

VERSO L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO

Questioni rilevate d'ufficio e diritto al contraddittorio

Principio generale assoluto è il disposto dell'art. 110 c.p.c. che, al comma 1, sancisce il divieto di qualsiasi pronuncia se la parte nei cui confronti viene richiesta non è stata regolarmente citata e/o non è comparsa.

Tale principio, da applicare per tutta la durata del procedimento ed in tutte le fasi dello stesso, è da ricomprendere certamente tra quelli del cd giusto processo, espressi dall'art. 111 della Costituzione. Infatti, il “nuovo” comma 1 dell'art. 111 Cost. stabilisce che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” ed il “nuovo” comma 2, a sua volta, prevede che “ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

La predetta modifica-integrazione è stata considerata foriera di “nuovi principi costituzionali” concretanti un nuovo “modello processuale” (quello del “giusto processo”), contrapposto alle preesistenti “garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute”.

Ciò non significa che il processo precedente potesse essere considerato iniquo: la nozione di “giusto processo” era ben presente e vitale all'interno del nostro sistema costituzionale. Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza era stata in più occasioni ravvisata nella norma ex art. 24, comma 2, Cost. (assicurante ex professo il diritto alla difesa) la garanzia dello svolgimento di un “processo giusto”, assegnandosi ad essa (norma) una funzione corrispondente a quella della “due process of law clause” della Costituzione nordamericana.

Va osservato, comunque, che “giusto non è qualunque processo che si limiti ad essere <<regolare>> sul piano formale”. Non può considerarsi giusto nemmeno il solo processo la cui <<regolamentazione per legge>> realizzi pienamente le condizioni previste nel 2° comma, facendo sì che qualsiasi processo si svolga <<nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale>>, con le garanzie <<legali>> di <<ragionevole durata>>”. Sarebbe incompleto perché tutte quelle garanzie contemplate da altre disposizioni costituzionali (per esempio: quella della motivazione ex art. 111, comma 6, quella del ricorso in cassazione ex art. 111, comma 7, quella del giudice naturale precostituito per legge ex art. 25, comma 1, il diritto alla prova e il diritto alle misure cautelari ex art. 24, comma 1, Cost.) rimarrebbero estranee.

In sostanza il “giusto processo” non può essere inteso come un principio costituzionale autonomo, ma una semplice espressione sintetica del complesso dei valori costituzionali inerenti all'attività giurisdizionale.

La nozione, quindi, ha una portata ben più ampia, una vera e propria clausola generale destinata a

funzionare – per così dire – come “norma di apertura” del sistema delle garanzie costituzionali della giurisdizione, in forza della quale (norma) è destinato a trovare ingresso all’interno di quel sistema qualsiasi principio o potere processuale ritenuto (secondo l’esperienza e la coscienza collettiva) necessario per un’effettiva e completa tutela delle ragioni delle parti.

In virtù di tale clausola, quindi, quello delle garanzie costituzionali del processo non può e non deve essere un “catalogo chiuso”, ma rappresenta lo strumento dato alla Corte costituzionale per “arricchire” la gamma delle garanzie processuali, aggiungendo a quelle “tipiche” altre componenti garantistiche, recettivo non tanto o non solo dei principi del processo “equo” disegnati dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dagli altri Accordi internazionali in materia, ma anche di quegli eventuali “nuovi” valori di civiltà espressi e/o condivisi dalla collettività.

Nel processo civile il principio del rispetto del contraddittorio impone al giudice di astenersi dal sollevare di ufficio questioni che sono devolute alle parti. Questo principio è desumibile da un insieme di norme contenute nel codice di procedura civile (art. 99 sul principio della domanda; art. 101 sull’obbligo di previa citazione o di comparizione delle parti; art. 112 sulla corrispondenza tra chiesto e pronunciato; art. 115 e art. 2797 c.c. sull’onere della prova) e subisce alcune eccezioni espressamente indicate nello stesso codice di procedura (art. 61 sulla possibilità di farsi assistere da un consulente; art. 115 ultimo comma sul potere del giudice di porre a fondamento della decisioni nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza; art. 183 sul potere di disporre d’ufficio taluni mezzi di prova; poteri officiosi del giudice in materia di tutela dei minori).

