzare che il giudice si riservi all'udienza *ex art. 183 cpc* dopo aver concesso il triplice termine, con ordinanza ammetta mezzi di prova e dia termini alle parti e quindi decida con una nuova ordinanza: qui dobbiamo ipotizzare che il giudice assuma una riserva con una sorta di doppio salto: la vicenda non si presta ad essere inquadrata nell'ambito di uno svolgimento orale del processo, ma come vedremo, molti sono i percorsi che la nuova norma consente; b) si può ipotizzare che il giudice conceda il triplo termine all'udienza *ex art. 183 cpc*, fissi un'udienza per la decisione sui mezzi istruttori, decida in questa udienza disponendo un mezzo officioso e dando quindi un doppio termine *ex art. 183, ottavo comma*, e quindi: b1) si riservi, per decidere su tali ultime istanze, oppure: b2) fissi un'ulteriore udienza per la decisione anche su tali mezzi probatori consequenziali.

Non vorrei ora esercitare un furore analitico certamente superfluo, ma ipotizzare situazioni che possano capitare effettivamente nell'esperienza giudiziaria; a tale proposito va ricordato che il più frequente mezzo istruttorio disposto dal giudice è la consulenza tecnica e solo in certi casi (quando il consulente è *percipiente* e non solo *deducente*) questa può essere considerata come *'mezzo di prova'*, dunque inquadrabile ai sensi dell'*art.183, ottavo comma*¹³;

¹³ Quando un fatto può essere accertato solo con particolari cognizioni tecniche la consulenza diviene mezzo di prova del fatto : Cass. sez.un. 4.11.1996, n. 9522, in *Rep. Foro it., 1996*, voce

in ogni caso, non sempre le parti saranno in grado di articolare mezzi istruttori ‘prima’ che questa sia svolta (si pensi ad esempio, alla consulenza contabile): per tali ipotesi, la logica delle cose sembra imporre la possibilità che i termini invece siano concessi ‘dopo’ lo svolgimento della consulenza.

Altri mezzi officiosi poi, presuppongono per loro natura, che il giudice li disponga dopo l’esaurimento della fase istruttoria (si pensi al teste di riferimento): anche qui, occorrerà ipotizzare che il doppio termine per replicare alla disposizione officiosa sia concesso al momento ‘giusto’, cioè quando il giudice è in grado di disporlo, anche se tale momento non coincida con la decisione sulle istanze istruttorie formulate dalle parti, come prefigurato letteralmente dall’art. 183, comma ottavo, nel nuovo testo¹⁴

Il nono comma dell’art.183 cpc, infine, dispone: «*Con l’ordinanza che ammette le prove il giudice può in ogni caso disporre, qualora lo ritenga utile, il libero interrogatorio delle parti; all’interrogatorio disposto dal giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui al terzo comma*». La previsione appare superflua¹⁵: l’art. 117 cpc già prevedeva che il giudice potesse disporre l’interrogatorio libero e il rinvio al terzo comma dell’art. 183 cpc è, alla luce del’art. 185 cpc, contenente le stesse previsioni, del pari superfluo. Nemmeno poteva dubitarsi che l’interrogatorio libero – come anche il tentativo di conciliazione – potessero essere disposti dal giudice anche con l’ordinanza ammissiva delle prove e, direi, in qualsiasi momento lo ritenga utile ex artt. 117, 185, secondo comma, cpc.

<<consulente tecnico>>, n. 5; così da ultimo, anche Cass. 22.6.2005, n. 13401, in Dir.Giust. 2005, pag.34.

¹⁴ Ammette l’esercizio officioso dei poteri istruttori anche *dopo* l’assunzione delle prove chieste dalle parti, BALENA-BOVE, *Le riforme*, op.cit. pag. 91. La disposizione dell’art. 183 comma ottavo risente della pronuncia della Corte costituzionale 14.3.2003, n. 69, (Pres. Chieppa, est. Vaccarella), in *Foro it.*, 2003, I 1631, con nota di CEA e in *Giur. it* 2003, I, 1330 con commento di CHIARLONI, *Potere istruttorio d’ufficio del giudice civile:le sirene dell’ideologia liberist a inducono la Corte Costituzionale in un errore diinterpretazioen del diritto positivo*. Nell’ordinanza della Corte si era ritenuto che il potere di disporre d’ufficio a prova testimoniale ai sensi dell’art. 281 ter cpc fosse soggetto alle medesime preclusioni previste dalle parti. Trattandosi di pronuncia di rigetto, è pacifico, in dottrina e giurisprudenza il difetto di ogni valore giuridico vincolante. Le affermazioni della Corte costituzionale, specie ove estese ai poteri istruttori d’ufficio, in generale, appaiono contrastare non solo col diritto vivente, ma anche con la natura dei poteri officiosi che spesso presuppongono che le prove su istanze di parte siano state non solo richieste ma addirittura acquisite: PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 108; DE STEFANO, *Interrogatorio libero e tentativo di conciliazione. Poteri del giudice e delle parti nell’attività istruttoria. Preclusioni istruttorie*, in *Rass. Locazioni* 2000, p. 81; SABATO, *Deduzioni istruttorie delle parti e mezzi di prova disposti d’ufficio dal giudice d’ufficio: riflessioni sul nuovo testo dell’art. 184 cpc* in *Il Foro napoletano*, 1996, 141.

