

LA “NUOVA” PRIMA UDIENZA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AGLI INCOMBENTI DEL GIUDICE ISTRUTTORE. PRECLUSIONI ISTRUTTORIE

Relatore:

dott. Pasquale D'ASCOLA
giudice del Tribunale di Verona

Sommario: 1. Premessa - 2. Attività preliminari nella udienza di prima comparizione: a) le verifiche preliminari; b) deduzioni integrative - 3. La prima udienza di trattazione, finalità della fase preparatoria - 4. Il libero interrogatorio - 5. Questioni rilevabili d'ufficio e chiarimenti - 6. Domande ed eccezioni nuove: precisazioni e modifiche - 7. Applicazioni pratiche: controversie in materia di famiglia - 8. Superamento delle preclusioni e loro rilievo d'ufficio - 9. Le preclusioni istruttorie: a) è necessaria un'udienza ex art. 184?; b) limiti delle deduzioni istruttorie, c) particolarità sulla formulazione e l'ammissione delle prove; d) contestazioni tardive - 10. La rimessione in termini.

1. Premessa.

All'indomani della approvazione della legge 353/90, il nuovo art. 183 c.p.c. è divenuto terreno preferito di confronto tra scuole di pensiero processualcivilistico e tra i pratici, i primi preoccupati delle contraddizioni teoriche e delle insufficienze di una disciplina affetta da ansia casistica e tuttavia insufficiente a regolamentare con completezza la trattazione del processo, i secondi turbati dall'incombere in una sola udienza di troppe attività, in passato diluite in tempi molto più ampi.

Le difese rigoristiche della novella non sono mancate, tutte nobilmente intese a rendere più efficace il sistema di preclusioni voluto dal legislatore, ma più voci si sono levate per sostenere la necessità di ammorbidire il regime di preclusioni e scandire con più agio lo svolgimento delle udienze.

Su quest'ultimo punto si è registrato tanto lo sforzo interpretativo di Tarzia, inteso a ridurre la portata innovativa della novella, tanto il consenso di più voci provenienti dalla magistratura, inclini a consentire, per un più ordinato svolgimento del processo, la dissociazione tra prima comparizione e prima udienza di trattazione.

Le forti pressioni forensi hanno conseguito il risultato di modificare incisivamente gli artt. 167, 180 e 183 del codice di rito, sicché oggi si è costretti a rivisitare tutta la fase preparatoria del processo sotto una luce nuova, cercando di spogliarsi di eventuali pregiudizi del passato, per non farli divenire occhiali deformanti della nuova disciplina.

L'esame della nuova prima udienza deve quindi ora partire dall'art. 180 nuovo testo.

Non si può qui tacere la sorpresa per la soppressione della previsione di oralità della trattazione.

È da ammettere che nella prassi del processo civile, le parti affidano agli scritti difensivi la formulazione di ogni sorta di difese ed eccezioni, nondimeno il dibattito processuale orale restava come forma di trattazione di quelle controversie in cui la natura documentale o la essenzialità di pochi fatti incontroversi inducevano, almeno in relazione ad alcuni provvedimenti ordinatori ed interinali, (penso alla concessione di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, alla decisione di ammissione di consulenza tecnica, a quella di rimessione a precisazione delle conclusioni) a lasciare al confronto orale momenti decisivi di dialettica processuale.

La cancellazione dell'oralità sembra un ammonimento contrario ad ogni forma di manifestazione processuale che non sia consacrata in uno scritto difensivo.

Si comprende bene che il nuovo legislatore vuole quindi privilegiare un solo modo di celebrare il processo: scritto e formale, probabilmente perché privo di fiducia riguardo alla capacità del giudice di governare l'udienza o di rispettare le parti, se non vincolato dall'obbligo di rispondere ad una istanza scritta.

Si avverte già da questo esordio che il nuovo legislatore immagina un processo di grande complessità e probabilmente con rilevanti interessi economici in giuoco, sì da mal tollerate che qualcosa venga lasciato al poco controllabile colloquio orale, di cui sarebbero custodi il giudice e la sua coscienza.

Crediamo tuttavia che la prassi reagirà nel senso di non accettare costrizioni eccessive, sicché saranno gli stessi avvocati a preferire spesso il dibattito orale, per sincerarsi che il punto centrale della loro tesi sia stato colto e per confrontarsi subito con l'avversario e con il giudice, piuttosto che affidarsi al silente deposito dell'ennesima sgradita comparsa o alla superflua verbalizzazione di contestazioni che potrebbero non essere pienamente intese.

È tuttavia da riconoscere che per l'ennesima volta si avverte la celebre profezia di Kirchmann ("un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia") (1).

Riprova ulteriore di quanto sin qui affermato si desume dal testo dell'art. 180 2° comma, riveduto dal decreto legge 9 agosto 1995 n. 347: la trattazione della causa è ridivenuta orale!

2. Attività preliminari nella udienza di prima comparizione.

a) le verifiche preliminari

Il nuovo art. 180 c.p.c. introduce la dissociazione tra inizio della trattazione e prima udienza, dedicando il primo momento di incontro tra giudice e parti alle verifiche preliminari.

La nuova normativa, combinata con l'art. 183 rinnovato, sostanzialmente potrà vanificare il disposto dell'art. 168-bis.

Questa norma era stata introdotta per consentire al giudice di differire la trattazione della causa in relazione all'agenda di lavoro e alla complessità del caso, intuibile dall'atto di citazione.

Nel nuovo sistema è rimasto fermo il disposto dell'art. 166 c.p.c., che prevede la costituzione del convenuto almeno venti giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione, ma l'unica decadenza sopravvissuta, in caso di mancata osservanza di questo termine, è costituita, come è già noto, dall'impossibilità di proporre domanda riconvenzionale.

Pertanto nella maggior parte dei casi il convenuto non si costituirà anteriormente alla prima udienza, preferendo farlo all'udienza, per usufruire di tutto il tempo utile alla redazione delle sue difese.

La prima udienza è riservata alla verifica d'ufficio della regolarità del contraddittorio e quindi all'esame della validità della notificazione, con eventuale ordine di rinnovo, alla verifica della regolarità di atti e documenti e della costituzione in giudizio, alla verifica dei difetti di rappresentanza, assistenza e autorizzazione, con assegnazione del termine per la regolarizzazione.

Trattasi, secondo la terminologia di Proto Pisani, di verifiche assolutamente preliminari, che possono comportare, come detto, i provvedimenti previsti dagli articoli 182 e 291 c.p.c.

L'ultima parte del primo comma dell'art. 180 c.p.c. impone al giudice di pronunciare in questa udienza, se necessari, i provvedimenti previsti dagli artt. 164 e 167 c.p.c.; trattasi dell'ordine di rinnovo della citazione, integrazione della domanda principale e riconvenzionale.

Questi adempimenti richiedono la preventiva conoscenza, almeno a questo fine, degli atti di causa. Pertanto il giudice istruttore dovrà giungere all'udienza avendo già esaminato la citazione e la comparsa di risposta contenente domanda riconvenzionale, depositata venti giorni prima dell'udienza.

Non sarà richiesto di riservare tempo particolarmente lungo a questa udienza, giacché in caso di costituzione del convenuto all'udienza non vi sarà domanda riconvenzionale tempestiva e quindi

non vi sarà necessità di esaminare la domanda riconvenzionale sotto il profilo della nullità per indeterminatezza dell'oggetto o del titolo.

È tuttavia da chiarire che la contemporanea trattazione di molte cause senza scaglionamento orario potrebbe produrre significative attese.

Infatti, mentre il vecchio rito la prima udienza a parti costituite consisteva nella mera richiesta di "termine per esame", in un rito caratterizzato da progressive preclusioni non si può rinviare al prosieguo il compimento delle attività prescritte.

Tra esse figura espressamente, per suggerimento tratto dal volume di Tarzia, l'esame della chiamata del litisconsorte necessario assente (art. 102 c.p.c.).

È questo un adempimento non sempre facilmente eseguibile in prima udienza, sulla scorta del mero esame degli atti, perché, come osserva Proto Pisani in occasione del commento all'art. 183 testo vecchio, questa verifica, come quelle in tema di giurisdizione, competenza, legittimazione ad agire, interesse ad agire, è meglio effettuabile dopo la precisazione di domande ed eccezioni e soprattutto dopo che il giudice abbia ottenuto chiarimenti richiedibili ex art. 183.

Verosimilmente il legislatore ha collocato in questo momento tale incumbente, prevedendo che già sulla base delle prime difese del convenuto sia possibile individuare, nella maggior parte dei casi, la necessità di integrare il contraddittorio.

Si può realisticamente affermare che in udienza di prima comparizione si compiranno solitamente tutte le verifiche preliminari possibili, restando la eventualità che qualche integrazione o taluni rilievi slittino alla successiva prima udienza di trattazione, dovendo prima essere acquisite più meditate deduzioni delle parti.

b) Deduzioni integrative

Il celere impulso che la prima udienza doveva dare al nuovo processo è stato attenuato ulteriormente dal disposto del secondo comma dell'art. 180, laddove si prevede che su richiesta di parte il Giudice Istruttore può autorizzare comunicazioni di comparse a norma dell'ultimo comma dell'art. 170.

Su questa possibilità aveva insistito Tarzia all'indomani della approvazione della novella, ma l'ipotesi interpretativa era parsa in contraddizione con la nuova disciplina, giacché urtava contro il chiaro intento del legislatore di individuare la prima udienza quale luogo del confronto processuale, nel quale, dialogando le parti con il giudice e rispondendo personalmente alle sue domande, doveva essere evidenziata la materia del contratto.

Oggi questa ipotesi diventa diritto positivo e, come prontamente rilevato dai primi commentatori, non fa che rendere ancor più macchinoso l'avvio del processo.

