

LE PRECLUSIONI NEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE

Appunti e Schemi (18.01.2010)



1. Atto di citazione

2. Comparsa di risposta

3. Udienza di trattazione ex 183 c.p.c.

4. Memorie ex art. 183 c.p.c.

Emendatio

Mutatio

Repliche

Eccezioni

Preclusioni assertive

Prova contraria

5. Casi pratici

Quando il convenuto si costituisce tardivamente (168 *bis* comma 4 c.p.c.)

Quando il convenuto si costituisce tardivamente (in udienza)

Quando una parte muta il *petitum* in comparsa conclusionale

6. Approfondimenti

Mere difese ed eccezioni in senso proprio

Rapporti tra rilevabilità d'ufficio di una eccezione e potere di allegazione

1. ATTO DI CITAZIONE

L'attore deve proporre le domande con l'atto di citazione (domande principali, accessorie, subordinate, *etc.*).

E' opportuno chiarire da subito che, all'udienza di trattazione ex 183 c.p.c., l'attore potrà ancora proporre **nuove domande** ma a condizione **che siano conseguenza delle domande riconvenzionali o delle eccezioni del convenuto** (si tratta dei classici casi della *reconventio reconventionis* e delle domande di accertamento incidentale).

L'art. 183 consente all'attore di proporre nella prima udienza di trattazione domande diverse rispetto a quella originariamente proposta solo ove trovino giustificazione nella domanda riconvenzionale o nelle eccezioni proposte dal convenuto.

Cassazione civile, sez. II, 30 luglio 2004 n. 14581

Al di fuori di tale ipotesi, **l'attore non può proporre nuove domande** rispetto a quelle dell'atto di citazione.

L'art. 183 c.p.c. consente all'attore, nella prima udienza di trattazione, di proporre le sole domande e le eccezioni, anche nuove, che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto, ma non attribuisce la facoltà di proporre domande nuove che potessero essere proposte già con la citazione (v. Cass. 30 luglio 2004 n. 14581, 18 marzo 2003 n. 3991).

Cassazione civile sez. I, 02 settembre 2005 . n. 17699

Esempio. Si pensi ad una **domanda di restituzione**¹ conseguente ad una domanda di risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c.² e/o ad una domanda di risarcimento da inadempimento ex art. 1218 c.c..

La domanda di restituzione della prestazione effettuata (nella fattispecie pagamento di una somma) a seguito della risoluzione per inadempimento di un contratto, ex art. 1458 c.c., integra domanda nuova rispetto alla domanda di risarcimento del danno da inadempimento, proposta in una alla domanda di risoluzione, ex art. 1453 c.c.

Cassazione Civile, sez. III, 28 marzo 2006 n. 7083

1 Tipico esempio di **domanda accessoria** ex art. 31 c.p.c.

2 Com'è noto, infatti, **“la declaratoria di risoluzione del contratto**, pur comportando per il suo effetto retroattivo espressamente sancito dall'art. 1458 c.c. l'obbligo di ciascuno dei contraenti di restituire la prestazione ricevuta, **non autorizza il giudice a emettere i relativi provvedimenti restitutori, in assenza di domanda della parte interessata”** (Cassazione Civile, sez. II, 18 aprile 2007 n. 9314).

2. COMPARSA DI RISPOSTA

Nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, il convenuto deve:

- ⇒ proporre le **eccezioni** processuali e di merito che **non** siano **rilevabili d'ufficio**;
- ⇒ proporre le eventuali **domande riconvenzionali**;
- ⇒ dichiarare che intende **chiamare un terzo** in causa.

E' **tempestiva** la costituzione che avviene:

- ⇒ almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione;
- ⇒ almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma dell'art. 163 bis;
- ⇒ almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168 bis, 5° comma, c.p.c. (cfr. artt. 167, 2° comma, 171, 2° comma, e 166 c.p.c.³).

³ Se la prima udienza (indicata dall'attore) viene spostata (d'ufficio) ai sensi del 4 comma dell'art. 168-bis c.p.c. (in quanto il giudice designato non tiene udienza nel giorno individuato nell'atto di citazione), il termine per la costituzione "tempestiva" del convenuto rimane quello originario (20 giorni dal giorno indicato in atto di citazione). Se la prima udienza viene spostata ai sensi del 5 comma dell'art. 168-bis c.p.c. (in caso di differimento ad opera del giudice istruttore con decreto), anche il termine per la costituzione "tempestiva" del convenuto slitta di conseguenza (20 giorni dalla data di prima udienza effettiva).