¹⁵ Oltre che carente: l’ordinanza potrebbe infatti rigettare le istanze e disporre egualmente la comparizione delle parti.

5. Il nuovo art. 185 cpc.

Come si è detto, la previsione della comparizione personale delle parti e del tentativo di conciliazione resta come rapido richiamo nel terzo comma dell'art. 183 cpc e riappare più articolata nel nuovo testo dell'art. 185 cpc: a tale norma la legge n. 263/05 premette il seguente comma: *«Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116».*

Al di là di qualche incertezza di poco conto, sembra chiaro che la norma prevede la possibilità che il giudice, all'udienza dell'art. 183 cpc, fissi una nuova udienza per la comparizione delle parti: a) su istanza concorde di queste (ossia delle parti costituite); b) se lo ritenga opportuno in via officiosa; in tal caso i termini per memorie *ex art. 183*, VI comma, saranno concessi, per il caso di fallimento del tentativo di conciliazione, all'esito di tale udienza.

Va ricordato che la prima versione dell'art. 183, III comma, introdotta dalla legge n. 80/2005, riferiva implicitamente tale richiesta delle parti alla prima udienza di trattazione, mentre nell'attuale formulazione dell'art. 185, 1° comma, il riferimento è venuto meno; si può dunque ritenere che una richiesta congiunta delle parti possa intervenire in qualunque momento della causa, così come in ogni momento il giudice possa disporre gli incumbenti d'ufficio (vedi *supra*).

Da segnalare alcune novità: la norma ammette – ed è una novità positiva – che la procura per partecipare all'udienza possa essere autenticata anche dal difensore; la mancata conoscenza *senza giustificato motivo* dei fatti di causa da parte del procuratore è valutata ai sensi dell'art. 116 cpc: 'la locuzione *'senza giustificato motivo'* sostituisce *'salvo gravi ragioni'*: francamente sembra opportuno tralasciare costumi esegetici bizantini per rinvenire sottili differenze; non sembra poi che possa darsi peso al verbo *provocare* per ritenere che si sia voluto porre il giudice

nella posizione di mero facilitatore dell'accordo, escludendo una sua fattiva partecipazione secondo le elaborazioni da tempo effettuate al riguardo¹⁶.

Infine va segnalato che, secondo il primo comma dell'art. 183 cpc, nel vecchio testo, la mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo era prevista come comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'art. 116 cpc; ora la norma dell'art. 185 cpc n.t. non reca più una tale previsione (comportamento valutabile ex art. 116 cpc è solo la mancata conoscenza da parte del procuratore dei fatti di causa).

Secondo alcuni non si tratta di una svista perché dalla mancata comparizione non potrebbero trarsi elementi di valutazione utilizzabili sul piano probatorio¹⁷; una tale conclusione sarebbe però, a mio parere, addirittura paradossale posto che la mancata comparizione è indice di mancata collaborazione nella realizzazione dei fini del processo ancora più significativo della mancata conoscenza.

6. Le mancate modifiche dell'art.183 cpc : conciliazione e interrogatorio libero.....

La legge n. 263 /05 non reintroduce l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero.

La facoltatività di tali incumbenti è stata considerata positiva da molti o quantomeno valutata come uno smascheramento dell'ipocrisia, dal momento che nella prassi, si è detto, tali attività non venivano svolte¹⁸.

Per la verità esistevano anche prassi di segno contrario, alle quali si era anzi cercato di dare impulso nell'ambito dei *protocolli d'udienza* elaborati dagli Osservatori sulla giustizia civile.

In ogni caso, l'eliminazione dell'obbligatorietà, *in limine litis*, dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione comporta la svalutazione di strumenti di filtro e chiarificazione importanti e, in generale, di un momento deformalizzato che costituiva una forte spinta all'esercizio della funzione conciliativa di giudici e avvocati e in generale alla oralità del processo: l'interrogatorio libero aveva infatti anche la funzione di obbligare le parti a prendere

¹⁶ Per tutti vedi CONVERSO, *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giur. it.*, 2001, 635-649.

¹⁷ Così BALENA-BOVE, *Le riforme*, op.cit., pag. 75, secondo cui << tenuto conto, invero, che i fatti oggetto dell'interrogatorio libero non sono determinabili, evidentemente, a priori, appare del tutto logico che il convincimento del giudice possa attingere esclusivamente alle risposte fornitegli dalle parti (o dai rispettivi procuratori) nel corso dell'interrogatorio medesimo, oppure al silenzio ch'esse abbiano eventualmente serbato di fronte a domande specifiche, non anche alla mera circostanza dell'omessa comparizione, che non potrebbe fornire la base per alcun concreto ragionamento presuntivo>>.

¹⁸ Vedi da ultimo BALENA-BOVE, *Le riforme*, op. cit. pag. 73.

posizione sui fatti di causa e presupponeva un giudice a conoscenza della controversia e pronto a svolgere quel ruolo di semplificazione e individuazione delle questioni che è particolarmente utile nella fase iniziale del processo, per evitare un trascinarsi burocratico di inutili fronzoli.

La previsione dell'obbligatorietà di tali momenti del processo aveva un valore profondo e ulteriore rispetto quello comunemente indicato: è evidente infatti che un buon giudice, coadiuvato da buoni avvocati, non *'perderebbe tempo'* a prolungare un interrogatorio che si rivelasse del tutto inutile o un tentativo di conciliazione palesemente impossibile.

