

TOMASO GALLETTO^(*)

**PRECLUSIONI E DECADENZE NEL RIFORMANDO PROCESSO CIVILE :
UNA SOLUZIONE CHE GUARDA AL PASSATO?^(**)**

* * *

SOMMARIO : 1. Premessa. - 2. Cenni sulla nozione di preclusione e decadenza. - 3. L'utopia del legislatore del 1942 e quella del legislatore odierno: l'aspirazione alla certezza prevale sull'aspirazione alla giustizia. - 4. I principî della legge delega in materia di preclusioni e decadenze e la loro possibile declinazione. - 5. Il principio di non contestazione. - 6. Il nuovo volto del giudizio di appello. - 7. Conclusioni.

* * *

1. Premessa.

Le recenti iniziative del Governo nella materia della giustizia civile annunciate all'esito del Consiglio dei Ministri del 29 agosto scorso e concretatesi in un decreto legge finalizzato alla definizione dell'arretrato in materia di processo civile, anche attraverso forme di "degiurisdizionalizzazione" (D.L. 12 settembre 2014 n.132) ed alcuni disegni di legge delega costituiscono, salvo errore per difetto, il ventesimo intervento "urgente" sul processo civile a far data dalla Riforma generale del 1990.

Ancora una volta, tuttavia, si è scelto di operare sul processo civile in maniera atomistica, senza una visione di insieme, non cogliendo l'opportunità di una revisione organica delle norme quale quella scaturita dai lavori della commissione ministeriale presieduta dal Prof. Vaccarella, costituita nel luglio 2013 e che aveva presentato il proprio elaborato finale già il 3 dicembre 2013.

Il tema che mi è stato assegnato, riferito alle preclusioni e decadenze nel processo civile nei progetti di riforma, circoscrive l'oggetto dell'indagine a questi aspetti, senza possibilità di ampliare l'orizzonte con l'analisi di altri profili della

^(*)Professore a contratto di Diritto Processuale Civile – Università di Genova, Avvocato

^(**) Testa della relazione al Convegno "Preclusioni, decadenze e principio di non contestazione nel processo civile e del lavoro", Genova, 9 ottobre 2014.

preannunciata ennesima riforma che sono di altrettanto, se non maggiore, interesse.

Mi riferisco in particolare al potenziamento degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ipotizzato dal legislatore attraverso la possibilità di far trasmigrare la controversia pendente in sede arbitrale ovvero di prevenire la controversia in determinate materie attraverso l'obbligatorio preventivo esperimento di un tentativo di negoziazione assistita, ipotesi contemplate nel citato decreto legge.

Ai fini della presente indagine assume rilievo non tanto la materia regolata dal decreto legge, quanto quella che formerà oggetto della delega chiesta dal Governo al parlamento.

Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile si propone l'ambizioso obiettivo di procedere ad un riassetto formale e sostanziale del codice di procedura e della correlata legislazione speciale in funzione di una semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo.

Per quanto riguarda il tema delle preclusioni e delle decadenze, i principî e i criteri direttivi della delega, ancorché redatti con formulazione criptica, disvelano - come meglio si vedrà nel prosieguo - una tendenza di fondo a rendere sempre più stringenti le preclusioni e le decadenze, con l'auspicio di giungere al risultato, enfatizzato nella relazione pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia, per cui tutta la materia del processo civile dovrebbe stare nell'atto introduttivo e nella comparsa di risposta.

Anche se il cammino della legge delega è ancora lungo e sono ignoti i termini in cui il Governo intenderà esercitare la delega che sarà conferita, vale comunque la pena di consumare il tentativo di immaginare, sulla base degli scarni dati rinvenibili nella bozza di legge delega licenziata dal Consiglio dei Ministri quali ricadute si potranno avere sull'attività dei protagonisti del processo (giudici e avvocati).

In questa prospettiva è necessario un cenno alla nozione di preclusione e decadenza nell'ambito del processo civile.

2. Cenni sulla nozione di preclusione e di decadenza.

Secondo l'insegnamento tradizionale che si riferisce all'opinione di Chiovenda, ispiratore dei principî che regolano il nostro processo civile, la preclusione è la perdita, o estinzione, o consumazione di un potere processuale che si subisce alternativamente per il fatto:

1. di non avere osservato un termine perentorio o la successione legale delle attività e delle eccezioni;
2. di aver compiuto una attività incompatibile con l'esercizio del potere;

3. di avere già una volta esercitato il potere medesimo.