3. UDIENZA DI TRATTAZIONE EX 183 C.P.C.

L'attore deve:

- ⇒ proporre le **domande** e le **eccezioni** (pur totalmente nuove) che sono **conseguenza** della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto⁴;
- ⇒ chiedere di essere autorizzato a **chiamare un terzo** ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto.

Le **domande nuove** (la *reconventio reconventionis*⁵ e la domanda di accertamento incidentale ex art. 34 c.p.c.) e le **controeccezioni in senso stretto dell'attore**, che siano conseguenza della riconvenzionale o della eccezione sollevata dal convenuto in comparsa di risposta, **vanno proposte all'udienza di trattazione**: la prima memoria della c.d. appendice scritta all'udienza di trattazione (ex 186, co. 6°, n. 1) consente di precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni *già proposte*.

Nonostante la lettera dell'art. 183 co. 5 non faccia distinzioni sembra preferibile limitare la preclusione per l'attore alle sole eccezioni in senso stretto (riservate alle parti); ciò significa che **le eccezioni rilevabili d'ufficio** (e le mere difese) **possono essere proposte nella prima memoria ex 183, co. 6°, c.p.c.**

Le *“eccezioni proposte dal convenuto”* di cui alla norma sono le eccezioni in senso proprio⁶: ciò significa che **l'attore non può proporre nuove domande se il convenuto si limita a formulare mere difese**.

4 Quindi: la *reconventio reconventionis*; la *exceptio reconventionis*, cioè l'eccezione alla domanda riconvenzionale; la *reconventio exceptionis*, cioè la domanda collegata all'eccezione del convenuto; la *exceptio exceptionis*, cioè l'eccezione conseguente all'eccezione del convenuto.

5 Per contro, **il convenuto non può proporre *reconventio reconventionis*** (cfr. *infra*): in assenza di una analoga espressa previsione (cfr. 183, co. 5°, c.p.c.) in favore del convenuto, infatti, si deve escludere che anche quest'ultimo goda della facoltà di introdurre nuove domande dopo la sua costituzione in giudizio.

6 “La norma, (...) ove contempla l'eccezione dell'avversario va intesa riferita non alla semplice controdeduzione rivolta a contestare le condizioni dell'azione, ed inoltre postula che, rispetto a tale eccezione, la nuova domanda o la nuova eccezione dell'attore si presentino consequenziali, vale a dire configurino una contro-iniziativa necessaria per replicare all'eccezione medesima” (Cassazione civile, sez. I, 08 luglio 2004 n. 12545).

4. MEMORIE EX 183 C.P.C.

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;
- 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**.

EMENDATIO

Le parti possono **precisare e modificare le domande** (*emendatio*), ma non proporre di nuove (*mutatio*).

L'**emendatio** si ha “quando si incida sulla *causa petendi* sicché risulti modificata soltanto l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto oppure sul *petitum* nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere (ex plurimis Cass. 14.2.2001, n. 2080)” (Cassazione civile sez. III, 12 aprile 2005 n. 7524).

MUTATIO

Si ha **mutatio** allorchè muti uno dei seguenti elementi:

- ⇒ i soggetti dell'azione (*personae*);
- ⇒ la *causa petendi*, ossia la ragione giuridica o titolo giuridico su cui la domanda è fondata;
- ⇒ il *petitum*, ossia il provvedimento richiesto al giudice (c.d. *petitum immediato*) o il bene della vita richiesto alla controparte (c.d. *petitum mediato*).

Si ha mutatio libelli quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un "petitum" diverso e più ampio oppure una "causa petendi" fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un **fatto costitutivo radicalmente differente** di modo che si ponga un nuovo tema di indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo.

Cassazione civile sez. III, 12 aprile 2005 n. 7524

Esempio. Formulata una domanda di **risarcimento del danno aquiliano**, viene successivamente proposta una domanda di indennizzo per **arricchimento senza causa**.

La domanda di indennizzo per arricchimento senza causa e quella di risarcimento danni da responsabilità aquiliana non sono intercambiabili, non costituiscono articolazioni di un'unica matrice, ma riguardano diritti per la cui individuazione è indispensabile il riferimento ai rispettivi fatti costitutivi, che divergono tra loro, identificando due diverse entità. Nell'azione generale di arricchimento la causa dello spostamento patrimoniale non deve essere qualificabile come antiggiuridica, in quanto si entrerebbe allora nel campo dei fatti illeciti. Il termine "danno" di cui all'art. 2041 c.c. non va perciò letto nel senso di lesione antiggiuridica, ma in quello di semplice diminuzione patrimoniale.