Il valore principale risiedeva invece in questo: porre al centro del processo l'incontro tra giudice e parti, tra giudice e difensori, prevedendo un momento in cui, per regola generale, dovessero verificarsi le possibilità di conciliazione (magari per scartarle, come si è detto) , dovesse procedersi all'interrogatorio libero, dovessero svolgersi le verifiche preliminari, dovessero chiedersi i chiarimenti opportuni e dovessero, infine, prospettarsi le questioni rilevabili d'ufficio.

Un momento che sarebbe stato importante valorizzare anche sotto un profilo che attiene più propriamente all'etica di un buon governo comune del processo: il principio di vicinanza tra le parti e il giudice è anche un principio di vicinanza tra il cittadino e la giustizia; e, nello stesso tempo, un momento di riconoscimento e di esperienza dell'istituzione da parte del cittadino ¹⁹: un momento cioè in cui il cittadino può essere indotto a vedere nello Stato, non (solo) un potere astratto e, per lo più ostile, ma anche una autorità volta, in maniera efficace e comprensibile, alla tutela del diritto e della giustizia

Ora è vero che il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio restano come attività facoltative; tuttavia, chi ha pratica del processo, teme che questa facoltà cada in disuso sotto la spinta culturale di una norma che ha recepito le prassi deteriori: lo scenario che si apre, secondo la prospettiva peggiore (ma evitabile, come si dirà), è quello che vede nella nuova udienza "unica" un'occasione in cui un giudice ignaro dispenserà termini per memorie scritte a difensori del pari ignari, con un arretramento rispetto allo stesso modello delineato dal codice del 1940, nel quale il tentativo di conciliazione era previsto come obbligatorio.

7.....e intervento del terzo per istanza del convenuto.

¹⁹ Sul pericolo, per la democrazia 'critica, derivante dalla de-istituzionalizzazione e dall'affievolimento delle istanze e dei diaframmi intermedi, a vantaggio della linea di comunicazione semplice e immediata tra il popolo e i suoi capi, vedi G:ZAGREBELSKI, *Il crucifige e la democrazia*, Torino, 1995.

L'art. 183 cpc , nel primo comma, prevede che il giudice, in sede di verifiche preliminari, quando occorre «*pronunci i provvedimenti previsti.....dall'art.167 terzo comma cpc*».

In realtà l'art.167 terzo comma, a proposito della comparsa di risposta che il convenuto redige, così dispone: «*Se intende chiamare in causa in terzo deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'art. 269 cpc*».

La norma ha fatto sorgere una questione interpretativa. Ci si è chiesti se il legislatore non intendesse implicitamente abrogare l'art. 269, II comma, nel quale si prevede il meccanismo del differimento della prima udienza su richiesta del convenuto, e non avesse invece inteso subordinare la chiamata in causa del terzo all'autorizzazione del giudice (è evidente che la previsione di un provvedimento del giudice si spiegherebbe solo se espressione del potere di verificare le condizioni e l'opportunità della chiamata in causa).

Credo che al quesito debba darsi risposta negativa.

Già la Corte costituzionale, con la sentenza n. 80 del 1997²⁰ , aveva ritenuto ragionevole, rispetto alla posizione dell'attore, la previsione della insindacabile facoltà per il convenuto, all'atto della sua prima difesa, di estendere l'ambito soggettivo del processo in quanto '*Per verificare che sia garantita alle parti un'identità di trattamento, la comparazione dei poteri ad esse attribuiti deve essere eseguita con riferimento ad uno stesso momento processuale, il quale, nella fattispecie, è da individuarsi nell'atto in cui ciascuna parte espone introduttivamente le proprie ragioni: in questo momento le parti devono essere poste in grado di compiere le medesime attività con eguali poteri. Ed in effetti, nell'indicato momento, la posizione dell'attore, che può liberamente scegliere i soggetti da convenire in giudizio, è del tutto corrispondente a quella del convenuto, cui è esattamente e correlativamente riconosciuta la facoltà di chiamare in causa qualsivoglia terzo, al quale ritenga comune la causa o dal quale pretenda essere garantito*'.

Sembra quindi che, anche in conformità al canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di legge ordinaria, sia corretto mantenere l'attuale meccanismo di chiamata in causa del terzo da parte del convenuto, che è in linea con le facoltà concesse all'attore, al fine di evitare un'ingiustificata situazione di disparità di trattamento processuale.

8. Un processo 'a raggiera': percorsi flessibili e differenziati.

La novella è scritta malamente e questa è una *communis opinio*.

²⁰ In *Giur. It.* 1998, 208

Di fronte a problemi complessi, dove gioca l'interazione di plurimi fattori, la tentazione, comprensibile psicologicamente, ma censurabile sotto ogni altro aspetto, è quella di intervenire sul piano più facile, quello delle parole, cioè delle disposizioni normative²¹.

Forse è questa la chiave per capire il senso del comportamento del legislatore, il quale, volendo affrontare i problemi della giustizia civile (o comunque volendo mostrare l'intento di affrontarli), si è dedicato alla creazione di riti sempre diversi, spesso svincolati da effettive differenze della natura degli interessi, affastellati al di fuori di un progetto complessivo sulla giustizia: l'affanno a inserire novità²² o a modificare quelle già introdotte appare solo sintomo di un attivismo vuoto e 'di facciata'.

