

Corso di diritto processuale civile

I

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Il diritto processuale civile e la definizione dell'attività giurisdizionale: criterio della funzione e criterio della struttura. – 2. La nozione della giurisdizione dal punto di vista della funzione. Il normale presupposto della lesione e l'attuazione dei diritti in via secondaria e sostitutiva. – 3. Segue. I casi di attività giurisdizionale senza previa lesione: giurisdizione costitutiva necessaria e accertamento mero. – 4. L'attività giurisdizionale dal punto di vista della struttura. A) La cognizione e i suoi caratteri strutturali: l'attitudine al giudicato sostanziale; l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza tra le parti. – 5. Segue. B) L'esecuzione forzata. C) L'attività cautelare. D) La giurisdizione volontaria. – 6. Rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale. – 7. L'ambito della giurisdizione e i suoi rapporti con le altre fondamentali attività dello Stato.

1. *Il diritto processuale civile e la definizione dell'attività giurisdizionale: criterio della funzione e criterio della struttura.*

L'art. 24, 1° comma, della Costituzione repubblicana enuncia che «*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*», e pertanto prospetta subito un «giudizio», messo in moto da una certa iniziativa (l'«agire»), configurata per «tutti», e destinata alla «tutela» dei diritti e degli interessi. Questo «giudizio» appare dunque – sotto questo primo profilo generalissimo – come un'attività che procede verso la tutela dei diritti e degli interessi e sul presupposto della obbiettiva *meritevolezza* di tale tutela.

L'art. 24, 1° comma, della Costituzione.

Quando parliamo di «processo» ci riferiamo precisamente a questo figurato «procedere», che, qualificato con l'attributo «civile», ci conduce subito alle due espressioni con le quali, da un lato, è designato il «codice di procedura civile» e, dall'altro, è denominata la disciplina della quale incominciamo ad occuparci, ossia il «diritto processuale civile».

Il processo civile.

Da un primo punto di vista puramente empirico, il codice di procedura civile è quell'insieme di norme nelle quali è descritta e disciplinata la suddetta attività del «procedere» – ossia il processo civile – tradizionalmente chiamata «giurisdizione civile». «Diritto processuale civile» è la branca della scienza giuridica che studia la disciplina del processo civile, contenuta in quel gruppo di norme giuridiche che,

Il codice di procedura civile ...

nell'ordinamento italiano vigente, sono, nella loro maggior parte contenute nel codice di procedura civile.

... e la giuridicità delle sue regole.

Si tratta di norme giuridiche: ed è noto che le norme giuridiche, oltre a descrivere, disciplinano determinati comportamenti umani, ossia li «valutano» in base ai fondamentali criteri (c.d. «valori») che sono la *doverosità*, la *liceità* e l'*idoneità a produrre effetti giuridici*. In altri termini, le norme giuridiche descrivono determinati comportamenti umani qualificandoli e così configurando, in capo ai soggetti di tali comportamenti, le c.d. «situazioni» di *dovere*, *facoltà* o *potere*. Quando parliamo di «struttura» delle norme o degli istituti giuridici, ci riferiamo per l'appunto *al modo* col quale l'ordinamento, operando con quelle qualificazioni, vuol raggiungere i suoi «fini». E se ci riferiamo ad un'attività – qui, l'attività giurisdizionale – possiamo riscontrare che essa può essere conosciuta e definita, oltre che sotto il profilo della sua *funzione* (a che cosa serve?), anche sotto il profilo della sua *struttura* (come opera? con che caratteristiche intrinseche? che effetti produce?).

La funzione e la struttura delle norme giuridiche ...

Naturalmente, i due criteri debbono coordinarsi tra loro, perché il legislatore, se ha agito secondo logica, non può non aver scelto, nel dettare le norme, quelle caratteristiche strutturali che sono le più idonee per il conseguimento della funzione che vuole sia conseguita. Il criterio della funzione e quello della struttura, in altri termini, debbono offrirsi, nella logica dell'ordinamento, una reciproca conferma.

... e la loro correlazione.

Questa correlazione tra struttura e funzione ispira e qualifica la disciplina di ciascuno dei comportamenti di quei soggetti che, come stiamo per vedere, operano nel processo come protagonisti o soggetti del processo; i quali comportamenti, nel loro complesso, costituiscono l'attività giurisdizionale.

Il diritto processuale civile e il suo oggetto di studio.

Con l'espressione «diritto processuale civile» si suole per l'appunto accentuare l'aspetto sistematico della disciplina dell'attività processuale o del processo civile, che costituisce l'oggetto del nostro studio.

2. *La nozione della giurisdizione dal punto di vista della funzione. Il normale presupposto della lesione e l'attuazione dei diritti in via secondaria e sostitutiva.*

L'attività giurisdizionale e la sua funzione ...

La nozione dell'attività giurisdizionale, dal punto di vista funzionale, deve riferirsi a quella funzione che ispira la disciplina dell'*intera serie* dei comportamenti nei quali si concreta il «procedere» di cui ci occupiamo. È pertanto se – come esige la correttezza del metodo – dobbiamo cercarne il fondamento in una o più norme, è chiaro che dovremo risalire a quelle norme che possano offrire una risposta sintetica alla prima domanda che ci siamo posti: a cosa serve l'attività giurisdizionale?

A questa domanda abbiamo, in realtà, già potuto dare una prima approssimativa risposta proprio con le parole – richiamate all’inizio – dell’art. 24, 1° comma, della Costituzione, nella quale norma abbiamo visto la prima configurazione dell’agire in giudizio *per la tutela dei diritti* e degli interessi legittimi. L’attività giurisdizionale civile serve dunque (lasciando per il momento da parte il più complesso discorso che concerne gli interessi legittimi, per il quale v. oltre, § 32 *sub b*) alla tutela dei diritti.

... sul fondamento dell’art. 24, 1° comma, Cost. ...

In perfetta correlazione con questa norma costituzionale sta, d’altra parte, un’altra norma che pure si riferisce all’attività giurisdizionale nel suo complesso e con riguardo al suo scopo globale; una norma opportunamente collocata nel codice civile, nel quale l’attività giurisdizionale viene in rilievo solo sotto un profilo *sintetico*: quello dell’assicurare ai diritti la caratteristica per la quale possono dirsi diritti, ossia precisamente la loro tutelabilità. Dice, infatti, l’art. 2907 c.c. che «*alla tutela giurisdizionale dei diritti* provvede l’autorità giudiziaria ordinaria». Dal che si desume, con assoluta chiarezza, che il risultato, o funzione, che ispira l’attività giurisdizionale, considerata globalmente, è *la tutela dei diritti*. E non – si noti – una particolare categoria di diritti, ma *i diritti* (naturalmente, diritti soggettivi) in genere.

... e dell’art. 2907 c.c. ...

... come tutela giurisdizionale dei diritti ...

Che cosa vuol dire, precisamente, tutela dei diritti? Tutela, nel linguaggio comune, significa protezione, nel senso di reazione ad un pericolo o ad un attacco. E poiché in generale il tipo di tutela o protezione deve determinarsi in relazione al tipo di pericolo o attacco, è chiaro che i caratteri della *tutela dei diritti* si determinano in relazione ai caratteri di ciò che può compromettere o pregiudicare i diritti in quanto è loro proprio. Se allora si tiene presente che ciò che è proprio dei diritti è l’imposizione o il divieto o la permissione di determinati comportamenti, ne risulta che ciò che pregiudica i diritti consiste nel non fare ciò che si doveva fare o nel fare ciò che non si poteva o doveva fare; in altri termini, in quel fenomeno che si chiama *lesione* o *violazione del diritto*. Da tutto ciò emerge chiaramente che la tutela giurisdizionale dei diritti consiste, almeno in linea di massima, in una reazione alla loro violazione; reazione nel senso di impedirle o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile.

... e reazione alla loro lesione o violazione ...

Si vengono così illuminando le due caratteristiche fondamentali dell’attività giurisdizionale: la sua *strumentalità* e la sua *sostitutività*.

L’attività giurisdizionale è *strumentale* rispetto ai diritti che vuol tutelare, poiché costituisce appunto lo strumento per la loro attuazione, nell’ipotesi che tale attuazione non si verifichi spontaneamente. E poiché i diritti da attuare costituiscono la *materia* o *sostanza* dell’attività giurisdizionale, si delinea la contrapposizione tra *diritto* (o sistema di norme) *materiale* o *sostanziale* e *diritto* (o sistema di norme) *strumentale* o *formale*, cioè *processuale*.

... e perciò strumentale rispetto ai diritti da tutelare.

Questi due sistemi di norme sono strettamente coordinati tra lo-

Il diritto sostanziale offre la tutela (primaria) degli interessi, ...

... mentre l'attività giurisdizionale ne offre l'eventuale tutela secondaria ...

... in via sostitutiva nell'ipotesi della lesione ...

... in conseguenza del divieto dell'autodifesa.

Perciò la giurisdizione è attuazione in via normalmente sostitutiva dei diritti sostanziali ...

... o attuazione delle sanzioni (Redenti) ...

... o composizione delle liti (Carnelutti).

ro. Le norme sostanziali disciplinano direttamente – ossia in via *primaria* – determinati comportamenti umani che il legislatore ha considerato idonei a soddisfare determinati interessi ritenuti meritevoli di protezione. In altri termini, dettando le norme sostanziali, il legislatore ha configurato i diritti soggettivi sostanziali, i quali già implicano una prima tutela di determinati interessi, cioè la tutela semplicemente giuridica. Ma se questa tutela primaria non si rivela sufficiente, se cioè la norma sostanziale viene violata ed il diritto soggettivo sostanziale viene leso, ecco che l'ordinamento ricorre allo strumento del processo, ossia ricorre alle norme strumentali o processuali, che, disciplinando l'attività di determinati soggetti (i c.d. soggetti del processo), apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela *secondaria* o tutela, appunto, *giurisdizionale*.

L'altra caratteristica propria dell'attività giurisdizionale, ossia la sua *natura sostitutiva*, va individuata nel fatto che gli organi giurisdizionali si sostituiscono a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali *in via primaria*, per attuare *in via secondaria* quella medesima protezione di interessi che stava alla base della norma sostanziale. In questo modo il diritto processuale realizza indirettamente ed in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi che sta alla base del diritto sostanziale.

Questa «sostituzione» non è imposta dalla logica né dalla natura delle cose, ma piuttosto da quel postulato fondamentale di ogni forma di vita socialmente organizzata, che va sotto il nome di *divieto dell'autodifesa*. In sostanza, l'ordinamento giuridico, nel momento in cui vieta al singolo di farsi giustizia da solo (eccezion fatta soltanto per taluni casi particolarissimi, come la legittima difesa, lo stato di necessità, ecc.), gli offre una protezione sostitutiva, che è precisamente la tutela giurisdizionale.

In conclusione, i rilievi compiuti portano a definire l'attività giurisdizionale, sotto il profilo funzionale, come attività *normalmente di attuazione in via secondaria e sostitutiva dei diritti sostanziali*. E diciamo «normalmente» poiché – come vedremo tra poco (al § 3) – vi sono dei casi in cui l'attività giurisdizionale è prevista più o meno indipendentemente dalla lesione di norme primarie.

Questa definizione funzionale della giurisdizione non diverge gran che da altre definizioni proposte da autorevoli giuristi. Così, ad es., la famosa definizione del Redenti che considera la giurisdizione come «attuazione delle sanzioni» esprime in definitiva i medesimi concetti, solo che si tenga presente che per «sanzione» si intende quello che qualcuno chiama il «precepto secondario» contenuto nelle norme sostanziali.

Così la non meno famosa definizione del Carnelutti che vede nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti». Se si tiene presente che la «lite», nel senso tecnico carneluttiano, non è altro che la posizione di contrasto che due o più soggetti assumono rispetto ad un

diritto, appare evidente che tale posizione di contrasto in tanto sussiste in quanto si postula da uno o più di quei soggetti la lesione di una norma sostanziale ad opera degli altri.

3. *Segue. I casi di attività giurisdizionale senza previa lesione: giurisdizione costitutiva necessaria e accertamento mero.*

La nozione funzionale della giurisdizione va ora integrata con riguardo ai casi – ai quali si è fatto cenno poc' anzi – in cui la legge configura l'attività dell'organo giurisdizionale indipendentemente dal fatto che si sia o meno verificata, in precedenza, una violazione di norme.

In taluni casi l'attività giurisdizionale non presuppone la lesione del diritto sostanziale.

Questo fenomeno si verifica, in primo luogo, in certi casi nei quali l'ordinamento ritiene di dover sottrarre all'autonomia dei singoli la piena disponibilità di determinate situazioni giuridiche, stabilendo che la costituzione, la modificazione o l'estinzione (ossia gli effetti che si chiamano «costitutivi» in senso ampio) di quelle situazioni giuridiche, non può avvenire che attraverso l'intervento dell'organo giurisdizionale. Si tratta di eccezioni alla normale disponibilità negoziale dei diritti. Si può vendere o dare in locazione la cosa propria, o costituire una servitù, o concludere un contratto di lavoro, o fare testamento, o, insomma, compiere ogni genere di negozi o atti giuridici, senza bisogno dell'intervento dell'organo giurisdizionale. Ma questa generale autonomia negoziale ha il suo limite là dove si tratterebbe di influire su certe situazioni che investono interessi non esclusivi del singolo, in quanto in qualche modo toccano la collettività: così non si può disporre negozialmente del rapporto di filiazione, né si può rinunciare alla propria capacità di agire; si potrà solo, *nel concorrere di determinate circostanze espressamente previste dalla legge* (ad es., l'impotenza, l'infermità di mente, ecc.), ottenere il disconoscimento di paternità, l'inabilitazione o l'interdizione, tutte modificazioni, o effetti «costitutivi» (nel senso ampio visto sopra), che l'ordinamento contempla come realizzabili esclusivamente a seguito dell'intervento dell'organo giurisdizionale. Al quale organo l'ordinamento affida il previo compito di riscontrare l'esistenza delle circostanze dalle quali l'ordinamento stesso vuole che dipenda il realizzarsi di quegli effetti. Circostanze che non implicano violazione di alcuna norma, ma che semplicemente sono contemplate da certe norme come condizione *necessaria* per la determinazione di certi effetti, non realizzabili altrimenti che attraverso l'intervento, che perciò si dice necessario, dell'organo giurisdizionale. Questo tipo di attività giurisdizionale, che ha dunque per oggetto i diritti sostanziali alle modificazioni giuridiche non attuabili se non dal giudice, si chiama perciò *giurisdizione costitutiva* (nel senso ampio già visto) *necessaria* o *a necessario esercizio giudiziale*. Quella parte della dottrina che chiama diritti potestativi i

Ciò accade nei casi di tutela costitutiva necessaria.

diritti alla modificazione giuridica, indica questo tipo di giurisdizione come quello che ha per oggetto i *diritti potestativi necessari*.

È bene sottolineare che proprio quest'elemento della necessarietà (riferito all'attività giurisdizionale) sta in relazione con la caratteristica per la quale quest'attività giurisdizionale non presuppone alcuna violazione. Va, infatti, tenuto presente fin da ora che, accanto all'attività giurisdizionale costitutiva necessaria – e nel quadro della più ampia nozione di *attività giurisdizionale costitutiva*, che il nostro ordinamento contempla espressamente all'art. 2908 c.c. – esiste un'*attività giurisdizionale costitutiva non necessaria*, nel senso che gli effetti costitutivi (nel consueto senso ampio), attuabili da essa, avrebbero potuto essere attuati anche indipendentemente dall'intervento dell'organo giurisdizionale. Con la conseguenza che l'attività di quest'ultimo soccorre solo quando è mancata l'attuazione spontanea o primaria, ossia si è verificata la violazione di un preesistente diritto alla modificazione giuridica o diritto potestativo (non necessario). Si pensi al caso dell'obbligo di contrarre, assunto con un contratto preliminare, rimasto ineseguito (qui sta la violazione) ed attuabile con sentenza costitutiva ai termini dell'art. 2932 c.c.; o alla costituzione della servitù coattiva di cui all'art. 1032 c.c. È chiaro che, in questi casi, la non necessarietà dell'attività giurisdizionale ci riconduce alla normalità del fenomeno per il quale l'attività giurisdizionale ha *funzione sostitutiva e secondaria*, in quanto presuppone una violazione, ossia ci riconduce al fenomeno per cui appunto nella violazione di un preesistente precetto normativo sta l'*esigenza* o *bisogno* della tutela giurisdizionale. Mentre, quando l'attività giurisdizionale costitutiva è necessaria, tale esigenza o bisogno è, come si suol dire, *in re ipsa*, ossia nel fatto stesso che si sono verificate quelle circostanze che introducono la possibilità della modificazione giuridica attraverso l'insostituibile intervento dell'organo giurisdizionale.

Si ritiene che ciò accada anche quando vi sia solo la contestazione del diritto (*accertamento mero*).

L'altro tipo di attività giurisdizionale, che spesso viene accostata a quella costitutiva necessaria come attività che prescinde dalla violazione, è quello di «*accertamento mero*». Qui, in realtà, l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è determinata da un fenomeno che può essere assimilato alla violazione, e cioè la *contestazione* del diritto, nel doppio senso di contestazione di un altrui diritto che il titolare considera esistente o di *vanto* di un proprio diritto nei confronti di un soggetto che lo ritiene inesistente. Si pensi al soggetto che, pur senza ledere l'altrui diritto di proprietà, lo contesta nel senso che si vanta proprietario esso stesso del medesimo bene; o al soggetto che, ancor prima della scadenza del suo debito, nega di essere debitore o, infine, al soggetto che si vanta creditore. Quando si verifica questo fenomeno, si determina una situazione di incertezza obbiettiva circa l'esistenza di un diritto. Ed è logico che un ordinamento giuridico evoluto offra lo strumento per eliminare questa situazione, ossia lo strumento

per sostituire l'incertezza obbiettiva con la certezza obbiettiva. Questo strumento è l'attività giurisdizionale detta di *accertamento mero*, nella quale espressione l'attributo «mero» sta in relazione col fatto che la funzione dell'accertamento soltanto qui si presenta per così dire allo stato *puro*, ossia senza la sovrapposizione di altre funzioni.

Chi, a questo punto, volesse riassumere in una formula unitaria la nozione della giurisdizione dal punto di vista della sua funzione, dovrebbe riferirsi soltanto all'*attuazione del diritto sostanziale*, avendo cura di precisare che *tale attuazione avviene per lo più in via secondaria e sostitutiva (= sanzionatoria), ma talvolta in via primaria* (e cioè, senza la preventiva violazione del diritto sostanziale).

La nozione funzionale della giurisdizione.

4. *L'attività giurisdizionale dal punto di vista della struttura. A) La cognizione e i suoi caratteri strutturali: l'attitudine al giudicato sostanziale; l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza tra le parti.*

Riferendoci, come abbiamo fatto finora, alla funzione dell'attività giurisdizionale, abbiamo messo in risalto *a che cosa essa serve*; passando a riferirci alla struttura, cerchiamo di illuminarne, invece, le caratteristiche intrinseche; di stabilire, cioè, *che cosa essa è*.

Al riguardo, dobbiamo incominciare col constatare che il codice di procedura civile disciplina diversi tipi di attività, con caratteristiche strutturali diverse, a ciascuna delle quali – per quella interdipendenza tra funzione e struttura che abbiamo già posto in rilievo al § 1 – corrisponde una funzione particolare, inserita nell'ampia funzione giurisdizionale civile.

Sotto il profilo della struttura, esistono diversi tipi di giurisdizione.

Il primo, e di gran lunga più importante, di questi tipi di attività, è quello detto di *cognizione*. La disciplina di quest'attività è prevalentemente contenuta nel libro secondo del codice (intitolato, appunto: «del processo di cognizione»). Ad essa si riferisce anche la disciplina del libro primo (intitolato alle «disposizioni generali», e perciò contenente norme tendenzialmente applicabili ad ogni tipo di attività disciplinata dal codice, ma in realtà dettate con particolare riferimento alla cognizione). Alcuni aspetti particolari dell'attività di cognizione sono inoltre disciplinati nel libro quarto (intitolato ai «procedimenti speciali») ed anche nel libro terzo (che contiene la disciplina di quel diverso tipo di attività che si realizza nel «processo di esecuzione forzata»), oltre che in numerose leggi speciali.

Il primo è la *cognizione*, ...

Quali sono le caratteristiche strutturali proprie della cognizione? La logica del sistema vuole che queste caratteristiche siano esattamente quelle che consentono all'attività di cui trattasi di meglio conseguire la sua propria funzione o scopo. Si tratta allora di individuare, in primo luogo, la funzione specificamente propria della cognizione.

... la cui struttura va individuata come quella più idonea a conseguire l'accertamento.