Anche il petitum è diverso, trattandosi nel caso dell'art. 2041 c.c. dell'indennizzo ragguagliato alla minor somma tra l'arricchimento ed il depauperamento e, nell'azione di responsabilità aquiliana, nel risarcimento dell'intero danno subito dal danneggiato; inoltre, si tratta di crediti eterodeterminati, per la cui individuazione è cioè necessario fare riferimento al fatto costitutivo della pretesa, che identifica la "causa pretendi" tra le diverse possibili.

Cassazione civile, sez. un., 10 settembre 2009 n. 19448

Esempio. Formulata una domanda di **adempimento contrattuale**, viene successivamente proposta una domanda di indennizzo per **arricchimento senza causa**.

Ormai consolidato è anche l'orientamento di questa corte per il quale "la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa integra, rispetto a quella di adempimento contrattuale originariamente formulata, una domanda nuova, come tale inammissibile nel giudizio di appello a norma dell'art. 345 c.p.c., in quanto dette domande non sono intercambiabili e non costituiscono articolazioni di un'unica matrice, riguardando entrambe diritti cosiddetti "etero determinati" (per la individuazione dei quali è indispensabile il riferimento ai relativi fatti costitutivi, che divergono sensibilmente tra loro e identificano due distinte entità), e l'attore, sostituendo la prima alla seconda, non solo chiede un bene giuridico diverso (indennizzo, anziché il corrispettivo pattuito), così mutando l'originario petitum, ma, soprattutto, introduce nel processo gli elementi costitutivi della nuova situazione giuridica (proprio impoverimento ed altrui arricchimento proposta contro la P.A., con il riconoscimento della utilitas della prestazione), che erano privi di rilievo, invece, nel rapporto contrattuale" (così Cass. 26

maggio 2004 n. 10168 e, nello stesso senso, Cass. 27 luglio 2006 n. 16888, 5 aprile 2005 n. 7033, 26 maggio 2004 n. 10168, 24 novembre 2003 n. 17862, 28 gennaio 2003 n. 1233, le più recenti tra molte, a seguito del mutamento della giurisprudenza intervenuto negli anni '90 sul punto, ritenendosi in precedenza, come emerge dalle sentenze citate in ricorso, che costituisse mera emendatio la modifica della domanda di pagamento in quella di arricchimento senza causa).

Cassazione civile, sez. I, 08 febbraio 2008 n. 3029

REPLICHE

Le parti possono **replicare** ma non proporre nuove domande.

Il quinto comma dell'art. 183 c.p.c. (norma invocata dalla società ricorrente), a sua volta, **consente alle parti**, con le memorie depositate nel termine, non già di proporre domande nuove, sia pure con il limite sopra ricordato che esse siano conseguenza delle difese avversarie, ma **soltanto di precisare e modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte**.

La soluzione qui accolta è condivisa anche dalla dottrina, che ha osservato come dal secondo periodo dell'ultimo comma dell'art. 183 («per replicare alle domande ed alle eccezioni dell'attore di cui alla prima parte del comma precedente e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande medesime») si desuma esplicitamente **il limite delle facoltà consentite, che è quello della replica**, a fronte della quale ciascuna delle parti può a sua volta controreplicare, alla condizione, tuttavia, che la controreplica consista solo nella proposizione di eccezioni che siano conseguenza della replica dell'altra parte e non anche nella proposizione di domande: limitazione di buon senso la quale per un verso non comprime in modo alcuno la difesa delle parti, assicurata in toto dal potere di eccezione, per altro verso evita di dilatare oltre misura il novero delle vere e proprie domande cumulate nello stesso processo. La stessa dottrina ne trae il corollario che - in base alla disposizione in esame - ciascuna delle parti, e dunque lo stesso attore, ha facoltà di replica a livello di sole eccezioni: e così via teoricamente fino all'infinito, pena la violazione del diritto di difesa ex art. 24, 2° comma, Cost. di una delle parti.

Cassazione civile sez. I, 02 settembre 2005 n. 17699

ECCEZIONI

Secondo parte della dottrina, la facoltà di formulare “eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni “ di cui alla seconda memoria, pur se si riferisce ad entrambe le parti, non può in realtà che riguardare il convenuto, in quanto l'unico che all'udienza di comparizione-trattazione poteva proporre domande ed eccezioni capaci di generare altre eccezioni era l'attore: **soltanto il convenuto**, pertanto, **potrebbe formulare nuove eccezioni nella seconda memoria** (e solo se necessitate dalle nuove domande ed eccezioni che l'attore abbia proposto nella stessa udienza di cui all'art. 183 c.p.c.).