Difficilmente l'attore rinunzierà a un'opportunità difensiva, onde giungere alla prima udienza di trattazione con un giudice meglio orientato dalla replica scritta alla comparsa della risposta.

A mio avviso, poiché l'esercizio di questa facoltà è subordinato ad autorizzazione del giudice, questi dovrà farne un uso parco, confinato alle sole cause più complesse e nelle quali il chiarimento scritto sia ritenuto realmente utile sulla base di quanto sino a quel momento acquisito.

È questo un modo per avvicinarsi a una moltiplicazione di modelli di processo civile, diversificati in ragione della complessità della materia del contendere. Né il legislatore del '90 né quello del '95, osserva Consolo, hanno accolto questo modello, ma tra il sincopato procedere del processo novellato e quello appesantito della minicontroriforma v'è almeno la possibilità di razionalizzare l'attività difensiva, indirizzando le parti all'approfondimento scritto solo in quelle liti che ne abbiano bisogno.

È indubbio, e lo hanno recentemente scritto Tarzia e Ricci, che l'uguaglianza di trattamento delle parti del processo è un valore da salvaguardare in ogni caso, ma è anche vero che la concentrazione e l'oralità garantiscono questo valore con grande efficacia, mentre la sovrabbondante attività scritta garantisce un'uguaglianza formale, ma non dà certezza di un'efficace incidenza nel processo.

È da chiedersi se la comparsa di cui all'art. 180 2° comma sia autorizzabile solo in favore di una delle parti e non di entrambe.

Ritengo di poter dare risposta positiva, giacché l'utilità principale di questo scritto difensivo si può cogliere con riguardo alla posizione dell'attore.

È infatti l'attore a dover rispondere alle prime difese del convenuto, costituitosi normalmente alla prima udienza, mentre ben poco il convenuto avrà interesse ad aggiungere, in uno scritto interlocutorio quale quello immaginato dal nuovo codificatore.

Si può ritenere pertanto che questa memoria facoltativa finisce con l'assolvere funzione diversa da quella per cui era stata pensata all'indomani della legge 353. Nei proponenti del 1990 essa serviva infatti a consentire al convenuto una più meditata esposizione difensiva, allegazioni nuove, nuove difese prima che giungesse il momento delle preclusioni istruttorie; nel disegno attuale è invece soprattutto uno strumento difensivo riequilibratore in favore dell'attore.

Mette conto in proposito rilevare che sovente la comparsa di risposta non verrà depositata venti giorni prima dell'udienza, ancorché il convenuto debba proporre riconvenzionale.

Sarà infatti più conveniente fruire del massimo termine difensivo e in quel termine predisporre separato atto di citazione da notificare in data prossima alla prima udienza, nella quale si chiederà poi la riunione delle cause connesse.

La superfluità per il convenuto dello scritto aggiuntivo intermedio si coglie dalla previsione nell'art. 180 della comparsa di risposta bis.

Il secondo inciso del 2° comma prevede invero lo slittamento a data successiva della prima udienza di trattazione, con assegnazione al convenuto di un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

L'aver riservato al convenuto questa seconda risposta conferma nella convinzione che la comparsa autorizzabile ex art. 180 sia invece un'opportunità utile solo all'attore, ditalché potrà in concreto verificarsi che nel fissare la nuova udienza sia concesso un doppio termine differenziato per la redazione di due atti integrativi degli scritti difensivi iniziali.

Ovviamente queste incombenze potranno risultare differite per effetto di quei provvedimenti (rinnovo della citazione, chiamata in causa ex art. 102) resi necessari dalle verifiche preliminari, che potrebbero comportare la fissazione di un'altra udienza, anteriore a quella trattazione.

Controverso è se sia possibile omettere la fissazione della prima udienza di trattazione, invitando le parti a concludere e rimettendo la causa a decisione allorquando emerga una questione (di merito o di giurisdizione o competenza) idonea a definire il giudizio. Ciò in applicazione dell'art. 187 c.p.c.

La contrarietà a tale ipotesi discende non tanto dalle riflessioni sull'autoritarismo insito in tale disposizione, doviziosamente analizzato di recente da Cipriani (2), quanto soprattutto dal tenore letterale dell'art. 180, che prevede il rinvio alla udienza di trattazione "in ogni caso".

Invero il rimettere la causa a decisione, impedendo ogni ulteriore possibilità di trattazione negando il termine per la formulazione definitiva delle eccezioni processuali rilevabili a cura di parte, potrebbe condurre a una decisione troppo rapida su un solo punto di diritto, con uno strangolamento delle opportunità difensive.

Né è certo che l'abbreviazione ex art. 187 si risolva sempre in un risparmio temporale, giacché l'eventuale ribaltamento in secondo grado costringerebbe poi a riavviare la trattazione sin dalla fase preliminare.

A far propendere per il modesto standard prefigurato dalla norma, con la fissazione dell'udienza di trattazione, è poi il disposto dell'art. 184 c.p.c., rimasto immutato, che prevede l'applicazione dell'art. 187 solo prima dell'ammissione dei mezzi di prova.

3. La prima udienza di trattazione, finalità della fase preparatoria.

Il legislatore della minicontroriforma ha conservato l'impianto apparente della novella, lasciando in gran parte immutato l'art. 183.

La fase preparatoria della lite è però ora preceduta da quello scambio di scritti difensivi che dovrebbe consentire di giungere alla udienza già conoscendo le difese essenziali delle parti. Ciò modifica, ma non cancella l'utilità di un'udienza destinata alla definizione della materia del contendere.

In una fase preparatoria a binario rigido, quale quella voluta dalla novella, sono scanditi i momenti in cui maturano le preclusioni, ma ancor più importante è determinare esattamente cosa sia controverso, affinché non rimangano aperti varchi a nuove allegazioni, contestazioni tardive, malintesi su quanto già provato e quanto ancora da dimostrare.

Rimane quindi la centralità della prima udienza di trattazione quale momento in cui il giudice, assumendo la direzione del processo, definisce l'oggetto della controversia, individua le questioni rilevabili d'ufficio ed esperisce il tentativo di conciliazione.

Giova qui ricordare, con Taruffo (3), che tra gli obiettivi della fase preparatoria v'è quello deflattivo costituito dalla soluzione precoce della controversia mediante la conciliazione, la rinuncia alle domande che si appalesino presto infondate, l'individuazione di questioni pregiudiziali atte a definire la lite.

4. Il libero interrogatorio.

Il decreto legge 238, dissociando prima udienza e udienza di trattazione, ha vanificato il timore di "portare in udienza le parti per l'interrogatorio quando occorre ancora sanare i vizi iniziali del processo", ma ha mantenuto l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero.

In dottrina la necessità della comparizione personale è stata di recente pesantemente censurata, sostenendo che meglio sarebbe stato rinviare interrogatorio e tentativo di conciliazione al momento in cui concretamente il giudice avesse valutato congruenza e fruttuosità di questi incombeni.

Le critiche sono forse fondate se ci si mette nell'ottica di un modello processuale diverso, costruito a misura della complessità della materia del contendere, del numero e della diversità delle posizioni in causa.

Sono però ingenerose se si rispetta l'impostazione prescelta dalla novella.

Nel modulo processuale voluto nel 1990, l'avvio dell'udienza di trattazione con il libero interrogatorio non risponde soltanto a una finalità pratica di soluzione delle controversie, ma ha probabilmente una finalità anche "educativa".

Si è voluto rovesciare il modo di svolgere il processo, il rapporto che le parti e il giudice hanno con esso; da una sostanziale deresponsabilizzazione del giudice, che lasciava rifluire negli atti un materiale probatorio spesso non conosciuto, non incontrava quasi mai le parti, abbandonando sovente all'accordo tra i loro avvocati le scelte sulle iniziative istruttorie, riservava alla decisione ogni questione, ivi spesso imboccando la "terza via" mai sottoposta al contraddittorio, si è passati, nelle intenzioni del codificatore, a un giudice autorevole, padrone del processo, interlocutore responsabile.

In questa visione il libero interrogatorio è indispensabile in primo luogo per costringere il giudice alla lettura degli atti già depositati, presupposto per svolgere tempestivamente un ruolo attivo in prima udienza.

In secondo luogo il libero interrogatorio è finalizzato a far emergere circostanze da porre a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio, fonti di prova su fatti principali o secondari, prese di posizione delle parti su fatti affermati dall'attore (4). Esso serve pertanto a esplorare i confini della lite, fissati i quali proseguirà l'opera di progressiva concentrazione in vista della decisione.

Con il libero interrogatorio si può conseguire il risultato di chiarire la controversia, definire esattamente quali sono i punti controversi, semplificare l'onere probatorio delle parti, ottenendo dall'una o dall'altra ammissioni ben difficilmente ritrattabili.

In proposito va ricordato il valore che in dottrina e in giurisprudenza hanno via via acquisito gli argomenti di prova, reputati da molti autori sufficienti, se non resistiti da prova contraria, a reggere il peso della decisione (5).

Sebbene si registrino ancora resistenze su queste opinioni, la pratica corrente dà loro ragione.

È infatti innegabile che, se sottoposte a un serio interrogatorio libero da parte di un giudice che conosce gli atti, le parti giungono ad ammettere circostanze, fornendo i riscontri di fatto, che invano il loro difensore potrà poi negare, per i limiti alle contestazioni tardive di cui si dirà sub 9/d.

L'importanza dell'interrogatorio libero per determinare l'oggetto della controversia, semplificare l'istruttoria e tentare la conciliazione – in una fase sì preliminare, ma connotata dall'avvenuto deposito di ben due scritti difensivi noti al giudice – induce ancora una volta a esprimere contrarietà verso l'uso, legittimato dalla giurisprudenza lavoristica, di consentire che la procura a comparire per lo svolgimento di queste attività sia rilasciata al difensore (6).