Ricordiamo che i diritti (soggettivi) null'altro sono che quelle po-

sizioni giuridiche dei soggetti che emergono dalle norme sostanziali, le quali, nel compiere la valutazione di determinati comportamenti umani dettano delle regole astratte, ossia *enunciano delle volontà astratte di legge*; ricordiamo, infine, che tali regole astratte divengono concrete nel momento in cui si verifica, nel singolo caso concreto, uno di quei comportamenti presi in considerazione e valutati in astratto dalle norme stesse (c.d. fattispecie concrete); nel momento, insomma, in cui si verifica uno di quei fatti che, in quanto presi in considerazione come idonei a concretare o costituire i diritti, sono chiamati *«fatti costitutivi dei diritti»*. Da tutto ciò è logico dedurre che attuazione dei diritti null'altro significa che attuazione di regole concrete di diritto sostanziale o *volontà concrete di legge*.

Orbene: per attuare una regola concreta di legge, occorre innanzi tutto *formulare* quella regola, ossia enunciarla, appunto, nella sua concretezza. Vale a dire, dopo aver interpretato la volontà legislativa espressa in astratto, *riscontrare ed enunciare che, essendosi verificati quei «fatti costitutivi» ipotizzati come fattispecie astratta nella norma stessa, da quella norma è scaturita una regola concreta* che, per essere attuata, deve prima di tutto essere enunciata. È pertanto chiaro che, proprio *enunciando la regola concreta, si afferma o si nega l'esistenza di un diritto*. D'altra parte, è pure evidente che quest'enunciazione o pronuncia circa l'esistenza di un diritto, in tanto può assolvere alla sua funzione in quanto su di essa sussista un determinato grado di certezza.

A questo punto, la funzione propria dell'attività di cognizione (ossia del «conoscere» una regola concreta o l'esistenza di un diritto) emerge come una funzione di *accertamento*. Più precisamente, la funzione di determinare la certezza sull'esistenza o non esistenza di un diritto. Ma quale certezza? Poiché l'assoluto non è di questo mondo, occorrerà accontentarsi di una certezza relativa, dotata cioè di certe caratteristiche, vale a dire quelle che la rendono idonea ad assolvere alla sua funzione di consentire l'attuazione del diritto. Questo significa che dovrà trattarsi della certezza *obbiettiva*, ossia *fatta propria dall'ordinamento e tale da permettere che la regola possa essere imposta all'osservanza di tutti*.

Naturalmente la certezza non nasce già obbiettiva, perché non può formarsi altrimenti che come convincimento di uno o più soggetti. Ed appunto perciò assume particolare importanza il meccanismo – ossia la struttura – di quell'attività per mezzo della quale la certezza di uno o più soggetti diviene certezza obbiettiva.

Anzitutto: chi è il soggetto il cui convincimento può divenire certezza obbiettiva dell'ordinamento? Ovviamente l'organo che è al centro dell'attività giurisdizionale di cognizione, ossia il giudice.

Già sul piano logico, il convincimento è il risultato di un giudizio, e perciò è chiaro che il giudice dovrà per l'appunto (come è detto anche dal suo nome) rendere *un giudizio*: giudizio sull'esistenza di un

diritto, attraverso l'interpretazione della norma astratta e il riscontro circa l'accadimento dei fatti costitutivi del diritto.

Sul piano soggettivo, la trasformazione del convincimento in certezza si verifica con la cessazione di ogni effettiva contestazione interna. Un soggetto, nel suo interno, si considera certo, solo quando cessa di avere dei dubbi e non si pone più il problema. Allo stesso modo, l'ordinamento potrà dirsi certo, quando sarà cessata, nel suo ambito, ogni effettiva possibilità di contestazione, ossia quando sulla pronuncia del giudice si sarà verificata una situazione di incontestabilità, quando cioè su di essa non si potrà più controvertere con possibili effetti pratici.

In ipotesi, questo risultato potrebbe essere conseguito, da un ipotetico ordinamento, anche con una sola norma, che, ad es., stabilisse che la pronuncia del giudice è, appunto, incontrovertibile nel senso che non può costituire oggetto di un riesame utile sul piano pratico; che cioè, appena compiuta, essa esprime la certezza definitiva e immutabile dell'ordinamento. Come, d'altra parte, un altro ipotetico ordinamento potrebbe, invece, non accontentarsi di un solo giudizio, ma contemplare una possibilità di suo riesame attraverso un altro giudizio, ad opera di un altro giudice, attribuendo poi l'incontrovertibilità a questa seconda pronuncia. In realtà, se si ha riguardo alla fallibilità di ogni giudizio umano, neppure una lunga serie di giudizi di riesame potrebbe assicurare il giudizio perfetto, tale cioè da esprimere una certezza assoluta. Perciò, il numero delle possibilità di riesame (c.d. gradi di giurisdizione, attraverso l'esercizio di quel potere che vedremo chiamarsi «di impugnazione») deve essere convenzionalmente limitato. Nel nostro ordinamento, come in quasi tutti gli ordinamenti, i gradi di giurisdizione sono due (giudizio di primo grado e giudizio di appello o di secondo grado), oltre ad un ulteriore riesame di solo diritto (giudizio di cassazione). Potrebbero essere di più o di meno. Ma ciò che importa è che essi siano in numero limitato e che al loro esaurimento l'ordinamento faccia conseguire l'incontrovertibilità.

Occorre, a questo punto, precisare che quest'incontrovertibilità è tradizionalmente designata come «*cosa giudicata*», la quale può pertanto essere definita come *la situazione in forza della quale nessun giudice può pronunciarsi su quel diritto sul quale è già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la serie dei possibili riesami*. Ed è appena il caso di precisare che quest'esaurimento si verifica sia nel caso in cui i diversi gradi di giurisdizione si siano effettivamente svolti, e sia nel caso in cui si sia rinunciato ad essi. Appare allora evidente come i caratteri strutturali che esprimono il *proprium* della cognizione debbano ravvisarsi precisamente nell'attitudine a dar luogo alla cosa giudicata. In altri termini, *la caratteristica strutturale dell'attività giurisdizionale di cognizione consiste in ciò, che essa è strutturata in modo tale da concludersi in una pronuncia assoggettata (almeno potenzialmente)*

La struttura più idonea al conseguimento della funzione della cognizione è quella che realizza la suddetta incontrovertibilità ...

... che si ottiene con l'assoggettamento delle pronunce a un numero limitato di mezzi di impugnazione, elencati nell'art. 324 c.p.c. ...

ad una serie limitata di mezzi di impugnazione, il cui esaurimento (o la rinuncia ad esercitarli) dà luogo all'incontrovertibilità propria della cosa giudicata.

... e il cui esaurimento dà luogo alla incontrovertibilità, detta «cosa giudicata formale», ...

Nel nostro codice di procedura civile, questa caratteristica fondamentale è espressa dall'art. 324, che per l'appunto contiene la regola del passaggio in giudicato della pronuncia. Questa norma è rubricata «cosa giudicata formale», ove l'attributo «formale» si contrappone a «sostanziale» ed equivale a «processuale». Si tratta di un fenomeno processuale, poiché è appunto una regola di diritto strumentale o processuale quella che stabilisce quando – ossia, dopo l'esaurimento dei possibili gradi di giurisdizione – nessun giudice può ulteriormente giudicare.

... che si coordina con la «cosa giudicata sostanziale» che ne costituisce il risultato.

Naturalmente questa disciplina dello strumento per mezzo del quale la giurisdizione di cognizione consegue il suo risultato o funzione (*accertamento incontrovertibile del diritto sostanziale*) sta in relazione con il risultato o funzione sostanziale della cognizione. Questo fenomeno è chiamato, appunto, «cosa giudicata sostanziale» e la sua disciplina, contenuta nel codice civile, è sintetizzata nell'art. 2909, il quale enuncia che l'accertamento passato in giudicato (formale o processuale) «fa stato a ogni effetto» tra le *parti* (coloro che hanno partecipato come parti al processo), i loro eredi e i loro aventi causa. Ed è chiaro che «fare stato a ogni effetto» qui significa rendere il diritto oggetto dell'accertamento definitivamente conforme a quello che è stato il risultato dell'accertamento *incontrovertibile*, salve, naturalmente, le conseguenze di eventuali fatti successivi (c.d. *jus superveniens*). Con che il cerchio si chiude: dal diritto sostanziale nasce l'esigenza di tutela giurisdizionale mediante cognizione (perché, ad es., viene contestato un debito); il diritto processuale (processo di cognizione) viene incontro a quell'esigenza, pervenendo all'accertamento incontrovertibile (cosa giudicata formale o processuale), ossia alla definitiva formulazione della regola concreta (ad es.: quel debito esiste in quella determinata misura), che già appartiene al diritto sostanziale. Dalla funzione-esigenza, attraverso la struttura, si torna alla *funzione-risultato*.

Ma, tornando alla struttura tipica della cognizione, possiamo concludere che *la sua caratteristica fondamentale è quella di pervenire ad un accertamento idoneo ad assumere l'incontrovertibilità propria della cosa giudicata formale.*

In correlazione con questa caratteristica strutturale sta poi il rilievo della posizione di *imparzialità* e *terzietà* del giudice, che è ora enunciata nel 2° comma dell'art. 111 Cost. *Imparzialità* nel senso di assoluta equidistanza dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano nel processo e che sono detti «parti». *Terzietà* nel senso che il giudice non può e non deve fare altro che formulare concretamente la volontà della legge, alla quale soltanto è soggetto: così enuncia la nostra Carta costituzionale nell'art. 101, 2° comma. Ed in

correlazione a ciò, d'altro canto, le parti debbono poter contare sulla precostituzione del giudice e su una reciproca parità di trattamento, con la concreta possibilità di svolgere un ruolo attivo per influire sull'esito del giudizio; ciò in ossequio a taluni altri principî costituzionali, sui quali ci intratterremo ampiamente in seguito (v. oltre, § 22 e §§ 77 e 78).

5. *Segue. B) L'esecuzione forzata. C) L'attività cautelare. D) La giurisdizione volontaria.*

Il secondo – in ordine di importanza, come anche in ordine di disciplina – tipo di attività giurisdizionale civile, disciplinato dal codice di procedura civile, è quello detto di *esecuzione forzata*. Alla disciplina di questo tipo di attività è dedicato il libro terzo del codice; nel quale, peraltro, è contenuta anche la disciplina di qualche procedimento di cognizione (le c.d. opposizioni nel processo esecutivo). Inoltre, e come abbiamo già visto, anche le disposizioni generali contenute nel libro primo sono, almeno tendenzialmente, applicabili anche a questo tipo di attività. Infine, numerose leggi speciali disciplinano procedimenti essenzialmente o prevalentemente esecutivi: tra queste, il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al D.Lgs. 14/2019.

Naturalmente, anche rispetto a questo tipo di attività vale il rilievo che, nella logica del sistema, i caratteri strutturali debbono essere i più idonei al conseguimento della funzione specificamente propria di quest'attività nell'ambito della funzione globale della giurisdizione civile. Più precisamente, mentre la cognizione vuol conseguire, come abbiamo visto, l'accertamento incontrovertibile dell'esistenza del diritto, *l'esecuzione forzata vuol conseguire l'attuazione pratica, materiale, del diritto accertato, in via coattiva o forzata*, ossia attraverso l'impiego della forza da parte dell'ordinamento.

In questo caso non si tratta di giudicare, ma di portare ad esecuzione quanto accertato, sempre che non vi sia l'adempimento spontaneo da parte di colui che è tenuto a farlo. E poiché l'esecuzione ha per oggetto i diritti, la multiformità di questi esige che l'attività di cui trattasi assuma caratteri strutturali diversi che possono essere accomunati solo su un dato molto generale: quello del *possibile impiego della forza* per superare eventuali resistenze del soggetto che subisce l'esecuzione. Va, d'altra parte, tenuto presente che anche l'attività dell'organo esecutivo è *imparziale*; e dunque, anche l'organo esecutivo è chiamato ad attuare obbiettivamente il diritto senza essere mosso da alcun altro interesse.

Un terzo tipo di attività giurisdizionale è disciplinata dal codice con disposizioni sparse qua e là nei diversi libri, ma prevalentemente nel quarto libro, dedicato genericamente (e con scarso ordine sistema-

Il secondo tipo di giurisdizione è l'esecuzione forzata ...

... la cui funzione è l'attuazione materiale della volontà concreta di legge.

Il terzo tipo di attività giurisdizionale è l'attività cautelare ...

tico) ai «procedimenti speciali»: come anche (ed a parte la generica applicabilità delle «disposizioni generali» di cui al primo libro del codice di procedura civile) in altri codici ed in numerose leggi speciali: è la cosiddetta attività *cautelare*.

Di questo tipo di attività va detto subito che, pur essendo anch'essa qualificata da una funzione sua propria nell'ambito della giurisdizione civile, essa non è autonoma, ma strumentale rispetto a quella della cognizione o dell'esecuzione o di entrambe.

... la cui funzione è quella di ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per la tutela giurisdizionale dei diritti, possono comprometterne il risultato.

La funzione propria di questo tipo di attività consiste nell'*ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale cognitiva o esecutiva, possono comprometterne il risultato* o, come si suol dire, la fruttuosità del risultato. Si pensi al pericolo che Caio, mentre Tizio rivendica o sta per rivendicare nei suoi confronti la proprietà di un determinato bene, lo alieni ad un terzo o semplicemente lo lasci andare in rovina o lo danneggi; o al pericolo che Caio, mentre Tizio chiede l'accertamento di un credito nei suoi confronti, alieni l'intero suo patrimonio, così sottraendolo alla funzione di garanzia che compete a tutti i beni del debitore per l'adempimento dei suoi debiti, ai termini degli artt. 2740 e 2741 c.c. È facile intendere come queste eventualità possano compromettere il risultato della tutela giurisdizionale, la quale resterebbe una tutela puramente nominale e illusoria se Tizio non potesse più entrare in possesso del bene, sul quale nel frattempo il giudice ha riconosciuto il suo diritto di proprietà, o non potesse, per la sopravvenuta nullatenenza del debitore, soddisfare il credito che il giudice gli ha riconosciuto. L'attività di tutela giurisdizionale cautelare tende appunto ad ovviare a questi pericoli per mezzo di determinate misure (sequestri, provvedimenti d'urgenza, ecc.) che possono ovviare ai diversi pericoli che potrebbero minacciare in concreto la *fruttuosità* – o l'*effettività* – della tutela giurisdizionale, sia essa di cognizione o di esecuzione: il che rende evidente la strumentalità funzionale – rispetto a questi due tipi di tutela giurisdizionale – della tutela cautelare.

D'altra parte, è pure evidente la mancanza di autonomi caratteri strutturali in questo tipo di attività: da un lato, si tratterà di riscontrare l'esistenza dell'esigenza di tutela e dei pericoli che la minacciano; mentre, dall'altro lato, si tratterà di attuare sul piano materiale o concreto le misure di cautela. Nel primo caso, attraverso un'attività assimilabile a quella della cognizione; e nell'altro, attraverso un'attività analoga a quella dell'esecuzione.

Un quarto tipo di attività giurisdizionale è la *giurisdizione volontaria*; ...

Un quarto tipo di attività – la *giurisdizione volontaria* – è, infine, disciplinato, nelle sue grandi linee, in alcune norme che sono contenute nel codice di procedura civile con funzione paradigmatica (e precisamente ancora in quel quarto libro che, come abbiamo già visto, è dedicato genericamente ai procedimenti speciali, di tipo assai diverso), sotto il titolo «*disposizioni comuni ai procedimenti in camera*

di consiglio» (artt. 737-742 bis), nonché nelle norme dedicate direttamente alla disciplina specifica di alcuni singoli procedimenti, e che sono contenute non soltanto nel libro quarto, ma anche negli altri libri del codice di procedura civile ed anche nel codice civile e in numerose leggi speciali.

Questo tipo di attività – la cui tradizionale denominazione esprime la normale assenza di contestazione su diritti (*jurisdictio inter volentes*) e che è stata autorevolmente definita come «amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari» (Calamandrei) – ha, in realtà, una funzione ben diversa da quella della tutela giurisdizionale, ed in certo senso prossima a quella dell'attività amministrativa. Essa, infatti, *non tende ad attuare diritti, ma semplicemente a realizzare o ad integrare la fattispecie costitutiva di uno stato personale o familiare* (si pensi all'adozione di persone maggiori di età che, ai termini dell'art. 313 c.c., si attua con sentenza del tribunale in camera di consiglio; o all'intervento del giudice in caso di contrasto fra i genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale di cui all'art. 316 c.c.) o *di un determinato potere* (si pensi all'autorizzazione da parte del giudice tutelare che, ai termini dell'art. 320, 3° comma, c.c., consente l'alienazione di beni appartenenti al minore) o *di una persona giuridica* (si pensi alle verifiche che possono condizionare l'iscrizione nel registro delle imprese delle modifiche allo statuto della società per azioni: art. 2436, 4° comma, c.c.) o *di altre situazioni simili*. D'altra parte, a differenza dell'attività amministrativa, la giurisdizione volontaria non tutela interessi immediati dello Stato (o di altre Amministrazioni pubbliche), ma *interessi dei privati*, ritenuti dal legislatore di rilevanza generale.

... ha la funzione di tutelare e gestire interessi privati di rilevanza generale.

A queste caratteristiche funzionali – che evidenziano la tutela di interessi privati nell'ambito del generale interesse dello Stato alla migliore attuazione dell'ordinamento obbiettivo – corrispondono due *caratteristiche strutturali* tra loro in certo senso contrastanti, nel senso che l'una accomuna la giurisdizione volontaria all'attività giurisdizionale civile, mentre l'altra la distingue nettamente da essa.

La prima consiste nel dato di natura soggettiva che anche *la giurisdizione volontaria è attività svolta dal giudice civile* in una posizione che è quella dell'*imparzialità* propria dell'attività giurisdizionale. La seconda caratteristica consiste, invece, nel fatto che la giurisdizione volontaria, proprio perché non avente a oggetto tutela di diritti soggettivi, si svolge con forme procedurali che presentano l'elemento tipico del concludersi con provvedimenti caratterizzati dalla revocabilità e modificabilità (art. 742 c.p.c.; v. vol. III, § 106), con la conseguente *inidoneità alla cosa giudicata*.

6. Rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale.

Individuati i diversi tipi di attività giurisdizionale, si tratta ora di vedere in che rapporto stiano tra loro, ossia come la funzione propria di ciascuno di essi si inserisca nella funzione generale dell'attività giurisdizionale civile.

Abbiamo già visto quali sono, nell'ambito di questa funzione generale, i rapporti tra la cognizione e l'esecuzione forzata: l'una accerta il diritto, formulandolo in una regola concreta idonea a divenire incontrovertibile, l'altra attua materialmente questa regola così formulata e accertata; l'una viene incontro all'esigenza di certezza, l'altra all'esigenza di attuazione pratica. Queste due esigenze costituiscono il duplice aspetto dell'unica esigenza di tutela giurisdizionale: perché l'ordinamento possa attuare il diritto di Tizio alla consegna di una certa cosa da parte di Caio, il quale nega di dovere quella consegna, occorre che prima esso ordinamento acquisisca la certezza obbiettiva circa l'esistenza di quel diritto, e che poi lo attui. Questo significa che, almeno tendenzialmente, cognizione ed esecuzione si pongono sulla medesima linea, l'una di seguito all'altra, nel conseguimento della funzione della tutela del diritto. Ed è bene dire subito che, quando ciò accade, *quando cioè la cognizione si svolge in funzione della successiva esecuzione* (anche se poi questa dovesse non essere effettuata perché, ad es., il debitore ha adempiuto spontaneamente); quando, dunque, la cognizione ha funzione preparatoria rispetto all'esecuzione, *il provvedimento che la conclude prende il nome di condanna*, nome che si riflette su questo tipo di attività di cognizione e sulla stessa domanda introduttiva di essa, come vedremo ampiamente più avanti (v. oltre, § 15).

In questa linea unitaria trova posto anche l'attività cautelare – naturalmente, soltanto eventuale – in quanto tende ad assicurare la fruttuosità dell'una o dell'altra attività, o di entrambe.

Tuttavia, non sempre l'esigenza di tutela giurisdizionale richiede lo svolgimento di entrambe le attività, di cognizione e di esecuzione (quella cautelare costituisce sempre una semplice eventualità). Non ci riferiamo – così dicendo – ai casi, accennati poc'anzi, nei quali, dopo la condanna, l'esecuzione può risultare superflua; ciò, infatti, non impedisce che la cognizione si sia svolta in funzione dell'esecuzione. Ci riferiamo, invece, ai casi in cui l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è, *già per se stessa*, di sola cognizione o di sola esecuzione.

