

# Il nuovo regime delle preclusioni di merito ed istruttorie

*Francesco Paolo Amura\**

SOMMARIO: 1. Premessa: il contesto della definitiva riforma. La nozione di preclusione. – 2. Le preclusioni e gli atti introduttivi. – 3. Le preclusioni e la fase della trattazione. – 4. Le preclusioni istruttorie. – 5. Riflessioni conclusive.

## 1. PREMESSA: IL CONTESTO DELLA DEFINITIVA RIFORMA. LA NOZIONE DI PRECLUSIONE

È ben nota la polemica, seguita all'entrata in vigore, il 30 aprile 1995, della seconda parte della legge di riforma del codice di procedura civile.

Il 22 aprile 1995, il giorno dopo la data del D.L. n. 121 del 1995, che rifiutava, inaspettatamente, un nuovo slittamento della riforma da tempo sospesa, veniva proclamata dal Consiglio Nazionale Forense l'astensione dalle udienze.

Il successivo decreto 21 giugno 1995 n. 238 interveniva nel merito della riforma, duplicando la prima udienza e conferendo alle preclusioni minor rigore. Seguivano altri decreti, polemicamente definiti estivi<sup>1</sup>, l'ultimo dei quali, finalmente, era convertito con la L. 20 dicembre 1995, n. 534. Tale legge di conversione concludeva un periodo di incertezza normativa, quantomeno trasformando il dibattito “*de iure condendo*” in dibattito “*de iure condito*”.

---

\* Magistrato.

<sup>1</sup> L'espressione si rinviene in un articolo di R. MASONI, *Il G.I. ed i suoi poteri*, in *Doc. giust.*, giugno 1996, p. 1290.

Diciamo subito, ed anche questo dato è notorio, che la dottrina ha manifestato giudizi sostanzialmente negativi su quella che, con espressione inequivoca, era definita una sorta di “controriforma”.

La critica si appuntava, sul ricorso alla decretazione di urgenza, non ravvisandosi, nei provvedimenti governativi, i presupposti della necessità ed urgenza. La magistratura, a sua volta, sollevava questioni di legittimità costituzionale, altresì assumendosi la violazione del parametro del buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost.<sup>2</sup>.

Ancora la critica si appuntava sulla episodicità e frammentarietà degli interventi di riforma, al qual proposito veniva segnalato il rischio di avviarsi un cantiere di lavoro senza fine<sup>3</sup>. Per la verità la colorita immagine, per così dire “edilizia”, si rinviene per la prima volta utilizzata dal Prof. Verde, il quale introducendo una propria relazione in un convegno di studi nell’ottobre del ’94<sup>4</sup> a Riva dei Tessali (Taranto) e nel confessare il proprio sconforto per i continui rinvii e ritocchi della riforma, assomigliava “il codice di procedura civile ad una sorta di cantiere in corso nel quale, chiunque riesca ad avere un aggancio con il direttore dei lavori può metter mano”; immagine di una sintesi efficace e capace di evocare due momenti di grande verità della realtà italiana: l’inconcludenza di ogni tentativo di riforma con un puntuale ritorno sui passi già fatti e l’equivocità dei rapporti con “il palazzo”.

La critica alla episodicità della successiva riforma veniva, però anche da molta altra parte della dottrina che, con titolazioni forti, affrontava l’argomento in note e articoli vari. Giorgio Costantino titolava proprie note: “Il processo incivile nel 1995”<sup>5</sup>; “La lunga agonia del processo civile”<sup>6</sup>; infine “La giustizia civile e Biancaneve”<sup>7</sup>, annotando in questo ultimo come “Il processo civile come Biancaneve”, avesse “addentato un frutto avvelenato” e fosse “caduto in un torpore dal quale potrà risve-

---

<sup>2</sup> Cfr., tra le altre le ordinanze di Pret. Verona 27 giugno 1995 e Pret. Salerno Sez. distaccata di Eboli 29 giugno 1995, in *Foro it.*, 1995, I, p. 3016 e ss. con nota di Cipriani.

<sup>3</sup> Cfr. CLAUDIO CONSOLO, *La girandola della riforma del codice di procedura civile*, in *il Corriere giur.*, n. 7, 1995, p. 868.

<sup>4</sup> Pubblicata su *Foro it.*, 1995, V, p. 270.

<sup>5</sup> Pubblicato su *Foro it.*, 1995, p. 225 e ss.

<sup>6</sup> Sulla stessa rivista, p. 321.

<sup>7</sup> Sul *Foro it.*, 1996, V, p. 1.

gliarsi con il contributo di ciascuno e tutti gli operatori della giustizia, perché la riforma, come ripetutamente si è posto in evidenza, ha per oggetto l'amministrazione della giustizia, della quale la disciplina processuale costituisce solo un aspetto".