Credo tuttavia che questa slabbrata novella non impedisca affatto uno svolgimento del processo flessibile ed efficiente grazie a una doverosa attività di esegesi, magari più impegnativa dal momento che il legislatore utilizza metodi e tecniche di legiferazione scadenti, e alla ricerca, condotta insieme da giudici e avvocati, delle prassi migliori²³.

Al di là di questioni secondarie di interpretazione, quello che dobbiamo cercare di delineare è il miglior modello di processo attuabile nell'ambito e nel pieno rispetto del nuovo impianto normativo.

Un utile punto di partenza di questa riflessione può essere questo, a mio parere: già con la novella del 90/95 uno sforzo organizzativo ed un diverso costume avrebbero potuto consentire di considerare con maggiore equilibrio la vituperata rigidità del processo *verificando i limiti in cui le varie sequenze del procedimento possano considerarsi non necessitate*²⁴ o comunque suscettibili di adattamento.

²¹ Mentre occorrerebbe *'lasciar parlar le cose attraverso le parole, non far crescere le parole con e su altre parole'*: G:ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma, 2005.

²² Si veda da ultimo la legge n. 102 del 2006 che estende il rito 'del lavoro' alle cause di risarcimento dei danni alla persona da incidente stradale.

²³ Non è un caso che l'esperienza dei protocolli di udienza e degli Osservatori sulla giustizia civile abbiano avuto un grande impulso proprio grazie alla novella del 2005, come era facilmente prevedibile.

²⁴ Già Cass., 21 febbraio 2002, n. 2504, in *Foro It.*, 2002, I, c.2432 avvertiva ad esempio che *"la scansione del procedimento ordinario di cognizione non pone l'udienza per le deduzioni istruttorie indicata dall'art. 184 cod. proc. civ. come momento non eliminabile"*, ben potendo il giudice invitare le parti a precisare le conclusioni senza dovere fissare prima una udienza per le deduzioni istruttorie; nella più rigorosa ricostruzione sistematica della successiva pronuncia sul tema (lo snodo tra udienza ex art 183 Cpc e provvedimenti ex art. 184 Cpc), la Suprema Corte approfondisce il rapporto tra fasi e udienze individuando l'inizio della fase istruttoria di seguito alla conclusione della fase di trattazione preparatoria – e dunque al termine dell'udienza dedicata alla trattazione ex art. 183 Cpc, così qualificando anche la sua prosecuzione dopo l'appendice scritta prevista dall'ultimo comma di tale norma - ed escludendo la necessità della cd udienza ex art. 184 Cpc (Cass. 25 novembre 2002, n. 16571, in Guida al diritto, 2003,

Ora dobbiamo evitare che si realizzi una applicazione altrettanto anelastica della novella del 2005, favorendo interpretazioni e prassi che diano flessibilità al modello “concentrato”.

Innanzitutto occorre considerare che l’ art. 183 cpc prevede molte attività processuali del tutto ‘eventuali’: indica cioè attività che possono essere svolte nell’udienza *sempre che siano necessarie*²⁵: dunque va respinta la tentazione, che si profila da qualche parte, di considerare questa udienza come un momento di impegno tale da dover essere rinviata con lo strumento offerto dall’art. 168 *bis* cpc in modo che nell’agenda del giudice ne spuntino poche.

In secondo luogo va contrastato il pericolo che questa nuova udienza “unica” si risolva in un’occasione per distribuire termini e che il primo vero contatto tra giudice e avvocati sia postposto al termine del triplo giro di memorie scritte.

Le norme ci offrono invece la possibilità di modellare ‘*un processo a raggiera*’: un processo che abbia il suo centro in un contatto iniziale tra giudice e parti, da cui si dipani l’*iter* più consono alla controversia (per tipologia astratta delle posizioni dedotte in giudizio ed esigenze concrete): quest’incontro è il cuore del cerchio ed è l’elemento comune a tutti i percorsi possibili: occorre cioè riaffermare la centralità del dialogo processuale tra giudice e difensori sin dall’inizio del procedimento, prima ancora che questo si dipani nell’appendice scritta prevista dal sesto comma dell’art.183 cpc²⁶, affinché giudice e difensori possano discutere e condividere quale sia il *raggio* (il percorso, *track* direbbero gli anglosassoni) più idoneo.

Sotto il profilo organizzativo non va dimenticato che una seria programmazione del lavoro del giudice, che consenta di organizzare correttamente l’agenda in base alla nota equazione *ore per quantità di cose da fare*²⁷, a cui nessuno sfugge, non è pensabile senza la completezza degli scritti dell’una e l’altra parte e senza un momento di contraddittorio concentrato ed orale tra le parti, controllato e funzionalmente diretto dal giudice: è questo contatto iniziale che consente di valutare se si è in presenza di una causa che in realtà verrà abbandonata dalle parti, una causa in cui l’attore decida di aderire all’eccezione di incompetenza per territorio *ex art. 38 cpc*, una causa in cui una questione preliminare impedisce l’ulteriore

n.. 2, pag. 53; in *Foro It.* 2003, 466; con commento di P.D’Ascola, *L’inquietudine della Cassazione sulle preclusioni istruttorie*, in *Corriere giuridico* n. 4, 2003.