Questi non farebbe che ripetere pedissequamente quanto già esposto in atti difensivi, trincerandosi dietro tecnicismi o reticenze abilmente mascherate.

Ne deriverebbe la riduzione dell'interrogatorio libero a una ridicola commedia, più decorosamente archiviabile con un richiamo “a quanto precedentemente dedotto”. Ma ciò significherebbe rinunciare alla ricerca di: 1) una semplificazione del processo; 2) la definizione anticipata della lite; 3) una tempestiva conoscenza degli atti da parte del giudice, demotivato dal non poter instaurare alcun serio colloquio processuale.

Sembra quindi opportuno preferire un'interpretazione che neghi l'ammissibilità del duplice ruolo di parte e difensore nel processo ai fini di cui all'art. 183.

Concreti risultati potranno peraltro venire dal valorizzare, ove possibile, lo strumento della sanzione avverso la mancata conoscenza dei fatti di causa nei confronti della parte rappresentata solo formalmente.

Eventuali resistenze del ceto forense potranno essere superate inducendo i difensori a riflettere sulla grave assunzione di responsabilità personale che comporta la procura a rappresentare la parte nel libero interrogatorio.

5. Questioni rilevabili d'ufficio e chiarimenti.

Un processo governato da un regime di preclusioni, pur allungate come “l'acqua di rose” (7), impone di rileggere – e meglio applicare – la disposizione che prevede la richiesta da parte del giudice di chiarimenti e l'indicazione di questioni rilevabili d'ufficio.

Occorre premettere che il legislatore ha voluto precisare che queste attività devono essere compiute dal giudice “sulla base dei fatti allegati”, inciso introdotto per ribadire che il giudice non può far uso della scienza privata o comunque introdurre in causa fatti “ricercati o ipotizzati autonomamente” (8).

In un processo a contraddittorio libero, senza preclusioni in ordine ad allegazioni e prove, come quello ancora in vigore per le cause vecchie, questi compiti del giudice sono stati quasi sempre ignorati, riservando al momento della decisione, o nel migliore dei casi alla riserva per l'ammissione di mezzi di prova, l'intervento dell'istruttore.

Si registrano per conseguenza un alto numero di controversie rimesse sul ruolo – purtroppo proprio quelle che per la maggior complessità si sono già protratte per gran tempo –, nonché le criticatissime decisioni della terza via, cioè soluzioni della lite sulla base di questioni processuali o di merito non preventivamente sottoposte al contraddittorio.

In un processo retto da preclusioni un simile comportamento costituisce insopportabile violazione delle norme processuali.

Ove infatti il rilievo di questioni di tal genere avvenga tardivamente, le parti subirebbero le decadenze nel frattempo maturate in punto di prove costituenti e forse anche in punto di allegazioni.

Si verificherebbe quindi un'alterazione del binario processuale previsto.

La regola dettata dal legislatore acquista nuovo significato, proprio perché questi compiti devono essere preceduti dal deposito di più atti difensivi, dalla conoscenza degli atti da parte del giudice, dal libero interrogatorio delle parti.

In questa nuova situazione, e con l'incombere del limite temporale (in udienza o in un successivo scritto) per la precisazione e la modifica di domande, eccezioni e conclusioni, il giudice deve quindi porre massima attenzione nel cogliere questioni rilevabili d'ufficio su cui stimolare il contraddittorio.

Si pensi alla rilevanza delle più comuni questioni rilevabili d'ufficio, quali il pagamento, la novazione, la rimessione, la rinuncia al diritto, la risoluzione consensuale del contratto, la presupposizione, la simulazione, la condizione, il termine, la legittima difesa, la compensatio lucri cum damno, il concorso del fatto colposo del creditore (9).

Già questo elenco non completo è sufficiente a dare la misura dell'importanza del compito di cui all'art. 183 terzo comma.

In sostanza nel caso di controversia civile in cui il giudice dall'esame degli atti rilevi una questione del genere non valorizzata o non chiaramente esposta, dovrà segnalarla e chiedere espressamente che le parti assumano posizione sul punto (10).

Non si creda che si tratti di casi di scuola.

Sovente le parti versano in causa una massa di documenti che non hanno bene utilizzato, per superficialità o per non affrontare tutte le implicazioni possibili (es. se una scrittura con cui si dà quietanza di una somma contenga anche novazione o previsione di termine per la residua parte del rapporto); il giudice si trova poi a valutare i documenti sulla base della sola illustrazione difensiva conclusionale; ad essa magicamente la attuale cultura corrente del processo civile rinvia ogni trattazione, inconsapevolmente trasformando l'abilità nello scoprire le carte non troppo precocemente in erronea omissione difensiva.

Va ricordato qui ancora una volta che il tardivo rilievo di questioni rilevabili d'ufficio non può risolversi in pregiudizio per alcuna delle parti, sicché il giudice in tali casi dovrà consentire nuove allegazioni e prove anche mediante rimessione in termini (11).

In secondo luogo mette conto ricordare che la sentenza della terza via è considerata con severità della dottrina, che nei casi più estremi giunge a proporre la sanzione nullità della sentenza (invero non necessaria giacché in appello i motivi di nullità si convertono in motivi di gravame), e in tempi più recenti propone di contemplare tra le condotte sanzionabili disciplinarmente la sciattezza del giudice che sistematicamente ometta di sottoporre al contraddittorio questioni decisive rilevate officiosamente.

6. Domande ed eccezioni nuove: precisazioni e modifiche.

È ormai conosciuto il contrasto dottrinale tra la visione più rigoristica nell'applicazione delle preclusioni e le tesi più permissive, a mente delle quali le allegazioni di fatti principali sarebbero ammissibili anche oltre il limite dell'udienza di trattazione e dello scritto autorizzabile a norma del 5° comma, per consentire la formulazione di precisazioni o modificazioni delle domande.

Su questo argomento è stato peraltro concordato un approfondimento da parte dell'altro relatore odierno.

Mi sembra tuttavia utile accennare a eventuali influenze che le modifiche di cui al decreto legge 238 possono giuocare.

Ora, è noto che secondo la tesi rigorista la preclusione relativa all'allegazione di fatti principali relativi al diritto fatto valere in giudizio dall'attore cade nello stesso momento in cui vien meno la possibilità di modificare la domanda, e quindi nella prima udienza o nella appendice scritta prevista dal primo inciso del quinto comma dell'art. 183 (12), salva la rimessione in termini ex art. 184 bis.

Per contro la tesi più permissiva, non solo adotta una nozione di modifica della domanda molto più vasta di quella coincidente con il tradizionale concetto di emendatio libelli, ma reputa con l'allegazione di fatti principali (cui è logicamente connessa una modificazione della domanda) sia libera durante il giudizio di primo grado, salvo il permanere delle preclusioni istruttorie già maturate.

Per fondare la lettura più rigorista si sostiene che poiché ai sensi dell'art. 164 si esige fin dalla domanda l'indicazione dei fatti principali, anche quando essi non sono rilevanti per la identificazione del diritto oggetto della domanda, "non avrebbe senso" lasciare poi del tutto aperta la possibilità di ulteriori allegazioni.

Le relative preclusioni dovrebbero infatti scattare fin dalla citazione.

Si ammette peraltro un temperamento in relazione alle difese esposte dal convenuto, che potrebbero richiedere integrazioni, e alle risultanze stimulate dall'interrogatorio libero obbligatorio.

In ogni caso al termine della prima udienza di trattazione dovrebbero sopraggiungere preclusioni in punto di allegazioni nuove di fatti principali e correlative domande.

Altro argomento a favore di questa tesi viene rinvenuto nella individuazione del termine per le richieste istruttorie fissato ex art. 184. Si rileva la contraddittorietà dell'ammissibilità di allegazioni nuove oltre il termine stabilito per l'ammissibilità di relative formulazioni istruttorie, le quali sono più chiaramente precluse della saracinesca fissata ex art. 184 c.p.c.

La tesi più permissiva, autorevolmente proveniente da uno dei compilatori della novella, trae argomento dalla caduta dell'inciso "ferma l'allegazione dei fatti storici" contenuto nella prima stesura dell'art. 183 e dalla proponibilità di nuove eccezioni rilevabili d'ufficio nel giudizio d'appello, per desumerne la allegabilità in corso di causa di nuovi fatti principali, essendo da equilibrare la facoltà relative a nuove eccezioni difensive e nuove allegazioni a sostegno della domanda.

Da ultimo occorre ricordare che la fase preliminare del giudizio in sede di prima udienza e il filtro dell'autorizzazione del giudice per la modificazione della domanda sembrano per molti legittimare un'ampia modificabilità della domanda, purché si resti nell'ambito dell'oggetto del processo inizialmente individuato.

Gli spunti offerti dalle novità introdotte per decreto sono a prima lettura contraddittori.

In primo luogo proprio l'abolizione dell'autorizzazione del giudice per la modificazione della domanda si può prestare a duplice lettura: è indubbio che si elimina utilmente un elemento di equivocità e di contrasto sulla differenza tra precisazione (libera) e modifica (soggetta ad autorizzazione); dall'altro si può credere: a) che si possa soltanto dar corso a una mera emendatio libelli, non essendovi il crisma dell'autorizzazione all'introduzione di modificazioni fondate su alterazioni dei fatti storici inizialmente dedotti; b) che le modifiche siano ancora più facilmente introducibili, proprio perché non soggette a questa forma di controllo preventivo, che doveva dipendere almeno da un sommario accenno dell'oggetto della modificazione.

Questa ambiguità è sorretta dall'intimo contrasto che si pone tra il rilievo, confermativo del rigore nello scandire i momenti delle deduzioni introduttive, ulteriormente conferito con il nuovo art. 180, che ribadisce la nullità della citazione ex art. 164 e la necessità di tempestiva sanatoria e nel senso opposto nel consentire una sorta di citazione integrativa ex art. 180 in replica scritta alla comparsa di risposta, elemento questo interpretabile proprio nel senso di attenuare l'esigenza di rigore promanante dal disfavore verso la domanda formulata in modo incompleto o confuso.