La riforma introduce con una modifica di poche righe (inserita in un secondo comma dell’art. 101 ma che avrebbe avuto meglio la sua sede nell’art. 112) un importante principio che sposta il baricentro del processo civile sul versante del processo anche officioso.

Il Legislatore del 2009, seguendo quanto elaborato da dottrina e giurisprudenza di legittimità, ha aggiunto un secondo comma all’art. 101 del codice di rito, che testualmente stabilisce: “se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

Il giudice, quindi, a pena di nullità non può fondare la decisione, se questa sia idonea a definire il giudizio, su questioni di fatto o diritto rilevate d’ufficio se non abbia preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti, giacché si avrebbe una palese violazione del diritto di difesa.

Allo stesso fine erano stati già dettati l’art. 183 c.p.c. ed il comma 3 dell’art. 384 c.p.c..

Considerata l'esistenza delle predette ultime norme e visto che nessuna indicazione è stata fornita sul momento in cui il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio tra le parti, può ragionevolmente ritenersi che solitamente avverrà in sede di riserva della causa a sentenza con conseguente rimessione sul ruolo.

Non viene chiarito di quali questioni si tratta, ma si capisce che possono essere evidentemente di diverso tipo e natura (una causa di nullità non rilevata dalle parti, un principio sul quale le parti non si sono soffermate e altre di cui sarà necessario effettuare una attenta selezione) con l'unico limite, s'intende, delle questioni che la legge lascia alla disponibilità delle parti come le eccezioni processuali e di merito in senso stretto non rilevabili d'ufficio cui si riferisce l'art. 167.

Da notare è, poi, l'assenza di previsione di memorie di replica. La questione non è di rilevante importanza se si pensa alla possibilità di depositare comunque la comparsa conclusionale.

Va ad ultimo segnalato che se la violazione del principio in esame avviene nel corso del giudizio di primo grado, la relativa eccezione corredata dall'indicazione delle attività processuali che la parte non è stata messa in grado di compiere produrrà esclusivamente la rimessione in termini per lo svolgimento dell'appello, e non la regressione dinanzi al giudice di prime cure (così Cass. sent. n. 21108/98).

Qualora la violazione avvenga nel processo di appello l'eccezione, se accolta dalla Suprema Corte, determina la cassazione della sentenza con rinvio per consentire alla parte di svolgere le attività processuali omesse in applicazione dell'art. 394 c.p.c..

La rimessione in termini della parte incorsa nelle decadenze per causa ad essa non imputabile

Con la riforma del 2009 il Legislatore ha aggiunto un ultimo comma all'art. 153 del codice di rito (sulla improrogabilità dei termini perentori) che stabilisce come, la parte che sia incorsa nelle decadenze per cause ad essa non imputabile, possa chiedere al giudice di essere rimessa in termini.

Detta disposizione era già contenuta nell'art. 184 bis c.p.c., con riferimento all'istruzione della causa; articolo espressamente abrogato dalla legge n. 69/09.

Preliminarmente va segnalato che il Legislatore ha riportato il dettato normativo dal II libro del codice di rito (trattazione della causa) al I libro (disposizioni generali).

L'intento appare chiaro: si è voluta ampliare la portata della norma facendola divenire un principio di carattere generale, operante in relazione a tutti i termini decadenziali.

L'istituto della rimessione in termini, pertanto, sarà invocabile anche per le situazioni esterne allo svolgimento del giudizio (decadenze relative al compimento del termine per instaurare un processo).

Qualora la parte comprovi il proprio comportamento incolpevole, il giudice, ritenuti verosimili i fatti allegati, ai sensi dell'art. 294, co. 2 e 3 c.p.c. provvede con ordinanza sulla rimessione in termini.