²⁵ E tra queste è bene sottolineare l’importanza della prospettazione delle questioni rilevabili d’ufficio.

²⁶ Che potrebbe non essere così “automatica” come sembra a prima vista: vedi le interessanti considerazioni al riguardo di CARRATTA, *La nuova fase preparatoria del processo di cognizione: corsi e ricorsi di una ‘storia infinita*, in *Giur.it*, 2005, 2233.

²⁷ CONSOLO, *La trattazione nella fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-)decennale*, in *Giur. it.* 2001, 1070.

prosecuzione, una causa per la quale sia opportuno, su richiesta congiunta delle parti, un lungo rinvio, una causa per la quale sia, senza indugio, da fissare il tentativo di conciliazione o una causa che debba, per un legittimo interesse di una o più parti, essere trattata con particolare celerità, usufruendo della corsia processuale di emergenza.

Occorre dunque privilegiare interpretazioni che siano orientate dai principi fondamentali in tema di processo e quindi: a) dal rispetto del principio del contraddittorio, (art. 111, II co., Cost; art. 101 cpc); b) dal principio del rispetto del diritto di difesa, (art. 24 cost.); c) dal principio di predeterminazione legale delle forme processuali, (art. 111 cost.) ; d) dal principio secondo cui il giudice deve esercitare ‘*tutti*’ i poteri-doveri intesi al più sollecito e leale svolgimento del processo, (art. 175 cpc).

Credo che in tal modo debba potere essere svolto, anche con queste norme, un processo che sia strumento di attuazione dei diritti e degli interessi delle parti.

Lo schema è infatti molto più duttile di quanto possa apparire.

Se proviamo a delineare i possibili percorsi del processo vediamo che al giudice e alle parti sono consentiti ampi margini di elasticità:

1. È possibile che l'esame delle questioni preliminari porti alla fissazione di una nuova udienza di trattazione (art. 183, II co. n.t.): ovviamente tale udienza non corrisponderà ad ogni fine, per le parti, all'udienza di prima comparizione, dovendosi piuttosto distinguere caso per caso, a seconda della natura del vizio e della sua incidenza sul processo e sul diritto di difesa delle parti²⁸

2. È possibile, nonostante l'eliminazione del secondo comma dell'art. 180 cpc, che il giudice autorizzi lo scambio di comparse scritte, se lo reputi opportuno per assicurare un migliore e più proficuo svolgimento della trattazione; ad es. per una più approfondita disamina delle questioni rilevabili d'ufficio sulle quali egli stesso abbia eventualmente richiamato l'attenzione delle parti ai sensi dell'art. 183, IV comma: si tratta di un'ipotesi che ben risponde al principio enunciato dall'art. 175 c.p.c., sui poteri del giudice istruttore di direzione del procedimento²⁹.

²⁸ Vedi ad esempio BALENA, op.cit., pag. 72, <<... qualora si tratti di vizi riguardanti la *vocatio in ius* (art. 164, 2° comma), la disposizione racchiusa nell'art. 294, 1° comma, c.p.c. (rimasta immutata) induce a ritenere che la nullità dell'atto introduttivo non possa esentare il convenuto dall'onere di costituirsi tempestivamente in giudizio e che, conseguentemente, neppure l'ordine di rinnovazione della citazione possa implicare – quanto meno in linea di principio – una sua automatica rimessione in termini, con riguardo alle preclusioni stabilite nell'art. 167 ed operanti con riferimento all'udienza di prima comparizione indicata nella citazione nulla>>.

²⁹ In questo senso cfr. BALENA -BOVE, *Le riforme*, op.cit., pag. 70 ; G. COSTANTINO, *Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.*, 2005, c. 100 ss., spec. c. 102, Per

3. È possibile il passaggio dalla fase preparatoria alla fase decisoria sia quando il convenuto sia contumace³⁰, sia quando le parti costituite o una di loro chieda i termini per le memorie o la fissazione dell'udienza *ex art.* 185 cpc.

3.1 A questo proposito va rilevato che l'art. 183 VII co., cpc (n.t.) sembra posporre la valutazione di maturità della causa *ex art.* 187 cpc al deposito delle memorie: si tratta però di un ostacolo letterale facilmente superabile: se si presentino questioni preliminari di rito o di merito potenzialmente definitive del giudizio e la situazione sia tale da non richiedere ulteriore definizione della trattazione può valorizzarsi un'interpretazione dell'art. 183 cpc, coordinata con l'art. 80 *bis* disp att.³¹ e orientata verso l'obiettivo di rapido svolgimento del processo, che consenta l'assunzione della causa in decisione o il passaggio comunque alla fase decisoria (per motivi di organizzazione del ruolo, questo comporterà probabilmente, anche se non necessariamente, la fissazione di un'udienza per la precisazione delle conclusioni)³².