Le critiche al nuovo regime di maturazione delle preclusioni, in particolare, avevano riguardo ad un loro eccessivo annacquamento con un paventato ritorno al regime ante riforma. Tra l'altro una interpretazione distorta della riforma del '90, proprio in tema di preclusioni istruttorie, aveva fatto ingiustificatamente ritenere che le stesse maturassero con gli atti introduttivi laddove, invece, esse erano regolate dall'art. 184 c.p.c. e seguivano le fasi di allegazione e di qualificazione delle rispettive pretese e ciò in base all'"elementare rilievo"<sup>8</sup>, cito la Relazione dei Senn. Acone e Lipari al Senato al D.D.L. n. 1288, per cui occorre, prima di tutto determinare i fatti che hanno dato luogo alla controversia; una volta compiuta questa necessaria e preliminare operazione è possibile procedere alla qualificazione giuridica di quei fatti e, infine, in riferimento ai fatti allegati ed alle conseguenze che ciascuna parte intende trarne, si può procedere all'accertamento di quei fatti aprendo l'istruttoria probatoria".

Ma per sondare a fondo le ragioni della polemica va considerato che, se scopo della riforma era stato quello di voler razionalizzare ed accelerare il rito della giustizia civile, quello delle preclusioni doveva essere, come di fatto era stato, il principale, se non l'unico strumento inteso al perseguimento di un tale scopo; talché alla fine la reazione di coloro i quali, temendone, a torto o a ragione, l'inficiamento, registrarono gli aggiustamenti successivi al rigore di un tale strumento, come un fallimento degli sforzi profusi, direttamente all'interno di commissioni di studio o dello stesso Parlamento ovvero indirettamente in sede scientifica e dottrina, per il perseguimento di quello scopo.

Ciò anche per segnalare come sia potuto accadere che il discorso sulle preclusioni sia stato posto al centro delle rivendicazioni del ceto forense, propostosi nella occasione quale soggetto politico capace di influire sulle scelte del legislatore e, successivamente, al centro dell'attenzione di studiosi ed operatori diversi della giustizia desiderosi di garantirsi, appunto,

---

<sup>8</sup> Contenuto nel passo di una risoluzione del CSM esplicitamente richiamata nel § 6.1 della Relazione dei Senn. Acone e Lipari al Senato concernente il D.D.L. n. 1288/s/10 in *Doc. giust.*, 1991, n. 10.

che alla marcia verso l'efficienza e la celerità, non avesse fatto seguito una vera e propria retromarcia. E d'altronde la storia aveva insegnato che il meccanismo delle preclusioni, cui era ricorso il legislatore del 1942, era stato significativamente allentato con la Novella del 1950, ricostituendosi circa 20 anni dopo, nel 1973, all'interno della riforma del processo del lavoro il cui esito, sia pure parzialmente fausto sull'efficienza del rito, aveva esso proprio incoraggiato le scelte della riforma del 1990. Abolizione o riforma delle preclusioni avrebbe potuto significare una brusca retrocessione nella direzione di un rito sempre aperto all'arbitrio delle parti fino alla spedizione in decisione, mai in grado di fissare i paletti della contesa. Ma possiamo domandarci a questo punto cosa sia e quale funzione svolga la preclusione nel processo, ciò soprattutto per trovare un accordo sul punto di partenza del breve discorso che faremo.

Ancora una volta all'origine di una formulazione teorica in tema di processo rinveniamo, nella dottrina italiana almeno, l'insegnamento del Chioventa. Per questi "preclusione" è la perdita o estinzione o consumazione di un potere processuale<sup>9</sup>. La preclusione sarebbe un mezzo del quale il legislatore si serve, nel corso del processo, al fine di rendere certo, ordinato e sollecito il suo cammino, vale a dire di assicurare al giudizio uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire, altresì, la certezza alle situazioni processuali. Acquisita una tale nozione delle preclusioni, possiamo ad esaminare qualche concreto problema interpretativo già proposti.

## 2. LE PRECLUSIONI E GLI ATTI INTRODUTTIVI

Tutti sanno che la riforma del '90 imponeva, almeno tendenzialmente, una immediata definizione delle corrispettive difese, attoree e del convenuto.

La prima modifica, introdotta dalla "novella" del '95 e seguendosi la seriazione degli atti processuali, riguarda le eccezioni rilevabili ad istanza di parte di merito e di rito. La relativa preclusione, mentre prima appariva fissata al momento della costituzione del convenuto con il deposi-

---

<sup>9</sup> CHIOVENTA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *R.I.S.G.*, 1993, p. 3 ss., *op. cit.*, alla voce *Preclusione*, nota 13, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1985, p. 896.

to della comparsa di risposta venti giorni prima dell'udienza di comparizione, quando a pena di decadenza, andava proposta la domanda riconvenzionale e dichiarata l'intenzione di chiamare un terzo in causa, ora essa è spostata in avanti; alla scadenza di un termine perentorio non inferiore ai venti giorni prima dell'udienza di trattazione e fissato dal giudice all'esito dell'udienza di prima comparizione.