A questa definizione conviene attenersi, non senza ricordare che in dottrina si rinvengono diverse ed alternative ricostruzioni della nozione di preclusione processuale (per i necessari approfondimenti v. Attardi, voce Preclusione (principio di) in *Enc. Dir.* vol. XXXIV Milano, 1985 893 ss.; Andrioli voce Preclusione (diritto processuale civile) in *Nss. Digesto* vol. XIII Torino, 1976 567 ss.).

La distinzione tra preclusione e decadenza sul piano processuale non è agevole: secondo l'insegnamento tradizionale i due istituti si differenziano per l'oggetto in quanto la decadenza riguarderebbe l'azione intesa come un tutto unico mentre la preclusione riguarderebbe le singole attività o facoltà nelle quali l'azione si estrinseca durante il processo.

Il codice di rito, per la verità, sembra utilizzare il termine decadenza in entrambi i significati sopra indicati e quindi sia con riferimento all'azione, sia con riferimento all'esercizio di singoli poteri nell'ambito del processo.

Ai fini della presente indagine, per semplicità espositiva, si farà quindi riferimento alle preclusioni ed alle decadenze processuali quale espressione di un unico fenomeno impeditivo dell'esercizio di poteri processuali.

3. L'utopia del legislatore del 1942 e quella del legislatore odierno: l'aspirazione alla certezza prevale sull'aspirazione alla giustizia

Il cardine della grande riforma culminata con l'emanazione del codice di procedura civile del 1942 era costituito dall'affermazione del “*principio di preclusione*” che imponeva la cristallizzazione del processo al momento introduttivo del giudizio, con il temperamento delle “*precisazioni e modificazioni*” alla prima udienza di trattazione e la riserva in capo al giudice del potere di consentire ulteriori produzioni e deduzioni “*per gravi motivi*” di giustizia.

Si osserva a questo proposito in dottrina che il principio in sé non era irrazionale, in quanto finalizzato a dare corpo ad una aspirazione che permeava il codice di rito novellato e che si declinava nell'idea secondo cui sin dal primo momento del processo il giudice doveva essere posto nella condizione di poter decidere (v. ad esempio Satta, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, 1959 v. II, pag. 82 ss.).

Si trattava peraltro di una “*logica dell'utopia*” perché l'esperienza suggerisce che nessuna causa, per quanto semplice, appare chiusa nei suoi termini sin dal primo momento.

Nel volgere di pochi anni, come è risaputo, questa logica è stata completamente abbandonata con la riforma del 1950 che ha determinato la radicale abolizione delle preclusioni e la possibilità di modificare le domande e le conclusioni, formulare nuove eccezioni e dedurre nuove prove sino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Soltanto quasi cinquanta anni dopo, nel 1990, il legislatore ha preso atto che l'abolizione delle preclusioni assertive ed istruttorie sino all'udienza di precisazione delle conclusioni rendeva imprevedibili – e comunque non dominabili da parte del giudice- i tempi del processo ed è corso ai ripari introducendo il sistema di preclusioni e decadenze che oggi conosciamo, frutto anche di successivi interventi restrittivi che lo hanno reso macchinoso e poco efficiente.

Oggi le intenzioni del Governo sembrano suggerire un ritorno al passato, nell'auspicio di riuscire a cristallizzare il processo sulla sola materia dedotta nell'atto introduttivo e nella comparsa di risposta.

L'esigenza di abbreviare i tempi, intollerabilmente lunghi, del processo civile in primo grado è così sentita da indurre il legislatore dell'attuale riforma a privilegiare comunque il rapido conseguimento di una certezza processuale sacrificando, se necessario, l'aspirazione ad una giustizia sostanzialmente "giusta".

Il tempo ci dirà se i principî ispiratori del codice del 1942 in tema di preclusioni e di rapida cristallizzazione della materia oggetto di decisione, allora rivelatisi utopici, troveranno oggi nuova vita nella riforma che ci attende.

Ancora, il tempo ci dirà se quei principî saranno davvero in grado, quando applicati, di dare efficienza al processo civile oggi agonizzante.

Nell'attesa non sarà inutile consumare il tentativo di immaginare, traendo spunto dalla bozza di legge delega e dalla relazione che la accompagna, il possibile percorso della riforma sul tema, qui indagato, delle preclusioni e decadenze processuali.