In sostanza ci troviamo di fronte a un nuovo legislatore che non ha avuto la determinazione per compiere (manu militari, attesa la forma della decretazione d'urgenza) una vera controriforma – ed

infatti non solo è stata ribadita l'esigenza di pienezza della formulazione della citazione, ma è stata confermata l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero in prima udienza di trattazione –, ma nello stesso tempo si sono introdotti elementi rilevanti di modifica delle preclusioni, rallentate nel tempo, e di appesantimento scritto, che è benefico solo nelle controversie particolarmente complesse, e che è invece foriero di complicazione in quelle definibili sin dall'inizio in poche chiare battute.

Par quindi di capire che il nucleo essenziale della riforma, costituito dall'introduzione di quel principio d'ordine consistente in preclusioni di merito e istruttorie sia stato conservato, a patto di ben temperarlo, come in un clavicembalo che voglia eliminare le distonie causate da una accordatura troppo esattamente fedele ai principi acustici (13).

Forse l'effetto può però essere contrario a quello voluto dagli ispiratori del decreto legge.

Costoro aspiravano dichiaratamente al taglio degli artigiani del Giudice Istruttore civile (temuto quasi quanto un pubblico ministero alleato al Gip) e quindi di ogni forma di preclusione, tardiva o precoce che fosse; si ritrovano con preclusioni lente a scattare, ma paradossalmente applicabili in modo micidialmente più rigido da parte di un Giudice Istruttore mortificato e infastidito dai molti scritti difensivi e dalle lunghe attese previste.

Mi spiego meglio: all'indomani della riforma Proto Pisani si fece promotore di una complessa ricostruzione volta a consentire che le preclusioni di merito scattassero senza impedire nuove allegazioni di fatti principali in corso di giudizio, pur senza possibilità di dedurre prove costituendo oltre i termini di cui all'art. 184, al fine di sfruttare tutti i margini di elasticità della normativa e ovviare meglio alla prevedibile resistenza del ceto forense avverso l'introduzione di un regime di preclusioni.

Questo atteggiamento permissivo era giustificato anche da realistiche considerazioni sulla severità dei tempi imposti al convenuto per organizzare la propria difesa (comparsa di risposta entro venti giorni prima della data di prima udienza indicata in citazione) e per adattarla.

Il venir meno di queste esigenze per via delle modifiche succedutesi nel tempo facilmente farà propendere gli interpreti verso applicazioni più rigorose, per circoscrivere in qualche modo gli spazi, ora troppo ampi, offerti alle parti per scoprire le rispettive carte.

Non si creda che queste considerazioni nascano da facili psicologismi: occorre ricordare che cinque anni di vacatio della riforma hanno fatto maturare attese di rinnovamento fondate in primo luogo sul regime di preclusioni; inoltre la suddivisione tra le cause di rito vecchio e rito nuovo e tra giudici addetti al "nuovo" e al "vecchio" prevedibilmente indurrà i primi, liberati dal peso del ruolo preesistente, ad imprimere un ritmo più intenso ai processi nuovi, utilizzando in senso rigorista i nuovi strumenti normativi.

7. Applicazioni pratiche: controversie in materia di famiglia.

a) La novella del 1990 aveva meritato i rimproveri della dottrina per l'omissione di qualsiasi riferimento al procedimento uniforme di separazione e divorzio, quale risultante dall'art. 4 della legge 898/70, come modificato dalla legge n. 74/87 (applicabile alle controversie di separazione in forza del richiamo di cui all'art. 23 di quest'ultima legge).

Si era osservato che le preclusioni legate alla costituzione del convenuto potevano creare non pochi problemi sia per lo svilupparsi del procedimento davanti a due giudici (il Presidente e l'Istruttore), sia per il timore che, considerando la udienza presidenziale quale prima udienza ex art. 183, maturassero inconsapevolmente per il convenuto decadenze e preclusioni di ogni tipo.

In dottrina aveva quindi ripreso vigore il confronto tra la concezione bifasica (14), propria di chi distingue nettamente la funzione dell'udienza presidenziale dal prosieguo del giudizio innanzi all'istruttore negando l'unicità del procedimento, da quella più applicata in giurisprudenza e sinteticamente definita ambrosiana, che individua la prima udienza, in relazione alla quale il convenuto deve costituirsi per evitare la dichiarazione di contumacia, in quella presidenziale.

In un processo civile quale quello previgente le due concezioni non conducevano a grandi differenze nella conduzione del giudizio, salvo il profilo dell'onere di notificare al coniuge non comparso il verbale dell'udienza presidenziale (tesi cui ormai ben pochi erano rimasti fedeli a causa dell'abrogazione implicita dell'art. 709 c.p.c.).

La prima versione della novella aveva fatto invece acuire il contrasto, giacché dall'individuazione dell'udienza in relazione alla quale v'era per il convenuto onere di costituirsi discendeva l'anticipazione o meno del termine per depositare la comparsa di risposta contenente domande riconvenzionali ed eccezioni rilevabili a cura di parte.

Il coordinamento con l'art. 4 della 898 era reso difficile della forma del ricorso, prevista per l'avvio della causa. Infatti qualora nel pedissequo decreto presidenziale non fosse stato contenuto l'avviso al convenuto di cui al n. 7 dell'art. 163, il convenuto non avrebbe avuto alcuna conoscenza delle conseguenze incombenti a causa della costituzione tardiva. Conseguentemente sarebbe stato necessario disporre nuova udienza, provvedendo ad ogni opportuna salvaguardia dei diritti di difesa. Peraltro ove l'avviso a comparire fosse stato inserito all'atto della notifica del ricorso decreto, il convenuto avrebbe comunque avuto un lasso temporale ristretto (fino a soli dieci giorni in caso di mancata applicazione coordinata dell'art. 166 secondo inciso) tra la notifica (trenta giorni prima dell'udienza per via della riduzione dei termini prevista dall'art. 4) e la scadenza del termine per la rituale costituzione.

Altro inconveniente segnalato era stato ravvisato nella dilatazione dei compiti del Presidente, cui sarebbe spettato di definire la materia del contendere compiendo innaturalmente l'attività di cui all'art. 183, per poi spogliarsi della causa in favore dell'istruttore.

Per ovviare a questa complicazione si era suggerito di adottare il rimedio della dissociazione tra prima udienza di comparizione e prima udienza di trattazione, onde lasciare al giudice istruttore tutta la trattazione della controversia, eccettuate le competenze presidenziali relative al tentativo di conciliazione e ai provvedimenti provvisori (15).

I decreti legge 238 e 347 traducono normativamente questa ipotesi.

Infatti l'unica decadenza in cui incorre il convenuto non tempestivamente costituitosi davanti al Presidente è quella concernente le domande riconvenzionali. Trattasi di decadenza facilmente aggirabile (soprattutto ove si pensi che la riconvenzionale più frequentemente proposta è costituita dalla domanda di addebito della separazione), proponendo in seguito separata domanda e provocando la riunione.

Dopo la udienza presidenziale avverrà la rimessione al Giudice Istruttore con fissazione dell'udienza di trattazione ex art. 183 e concessione del termine per gli iscritti integrativi di cui all'art. 180. Eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio potranno quindi trovare spazio in questo nuovo ambito difensivo previsto dai decreti legge.

L'utilità di questa dilatazione nelle controversie di separazione è particolarmente rilevante. Infatti nei casi (rari) in cui l'unione è recuperabile o in quelli (frequentissimi) in cui la separazione è trasformabile in consensuale, il dover esporre nel primo atto difensivo ogni particolare relativo ai rapporti personali e patrimoniali può precludere le possibilità di accordo, poiché inasprisce le posizioni e contribuisce ad accrescere rancori personali ostativi ad ogni intesa.

b) Resta da coordinare con la novella la fase di avvio della lite. Come è noto, l'art. 4 della 898 prevede che il Presidente del Tribunale, dopo il deposito del ricorso (confezionato con i requisiti propri di una citazione introduttiva del giudizio), fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione dei coniugi innanzi a sé e il termine per la notificazione del ricorso e del decreto. Tra la data della notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza di comparizione devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 bis del codice di procedura civile ridotti alla metà.

È dal contenuto del decreto presidenziale che deriva la sorte della fase iniziale del procedimento.

Qualora si ritenga, alla luce del testo dell'art. 4, che il ricorrente si costituisca con il ricorso, che tale atto ha tutte le caratteristiche necessarie per essere il vero atto introduttivo della lite e che la

costituzione e la contumacia del convenuto si devono valutare già in sede di udienza presidenziale, si dovrà propendere per un decreto complesso, che dovrà contenere l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di dieci giorni (16) prima dell'udienza e a comparire nell'udienza fissata innanzi al presidente, con l'avvertimento che la costituzione oltre i termini suddetti implica le decadenze di cui all'art. 167.

Se avviato in tal modo, il processo accusa il solo inconveniente di aver allungato i termini a comparire rispetto a quelli previgenti, con il conseguente rischio che il periodo di conflittualità più intensa che precede l'udienza presidenziale si prolunghi fino ad almeno quaranta giorni, ma se consideriamo che in molti tribunali il carico di lavoro impone di rinviare di alcuni mesi la comparizione avanti il presidente, il problema appare trascurabile.

Lo sviluppo del processo appare invece a questo punto lineare: se vi è stata regolare notifica e il pubblico ministero è stato informato della pendenza della lite, all'udienza può essere dichiarata la contumacia del coniuge convenuto non comparso; dopo i provvedimenti presidenziali verranno dati i termini per compare e memoria ex art. 180 e verrà fissata l'udienza di cui all'art. 183 davanti all'istruttore ivi designato.