La successiva modifica recata dalla riforma del '95 ha riguardato la riformulazione dell'art. 180 con lo sdoppiamento della trattazione tra udienza di prima comparizione e prima udienza di trattazione disciplinata dal successivo art. 183. Sul punto ha ampiamente relazionato il relatore prof. Comoglio. Dirò unicamente, quanto alla preclusione relativa alle eccezioni ad istanza di parte, che non mi pare si possa condividere l'opinione secondo cui in ipotesi di contumacia del convenuto il giudice debba comunque fissare il termine perentorio per la loro eventuale proposizione nel caso di costituzione anche tardiva e però prima della scadenza del termine stesso; talché in mancanza, nel suo limite massimo, il termine sarebbe quello *ex lege*. Ciò anche perché pare chiarito il dubbio circa la non obbligatorietà del rinvio alla prima udienza di trattazione a chiusura dell'udienza di prima comparizione; forse detto termine si dovrà fissare o intendere fissato utilmente ancora al convenuto contumace solo nella evenienza in cui un tale rinvio la situazione processuale lo comporti e senza intralcio alcuno al celere procedere delle attività processuali.

Passiamo, però, subito a considerare le modifiche dell'art. 183 rispetto al testo della prima riforma del '90.

### 3. LE PRECLUSIONI E LA FASE DELLA TRATTAZIONE

Caduto l'inciso "nella comparsa di risposta" alla fine della prima parte del comma 4 dell'art. 183 per evidenti ragioni di coordinamento, la prima riforma, seguendosi il disposto dell'art. in esame, riguarda il regime della modifica delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni, prima consentita previa autorizzazione del giudice, oggi al di fuori di un tale controllo. Ma cerchiamo di capire come una tale innovazione può aver inciso sulla celerità del processo. Resta da considerare che la violazione dei limiti temporali per tale modifica delle domande e delle eccezioni, come dei limiti intrinseci inerenti il contenuto di essa modifica e fissati dai criteri che distinguono la "*mutatio*" dalla semplice "*emenda*" -

*tio*”, nonché, riteniamo, dai criteri che circoscrivono i concetti di consequenzialità e riconvenzione, la violazione di tali limiti sia pur sempre in ogni momento rilevabile d’ufficio; talché, alla fine, la relativa questione, è stato osservato<sup>10</sup>, si pone come “questione preliminare di rito” da risolversi con sentenza, qualora si intenda evitare un eccessivo allargamento del tema processuali ovvero il rischio di una inutile attività istruttoria. Conclusivamente la eliminazione del controllo preventivo del giudice con l’autorizzazione e l’immediata risoluzione della questione, pare aver comportato una inutile complicazione della procedura di risoluzione e, quindi, l’allungamento dei termini del processo.

L’ultima modifica riguarda l’ultimo comma dell’art. 183, quello che disciplina termini successivi all’udienza di trattazione con il protrarsi in forma scritta, di una tale fase processuale, oltre l’udienza e fino alla loro scadenza. Cerchiamo di capire subito quali nuove domande ed eccezioni e modifiche e precisazioni di esse, sono in questa fase consentite all’attore e con quali cadenze temporali maturano le relative preclusioni, analogamente per il convenuto quali nuove eccezioni e quali precisazioni e modificazioni delle domande, ed eccezioni e conclusioni sono consentite. Mentre l’attore può in tale fase esprimere domande ed eccezioni nuove consequenziali alla riconvenzionale ed alle eccezioni del convenuto, il convenuto potrà solamente esprimere eccezioni nuove, e non domande nuove, consequenziali alle domande ed eccezioni nuove dell’attore. Il primo limite da segnalare è quello della consequenzialità e della novità delle domande ed eccezioni. Nel senso che domande ed eccezioni nuove sono oggi ammissibili nei limiti della consequenzialità, limite giustificato dal principio del contraddittorio. Lungi da me la tentazione di avventurarmi nella difficile definizione di domanda nuova rispetto alla domanda modificata, ovvero nella definizione del concetto di consequenzialità affine, pare, a quello di riconvenzione. Le daremo per acquisite nel prosieguo del discorso senza neanche ricordare i risultati più o meno definitivi dell’ampio dibattito dottrinario sul punto, essendo l’argomento troppo vasto ed esulando dallo specifico tema propostomi.

Ma torniamo all’esame delle facoltà concesse alle parti. L’attore all’udienza di trattazione può introdurre in sintesi i seguenti elementi di novità rispetto alla difesa esposta nell’atto di citazione: la *reconventio reconven-*

---

<sup>10</sup> Cfr. BUCCI-CRESCENZA-MALPICA, *Manuale pratico della riforma del processo civile*, III ed., 1996. Appendice p. 34.