Con l'entrata in vigore della riforma, quindi, si dovrà ammettere che la parte che sia incorsa in una decadenza e riesca a dimostrare che tale decadenza deriva da causa ad essa non imputabile, possa essere rimessa in termini, e così autorizzata al compimento dell'atto o dell'attività processuali altrimenti irrimediabilmente tardivi. E questo avverrà non solo per gli atti e le attività da compiersi nel primo grado di giudizio (come in precedenza), ma per gli atti e le attività di tutto il processo che devono essere compiuti in termini perentori a pena di decadenza dal relativo potere.

Questa generalizzata possibilità di rimessione in termini fa perno sulla nozione di decadenza per "causa non imputabile", ossia per una varietà di situazioni di incolpevolezza dell'agente che vanno ben al di là delle due ipotesi-limite della "forza maggiore" e del "caso fortuito" tuttora contenute ad es. negli artt. 650 e 668 c.p.c..

Così, ad esempio, potranno ben fondare l'applicazione del nuovo comma 2 dell'art. 153 c.p.c., casi come una degenza per una grave malattia in ospedale che abbia impedito qualunque ulteriore scelta organizzativa, un improvviso viaggio all'estero, per serie ed imprevedute esigenze.

L'avvenuta generalizzazione di questo potere del giudice è destinata a creare uno stato di evidente incertezza nei rapporti tra le parti. Il pensiero corre subito al passaggio in giudicato della sentenza o di provvedimenti decisori sommari o alla rimessione in termini della parte a seguito della dichiarazione di estinzione del processo per inattività ex art. 307 c.p.c., ed i problemi di litispendenza che si porranno ove, nel frattempo, sia stata proposta altrove domanda di accertamento negativo della medesima situazione dedotta nel processo che si credeva estinto.

Si pone la necessità di individuare i rimedi esperibili contro detta ordinanza, per i casi in cui questa si dimostri, per varie ragioni, errata o fortemente inopportuna. Quasi sicuramente è da escludere la possibilità di una sua impugnazione immediata (con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., dunque). Gli eventuali vizi dell'ordinanza pronunciata dal giudice di primo grado (e pure la sua evidente inopportunità) potranno essere fatti valere con istanza di revoca e, in caso di rigetto, con l'appello che si proporrà contro la sentenza pronunciata al termine del giudizio.

Ben più complessa sarà la situazione se l'ordinanza venisse emanata in fase di appello, posto che alla S.C., giudice di sola legittimità, è sempre preclusa la possibilità di riesame del "fatto" e della qualificazione data allo stesso dal giudice di appello, salvo che non riscontri un vizio della motivazione.

Sicuramente, infine, se l'ordinanza venisse pronunciata dalla stessa Corte di cassazione, per decadenze relative alla proposizione del ricorso o ad altri atti del procedimento per cassazione, non vi sarà alcun mezzo per agire contro la decisione della S.C..

Il nuovo regime della *vocatio in ius*

La disciplina positiva risultante dalle numerose modifiche che, in un brevissimo arco temporale, si sono succedute con vari interventi normativi del '90 mostra la "rivisitazione" dell'intera fase preparatoria del processo civile di primo grado ridisegnata dal Legislatore.

In termini estremamente sintetici, può affermarsi che l'ambizioso intento perseguito dal legislatore del '90 era stato quello di incrementare la concentrazione e l'efficienza del processo civile di primo grado attraverso l'introduzione di un sistema di preclusioni, tale da consentire una netta distinzione tra la fase di introduzione-trattazione, destinata alla proposizione delle domande, all'allegazione dei fatti, alla loro qualificazione giuridica ed all'individuazione del *thema decidendum*, e la fase istruttoria, destinata all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, sulla scorta delle prove costituite e/o costituende offerte dalle parti.

In seguito, il rigido sistema preclusivo originariamente previsto dalla l. 353/90 è stato “ammorbidito” mediante la previsione di maggiori e più ampie scansioni temporali anteriori all’operatività delle preclusioni per le parti e di una ulteriore netta scissione tra la fase di proposizione della domanda, e la fase di trattazione della causa (il sistema delle preclusioni, la nuova udienza di prima comparizione delle parti distinta dalla udienza di trattazione, il contenuto della comparsa di risposta, la possibilità di precisare e modificare le domande eccezioni e conclusioni anche senza autorizzazione del giudice).