3.2. Più difficile ipotizzare il passaggio alla fase decisoria quando vi sia istanza di fissazione dell'udienza *ex art.* 185 cpc perché qui non si tratta di superare un 'ostacolo' puramente letterale: nel caso precedente abbiamo ipotizzato che l'elisione del segmento di trattazione scritta non comportasse alcuna diversa soluzione della controversia: ché se il giudice, assunta la causa in decisione, si dovesse convincere di aver errato la valutazione (ad esempio sul difetto di giurisdizione) dovrebbe infatti rimettere la causa sul ruolo con concessione dei termini *ex art.* 183, VI co., cpc; nel caso dell'istanza congiunta per la fissazione dell'udienza *ex art.* 185 cpc riterrei che la richiesta sia vincolante per il giudice, sempre che sia rivolta al tentativo di conciliazione (e quindi all'interrogatorio libero quale fase preparatoria della conciliazione, cd *interrogatorio di cognizione*) poiché le parti non intendono svolgere un'attività funzionale allo svolgimento di una trattazione - istruzione che il giudice ha ritenuto inutile, ma chiedono che sia tentata la possibilità di una diversa soluzione della controversia ossia quella della conciliazione.

4. È possibile che all'udienza *ex art.* 183 cpc le parti siano già in grado di proporre istanze di prova: il giudice potrà decidere su tali istanze o riservarsi, se ritenga sia necessaria una maggiore ponderazione.

la soluzione negativa è invece orientato, in generale, C. CAVALLINI, *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2005, cit., pagg. 737-739, che tuttavia ammette la possibilità di una trattazione scritta nella specifica ipotesi contemplata dall'art. 183, 4° comma (pag. 748, nota. 20).

³⁰ Non ponendosi più il problema del termine per le eccezioni in senso stretto previste dall'art. 180 cpc v.t.: vedi Cass. n. 6808/2000.

³¹ Sul punto richiamo le osservazioni già svolte negli scritti indicati alla nota 1.

³² In questi casi, ammette il passaggio alla fase decisoria senza concessione di termini per memorie anche CONSOLO, *La trattazione*, op.cit.

5. È possibile che il giudice o le parti intendano tentare la conciliazione della lite e esperire l'interrogatorio libero anche al fine di chiarire i fatti causa, delimitare le aree di non contestazione etc e sia quindi fissata l'udienza ex art. 185 cpc, all'esito della quale saranno possibili gli sviluppi indicati di seguito,

6. È possibile che le parti chiedano memorie ex art. 183, VI co., cpc e che il giudice, nelle cause più semplici, si riservi; ovvero nelle cause ove la discussione sul *thema probandum* sia importante fissi un'ulteriore udienza per decidere sui mezzi di prova (eventualmente riservandosi, nell'ipotesi, che dovrebbe essere rara se il giudice è preparato, che sia necessario un ulteriore *spatium deliberandi* o che nella discussione orale sia emerso qualcosa di imprevisto);

7. È possibile che il giudice tenti la conciliazione della lite, già con i difensori, all'udienza ex art. 183 cpc e rinvii per verificare la possibilità di riuscita (si tratterà di un'udienza ex art. 185 cpc, dunque non si pone un problema di preclusioni);

8. È possibile che il giudice disponga la comparizione delle parti e quindi, tentata la conciliazione, rinvii per la prosecuzione del tentativo di conciliazione senza che questo implichi preclusioni di sorta (vedi oltre);

9. È possibile che all'udienza ex art. 183 cpc le parti chiedano i termini per memorie e il giudice non ritenga di dover disporre la comparizione delle parti per l'interrogatorio libero o il tentativo di conciliazione: in tal caso il giudice, qualora non ritenga di riservarsi (ciò che dovrebbe essere limitato ai casi di cause in cui la materia sia molto 'povera') fisserà altra udienza ex art. 183 cpc per la decisione sulle istanze di prova;

10. È possibile che il giudice, concessi i termini ex art.184, IV comma, decida di disporre l'interrogatorio libero delle parti per assumere chiarimenti che siano prodromici alla decisione sulle prove e sospenda la decisione su queste sino all'esito dei chiarimenti; oppure decida anche sulle prove e disponga gli incumbenti ex art.185 cpc, fissando quindi l'udienza solo per questi e riservandosi di fissare l'udienza ex art.184 cpc all'esito della precedente;

11. È possibile che il giudice, nelle cause con contenzioso di natura essenzialmente tecnica, disponga una consulenza tecnica d'ufficio *prima* di concedere i termini per le memorie ex art. 183, VI co., e conceda tali termini *dopo* la consulenza, consentendo così alle parti di tener conto delle informazioni tecniche immesse dal ctu nel processo: l'ipotesi non è prevista, ma non sembra nemmeno vietata dal sistema; sicuramente una lettura dell'art. 183 cpc, alla luce dei criteri che abbiamo sopra indicati come criteri guida per l'interpretazione, non la esclude mentre sembra del tutto coerente con una visione elastica e flessibile del processo.

Le ipotesi sono certo ancora più ampie di quelle elencate (per il caso di disposizione di mezzi officiosi rimando al precedente paragrafo 4).

Credo insomma che, sia pure scritta malamente, la disciplina, sebbene non garantisca di per sé il ‘taglio dei tempi morti’, scopo dichiarato del legislatore, non impedisca un buon processo: forse perché il ‘taglio dei tempi morti’ è già nelle possibilità di giudici e avvocati (quando siano preparati): è vero infatti che udienze *inutili*, astrattamente, erano previste dal codice di rito (quella più accusata di superfluità era la cd *udienza di 184, prima fase*, fissata all’esito delle memorie *ex art. 183, ult. co., cpc*). *Ma è ancora più vero che l’utilità o meno di un dato segmento processuale difficilmente può essere stabilito ex ante e per ogni causa: a seconda del caso concreto, sarà utile per quella e non l’altra controversia.*

Ed è anche vero che, almeno in gran misura, il buon giudice sa bene come calibrare le attività in modo da eliminare il più possibile le cd udienze inutili.

