

Istanze istruttorie e poteri del giudice ex art. 184 c.p.c. *

Luigi Paolo Comoglio **

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. Le preclusioni istruttorie, nel quadro delle ultime riforme. – 3. Istanze di parte e poteri del giudice. Principi invocabili e situazioni problematiche. – 4. Tipi di prova e poteri di intervento del giudice. – 5. Proposte interpretative e rilievi finali.

1. PREMESSE INTRODUTTIVE

L'art. 184 c.p.c., come ho già avuto occasione di rilevare altrove ¹, disciplina le «deduzioni istruttorie», proponendosi di tracciare una precisa linea di demarcazione tra la prima udienza di trattazione, destinata al compimento delle attività previste nell'art. 183, e l'udienza eventual-

* È il testo – opportunamente rielaborato – di una relazione svolta in Sorrento, il 26 febbraio 1999, nel corso di un Convegno di studi sul nuovo processo civile e sul giudice unico in primo grado, organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso il Tribunale di Torre Annunziata.

Lo scritto rappresenta, sotto taluni aspetti, una prosecuzione dell'indagine intrapresa nello studio *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 968-995.

** Professore Ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

¹ Cfr. COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie*, cit., 968-972; ID., *Le prove civili*, Torino, 1998, 276 ss., 280-281.

Si segnalano, fra gli ultimi approfonditi contributi sull'art. 184 e sui problemi connessi: LUISO, *Diritto processuale civile*², vol. II, Milano, 1999, 42 ss., 45 ss., 70 ss.; DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 213-260.

mente diversa e successiva – fissata dal giudice, qualora le parti gli abbiano richiesto termini per il deposito di memorie di precisazione, di modificazione o di replica. ai sensi dello stesso art. 183, comma 5 – in cui il giudice istruttore adotta i «provvedimenti» sull'istruzione della causa².

Quest'ultimo dunque – laddove non disponga la rimessione anticipata della causa alla fase decisoria, nelle ipotesi sancite dall'art. 187³ – si trova di fronte alla seguente alternativa:

² È ragionevole supporre che il coordinamento fra le disposizioni dell'art. 183 e quelle dell'art. 184 si traduca nella configurabilità di un triplice modulo operativo:

a) quando le parti, al termine della prima udienza di trattazione (ex art. 183), non chiedono l'ammissione di prove ulteriori o diverse, rispetto a quelle dedotte negli atti introduttivi, e non instano per la concessione dei termini previsti nell'art. 184, comma 1, il giudice può provvedere *ilico et immediate* sull'ammissibilità e sulla rilevanza dei mezzi di prova dedotti, pronunciandosi con ordinanza;

b) se, poi, al termine di tale udienza, prima che il giudice possa pronunciarsi, le parti instano per la concessione di quei termini, il giudice è tenuto a concederli, disponendo per il rinvio ad altra udienza, in conformità con quanto precisato nel comma 1 dell'art. 184;

c) se, infine, dopo il compimento delle attività previste nel comma 1 e 4 dell'art. 183, le parti chiedono la concessione del termine contemplato nel comma 5 di tale norma, il giudice, nel concederlo, fissa altra udienza «per i provvedimenti di cui all'art. 184», rinviando a tale nuova udienza, dopo lo spirare dei termini concessi per la produzione di documenti e per la deduzione di “nuovi” mezzi di prova, nonché per l'eventuale indicazione di “prova contraria”, la pronuncia dell'ordinanza sull'ammissibilità e sulla rilevanza di quei mezzi.

La configurabilità di quei moduli operativi presuppone, naturalmente, che i modelli teorici, delineati dagli artt. 180, 183 e 184, non vengano interpretati come rigidi e inderogabili, ma siano suscettibili di adeguamenti elastici per opera delle parti e con il consenso del giudice, ferma restando l'inderogabilità delle preclusioni ormai maturate (nei cui confronti il solo rimedio concesso è dato dalla rimessione in termini, ai sensi dell'art. 184 *bis*). Cfr., in proposito, COMOGLIO, *L'udienza di prima comparizione ex art. 180 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 339-384, spec. 356 ss.

Sul tema, cfr., ad es., A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*², Napoli, 1996, 115-116 (secondo il quale, le parti dovrebbero, a pena di decadenza, richiedere la concessione dei termini previsti nel 1° comma dell'art. 184, “unicamente nel corso della prima udienza di trattazione”).