*tionis*, già conosciuta dalla giurisprudenza ed oggi disciplinata dal legislatore, la *exceptio reconventionis*, cioè l'eccezione alla domanda riconvenzionale, la *reconventio exceptionis* cioè la domanda collegata all'eccezione del convenuto, infine la *exceptio exceptionis*, cioè l'eccezione conseguente all'eccezione del convenuto. Tali domande ed eccezioni nuove trovano il loro memento preclusivo secondo taluno nella stessa udienza di trattazione. Tuttavia va riferita l'opinione pure espressa da altri e secondo la quale non può non tenersi in conto che entrambe le parti possono ottenere, all'udienza, un termine non superiore a 30 gg. per depositare memorie contenenti precisazione delle domande. Per cui non si rinverrebbe la ragione di doversi negare un termine di vera e propria replica se, addirittura, è possibile concederne uno per mera precisazione delle istanze già proposte. Altro intervento possibile è quello della precisazione o modifica delle domande e delle eccezioni di entrambe le parti. Queste, però, pur potendosi realizzare alla stessa udienza, per espresso dettato normativo potranno realizzarsi nel prosieguo di quella trattazione scritta disciplinata nel comma 5 dell'art. 185 e con la fissazione da parte del giudice, a richiesta di parte, di un apposito termine perentorio in conseguenza del quale, si può ritenere, indipendentemente da una ulteriore richiesta, fisserà il giudice un successivo, ulteriore, perentorio termine non già più per innovare o modificare o precisare le corrispettive domande, bensì unicamente per proporsi le eccezioni nuove e perciò consequenziali alle domande ed eccezioni della controparte "nuove" o "modificate". A tal punto con lo scadere di tal secondo termine perentorio si travalica quella che è stata definita la seconda barriera preclusiva delle domande ed eccezioni.

Il comma 4 dell'art. 183 anche dopo l'ultima modifica non considera il caso di nuove domande dell'attore in replica non già ad eccezioni in senso stretto del convenuto, bensì in replica ad eccezioni rilevabili d'ufficio ovvero a mere difese o contestazioni. Queste, come è noto, sono ammesse per tutto il corso del processo senza incorrersi in preclusioni. Le opinioni espresse sul punto sono diverse. Si è ritenuto, ad es., che se esse intervengono entro la prima udienza di trattazione, l'attore dovrà proporre la nuova domanda di replica non già nella stessa udienza, ma entro una successiva udienza di rinvio necessaria proprio per consentire all'attore un congruo "*spatium deliberanti*"; in alternativa seguendo una interpretazione analogica delle ulteriori modifiche apportate al comma 5 dell'art. 183, potrà concedersi all'attore il termine perentorio in tale disposizione prevista sempre al fine di controreplicarsi con la domanda nuova come a domanda ed eccezione in senso stretto così ad eccezione rilevabile d'ufficio ovvero a

mere difese deduzioni o contestazioni. Al contrario e per le ipotesi in cui tali eccezioni in senso lato o difese del convenuto dovessero sopravvenire nel prosieguo del processo, anche dopo la trattazione, è stato ritenuto applicabile l'art. 184 *bis* (sulla remissione in termini) e sul presupposto che proprio la tardiva eccezione o difesa del convenuto costituisca motivo sufficiente per rimettersi in termini l'attore. Qualche osservazione su questo complessivo meccanismo si potrà fare nei rilievi finali.

All'esito dell'*excursus* circa i contenuti della riforma del '95, può esser svolta qualche riflessione su taluni problemi interpretativi riferiti a specifici istituti, taluni astrattamente proposti e variamente risolti dalla dottrina, altri già passati al vaglio della giurisprudenza di merito con esiti contraddittori. È discusso, qualora l'interesse dell'attore alla chiamata in causa del terzo sia emerso dalla domanda riconvenzionale o dalla chiamata in causa di altro terzo da parte del convenuto, se la preclusione a suo danno maturi già all'udienza di prima comparizione, che dovrebbe essere, ai sensi di quanto disposto dall'art. 269, comma 3, la prima udienza successiva a tali attività processuali del convenuto. Non convince la riflessione da taluno svolta circa l'opportunità che il termine di decadenza vada comunque spostato alla prima udienza di trattazione, all'esito della quale le attività difensive introduttive del convenuto saranno complete, riteniamo che nella ipotesi, lo stesso dettato normativo escluda una tale soluzione. Nella realtà lo spostamento in avanti per l'attore della preclusione alla chiamata del terzo, è ricollegato a sue necessità difensive emerse in conseguenza delle difese e delle eccezioni spiegate all'udienza dal convenuto; talché in stretto rapporto di consequenzialità con tali ultime eccezioni. Per cui il termine prima udienza di cui all'art. 269 va interpretato quale prima udienza di comparizione allorquando l'interesse dell'attore alla chiamata del terzo emerga già dalla domanda riconvenzionale e dalle eccezioni eventualmente già proposte in comparsa. I meccanismi delle preclusioni, a nostro avviso dovranno avere una rigorosa interpretazione nel perseguimento delle finalità della riforma.

Ma a tal punto va segnalata la difficoltà, conseguente allo sdoppiamento dell'"unità giuridico processuale dell'udienza"<sup>11</sup> recato dai DD.LL. del 1995, di stabilire se per "prima udienza richiamata in nume-

---

<sup>11</sup> L'espressione è ripresa da un articolo di MARIA ACIERNO, *Gli Adempimenti del giudice e le decadenze delle parti nelle udienze ex art. 180 e 183 c.p.c.*, in *Doc. giust.*, 1996, n. 8-9, p. 1721 e ss.

rose disposizioni del codice debba intendersi quella di prima comparizione o di prima trattazione”. Oltreché per il già segnalato problema relativo alla chiamata in causa del terzo da parte dell’attore, la questione si è posta per il rilievo ufficioso o di parte, della connessione. Il rapporto di connessione, invero, può essere chiarito e segnalato solo all’esito del libero interrogatorio delle parti, talché pare esatta l’opinione di ritenere in tal caso quale prima udienza *ex art. 40*, comma 2, c.p.c. quella di trattazione di cui all’art. 183 stesso codice.