Modellare un processo sull’immagine di un cerchio ‘*a raggiera*’ vuol esprimere proprio questa idea di fondo: che all’inizio del processo deve esserci un momento di colloquio tra giudice e parti e che solo da questo momento possa partire l’avvio verso un raggio o un altro per far sì che le *udienze dislocate su quel raggio costituiscano un momento processuale funzionale all’attività programmata dal giudice in collaborazione con le parti.*

6. Riflessi sull’organizzazione: la distinzione tra fasi e udienze.

La flessibilità dei percorsi processuali che abbiamo ipotizzato presuppone che si condivida la possibilità di distinguere, ove necessario, *udienze e fasi del processo* e quindi, se vi sia un’effettiva esigenza di trattazione e nel pieno rispetto delle esigenze di concentrazione, di scindere le attività previste nell’udienza, tendenzialmente unica, *ex art. 183 cpc*: questo può rivelarsi necessario, ad esempio, per consentire l’approfondimento su temi officiosi enucleati dal giudice all’esito dello svolgimento dialettico della prima udienza o per consentire la prosecuzione del tentativo di conciliazione, che difficilmente ha successo se confinato nell’angusto spazio di una sola udienza: non si tratterebbe di un mero rinvio, ma di un rinvio volto alla proficuità delle attività tendenzialmente previste dal legislatore nell’arco di una sola udienza (è chiaro poi che il giudice neghittoso il mero rinvio lo disporrà a piacimento, così come avviene anche ora)³³.

³³ Sul punto mi limito a richiamare quanto osservato negli scritti indicati alla nota 1. Sul punto si veda anche CONSOLO, *La trattazione*, op. cit. il quale al riguardo rileva che, ‘*giusto o errato di fatto si andrà sempre di più in questa direzione*’: ora è vero che il legislatore sembra collegare le preclusioni anche istruttorie all’udienza *ex art. 183 Cpc*: tuttavia, mi sembra del tutto ragionevole un’interpretazione

Queste soluzioni interpretative consentirebbero di *fissare l'udienza ex art. 183 cpc in tempi ragionevoli – con un uso calibrato del potere di differimento ex art. 168 bis cpc* - nella consapevolezza che possa essere un'udienza quasi esaustiva delle varie attività processuali (ad esempio, per le cause più semplici, o documentali oppure seriali oppure con pochi profili controversi in fatto), ma che vi sia comunque la possibilità di programmare un'altra udienza di prosecuzione della prima udienza di trattazione ove necessario, anche al di là delle ipotesi espressamente previste dal legislatore.

In ogni caso, appare preferibile mantenere l'incontro iniziale in date ravvicinate essendo sempre poi possibile programmare la partenza verso uno dei rami, per restare alla metafora, in modo adeguato (ad esempio, fissando una successiva udienza *ex art. 185 cpc* o l'udienza per la decisione sulle istanze istruttorie dopo la concessione dei termini di cui all'art. 183 , VI co., cpc.).

Nell'ambito delle prassi virtuose avviate sotto il precedente assetto normativo, d'altronde, si era cercato di far leva nella fase preparatoria sull'art. 168 *bis* cpc - che, con il quinto comma, consente al giudice di differire la prima udienza sino a un massimo di 45 giorni – proprio in funzione di una rivitalizzazione dell'udienza *ex art. 180 cpc* e allo sforzo da compiere per recuperare al sistema processuale margini di elasticità nei limiti consentiti: procedendo nell'alveo di queste prassi, che imponevano di svolgere davvero le verifiche preliminari previste dall'art. 180 cpc o da altre norme e di concordare con i difensori il futuro sviluppo della causa, la novella non provocherà grandi differenze.

Certo, poiché prassi viene appunto da *prasso* – fare – solo l'esperienza concreta ci consentirà di elaborare le prassi migliori e di svolgere una corretta programmazione dell'agenda del processo (non parlerei più dell'agenda del giudice, ma dell'agenda del processo proprio per indicare la importanza della programmazione quanto più possibile concordata con il ceto forense delle attività processuali).

7. Disciplina transitoria

Le disposizioni che abbiamo esaminato troveranno applicazione dal 1° marzo 2006³⁴, *ma solo per i procedimenti i instaurati dopo tale data e non per quelli già pendenti.*

che legghi la preclusione alla fase più che all'udienza, precisamente al termine della fase in cui sono state compiute le verifiche formali, si è svolto eventualmente l'interrogatorio libero delle parti e le attività di precisazione/integrazione previste dal 3° comma del nuovo articolo 183 Cpc.