³ A prescindere dalla rimessione anticipata della causa al collegio, nelle fattispecie residuali e “riservate” in cui il tribunale giudica in composizione collegiale (secondo la prescrizione dell'art. 50 *bis* c.p.c., introdotto dall'art. 56 del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), il giudice istruttore che agisca con funzioni di giudice unico (oggi, quale tribunale in composizione monocratica: art. 50 *ter*) non provvede ai sensi dell'art. 184: a) quando «ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di assunzione

1) o ammette i mezzi di prova già proposti dalle parti, se li ritenga ammissibili e rilevanti;

2) oppure, quando una delle parti lo richieda, dispone il rinvio ad un'“altra udienza”, assegnando alle parti un termine (che è perentorio, al pari di quello successivo: comma 2), entro il quale esse possono «produrre documenti» e «indicare nuovi mezzi di prova», nonché un termine ulteriore «per l'eventuale indicazione di prova contraria» (comma 1).

Se, però, nelle ipotesi previste dalla legge⁴, vengano in qualunque momento⁵ disposti d'ufficio mezzi di prova, le parti hanno comunque il diritto di vedersi assegnato, a garanzia del contraddittorio⁶, un apposito termine perentorio, per dedurre «i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi».

Ci sono state talune incertezze, sia in dottrina che in giurisprudenza, sul significato da attribuire – nell'art. 184, comma 1 – all'assegnazione di un termine perentorio, per la «produzione» di «documenti» (di cui la norma, letteralmente, non prescrive alcun carattere di «novità») e per l'indicazione di «nuovi» mezzi di prova. Qualche dubbio è pure insorto, nel determinare se l'inosservanza di quel termine e comunque il superamento del limite temporale, entro cui il giudice decide sulle istanze istruttorie, debbano o meno consacrare il definitivo maturarsi di una

di mezzi di prova» (art. 187, comma 1); b) quando dispone che una questione preliminare di merito od una questione pregiudiziale di rito sia anticipatamente e separatamente decisa, invece di essere decisa unitamente al merito nella pronuncia finale che definisce il giudizio (art. 187, comma 2 e 3).

In ogni caso di rimessione anticipata, però, laddove sia successivamente pronunciata una sentenza non definitiva, i termini previsti dall'art. 184, non concessi prima di tale rimessione, devono essere assegnati dal giudice istruttore, sia pure su istanza di parte, “nella rima udienza dinanzi a lui” (art. 187, comma 4). Cfr. *infra*.

⁴ Si tratta delle ipotesi eccezionali, cui fa rinvio l'art. 115, comma 1, inc. iniz.

⁵ A mio avviso, è del tutto razionale ritenere che i poteri d'ufficio del giudice non possano subire l'incidenza restrittiva di preclusioni o di decadenze, da cui invece sono normalmente colpiti i poteri delle parti a seconda delle fasi o dei momenti processuali, se non laddove la legge lo preveda espressamente in via eccezionale (cfr., ad es., gli artt. 38, comma 1, 40, comma 2, e 289, comma 1, c.p.c.). Si pensi, in linea generale, ai poteri probatori del giudice del lavoro, esercitabili “in qualsiasi momento”, ai sensi dell'art. 421, comma 2.

⁶ Sul punto, cfr. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, 49, 175 ss., 177; ID., *I poteri del giudice e il ruolo del pubblico ministero*, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*², Bologna, 1998, 207.

preclusione probatoria, non più rimediabile nel prosieguo del giudizio, se non con la rimessione in termini, disciplinata dall'art. 184 *bis*⁷.

Sul primo punto, sembra, oggi, prevalere la tesi meno restrittiva, secondo cui l'omessa indicazione dei mezzi di prova negli atti introduttivi – non essendo sanzionata da alcuna formale decadenza – non precluderebbe alla parte la facoltà di indicarli *ex novo* per la prima volta nei momenti processuali successivi, sino all'udienza prevista dall'art. 184, in quanto nella stessa norma l'aggettivo «nuovi» (che, letteralmente, è riferito ai «mezzi di prova» e non anche ai «documenti») non dovrebbe essere letto quale sinonimo di «altri», di «ulteriori» o di «aggiunti», in necessaria correlazione con i mezzi già dedotti in precedenza, ma dovrebbe designare *tout court* qualsiasi mezzo probatorio «non previamente indicato»⁸.