Qualche ulteriore osservazione va fatta sulla chiamata del terzo. Può ritenersi, analogamente a quanto ritenuto dalla maggioranza degli autori, che anche il convenuto, ove il rispetto dei termini di comparizione lo dovesse consentire, possa chiamare in causa il terzo direttamente per la prima udienza e con ciò preservandosi quella funzione acceleratoria della nuova disciplina. Si rifletta alla ipotesi della chiamata diretta del terzo litisconsorte necessario che consentirà “un più rapido superamento della fase preliminare”<sup>12</sup>.

Quanto al controllo sull’ammissibilità (controllo sulla connessione) della richiesta, si è dubitato che tale controllo sia conservato al G.I. e per non creare disparità di trattamento con l’attore libero di instaurare direttamente la lite con chi ritiene. Ma il dato testuale inequivoco e la giurisprudenza conforme sul punto del vecchio codice non consente una tale interpretazione. Il G.I. provvede a fissare la nuova udienza di prima comparizione nella quale saranno svolti tutti gli adempimenti in tema di verifiche preliminari. Se in tale udienza il terzo fa a sua volta richiesta di essere autorizzato a chiamare in causa altro terzo, si dovrà fissare altra udienza di prima comparizione per la verifica della costituzione di quest’ultimo. Se ciò si verifica il problema posto per le decadenze è se il G.I. già alla prima di dette udienze preliminari deve fissare al convenuto originario il termine per la proposizione delle eccezioni ad istanza di parte oppure tale adempimento va differito all’udienza in cui deve essere fissata la prima di trattazione. Propendiamo per la seconda soluzione sia per ragioni testuali (il termine perentorio è collegato espressamente con “*dies a quo*”, appunto, all’udienza di trattazione vera e propria) sia per evitare situazioni sbilanciate a favore delle parti ultime entrate nel processo.

Anche l’eccezione d’incompetenza territoriale derogabile deve essere proposta come dispone l’art. 30, comma 2, nella comparsa di risposta.

---

<sup>12</sup> BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1995, p. 244.

Ora, secondo taluni primi pronunciati sul punto, contrastanti per la diversa soluzione adottata, il momento preclusivo sarebbe quello della temporanea costituzione del convenuto, essendo l'art. 38 norma speciale rispetto a quella dell'art. 180, comma 2, e, quindi, da quest'ultima anche se successiva non abrogata<sup>13</sup>, ovvero quella della cosiddetta "comparsa di risposta *bis*" nel termine di giorni 20 prima dell'udienza di trattazione<sup>14</sup>. Sembra preferibile la prima soluzione anche se il risultato probabile di un mancato coordinamento legislativo, inequivoca essendo l'indicazione letterale della norma speciale, che non può non ritenersi, per tale sua qualità, sopravvissuta all'entrata in vigore della normativa di contenuto generale. Hanno significato analogo per il convenuto le parallele considerazioni circa la connessione. Egli è tenuto, ancora, alla prima udienza di trattazione a sollevare le eccezioni relative alla competenza per materia, per valore e per territorio inderogabile. Le incompetenze relative sono ritenute, infatti, rilevabili, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di trattazione. Nei casi in cui la domanda subisce le modifiche consentite dall'art. 183 o sono proposte domande nuove e sorge l'esigenza di accertamenti incidentali determinanti spostamenti di competenza (ad es. su crediti opposti in compensazione) alcuni autori hanno ritenuto che la questione di incompetenza potesse essere formulata nella prima udienza successiva a quella in cui era avvenuto il fatto che la giustifica<sup>15</sup>; altri che in questi casi l'incompetenza possa essere rilevata solo dal giudice. Va ricordato, in ogni caso, che per prima udienza di trattazione è da intendersi non già quella solo eventualmente coincidente con l'unità temporale udienza, bensì l'unità dello spazio processuale, ricomprensivo eventualmente più udienze e che si conclude solo con l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 184 o con il rinvio per la loro adozione; solo in coincidenza con tale momento, è da ritenersi, maturi la preclusione in argomento. Qualora l'incompetenza non venga eccepita entro tale momento o rilevata d'ufficio, per le controversie riservate al collegio, potrà accadere che per l'inerzia del G.I. l'organo decidente non potrà pronunciare sulla propria competenza. Del resto analoga eventualità è posta per la connessione.

---

<sup>13</sup> Pret. Monza, ordinanza 23 settembre 1975, in *Foro it.*, I, p. 3296.

<sup>14</sup> Trib. Trani, ordinanza 9 ottobre 1995, in *Foro it.*, I, p. 3295.

<sup>15</sup> F. LUISO, in CONSOLO-LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 17.