Lasciato inalterato il tradizionale sistema della citazione a comparire ad udienza fissa, ed i termini e le modalità previste per la costituzione in giudizio dell’attore, sono stati modificati i termini a comparire, prevedendo un termine libero a comparire non minore di novanta giorni, se il luogo di notificazione si trova in Italia, e non minore di centocinquanta giorni, se il luogo di notificazione si trova all’estero, ferma restando la possibilità di abbreviazione di detti termini, a richiesta delle parti e nei casi previsti dall’art. 163 bis c.p.c..

Fermo restando il mantenimento del tradizionale sistema introduttivo del processo civile, va segnalata – ad opera della riforma del 2005 – la modifica dell’art. 163 c.p.c.: a norma del terzo comma n. 7, la citazione deve contenere sia l’invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20 gg. prima dell’udienza indicata nell’atto di citazione, ovvero nel termine di 10 gg. prima in caso d’abbreviazione dei termini a comparire (ai sensi dell’art. 163 bis c.p.c.), ed a comparire innanzi al giudice designato ai sensi dell’art. 168 bis c.p.c., sia, soprattutto, l’avvertimento che la costituzione oltre il suddetto termine comporta le decadenze di cui all’art. 167 c.p.c..

La mancanza dell’avvertimento da ultimo indicato è espressamente sanzionata dal successivo art. 164 c.p.c. sul piano della nullità della citazione per vizio afferente alla *vocatio in ius*.

Tale sanzione è giustificata dalla opportunità che il convenuto sia immediatamente avvertito della necessità di approntare una tempestiva difesa, alla luce delle residue decadenze comminatigli dall’art. 167 c.p.c. nel caso in cui si costituisca tardivamente.

Il legislatore del ‘90 aveva, poi, aggregato la disciplina dei vizi dell’atto di citazione per categorie omogenee, imperniando il nuovo regime delle nullità sulla netta distinzione tra i vizi che afferiscono, rispettivamente, alle due funzioni tradizionalmente riconosciute alla citazione, e cioè quella di atto diretto all’instaurazione del contraddittorio (*vocatio in ius*) e quella di atto diretto all’esercizio del diritto d’azione (*editio actionis*) introducendo un complesso regime di sanatoria, con efficacia *ex tunc* per i primi, e con efficacia *ex nunc* per i secondi (oggi modificata come vedremo).

La legge di riforma del processo civile n. 353/90 ha profondamente innovato la precedente disciplina in tema di costituzione del convenuto, modificando l’art. 166 c.p.c., il quale, nella sua

odierna formulazione, prevede che il convenuto deve costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso d'abbreviazione dei termini, ex art. 163 bis secondo comma c.p.c., ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 168 bis c.p.c. depositando in Cancelleria il proprio fascicolo contenente la comparsa di risposta, con la copia della citazione notificata, la procura ed i documenti che offre in comunicazione.

Inoltre il convenuto deve proporre tutte le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicando i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, e formulando le conclusioni.

Con la novella del 2009, in realtà, il regime della *vocativo in ius* non ha subito sostanziali modifiche.

Va esclusivamente segnalato che l'art. 46 della legge n. 69/09 ha inciso sul terzo comma dell'art. 163 del codice di rito e, pertanto, secondo l'odierna formulazione, l'atto introduttivo del giudizio deve contenere, oltre all'invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20 gg. prima dell'udienza indicata ed a comparire innanzi al Giudice Designato, l'avvertimento che la costituzione oltre il termine comporta le decadenze di cui all'art. 38 e 167 c.p.c..

Ciò in conseguenza della previsione della necessità di eccepire, a pena di decadenza, l'incompetenza per materia, valore e territorio (con indicazione in questo ultimo caso del giudice competente) nella comparsa di risposta tempestivamente depositata.

La sanatoria dei vizi di rappresentanza, di autorizzazione a stare in giudizio e della procura alle liti

Nell'ambito delle disposizioni relative alla instaurazione del contraddittorio, si colloca la nuova formulazione dell'art. 182 c.p.c., giacché attribuisce al giudice – nella sua funzione di direzione del processo – il compito di svolgere una serie di verifiche circa la regolare costituzione delle parti e la sussistenza della legittimazione processuale.