PRECLUSIONI ASSERTIVE

Prima della riforma del 2005, la fase diretta alla definizione del *thema decidendum* era ben distinta da quella diretta alla definizione del *thema probandum*.

La prima **fase è diretta alla definizione del thema decidendum**; essa si conclude con l'udienza ex art. 183 cpc, ovvero con la scadenza dei termini previsti dall'ultimo comma. In tale fase le parti possono formulare domande, eccezioni, domande riconvenzionali o di reconventio reconventionis; ma devono allegare i fatti storici costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi delle rispettive domande o eccezioni.

A conclusione di questo primo segmento processuale si ha la cristallizzazione del *thema decidendum*, ciò comporta che devono essere definite sia le rispettive domande ed eccezioni, sia i fatti storici posti a fondamento di esse.

Terminata questa fase, infatti, è preclusa alle parti ogni attività di formulazione di domande ed eccezioni, ovviamente con esclusione di quelle rilevabili d'ufficio, ed è altresì preclusa ogni attività di allegazione di fatti storici, con nessuna possibilità di acquisirne di ulteriori, neppure d'ufficio. Ne consegue che qualsiasi successiva attività processuale, delle parti e del giudice, potrà e dovrà svolgersi esclusivamente all'interno dei confini delineati dalle parti con le rispettive domande ed eccezioni e con reciproche allegazioni di fatti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi.

La **seconda fase è diretta alla definizione del thema probandum**, essa si sviluppa nell'ambito dell'udienza ex art. 184 cpc e dei relativi termini.

In questo segmento processuale l'attività delle parti si sposta, dal piano delle asserzioni e delle allegazioni, a quello delle deduzioni istruttorie e delle produzioni documentali.

Ciò che nella prima fase processuale, ex art. 183 cpc, è stato affermato e allegato, deve essere ora provato o, quantomeno, deve esserne offerta la prova.

E', quindi, evidente che le istanze istruttorie formulate dalle parti, ma anche i poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice, non potranno avere ad oggetto fatti storici principali che non rientrino già nei confini del *thema decidendum* cristallizzato a conclusione della prima fase processuale.

Tribunale Torino, Sez. Dist. Ciriè, 31-03-2003 (Nigra)

La riforma del 2005⁷ ha invece comportato una "**non felice commistione** fra attività di trattazione (precisazione, modificazione, replica, e persino formulazione di eccezioni nuove) e di articolazione delle prove dirette che si concentra **nella seconda delle tre memorie** lato sensu istruttorie.

Termine più, termine meno, il novellatore della novella avrebbe forse potuto concepire quattro memorie, in modo da creare una sana scissione fra la **fase di allegazione** e il momento di apertura dell'**istruzione** in senso stretto" (Giuseppe della Pietra, *La novella della novella della novella, ovvero la novella al cubo del processo di cognizione*, www.judicium.it)⁸.

⁷ La riforma del codice di procedura civile posta in essere nel 2005 con il D.L. n. 35/2005 conv. in L. n. 80/2005 modificato dalla L. n. 263/2005.

⁸ "Ad esempio, ipotizziamo che entro il secondo termine, il convenuto proponga per la prima volta un'eccezione di prescrizione alla reconventio reconventionis proposta tempestivamente dall'attore; l'attore che successivamente

ANTE RIFORMA 2005		RIFORMA 2005	
183 c.5	(...) 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.	183 c. 6 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
183 c. 5	(...) un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dell'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime.	183 c.6 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;
184	(...) un termine entro il quale le parti possono produrre documenti e indicare <i>nuovi</i> mezzi di prova	183 c. 6 3	un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria

Secondo un recente provvedimento del Tribunale di Piacenza datato 30-11-2009 (Morlini), **invece**, le due fasi sarebbero ancora separate in quanto il termine di cui all'art. 183 comma 6 n. 1 rappresenterebbe **il termine ultimo oltre il quale si verificano le preclusioni assertive**.