#### 4. LE PRECLUSIONI ISTRUTTORIE

La riforma indotta dai DD.LL del 1995 sembra non aver riguardato le così dette preclusioni “istruttorie”, incidenti, cioè, sulle istanze probatorie, se non in maniera indiretta, consequenzialmente, cioè, alle modifiche introdotte per la fase della trattazione.

È stato, da detta normativa ultima, unicamente modificato il comma 1 dell’art. 184 *bis* sulla remissione in termini, eliminandosi il riferimento circoscritto alle sole decadenze previste dagli artt. 183 e 184.

Ma cerchiamo di capire quali possono essere i momenti della definitiva maturazione delle preclusioni istruttorie. Va ricordato, anzitutto, che nel giudizio di cognizione ordinario, diversamente da quello retto dal rito del lavoro, non è attualmente necessario che le prove siano indicate in citazione o in comparsa di risposta. Quanto meno può dirsi che al riguardo non è comminata alcuna decadenza. Dunque l’indicazione dei mezzi di prova può avvenire con gli atti introduttivi del giudizio, nella prima udienza di trattazione o nella successiva udienza disciplinata dall’art. 184. All’udienza di trattazione, se le parti lo richiedono, è stato posto il problema se il giudice istruttore possa già provvedere alla ammissione e così, concludendo la fase della trattazione istruttoria intesa alla determinazione del *thema probandum*, per passare a quella della raccolta delle prove medesima, ovvero, in ogni caso, egli debba rinviare, per l’ammissione dei mezzi di prova richiesti con gli atti introduttivi ovvero alla stessa udienza di trattazione, ad altra udienza. Riteniamo che tale interrogativo debba trovare risposta all’esito di due considerazioni. La prima è che la riforma ha inteso, per un criterio ampiamente accettato di ordine processuale, tenere nettamente distinte le fasi processuali; la seconda è che tali fasi, per l’articolazione sia pure eventuale delle medesime in udienze diverse, articolazione posta dalla stessa normativa di riforma, non vanno necessariamente individuate in un’unica udienza, temporalmente intesa, di trattazione del merito ovvero in un’unica udienza destinata alla trattazione istruttoria. Da tali considerazioni discende che il criterio guida per l’individuazione del momento di maturazione delle preclusioni istruttorie non possa essere quello di riferirsi all’uno, piuttosto che all’altro momento processuale in astratto. Va individuato invero un tale momento, in quello in cui, avendo le parti esercitato o meno le facoltà di cui all’art. 183, comma 5, per l’ottenimento di termini in ordine alla definizione del *thema decidendum*, maturi il momento immediata-

mente successivo per la trattazione istruttoria. In generale può dirsi che vi è una fase più o meno breve per la trattazione istruttoria intesa alla definizione appunto, del *thema probandum*, che ha inizio da un momento immediatamente successivo alla definitiva determinazione del *thema decidendi* ed ha termine con l'adozione da parte del G.I. dei provvedimenti in ordine alle prove. Certo nell'ipotesi fatta, essendosi verosimilmente definito il *thema decidendi* all'udienza di trattazione e su richiesta delle parti che hanno rinunciato a chiedere ulteriori termini è ben vero che il momento preclusivo va individuato nella stessa udienza di trattazione, quando all'esito, il G.I. lo conchiude con l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 1, dell'art. 184 ed eventualmente fissa in prosieguo direttamente l'udienza per l'assunzione delle prove. V'è in una tale ipotesi coincidenza, per così dire, tra inizio e fine della fase della trattazione istruttoria. Soprattutto quando le parti lo richiedano non dovrà accadere che i tempi del processo si allungino per una interpretazione della norma troppo attenta alla lettera piuttosto che alla finalità di essa, fino a sovvertirne lo scopo. Al contrario, anche in presenza di richieste istruttorie già in atti e qualora le parti abbiano, entrambe ovvero una sola di essa, richiesto la fissazione del termine ex art. 185, comma 5 per la definitiva determinazione del *thema decidendi* si può ritenere che il G.I. non possa già all'udienza di trattazione adottare i provvedimenti istruttori, dovendosi limitare a fissare allo scopo apposita udienza ex art. 104 c.p.c. Le parti potranno formulare le loro richieste istruttorie o nelle stesse memorie ex art. 183, comma 5, pure previste in base alla lettera della legge unicamente per le repliche in ordine al *thema decidendi* ovvero alla stessa udienza per le deduzioni istruttorie. A detta udienza, ancora, potranno proporre deduzioni istruttorie, le prime o ulteriori aggiuntive, in mancanza maturerà la preclusione; a meno che non propongano istanza per un ulteriore termine per deduzioni istruttorie. In tale evenienza il momento consuntivo della preclusione si sposterà fino alla scadenza di tale ultimo termine, espressamente definito perentorio.