³⁴ La disciplina transitoria della nuova disciplina processuale è ricavabile, con molta fatica, dall'art. 2, commi 3 quater, 3 quinquies e 3 sexies d.l. n.35/05, come modificati dall'art. 6° comma , l. 263/05, dagli art. 1, 7° comma e 2, 4° comma, l. 263/05 e dall'art. 1 d.l. 271/05

Ricordando l'interpretazione affermata in relazione all'analoga disciplina transitoria racchiusa nell'art. 90 della legge n. 353/1990, la pendenza della causa deve essere valutata con riguardo al giudizio unitariamente inteso, non già con riferimento ai singoli gradi, per cui dovrà aversi riguardo esclusivamente alla data in cui è stato notificato (o depositato, qualora rivesta la forma del ricorso) l'atto introduttivo *in primo grado*³⁵.

Qualche problema è stato posto con riferimento all'elaborazione sviluppata sul tema della notificazione: mi parrebbe corretto ritenere che si debba aver riguardo al momento in cui il convenuto riceve la notificazione della citazione perché questo è il momento di perfezione della notificazione stessa, mentre alla posizione del notificante si ha riguardo, secondo la giurisprudenza in materia³⁶, solo per evitare decadenze che altrimenti si verificherebbero a suo danno senza sua colpa. Le questioni che si porranno saranno comunque limitate, per la cautela dimostrata in generale dal foro che, nell'approssimarsi della data 'fatidica', ha ritardato l'avvio delle notificazioni per evitare inutili problemi.

8. Conclusioni .

Nonostante l'*iter* perverso e le difficoltà di interpretazione credo che si debba giungere ad una conclusione positiva: credo cioè che con le nuove norme un processo flessibile ed efficiente sia nelle possibilità di giudici e avvocati e non varrà, un domani, invocare l'alibi di norme mal scritte.

Questo perché le norme costituiscono solo uno degli ingredienti che danno vita al processo mentre il suo felice funzionamento dipende dall'interazione di fattori molteplici .

Negli ultimi tempi si è assistito ad un movimento importante volto a ricercare, non tanto un rito ideale, quanto efficaci risposte alle questioni in tema di organizzazione e alle esigenze di rinnovamento culturale: e, quanto a tale ultimo aspetto, volto a puntare sulla collaborazione tra tutti gli operatori del diritto e sulla ricognizione e promozione delle prassi migliori che sono state poi raccolte nei *protocolli d'udienza* elaborati dagli Osservatori sulla giustizia civile.

Questo percorso è in parte frutto di una maturazione relativamente recente (penso ad esempio alla affermazione di una cultura dell'organizzazione, storicamente molto lontana dall'apparato dell'amministrazione della giustizia); altri però sono principi che vengono da lontano (penso ad esempio, al principio di oralità, a cui si informano molte regole di protocollo, - esso è anzi è il titolo di una vera e propria sezione del protocollo di Milano; penso al principio di

³⁵ V. per tutte Cass. 10 settembre 2004, n. 18207, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Appello civ.*, n. 81, e 20 agosto 2004, n. 16347, *ibidem*, voce *Procedimento civ.*, n. 42.

flessibilità o a tutte le regole che sottolineano l'effettività di poteri/doveri già previsti dal codice di rito), e sono sempre rimasti sulla carta perché, con l'eccezione di alcune esperienze felici (ad esempio quelle relative al rito del lavoro, almeno in alcune aree) non sostenute da un movimento culturale forte che ne consentisse l'attuazione. Sono rimasti come 'miti ambientali', come li ha definiti in suo scritto il Prof. Zan³⁷, a cui prestare ossequio ipocrita.

La scommessa che la novella del 2005 impone mi pare dunque questa: senza perdere di vista la complessa interazione tra norme, risorse, tecnologie e comportamenti, è il momento storico nel quale dimostrare che la rigenerazione culturale delle prassi e l'idea che il processo sia davvero *actus trium personarum* può essere un fattore determinante per far sì che il processo si svolga nel minor tempo possibile e con il minor dispendio³⁸.

Le citazioni degli scritti di Piero Calamandrei hanno subito negli anni una sorta di inflazione. Ma non posso non concludere con un pensiero di questo Maestro, particolarmente adeguato al tema.

Calamandrei ripeteva spesso, e sempre più negli anni, di avere una convinzione: che il buon funzionamento della giustizia dipendesse in massima parte dagli uomini più che dalle leggi: nella sigla posta alla fine di ogni capitolo del libro *'Elogio dei giudici scritto da un avvocato'* è raffigurata una bilancia che porta in un piatto due grossi volumi *in folio*, e dall'altro una rosa: da un lato le leggi e la dottrina, dall'altro il costume degli uomini che hanno il compito di 'far funzionare' quelle leggi; e si vede che, contro ogni legge fisica, la rosa pesa più dei grossi libri.

Ecco, io credo che anche con queste nuove norme potremo far funzionare il processo civile, se solo la bilancia penda *'dalla parte della rosa'*³⁹.

Luciana Breggia

³⁶ Corte cost. n. 477 del 2002 e n. 28 del 2004; Cassazione civile, sez. III, 16 novembre 2005, n. 23089.

³⁷ ZAN, *Fascicoli e Tribunali..Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, p. .88.

³⁸ SALVATORE SATTA, *Diritto processuale civile*, Cedam, 1954, 214 e ss.

³⁹ La citazione è ripresa da *'Anche i giudici sono uomini'*, pagine scritte per la prefazione alla traduzione in lingua tedesca della 3° edizione dell'opera di P. CALAMANDREI, *'Elogio dei giudici scritto da un avvocato'*, in *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei, volume II, pag. 481, Napoli, 1966.