(...) a seguito della riforma del codice di rito posta in essere nel 2005 (...) è stata prevista la concessione dei tre termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c., in luogo dei precedenti quattro termini concessi, due per volta, dai previgenti articoli 183 comma 5 e 184 c.p.c. Sotto il profilo fattuale, può ritenersi che il primo dei tre termini corrisponda sostanzialmente al primo termine in precedenza posto dall'art. 183 comma 5 c.p.c., essendo deputato alla "precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte"; il secondo termine ingloba il precedente secondo termine del previgente art. 183 comma 5 c.p.c. ed il primo termine del previgente art. 184 c.p.c., essendo finalizzato a "replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezione medesime", nonché per "l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali"; il terzo termine corrisponda al secondo termine di cui al precedente art. 184 c.p.c., riguardando le "indicazioni di prova contraria". Alla luce di ciò, sulla base del chiaro disposto letterale della norma vigente e del pacifico insegnamento giurisprudenziale formatosi nel vigore della norma ormai abrogata, deve ritenersi che il termine di cui all'art. 183 comma 6 n. 1 (...) rappresenta il termine ultimo oltre il quale si verificano le preclusioni assertive, atteso che entro tale termine vanno

volesse proporre una controeccezione di interruzione della prescrizione (cosa che potrà fare comunque, trattandosi di eccezione rilevabile d'ufficio), a seguire rigorosamente la lettera della legge, non potrebbe più ad esempio allegare il documento che dimostri l'interruzione della prescrizione" (Fabio Santangeli, *Le udienze di trattazione della causa nel processo civile ordinario alla luce delle recenti riforme*, in www.judicium.it).

svolte le “precisazioni o le modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni”; mentre il termine ex art. 183 comma 6 n. 2 (...) rappresenta il termine ultimo oltre il quale si verificano le preclusioni probatorie per la prova diretta, atteso che entro tale termine vanno effettuate la “indicazione dei mezzi di prova” e le “produzioni documentali”.

Tanto premesso, deve evidenziarsi che, nell'ambito di un processo a preclusioni rigide quale quello vigente nel nostro ordinamento sin dal vigore della legge n. 353/1990, non può essere revocato in dubbio il principio a tenore del quale il diritto alla prova può essere esercitato solo relativamente a fatti tempestivamente allegati; e quindi relativamente a fatti dedotti prima dello spirare delle preclusioni assertive.

Né può in alcun modo opinarsi che vi possa essere una sostanziale sovrapposizione e coincidenza tra il momento delle preclusioni assertive e quelle probatorie, così come accade nel rito del lavoro, ove dette preclusioni si consumano, entrambe, per l'attore al momento del deposito del ricorso, per il convenuto al momento della memoria costitutiva tempestivamente depositata (cfr. artt. 414 e 416 c.p.c.). Nel rito ordinario, invece, come si è detto e come accade sin dal vigore della legge n. 353/1990, le preclusioni assertive maturano prima di quelle istruttorie.

Tribunale Piacenza, 30-11-2009 (Morlini)

PROVA CONTRARIA

Con la terza memoria “è possibile instare per la **prova contraria diretta**, cd. controprova, avente cioè un contenuto specularmente opposto alla prova indicata da controparte e relativa agli stessi fatti *ex adverso* indicati, normalmente consistente nell'indicazione, anche sui capi avversari, dei propri testi dedotti in prova diretta; ovvero instare per la **prova contraria indiretta**, avente cioè ad oggetto fatti diversi pur se incompatibili con i fatti dedotti da controparte, e finalizzata quindi a negare in tal modo gli assunti avversari dando prova di circostanze logicamente contrarie”⁹.

Anche se il legislatore non ha riprodotto l'espressione “documenti” all'art. 183, co. 6° n. 3, già utilizzata per la seconda memoria, l'espressione “prova contraria” utilizzata per la terza memoria si riferisce comunque a qualunque prova, costituenda o costituita che sia: **nella terza memoria è possibile fornire la prova contraria** sia con testimoni, sia **con documenti**¹⁰.

⁹ Morlini, *I poteri officiosi del Giudice ed in particolare la consulenza tecnica d'ufficio*, in www.csm.it

¹⁰ Cfr. Cassazione civile, sez. III, 09 febbraio 2005 n. 2656.

5. CASI PRATICI

QUANDO IL CONVENUTO SI COSTITUISCE TARDIVAMENTE (rispetto all'udienza ex 168 bis comma 4 c.p.c.) - Stralcio di Trib. Ivrea, 28-11-2000 n. 366 (Morlini)

E' documentalmente provato, e non è oggetto di contestazione, che l'atto di citazione della presente controversia è relativo ad una udienza ex art. 180 c.p.c. che l'attore ha individuato nel 17/5/2000. Parimenti documentale e non contestato è che la udienza ex art. 180 c.p.c. è stata effettivamente tenuta il 31/5/2000.

Ciò posto, non può essere accolta l'interpretazione di parte convenuta, secondo la quale **lo spostamento di udienza** è stato disposto dal Giudice Istruttore con provvedimento ex art. 168 bis comma 5 c.p.c.. In realtà, è assorbente in tal senso il rilievo che non esiste alcun decreto del G.I. di differimento dell'udienza.