Eventi processuali particolari successivi (come ad esempio la costituzione tardiva e la rimessione in termini del contumace; deduzioni istruttorie circa una eventuale domanda subordinata: contestazioni tardive in procedimenti ad oggetto diritti indisponibili) potranno imporre il superamento di tale barriera preclusiva. Se il convenuto contumace si costituisce tardivamente egli può opporre difese a contestazione del diritto attoreo ovvero essere rimesso in termini per proporre domanda riconvenzionale od eccezioni ad istanza di parte; in tale ipotesi il meccanismo

della rimessione in termini dovrà operare anche per l'attore. Altra ipotesi esaminata è quella dell'insorgenza dell'interesse alla prova dopo che, nei processi aventi ad oggetto diritti indisponibili, una tardiva contestazione dei fatti ponga la parte nella condizione di dover tardivamente fornire la prova degli stessi. In tale ipotesi, riteniamo, possa ancora ed unicamente farsi ricorso al meccanismo della rimessione in termini. Può avvenire che all'esito dell'istruttoria resti indimostrata la tesi principale dell'attore (ad es. domanda di annullamento di un contratto per errore; in subordine di annullamento per eccessiva genericità della prestazione) in tal caso l'alternativa prospettata è quella o di imporre la richiesta e la raccolta di tutte le prove relative sia alla principale che alla subordinata, ovvero quella di consentire alle parti in tale ipotesi una tardiva richiesta istruttoria fatta palese dall'esito della prova sulla domanda principale. Ma va considerata, tuttavia, la possibilità che si oneri la parte a presentare tutte le richieste istruttorie, relative alla principale come alla subordinata tempestivamente, riservandosi l'ammissione per le ultime il G.I. all'esito e sulla reiterazione della richiesta di parte ovvero, che ricorra il G.I. stesso ai poteri di revoca una volta dimostratasi inutile la prova ammessa anche sulla subordinata.

Ma a ben riflettere sono le prime due evenienze ipotesi che non infrangono il principio di separazione tra la fase destinata alla determinazione del *thema decidendi* e quella destinata invece alla determinazione del *thema probandi*, atteso che il rinascere, per così dire, delle corrispettive facoltà di intervento nel merito e probatorie si prospettano come all'interno di una fase incidentale successiva eventuale con all'interno le due sottofasi ben distinte di intervento sul *thema decidendi* e rispettivamente sul *thema probandi*.

## 5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Resta, alla fine, qualche riflessione circa il significato della riforma prima, della riforma poi, di quella, cioè, che, anche noi per comodità di sintesi chiameremo controriforma.

Cerchiamo anzitutto di capire qual'è il problema davanti a noi, donde tragga causa e come eventualmente contribuire a risolverlo.

Sarei tentato di dire, a conclusione di un modesto ragionamento fatto e che ripeterò, che la radice del problema è, forse, in noi stessi, intendo

in una certa cultura, in un certo modo di pensare in giro nella nostra realtà. Nel mondo del diritto e, quindi, dei rapporti giuridici e, quindi, più in concreto, nel mondo dei rapporti tra operatori della giustizia, nella realtà, cioè, del “diritto vivente”, le parole, anche le più semplici, capaci di esprimere concetti immediatamente intuitivi nella realtà dei rapporti correnti, assumono significati diversi, talvolta contrapposti. Che questo accada per talune strumentali concettualizzazioni degli interpreti istituzionali, come giudici ed avvocati, può anche comprendersi, considerandosi taluni corrispondenti interessi anche se, purtroppo, non sempre meritevoli di considerazione benevole.

Ciò che sorprende, invece, è che, talvolta, tali astratte ed ingannevoli concettualizzazioni aleggino tra le righe dello stesso dettato normativo, talché pare, il legislatore altro aver detto, altro aver fatto. Ma veniamo al dunque e per scendere alla concretezza degli esempi. Se un operaio, un artigiano assume un impegno di svolgere un certo lavoro nel tal giorno, un tale impegno, nella sua durata e collocazione temporale, è assolutamente chiaro ed incontrovertibile nella sua mente; altro è ovviamente il discorso se lo rispetterà o meno, ma una giornata per il comune mortale è una giornata e basta. E così dovrebbe accadere anche per il giurista, si suppone, per il quale i termini “udienza” o “prima udienza”, dovrebbero avere il significato intuitivo di una unità temporale, qualunque o, appunto, la prima di una serie lungo il decorso del processo. E però, sorprendentemente, provvedendosi ad una concettualizzazione impropria e deviante del significato dei termini, a volte resa possibile o necessaria dal linguaggio improprio dello stesso legislatore, il termine udienza perde il significato proprio originario, per acquistarne un altro, quello di fase processuale cadenzata in due, tre, quattro e più udienze, eventualmente con una coda costituita da termini ulteriori a scadere fuori udienza. Fase processuale precisata nei suoi limiti, non già più dal numero delle ore di durata di una udienza, bensì dall'avvenuto completamento di talune attività processuali al suo interno; talché si perviene ad una puntuale e precisa elusione del significato del termine “udienza”. Non sono più le attività processuali a costringersi, pena la preclusione, nella durata di un'udienza, ma è il significato di udienza che è travolto fino a dilatarsi il concetto temporale, che avrebbe dovuto intuitivamente esprimere, al momento del compimento di quelle attività. La intenzione di concludere tutte determinate attività processuali in una udienza per evidenti finalità acceleratorie e di efficienza non sposta di tanto colui il quale ciò non intende fare. E così se la sanzione al mancato rispetto di tale limite temporale è la preclu-

sione si ricorrerà a facili concettualizzazioni e per impunemente disattenderlo. Si passerà a dire che cosa il legislatore di diverso ha inteso dire, pure adoperandosi il termine “udienza” e per ricorrersi ai ben noti artifici e cavilli (evito appena il termine “raggiri” forse più proprio), che si riassumeranno nelle note formule del “rinvio in prosieguo di prima udienza” ovvero del “rinvio salvi i diritti di prima udienza”.