La prima di queste due eventualità – *esigenza di tutela o di attività giurisdizionale di sola cognizione* – si verifica in tutti i casi in cui l'esigenza stessa non tocca il mondo materiale; il che accade o perché non si è verificata alcuna violazione o perché si tratta di una violazione le cui conseguenze possono essere eliminate senza operare sul

Il più delle volte, la cognizione si svolge in funzione dell'esecuzione, ...

... nel qual caso il provvedimento che la conclude si chiama *condanna*.

Ma talvolta l'esigenza di tutela è di sola cognizione ...

mondo materiale. La prima ipotesi si verifica nei casi presi in esame al § 3 (*cognizione costitutiva necessaria*, che realizza la tutela con la modificazione giuridica, la quale è attuabile soltanto e direttamente dal giudice; e *cognizione di accertamento mero*, che realizza la tutela con la sola determinazione della certezza obbiettiva, in quanto l'esigenza di tutela era determinata dalla sola contestazione o vanto). La seconda ipotesi si verifica nei casi di *cognizione costitutiva non necessaria*, pure presi in esame al § 3, e nei quali, come si vide, la violazione consiste nella mancata attuazione di una modificazione giuridica (come, ad es., la mancata conclusione di un contratto definitivo dopo la stipula di un preliminare), che, appunto perché tale, può essere attuata senz'altro dal giudice della cognizione, senza necessità di operare nel mondo materiale.

La seconda delle suddette due eventualità – *esigenza di tutela di sola esecuzione forzata* – si verifica nei casi in cui l'ordinamento, per ragioni di opportunità, ritiene di poter consentire l'esecuzione forzata prescindendo da quel massimo grado di certezza obbiettiva che è costituito dall'incontrovertibilità propria del giudicato, accontentandosi di un minor grado di *certezza*, che considera *sufficiente* ai fini dell'esecuzione forzata. Sono i casi in cui l'esecuzione che, come si vedrà, presuppone sempre un «*titolo esecutivo*» (inteso come il documento che attesta l'esistenza del diritto in modo sufficientemente certo per poter essere eseguito e che, nelle situazioni finora viste, è di origine giudiziale, e precisamente una condanna; v. oltre, § 16), si fonda *su titoli esecutivi c.d. stragiudiziali*, ossia di formazione non giudiziale, come sono, ad es., le cambiali, gli assegni, gli atti pubblici, le scritture private autenticate: art. 474, 2° comma, n. 2 e n. 3 (v. vol. III, § 52).

Naturalmente, questa possibilità di far luogo all'esecuzione forzata senza la previa determinazione dell'incontrovertibilità propria del giudicato lascia aperta la possibilità di un giudizio di cognizione inteso ad accertare l'inesistenza del diritto, giudizio che può svolgersi ad iniziativa di chi subisce l'esecuzione forzata. E questo anche laddove si tratti di far valere eventuali fatti sopravvenuti allo stesso giudicato (si pensi, ad es., al caso dell'avvenuto pagamento dopo la formazione del giudicato). In questi casi, il giudizio di cognizione prende il nome di «opposizione all'esecuzione» (v. vol. III, § 81) e costituisce (così come le altre opposizioni proponibili nell'ambito del processo esecutivo) una parentesi di cognizione nel corso del processo di esecuzione, ossia un processo di cognizione che può anche, eventualmente, svolgersi contemporaneamente al processo di esecuzione (v. vol. III, cap. 9°).

Questo fenomeno del possibile contemporaneo svolgimento della cognizione e dell'esecuzione può verificarsi anche in un'altra ipotesi, riconducibile anch'essa al già compiuto rilievo che l'ordinamento concede talora l'accesso all'esecuzione forzata accontentandosi di *un grado*

... come nell'accertamento mero e nell'attività costitutiva necessaria e anche non necessaria.

Altre volte l'esigenza di tutela è di sola esecuzione forzata; ...

... ciò accade nei casi in cui la certezza sull'esistenza del diritto per l'esecuzione si fonda sui titoli esecutivi stragiudiziali.

di certezza che reputa sufficiente, pur non essendo ancora incontrovertibile. Sono i casi in cui il giudizio di cognizione ha già condotto ad una condanna, sulla quale però non è ancora sceso il giudicato, perché è in corso, o può ancora essere proposto, il secondo grado di giudizio (appello) o il giudizio di cassazione.

Il codice attribuisce alle sentenze di condanna di primo grado un livello di certezza sufficiente per fondare l'esecuzione forzata.

L'art. 282 c.p.c. enuncia che «*la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti*» (v. vol. II, § 62); il che significa attribuzione generalizzata dell'efficacia esecutiva provvisoria a tutte le sentenze di condanna di primo grado. Per parte sua, l'art. 283 prevede la possibilità della sospensione dell'esecutività della sentenza (o della sua esecuzione) da parte del giudice dell'appello: «*Il giudice d'appello, su istanza di parte, ... sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione, se l'impugnazione appare manifestamente fondata o se dall'esecuzione della sentenza può derivare un pregiudizio grave e irreparabile, pur quando la condanna ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti*». Ed una previsione sostanzialmente identica troviamo nell'art. 373 con riferimento all'eventuale giudizio di cassazione.

È appena il caso di aggiungere che chi intraprende l'esecuzione (come anche chi esegue un provvedimento cautelare) senza che ancora sussista il massimo grado di certezza dato dal giudicato o comunque senza che questa certezza corrisponda alla realtà, lo fa a suo rischio, nel senso che un'eventuale pronuncia definitiva in senso contrario all'esistenza del diritto fonda l'obbligo di rimessione in pristino e/o di risarcire all'altra parte i danni e di rifondere le spese (v. oltre, § 53).

Per completare il quadro dei rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale, rimane da prendere atto della completa estraneità a questo quadro dell'attività di volontaria giurisdizione. Essa è, infatti, estranea alla funzione dell'attuazione dei diritti poiché, come si è visto, non attua diritti ma semplici situazioni di aspettativa o di interesse; mentre, d'altra parte, anche le sue caratteristiche strutturali sono diverse da quelle degli altri tipi di attività giurisdizionale.

7. *L'ambito della giurisdizione e i suoi rapporti con le altre fondamentali attività dello Stato.*

L'attività che abbiamo finora esaminato nei suoi diversi tipi è l'attività giurisdizionale o, più semplicemente, la giurisdizione; quella giurisdizione che, accanto alla legislazione e all'amministrazione, è, come è noto, una delle tre fondamentali attività dello Stato. Anche se occorre tener presente che vi sono altri tipi di attività giurisdiziona-

le, che, rispondendo a funzioni diverse da quelle proprie della giurisdizione civile, sono disciplinati fuori del codice di procedura civile: come, ad es., la giurisdizione penale (che ha caratteristiche funzionali analoghe a quella della giurisdizione civile e strutturali pure ad essa comuni, nei suoi due momenti della cognizione di condanna e dell'esecuzione) e la giurisdizione amministrativa, che ha anch'essa analoghi caratteri funzionali ed anche strutturali (attitudine al giudicato).

La contrapposizione della giurisdizione alle due altre fondamentali attività statali (legislazione e amministrazione) non è scevra da elementi di convenzionalità. Se ci si vuol riferire all'intera linea dell'attività giurisdizionale, che comprende cognizione, esecuzione e cautela, si deve aver riguardo essenzialmente agli aspetti funzionali, limitando quelli strutturali a quei pochi elementi che sono comuni alla cognizione e all'esecuzione, e cioè, soprattutto, alla posizione di imparzialità dell'organo, nel senso proprio e specifico dell'organo che attua il diritto, senza esser mosso da altro interesse che quello dell'assolvimento di questa funzione obbiettiva (c.d. «terzietà»), nonché, e correlativamente, al riconoscimento alle parti di un ruolo attivo che possa in qualche modo influire sull'esito del processo.

Ciò premesso, si può dire che l'attività giurisdizionale si distingue dall'attività legislativa per il fatto che quest'ultima detta regole generali ed astratte quali sono le norme giuridiche, mentre la giurisdizione opera sempre con riferimento concreto ai casi singoli, o formulando una regola concreta o dandole esecuzione. Si distingue poi dall'attività amministrativa per il fatto che quest'ultima, che pure opera con riferimento concreto ai casi singoli, è svolta dallo Stato (o, più in generale, da altri enti pubblici) e per esso dai suoi organi, in posizione che non è imparziale – come quella dell'organo giurisdizionale – perché, dal punto di vista funzionale, è orientata ad attuare gli interessi dello Stato stesso (o dei suddetti altri enti), ossia il buon funzionamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Quanto alla giurisdizione volontaria, se, da un lato, va considerata a parte, in quanto compie modificazioni giuridiche senza attuare diritti e partecipa dei caratteri strutturali propri degli atti amministrativi (revocabilità e modificabilità), dall'altro lato, in quanto è svolta da organi giurisdizionali e partecipa di talune caratteristiche fondamentali proprie dell'attività di questi organi (imparzialità del giudice ed attribuzione di un ruolo attivo alle parti), può essere inclusa in una nozione ampia di giurisdizione. Il che ha rilievo non per l'attribuzione di questa vaga etichetta, ma perché con essa si può convenzionalmente esprimere l'operare, sia pure limitato, di taluni di quei principî fondamentali propri della giurisdizione, ai quali si è or ora accennato e sui quali ci intratterremo più avanti (v. oltre, § 22 e §§ 77 e 78).

Solo sotto il profilo funzionale la giurisdizione può essere affiancata e contrapposta alle altre due attività fondamentali dello Stato (legislazione e amministrazione).

A parte va considerata la c.d. giurisdizione volontaria.

Bibliografia di orientamento

F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985; C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002; A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna, 2011; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi in onore di V. Coesanti*, II, Napoli, 2009; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015; F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016; A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018; G. BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, fra regole e discrezionalità*, in *Giusto proc. civ.*, 2018; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019; N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019; C. CAVALLINI, *Riflessioni sulla giustizia civile*, Milano, 2019; A. PROTO PISANI, *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020; A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020; M.F. GHIRGA, *La giustizia «piovuta» dal cielo*, Torino, 2021; A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022; P.C. RUGGERI, *Privacy e processo civile*, Roma, 2022; A. CARRATTA, *La decisione giusta e i suoi presupposti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023.

Corso di diritto processuale civile

II

CAPITOLO II

IL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE. LA FASE INTRODUTTIVA

SOMMARIO: 2. La fase introduttiva in generale. – 3. L'atto di citazione e i suoi requisiti. – 4. I termini minimi per comparire a favore del convenuto. – 5. La notificazione dell'atto di citazione e i c.d. effetti della domanda. – 6. La nullità della citazione. – 7. La costituzione dell'attore. – 8. La costituzione del convenuto e la comparsa di risposta. – 9. Iscrizione della causa a ruolo, formazione del fascicolo d'ufficio, notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento. – 10. Designazione e immutabilità del giudice al quale è affidata la trattazione della causa. Differimento d'ufficio della prima udienza. – 11. Ritardata o mancata costituzione di entrambe le parti o di una di esse. – 12. Le verifiche preliminari del giudice. – 13. Le memorie integrative delle parti e le preclusioni allegative e probatorie.

2. *La fase introduttiva in generale.*

Il titolo primo, rubricato, come abbiamo visto, «*del procedimento davanti al tribunale*», è composto di sette capi, dei quali i primi tre sono dedicati allo svolgimento normale del procedimento, il quarto concerne alcuni atti che costituiscono, in certo senso, un'appendice a quello svolgimento normale, mentre il quinto, il sesto e il settimo disciplinano quelle che abbiamo chiamato le eventuali vicende anormali del procedimento.

I tre capi che disciplinano lo svolgimento normale del procedimento, al quale incominciamo a rivolgere la nostra attenzione, sono a loro volta dedicati a ciascuna delle tre fasi nelle quali si articola il procedimento di cognizione: la *fase di introduzione*, la *fase di istruzione* in senso ampio (articolata nelle due sottofasi di *trattazione* e di eventuale *istruzione in senso stretto*) e la *fase di decisione*. Ed è appena il caso di precisare che si tratta di una ripartizione convenzionale che non attribuisce alle suddette tre fasi una vera e propria autonomia, ma semplicemente raggruppa in ciascuna di esse una serie di atti con riguardo alla loro particolare funzione, alla quale corrisponde la prevalenza di certe caratteristiche strutturali.

La prima fase, disciplinata nel capo primo, intitolato «*dell'introduzione della causa*», consiste in una serie di atti qualificati, nel loro

Il processo di cognizione viene ripartito in tre fasi:
1. *introduzione*;
2. *istruzione in senso ampio*;
3. *decisione*.

Nella fase introduttiva predomina l'iniziativa di parte.

complesso, dalla funzione di introdurre la causa, ossia di instaurare il processo. E poiché il processo non è che una serie di situazioni e di atti giuridici in evoluzione facenti capo ai cosiddetti soggetti del processo (v. vol. I, cap. 2°), la fase introduttiva ha, in sostanza, la funzione di realizzare il primo contatto giuridico tra i soggetti del processo attraverso la proposizione della domanda.

L'atto sul quale è imperniata questa fase è, dunque, la domanda, che è il tipico atto nel quale si concreta l'iniziativa del soggetto che chiede la tutela giurisdizionale. È, quindi, evidente che l'iniziativa di parte – che genericamente ispira la disciplina dell'intero processo di cognizione (v. vol. I, § 21) – si manifesti, in questa fase introduttiva, in modo particolarmente intenso, così in certo modo qualificandola, sotto il profilo strutturale, come la fase nella quale gli atti ad iniziativa della parte hanno un ruolo preponderante.

L'esperimento della procedura di mediazione come condizione di procedibilità.

Va, peraltro, tenuto presente che – come meglio vedremo nel cap. 17° del vol. III – la procedibilità di quest'atto introduttivo del processo, quando ha ad oggetto una delle materie elencate dall'art. 5, comma 1°, del D.Lgs. 28/2010, è *condizionata dal previo esperimento della procedura di mediazione* (v. il § 119 del vol. III).

Occorre anche ricordare che, stando all'art. 4, 3° comma, dello stesso D.Lgs. 28/2010, «*all'atto del conferimento dell'incarico l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal [suddetto] decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20*». Ciò a pena di *annullabilità del contratto d'opera tra l'avvocato e l'assistito* (v. il § 119 del vol. III). Sempre stando all'art. 4, 3° comma, «*il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*», quale prova dell'adempito dovere informativo da parte del difensore; mentre, laddove il giudice verifichi la mancata allegazione del documento, «*informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*».

Le ipotesi di negoziazione assistita come condizione di procedibilità.

A queste disposizioni occorre aggiungere anche l'art. 3 del D.L. 132/2014 (conv. dalla L. 162/2014), che, nel disciplinare l'istituto della negoziazione assistita, ha previsto specifiche ipotesi nelle quali l'esperimento di tale negoziazione è *condizione di procedibilità della domanda giudiziale* (v. il § 122 del vol. III).

3. L'atto di citazione e i suoi requisiti.

L'atto di citazione è un atto scritto recettizio nei confronti del convenuto e del giudice ...

In linea generale, e salve le eccezioni (proposizione con ricorso nel processo semplificato di cognizione e in alcuni processi speciali, come, ad es., il processo del lavoro e quello in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie), la domanda si propone con le forme proprie dell'*atto di citazione*, che è un *atto scritto* (redatto e sotto-

scritto dal difensore: v. vol. I, §§ 48 e 49), *doppiamente recettizio, in quanto si rivolge a due destinatari*: a) *il soggetto nei cui confronti l'attore vuol proporre la domanda e che, appunto in quanto «regolarmente citato», diviene il «convenuto»* (v. vol. I, § 23); b) *il soggetto al quale l'attore vuol rivolgere la domanda, ossia il giudice.*

Due essendo i destinatari dell'atto (supporremo, per semplicità, che il convenuto, come anche l'attore, sia uno solo), *duplice è il contenuto e la funzione dell'atto stesso*: da un lato, quella, appunto, del citare, o chiamare, o convenire in giudizio colui nei cui confronti si propone la domanda (c.d. *vocatio in jus*) e, dall'altro lato, quella di rivolgere la domanda di tutela giurisdizionale al giudice, previa affermazione del diritto di cui si chiede la tutela e della conseguente determinazione dell'oggetto del processo (c.d. *editio actionis*).

Naturalmente, quest'unico atto che si rivolge a due destinatari, va portato a conoscenza di entrambi nei modi predeterminati dalla legge; ed appunto in questo senso è, come si diceva poc'anzi, atto doppiamente recettizio. Ma, prima di vedere le modalità di questa duplice recezione (che sono, poi, le modalità della *proposizione* della domanda, nel suo momento dinamico), vediamo più da vicino gli elementi nei quali si articola il duplice contenuto dell'atto di citazione.

Tali elementi, indicati nell'art. 163, 3° comma, concernono innanzitutto l'individuazione dei tre soggetti fondamentali del processo (giudice, attore con il relativo difensore, convenuto) (n. 1, n. 2 e n. 6); quindi, la formulazione della domanda, previa determinazione del suo oggetto, con l'allegazione dei fatti e l'offerta dei mezzi di prova (n. 3, n. 4, n. 5); infine, la citazione in senso stretto o *vocatio in jus* (n. 7). Più in dettaglio, tali elementi sono:

1. *l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta*. È appena il caso di notare come questo requisito assolve alla funzione di individuare il giudice al quale si propone la domanda;

2. *il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore e del convenuto* e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Questo requisito assolve alla funzione di individuare sia l'attore che il convenuto.

Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta e l'indicazione dell'organo o ufficio, al quale fa capo il potere di stare in giudizio (v. vol. I, § 46). Non occorre, invece, l'indicazione della persona fisica che impersona l'organo;

3. *la determinazione della cosa oggetto della domanda*. «Cosa» qui ha il senso generico di «bene della vita»; in altri termini sta ad indicare il c.d. *petitum* mediato (v. vol. I § 29), che, peraltro, non può essere considerato in modo del tutto avulso sia dal *petitum* immediato e sia dalla *causa petendi*;

... con la duplice funzione della *vocatio in jus* (instaurazione del contraddittorio) ...

... e dell'*editio actionis* (proposizione della domanda di tutela).

Per assolvere a queste due funzioni l'art. 163, 3° comma, c.p.c. indica i requisiti dell'atto di citazione, ...

... ossia l'indicazione del tribunale ...

... e delle parti, ...

... l'indicazione del *petitum*, ...

... dell'assolvimento degli oneri previsti a condizione di procedibilità della domanda ...

3 bis. *l'indicazione, nei casi in cui la domanda è soggetta a condizione di procedibilità, dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento* (ad es., l'avvenuto esperimento della procedura di mediazione o di quella di negoziazione, ove previsto come condizione di procedibilità); ciò, evidentemente, al fine di agevolare il compito del giudice chiamato, ai sensi dell'art. 171 bis, come vedremo (oltre, § 12), ad effettuare le verifiche preliminari;

... e della *causa petendi*, ...

4. *l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni*. L'esposizione dei fatti, da effettuare in modo chiaro e specifico, in ottemperanza al principio di chiarezza e sinteticità stabilito in termini generali dall'art. 121 (v. § 64 del vol. I), è l'allegazione dei fatti costitutivi e lesivi: precisamente, quei fatti che, in quanto riconducibili in astratto ad una o più norme, costituiscono la *causa petendi*, che, nel linguaggio del codice, è indicata talora come «ragione della domanda» e talora (v., ad es., l'art. 36) come «titolo». L'indicazione degli «elementi di diritto» non ha altra funzione che quella di prospettare la suddetta riconducibilità dei fatti ad una o più norme e perciò può essere estremamente generica, o addirittura implicita, oltre ad essere non vincolante per il giudice e soggetta a modificazione secondo la regola *jura novit Curia* (v. vol. I, § 18). Infine, le «conclusioni» costituiscono la formulazione sintetica e globale della domanda al giudice nei suoi termini essenziali: *petitum* immediato e mediato ed eventualmente anche *causa petendi*.

È opportuno mettere in rilievo fin da ora che quanto disposto in questo n. 4 implica, a carico dell'attore, *una prima barriera preclusiva*, nel senso che nei successivi svolgimenti del giudizio (salvo quanto previsto dall'art. 171 ter: v. oltre, § 13) egli non può più introdurre nuovi *petita*, né nuove *causae petendi*;

... nonché l'indicazione dei mezzi di prova offerti, ...

5. *l'indicazione specifica dei mezzi di prova, dei quali l'attore intende valersi, e dei documenti che offre in comunicazione*. Questo requisito – che sta palesemente in relazione col principio della disponibilità delle prove (v. vol. I, § 20) e con l'onere della parte che allega i fatti di offrire al giudice la prova dei fatti affermati (v. oltre, § 36) – non implica una vera e propria preclusione, che è sostanzialmente differita al momento della presentazione delle memorie integrative di cui all'art. 171 ter, n. 2 (v. oltre, § 13);

... l'indicazione del procuratore e della procura; ...