4. I principî della legge delega in materia di preclusioni e decadenze e la loro possibile declinazione.

Il disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri del 29 agosto scorso prevede che "il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti il riassetto formale e sostanziale del codice di procedura civile e della correlata legislazione speciale, mediante novella del codice di procedura civile e delle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile."

Tra i principî e i criteri direttivi individuati nel citato disegno di legge rilevano, ai fini della presente indagine i seguenti:

quanto al processo di cognizione di primo grado:

- *assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, al fine di garantire la ragionevole durata del processo in particolare mediante la revisione della disciplina delle fasi di trattazione e di rimessione in decisione,*

nonché la rimodulazione dei termini processuali e del rapporto tra trattazione scritta e trattazione orale.

quanto al giudizio di appello:

- potenziamento del carattere impugnatorio dello stesso, anche attraverso la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali e la tipizzazione dei motivi di gravame

- introduzione di criteri di maggior rigore in relazione all'onere dell'appellante di indicare i capi della sentenza che vengono impugnati e di illustrare le modificazioni richieste, anche attraverso la razionalizzazione della disciplina della forma dell'atto introduttivo

- rafforzamento del divieto di nuove allegazioni nel giudizio di appello anche attraverso l'introduzione di limiti alle deduzioni difensive

- introduzione di criteri di maggior rigore nella disciplina dell'eccepibilità o rilevabilità, in sede di giudizio di appello, delle questioni pregiudiziali di rito.

In materia di giurisdizione viene altresì introdotto il criterio direttivo secondo cui si procede alla *introduzione, in tutti i processi diversi da quello penale, di criteri di particolare rigore, anche mediante sbarramenti temporali, in ordine alla eccepibilità e rilevabilità d'ufficio delle questioni di giurisdizione.*

Il principio (o criterio direttivo) che, con riguardo al processo di cognizione di primo grado, prevede la revisione della disciplina delle fasi di trattazione e di remissione in decisione, nonché la rimodulazione dei termini processuali e del rapporto tra trattazione scritta e trattazione orale consente un intervento ad ampio raggio, che legittima l'adozione da parte del legislatore delegato di opzioni tra loro assai diverse.

Per quanto è dato comprendere dalla lettura delle proposte di interventi in materia di processo civile, pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia in data 3 luglio 2014, il tema delle preclusioni e decadenze verrebbe risolto nel senso che le integrazioni o le modifiche potrebbero essere fatte oralmente all'udienza di comparizione ovvero impedito oltre l'atto scritto introduttivo, salvo che non siano connesse inscindibilmente al legittimo contenuto della comparsa di risposta, mentre le offerte di prova dovrebbero essere già contenute nell'atto di citazione e nella comparsa di costituzione, salvo le ulteriori richieste istruttorie rese necessarie dai successivi assestamenti dell'apparato assertivo delle parti.

L'eventuale scambio di memorie finalizzato all'assestamento della materia del decidere dovrebbe aver luogo anteriormente all'udienza di comparizione, riducendo il numero di esse dalle tre attuali a due, delle quali la prima riservata all'attore (per poter prendere posizione rispetto al contenuto ed alle eventuali domande ed eccezioni contenute nella comparsa di risposta) e la seconda al convenuto (per poter replicare alla memoria dell'attore). In questa prospettiva il materiale assertivo ed istruttorio dell'intera causa dovrebbe trovare definitivo assestamento nell'ambito della prima udienza di trattazione, nel corso (o all'esito)

della quale il giudice dovrà altresì provvedere a valutare l'ammissibilità e rilevanza delle prove costituenti richieste dalle parti.

Per rendere possibile l'attuazione concreta delle ipotesi di esercizio anteriormente alla prima udienza di trattazione delle attività modificative o integrative delle domande e delle eccezioni delle parti nonché della indicazione degli strumenti istruttori richiesti occorrerà naturalmente rivedere la tempistica dei termini processuali, specialmente con riguardo alla costituzione del convenuto che non potrà più avvenire con un termine computato a ritroso dalla data dell'udienza di prima comparizione, bensì con un termine decorrente dalla notifica della citazione.

Ancora, se si vorranno mantenere fermi gli attuali termini di comparizione, il tempo a disposizione del convenuto per approntare e depositare la comparsa di risposta risulterà fortemente compresso (ad esempio 30 giorni dalla notificazione dell'atto di citazione).