Non ci sarà necessità di notifica dell'ordinanza presidenziale, trattandosi di provvedimento reso in udienza o da comunicare solo alle parti costituite. Non verrà quindi rimessa in discussione l'abrogazione dell'art. 709 c.p.c., su cui concordano sia i fautori del rito ambrosiano, sia il Tommaseo, che rileva come la regola contenuta in tale articolo non è stata riprodotta nell'art. 4 (ripetiamo esteso alle controversie sulla separazione in forza all'art. 23) e come l'attuazione del contraddittorio sia, pienamente assicurata dalla notificazione del ricorso introduttivo, e dall'unità del procedimento, che non richiede nuovi atti di impulso.

Qualora il Presidente emetta invece un decreto non contenente le prescrizioni di cui all'art. 163 n. 7 ed esse non siano inserite nel corpo del ricorso o comunque degli atti notificati, verrà in parte rimessa in discussione la prassi applicativa qui esposta, nonché quanto invalso già in forza della legge del 1987.

In sostanza ove il coniuge si costituisca chiedendo il rispetto dei termini ai sensi dell'art. 166 comma 3, il Presidente, esauriti gli incumbenti di sua competenza (17), dovrà fissare l'udienza davanti all'istruttore specificando il termine fissato al convenuto per la proposizione di domande riconvenzionali, non essendo maturata questa decadenza.

Orbene, è da chiedersi se questo termine vada differenziato rispetto a quello previsto per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito ovvero possa essere unitario. Se si propende per l'ipotesi meno arzigogolata, fondata sulla facoltatività (e quindi comprimibilità) del diritto dell'attore a una comparsa di replica alla comparsa di risposta ex art. 180 c.p.c., è da credere che il Presidente si limiterà a fissare un'udienza ex art. 183 (concedendo all'attore un termine per integrare il ricorso pur quando non vi sia stato deposito di comparsa di risposta) con il termine perentorio per il convenuto per formulare riconvenzionale e proporre eccezioni non rilevabili d'ufficio.

Ove non sia richiesto il rispetto dei termini, l'ordinanza potrà avere il contenuto previsto dall'art. 180, senza riferimento alle domande riconvenzionali evidentemente già proposte o che il convenuto non intende proporre.

Nell'ipotesi in cui il convenuto non compaia o comparendo non si costituisca è da credere che ugualmente il Presidente possa procedere, dopo la verifica della regolarità della notificazione, allo svolgimento degli incumbenti previsti dall'art. 708, ma non potrà dichiarare la contumacia, essendo mancato l'avviso a comparire o l'avvertimento, necessari per far discendere qualsivoglia decadenza a carico del convenuto.

In tal caso dovrà però essere disposta la notifica al convenuto dell'ordinanza contenente i provvedimenti temporanei, la designazione dell'istruttore e dell'udienza e l'avviso a comparire formulato ex art. 163 n. 7. L'udienza davanti all'istruttore sarà in questo caso la prima udienza di comparizione ex art. 180 e non la prima udienza di trattazione ex art. 183. Si verificherà in sostanza

la rottura della unicità del procedimento, conseguenza che mi pare forzata dalla necessità di assicurare un contraddittorio regolare in cui cioè sia consentito al convenuto di essere informato del “gioco dei termini previsto dal nuovo rito civile” (18).

Questo modulo operativo appare però meno corretto di quello indicato in principio, giacché provoca un inutile allungamento del giudizio, costringe ad una doppia notifica (a volte costosa e laboriosa per il volontario sottrarsi di uno dei coniugi alle ricerche) e arreca maggiori oneri per la Cancelleria (per rilascio di copie e accesso di parte convenuta in relazione alle due udienze dell'istruttore).

8. Superamento delle preclusioni e loro rilievo d'ufficio.

a) Preclusioni di merito e istruttorie pongono considerevoli problemi riferibili a talune patologie che la pratica non mancherà di mettere in evidenza.

Si pensi in primo luogo ai fatti sopravvenuti nel corso del processo (es. pagamento del debito) o a quelli divenuti rilevanti in conseguenza di nuove norme.

La novella non prevede se e in qual modo essi possano entrare nella materia del contendere. Tuttavia il principio di economia processuale impone di ritenere possibile la deducibilità nel corso del giudizio sia dei fatti sopravvenuti, sia di quelle circostanze che assumono rilevanza in relazione allo jus superveniens.

Se questa facoltà non fosse consentita, la parte che intende far valere il fatto sopravvenuto o la cui rilevanza scaturisca da una nuova legge sarebbe costretta a instaurare altro processo e si darebbe luogo a decisioni (sulle controversie originarie) sovente monche se non inutili (19).

Sarà affidato alla pratica il compito di governare i metodi di ingresso di questo materiale nuovo nel processo, ma si può pensare allo scambio di comparse autorizzate ex art. 180 c.p.c., poiché ci si trova in presenza di un'ipotesi anomala di rimessione in termini.

Altro problema che potrebbe presentarsi frequentemente può individuarsi nel tentativo di aggirare le preclusioni su domande, eccezioni e prove mediante l'instaurazione di una nuova controversia avanti al medesimo o ad altro giudice, al fine di colmare le lacune della prima causa provocando la riunione o l'interferenza dei giudizi.

A questa tattica (20) si potrà opporre, a parere di Proto Pisani, che, avvenuta la riunione, le deduzioni nuove potranno essere ritenute tardive qualora non formulate nel rispetto dei termini e delle forme del primo giudizio e quindi dopo il maturare delle relative preclusioni. Acutamente si è notato (21) che questa soluzione soddisfa pienamente per il caso in cui nel secondo giudizio sia stata proposta una domanda di accertamento negativo fondata sull'accertamento dell'eccezione in senso stretto (rilevabile a cura di parte).

È ovvio che dovendo tale secondo processo chiudersi con la riunione o con l'accertamento della litispendenza non v'è luogo per soluzione diversa. Altrettanto vale per l'ipotesi di continenza relativa a domanda d'accertamento negativo e di condanna. La riassunzione davanti al primo giudice non porterebbe ad esiti differenti.

Una soluzione contraria viene propugnata ove il convenuto decida di promuovere un giudizio fortemente connotato di autonomia rispetto alla prima domanda, per rimediare alla mancata introduzione della domanda riconvenzionale e di un'eccezione riconvenzionale (es. compensazione) nel primo giudizio.

In tali casi, poiché la decisione sulla domanda originaria non copre con efficacia di giudicato la materia del contendere introdotta con il secondo giudizio, essendovi compatibilità tra le due, si dovrà ammettere che la riunione ex art. 274 o la rimessione ex art. 40, 2° comma.

Un'ipotesi intermedia viene segnalata con riguardo all'ipotesi del convenuto che avendo ommesso di allegare un fatto impeditivo o un'eccezione, per rimediare proponga in un secondo processo un'azione costitutiva (es.: a fronte di un'azione di adempimento contrattuale venga proposta una domanda di risoluzione per inadempimento).

C'è qui una certa autonomia rispetto all'oggetto del primo processo, ma contemporaneamente un legame che potrebbe giustificare la connessione e la riunione.

Chiarloni si concede una esitazione del pensiero: deve prevalere il sistema delle preclusioni riferito a tutta l'area "disegnata dai limiti oggettivi del giudicato", ovvero si devono ridimensionare le preclusioni a mero criterio d'ordine del singolo processo, formalisticamente consentendo la creazione di processi frammentati?

Solo l'esperienza dei casi ripetuti potrà sciogliere il dilemma, precisando limiti e ampiezza di esso. Basti qui segnalare ancora che in dottrina è stato di recente ricordato come "il giudicato di accoglimento della domanda fondata su un determinato negozio giuridico, che pure presuppone logicamente la validità e l'efficacia del negozio stesso, non impedisce di per sé la proposizione di autonome azioni d'impugnativa negoziale che non siano dirette a vanificare il risultato conseguito dall'attore nel primo giudizio; ciò che non potrebbe discendere dalla mera azione di impugnativa, bensì, semmai, dall'accoglimento di domande (p. es. di tipo restitutorio) ad essa collegate e/o conseguenti". (Balena) (22).

b) Prevale nettamente tra i commentatori ed è nello spirito della legge la tesi secondo cui la violazione delle preclusioni, di merito o istruttorie, va rilevata d'ufficio e non necessariamente a cura di parte, essendo il sistema ispirato dalla esigenza pubblicistica di uno svolgimento razionale, scandito secondo i dettami della norma processuale.

Dovrebbe prevalere quindi il punto di introduzione della domanda nuova, il criterio più rigoroso, che esclude la deroga alla preclusione suddetta in forza della volontà tacita o presunta delle parti, come la prassi lassista ha permesso per molti anni (23).

È ragionevole tuttavia prevedere una spinta in senso contrario, che può far leva argomentativamente sulla facoltà delle parti di rinunciare agli atti ex art. 306 c.p.c. e caducare così gli atti del processo.

A fronte di questa facoltà delle parti, si potrebbe ammettere, secondo Proto Pisani (ma l'opinione è stata molto contrastata in dottrina) la rinuncia a far valere preclusioni già maturate solo se proveniente dalle parti personalmente o dai loro procuratori speciali all'udienza o con atti notificati alle altre parti ex art. 306 secondo comma.

In questo modo si impedirebbe il prevedibile andazzo lassista conseguente al lasciare ai difensori delle parti di provvedere a tale rinuncia autonomamente.

Non vi è dubbio che la larga previsione di termini perentori e l'impronta più seria conferita al processo civile con la novella pretendono un'applicazione rigorosa, di cui il giudice deve essere custode.

Se è in questa ottica negato il pregio dell'accomodante proposta di Proto Pisani, facendo rilevare che la domanda nuova in appello e le deduzioni tardive nel processo contumaciale sono rilevabili d'ufficio, ancorché nel giudizio contumaciale la rinuncia agli atti non sia soggetta ad accettazione, ditalché perderebbe efficacia l'argomento tratto dall'art. 306.