6. *il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora questa sia stata già rilasciata* (e sempre che la parte non possa difendersi personalmente: v. vol. I, § 49). La precisazione espressa con le parole «qualora questa sia stata già rilasciata» va posta in relazione con la facoltà, prevista dall'art. 125, 2° comma (v. vol. I, § 49), di ritardare il rilascio della procura alla lite fino al momento della co-

stituzione in giudizio (v. oltre, § 7), ma anche con la possibile sanatoria successiva del vizio in questione ammessa dall'art. 182, 2° comma (v. retro, il § 49 del vol. I);

7. *l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione; l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di settanta giorni prima dell'udienza indicata, ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166 e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168 bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167, che la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria in tutti i giudizi davanti al tribunale, fatta eccezione per i casi previsti dall'art. 86 o da leggi speciali, e che la parte, sussistendone i presupposti di legge, può presentare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.* È questa la citazione in senso stretto o *vocatio in jus*.

... l'indicazione del giorno dell'udienza, con l'«avvertimento» che la costituzione oltre i termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c. ...

Con l'ottemperare a questa disposizione, l'attore cita il convenuto, *invitandolo* a due adempimenti: quello di costituirsi e quello di comparire all'udienza indicata. E non è inutile ricordare qui che proprio con quest'invito l'attore assolve, a sua volta, all'onere in cui si sostanzia la regola del contraddittorio, ponendo il convenuto nella condizione di potersi difendere, in quanto lo voglia (v. vol. I, § 22). Rimandando a tra poco l'esame di ciascuno dei due adempimenti ai quali il convenuto viene invitato (§§ 8 e 18), occorre ora esaminare più da vicino le modalità tecniche dell'invito a comparire all'udienza indicata.

Che l'indicazione del giorno dell'udienza (o meglio: giorno, mese ed anno; non anche l'ora, che è fissata dal calendario giudiziario) debba essere effettuata *dall'attore* (o, più precisamente, dal suo difensore) risulta dalle prime parole di questo punto 7 dell'art. 163. In correlazione con esse, dobbiamo ora compiere un passo indietro, soffermandoci sul 1° comma di quest'articolo ove si enuncia che «*la domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa*». Premesso che l'udienza di cui qui si tratta è la *prima udienza*, ossia la prima di quella serie di udienze nelle quali si articola il processo, va tenuto presente che, mentre le udienze successive alla prima vengono di volta in volta fissate, come vedremo, dal giudice, la prima è, invece, *già fissata* dall'attore nel momento in cui sorge il processo. L'udienza così fissata si svolgerà, come si è detto, davanti al giudice che, alla data della citazione non è stato, ovviamente, ancora designato e che verrà poi individuato con le modalità di cui all'art. 168 bis e che esamineremo al § 10.

Ma oltre all'indicazione del giorno dell'udienza e all'invito al convenuto a costituirsi in termini (settanta giorni prima dell'udienza), la disposizione in esame prevede, sempre tra i requisiti della citazione, *un primo avvertimento*, e cioè l'avvertimento che la costituzione oltre

i termini stabiliti implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167. Queste decadenze – che prenderemo in particolare esame nel § 8 – sono quelle che costituiscono *la prima barriera preclusiva a carico del convenuto*, che viene così ad affiancarsi alla prima barriera preclusiva, che, a carico dell'attore, è costituita dall'atto di citazione, come abbiamo rilevato poc'anzi con riguardo al disposto del n. 4 dell'art. 163. Ed è appena il caso di sottolineare come la necessità dell'avvertimento stia in relazione con la gravità delle decadenze, nelle quali il convenuto incorre, qualora non rispetti il termine di costituzione.

... e con l'ulteriore avvertimento relativo all'obbligo di difesa tecnica davanti al tribunale e al possibile patrocinio a spese dello Stato, se sussistono i presupposti economici.

In relazione all'importanza della difesa tecnica in giudizio mediante avvocato sta poi *un secondo avvertimento* che deve essere inserito nell'atto di citazione sempre a norma del punto 7 dell'art. 163, e cioè l'avvertimento che la difesa tecnica è obbligatoria davanti al tribunale (salve le eccezioni previste dall'art. 86) e che la parte può chiedere di essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ove sussistano i presupposti economici stabiliti dalla legge (v. vol. I, § 49).

Va, infine, ricordato che, per effetto di quanto previsto dall'art. 14, 2° comma, D.P.R. 115/2002, dalle conclusioni della citazione deve anche emergere la «dichiarazione di valore» della causa (determinato sulla base dell'applicazione degli artt. 10 e ss. c.p.c.), in funzione del versamento del c.d. *contributo unificato*.

4. *I termini minimi per comparire a favore del convenuto.*

Precisato, dunque, che il giorno della prima udienza davanti al giudice viene scelto dall'attore e indicato nell'atto di citazione, rimane da vedere quali siano i limiti entro i quali l'attore può esercitare la suddetta sua facoltà di scelta.

Al riguardo, va anzitutto tenuto presente che l'art. 163, 2° comma, integrato dagli artt. 69 bis e 80 disp. att., dispone che al principio dell'anno giudiziario vengono stabiliti determinati giorni destinati esclusivamente alla prima udienza di comparizione, e ciò per ciascun ufficio giudiziario. Ma, non è questo il punto più importante, anche perché, come vedremo oltre (§ 10), il codice contempla un meccanismo automatico per ovviare all'eventualità che, nel giorno indicato, il giudice designato non tenga udienza. Ciò che, invece, assume particolare rilievo è la necessità che l'attore, nello scegliere il giorno della prima udienza, da un lato, non lo scelga tanto vicino da impedire al convenuto di disporre di un margine di tempo sufficiente per predisporre la sua difesa, mentre, dall'altro lato, non lo scelga tanto lontano da frustrare – col congelamento della situazione processuale e di quella sostanziale sottostante – l'eventuale interesse del convenuto ad accelerare i tempi (non sempre, infatti, l'attore, in quanto tale, è il più interessato alla celerità del processo; si pensi, ad es., al

caso dell'attore che chiede il mero accertamento negativo, magari proprio allo scopo di prevenire l'altra parte, imbrigliandone l'iniziativa).

Con riguardo alla prima di queste due esigenze, il codice stabilisce (nell'art. 163 bis) i c.d. *termini per comparire*, ossia un numero minimo di *giorni liberi* (v. vol. I, § 66 in fine), che l'attore, nel fissare la prima udienza, deve lasciare intercorrere *tra il giorno della notificazione (effettiva e valida) della citazione e il giorno della prima udienza*. Si tratta di un termine con funzione tipicamente *dilatoria* (v. vol. I, § 66). Tale termine è di *centoventi* giorni liberi, se la notificazione della citazione debba avvenire in Italia, e di *centocinquanta* giorni, se essa debba avvenire all'estero.

Secondo la giurisprudenza ormai ferma, nel calcolo di questi termini si deve tener conto anche della sospensione feriale dei termini, di cui alla L. 742/1969, fra il 1° ed il 31 agosto di ogni anno (v. vol. I, § 66).

Per ovviare alla seconda delle due esigenze sopra accennate, il legislatore, anziché servirsi dello strumento del termine per comparire con funzione acceleratoria (ad es., stabilendo, oltre al numero minimo, anche un numero massimo di giorni da lasciar intercorrere tra la notificazione della citazione e la prima udienza), ha preferito lasciare all'attore la facoltà di scegliere un giorno lontano a suo piacimento, ma attribuendo al convenuto il potere di chiedere, con ricorso al presidente del tribunale, l'anticipazione della prima udienza (art. 163 bis, 3° comma).

Ciò il convenuto può ovviamente fare solo se il termine per comparire stabilito dall'attore ecceda il minimo visto sopra, ed a condizione che esso convenuto si costituisca (v. oltre, § 8) prima della scadenza del suddetto termine minimo.

Il presidente provvede con decreto (in calce al ricorso), che deve essere comunicato dal cancelliere all'attore almeno cinque giorni liberi prima della nuova udienza fissata dal presidente (art. 163 bis, 3° comma; art. 70, 2° comma, disp. att.). In questo caso i termini previsti dall'art. 171 ter per lo scambio delle memorie integrative fra le parti (v. oltre, § 13) decorrono (a ritroso) dall'udienza così fissata.

I termini per comparire debbono essere osservati con riguardo all'udienza originariamente fissata dall'attore, indipendentemente da eventuali successivi rinvii dell'udienza stessa a norma dell'art. 168 bis, 4° comma (art. 70 bis disp. att.).

Nell'indicazione del giorno dell'udienza l'attore deve rispettare i *termini a comparire* (art. 163 bis) ...

... che costituiscono il limite minimo.

Se il termine è troppo lungo, il convenuto può chiedere al presidente l'anticipazione della prima udienza.

5. La notificazione dell'atto di citazione e i c.d. effetti della domanda.

L'atto di citazione, una volta steso (in almeno due copie per le esigenze proprie della notificazione, che stiamo per esaminare, oltre ad almeno un'altra copia da inserirsi, poi, nel fascicolo d'ufficio: art. 168,

L'atto di citazione non produce effetti se non è sottoscritto dal difensore ...

2° comma) *deve essere naturalmente sottoscritto dal difensore*, salvo il caso della parte che stia in giudizio personalmente (art. 125; v. vol. I, §§ 48 e 49). La sottoscrizione deve essere presente sia nell'originale che nella copia notificata.

A questo punto l'atto di citazione è perfetto nel suo duplice contenuto di domanda al giudice e di *vocatio in jus* del convenuto. Ma si tratta di una perfezione che ancora non dà luogo ad alcuna efficacia giuridica, poiché, per tale efficacia, la natura recettizia dell'atto esige che esso sia portato a conoscenza dei suoi due destinatari, nei modi stabiliti dalla legge. Più esattamente, del primo di essi, che, come stiamo per vedere, è il convenuto. Occorre, dunque, esaminare come avviene questo primo aggancio ufficiale della citazione nei confronti del convenuto.

... e notificato dall'ufficiale giudiziario a richiesta della parte o del suo difensore (sempre che non debba provvedervi quest'ultimo).

«*L'atto di citazione* – recita l'ultimo comma dell'art. 163 – *sottoscritto a norma dell'art. 125, è consegnato dalla parte o dal procuratore all'ufficiale giudiziario, il quale lo notifica a norma degli articoli 137 e seguenti*». Ciò, ovviamente, sempre che la notificazione non debba essere effettuata direttamente dall'avvocato a norma dell'art. 3 ter, 1° comma, della L. 53/1994 (v. vol. I, § 70).

Non ci soffermiamo, qui, sulle modalità tecniche della notificazione, per le quali non abbiamo che da richiamarci a quanto dicemmo in sede di esame delle disposizioni generali (v. vol. I, § 70), solo aggiungendo che, se i convenuti sono più di uno, la notificazione deve avvenire nei confronti di tutti, con la consegna di una copia a ciascuno di essi. Su ciascuna di tali copie e sull'unico originale l'ufficiale giudiziario stende la relazione di notificazione. Ciò che, invece, va qui posto in risalto è che *la notificazione, atto normalmente dell'ufficiale giudiziario, e dunque atto ben distinto ed autonomo dall'atto di citazione, che è invece atto della parte, assolve tuttavia ad una funzione strumentale insostituibile rispetto a quest'ultimo atto*. Insostituibile nel senso che soltanto in quanto notificato un atto di citazione produce effetti giuridici, mentre se non è notificato l'atto di citazione è *tamquam non esset*.

La notificazione della citazione realizza la proposizione della domanda con i suoi specifici effetti, sia processuali ...

In questo modo, dunque, e solo in questo modo, l'atto di citazione raggiunge ufficialmente ed efficacemente il primo dei suoi due destinatari, il quale, proprio in quanto riceve la notificazione e nel momento in cui la riceve, assume la veste di convenuto, ossia di soggetto «regolarmente citato» (v. vol. I, § 22) o chiamato davanti ad un giudice individuato e ad un'udienza stabilita, per resistere – in quanto lo voglia – ad una domanda già espressa nel suo contenuto. Ed è precisamente questo il momento nel quale, avviatosi l'iter della proposizione della domanda, prende vita il processo.

Questo fenomeno del venire in essere del processo va esaminato più da vicino e in tutti i suoi aspetti che riguardano anche, sia pure marginalmente, il diritto sostanziale. Si parla, infatti, a questo

riguardo, di *effetti processuali e sostanziali della domanda*.

I primi si riconducono interamente al fenomeno della *litispendenza*, ossia un fenomeno già esaminato a suo tempo (v. vol. I, §§ 27 e 40), anche nelle sue conseguenze concernenti, da un lato, la giurisdizione e la competenza e specialmente la c.d. *perpetuatio jurisdictionis* (art. 5: v. vol. I, § 31 in fine) e, dall'altro lato, l'attribuzione della qualifica di «controverso» al diritto sostanziale dedotto in giudizio agli effetti dell'art. 111 (v. vol. I, § 59), la determinazione delle parti del processo e della loro legittimazione, nonché la determinazione degli elementi oggettivi della domanda. Tutti effetti che avevamo genericamente ricondotto alla proposizione della domanda. Ora possiamo precisare che, per tutti i suddetti effetti, la proposizione della domanda consiste – a seconda dei casi – nella notificazione dell'atto di citazione o, laddove l'atto introduttivo abbia la forma del ricorso, nel suo deposito presso il giudice (art. 39, 3° comma).

Quanto ai cosiddetti *effetti sostanziali* della domanda, va anzitutto precisato che essi non possono essere, ovviamente, quelli postulati con la domanda stessa, essendo chiaro che tali effetti non potranno verificarsi che a seguito dell'accertamento che sarà contenuto nella futura pronuncia. Si tratta, invece, e come abbiamo già accennato, di effetti marginali genericamente riconducibili, da un lato, al dato di fatto che la domanda non può essere accolta nel momento in cui è proposta, poiché nel frattempo deve svolgersi il processo; e, dall'altro lato, alla necessità di evitare che – come incisivamente diceva il Chiovenda – il tempo necessario per lo svolgimento del processo torni a danno di chi ha ragione. Ciò in sostanza significa, anzitutto, che il tempo del processo non deve dar luogo ad effetti estintivi, mentre, d'altra parte, quando il diritto viene riconosciuto, ciò deve avvenire come se avvenisse al momento della proposizione della domanda.

... e sia sostanziali.

Sotto il primo profilo, vanno considerate le norme che disciplinano gli effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione del diritto sostanziale. Secondo tali norme la proposizione della domanda, da un lato, interrompe la prescrizione (art. 2943 c.c., a tenore del quale «*la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione o esecutivo*»), oltre ad impedire il verificarsi delle decadenze.

Inoltre, solo dal momento del passaggio in giudicato della sentenza incomincerà a decorrere un nuovo termine di prescrizione (c.d. *interruzione-sospensione*). Ciò significa anche che «*se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati nei primi due commi dell'art. 2943 – ossia con atto contenente una domanda giudiziale – la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza*» (art. 2945, 2° comma, c.c.).

Sotto il secondo profilo vanno considerate le norme che dispon-

gono l'obbligo di corrispondere, dal momento della proposizione della domanda giudiziale, gli interessi legali ad un tasso «pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali» (art. 1284, 4° comma, c.c.); l'obbligo del possessore di buona fede di restituire i frutti percepiti dopo la proposizione della domanda (art. 1148 c.c.); l'obbligo del possessore convenuto in rivendicazione che abbia, dopo la domanda, perduto il possesso per fatto proprio, di recuperarlo per l'attore (art. 948 c.c.); l'opponibilità delle sentenze, che accolgono domande relative a beni immobili, ai terzi che abbiano acquistato diritti su quei beni dopo la proposizione della domanda, purché la domanda stessa (e cioè, l'atto di citazione notificato) sia stata trascritta prima della trascrizione dell'atto di acquisto del terzo (artt. 2652, 2653 c.c.).

6. *La nullità della citazione.*

L'art. 164 c.p.c. disciplina la nullità della citazione specificando i vizi che producono tale effetto nel quadro della regola di cui all'art. 156 c.p.c.

Quando ci occupammo, in sede di esame delle disposizioni generali, della nullità degli atti processuali, e più precisamente dei vizi che fondano la pronuncia della nullità (vol. I, § 72), mettemmo in evidenza come, prima ancora della formulazione della regola generale secondo la quale la nullità va pronunciata quando l'atto manca dei requisiti indispensabili per il raggiungimento del suo scopo obbiettivo (art. 156, 2° comma), il medesimo articolo si riferisca ai vizi per i quali la nullità è comminata espressamente dalla legge, ossia ai vizi per i quali è la legge stessa che compie una volta per tutte (anziché lasciarla al giudice caso per caso) la valutazione circa l'indispensabilità del requisito mancante (art. 156, 1° comma). Con riguardo all'atto di citazione, siffatta valutazione preventiva è compiuta dall'art. 164.

Prima di esaminare questo fondamentale articolo, è opportuno ricordare che gli scopi obbiettivi dell'atto di citazione, quali emergono dalla sua disciplina, sono diversi in relazione alle diverse parti o settori, nei quali si articola l'atto di citazione (v. retro, § 3), e cioè essenzialmente la *vocatio in jus* e l'*editio actionis*; scopo della *vocatio in jus* è quello di instaurare il contraddittorio col convenuto per metterlo in condizione di potersi difendere; scopo dell'*editio actionis* è quello di precisare al convenuto ciò che si chiede contro di lui per consentirgli di difendersi sul merito ed inoltre quello di offrire al giudice gli elementi per il giudizio; ulteriore scopo dell'atto di citazione nel suo complesso è poi costituito dalla sua funzione preparatoria della prima udienza di trattazione, agli effetti del tentativo di conciliazione fra le parti, della trattazione del giudizio e della programmazione dell'attività processuale.

La disciplina della nullità dell'atto di citazione quale emerge dall'art. 164 tiene opportunamente conto delle diversità di questi scopi e

della diversità delle conseguenze dell'eventuale mancanza dei requisiti che si riconducono all'uno piuttosto che all'altro dei due aspetti della citazione, prendendo in considerazione gli uni (quelli che concernono la *vocatio in jus*) nel 1° comma (e disciplinandone poi le conseguenze anche nei commi 2° e 3°) e gli altri (quelli che concernono l'*editio actionis*) nel 4° comma, disciplinandone le conseguenze nei commi 5° e 6°.

«La citazione è nulla – recita, dunque, il 1° comma dell'art. 164 – se è omissso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'articolo 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge, ovvero se manca l'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163».

«La citazione è altresì nulla – aggiunge il 4° comma dello stesso art. 164 con riguardo alla categoria dei vizi dell'*editio actionis* – se è omissso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3) dell'articolo 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) dello stesso articolo».

Da un punto di vista generale, è facile vedere sotto quest'espressa comminazione della nullità, le ragioni per le quali i requisiti (dell'uno o dell'altro tipo), di cui si ipotizza la mancanza o l'incertezza assoluta (ad es., a causa di indicazioni contraddittorie o insufficienti), sono considerati indispensabili per lo scopo della citazione. Come potrebbe, infatti, il convenuto, essere messo in condizioni di difendersi senza sapere con sicurezza davanti a quale giudice è citato o da chi è stato citato o, peggio, se il soggetto citato è proprio lui o senza conoscere il contenuto della domanda proposta nei suoi confronti? D'altra parte, con riguardo al termine a comparire, si è visto poc'anzi (retro, § 4) che il decorso di quel certo numero di giorni tra la notificazione della citazione e la prima udienza è considerato dal legislatore come necessario per la predisposizione della difesa del convenuto. E, ancora, come potrebbe considerarsi citato un convenuto al quale non è detto in quale udienza deve comparire?

Senonché – e come già osservammo a proposito della regola generale di cui all'art. 156, 3° comma, che fa salvi i casi in cui l'atto abbia raggiunto lo scopo a cui è destinato (v. vol. I, § 72, in fine) – la realtà concreta può smentire le previsioni astratte del legislatore circa l'indispensabilità del requisito mancante; e poiché si tratta di requisiti posti a garanzia del diritto del convenuto a difendersi, ne consegue che la costituzione del convenuto è il miglior indice che la citazione ha ugualmente conseguito il suo scopo. Questa è la ragione per la quale i commi 2°, 3°, da un lato, e 5°, dall'altro lato, dell'art. 164, nel disciplinare la rilevabilità dei vizi e le loro conseguenze, *distinguono l'ipotesi della mancata costituzione del convenuto da quella in cui, invece, il convenuto si sia costituito*, stabilendo, per quest'ultima ipotesi, la sanatoria dei vizi.

La norma distingue tra vizi che investono la *vocatio in jus* e vizi che investono l'*editio actionis*.

I vizi della *vocatio in jus* – elencati nel 1° comma – producono le conseguenze di cui al 2° e al 3° comma,

...