Tale differimento al 31/5/2000, piuttosto, rappresenta un **rinvio d'ufficio ex art. 168 bis comma 4 c.p.c.**, posto che il Giudice non teneva udienza il 17/5/2000, ed anzi in tale data doveva ancora prendere servizio presso il Tribunale di Ivrea.

Se così è, non può che concludersi che era onere del convenuto proporre domanda riconvenzionale, ai sensi dell'art. 167 comma 2 c.p.c., con una comparsa di risposta depositata venti giorni prima del 17/5/2000. Infatti, l'art. 166 c.p.c. chiarisce che i venti giorni prima debbono essere calcolati rispetto all'udienza "fissata nell'atto di citazione" ovvero rispetto all'udienza "fissata a norma dell'art. 168 bis quinto comma", ma non anche rispetto all'udienza fissata ex art. 168 bis quarto comma. Di ciò si trae poi chiara conferma anche dall'art. 70 bis disp. att. c.p.c., che stabilisce testualmente come "i termini di comparizione, stabiliti dall'art. 163 bis del codice, debbono essere osservati in relazione all'udienza fissata nell'atto di citazione, anche se la causa è rinviata ad altra udienza a norma dell'art. 168 bis quarto comma dello stesso codice".

Poiché la comparsa di costituzione e risposta è stata depositata il 11/5/2000, deve allora inferirsi che la stessa è stata depositata solo sei giorni prima dell'udienza fissata in atto di citazione, e deve quindi essere considerata tardiva la relativa domanda riconvenzionale per la violazione del termine decadenziale posto dall'art. 167 comma 2 c.p.c.

(omissis)

Ciò posto e ritenuto necessario procedere ad una pronuncia di inammissibilità con sentenza parziale relativamente alla domanda riconvenzionale, il giudizio deve proseguire come da separata ordinanza.

P. Q. M.

Tribunale di Ivrea

Il G.I., in funzione di giudice monocratico

non definitivamente pronunciando,

dichiara inammissibile perché tardiva la domanda riconvenzionale proposta da Ugo nei confronti di Massimo;

dispone la prosecuzione del giudizio davanti a sé come da separata ordinanza.

QUANDO IL CONVENUTO SI COSTITUISCE TARDIVAMENTE (in udienza) – Stralcio di Trib. Torino, 06-11-2008 (Di Capua)

Si deve subito osservare che, come correttamente rilevato da parte attrice, le **eccezioni di merito non rilevabili d'ufficio** proposte da parte convenuta devono essere dichiarate **"inammissibili"**.

Invero, il novellato art. 167, comma 2°, c.p.c. (sostituito dall'art. 3 del D.L. n. 238/1995, reiterato con l'art. 3 del D.L. n. 347/1995, nonché con l'art. 3 del D.L. n. 432/1995, convertito con modificazioni dalla Legge n. 534/1995 e, infine, modificato dall'art. 2 del D.L. n. 35/2005, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 80/2005) dispone infatti che "A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio" solo nella comparsa di risposta. Ora, anche a seguito della modifica del secondo comma dell'art. 167 c.p.c., deve ritenersi che, a pena di decadenza, il convenuto debba proporre sia le eventuali domande riconvenzionali sia le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio in comparsa di risposta (come chiaramente previsto dall'art. 167, 2° comma, c.p.c.) e, inoltre, debba anche **costituirsi tempestivamente**, ossia: (i) almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione; (ii) o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma dell'art. 163 bis c.p.c.; (iii) ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168 bis, 5° comma, c.p.c. (cfr. artt. 167, 2° comma, 171, 2° comma, e 166 c.p.c.).

Ai sensi dell'art. 171, 2° comma, c.p.c., infatti "Se una delle parti si è costituita entro il termine rispettivamente a lei assegnato, l'altra parte può costituirsi successivamente fino alla prima udienza, ma restano ferme per il convenuto le decadenze di cui all'articolo 167". Dunque, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., coordinato con il successivo art. 171, 2° comma, c.p.c., il convenuto che non si costituisce nel termine assegnatogli dall'art. 166 c.p.c. (bensì tardivamente), decade sia dalla facoltà di proporre domande riconvenzionali (cfr. in tal senso: Cass. civile, sez. I, 07 febbraio 2006, n. 2625 in Giust. civ. Mass. 2006, 2; Tribunale Savona, 14 maggio 2005 in Redazione Giuffrè 2005; Cass. civile, sez. I, 06 luglio 2004, n. 12314 in Giust. civ. Mass. 2004, 7-8; Cass. civile, sez. III, 18 marzo 2003, n. 4007 in Giust. civ. Mass. 2003, 549; Cass. civile, sez. III, 28 luglio 1999, n. 8224 in Giust. civ. Mass. 1999, 1743; Cass. civile, sez. III, 18 maggio 1998, n. 4965 in Giust. civ. 1998, I,2511 ed in Foro it. 1998, I,2882; Cass. civile, sez. III, 18 maggio 1998, n. 4965 in Giur. it. 1999, 1183; Corte costituzionale, 30 dicembre 1997, n. 461 in Giur. it. 1998, 1790) sia dalla facoltà di proporre eventuali eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. In sintesi, la tempestiva costituzione in giudizio tramite comparsa di risposta rappresenta per il convenuto il primo ed ultimo momento utile per far valere qualsiasi difesa qualificabile come "eccezione processuale e/o di merito non rilevabile d'ufficio".