9. Le preclusioni istruttorie.

a) È necessaria un'udienza ex art. 184 c.p.c.?

Svolte le attività preparatorie tese alla delimitazione della materia del contendere, viene avviata la fase istruttoria, anch'essa articolata se più udienze al fine di consentire una sufficiente meditazione alle parti.

È controverso in dottrina se il legislatore abbia tipizzato il provvedimento sull'ammissione dei mezzi di prova all'interno di un'udienza apposita. In tal senso si è espresso uno dei primi commentatori (24), che ha però raccolto esigui consensi.

La netta maggioranza degli interpreti ritiene infatti che le preclusioni istruttorie possono scattare al termine dell'udienza di cui all'art. 183 e che il giudice debba in essa provvedere all'ammissione dei

mezzi di prova rilevanti, qualora non vi sia stata richiesta di termini per l'appendice di trattazione di cui al quinto comma dell'art. 183, né richiesta di termini ai sensi dello stesso art. 184.

Si immagina in tal caso che per la semplicità della controversia, o forse per la contumacia del convenuto, e grazie alla completa formulazione delle prove costituenti già nell'atto introduttivo, venga richiesto al giudice di provvedere sul punto senza termini per memorie di trattazione o istruttorie.

Riconosco che gli argomenti letterali inducono a preferire questa tesi, giacché dell'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184 si parla solo nell'ultimo inciso dell'art. 183, prevedendo che essa sia fissata con l'ordinanza che fissa il termine per l'appendice scritta di trattazione.

Si può sostenere che solo per motivi di tecnica normativa l'udienza ex art. 184 è stata collegata a questa ipotesi di sviluppo del processo, ma per conto viene osservato che solo nel caso dell'appendice scritta si rende necessaria un'udienza rispetto alla quale collegare i termini di cui al 183 quinto comma.

Dopo aver replicato che a questo fine sarebbe stato sufficiente prevedere che il giudice "fissa altra udienza", senza precisare la finalità di cui al 184, vengo a due più significative considerazioni.

La prima: qualunque sia il tempo prescelto per la decisione sulle istanze istruttorie (udienza ex art. 183 o 184), ciò che risulta ben chiaro da queste due norme, nonché dai lavori preparatori, e che il legislatore ha voluto distinguere la fase di trattazione da quella istruttoria (25). All'inizio della seconda, la fase di trattazione deve essere terminata, la materia del contendere delimitata, onde impedire quella sovrapposizione tra le due fasi che era stata caratteristica del processo novellato nel 1950.

La seconda: come ha osservato testualmente Taruffo (26) è quanto mai improbabile che la ordinanza ammissiva di prove sia resa a conclusione della prima udienza di trattazione. Se solo per un momento si riflette su tutto il materiale che dovrebbe essere scaturito dall'interrogatorio libero, dell'evidenziazione delle questioni rilevabili d'ufficio, da frequenti allegazioni nuove di fatti principali e secondari e da modifiche di domande ed eccezioni e se si considera la tralaticia e verosimilmente dura a morire propensione degli avvocati civilisti a richiedere un termine per esaminare ogni nuova deduzione avversaria, si perverrà al convincimento che quasi sempre al termine dell'udienza ex art. 183 verrà fissata altra "udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184" o perché sarà richiesta l'appendice scritta di cui al 183 o perché sarà richiesto un termine per produrre documenti ed indicare mezzi di prova.

Più frequentemente saranno richiesti entrambi i termini, risolvendosi la udienza successiva a quella di trattazione in una sede per replicare brevemente alle modifiche delle domande ed eccezioni e richiedere nuovo termine per fini istruttori.

È indubbio che in questo modo il processo si configuri in modo più ordinato rispetto al regime attuale ed è auspicabile che ogni udienza "serva" effettivamente per lo svolgimento di un'attività, ma il susseguirsi di tante udienze (quasi sempre quattro) prima dell'assunzione delle prove impone che i tempi dei rinvii siano contenuti rispetto al passato, pena il fallimento di ogni sforzo di realizzazione.

È da evitare che giudice e parti ripetano più volte lo studio degli atti, come è inevitabile se i rinvii sono troppo distanziati.

È forse il tentativo di scongiurare l'apertura a rinvii non previsti che ha indotto tanti commentatori, anche di estrazione forense, a sostenere la non necessità di un'udienza ex art. 184.

È bene che su questo punto il giudice istruttore abbia chiaro il proprio indirizzo, perché in difetto di istanze istruttorie e di richieste di termini, egli alla prima udienza di trattazione, ultimati gli incombeni previsti in quella sede, può, secondo la tesi più rigorista, soltanto rinviare per precisazione delle conclusioni.

Opportunamente è stato segnalato pertanto che per i difensori è prudente chiedere il termine di cui all'art. 184 già con gli atti introduttivi.

Poiché nulla vieta tale anticipata richiesta, in tal modo il difensore, che tema una dimenticanza o un'assenza involontaria, può anche cautelarsi, in caso di immediata rimessione della causa al Collegio ex art. 187, rispetto a una definizione della controversia in base alla regola dell'onere della prova (27).

b) Limiti delle istanze istruttorie

Negli artt. 163 e 167 c.p.c. è prevista, quale contenuto dell'atto di citazione e della comparsa di risposta, l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui le parti intendono valersi.

Come già costantemente ritenuto dalla giurisprudenza nella vigenza del vecchio rito, è da credere che tale previsione non costringa necessariamente le parti a formulare in quella sede i mezzi istruttori volti a provare quanto dedotto negli atti difensivi iniziali.

La giustificazione di questa apparente contraddittorietà (a lungo denunciata in passato da Andrioli) riposava in passato nel testo dell'art. 184, quale novellato nel 1950, che permetteva alle parti di richiedere in ogni momento nuovi mezzi di prova.

Le nuove disposizioni non pongono alcuna decadenza in relazione alla omessa articolazione di mezzi di prova negli atti introduttivi, ditalché appare ben difficile che si possa sostenere il contrario, ancorché forse il remoto intendimento del legislatore fosse nel senso di vincolare le richieste istruttorie alle precedenti allegazioni e quindi di riferire i nuovi mezzi di prova di cui parla il 184 alle allegazioni svolte dopo le prime difese.

Tuttavia la precedente giurisprudenza e l'omessa previsione di qualsivoglia decadenza in un ambito normativo in cui il legislatore, quando lo ha voluto, ha stabilito chiari termini perentori allo svolgimento dell'attività assertiva e alle istanze istruttorie di cui all'art. 184 (2° comma: I termini di cui al comma precedente sono perentori) induce la convinzione che le richieste istruttorie nei tempi consentiti dall'art. 184 siano liberamente riferibili anche alle deduzioni iniziali (28) pur senza autorizzazione del giudice.

Non si può trarre argomento in favore di una tesi più restrittiva dal fatto che l'art. 184 definisca nuovi i mezzi di prova proposti nel termine all'uopo concesso dal giudice; la novità (29) si riferisce non solo e non tanto al legame con deduzioni nuove rispetto agli atti introduttivi, ma anche alle formulazioni effettuate per la prima volta dopo l'inizio della controversia.

Si osservi infatti che la costituzione tardiva non comporta decadenza rispetto alle deduzioni istruttorie, ma solo dalla proponibilità di domande riconvenzionali se il convenuto si costituisce in udienza, sicché sarebbe un controsenso penalizzare maggiormente la parte tempestivamente costituita rispetto alla parte costituitasi tardivamente, creando interpretativamente una decadenza che il legislatore ha ommesso di affiancare ad altra, di molto minore rilievo, esplicitamente prevista.

Va però segnalato che in dottrina non mancano alcune minoritarie ma autorevoli voci, secondo le quali le nuove prove formulate nel termine di cui all'art. 184 sarebbero ammissibili solo se giustificate da nuove allegazioni avverse o da risultanze dell'udienza di trattazione (30).

Occorre ribadire comunque che nel momento in cui si consuma il termine perentorio ex art. 184 o si preclude la possibilità di integrazioni istruttorie alla conclusione della attività di cui all'art. 183, diviene impossibile formulare prove relative ad allegazioni successive. Pertanto, qualora dopo questo termine venga allegato un fatto che fondi un'eccezione in senso lato o un fatto secondario, quand'anche non si ritenga inammissibile tale allegazione sarà da ritenere inammissibile ogni prova documentale o costituenda proponibile della parte.

È questo il presidio più saldo del regime di preclusioni introdotto dalla novella: la impossibilità di provarle renderà vane allegazioni tardive, di solito tendenzialmente dilatorie.

Il confronto sull'ammissibilità delle allegazioni e dei connessi rilievi è destinato quindi a essere scottante solo con riferimento alle ipotesi particolari in cui la prova del fatto allegato tardivamente risulti aliunde (es. consulenza tecnica, spontanee dichiarazioni del teste, etc.).

c) Particolarità sulla formulazione e l'ammissione delle prove

Prove testimoniali: l'abrogazione del 2° comma dell'art. 244, che obbligava la parte contro la quale la prova era proposta, anche quando si opponeva all'ammissione, ad indicare a sua volta nella prima risposta le persone che intendeva far interrogare e a dedurre i fatti su cui interrogarle, comporta che la decadenza della richiesta di prova contraria (decadenza a lungo sostenuta dalla dottrina e sulla quale la giurisprudenza aveva tenuto indirizzi contraddittori) non si verifica in occasione della prima risposta, ma solo al momento dello scattare delle preclusioni istruttorie come sopraindividuato.

L'abrogazione del terzo comma dell'art. 244 pone problemi maggiori: si trattava come è noto di uno strumento atto a far operare preclusioni in punto di prova testimoniale, la cui utilità era avvertita soprattutto al fine di meglio calibrare prove inizialmente dedotte in modo incompleto o ritenuto non ortodosso dal giudice.