Sul secondo punto, invece, la soluzione del problema non può che essere rigorosamente restrittiva. Se si ammette che l'udienza regolata dal comma 1 dell'art. 184 costituisca una vera e propria «cerniera» fra la trattazione e l'istruzione, è logico lasciare alle parti una sola alternativa possibile⁹. Sicché le medesime:

⁷ Per opportuni rinvii, sulle norme in esame, cfr., per tutti: BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 186-198, spec. 194-198; ID., *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 265 ss.; ancora COMOGLIO, *Riforme processuali*, cit., 179-183; LAPERTOSA, *Le preclusioni istruttorie nel giudizio di primo grado secondo la L. n. 353 del 1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1086-1115; MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, 61-82, spec. 67 ss., 73-77; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, vol. II², Torino, 1997, 60-72, 73-77; PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 115-122, spec. 118-121; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, ristampa con aggiornamento, Milano, 1996, 107-125; VACCARELLA-CAPPONI-CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 101-106; VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, 79-80; ID., *Profili del processo di cognizione*, 2. *Processo di cognizione*, Napoli, 1996, 39 ss.

⁸ Si rinvia, per i necessari richiami, a COMOGLIO, *Le preclusioni istruttorie*, cit., 969-971, testo e note.

⁹ Vale la pena di ricordare, sul punto, le tre alternative descritte perspicuamente da Trib. Pistoia, 20 giugno 1997, Geri, Fedi c. Monte Paschi Siena, in *Foro it.*, 1997, I, 3693-3694: 1) esaurite le attività previste nell'art. 183, le parti formulano le loro istanze istruttorie, sulle quali il giudice si pronunzia *ilico et immediate*; 2) nella stessa situazione, le parti richiedono l'assegnazione di un termine, al fine di formulare le loro istanze di prova; nel qual caso, il giudice assegna il doppio termine e fissa l'udienza per la pronunzia sulle istanze istruttorie, ai sensi dell'art. 184; 3) se, invece, le parti chiedono l'assegnazione del termine previsto dall'art. 183, comma 5, per precisare domande ed ecce-

- o sollecitano in tale sede l'ammissione dei mezzi di prova già indicati negli atti introduttivi;
- oppure chiedono l'assegnazione del termine per produrre «documenti» o per «indicare nuovi mezzi di prova», nonché l'assegnazione di un altro termine per l'eventuale indicazione di «prova contraria».

Se però, nell'ipotesi *sub a*), il giudice si sia pronunciato sulle istanze probatorie e l'udienza ex art. 184 si sia conclusa, oppure, nell'ipotesi *sub b*), quel primo termine sia comunque decorso invano¹⁰, la barriera preclusiva si consolida definitivamente, lasciando spazio al solo rimedio disciplinato nell'art. 184 *bis*¹¹.

La precisa fissazione di queste premesse mi sembra ormai un punto fermo, da cui necessariamente prendono lo spunto le mie successive riflessioni.

zioni, il giudice lo concede obbligatoriamente, fissando un'altra udienza in cui le parti potranno formulare le istanze istruttorie e sollecitare un'immediata pronuncia del giudice, oppure richiedere la concessione dei termini previsti dal comma 1 dell'art. 184, conformemente all'alternativa *sub 2*).

¹⁰ La preclusione, in particolare, opera nei riguardi delle prove che, pur dopo la scadenza del termine ex art. 184, comma 1, vengano formulate in sede di conclusioni (cfr., ancora, Trib. Pistoia, 20 giugno 1997, cit., in *Foro it.*, 1997, I, 3693) o nei riguardi di una prova per testi che, in quel termine, non sia stata indicata o sia stata genericamente dedotta, senza l'indicazione specifica delle persone da interrogare e la formulazione in articoli separati dei fatti sui quali verte l'esame testimoniale, ai sensi dell'art. 244, comma 1 (Pret. Bari, ord. 6 marzo 1997, Montecasino c. Ind. prosciutti Rosa, *ivi*, 1998, I, 1694-1696).