Peraltro, com'è stato osservato in dottrina, l'aver ancorato alla comparsa di risposta il rilievo delle eccezioni in senso stretto non può procurare alcuna menomazione del diritto di difesa del convenuto, anche perché con la Legge n. 263/2005 i termini a comparire di cui all'art. 163 bis c.p.c. sono stati ampliati (da 60 a 90 giorni se l'atto va notificato in Italia, e da 120 a 150 giorni, se va notificato all'estero).

Nel caso di specie, **tutte le eccezioni di merito non rilevabili d'ufficio proposte da parte convenuta devono essere dichiarate inammissibili, essendosi**

costituita soltanto all'udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c. in data 01.06.2007 e, dunque, tardivamente.

P.Q.M.

Il TRIBUNALE DI TORINO, Sezione Terza Civile, in composizione monocratica, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa e definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 3845/07 R.G. promossa dalla società S. S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore dott. A. S. (parte attrice) contro la sig.ra M. M., titolare della Ditta individuale F. di M. M. (parte convenuta), nel contraddittorio delle parti:

1) Dichiarò l'inammissibilità delle eccezioni di merito non rilevabili d'ufficio proposte da parte convenuta.

QUANDO UNA PARTE MUTA IL PETITUM IN CONCLUSIONALE – Stralcio di Trib. Ivrea, 05-11-2003 n. 459 (Morlini)

Preliminarmente, deve essere evidenziato come sia, in tutta evidenza, inammissibile la riformulazione del petitum proposta dalla difesa di parte convenuta, che in sede di comparso conclusionale ha provveduto a riscrivere le conclusioni tolte all'udienza di precisazione delle conclusioni (cfr. pag. 7 e 8 della comparso conclusionale).

Sul punto, è appena il caso di accennare al fatto che, alla stregua dei pacifici principi processualcivilistici, la funzione delle memorie conclusive è quella di illustrare le conclusioni già formulate, e non certo quella di modificare le stesse.

Pertanto, la presente sentenza deve essere resa relativamente alle conclusioni rassegnate da parte convenuta all'udienza di precisazione, non già a quelle riportate in comparso conclusionale.

6. APPROFONDIMENTI

Mere difese ed eccezioni in senso proprio Cassazione civile, sez. un., 03 febbraio 1998 n. 1099

Sotto un primo, generalissimo, aspetto, per eccezione può intendersi **qualsiasi difesa della quale il convenuto si serva per ottenere il rigetto della domanda, quindi anche la semplice negazione dei fatti allegati ex adverso**. Non di rado, infatti, lo stesso legislatore usa il termine eccezione per indicare la contestazione dei fatti costitutivi (v., ad esempio, gli artt. 1271, 1272, 1273, 1462, 1945, 1993 cod. civ.).

In un senso più ristretto, l'eccezione identifica **una particolare difesa consistente nella contrapposizione di fatti ai quali la legge attribuisce immediatamente e direttamente una autonoma identità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale si fonda la domanda**: l'attività difensiva a ciò diretta è considerata espressamente dall'art. 2697 cod. civ., sia pure con specifico riguardo alla distribuzione dell'onere della prova e, quindi, per fini che rilevano sul piano della fissazione di una regola finale di giudizio, non già su quello della possibilità o meno, per il giudice, di valutare fatti del tipo suddetto indipendentemente dall'istanza di parte.

Infine, ed in senso ulteriormente ristretto, l'eccezione comprende soltanto la contrapposizione di quei fatti che senza escludere la sussistenza del rapporto implicato dalla domanda, sono tuttavia tali che, in loro presenza, risulti accordato al convenuto e disciplinato dal diritto sostanziale un potere rivolto *ad impugnandum jus*, ossia una potestà esercitabile al fine di far venir meno il diritto dell'avversario.