In caso di esame dell'ammissibilità delle prove al termine dell'udienza di trattazione o nell'udienza fissata ex art. 184, senza richiesta di ulteriore termine, le parti potrebbero subire il rigore del giudice nel valutare l'ammissibilità sotto il profilo della cattiva formulazione.

In sostanza, ha osservato Balena (31), potrebbe crearsi "un'inopportuna rigidità nella deduzione della prova per testimoni", che renderebbe quasi impossibile "un tempestivo intervento riparatore su sollecitazione del giudice".

La richiesta del doppio termine di cui all'art. 184 può invece servire alle parti per emendare i capi di prova che all'udienza ex art. 184 il giudice ritenga malformati. Non escludo infatti, ed anzi ritengo che nella pratica le parti potranno chiedere all'udienza ex art. 184 l'ammissione dei mezzi di prova già formulati nei precedenti scritti difensivi o, in subordine, il termine ivi previsto. Si può quindi in concreto instaurare un colloquio tra parti e giudice in ordine alla ammissibilità dei mezzi di prova inizialmente articolati e il doppio termine può servire non solo per allegare fatti secondari nuovi e chiedere nuove prove, ma soprattutto a correggere quanto non correttamente richiesto.

Questa ipotesi mi sembra venire realisticamente incontro all'esperienza da cui veniamo, che ci dimostra come sia diffuso nel Foro il cattivo vezzo di articolare le prove testimoniali esponendo un coacervo confuso di fatti e giudizi, che non facilmente consente di espungere le parti inammissibili e mantenere in piedi richieste congrue al fine.

Ora, un confronto tra giudice e parti che lasci i margini per adeguare le richieste istruttorie mi sembra inserirsi in un modello processuale moderno e non formalmente garantistico, scevro dall'autoritarismo tante volte sotteso agli istituti processuali.

Si pensi in proposito all'uso abituale della riserva ex art. 186 sulle istanze istruttorie: qualora sia mancato il confronto orale sull'ammissibilità e rilevanza si rischierà di consumare per tal via la decapitazione non solo di molte di esse, ma anche di diritti meritevoli di tutela.

Proprio a proposito della riserva di cui all'art. 186 deve essere segnalato il contrasto tra chi opina che essa contrasti "irrefrenabilmente" con il modello di processo previsto dalla legge 353/90 (32) e chi reputa che il nuovo processo civile non debba osservare i criteri di rigida concentrazione voluti nel processo del lavoro, ma sia per deliberata scelta del legislatore più elastico e soltanto teso ad impedire inutili ritardi nel processo. Di inutilità non può essere taciuto l'istituto della riserva, che consente un più meditato controllo del giudice sulle istanze delle parti. Si potrà in contrario e fondatamente osservare che il deposito delle memorie istruttorie di cui all'art. 184 è anche finalizzato a consentire una possibile decisione in udienza, ma non si potrà negare che nei casi più complessi, nei quali alla seconda udienza ex art. 184 vi siano state deduzioni in opposizione alle istanze avversarie, il giudice possa ritenere opportuno un momento di ulteriore riflessione.

Quanto al pericolo di una ridondante deduzione di prove orali causato dalla formulazione di prove in parte correlate a domande subordinate, inevitabile corollario del principio di eventualità, si osserva che il Giudice Istruttore può opportunamente ammettere solo i mezzi di prova che gli sembrano decisivi per la soluzione della controversia, riservando al prosieguo l'ammissione e l'espletamento di altri mezzi di prova. Ciò avverrà qualora in forza dell'esito delle prove espletate e delle

acquisizioni maturate (a seguito di consulenza, ispezione, etc.), il giudice reputi rilevanti i mezzi di prova inizialmente rimasti in sospeso (33).

Prove documentali: I termini perentori di cui all'art. 184 concernono non solo l'indicazione di mezzi di prova, ma anche la produzione di documenti.

Condivisibile appare quella dottrina (34) secondo cui il legislatore ha in questo modo risolto il dubbio sorto nel rito del lavoro in ordine alla producibilità dei documenti anche dopo la costituzione in Cancelleria. Viene cioè equiparata la produzione dei documenti alla formulazione delle prove costituenti e la preclusione vale per tutti i tipi di prova.

L'ampio l'asso temporale consentito per la produzione, la previsione di termini non prorogabili e la rilevanza pubblicistica delle preclusioni non dovrebbero alimentare troppi dubbi in proposito, pena il naufragare della riforma.

Il vero presidio ad un ordinato svolgimento della lite riposa infatti sul regime di preclusioni. I due cardini, a monte e a valle sono la decadenza dal rilievo di eccezioni in senso stretto e la decadenza rispetto alle deduzioni e produzioni istruttorie.

Come già si disse a proposito delle preclusioni di merito, la impossibilità di articolare prove nuove oltre i termini di cui all'art. 184 rende inutile la allegazione e il rilievo di nuove domande ed eccezioni, sicché è il vero baluardo di protezione del sistema entrato in vigore.

Mette conto però ricordare che la produzione documentale tardiva potrà essere consentita a sostegno del fatto sopravvenuto (es. effettuato il pagamento in corso di causa, potrà dedurre il fatto nuovo e produrre la quietanza) o in occasione della rimessione in termini di cui al 184 ultimo comma o del 184-bis.

Non è in contrasto con queste affermazioni l'ammissibilità in appello di nuovi mezzi di prova che siano ritenuti indispensabili ai fini della decisione (nuovo art. 345 c.p.c.).

Appare infatti chiaramente voluto dal legislatore un grado di "concentrazione interna al primo procedimento di primo grado maggiore di quella complessivamente conferita al giudizio nel suo articolarsi tra i vari gradi" (35), ed inoltre, osserva Oriani, il sistema di preclusioni va considerato complessivamente e non solo con riferimento al giudizio di primo grado (36).

Quanto al tempo in cui far valere i rilievi sui documenti, la introduzione di una prima udienza di comparizione ex art. 180 c.p.c. ha anticipato il momento in cui va effettuato il disconoscimento della scrittura privata prodotta dal convenuto costituitosi prima dell'udienza. Invariata è rimasta infatti la regola di cui all'art. 215, 1° comma n. 2, che impone il disconoscimento o la dichiarazione di non conoscenza nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione.

È quindi da individuare secondo questo criterio il termine per disconoscere i documenti prodotti all'udienza fissata ex art. 184 o prima dell'udienza accordata nel fissare i termini per integrazioni istruttorie.

Quanto all'istanza di verifica, secondo Tarzia (37) non è fissato per essa alcun termine, come per la querela di falso.

L'equiparazione non sembra pienamente giustificata dal sistema normativo; mentre infatti l'immodificato art. 221 continua a permettere la proposizione della querela in qualunque fase e grado di giudizio, l'istanza di verifica mi sembra sia da dedurre all'interno dei limiti fissati per le deduzioni istruttorie.

Non vi è dubbio infatti che a seguito del disconoscimento sia stata vanificata l'efficacia probatoria del documento e che la parte che intendeva valersene ritorni ad essere gravata dell'onere probatorio che con quel documento intendeva assolvere. Ora, tra il provvedervi mediante l'istanza di verifica (consistente in sostanza nell'articolazione di mezzi di prova volti a dimostrarne la provenienza) o il provvedervi con diversi mezzi di prova, non riesco a cogliere la differenza.

Non vedo pertanto perché consentire che rimanga vagante nel processo, in assenza di espressa previsione normativa, questa mina sulla quale può saltare l'equilibrio delle preclusioni istruttorie e che comunque può costringere a inutile ritardo. Prodotto il documento prima dell'udienza ex art.

184 o alla stessa udienza, non vedo perché la parte non debba proporre istanza di verifica entro i limiti di decadenza fissati in quella disposizione.

Altrettanto oserei dire con riferimento al disconoscimento della riproduzione meccanica o della copia fotografica di scritture, sebbene vi sia contrasto con autorevolissima dottrina (38). Anche qui mi sembra incompatibile con lo scattare di preclusioni istruttorie il mantenimento a tempo indefinito di un equivoco sull'efficacia probatoria di questi documenti, senza che vi sia alcuna apprezzabile giustificazione normativa.

Ben diversa è infatti la portata di questa dichiarazione rispetto al deferimento del giuramento decisorio, che ex art. 233 c.p.c. si può deferire in qualunque stato della causa e che è per la sua natura di prova legale è deferibile anche quando siano state acquisite prove di segno contrario.

d) Contestazioni tardive

Proseguendo sulla linea di quanto appena prima detto non si può che aderire alle considerazioni di Proto Pisani (39), secondo il quale vige ora l'inammissibilità – nei processi relativi a diritti disponibili – di contestazioni tardive delle parti costituite.

Viene infatti ricordato che nel sistema precedente alla facoltà di sollevare contestazione tardiva corrispondeva la libertà di deduzioni istruttorie; nel nuovo sistema la contestazione tardiva confligge con la previsione di rigide preclusioni istruttorie. Entro il maturare di esse dovrebbe infatti emergere, in un processo leale, ciò che è controverso e che deve essere provato.

Proprio a questo fine si è prevista l'obbligatorietà del libero interrogatorio e si è limitata la rimessione in termini ex art. 184-bis al verificarsi di decadenze per causa non imputabile e non al maturare, rimesso all'arbitrio di una delle parti, dell'esigenza probatoria.

Questa norma giova all'acuta osservazione del citato autore, che immagina l'applicabilità dell'art. 184-bis quale strumento per la revoca della non contestazione: deve cioè essere la parte che intende improvvisamente contestare un fatto a dimostrare che il suo originario atteggiamento era disceso da un'incolpevole errata percezione della realtà ("non imputabile").