Se le scelte del legislatore delegato andranno in questa direzione si assisterà ad una sorta di riesumazione del passato in quanto nell'originario impianto del codice di rito, che non contemplava la citazione ad udienza fissa, il convenuto doveva depositare la propria comparsa di costituzione entro un breve termine dalla notifica della citazione (il termine ordinario era infatti di soli 20 giorni). Il nostro codice conosce già ipotesi nelle quali le difese del convenuto debbono essere depositate entro termini brevi (ad esempio nel rito del lavoro e nel procedimento sommario di cognizione), ma la previsione di termini così brevi risulta giustificata o dalla materia del contendere, che necessita una pronta soluzione (controversie di lavoro) oppure dalla semplicità dell'istruttoria tale da consentire un espletamento sommario di essa (procedimento ex art. 702 *bis* cpc). Nelle cause ordinarie un sistema di preclusioni e decadenze ancorato a termini molto brevi dalla notificazione della citazione potrebbe significativamente alterare il contraddittorio, dal momento che l'attore, salvi i casi di decadenza (non molto numerosi) avrebbe a disposizione il più ampio termine di prescrizione per esercitare l'azione mentre il convenuto sarebbe sempre soggetto ad un termine di decadenza molto breve per esercitare le proprie difese.

Come si vede il contemperamento delle esigenze di accelerazione dei tempi processuali accompagnate da un più stringente sistema di preclusioni e decadenze con un effettivo rispetto del contraddittorio in senso sostanziale non è agevole e le future scelte dovranno essere adeguatamente meditate per non alterare ingiustificatamente la posizione delle parti in conflitto.

5. *Il principio di non contestazione.*

Anche il principio di non contestazione, oggi codificato all'art. 115 cpc e frutto di una ampia elaborazione nella dottrina e nella giurisprudenza anteriori alla sua introduzione nel codice, dovrà trovare collocazione nell'ambito del nuovo sistema di preclusioni e decadenze che si sta delineando.

L'onere di contestazione specifica dei fatti costitutivi dedotti dall'attore, desumibile in via interpretativa dall'obbligo per il convenuto di prendere posizione circa i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (artt.167 e 416 cpc) ed oggi imposto dall'art.115 cpc non trova attualmente una chiara indicazione di quando tale contestazione sia definitivamente preclusa.

Nel disegno della riforma si prevede che contemporaneamente al maturare delle preclusioni assertive ed istruttorie dovrà scattare la preclusione per la contestazione ex art. 115 II comma cpc.

Tale previsione è inevitabile se si vuole perseguire l'obiettivo di giungere alla prima udienza di trattazione essendosi definitivamente assestato l'aspetto assertivo e probatorio del processo.

Le proposte di intervento, peraltro, sorprendentemente non affrontano un profilo dell'onere di contestazione che assume particolare rilievo anche ai fini della semplificazione ed accelerazione della decisione delle controversie civili.

Si tratta della vicenda relativa alla contumacia volontaria che oggi, come è noto, è considerata alla stregua di contestazione integrale delle allegazioni della controparte, la quale è quindi onerata della relativa prova.

Il progetto Vaccarella, di cui si è fatto cenno in precedenza, proponeva l'introduzione dell'opposto principio per cui la contumacia volontaria, pur restando una legittima scelta difensiva, comporta - nei giudizi aventi ad oggetto diritti disponibili - l'ammissione della verità delle allegazioni avversarie, rese pertanto non bisognose di prova.

Una scelta questa certamente innovativa ma non irrazionale né sconosciuta nell'ambito dello spazio giudiziario europeo (si pensi, ad esempio, alla possibile rilevanza della mancata partecipazione al giudizio ai fini della formazione del titolo esecutivo europeo di cui al Reg. n.805 del 21 aprile 2004).

6. *Il nuovo volto del giudizio di appello.*

Anche il giudizio di appello, secondo le linee ispiratrici della riforma, formerà oggetto di significativi interventi.

In primo luogo si pensa di intervenire sulla stessa natura del giudizio di appello, accentuandone il carattere impugnatorio a critica vincolata, attraverso la tipizzazione dei motivi di gravame.

La proposta di intervento, in particolare, individua due sole possibili tipologie di censure:

- a) *la violazione di una norma di diritto processuale o sostanziale*
- b) *l'errore manifesto di valutazione dei fatti.*

La stessa struttura dell'atto di appello dovrebbe rispondere a più stringenti requisiti a pena di ammissibilità del gravame, riferiti alla specifica indicazione dei capi della sentenza che formano oggetto di impugnazione e delle modificazioni

che vengono richieste in conseguenza della violazione di legge o erronea valutazione dei fatti da parte del primo giudice.