Sulla possibilità di ammettere una consulenza tecnica d'ufficio sin dall'udienza di prima comparizione, senza che a ciò sia d'ostacolo l'art. 180, comma 1, che contiene un'elencazione non tassativa di atti da compiere in quell'udienza, o tantomeno l'art. 184, riferibile ai "mezzi di prova" in senso proprio (e non anche alla consulenza, che non sarebbe un "mezzo di prova" in senso tecnico), cfr. Trib. Lecce, ord. 22 novembre 1996, Ria c. Usl Le/11, *ivi*, 1997, I, 1627-1630.

¹¹ Per una conferma ulteriore della tesi rigorosa, analizzata *supra*, cfr., pure, Trib. Firenze, ord. 6 marzo 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 375-377, con nota redazionale di richiami.

Ritiene, ad es., ammissibile una rimessione in termini, anche per l'omissione di attività deduttive posteriori (ad es., per la mancata comparizione, all'udienza di precisazione delle conclusioni, della parte che si opponga allo stato passivo del fallimento, ex art. 98 l. fall.), Trib. Rovigo, 29 novembre 1996, Min. fin. c. Fall Soc. P. & P., in *Foro it.*, 1997, I, 1262-1264.

2. LE PRECLUSIONI ISTRUTTORIE, NEL QUADRO DELLE ULTIME RIFORME

Al fine di approfondire l'analisi dei modi e della misura in cui il meccanismo delle preclusioni si riflette sulle attività istruttorie, occorre tenere conto del razionale principio secondo il quale, in linea di massima, l'indicazione, la deduzione e la produzione delle prove si pongono in connessione diretta con l'allegazione dei fatti cui esse si riferiscono¹².

Ciò precisato, si impongono alla nostra attenzione alcune considerazioni introduttive.

Anzitutto, nel rito ordinario di cognizione, la mancata deduzione o indicazione dei «mezzi di prova» ed, in particolare, la mancata produzione (od offerta in comunicazione) dei «documenti» negli atti introduttivi del giudizio non sono sanzionate da alcuna *decadenza*. Le chiare formulazioni dell'art. 163, comma 3, n. 5 e dell'art. 167 – se confrontate con le diverse enunciazioni, che, nel rito del lavoro, sono accolte dagli artt. 414, n. 5 e 416 – permettono di configurare *preclusioni specifiche* a carico del convenuto nelle sole ipotesi della proposizione di una domanda riconvenzionale e della chiamata in causa di un terzo¹³, mentre non lasciano dubbi nell'escludere la configurabilità di ulteriori o diverse *preclusioni implicite*¹⁴.

La necessità di interpretare rigorosamente le sanzioni di testuale *decadenza* inducono, anzi, a riaffermare i seguenti principi:

a) le parti possono liberamente dedurre, indicare e produrre prove non solo negli atti introduttivi, ma nell'intero corso della fase preliminare (o preparatoria) ex artt. 180-183, poiché non è prevista alcuna ammissione di prove in un momento anteriore all'udienza cui si riferisce l'art. 184;

b) esse possono, inoltre, liberamente integrare o modificare tali deduzioni o produzioni¹⁵, sino a quando non sia maturata l'ultima *barriera preclusiva* per le deduzioni istruttorie, qual è scandita dall'esaurimento effettivo delle attività previste nell'art. 184 (vale a dire, sino a quando il

¹² Così TARUFFO, *Preclusioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. I, Milano, 1997, 794-810, spec. 805.

¹³ Cfr. l'art. 167, comma 3, in relazione all'art. 269, comma 2.

¹⁴ Ancora TARUFFO, *op. ult. cit.*, 805-806.

¹⁵ Di una "libertà di deduzione", sottratta al controllo del giudice, parla qui chiaramente TARZIA, *Lineamenti*, cit., 110-111.

giudice, dopo l'assegnazione e l'eventuale scadenza dei termini di cui al comma 2, non si pronunci sulle istanze di prova, con ordinanza emessa immediatamente od, a seguito di «riserva», entro i cinque giorni successivi, in base agli artt. 176, comma 2, e 186)¹⁶.

Salve restando, come già si è detto, le ipotesi di rimessione anticipata della causa alla fase decisoria (ex art. 187, comma 2 e 3), l'udienza per l'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 184 viene fissata dal giudice, normalmente, al termine della prima udienza di trattazione¹⁷, o, comunque, con la medesima ordinanza che concede i termini previsti nel comma 5, inc. fin., dell'art. 183¹⁸. In tale udienza, così fissata, il giudice si pronuncia sull'ammissione dei mezzi di prova dedotti dalle parti oppure, su *istanza* di parte (cioè, su richiesta dell'una o dell'altra o di entrambe), *rinvia* ad una successiva udienza, assegnando un *primo termine perentorio* entro cui le parti possono «produrre documenti» e «indicare nuovi mezzi di prova», nonché un *secondo termine perentorio* entro cui le parti medesime possono eventualmente indicare «prove contrarie».