Questa distinzione s'innesta, d'altra parte, sulla distinzione di fondo, alla quale si è fatto cenno poc'anzi e che riserva *un trattamento diverso ai vizi di cui al 1° comma* (concernenti la *vocatio in jus*), per i quali il raggiungimento dello scopo della *vocatio* rende possibile una sanatoria totale con efficacia *ex tunc*, rispetto a *quelli di cui al 4° comma* (concernenti l'*editio actionis*), per i quali l'intrinseca incertezza dell'oggetto del giudizio (*petitum e/o causa petendi*), che la costituzione del convenuto non basta ad ovviare, rende invece necessario far salva quest'ultima eventualità.

In questo quadro, vediamo che il 2° e il 3° comma dell'art. 164 si riferiscono ai vizi di cui al 1° comma, con riguardo l'uno al caso della mancata costituzione del convenuto e l'altro al caso in cui invece il convenuto si sia costituito.

... dedicati l'uno (3° comma) all'ipotesi della costituzione del convenuto, che sana il vizio, ...

Incominciando col riferirci a quest'ultima ipotesi, per ricollegarci a quanto si diceva poc'anzi circa la portata sanante della costituzione, vediamo subito che «*la costituzione del convenuto* – così il 3° comma dell'art. 164 – *sana i vizi della citazione*» (quelli – ricordiamo – del 1° comma, cioè relativi alla *vocatio*), restando irrilevanti eventuali dichiarazioni in senso contrario.

Per questa drastica conseguenza – che la norma esplicita ulteriormente proseguendo: «*e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma*» –, il codice prevede un'eccezione solo per l'ipotesi che «*il convenuto deduca l'inosservanza del termine a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163*»: quest'inosservanza o questa mancanza, infatti, può pregiudicare la possibilità, per il convenuto, di predisporre tempestivamente le proprie difese. Perciò, se il convenuto ritiene, in concreto, di aver subito questo pregiudizio, può costituirsi e dedurre, appunto, l'inosservanza del termine a comparire o la mancanza dell'avvertimento e «*il giudice fissa [deve fissare] una nuova udienza nel rispetto dei termini*», così restando, anche in questo caso, definitivamente eliminata ogni conseguenza del vizio.

Venendo, ora, all'ipotesi della mancata costituzione del convenuto disciplinata dal 2° comma, va subito osservato che neppure in quest'ipotesi il rilievo della nullità della citazione – che deve ovviamente essere effettuato d'ufficio – ha sempre effetti distruttivi o paralizzanti. Al contrario, il codice, attraverso un'opportuna utilizzazione dello strumento della rinnovazione (v. vol. I, § 75), offre ampie possibilità di recupero.

... e l'altro (2° comma) all'ipotesi della mancata costituzione del convenuto.

«*Se il convenuto non si costituisce* – dispone, infatti, il 2° comma dell'art. 164 – *il giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio*». Dopo di che, se la rinnovazione è effettuata, «*questa sana i vizi e gli effetti processuali e sostanziali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione*». «*Se – invece – la rinnovazio-*

ne non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'articolo 307, comma terzo».

In sostanza: la rinnovazione della citazione – che va disposta non solo in sede di verifiche preliminari ai sensi dell'art. 171 bis, ma anche alla prima udienza e comunque in qualunque momento il giudice rilevi la nullità e non richiede una nuova procura – sana, anche in quest'ipotesi, ciascuno dei vizi di cui al 1° comma, senza conseguenze per i *diritti quesiti*; mentre, l'effetto distruttivo totale si verifica soltanto nel caso in cui l'attore, che ne è ovviamente onerato, non provveda neppure alla rinnovazione, così implicitamente prestando acquiescenza agli effetti distruttivi già potenzialmente insiti nel vizio della citazione e che, a questo punto, sfociano nell'ordine di cancellazione della causa dal ruolo e nell'estinzione del processo a norma dell'art. 307, 3° comma.

Diverso è il regime delle nullità di cui al 4° comma dell'art. 164, ossia delle nullità per omissione o assoluta incertezza degli elementi individuatori dell'oggetto della domanda, vale a dire dei requisiti di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 163, 3° comma, che concernono l'*editio actionis* e la cui mancanza rende la domanda intrinsecamente e obiettivamente inidonea a porre il convenuto in condizione di conoscere l'oggetto della domanda dalla quale deve difendersi.

In questi casi – così dispone il 5° comma dell'art. 164 – il giudice (d'ufficio), *se il convenuto non si è costituito*, rilevata la nullità, «*fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione*», fissando anche il giorno dell'udienza; mentre, *se il convenuto si è costituito*, fissa il termine perentorio «*per integrare la domanda*» (con notificazione della domanda «integrata» al difensore del convenuto costituito, in applicazione dell'art. 170). Sennonché, qui – a differenza di quanto abbiamo visto accadere nel caso della rinnovazione disposta a seguito delle nullità di cui al 1° comma – se la rinnovazione o l'integrazione avvengono, «*restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o all'integrazione*» (la sanatoria, cioè, opera *ex nunc*). E la ragione è evidente nella già rilevata intrinseca inidoneità dell'originario atto di citazione ad assolvere alla sua funzione, con la conseguente sua inidoneità a salvare dalle decadenze (processuali o sostanziali) e ad interrompere la prescrizione del diritto oggetto della domanda, già maturate nel momento della rinnovazione o dell'integrazione.

Se, invece, la rinnovazione o l'integrazione non avvengono, il dubbio (determinato dalla mancata previsione di questa eventualità da parte del codice) se ciò dia luogo all'estinzione, analogicamente a quanto disposto nel 2° comma per i vizi di cui al 1° comma, o se debba sfociare nella nullità da dichiararsi con sentenza, sembra debba risolversi in modo differente nelle due ipotesi, ossia nel senso dell'estinzione, nel caso della mancata rinnovazione, e della dichiarazione di nullità, nel caso della mancata integrazione.

I vizi che investono l'*editio actionis* sono specificati nel 4° comma ...

... e producono le conseguenze di cui al 5° comma, ossia ...

... a) nel caso di mancata costituzione del convenuto, l'ordine di rinnovazione della citazione; b) nel caso di costituzione del convenuto, l'ordine di integrazione della citazione.

Per quanto riguarda lo svolgimento del processo successivamente alla rinnovazione o all'integrazione, mentre nel caso della rinnovazione è chiaro che le successive preclusioni si riferiscono all'atto rinnovato e alla successiva comparsa di risposta, nel caso dell'integrazione è sufficiente che il giudice fissi la prima udienza (ai sensi del 2° comma dell'art. 171 bis) e che trovi applicazione l'art. 167 (ovviamente per quel che riguarda l'attività difensiva del convenuto rispetto alle parti della citazione integrate).

Se il giudice non rileva i vizi (e conseguentemente non dispone la rinnovazione), ed ovviamente nella sola ipotesi che il convenuto non si sia costituito, sembra configurabile la possibilità di rinnovazione o di sanatoria anche in appello, in applicazione del principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame (v. oltre, § 77).

Va d'altra parte osservato che, sebbene la sanatoria dei vizi prevista dalla norma in esame si riferisca ai soli vizi *della citazione*, non si dubita della sua applicabilità anche ai vizi della notificazione della citazione, mentre di solito non si richiede che la costituzione del convenuto debba essere, a questi effetti, tempestiva.

Indipendentemente dall'ordine di rinnovazione, l'attore può sempre proporre una nuova citazione, la cui validità potrà ovviare ai vizi della precedente, previa riunione dei due procedimenti (in applicazione dell'art. 273: v. oltre, § 64) o provvedere alla notificazione di un atto di citazione integrativo del primo.

Va, infine, osservato che la disciplina della nullità della citazione, contenuta nell'art. 164, essendo una specificazione delle regole generali di cui all'art. 156, va coordinata con queste ultime anche agli effetti dell'implicita previsione di vizi diversi da quelli contemplati nell'art. 164 e che, purtuttavia, costituiscono causa di nullità, in quanto investano l'idoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo.

7. *La costituzione dell'attore.*

L'atto di citazione – lo abbiamo notato più volte – è rivolto a due destinatari. Dopo aver visto come esso viene portato a conoscenza del convenuto, dobbiamo ora vedere come esso viene portato a conoscenza del giudice. Il quale giudice, pur essendo, in senso cronologico, il secondo destinatario, è in realtà il destinatario per così dire naturale della domanda, poiché è a lui che con la citazione l'attore chiede la tutela giurisdizionale. Ed è appena il caso di rilevare che, nel quadro di una disciplina che configura il processo civile come serie di atti (v. vol. I, § 8), che progredisce ad impulso di parte (v. vol. I, § 21), quest'aggancio dell'atto di citazione nei confronti anche del giudice costituisce l'atto processuale, col quale l'attore, che ha notificato l'atto di citazione al convenuto, assolve all'o-

L'attore può proporre una nuova citazione o notificare un atto di citazione integrativo.

La portata recettizia della citazione nei confronti del giudice si concreta nella costituzione dell'attore ...

nera di dare ulteriore impulso al processo appena instaurato.

«L'attore – recita l'art. 165 – *entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto deve* (nel senso dell'onere) *costituirsi in giudizio a mezzo di procuratore o personalmente nei casi consentiti dalla legge, depositando la nota di iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo contenente l'originale della citazione, la procura ed i documenti offerti in comunicazione*. Se si costituisce personalmente, deve dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune ove ha sede il tribunale». Tenendo conto della scissione degli effetti della notificazione fra richiedente e destinatario della stessa (sulla quale scissione v. il § 70 nel vol. I), è da ritenere che, sebbene l'attore possa validamente costituirsi nei 10 giorni dalla consegna della citazione all'ufficiale giudiziario, l'effettiva decorrenza del termine di costituzione dell'attore si abbia dal momento della consegna dell'atto al destinatario.

... entro 10 giorni dalla notificazione della citazione.

L'ulteriore atto d'impulso che l'attore ha l'onere di compiere per far proseguire il processo dopo la notificazione della citazione è dunque la sua *costituzione*. *Nella sua pratica concretezza, la costituzione non è altro che il deposito di un fascicolo con modalità telematiche* (oltre che della nota di iscrizione a ruolo, di cui fa cenno la norma riportata, ed il cui deposito rientra pure nella fattispecie della costituzione; di essa parleremo più avanti: v. § 9). Più precisamente, il deposito telematico dell'atto di citazione, nel suo originale munito della relazione di notificazione, con i documenti che l'attore offre in comunicazione e con la procura, nel caso che essa non sia contenuta nello stesso atto di citazione (v. vol. I, § 49). A questo riguardo, va anche ricordato che, per l'art. 125, 2° comma, la procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, *purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata*.

Questo materiale deposito di un fascicolo assume un ben preciso ed importantissimo significato giuridico: quello di un'autopresentazione formale dell'attore (o più in generale, della parte, poiché, come vedremo nel prossimo §, la costituzione riguarda anche il convenuto) al giudice. Col suo costituirsi, insomma, l'attore (che è diventato già *parte* per effetto della notificazione della citazione: v. vol. I, § 44) diviene ufficialmente ed attivamente presente nel processo, poiché col depositare la citazione, egli, in sostanza, rivolge la sua domanda al giudice così instaurando anche con lui un rapporto diretto.

Naturalmente, quest'autopresentazione deve avvenire per il tramite di colui per mezzo del quale l'attore (o, più in generale, la parte) sta in giudizio, ossia il difensore (salvi i casi in cui è consentito lo stare in giudizio personalmente: v. vol. I, §§ 48 e 49); e in questo senso anche il difensore assume, per effetto della costituzione, un'investitura ufficiale di presenza attiva nel processo. Questa presenza ufficiale nel processo della parte per mezzo del difensore permane

La costituzione attribuisce la presenza formale nel processo ...

... per tutto il grado introdotto con la citazione, mentre la sua mancanza fonda la dichiarazione di contumacia.

per tutta la durata del processo (in quel determinato grado) indipendentemente dal fatto che alla presenza legale corrisponda la presenza effettiva o di fatto alle udienze, per la quale ultima presenza si usa il diverso termine di *comparizione*. In altri termini, la parte costituita può comparire o anche non comparire all'udienza (o alle udienze), ossia restare *assente* (anche se legalmente presente); mentre, la parte non costituita (che, come vedremo, deve essere dichiarata contumace) rimane rigorosamente estranea allo svolgimento del processo (ferma, naturalmente, la sua qualità di parte).

Per il caso di citazione di più persone, il 2° comma dell'art. 165, nel disporre che, in tal caso, «*l'originale della citazione deve essere inserito nel fascicolo entro dieci giorni dall'ultima notificazione*», è assai chiaro nel procrastinare *non la costituzione*, che comunque deve avvenire entro dieci giorni dalla prima notificazione, *ma soltanto l'«inserimento» nel fascicolo dell'originale della citazione notificata*.

8. La costituzione del convenuto e la comparsa di risposta.

La costituzione del convenuto è l'atto col quale egli assume la partecipazione attiva al processo.

Dicevamo poc'anzi che la costituzione non riguarda solo l'attore, ma anche il convenuto. Dobbiamo fermare ora la nostra attenzione proprio sulla posizione di quest'ultimo.

Nel quadro di quanto dicemmo a suo tempo (v. vol. I, cap. 5°, §§ da 23 a 26) con riguardo alla posizione del convenuto nel processo dal punto di vista globale, basterà qui specificare che il soggetto che ha ricevuto l'atto di citazione ed a seguito di ciò è divenuto convenuto, o più precisamente, *parte convenuta* (v. vol. I, § 44), si trova, a questo punto, nella condizione di dover scegliere tra il restare inerte (ma pur sempre *parte* nel processo, con le conseguenze proprie della presenza inattiva che già vedemmo al vol. I, § 23 e che vedremo più dettagliatamente più avanti, al § 65) o l'assumere, invece, una partecipazione attiva al processo.

Con la comparsa di risposta avviene la costituzione del convenuto ...

Orbene: *l'atto che il convenuto ha l'onere di compiere, se vuole assumere questa partecipazione attiva al processo, è precisamente la sua costituzione*, ossia un atto del tutto analogo a quello della costituzione dell'attore, con le sole differenze che conseguono al fatto, già posto in risalto a suo tempo (v. vol. I, § 23), che il convenuto entra in un processo il cui oggetto è già stato determinato dall'attore. Perciò, da un lato, egli non deve assumere alcuna iniziativa in funzione di un contraddittorio che è già instaurato, mentre, dall'altro lato, le attività difensive che egli propone al giudice sono svolte con riferimento alla domanda (o alle domande) dell'attore.

Venendo incontro a queste esigenze logiche, la legge prevede appunto che, per costituirsi, il convenuto deve incominciare col redigere un atto difensivo scritto, contrapposto alla citazione e denomina-

to *comparsa di risposta*, e quindi depositare quest'atto sempre con modalità telematiche, insieme alla copia della citazione che gli è stata notificata. Naturalmente, anche per la costituzione del convenuto è previsto un termine con funzione acceleratoria; ma è altrettanto naturale che tale termine, anziché coincidere con quello previsto per la costituzione dell'attore, sia spostato assai più avanti nel tempo. È chiaro, infatti, che, per poter redigere la comparsa di risposta, il convenuto – ossia il suo difensore, che nel frattempo il convenuto dovrà aver designato (v. vol. I, § 49) – deve non solo conoscere il testo della citazione, ma anche poter eventualmente esaminare i documenti offerti in comunicazione (o, come si suol dire, *prodotti in giudizio*) dall'attore (il che è possibile solo dopo la costituzione di quest'ultimo) e quindi poter contare su un adeguato periodo di tempo per predisporre la propria linea difensiva e concretarla nella comparsa di risposta. Perciò il codice ha preferito riferire il termine di costituzione del convenuto ad un momento successivo a quello di costituzione dell'attore, ma precedente la data dell'udienza. In modo da consentire al giudice di effettuare le verifiche preliminari di cui all'art. 171 bis (v. oltre, § 12) e all'attore di esaminare, a sua volta, il fascicolo del convenuto e i documenti offerti in comunicazione prima dell'udienza.

«*Il convenuto* – così dispone l'art. 166 – *deve* (ancora, naturalmente, nel senso dell'onere) *costituirsi in giudizio a mezzo del procuratore* o personalmente nei casi consentiti dalla legge, *almeno settanta giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione depositando la comparsa di risposta di cui all'articolo 167 con la copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione*». Questo esige che il convenuto possa esaminare il fascicolo dell'attore anche prima della sua costituzione. Ed infatti, l'art. 76 disp. att. riconosce che la facoltà di esaminare ed estrarre copia degli atti e dei documenti contenuti nel fascicolo d'ufficio e in quello delle altre parti spetta alle parti e ai loro difensori «muniti di procura», sebbene non ancora costituite.

Rimane ora da vedere più da vicino quali siano i requisiti propri della comparsa di risposta. Ma si tratta di compito reso ormai facile dai rilievi che precedono circa la coordinazione della posizione del convenuto rispetto a quella dell'attore, e dai quali risulta, in sostanza, che la comparsa di risposta, come atto difensivo scritto che si contrappone alla citazione e che, come quest'ultima, è doppiamente retto (rispetto al giudice e rispetto all'attore), deve contenere tutti gli elementi propri della citazione, eccezion fatta per la *vocatio in jus* (che è già avvenuta), a cominciare dalla sua qualificazione con le generalità del convenuto e il suo codice fiscale (art. 167, 1° comma). Così come, d'altra parte, risulta che, con riguardo all'oggetto del processo, occorre solo un riferimento all'oggetto del processo già determinato dall'attore nell'atto di citazione (con la conseguente formula-

... almeno 70 giorni prima dell'udienza di prima comparizione.

La comparsa di risposta è l'atto difensivo del convenuto.

zione di *conclusioni* riferite a quelle dell'attore; ad es.: rigetto della domanda di quest'ultimo; v. vol. I, § 24). Salva, però, la possibilità, che ha il convenuto e che si è vista a suo tempo (vol. I, § 25), di allargare l'oggetto del processo (con la proposizione di *eccezioni*) o addirittura di oltrepassare i limiti della domanda col proporre *domande riconvenzionali* (vol. I, § 26). Tutto ciò risulta dal dettato dell'art. 167, il cui 1° comma dispone così: «*Nella comparsa di risposta, il convenuto deve (sempre nel senso dell'onere) proporre tutte le sue difese prendendo posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni*».

Con la comparsa di risposta il convenuto è pure onerato a prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda.

Da questa disposizione emerge, anzitutto, la previsione a carico del convenuto dell'*onere di prendere posizione, in modo chiaro e specifico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda*, sebbene si tratti di un'attività non inclusa tra quelle previste a pena di decadenza dallo stesso art. 167 e suscettibile, dunque, di essere compiuta anche successivamente attraverso le memorie integrative di cui all'art. 171 ter (v. oltre, § 13). Si tratta, in sostanza, di un'applicazione specifica del principio di chiarezza e sinteticità, inserito – come abbiamo visto (cap. I, § 49) – nell'art. 121, e comporta un aggravamento per il convenuto dell'onere di prendere posizione sui fatti di causa, nel senso di imporgli di esercitare tale onere non in maniera generica, ma puntuale e chiara, in modo da consentire al giudice di valutare, rispetto ai singoli fatti allegati, se la posizione del convenuto sia di contestazione, di ammissione o di non conoscenza degli stessi fatti.

La disposizione va ricollegata con la previsione – contenuta nel 1° comma dell'art. 115 – del dovere per il giudice di porre a fondamento della decisione anche «*i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*» (su cui v. il § 20 del vol. I e oltre il § 39).

La prima barriera preclusiva a carico del convenuto con riguardo alla comparsa di risposta.

Il 2° comma dell'art. 167, poi, individua le preclusioni che maturano a carico del convenuto con la comparsa di risposta. «*A pena di decadenza*» – recita, infatti – il convenuto non soltanto «*deve proporre le eventuali domande riconvenzionali*», ma è anche onerato a proporre le *eccezioni*, sia processuali che di merito, «*che non sono rilevabili d'ufficio*». La decadenza in discorso riguarda anche le eventuali domande di accertamento incidentale (ai sensi dell'art. 34: v. retro, § 40 del vol. I) e le *eventuali domande riconvenzionali in senso improprio* che il convenuto intendesse proporre *nei confronti di altro convenuto*.

Il 2° comma di quest'art. 167 prosegue con una disposizione analoga a quella di cui al 4° e 5° comma dell'art. 164 (esaminato al § 6) con riguardo all'eventuale omissione o assoluta incertezza dell'oggetto o del titolo della domanda riconvenzionale. La disciplina è analoga a quella del difetto dei suddetti elementi nell'atto di citazione. «*Se è omissso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della doman*

da riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla». E ancora analogamente al disposto dell'art. 164, 5° comma, la norma aggiunge che «restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione»; ed è chiaro che l'interpretazione di questa disposizione è analoga a quella di cui al summenzionato art. 164, 5° comma (v. retro, § 6).