Qualora non si aderisca a questa interpretazione, rimanendo ancorati alla giurisprudenza prevalente, a parere della quale per aversi non contestazione non è sufficiente il mero silenzio, ma è necessaria la esplicita ammissione o l'impostazione della difesa su argomenti incompatibili (ammissione implicita), si dovrà ammettere un largo ricorso alla rimessione in termini per far fronte al risorgere dell'onere della prova causato dall'uscita di controparte dell'equivoco del silenzio, salvo sempre un uso forte dello strumento di cui all'art. 116, comma 2° (40).

10. La rimessione in termini.

È questo uno dei nodi fondamentali su cui potrebbe giocarsi la credibilità della riforma: qualora si giungesse ad un uso troppo ampio di questa clausola generale per il superamento delle preclusioni previste nel nuovo ordinamento, si vanificherebbe il tentativo di riordino del processo che sta alla base della novella.

Nello stesso tempo si tratta di uno strumento di grande efficacia per poter adattare – senza scadere nell'arbitrio – le esigenze concrete del singolo processo a criteri di costituzionali di garanzia del diritto di difesa (41), onde non provocare troppo stridenti contrasti tra diritto e giustizia.

I decreti legge 238 e 347 del 1995 hanno ritoccato la disposizione originaria della 353, che limitava la rimessione in termini alle decadenze previste dagli artt. 183 e 184. Oggi ogni decadenza può essere superata con rimessione in termini se vi si è incorsi per causa non imputabile.

Si è in tal modo sanato l'allarme suscitato dall'omessa esplicita previsione delle decadenze di cui all'art. 167 c.p.c., rivestendo la norma di carattere di generalità ancor maggiore e forse più enfaticamente (42).

La clausola generale della causa non imputabile si rinviene già nell'art. 294, a proposito della restitutio del contumace.

Trattasi di disposizione raramente applicata, stando ai repertori di giurisprudenza (43), ed invero l'esclusione dalla tutela, tra l'altro, del comportamento negligente del procuratore della parte (44) sottrae molte ipotesi di decadenze dal beneficio in esame.

Invero la clausola adottata è di sicuro più ampia rispetto al caso fortuito e alla forza maggiore e viene sempre più spesso collegata alle più generali esigenze del diritto di difesa (45).

Occorre farvi rientrare le ipotesi di dolo revocatorio di cui all'art. 395 (46), più in generale ogni decadenza dipendente dal fatto dell'avversario (47) e, se non si vuole arrivare per altra via alla affermazione della non operatività delle preclusioni, mediante il 184-bis si dovrà consentire alla parte di formulare nuove allegazioni e deduzioni quando il giudice abbia sollevato tardivamente questioni rilevabili d'ufficio (48) o respinto "le istanze istruttorie sulla base di una diversa qualificazione giuridica del rapporto controverso" (49).

Si è detto più volte a riguardo di questa norma che tramite essa potrebbe verificarsi un superamento dei termini perentori di cui il legislatore si è valso più volte negli articoli in commento. Il prevedibile massiccio tentativo di usarla come grimaldello "anti preclusioni" sarà però ridimensionato dalle modifiche decretate nell'estate 1995, che ridurranno sensibilmente i casi più dolorosi di preclusioni scattate per disattenzione e ritardo della parte ignara dei mutati tempi della giustizia civile.

(1) In Kirchmann-Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, 18.

(2) Cipriani, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, Riv. dir. proc., 1194, 24.

(3) Taruffo, *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, 241.

(4) Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 132.

(5) Chiarloni, *Riflessioni sui limiti*, 819.

(6) Taruffo, *op. cit.*, 255.

(7) L'espressione è di Consolo, *La girandola della riforma del codice di procedura civile*, Corr. Giur., 1995, 869.

(8) Proto Pisani, *op. cit.*, 223; Evangelista, *Giudizio di primo grado: la prima udienza e le preclusioni*, in *Quaderni del C.S.M.*, 64, *La riforma del processo civile*, Roma 1992, 102.

(9) Oriani, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Foro it., 1991, V, 18.

(10) Menchini, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti Fazzalari*, vol. 3, Milano, 1993, p. 43 dell'estratto.

(11) Proto Pisani, *op. cit.*, 139.

(12) Frasca, *Il giudizio civile di primo grado: la prima udienza e le preclusioni*, Doc. giust., 1994, 998.

(13) Bach a questo fine adottò il sistema di temperamento equabile, divise cioè l'ottava in dodici semitoni uguali, riuscendo a eseguire in tutte le tonalità, senza ignorare quelle remote, come

accadeva utilizzando il vecchio sistema dei toni intermedi (cfr. James McCordy, *Il monumentale clavicembalo*, 1974, in *Il Clavicembalo ben temperato*, EMI).

(14) Cfr. App. Milano, in *Fam. dir.*, 1994, 55 con commento critico di Cipriani, che richiama la contraria giurisprudenza di legittimità; Cass. 8 settembre 1992, n. 10291, *Foro it.*, 1993, 1, 116 (e spec. 118) e Cass. 24 giugno 1989, n. 3095.

(15) Salvaneschi, *La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti di separazione e divorzio*, *Il corriere giuridico*, 1995, 746 e ss., cui si rinvia per la ricostruzione delle contrapposte tesi. Altra soluzione operativa era suggerita da Tommaseo, *Nuovo rito civile e procedimenti di separazione e divorzio*, *Fam e Dir.*, 1994, 565 e *Commento all'art. 4 l. 898/70*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, Padova, 1993, 293.

(16) Se si ritiene - come pare ovvio - che operi la riduzione dei termini di cui all'art. 4 comma 6 combinato con l'art. 166.

(17) Non è pensabile (salvo il maturare in lui di opinioni diverse nelle more tra l'emissione del decreto e l'udienza) che il Presidente rinvii l'udienza per formulare l'invito ex art. 163 n. 7. Evidentemente la sua scelta è nel senso di una fase presidenziale sganciata dal meccanismo del nuovo processo di cognizione.

(18) Tommaseo, *Commentario*, cit., 295.

(19) Proto Pisani, *La nuova disciplina*, 231.

(20) Su cui v. TaVormina, *Commentario*, *Corr. giur.*, 1991, 48; Proto Pisani, op. cit., 233; Chiarloni, *Le riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, 1992, 198; Balena, *La riforma del processo di cognizione*, ESI, Napoli, 1994, 22.

(21) Chiarloni, loc. cit..

(22) Balena, op. cit., 233 sub nota 217.

(23) V. in proposito Consolo, *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova*, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente, *Riv. dir. proc.*, 1990, 619.

(24) Sassani, in Consolo Luiso Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 107.

(25) Così Proto Pisani, op. cit., 156.

(26) Taruffo, *Le riforme della giustizia civile*, Torino, Utet, 1993, 270.

(27) Così Balena, op. cit., 196 sub n. 100, che riprende le opportune osservazioni di Proto Pisani, op. cit., 153.

(28) Cfr. Tarzia, *Lineamenti*, cit., 110; Taruffo, op. cit., 271.

(29) Cfr. Lapertosa, *Le preclusioni istruttorie nel giudizio di primo grado secondo la legge 353/90*, *Riv. dir. proc.*, 1994, 1094.

(30) Il più chiaro in tal senso è Grasso, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, *Riv. dir. proc.*, 1992, 721, il quale sub nota 20 invoca analoghe opinioni di Tarzia, Proto Pisani e Attardi; a mio sommessimo avviso la lettura dei tre notissimi testi di questi autori non conforta questa convinzione. Essi parlano infatti di integrazione dei mezzi di prova, perché secondo norma gli atti introduttivi dovrebbero già contenerne l'indicazione, ma non si spingono a sostenere

che l'esercizio di questo potere sia precluso dopo il deposito di tali scritti difensivi. V. inoltre gli autori citati da Balena, *La riforma*, cit., 194, sub nota 95.

(31) Balena, op. cit., 195.

(32) Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 154; Rampazzi, in Chiarloni, *Le riforme*, cit., 213.

(33) Attardi, op. cit., 76.

(34) Rampazzi, op. cit., 216; Tarzia, *Lineamenti*, 111.

(35) Balena, *Commento art. 18*, cit., 94.

(36) Oriani, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, *Foro it.*, 1991, V, 34.

(37) Tarzia, op. cit., 112.

(38) Tarzia, loc. ult. cit..

(39) Proto Pisani, op. cit., 158; contra Tarzia, op. cit., 113.

(40) Cfr. Balena, *Art. 19, in Provvedimenti urgenti per il processo civile a cura di Tarzia e Cipriani*, Padova, 1992, 99.

(41) A questo proposito esprimeva perplessità Verde, *Considerazioni sul progetto Vassalli*, *Foro it.*, 1989, V, 261 ss.

(42) In via interpretativa era peraltro possibile superare l'omissione di cui all'art. 167, cfr. De Santis, *Decadenza del convenuto e rimessione in termini*, *Riv. dir. proc.*, 1995, 507.

(43) V. gli esempi citati da Balena, op. ult. cit., 97, tra i quali Cass. 5331/77 si riferisce al caso di un soggetto impossibilitato alla tempestiva difesa perché nelle more ricoverato in ospedale psichiatrico.

(44) Cfr. Rampazzi, in Chiarloni, *Le riforme*, cit., 227.

(45) Cfr. Conte, *Sui profili costituzionali della rimessione in termini*, *Riv. dir. proc.*, 1990, 562.

(46) Cfr. in argomento Tombari Fabbrini, *In tema di dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, c.p.c.*, nota a Cass. 6 settembre 1990, n. 9213, *Foro it.*, 1991, 1, 488.

(47) Attardi, op. cit., 85.

(48) Proto Pisani, op. cit., 168.

(49) Attardi, op. cit., 79, che argomenta prendendo spunto dall'art. 394 c.p.c. ultimo inciso.