In questi casi il legislatore costruisce la fattispecie in modo tale che la presenza di determinate circostanze non ha una autonoma efficacia produttiva della nuova situazione sostanziale, ma la consegue solo per il tramite di una manifestazione di volontà dell'interessato, che da sola o, a seconda delle ipotesi, previo accertamento giurisdizionale dell'avvenuta costituzione della fattispecie medesima, si inserisce all'interno di questa.

Per conseguire il risultato difensivo, non basta qui l'allegazione del fatto, ma occorre che l'interessato scelga se conservare la situazione giuridica esistente ovvero ottenere che, secondo la norma di previsione, si produca quella nuova: ciò che, in ipotesi affermativa, postula il compimento di un apposito atto di manifestazione di volontà in tale senso, non diversamente da quanto accadrebbe qualora la parte, in luogo dell'esercizio in via di eccezione della potestà conferitagli dalla legge, vi provvedesse in via di azione.

Tanto si verifica con riguardo a tipiche **azioni costitutive**: si vedano ad esempio gli artt. 1442, ultimo comma e 1449, secondo comma cod. civ., ove si prevede la facoltà del convenuto di proporre, rispettivamente, un'eccezione di annullamento e di rescissione del contratto. Ed è opinione diffusa in dottrina che analoga situazione sia configurabile con riguardo ad eccezioni di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità; revocatoria; di riduzione di disposizioni testamentarie; ecc.

Rapporti tra rilevabilità d'ufficio di una eccezione e allegazione (e prova) dei fatti su cui l'eccezione si fonda.

Cassazione civile, sez. un., 03 febbraio 1998 n. 1099

Il generalizzato potere di rilievo di ufficio dell'eccezione non implica superamento del divieto di scienza privata del giudice e si traduce esclusivamente nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti modificativi, impeditivi o estintivi: talora il giudice, anche ove ritenga esistente il fatto, può attribuirgli rilevanza solo se la parte ne fa richiesta; altra volta a tanto può provvedere anche in difetto di una tale richiesta; ma **in entrambi i casi è necessario** e condizionante **che il medesimo fatto risulti acquisito agli atti e provato** rite et recte, alla stregua della specifica disciplina processuale dell'acquisizione.

Deve, in altre parole, **distinguersi il potere di allegazione** da quello di **rilevazione**: il primo compete esclusivamente alla parte ed è, di norma, esercitabile, nel rito del lavoro, entro il limite temporale del tempestivo deposito della memoria difensiva ex. Art. 416 cod. proc. civ., posto che, ipotizzare l'allegabilità di fatti nuovi anche oltre tale termine per la sola ragione che la rilevanza dei loro effetti non si iscrive nel novero delle eccezioni riservate alla parte, significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni sul quale quel rito si fonda ed in particolare la sua funzione di affidare alla fase degli atti introduttivi del giudizio la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie: lumi in tal senso somministrano, del resto, l'ultima parte del primo comma dell'art. 420 (che prevede una estrema possibilità di modificazione di domande ed eccezioni, in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice) e la considerazione che la compromissione del sistema apparirebbe viepiù evidente per il tendenziale aggravamento del vulnus che conseguirebbe ad esigenze di rispetto del contraddittorio, se si ammettesse il convenuto ad implementare, al di fuori del controllo finale imposto dalla norma ora citata, il coacervo dei fatti dai quali far dipendere la decisione. Solo il secondo dei suddetti poteri (una volta che i fatti cui si riferisce siano stati tempestivamente allegati) è, invece, quello legittimamente esercitabile anche oltre il suddetto limite temporale, ove i fatti stessi siano anche rilevabili ex officio e quindi tali da far sorgere il potere - dovere del giudice di tenerne conto ai fini della decisione sulla domanda.

Deroga alla preclusione dell'allegabilità di fatti nuovi può determinarsi solo in forza di sopravvenienze e ciò anche se si tratta di fatti che fondano un'eccezione riservata alla parte (si veda, in questo senso, la già citata Cass. n. 5766 del 1994), pur dovendosi correlativamente ritenere coerente col sistema delineato dagli artt. 414, 416 e 420 cod. proc. civ. un principio di "tempestività di allegazione della sopravvenienza", scilicet di necessario impiego, a questo fine, sotto pena di decadenza, del primo atto difensivo utile successivo.

Quest'opera è stata rilasciata sotto la licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale 2.5 Italia.

Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/it/>
o spedisci una lettera a Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California, 94105, USA.