L'ultima *barriera preclusiva*, in definitiva, coincide quantomeno con la *scadenza* di questi termini perentori e, comunque, con la pronuncia dell'ordinanza con cui il giudice – addirittura nella stessa udienza ex art. 183 o nella diversa udienza ex art. 184, se nessuna parte abbia richiesto quei termini¹⁹ – decide sulle istanze probatorie.

Naturalmente, le attività previste nell'art. 184 si ripropongono come tali dinanzi al giudice istruttore, quando sia pronunciata una sentenza non definitiva e si disponga la conseguente regressione istruttoria (in forza dell'art. 187, comma 4, correlato all'art. 279, comma 3, n. 4)²⁰. In tale ipotesi, tocca al medesimo giudice, reinvestito dell'istruzione della causa, assegnare alle parti – beninteso, su loro istanza – «nella prima udienza di-

¹⁶ Sul punto, ad es., BALENA, *La riforma*, cit., 195-196. Esclude invece la possibilità di «riserva», ai sensi dell'art. 186, ritenendo che essa contrasti «in modo irrefrenabile col modello di processo previsto dalla L. n. 353 del 1990», PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 154.

¹⁷ A meno che, come si diceva poc'anzi (cfr. *supra*, note 2 e 9), il giudice possa pronunciarsi sulle istanze istruttorie delle parti, già enunciate negli atti introduttivi e rimaste inalterate, *ilico et immediate* in quella stessa udienza.

¹⁸ Cfr., sul punto, MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, vol. II, 73.

¹⁹ Così, con chiarezza, MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, vol. II, 75.

²⁰ Cfr., *retro*, nota 3.

nanzi a lui» i termini previsti dall'art. 184, eventualmente «non concessi prima della rimessione» (art. 187, comma 4)²¹.

In ogni caso, tutte le volte in cui il giudice disponga d'ufficio taluni *mezzi di prova*, rientranti nella sfera discrezionale delle sue iniziative suppletorie²², le parti hanno il diritto inviolabile di ottenere dal giudice medesimo l'assegnazione di un *termine perentorio* per poter dedurre i *mezzi di prova* resisi *necessari* in relazione a quelli disposti d'ufficio (art. 184, comma 3). Sono, peraltro, i principi costituzionali di azione e difesa ad esigere che al *potere* delle parti di dedurre quei mezzi di prova corrisponda, necessariamente, il *dovere inderogabile* del giudice di assegnare loro quel termine.

Ne discendono ulteriori considerazioni.

1) Proprio perché, come si è visto, la deduzione e la produzione delle prove negli atti introduttivi non sono sanzionate da alcuna decadenza, le espressioni contenute nel comma 1 dell'art. 184 («... le parti possono produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova ...») non vanno mai intese alla lettera. Né vale la pena di indugiare oltre misura sul fatto che il termine «documenti», a differenza dell'espressione «mezzi di prova», non venga analogamente qualificato dall'aggettivo «nuovi»²³. Quel che la norma vuole ribadire, in sostanza, è che le parti sono libere di produrre qualsiasi documento e di dedurre qualsiasi altro mezzo di prova, entro i limiti preclusivi testé descritti, senza alcun riguardo a quanto sia stato da loro eventualmente prodotto o dedotto prima²⁴.

Le parti, quindi, entro il termine perentorio loro assegnato ai sensi dell'art. 184, comma 1 e 2, possono:

– produrre o dedurre, anche per la prima volta, mezzi di prova, mai prodotti o dedotti negli atti introduttivi del giudizio²⁵;

²¹ Con perspicue considerazioni, ancora MONTESANO-ARIETA, *op. loc. ult. cit.*

²² Per un quadro di sintesi, cfr., da ultimo, DE STEFANO, *L'istruzione della causa*, cit., 142-212.

²³ L'aggettivo «nuovi», in effetti, secondo l'orientamento prevalente (cfr., *retro*, § 1), dovrebbe identificare non già mezzi di prova «diversi» o «aggiunti», bensì mezzi di prova «non previamente dedotti». Sul punto, cfr., ancora, COMOGGIO, *Preclusioni istruttorie*, cit., 992-993.