Come si vede, dai principî e criteri direttivi in materia si desume un definitivo abbandono della nozione di appello quale impugnazione a critica libera sino ad oggi conosciuta, sia pure con gli irrigidimenti già introdotti con la riforma del 2012.

All'opzione per un giudizio di appello a critica vincolata si accompagna, nel disegno della riforma, un rafforzamento delle preclusioni e delle decadenze, anche attraverso la codificazione di quegli orientamenti giurisprudenziali che, valorizzando il cosiddetto "giudicato implicito" escludono la eccepibilità o rilevanza in grado di appello delle questioni pregiudiziali di rito risolte, sia pure implicitamente, con la decisione impugnata e non specificamente censurate con l'impugnazione (principale o incidentale).

Più precisamente, con riferimento alle questioni pregiudiziali di rito (giurisdizione, competenza, capacità processuale, tra le altre) il legislatore della riforma ipotizza di inserire, in sede di giudizio di appello, criteri di maggior rigore nella disciplina della eccepibilità o rilevanza di esse. Si è già detto in precedenza che principio ispiratore della riforma è, sotto questo profilo, la codificazione degli orientamenti giurisprudenziali riferiti al cosiddetto giudicato implicito.

E' noto, a questo proposito, l'orientamento secondo il quale la pronuncia di merito presuppone l'affermazione della sussistenza della giurisdizione in capo al giudice che la ha pronunciata, con il conseguente formarsi di giudicato implicito sulla questione pregiudiziale di rito non sollevata tempestivamente in sede di gravame.

Un aspetto certamente destinato a far discutere è costituito, infine, dalla previsione del divieto di introdurre in appello nuove ragioni o deduzioni in diritto per dimostrare la fondatezza delle domande e delle eccezioni precedentemente proposte, che non siano già state proposte al giudice di primo grado.

Qui è evidente il salto di qualità in tema di preclusioni perché il divieto dei "nova" in appello non riguarda più i fatti costitutivi, le domande e le eccezioni, ma riguarda anche la qualificazione giuridica del fatto, sino ad oggi pacificamente ammessa sia ad opera della parte sia del giudice.

Sarà interessante verificare come il legislatore delegato riterrà di contemperare i limiti alle deduzioni difensive che impediscono di introdurre nuove ragioni e deduzioni in diritto in sede di gravame con il principio *iura novit curia* di cui è espressione l'art.113 cpc.

Da un lato infatti il giudice, anche di appello, può d'ufficio applicare una norma di legge diversa da quella invocata ma dall'altro sarebbe precluso alle parti sollecitare il giudice in tal senso, stante il divieto di nuove allegazioni difensive.

7. Conclusioni.

L'esame dei principî e criteri direttivi che il Governo sottopone al Parlamento con la bozza di legge delega di riforma del codice di rito consente – come già evidenziato - di rilevare una tendenza di fondo, finalizzata alla cristallizzazione della materia oggetto del processo sin dalle prime battute di esso.

In questa prospettiva un irrigidimento del sistema delle preclusioni e decadenze nel corso del processo è conseguenza necessitata dall'obiettivo che si vuole perseguire.

E se, come è fatto palese dai ripetuti annunci governativi, l'obiettivo è quello di abbreviare comunque la durata del processo civile per (cercare di) ragguagliarla almeno alla media europea, si capisce perché si vuole intervenire con sbarramenti alla introduzione nel processo civile di questioni, anche rilevabili d'ufficio, che possano rallentarne il corso.

Alcune delle ipotesi formulate nella bozza di legge delega si distinguono, come in precedenza si è accennato, per la loro particolare severità (si pensi, ad esempio, al previsto divieto di nuove allegazioni difensive in grado di appello), altre per la loro incisività (ad esempio per il definitivo approdo ad un giudizio di appello prettamente impugnatorio e a critica vincolata).

Tutte le ipotesi di intervento concorrono, almeno in prospettiva, ad assicurare un processo veloce e non vi è dubbio che la celerità con la quale si attribuisce il bene della vita disputato sia un valore, anche in termini prettamente economici.

Ma la vera sfida non è sul come abbreviare il processo, ma sul come fare sì che un processo veloce, irto di preclusioni e decadenze stringenti, sia anche un processo "giusto".