Tali verifiche dovranno essere eseguite nella fase preliminare dell'udienza di trattazione, anche in considerazione del richiamo compiuto dall'art. 183, co. 1, c.p.c. all'art. 182 del codice di rito..

Passando all'esame della disposizione, va rilevato che il primo comma è rimasto inalterato: “il giudice istruttore verifica di ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti che riconosce difettosi.

Recependo la dottrina e la giurisprudenza sul tema, il Legislatore ha novellato il secondo comma dell'art. 182 c.p.c. assimilando la nullità della procura al difetto di rappresentanza o assistenza delle parti, consentendone la sanatoria nel termine perentorio assegnato dal giudice.

Testualmente l'art. citato recita: "qualora rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessaria autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa, L'osservanza del termini sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione".

Vale preliminarmente la pena di ricordare che la precedente formulazione del secondo comma dell'art. 182 attribuiva la giudice, che avesse rilevato il difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione, il potere di assegnare un termine per la costituzione facendo salve le eventuali decadenza verificatesi nel frattempo.

L'art. 182 è stata, quindi, tradizionalmente identificata come uno strumento per realizzare la sanatoria dei vizi del contraddittorio inerenti la sussistenza della legittimazione processuale (potere di proporre la domanda o di contraddire l'altrui domanda).

Con riguardo ai profili applicativi della norma va evidenziato che la giurisprudenza aveva affermato che la costituzione della parte cui spettava la rappresentanza o l'assistenza di cui all'art. 182, co. 2, c.p.c. costituiva una ratifica dell'attività posta in essere dal soggetto privo della legittimazione ad agire e contraddire, idonea a sanare tutti gli atti processuali già compiuti con efficacia ex tunc, (per le decadenze processuali) ovvero ex nunc (per le decadenze sostanziali).

Il buon esito del processo, pertanto, sarebbe stato garantito, in ogni stato e grado del processo, dalla costituzione del soggetto legittimato anche quando fosse avvenuta in appello.

Secondo la giurisprudenza, inoltre, la pregressa formulazione dell'art. 182, co. 2, c.p.c. attribuiva al giudice un potere del tutto discrezionale di assegnare il termine alla parte per la costituzione.

Eccoci, quindi, alla riforma del 2009 che equipara la nullità della procura alle liti al difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione.

Ovviamente la disposizione non potrà operare in caso di inesistenza della procura.

Si può sostenere che, dopo la riforma, potrà essere rinnovata la procura che rechi una sottoscrizione illeggibile nel caso in cui l'atto non riporti l'indicazione dell'organo e del nome del firmatario; ed ancora, se contestata, è nulla e, quindi, rinnovabile la procura che non rechi la certificazione di autenticità.

Va evidenziato, poi, che la verifica del giudice non è più discrezionale, ma obbligatoria. Il controllo della regolare instaurazione del contraddittorio garantisce un giudizio celere ed esente da vizi. Tale

controllo dovrebbe effettuarsi nella prima fase dell'udienza di trattazione; ma non può escludersi che il giudice possa rilevare il difetto di rappresentanza anche in seguito, qualora se ne avveda solo successivamente.

Occorre porre l'accento anche sulla natura del termine che da ordinario è divenuto perentorio. La sua inosservanza, infatti, comporta l'estinzione del processo ex art. 307, co. 3, c.p.c. quanto all'attore, mentre impone la dichiarazione di contumacia quanto al convenuto. Questi potrà comunque costituirsi, ma sarà una costituzione tardiva con tutte le conseguenze di legge.

La riforma del 2009 ha, infine, stabilito che la costituzione del soggetto legittimato processualmente ovvero la rinnovazione della procura nulla nel termine perentorio assegnato dal giudice sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda *ex tunc* .(la citazione , ad esempio, interrompe i termini di prescrizione dalla notifica e non dalla regolare costituzione).