Riflettiamo, a questo punto, a quale sarebbe stata la nostra reazione se il buon artigiano dell'esempio fatto, essendosi impegnato con noi ad eseguire un tal lavoro nella giornata x e, non avendolo eseguito, si giustificasse nei nostri confronti dichiarando: “Egregi signori, è pur vero che non ho eseguito il lavoro nella giornata x ma, avendo io stesso rinviato il lavoro ad una successiva giornata, magari distante dalla prima un mese e più, alla giornata y, quando forse, salvo ulteriore rinvio, eseguirò il lavoro, e però ho ciò fatto in prosieguo della giornata x, non ritengo di aver violato il mio impegno”.

Ma l'esempio, per quanto apparire possa paradossale, può aiutarmi a dire cosa intendo per una nostra certa cultura, nostra cioè del mondo giudiziario. Perché poi la verità è proprio questa. L'idea centrale della riforma del '90 era quella di concentrare in una sola udienza la trattazione della causa, conservandosi il titolo “Prima udienza di trattazione” al nuovo art. 183 modificato e che la disciplinava. Già il meccanismo del contraddittorio, così come articolato in detta norma, spostava il limite temporale della trattazione ad un termine a scadere successivamente all'udienza intesa quale unità temporale, esattamente alla scadenza di un termine eventualmente concesso al convenuto, per replicare alle domande ed eccezioni dell'attore, che replicavano alle prime eccezioni avanzate dal convenuto medesimo nella comparsa di risposta. E già questo meccanismo fornito dal legislatore imponeva all'interprete questa volta inevitabilmente a proposito, una distinzione concettuale tra udienza e fase della trattazione che sfiorava, per così dire con termine massmediologico, dall'udienza fino alla scadenza di detto termine.

Ma allora va a questo punto ripreso il capo del discorso iniziato e per osservarsi, intanto, quanto dubbia possa essere l'efficacia del ricorso allo strumento della preclusione e per perseguirsi l'obiettivo della accelerazione o concentrazione del processo, le cui ineludibili logiche interne, talvolta, travalicano limiti temporali prefissati, quale essa sia la sanzione. Non resta ulteriormente che riflettere come se la dilatazione dell'udienza di trattazione in tempi reali ben diversi e maggiori era già, per così dire, insita nella riforma del '90, la riforma successiva del '95, ha accentua-

to un tal rischio; talché la trattazione secondo la nuova modulazione, piuttosto che essere obbligatoriamente concentrata in una sola udienza, appare, obbligatoriamente, almeno secondo taluni, deconcentrata quanto meno in due udienze. Se si tien conto dei tempi dei rinvii che cadenzano le attività dei nostri uffici giudiziari, si dovrà convenire che l'obiettivo dell'accelerazione dei processi potrebbe essere mancato.

L'auspicio è che orientamenti interpretativi ispirati alle finalità della riforma lo rendano perseguibile.

Una autorevole dottrina pare abbia sposato lo scopo e la opinione<sup>16</sup> rigorosa segnalata, circa il maturarsi delle preclusioni istruttorie all'esito dell'udienza di trattazione con l'onere per le parti di presentare le relative istanze, pena la decadenza entro tale momento, ne è un segnale. L'auspicio, ancora, è che pure il mondo del "diritto vivente", magistrati e ceto forense, condivida un tale obiettivo, recuperandolo al patrimonio culturale comune e dispogliandosi di ogni strumentale e cavilloso ricorso al rinvio, sia esso "in prosieguo" o rinvio "puro e semplice", come si usa dire e scrivere; perché la giustizia se è un servizio ed una utilità per i forti, è una necessità per i deboli. E per meglio chiarire un tale concetto, affrontando, alla fine, ogni rischio di retorica, mi piace concludere con una citazione, il cui autore, da colui a cui piacerà, potrà poi esser letto a piè di pagina. La citazione è la seguente: "che l'uomo si avventi sull'altro, che tra gli esseri umani domini la guerra, che ognuno cerchi di imporsi e di accrescere i suoi beni ed il suo potere a spese degli altri il borghese classico, essendo un realista, lo accetta come un fatto naturale: *homo homini lupus*"<sup>17</sup>.

Dovremmo noi tutti sempre ricordare che altrettanto "realismo" non sorregge l'uomo debole.

---

<sup>16</sup> PROTO PISANI, *Foro it.*

<sup>17</sup> La citazione del F. DURRENMATT, *I dinosauri e la legge*, trad. it. Einaudi, Torino, 1995, II, si rinviene nell'articolo di G. COSTANTINO, *Il processo incivile etc. etc.*, citato in nota precedente.