Infine, il 3° comma dell'art. 167 dispone che il convenuto «se intende chiamare un terzo in causa (v. vol. I, § 56 e qui oltre, § 26), deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'articolo 269» (v. oltre, § 26) e contestualmente chiedere lo spostamento della prima udienza. Si configura così, a carico del convenuto, un'altra preclusione.

Secondo la Cassazione lo spostamento dell'udienza in questo caso non sarebbe automatico, ma rimesso alla discrezionalità del giudice, a meno che il terzo chiamato non sia un litisconsorte necessario pretermesso (Cass. sez. un. 23 febbraio 2010 n. 4309).

La prima barriera preclusiva a carico del convenuto non concerne, invece, le istanze istruttorie che, *come per l'attore*, possono essere avanzate fino alla presentazione della memoria integrativa di cui all'art. 171 ter, n. 2 (v. oltre, § 13).

9. Iscrizione della causa a ruolo, formazione del fascicolo d'ufficio, notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento.

Abbiamo visto, al § 7, che il meccanismo attraverso il quale l'atto di citazione viene portato a conoscenza del giudice ha inizio, di solito, con la costituzione dell'attore, essendo appunto questo il primo atto di impulso, successivo alla notificazione della citazione, di cui l'attore è onerato. Questo primo rilievo di massima va, tuttavia, precisato ed integrato in un duplice senso. Da un lato, infatti, va tenuto presente che la costituzione non è ancora sufficiente per completare l'incardimento della causa innanzi al giudice, in quanto essa va integrata con l'iscrizione della causa a ruolo; mentre, dall'altro lato, occorre tener presente che la funzione di impulso processuale propria della costituzione – integrata con l'*iscrizione a ruolo* – può essere assolta anche nel caso (non frequente, ma possibile) che la costituzione del convenuto avvenga prima di quella dell'attore. Ed infatti, e come vedremo meglio al § 11, il mancato rispetto del termine di costituzione da parte dell'attore, non impedisce al convenuto (in quanto, ovviamente, sia interessato alla prosecuzione del processo) di sostituirsi all'attore nell'assumere l'iniziativa di impulso processuale, costituendosi per primo.

Premesso ciò, appare chiara la portata dell'art. 168, 1° comma, il

All'atto della costituzione della parte che si costituisce per prima, il cancelliere iscrive la causa a ruolo.

quale dispone che «*il cancelliere iscrive la causa nel ruolo generale*» (ovvero nel *ruolo generale degli affari contenziosi civili*: art. 28 disp. att.), «*all'atto della costituzione dell'attore o, se questi non si è costituito, all'atto della costituzione del convenuto*» – all'atto, insomma, della costituzione della parte che si costituisce per prima – «*su presentazione della nota d'iscrizione a ruolo*».

Questo riferimento alla nota di iscrizione a ruolo sta in relazione con la già vista menzione (retro, § 7) che della suddetta nota compie l'art. 165, là dove precisa che l'attore, quando si costituisce in giudizio, deposita «la nota di iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo». Possiamo ora precisare che con questa formulazione, non del tutto felice, l'art. 165 si riferisce solo ai casi in cui l'attore si costituisca per primo e lascia intendere che chiedere l'iscrizione a ruolo è atto distinto dalla costituzione, pur dovendo avvenire contemporaneamente ad essa. Occorre solo aggiungere che, se la parte che si costituisce per prima è il convenuto, è quest'ultimo – evidentemente – che ha l'onere di chiedere l'iscrizione a ruolo, presentando la nota in discorso.

Che cosa sia l'iscrizione a ruolo è facilmente intuibile. Se si tiene presente che il più importante dei registri che il cancelliere ha l'obbligo di tenere è il «*ruolo generale degli affari contenziosi civili*», appare ovvio che l'iscrizione della causa a ruolo è l'atto col quale il cancelliere provvede, appunto, ad iscrivere la causa su questo registro o ruolo; il che avviene con l'indicazione dei suoi elementi di identificazione, ossia i nomi delle parti e l'indicazione sommaria dell'oggetto, *in ordine cronologico, e seguendo una numerazione progressiva che attribuisce alla causa un numero di ruolo*, col quale la causa stessa potrà essere più facilmente individuata. E se questa è l'iscrizione, è ovvio che l'atto con cui si chiede l'iscrizione – ossia la nota o istanza – debba contenere l'indicazione succinta di tutti i suddetti elementi, compreso il giorno fissato per l'udienza di prima comparizione (art. 71 disp. att.).

Si tratta dell'iscrizione della causa nel «ruolo generale degli affari contenziosi civili».

Il fascicolo d'ufficio.

La nota d'iscrizione a ruolo – dicevamo poc'anzi – resta fuori dal fascicolo dell'attore, come anche, ovviamente, da quello del convenuto. Essa viene, invece, inclusa in un terzo fascicolo (il c.d. «fascicolo d'ufficio»), che, insieme coi fascicoli delle due parti (se si sono costituite entrambe; o della sola parte costituita; o delle più parti costituite) viene incluso in una più ampia cartella o «*superfascicolo*», se così si può dire, contraddistinta col numero di ruolo (art. 72 disp. att.). Ciò allo scopo di consentire al giudice e alle altre parti di conoscere con completezza gli atti della causa anche quando una od entrambe le parti si siano avvalse – previa autorizzazione del giudice istruttore – della facoltà di ritirare il proprio fascicolo, così come previsto dall'art. 169 (salvo l'obbligo di depositarlo di nuovo, ogni volta che il giudice lo disponga, nonché, ovviamente, al momento in cui la causa viene posta

Corso di diritto processuale civile

III

Sezione seconda

IL PROCESSO DEL LAVORO

SOMMARIO: 4. Le controversie individuali di lavoro. – 5. Le particolarità delle controversie relative ai licenziamenti individuali. – 6. Le specifiche disposizioni sul licenziamento del socio-lavoratore della cooperativa e sul licenziamento discriminatorio. – 7. Rinunce e transazioni, tentativo di conciliazione, eventuale giudizio arbitrale. – 8. La competenza e il rilievo dell'incompetenza. – 9. Il passaggio dal rito ordinario al rito speciale e viceversa. – 10. Legittimazione processuale, rappresentanza, onere di comparizione personale delle parti e onere del patrocinio. – 11. Il ricorso introduttivo, il decreto di fissazione dell'udienza e la sua notificazione. – 12. La costituzione del convenuto e l'eventuale domanda riconvenzionale. – 13. Costituzione e difesa personale delle parti; intervento dei terzi e delle associazioni sindacali; riunione e separazione di cause. – 14. L'udienza di discussione della causa: le verifiche e i controlli di regolarità; l'interrogatorio libero delle parti e il tentativo di conciliazione. – 15. L'eventuale istruzione e la pregiudiziale sull'interpretazione dei contratti collettivi. – 16. Le ordinanze sommarie definitive e le ordinanze anticipatorie di condanna. La pronuncia della sentenza. – 17. L'appello: a) competenza; b) introduzione del giudizio e appello con riserva dei motivi. – 18. Segue: c) costituzione dell'appellato ed eventuale appello incidentale; d) udienza di discussione, preclusioni e decisione. – 19. Gli altri mezzi d'impugnazione e la tutela cautelare e monitoria. – 20. Le opposizioni esecutive.

4. *Le controversie individuali di lavoro.*

L'esame della disciplina del processo del lavoro ha inizio con riguardo alle controversie nelle quali esso trova applicazione, e cioè le «controversie individuali di lavoro», la cui elencazione è contenuta nell'art. 409. Tali controversie sono indicate come quelle «relative» ai rapporti di cui all'elencazione che segue, vale a dire quelle nelle quali la domanda trova il suo titolo (ossia la sua *causa petendi*: v. vol. I, § 29 e vol. II, § 3) nei suddetti rapporti. E al riguardo è opportuno tenere presente che l'espressione «rapporto», della quale si serve lo stesso codice civile (nel titolo della sezione che comprende gli artt. 2096 e ss. c.c.), è comprensiva anche dei casi di contratti nulli (art. 2126 c.c.) e di prestazioni di fatto. Va anche tenuto presente che, secondo il costante insegnamento della Suprema Corte, il tipo di rapporto deve essere desunto dalle allegazioni delle parti, non già dal *nomen* concretamente impiegato.

Le cause alle quali si applica il rito del lavoro sono quelle concernenti:

1. *rapporti di lavoro subordinato privato;*

1. «*Rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di un'impresa*». Il rapporto di lavoro subordinato, al

quale si riferisce questo n. 1 dell'art. 409, è quello di cui all'art. 2094 c.c. Nell'attuale formulazione della norma, va tenuta presente l'esplicita precisazione che sono inclusi anche i rapporti estranei all'attività imprenditoriale o comunque produttiva. Si pensi, ad es., al lavoro domestico ed al lavoro a domicilio o al lavoro alle dipendenze di Stati esteri. Si ritiene d'altra parte che la norma riguardi tutti i diritti sorti in dipendenza del rapporto di lavoro (come, ad es., quelli per fatti illeciti commessi nel rapporto di lavoro), sia esso in atto oppure estinto, anche a seguito di licenziamento, e perfino da costituirsi, anche se trovano in esso soltanto un presupposto o un nesso causale.

2. «*Rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonché rapporti derivanti da altri contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie*». Con riferimento a questa tipologia di rapporti va ricordato che l'art. 9 della L. 29/1990 e l'art. 11 del D.Lgs. 150/2011 (v. cap. 15°) hanno compiuto un'attribuzione generale alle sezioni specializzate agrarie delle «controversie in materia di contratti agrari o conseguenti alla conversione dei contratti associativi in affitto», che parrebbe aver eliminato ogni spazio per la competenza del giudice del lavoro, lasciando, tuttavia, intatta la formulazione del n. 2 dell'art. 409. Va, d'altra parte, tenuto presente che anche davanti alle sezioni specializzate agrarie si applica il rito del lavoro (v. oltre, § 108).

3. «*Rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione, che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato*». A questa formulazione del n. 3 dell'art. 409 l'art. 15 della L. 81/2017 ha aggiunto un ulteriore periodo chiarendo che «*la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa*». Si tratta di rapporti che implicano diversi tipi di collaborazione che sono contrapposti, dalla norma in esame, ai rapporti di lavoro subordinato, in quanto in essi il collaboratore è chiamato ad «organizzare autonomamente l'attività lavorativa» (rapporti c.d. *parasubordinati*). Gli «altri rapporti di collaborazione» possono essere i più vari purché presentino i requisiti della *continuità* e della *coordinazione* con l'attività dell'altra parte, in quanto però rimanga prevalentemente personale e cioè purché non assuma a sua volta i caratteri di un'attività imprenditoriale.

4. «*Rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica*». Si tratta di una formulazione ormai superata dall'attribuzione generalizzata, avvenuta

2. rapporti inerenti a contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie;

3. rapporti di agenzia, di rappresentanza e di collaborazione c.d. parasubordinata personale;

4. rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici economici;

nel 1998, al giudice ordinario delle controversie derivanti dal pubblico impiego (v. sub n. 5).

5. rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici non economici.

5. «Rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice». Dalla contrapposizione di questa formulazione a quella di cui al precedente n. 4 appare evidente che gli enti pubblici ai quali si fa riferimento sono *tutti gli enti pubblici non economici*, compresi, quindi, lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali (regioni, province, comuni). La portata della norma è molto chiara nel senso che solo l'esplicita attribuzione da parte della legge lascia spazio per la giurisdizione dei giudici amministrativi.

Va ricordato che, per effetto del D.Lgs. 80/1998, anche le controversie relative al pubblico impiego, che in precedenza appartenevano alla giurisdizione del giudice amministrativo, sono state attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario (tribunale) in funzione di giudice del lavoro. Tale attribuzione non è, d'altra parte, priva di eccezioni riguardanti importanti categorie di pubblici dipendenti (magistrati, militari, dipendenti di polizia, personale appartenente alla carriera diplomatica e a quella prefettizia, professori e ricercatori universitari), sicché – tra l'altro – soltanto con riguardo a queste ultime categorie permane la suddetta giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che può estendersi alle controversie connesse con quelle relative al rapporto di pubblico impiego.

Infine, l'art. 144 ter disp. att. enuncia che «tra le controversie previste dall'art. 409 del codice non si considerano in ogni caso comprese quelle di cui all'articolo 50 bis, primo comma n. 5, seconda parte, del codice», ossia le cause di responsabilità nei confronti dei titolari degli organi amministrativi, dei dirigenti, dei liquidatori e dei direttori generali delle società, per le quali, di conseguenza, troverà applicazione il rito ordinario.

5. Le particolarità delle controversie relative ai licenziamenti individuali.

Va anche aggiunto che il D.Lgs. 149/2022 ha trasferito nel codice la disciplina processuale relativa ai licenziamenti individuali dei lavoratori dipendenti, in precedenza contenuta nella L. 92/2012 (art. 1, commi da 47° a 69°), inserendo il nuovo capo I bis del titolo quarto del libro secondo del codice, rubricato appunto «Delle controversie relative ai licenziamenti», che si compone degli artt. 441 bis, ter e quater.

Anzitutto, nel 1° comma dell'art. 441 bis si prevede che «La trattazione e la decisione delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle quali è proposta domanda di reinte-

grazione nel posto di lavoro hanno carattere prioritario rispetto alle altre pendenti sul ruolo del giudice, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto».

Aggiunge poi il 2° comma dello stesso art. 441 bis che *«le controversie di cui al primo comma sono assoggettate alle norme del capo primo»*, quelle appunto del processo del lavoro, salve alcune specifiche disposizioni. Questa disposizione non riguarda solo le controversie sui licenziamenti «a tutela reale», richiamate nel 1° comma, ma tutte le controversie sui licenziamenti, anche quelle per le quali non sia prevista la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo, ma la corresponsione dell'indennità onnicomprensiva fissata dal giudice.

Il giudice, inoltre, tenuto conto delle circostanze esposte nel ricorso, «può ridurre i termini del procedimento fino alla metà, fermo restando che tra la data di notificazione [del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza] al convenuto o al terzo chiamato e quella della udienza di discussione deve intercorrere *un termine non minore di venti giorni e che, in tal caso, il termine per la costituzione del convenuto o del terzo chiamato è ridotto alla metà»*.

Sempre nell'ottica di assicurare la celerità di svolgimento del procedimento, il 4° comma dell'art. 441 bis aggiunge che all'udienza di discussione il giudice, da un lato, può disporre la trattazione congiunta o separare domande connesse e riconvenzionali e, dall'altro lato, concentrare in udienze ravvicinate l'istruzione e la decisione delle controversie sui licenziamenti nelle quali sia richiesta la reintegrazione nel posto di lavoro.

Infine, le stesse esigenze di celerità e concentrazione – stabilisce il 5° comma – vanno tenute presenti anche nei giudizi di appello e di cassazione.

6. *Le specifiche disposizioni sul licenziamento del socio-lavoratore della cooperativa e sul licenziamento discriminatorio.*

Disposizioni particolari sono riservate poi alle controversie che abbiano ad oggetto i licenziamenti del socio-lavoratore di cooperativa e i licenziamenti di natura discriminatoria.

Nel primo caso è l'art. 441 ter ad occuparsene, stabilendo che anche questo tipo di controversie è assoggettato al rito del lavoro di cui agli artt. 409 e ss. Esso aggiunge che *«in tali casi, il giudice decide anche sulle questioni relative al rapporto associativo eventualmente proposte»* e che lo stesso giudice del lavoro decide anche *«sul rapporto di lavoro e sul rapporto associativo, altresì, nei casi in cui la cessazione del rapporto di lavoro deriva dalla cessazione del rapporto associativo»*.

Anche le controversie in materia di licenziamenti sono soggette al rito del lavoro ...

... e sono trattate con priorità, se hanno ad oggetto la reintegrazione nel posto di lavoro.

Sottoposte al rito del lavoro sono anche le controversie sul licenziamento del socio-lavoratore di cooperativa ...

... e quelle sul licenziamento discriminatorio.

Con riguardo, invece, alle controversie relative al *licenziamento discriminatorio*, l'art. 441 quater si preoccupa di risolvere il problema dell'eventuale proposizione delle relative azioni con i riti speciali diversi dal rito del lavoro e previsti, fondamentalmente, dall'art. 38 del D.Lgs. 198/2006, ossia del c.d. codice delle pari opportunità, e dall'art. 28 del D.Lgs. 150/2011, ossia dal decreto legislativo sulla semplificazione dei riti (v. cap. 15°). E sottolinea che queste diverse azioni sono concorrenti fra di loro e non esercitabili successivamente per far valere la stessa domanda. Vale a dire che la proposizione della domanda relativa alla nullità del licenziamento discriminatoria esercitata con una delle diverse forme previste preclude la possibilità di agire successivamente con un rito diverso, per l'ovvia ragione che si avrebbe la *litispendenza* (v. vol. I, § 40).

7. Rinunce e transazioni, tentativo di conciliazione, eventuale giudizio arbitrale.

Per l'art. 6 L. 533/1973 le rinunce e le transazioni sono impugnabili.

Per quanto concerne le rinunce e le transazioni, sempre con riferimento ai rapporti di cui all'art. 409, è sufficiente qui ricordare che l'art. 2113 c.c. fissa in 6 mesi l'impugnazione delle stesse con qualsiasi atto, anche stragiudiziale (come, ad es., una semplice lettera), quando abbiano ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dei contratti collettivi nazionali. Inoltre, il 4° comma dello stesso art. 2113 stabilisce che queste disposizioni sulle rinunce e transazioni non si applicano alla conciliazione giudiziale di cui all'art. 185 c.p.c. ed a quella intervenuta ai sensi degli artt. 410, 411, 412 ter e 412 quater c.p.c. (che stiamo per esaminare), conciliazioni che pertanto rimangono incontestabili; né si applicano – come vedremo (oltre, § 122) all'accordo conciliativo raggiunto in sede di negoziazione assistita da avvocati.

Il tentativo facoltativo di conciliazione.

Con specifico riferimento al tentativo di conciliazione il 1° comma dell'art. 410 prevede che «*chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 può promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, un previo tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione [presso la Direzione provinciale del lavoro] individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413*».

Il 2° comma aggiunge che la comunicazione (evidentemente alla controparte) della richiesta di espletamento del tentativo interrompe la prescrizione e sospende, «*per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione*», il decorso di ogni termine di decadenza. Nei commi successivi dello stesso art. 410 sono poi configurate le modalità di costituzione, di composizione e di funzionamento delle commissioni di concilia-

zione presso la Direzione provinciale del lavoro.

Se la conciliazione riesce anche limitatamente ad una parte della domanda – così l'art. 411 –, *il processo verbale* viene sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione e, su istanza di parte, il giudice lo dichiara esecutivo con decreto. *Invece, se la conciliazione non riesce*, la commissione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia e, ove la proposta non sia accettata, i termini di essa vanno riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. *Delle risultanze di questa proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio* (non solo ai fini della ripartizione delle spese, ma anche quale comportamento rilevante per la decisione, nei limiti di cui all'art. 116, 2° comma).

Se la conciliazione riesce, il relativo verbale viene dichiarato esecutivo.

Il tentativo di conciliazione può anche essere esperito in sede sindacale, ovvero con le modalità previste dai contratti e accordi collettivi di lavoro (art. 412 ter). In tal caso, evidentemente, non troveranno applicazione le disposizioni di cui all'art. 410, ma, se la conciliazione riesce, il relativo verbale è idoneo ad acquistare efficacia esecutiva mediante decreto del tribunale quale giudice del lavoro, nella cui circoscrizione è stato redatto (art. 411, 3° comma).

Il tentativo di conciliazione può anche essere esperito in sede sindacale.

Stante la rilevanza che – come detto, ai sensi del 2° comma dell'art. 411 – assume nel successivo giudizio il comportamento tenuto dalle parti in sede di tentativo di conciliazione non riuscito, il 3° comma prevede che «ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, *al ricorso depositato ai sensi dell'articolo 415* [ovvero, quello introduttivo del giudizio: v. oltre, § 11] *devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito*».

Infine, sempre a proposito della conciliazione delle controversie individuali di lavoro, l'art. 412 quater prevede che le parti (ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria) possano anche proporre la controversia davanti ad un collegio di conciliazione e di arbitrato irrituale, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro, in funzione di presidente, scelto di comune accordo dai rappresentanti delle parti fra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati patrocinanti in Cassazione. In questo caso il tentativo di conciliazione viene inserito nella procedura arbitrale irrituale, disciplinata dallo stesso art. 412 quater e di cui ci occuperemo più avanti, nel § 117, e, se questo tentativo sortisse esito positivo, troverebbero applicazione anche qui le disposizioni di cui all'art. 411, 1° e 3° comma, circa l'efficacia del verbale di raggiunta conciliazione.

Infine, un'ulteriore procedura di conciliazione è prevista dall'art. 412 quater.

8. La competenza e il rilievo dell'incompetenza.

La sezione seconda del capo in esame, intitolata «*del procedimento di primo grado*», inizia con l'art. 413 che, sotto la rubrica «giudice

competente», detta le regole della competenza per materia, nonché le regole speciali della competenza per territorio. Le quali regole tutte, debbono – come ogni altra regola di competenza – essere esaminate insieme con le norme concernenti l'incompetenza e le modalità del suo rilievo: per quanto concerne il nostro tema, ci riferiamo alle regole con le quali l'art. 428 configura modalità non del tutto coincidenti con quelle previste, per il rito ordinario, dall'art. 38.

L'applicazione delle regole del processo del lavoro non concerne la competenza.

È opportuno, d'altra parte, tener presente che il codice, col configurare il «tribunale in funzione di giudice del lavoro», *non ha per nulla creato un giudice diverso e neppure un «giudice specializzato»* ai termini dell'art. 102, 1° comma, Cost. (v. vol. I, § 32 sub c), ma ha voluto semplicemente evidenziare che il tribunale, quando decide controversie di lavoro, applica le regole proprie del rito del lavoro. Ne deriva che l'applicazione di quelle regole, lungi dal dar luogo ad un particolare tipo di competenza – con le relative conseguenti necessità di pronunce dichiarative d'incompetenza e di impugnazioni col regolamento di competenza – è invece configurata autonomamente ed assoggettata ad una disciplina assai più snella. Ci riferiamo alle norme che, da un lato, prevedono l'assegnazione delle controversie di lavoro in applicazione di un criterio di distribuzione interna e, dall'altro lato, consentono l'eventuale passaggio, in maniera assai rapida, dall'uno all'altro rito. D'altro canto, ciò non deve far dimenticare che *proprio quest'applicabilità del rito del lavoro, che non concerne la competenza, costituisce il presupposto per l'applicazione delle regole di competenza, derivanti dall'applicabilità del rito.*

La competenza è sempre e solo del tribunale monocratico (art. 413, 1° comma).

La prima e fondamentale regola concerne la *competenza per materia* ed è contenuta nel 1° comma dell'art. 413, secondo cui «*le controversie previste dall'articolo 409 sono in primo grado di competenza del tribunale in funzione di giudice del lavoro*».

La vera e propria regola di competenza si esaurisce nell'attribuzione della competenza in primo grado *al tribunale*, mentre, come si è già accennato, la specificazione espressa con le parole «in funzione di giudice del lavoro», lungi dal configurare un giudice diverso, semplicemente concerne le regole di attribuzione interna. Più precisamente, la regola di competenza si sostanzia nell'attribuzione della controversia *sempre al tribunale, quale che sia il suo valore*. «Sempre al tribunale», e, trattandosi di competenza per materia, «*inderogabilmente al tribunale*»: ma occorre tener presente che anche questa inderogabilità incontra il limite, che le deriva indirettamente dall'applicabilità dell'art. 428, su cui tra poco.

La competenza per territorio.

Sotto il profilo del territorio, la competenza è attribuita, dall'art. 413, commi 2° e ss., *facoltativamente e alternativamente* al giudice *nella cui circoscrizione è sorto il rapporto* oppure al giudice *nella cui circoscrizione «si trova l'azienda o una sua dipendenza* alla quale è adetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al mo-

mento della fine del rapporto» (art. 413, 2° comma). Quest'ultima competenza permane anche «*dopo il trasferimento dell'azienda o la cessazione di essa o della sua dipendenza, purché la domanda sia proposta entro sei mesi dal trasferimento o dalla cessazione*» (art. 413, 3° comma). Va, peraltro, precisato che nelle controversie sui rapporti di cui all'art. 409, n. 3 (rapporti di agenzia e altri rapporti c.d. parasubordinati), competente per territorio è *esclusivamente* il giudice nella cui circoscrizione si trova il domicilio dell'agente o del titolare del rapporto c.d. parasubordinato (art. 413, 4° comma).

La competenza per territorio, dunque, è – salva l'ipotesi accennata da ultimo – *facoltativa* tra il tribunale del luogo dove è sorto il rapporto e quello del luogo dove si trova l'azienda (intesa nel senso ampio di cui all'art. 2555 c.c.) o dove si trova la dipendenza dell'azienda alla quale è addetto il lavoratore. Si discute se, rispetto a quest'ultima competenza, sia ulteriormente *facoltativa* (come sembra più logico) oppure *esclusiva*, la competenza del tribunale del luogo della dipendenza presso la quale il lavoratore prestava la propria opera al momento della fine del rapporto, nel caso che non coincida con la prima.

In ogni caso, la competenza emergente da tutti questi criteri alternativi tra loro è *esclusiva* rispetto ai fori generali di cui agli artt. 18 e ss. (v. vol. I, § 37). Ciò si desume dal 5° comma dell'art. 413, secondo cui *le disposizioni dell'art. 18* (da intendersi, presumibilmente, come generico richiamo ai fori generali) *si applicano «qualora non trovino applicazione le disposizioni dei commi precedenti»*, ossia quando siano decorsi i sei mesi di cui al 3° comma. Infine, la competenza del giudice del lavoro è *inderogabile* e quindi *funzionale* (v. vol. I, § 38), poiché l'ultimo comma dell'art. 413 dichiara *nulle le clausole derogative della competenza per territorio*.

La disciplina dell'inderogabilità, peraltro, va coordinata con le disposizioni dell'art. 428, dedicato appunto all'incompetenza e più precisamente alle modalità e alle conseguenze del suo rilievo. Esso dispone, nel suo 1° comma, che «*quando una causa relativa ai rapporti di cui all'articolo 409 sia stata proposta a giudice incompetente, l'incompetenza può essere eccepita dal convenuto soltanto nella memoria difensiva di cui all'articolo 416* (v. oltre, § 12) *ovvero rilevata dal giudice non oltre l'udienza di cui all'articolo 420*» (v. oltre, § 14), mentre il 2° comma soggiunge che «*quando l'incompetenza sia stata eccepita o rilevata ai sensi del comma precedente, il giudice rimette la causa al tribunale in funzione di giudice del lavoro, fissando un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la riassunzione con rito speciale*».

Nei casi di incompetenza per territorio la particolarità della disciplina dell'art. 428 (conforme per il resto a quanto previsto dall'art. 38, 1° comma, per il rito ordinario: v. § 38 del vol. I) sta soprattutto nella *rilevabilità anche d'ufficio* dell'incompetenza per territorio fino all'udienza di discussione. Comunque sia, la dichiarazione dell'in-

I criteri fissati sono di natura *funzionale* e *inderogabile*.

competenza sarà effettuata con ordinanza, secondo quel che prevede il 1° comma dell'art. 279 (v. § 39 del vol. I).

Il giudice incompetente deve rimettere la causa al giudice competente, fissando termine per la riassunzione.

È anche certo che con l'ordinanza dichiarativa dell'incompetenza il giudice debba disporre la rimessione della causa al tribunale competente in funzione di giudice del lavoro, fissando un termine perentorio per la riassunzione col rito speciale.

9. *Il passaggio dal rito ordinario al rito speciale e viceversa.*

Venendo ora alle regole dedicate ai passaggi dall'uno all'altro rito – ossia agli artt. 426 e 427 – e ricordato che tali regole implicano, anziché questioni di competenza, la semplice esigenza di applicazione del rito speciale, giova osservare che quest'ultima caratteristica assume particolare rilievo soltanto con riguardo alle sezioni del lavoro del tribunale. Solo con riguardo a tali sezioni, infatti, il giudice del lavoro si individua autonomamente impersonandosi in uno dei magistrati appartenenti alla sezione del lavoro (con la conseguenza che il passaggio dall'uno all'altro rito implica anche il passaggio ad altra sezione; il che dovrebbe avvenire per il tramite del presidente del tribunale). Negli altri casi, invece, non c'è questione di attribuzione, poiché tutto si riduce all'esigenza che il giudice applichi il rito speciale anziché quello ordinario, o viceversa (naturalmente, in quest'ultima ipotesi, in quanto sia competente).

Se una causa di lavoro è proposta nelle forme del rito ordinario si applica l'art. 426.

L'art. 426 disciplina il *passaggio dal rito ordinario al rito speciale*, configurando l'ipotesi che una causa relativa ad uno dei rapporti previsti dall'art. 409 sia proposta *davanti al tribunale* (giacché se fosse proposta davanti al giudice di pace si verificherebbe l'incompetenza per materia, con la conseguente applicabilità dell'art. 428, come si è visto nel § precedente), ma *nelle forme ordinarie*. Per tale ipotesi, l'art. 426 dispone, dunque, che il giudice «*fissa con ordinanza l'udienza di cui all'articolo 420 (v. oltre, § 14) e il termine perentorio entro il quale le parti dovranno provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria*» [con modalità telematiche: v. § 70 del vol. I]. Poiché si tratta d'integrazione solo eventuale, senza *translatio* davanti ad un altro giudice, la perentorietà del termine concerne evidentemente soltanto la decadenza relativa alle eventuali domande nuove e ai nuovi mezzi di prova e il suo mancato rispetto non dà luogo ad estinzione del processo. «*Nell'udienza come sopra fissata – così prosegue il 2° comma del medesimo art. 426 – provvede a norma degli articoli che precedono*». In relazione a quanto detto sopra, è opportuno precisare che, se nel tribunale esiste una sezione del lavoro, gli adempimenti di cui sopra saranno preceduti dalla rimessione alla sezione del lavoro per l'attribuzione ad un giudice di questa.

L'art. 427 disciplina, invece, il *passaggio dal rito speciale al rito ordinario*, configurando l'eventualità che una causa, promossa davanti al tribunale con le forme del rito del lavoro, riguardi un rapporto diverso da quelli previsti dall'art. 409.

Se una causa ordinaria è proposta con le forme del rito del lavoro si applica l'art. 427.

Per quest'eventualità, la norma in esame si pone da un punto di vista più ampio rispetto a quello dell'art. 426, poiché prende in considerazione non solo l'ipotesi che il tribunale adito sia competente, ma anche, a differenza dell'art. 426, l'ipotesi che esso sia incompetente. Per la prima ipotesi stabilisce semplicemente che il giudice «*dispone che gli atti siano messi in regola con le disposizioni tributarie*»; ciò che va posto in relazione con il particolare regime previsto per le controversie di lavoro per il versamento del contributo unificato (v. retro, § 2). Una volta regolarizzati gli atti, la causa può proseguire secondo il rito ordinario. Si deve, però, anche qui tener presente che, se il tribunale è diviso in sezioni ed esiste una sezione del lavoro, il giudice appartenente a questa sezione dovrà rimettere la causa al presidente per l'assegnazione ad una sezione ordinaria.

Per l'ipotesi, invece, che il giudice adito sia incompetente, la norma in esame dispone che esso *rimetta la causa con ordinanza al giudice competente*; ordinanza impugnabile con il regolamento di competenza. La norma prosegue disponendo che con la medesima ordinanza il giudice fissa «*un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la riassunzione della causa con il rito ordinario*». Se questo termine non è osservato, si applica l'art. 307, 3° comma, e il processo si estingue (v. § 68 del vol. II).

Il 2° comma dell'art. 427 risolve il problema dell'efficacia delle prove acquisite «*durante lo stato di rito speciale*» nel giudizio che prosegue con il rito ordinario, in relazione al fatto che – come si vedrà più avanti: § 15 – il rito speciale consente l'ammissione, anche d'ufficio, di prove che non sarebbero ammissibili secondo il rito ordinario. Al riguardo, la norma ora in esame dispone che «*le prove acquisite durante lo stato di rito speciale avranno l'efficacia consentita dalle norme ordinarie*». Occorre, infine, ricordare qui la particolare disciplina di cui ai commi 3°, 4° e 5° dell'art. 40 e finalizzata ad agevolare la trattazione congiunta di cause connesse per le quali sono previsti riti diversi, disciplina esaminata nel vol. I, § 41 in fine.

10. *Legittimazione processuale, rappresentanza, onere di comparizione personale delle parti e onere del patrocinio.*

Con riguardo alle condizioni dell'azione, il processo del lavoro non presenta alcuna particolarità, salvo il rilievo che la regola della *legittimazione ad agire*, avuto riguardo ai diritti sostanziali che si fanno valere, implica l'esigenza che i soggetti che assumono il ruolo di atto-

re (ricorrente) e, rispettivamente, di convenuto, siano, nella domanda, affermati come i soggetti di uno dei rapporti indicati nell'art. 409 e dai quali può derivare una controversia individuale: datore e prestatore di lavoro.

Con riferimento alla *legittimazione processuale*, va solo ricordato che, a fianco della rappresentanza processuale, opera – come, del resto, anche nel processo ordinario ai sensi dell'art. 185 – la particolare rappresentanza del procuratore generale o speciale che può comparire all'udienza di cui all'art. 420, per assolvere all'onere di comparizione *personale*, se a conoscenza dei fatti della causa e munito del potere di transigere e conciliare e tenendo presente che la mancata comparizione, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio (così il 2° comma dell'art. 420).

La particolare rappresentanza della parte onerata alla comparizione personale all'udienza di cui all'art. 420.

D'altra parte, le due figure possono anche sovrapporsi nel senso che, se la veste di procuratore a comparire all'udienza non implica la legittimazione processuale, ossia il potere di compiere gli ulteriori atti del processo, non è vero il contrario, giacché la legittimazione processuale (rappresentativa) non può non includere anche il potere-onere di presenziare all'udienza. E se, d'altra parte, si tiene presente che – come abbiamo visto – per l'art. 77 la qualità di rappresentante processuale presuppone la qualità di rappresentante anche nel campo sostanziale (v. vol. I, § 47), e quindi il potere di conciliare e transigere, ne deriva che l'unico limite è costituito dall'onere di conoscenza dei fatti della causa. Con quest'unico limite, dunque, il rappresentante processuale va considerato «parte», agli effetti dell'onere di cui all'art. 420.

Ancora col limite dell'onere della conoscenza dei fatti della causa, nulla sembra impedire, d'altra parte, che i particolari poteri rappresentativi di cui all'art. 420 siano conferiti al difensore, naturalmente con apposita procura speciale che includa il potere di conciliare e transigere.

La parte può stare in giudizio personalmente quando il valore della causa non eccede euro 129,11.

Venendo, così, a quanto concerne più da vicino la rappresentanza tecnica o onere del patrocinio, va tenuto presente che l'art. 417 attribuisce alla parte *il potere di stare in giudizio personalmente*, quando il valore della causa non eccede euro 129,11, mentre l'art. 417 bis aggiunge che, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni di cui al 5° comma dell'art. 413, le Amministrazioni possono, *nel solo giudizio di primo grado*, stare in giudizio «*avvalendosi direttamente di propri dipendenti*». Per quanto concerne, infine, l'ampiezza dei poteri che, con la procura alle liti, vengono attribuiti al difensore, non sembra che tale ampiezza sia diversa da quella propria del giudizio ordinario e di cui all'art. 84 (v. vol. I, § 49).

Il rilievo di massima (compiuto all'inizio del § 3) che la disciplina del rito del lavoro, in quanto disciplina di un processo speciale di

cognizione, lascia in vigore la disciplina del processo ordinario di cognizione ove non derogata, consente di limitare il riferimento a gran parte degli istituti generali alla semplice constatazione dell'assenza di una siffatta deroga. Ciò vale, tra l'altro, per la disciplina delle *nullità*, per quella dei *termini* e delle relative decadenze, per l'*interruzione*, per la *sospensione* e l'*estinzione* del processo. Naturalmente, vanno fatti salvi gli opportuni adattamenti imposti dalle caratteristiche particolari del rito del lavoro; e talora accade che queste caratteristiche particolari incidano profondamente su istituti privi di disciplina specifica nel rito del lavoro: come, ad es., la *contumacia*, che risulta limitata al solo convenuto (v. oltre, § 12). A proposito dei termini e delle decadenze conseguenti alla loro eventuale perentorietà (tra cui l'estinzione del processo), basterà aggiungere che, mentre in taluni casi (v., ad es., l'art. 420) il codice prevede una disciplina speciale delle decadenze che indubbiamente deroga a quella generale, in molti altri casi tale meccanismo non è derogato da alcuna disciplina speciale e pertanto opera secondo le regole dell'art. 307 e dell'art. 309, eventualmente attraverso la previa cancellazione dal ruolo con la conseguente possibilità di riassunzione entro 3 mesi.

Con riguardo alla rimessione in termini, prevista come istituto di carattere generale dall'art. 153, 2° comma (v. retro, § 66 del vol. I), ci sono tutti i presupposti per ammetterne l'applicabilità, tenendo peraltro presente che anche nel processo del lavoro tutte le decadenze (relative sia alle allegazioni che alle istanze istruttorie) sono rilevabili d'ufficio e non superabili dall'accettazione della controparte.

11. *Il ricorso introduttivo, il decreto di fissazione dell'udienza e la sua notificazione.*

Come già rilevato al § 3, una delle caratteristiche più appariscenti della disciplina del processo del lavoro consiste nell'abbandono del sistema di evocazione in giudizio mediante citazione a favore di un sistema fondato sul ricorso e successivo decreto di fissazione dell'udienza, analogo a quello adottato per l'introduzione di altri processi speciali, come, ad es., il processo semplificato di cognizione (v. retro, § 70 del vol. II) o quello in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie (v. oltre, cap. 3°).

L'art. 414, rubricato «forma della domanda», enuncia che «*la domanda si propone con ricorso ...*». Segue l'elencazione degli elementi che tale atto deve contenere e che coincide – con l'impiego per lo più, anche delle stesse parole – con l'elencazione dei requisiti dell'atto di citazione contenuta nell'art. 163, alla quale pertanto non abbiamo che da richiamarci (v. vol. II, § 3); salve alcune particolarità che stiamo per rilevare e salve naturalmente le particolarità che stan-

L'art. 414 enuncia che *la domanda si propone con ricorso.*

no in relazione col diverso meccanismo di evocazione in giudizio; tra le quali ultime fa spicco l'assenza di quella parte dell'atto di citazione che contiene la *vocatio in jus*.

Giova, rilevare che il n. 2 non include l'indicazione dell'organo o ufficio che ha la rappresentanza della persona giuridica (attrice o convenuta), che il n. 3 si riferisce senz'altro all'oggetto della domanda (anziché alla cosa oggetto della domanda), ciò che sembra implicare l'onere di indicare anche il *petitum* immediato (v. vol. I, § 29), nonché di specificare lo stesso *petitum* mediato, e che il n. 4 si riferisce ai fatti e agli elementi di diritto, indicando la *causa petendi* con formula analoga a quella dell'art. 163, 3° comma, n. 4, mentre il n. 5 enuncia l'onere dell'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui l'attore intende avvalersi e dei documenti che intende produrre.

Sebbene l'art. 414 nulla disponga circa la sottoscrizione dell'atto, né circa l'indicazione della procura (come, invece, dispone l'art. 163, ultimo comma, col richiamo all'art. 125), è evidente l'applicabilità diretta di queste norme nel senso che il ricorso va sottoscritto dal difensore già munito di procura (o dalla parte personalmente quando questa può stare in giudizio: v. retro, § 10). In ogni caso, la questione va riesaminata alla luce della riformulazione dell'art. 182, 2° comma, e della possibilità di sanatoria del vizio di rappresentanza tecnica (v., nel vol. I, i §§ 5 e 17 e, nel vol. II, il § 19).

«*Il ricorso* – dispone poi l'art. 415, 1° comma – è depositato nella cancelleria [con modalità telematiche: v. § 70 del vol. I] del giudice competente insieme con i documenti in esso indicati», secondo quel che normalmente accade quando il processo sia introdotto con ricorso.

Segue poi, nei commi successivi di questo art. 415, una serie di disposizioni dedicate al completamento del meccanismo di evocazione in giudizio, e palesemente ispirate dall'intento di evitare che in quei momenti, in cui le iniziative spettano all'ufficio, si verifichino delle stasi, che eliminerebbero i vantaggi di tale sistema; nonché ispirate, d'altra parte, dall'intento di evitare l'opposto pericolo che un'eccessiva rapidità abbia a pregiudicare i diritti della difesa della parte convenuta. Tali intenti sono conseguiti attraverso un sistema articolato di termini acceleratori o, per converso, dilatori (v. vol. I, § 66).

Il giudice fissa
l'udienza di
discussione.

«*Il giudice* – così recita il 2° comma – entro cinque giorni dal deposito del ricorso, fissa, con decreto, l'udienza di discussione alla quale le parti sono tenute a comparire personalmente». Segue, nel 3° comma, un termine acceleratorio, per il giudice, nella fissazione dell'udienza: «tra il giorno del deposito del ricorso e l'udienza di discussione non devono decorrere più di sessanta giorni» (ottanta nel caso di notificazione all'estero: 6° comma). Quindi, nel 4° comma, la disciplina dell'atto al quale è, più specificamente, affidata l'instaurazione del contraddittorio, non senza un termine acceleratorio a carico dell'attore: «*Il ricorso unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al con-*

venuto, a cura dell'attore, entro dieci giorni dalla data di pronuncia del decreto, salvo quanto disposto dall'articolo 417» (ossia per il caso in cui la parte stia in giudizio personalmente). E, infine (nel 5° comma), il termine dilatorio (corrispondente al c.d. «termine a comparire» di cui all'art. 163 bis) per consentire al convenuto di disporre le proprie difese: *«tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni»* (quaranta nel caso di notificazione all'estero: 6° comma).

Con particolare riferimento al termine fissato per la notifica, a cura dell'attore, del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza, esso non è espressamente dichiarato perentorio e pertanto il suo eventuale mancato rispetto non dà luogo a decadenza, sempre che sia rispettato il termine a comparire. Invece, nel caso in cui tale termine non sia rispettato – come anche in quella di mancanza o di assoluta incertezza della data dell'udienza – l'adattamento delle regole di cui all'art. 164 al diverso modo di evocazione in giudizio dovrebbe condurre alla nullità non del ricorso, ma del decreto o della sua notificazione, col conseguente ordine di rinnovazione della notificazione in applicazione degli artt. 162 e 291, previa eventuale pronuncia di un nuovo decreto con la fissazione di una nuova udienza. Invece, continuano a permanere incertezze, in giurisprudenza, per l'ipotesi in cui sia del tutto omessa o risulti inesistente la notificazione al convenuto del ricorso introduttivo e del decreto di fissazione dell'udienza.

Nullità del ricorso si avrà, invece – avuto riguardo anche al testo dell'art. 164 –, nei casi di omissione o assoluta incertezza di uno o più dei requisiti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 414. In questi casi, il giudice dovrà disporre la rinnovazione del ricorso e la sua integrazione assegnando un termine perentorio a pena di estinzione e comunque fissando altra udienza; tenendo, peraltro, presente che, in applicazione analogica dell'art. 164, nei casi di cui ai nn. 1 e 2 la costituzione del convenuto sana il vizio *ex tunc*, mentre nei casi di indeterminatezza del *petitum* o dell'esposizione dei fatti, la nullità sarà sanabile *ex nunc* e solo a seguito della rinnovazione del ricorso o, se il convenuto si sia costituito, dell'integrazione (art. 164, 4° comma).

Circa la determinazione del momento di inizio del processo, il 3° comma dell'art. 39 espressamente prevede che in tal caso la pendenza è data *«dal deposito del ricorso»*, e dunque la data del deposito segna il momento determinativo della litispendenza a tutti gli effetti, processuali e sostanziali.

Ancora al deposito del ricorso debbono, d'altra parte, ricondursi quegli atti che nel giudizio ordinario avvengono dopo la notificazione della citazione, ossia l'iscrizione a ruolo e la costituzione dell'attore. A quest'ultimo riguardo, poiché il codice nulla dispone circa la costituzione dell'attore, si deve ritenere che il legislatore abbia inteso far coincidere la costituzione dell'attore col deposito del ricorso ai

Nullità del ricorso.

Il deposito del ricorso determina l'inizio del processo.

termini dell'art. 415, 1° comma. Ne deriva che *in questo processo non è configurabile una contumacia dell'attore.*

12. La costituzione del convenuto e l'eventuale domanda riconvenzionale.

Il convenuto si costituisce depositando una memoria difensiva.

L'art. 416, dopo aver enunciato, nel 1° comma, che «*il convenuto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, dichiarando la residenza o eleggendo domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito*», prosegue, nel 2° comma, disponendo che «*la costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria [con modalità telematiche: v. § 70 del vol. I] di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio*».

Infine, nel 3° comma dell'art. 416, si precisa che «*nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare*».

L'anticipazione della scadenza del termine di costituzione del convenuto sta in relazione con la necessità che il giudice, da un lato, ed il ricorrente, dall'altro lato, possano conoscere a fondo le allegazioni, le produzioni e le deduzioni anche del convenuto. E pure in relazione a ciò sta la necessaria completezza dell'atto.

Va anche tenuto presente che qui il *termine di costituzione* del convenuto assume un carattere assai più *perentorio* rispetto al giudizio ordinario; non nel senso che il convenuto non possa costituirsi anche successivamente (giacché nessuna disposizione deroga l'art. 171, 2° comma), ma nel senso che *le preclusioni rispetto alle iniziative e agli adempimenti che la legge prevede come da effettuarsi con la memoria difensiva, a pena di decadenza, operano fin dal momento della scadenza del termine per la costituzione*; salva soltanto la rimessione in termini di cui all'art. 153, 2° comma.

Queste preclusioni concernono:

Le preclusioni per il convenuto concernono:

a) la proposizione di eventuali domande riconvenzionali;

a) *la proposizione di eventuali domande riconvenzionali.* A questo riguardo, il dettato dell'art. 416, 2° comma, che prevede la proposizione di queste domande nella memoria in discorso, *a pena di decadenza*, va integrato con l'ulteriore e più ampia disciplina contenuta nell'art. 418, ove è configurata una serie di atti orientati dalla necessità di porre l'attore in condizione di predisporre a sua volta le proprie difese *prima dell'udienza*, che perciò deve essere nuovamente fissata:

la richiesta al giudice, nella stessa memoria difensiva, di pronunciare un nuovo decreto che fissi altra udienza; la fissazione di tale udienza non oltre 50 giorni (70 in caso di notificazione all'estero) e col rispetto di un termine a comparire non minore di 25 giorni (35 in caso di notificazione all'estero) (commi 1°, 2°, 4°, 5°); ed infine, la notificazione all'attore del nuovo decreto entro 10 giorni dalla sua pronuncia, *a cura dell'ufficio*, unitamente alla memoria difensiva (3° comma);

b) la proposizione di *eventuali eccezioni processuali o di merito* che non siano rilevabili d'ufficio;

c) l'indicazione dei *mezzi di prova offerti, compresi i documenti*;

d) l'onere della proposizione, nella memoria, di *tutte le difese in fatto e in diritto*. Non sembra, tuttavia, che questo dettato abbia, nella sua genericità, una portata veramente preclusiva, giacché rispetto alle difese in diritto opera la regola *jura novit Curia*, mentre rispetto alle difese in fatto ogni concreto oggetto di preclusione è esaurito dalle regole concernenti, da un lato, le eccezioni e i mezzi di prova e, dall'altro lato, le allegazioni, secondo quanto stiamo per vedere;

e) l'onere di *prendere posizione in maniera precisa circa i fatti affermati dall'attore* a fondamento della domanda. Sebbene il codice non configuri alcuna specifica decadenza per l'eventuale mancata osservanza di quest'onere, si deve ritenere che sia tardiva (seguendo anche l'orientamento della Cassazione) la contestazione intervenuta successivamente al termine fissato dal 1° comma dell'art. 420 per l'eventuale modifica delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni e che l'inosservanza dell'onere o la contestazione solo generica determina per il giudice l'obbligo di considerare non bisognosi di prova i fatti *non specificatamente contestati dalla parte costituita* (art. 115, 1° comma), anche ai fini della pronuncia dell'ordinanza di somme non contestate di cui all'art. 423, 1° comma (v. oltre, § 16);

f) la *richiesta di autorizzazione alla chiamata di un terzo*. Sebbene l'art. 269, 2° comma, non preveda esplicitamente l'onere di effettuare questa richiesta nella memoria difensiva, quest'onere, con la relativa decadenza, risulta dalla logica della norma, oltre che dal rilievo che la proposizione di questa richiesta alla prima udienza è inconciliabile con la specialità del rito.

È opportuno sottolineare fin da ora che il regime delle preclusioni ora illustrato non riguarda soltanto il convenuto, ma *mutatis mutandis*, anche l'attore, come risulta implicitamente dal combinato disposto degli artt. 414, n. 4, e 420.

La mancata costituzione del convenuto fonda la dichiarazione della sua *contumacia*, con la conseguente applicazione della disciplina propria del processo contumaciale (v. vol. II, § 65). Siccome qui non sono previste le verifiche preliminari previste dall'art. 171 bis per il rito ordinario (v. vol. II, § 12), la dichiarazione di contumacia verrà

b) la proposizione di eccezioni non rilevabili d'ufficio;

c) l'indicazione di mezzi di prova e documenti;

d) la prospettazione di ogni altra difesa;

e) l'onere di prendere posizione sui fatti affermati dall'attore;

f) la richiesta di autorizzazione alla eventuale chiamata di un terzo.

La mancata costituzione del convenuto determina la sua contumacia, che sarà dichiarata all'udienza.

effettuata all'udienza, previo eventuale ordine di rinnovazione della notificazione ai termini dell'art. 291 e fissazione di altra udienza.

13. *Costituzione e difesa personale delle parti; intervento dei terzi e delle associazioni sindacali; riunione e separazione di cause.*

L'art. 417 integra la disciplina dell'introduzione del giudizio e della costituzione delle parti con riguardo alle ipotesi nelle quali la parte sta in giudizio personalmente, ciò che – come si vide al § 10 – è consentito quando il valore della causa non eccede euro 129,11. Per tali ipotesi, il codice dispone che, mentre le forme della proposizione della domanda da parte dell'attore e quelle della costituzione del convenuto sono le stesse che sono previste negli artt. 414 e 416, salva la facoltà di eleggere domicilio «nell'ambito del territorio della Repubblica» (2° comma), l'attore ha, tuttavia, un'ulteriore facoltà. Quella particolare facoltà – che, nel rito ordinario, è prevista soltanto nel giudizio davanti al giudice di pace (art. 316, 2° comma): v. vol. II, § 76 – di «proporre la domanda anche verbalmente davanti al giudice che ne fa redigere processo verbale» (3° comma), da notificarsi al convenuto. Ma, a differenza di quanto previsto nella suddetta norma del rito ordinario, la norma in esame (4° comma) dispone che la notificazione del processo verbale avviene *a cura della cancelleria* e deve essere effettuata anche all'attore, entro i termini di cui all'art. 415. Ciò anche nel caso di proposizione della domanda in forma scritta, nel qual caso oggetto della notificazione a cura della cancelleria sarà il ricorso. Questa particolare agevolazione della notificazione a cura della cancelleria alle parti, che stanno in giudizio personalmente, è poi estesa, dal 5° comma dell'articolo in esame, ad «ogni ulteriore atto o memoria».

La disciplina dell'introduzione del processo e dell'instaurazione del contraddittorio nel processo del lavoro è, infine, completata dall'art. 419, con riguardo alle modalità dell'intervento volontario dei terzi, da integrarsi a sua volta con i commi 9° e 10° dell'art. 420, che invece concernono l'intervento coatto.

L'intervento
volontario di terzi.

Per l'*intervento volontario* (v. vol. I, § 55), il termine in cui esso può aver luogo coincide con la scadenza del termine di costituzione del convenuto (art. 419), ossia almeno 10 giorni prima dell'udienza di discussione, ciò che palesemente comprime le possibilità di difesa del terzo. L'intervento in discorso deve essere effettuato «con le modalità previste dagli articoli 414 e 416 in quanto applicabili», ossia con una memoria (avente il contenuto di cui all'art. 414 o all'art. 416 a seconda della posizione processuale assunta) da depositarsi nel termine suddetto; dopo di che *il giudice dovrà fissare una nuova udienza* con il rispetto del termine (non minore di 30 giorni) di cui all'art. 415, 5° comma (elevabile a 40 giorni in caso di notificazione all'estero), di-

sponendo che il decreto di fissazione della nuova udienza sia notificato all'interveniente e che entro 5 giorni detto decreto e la memoria di intervento siano notificati alle parti originarie, le quali potranno depositare memoria non meno di 10 giorni prima della nuova udienza.

Per l'*intervento coatto*, sia a istanza di parte ai termini dell'art. 106 (v. vol. I, § 56), sia per ordine del giudice ai termini dell'art. 107 (v. vol. I, § 57), nonché in caso di integrazione necessaria del contraddittorio ai termini dell'art. 102, 2° comma (v. vol. I, § 54) (per il quale ultimo caso l'art. 419 prevede una deroga al termine di costituzione dell'interveniente volontario visto poc'anzi), le modalità previste dal 9° comma dell'art. 420 fanno pure perno sulla *fissazione di una nuova udienza*, ciò che avviene con provvedimento del giudice all'udienza inizialmente fissata. Con tale provvedimento, il giudice dispone che *entro 5 giorni siano notificati al terzo il provvedimento stesso «nonché il ricorso introduttivo, e l'atto di costituzione del convenuto*, osservati i termini di cui ai commi 3°, 5° e 6° dell'articolo 415. Il termine massimo entro il quale deve tenersi la nuova udienza decorre dalla pronuncia del provvedimento di fissazione». «Il terzo chiamato – prosegue il 10° comma – *deve costituirsi non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata*, depositando la propria memoria a norma dell'articolo 416». Va, infine, tenuto presente che, per il comma 11° del medesimo articolo, alle notificazioni suddette provvede l'ufficio.

L'intervento *coatto* di terzi.

Quanto alle associazioni legalmente riconosciute, esse possono avere interesse a «sostenere le ragioni di alcuna delle parti», secondo la dizione dell'art. 105, 2° comma, e sono perciò legittimate all'intervento adesivo dipendente (v. vol. I, § 55), quando non sussistono particolari ragioni che possano fondare addirittura un intervento liti-consortile. Tutto questo, a prescindere dal potere ben diverso di compiere osservazioni orali e scritte e di dare informazioni tramite un loro rappresentante, potere che l'art. 425 espressamente attribuisce alle associazioni sindacali, ad istanza di parte (v. oltre, § 15).

Si deve, infine, far cenno di una disposizione alla cui notevole importanza non fa riscontro la collocazione (inopportuna) della norma che la contiene. Ci riferiamo all'art. 151 disp. att., il quale, al fine di favorire il *simultaneus processus*, configura come obbligatoria, per il giudice (anche in appello), la riunione, ai sensi dell'art. 274, dei procedimenti relativi a controversie in materia di lavoro, di previdenza e di assistenza connesse anche soltanto per identità delle questioni (c.d. *connessione impropria*: v. vol. I, § 30), salvo solo il caso che tale riunione renda troppo gravoso o ritardi eccessivamente il processo. Ma anche in quest'ultimo caso – dispone lo stesso art. 151 disp. att. – la riunione va comunque disposta tra le controversie che si trovano nella stessa fase processuale, salvo gravi e motivate ragioni.

Le cause connesse, anche per *connessione impropria*, devono essere riunite, salvo che ciò ritardi eccessivamente il processo.

Nel caso che siano proposte insieme o successivamente riunite due o più cause connesse, una (o più) delle quali sia estranea al rito

del lavoro, soccorre il 3° comma dell'art. 40 (v. vol. I, § 41), in forza del quale il rito del lavoro va applicato a tutte le cause connesse, così evitandosi la necessità della separazione. Analogo criterio opera nella più specifica ipotesi di connessione prevista dall'art. 151 disp. att.

14. *L'udienza di discussione della causa: le verifiche e i controlli di regolarità; l'interrogatorio libero delle parti e il tentativo di conciliazione.*

Abbiamo avuto più volte occasione di accennare al fatto che, nel processo del lavoro, la prima udienza è, almeno tendenzialmente, anche l'unica. È ora appena il caso di rilevare come questo tipo di udienza, nella quale si svolgono, in immediata successione, le verifiche proprie della prima udienza, l'interrogatorio delle parti, il tentativo di conciliazione, l'assunzione delle prove, la discussione e la pronuncia della sentenza, venga incontro ai postulati chiovendiani dell'oralità della concentrazione e dell'immediatezza.

Le verifiche che, nel rito ordinario, sono effettuate con le verifiche preliminari che il giudice compie ai sensi dell'art. 171 bis prima dell'udienza (v. vol. II, § 12) *e, nel rito semplificato, direttamente alla prima udienza* (v. vol. II, § 73), nel rito del lavoro concernono, anzitutto, la costituzione delle parti e la loro presenza all'udienza di discussione. Al riguardo, occorre distinguere tra l'onere della comparizione a mezzo del difensore, ossia il normale onere di presenziare all'udienza (v. vol. II, § 18), e l'onere della comparizione *personale* delle parti (v. vol. II, § 20). Per quest'ultimo onere, da porsi in relazione con l'espletamento dell'interrogatorio libero delle parti ad opera del giudice e col conseguente tentativo di conciliazione, non abbiamo che da richiamarci a quanto dicemmo al § 10 e, con riferimento all'identico onere previsto per il rito ordinario dall'art. 183, 1° comma, a quanto dicemmo a suo tempo (nel § 20 del vol. II). Per la comparizione a mezzo del procuratore, invece, dopo il richiamo di quanto dicemmo al § 12 circa la previa costituzione delle parti e l'eventuale dichiarazione di contumacia del convenuto, occorre prospettare l'ipotesi della non comparizione (neppure a mezzo del difensore) di tutte o di alcuna delle parti costituite. Per quest'ipotesi, non sembra che sussistano ostacoli all'applicazione dell'art. 181 (v. vol. II, § 18). D'altra parte, non sembra che l'art. 181 interferisca col divieto delle «udienze di mero rinvio» contenuto nell'ultimo comma dell'art. 420.

In secondo luogo, occorre soffermarsi su quelle verifiche che, nel rito ordinario, concernono la regolarità della costituzione delle parti e che si concretano in quegli ampi poteri di regolarizzazione e di sanatoria, che sono previsti dall'art. 182, 1° e 2° comma, e dall'art. 171 bis, 1° comma (v. vol. II, §§ 12 e 19).

All'udienza, se non compaiono entrambe le parti o una di esse, si applica l'art. 181.

«Il giudice *indica* – così recita il 1° comma dell'art. 421 – alle parti *in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate*, assegnando un termine per provvedervi, salvi gli eventuali diritti quesiti». Rispetto all'art. 182, 1° comma, questa formula è più ampia perché non distingue tra i diversi atti ed è, d'altra parte, applicabile *in ogni momento*; non è, tuttavia, felice il riferimento alle irregolarità «che possono essere sanate» e che, secondo la *ratio*, va inteso col significato di un riferimento alle irregolarità «non espressamente dichiarate insanabili»; ciò che, peraltro, sembra già implicito nella riaffermata salvezza dei diritti quesiti. Con la stessa ampiezza prevista dal 2° comma dell'art. 182 troverà applicazione anche nel rito del lavoro la possibile sanatoria del vizio della mancanza della procura al difensore o del difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione (v. vol. II, §§ 12 e 19).

Altro incombente, che nel rito ordinario è proprio della prima udienza di cui all'art. 183 (v. vol. II, § 20), è il tentativo di conciliazione. Stando all'art. 420, 1° comma, «nell'udienza fissata per la discussione della causa, *il giudice interroga liberamente le parti presenti e tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa. La mancata comparizione personale delle parti o il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio*».

L'*interrogatorio delle parti*, configurato dalla norma in esame, mentre non ha alcuno dei caratteri propri dell'interrogatorio formale, di cui agli artt. 228 e ss. (v. vol. II, § 51), e non dà luogo alla confessione giudiziale, neppure s'identifica con l'interrogatorio libero di cui all'art. 117, 1° comma. Ciò si dice non già nel senso che le «valutazioni ai fini del giudizio», che il giudice può trarne, possono andare oltre gli «argomenti di prova», di cui all'art. 116, 2° comma (v. vol. I, § 20 e vol. II, § 38), ma nel senso che, in quanto effettuato nell'imminenza della decisione, consente al giudice di fruire di una sorta di «testimonianza della parte» come integrazione delle prove. Inoltre, dalle risposte delle parti in sede di interrogatorio, il giudice può desumere quella «non contestazione», che gli consente la pronuncia dell'ordinanza provvisoria di cui all'art. 423 (v. oltre, § 16). Infine, l'interrogatorio delle parti costituisce, ovviamente, la migliore e più fruttuosa introduzione al *tentativo di conciliazione*, che pure è, come nel rito ordinario (v. vol. II, § 20), obbligatorio *in limine litis* e nel corso del quale il giudice è tenuto a formulare una *proposta transattiva o conciliativa*. Va pure ricordato che nessuna di queste possibilità è frustrata dall'eventuale mancata presenza personale delle parti, sia perché il giudice può trarre argomenti utili ai fini del giudizio anche dall'assenza della parte, se non dovuta ad un giustificato motivo, e sia perché l'eventuale rappresentante per la comparizione personale è gravato dall'onere di conoscere i fatti della

Il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità degli atti e dei documenti che possono essere sanate ...

... e dispone la sanatoria dei vizi di cui all'art. 182, 2° comma.

L'*interrogatorio libero delle parti* e il tentativo di conciliazione.