²⁴ Così, testualmente, MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, vol. II, 74.

²⁵ In questi termini, con riguardo specifico alla prova per testi, COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 279, 280-281.

- produrre documenti *nuovi* (vale a dire, documenti *ulteriori* e *diversi*, rispetto a quelli eventualmente già offerti in comunicazione con gli stessi atti introduttivi);
- dedurre *nuovi* mezzi di prova costituenda, vale a dire mezzi di prova che siano *diversi* (per *tipo* ed *oggetto*) da quelli già indicati in tali atti introduttivi²⁶;
- riformulare, modificare, specificare ed integrare, a maggior ragione, le deduzioni istruttorie iniziali.

La riaffermazione di tale piena *libertà probatoria*, sia pure nell'arco temporale delle preclusioni scandite dall'art. 184, si pone in coerente armonia con il *diritto alla prova*, i cui limiti – in un processo dispositivo – devono essere pur sempre intesi come *eccezionali*, alla luce dei principi costituzionali di «proporzionalità» e di «ragionevolezza», sottesi alle garanzie fondamentali di azione e difesa²⁷. Del pari, il significato tecnico dell'espressione «prova contraria» – nell'art. 184, comma 1, inc. fin. – va inteso *lato sensu*, in coerenza con la ricordata *libertà di deduzione* e con la portata espansiva del *diritto alla prova*, assumendo una corrispondente ampiezza di contenuti ontologici e tipologici²⁸.

3. ISTANZE DI PARTE E POTERI DEL GIUDICE. PRINCIPI INVOCABILI E SITUAZIONI PROBLEMATICHE

Nel sommario quadro sin qui delineato, già si avverte la possibile insorgenza di taluni gravi problemi pratici, la cui soluzione, proprio alla luce delle norme novellate, non si prospetta per nulla agevole.

²⁶ Nel senso che si possa trattare di «qualsiasi fatto rilevante, indipendentemente dal momento in cui esso è emerso», cfr. TARUFFO, *Preclusioni*, cit., 806.

²⁷ Per maggiori ragguagli, COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie*, cit., 977-979, 993-994.

²⁸ Si deve, in sostanza, considerare come “prova contraria” (“diretta” o “indiretta”, a seconda che assuma lo stesso “fatto principale” in allegazione “negativa” oppure assuma in allegazione “positiva” un “fatto secondario” diverso da quello e con esso incompatibile) non soltanto una prova *oggettivamente diversa*, ma anche una prova *tipologicamente diversa* (ad es., una prova documentale da opporre ad una prova per testi, e così via).

Sul tema, con ulteriori riferimenti, cfr. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 993-994; e, con riguardo alla prova testimoniale, ID., *Le prove civili*, cit., 277-278.

Costituiscono imprescindibili punti di partenza le seguenti premesse:

a) con il maturarsi definitivo delle preclusioni istruttorie, ai sensi dell'art. 184, comma 1 e 2, le parti – come si è visto – decadono da ogni potere primario di produzione documentale e di deduzione probatoria, nonché (a maggior ragione) da ogni potere secondario di modificazione o di integrazione delle istanze istruttorie già formulate;

b) la sanzione della decadenza, non appena se ne siano verificati i presupposti, è irrimediabile (salva la possibilità di richiedere, come già si è sottolineato, la rimessione in termini, prevista dall'art. 184 *bis*) ed è rilevabile d'ufficio dal giudice, in quanto il sistema delle preclusioni appartiene al c.d. ordine pubblico processuale, essendo disciplinato in funzione dell'interesse pubblico al sollecito, leale e ordinato svolgimento del processo²⁹;

c) lo stesso rimedio della rimessione in termini, così come è attualmente regolato dall'art. 184 *bis* nella versione del 1995, non ponendosi quale espressione applicativa di un principio generale, ma conservando profili di eccezionale specificità, dovrebbe essere interpretato *stricto jure*, ai sensi dell'art. 14 disp. prelim. c.c., e perciò dovrebbe sottrarsi a qualsiasi estensione od applicazione analogica, sì da potersi tendenzialmente invocare solo per le decadenze occorse alle parti nell'ambito della *fase istruttoria* (o comunque, a tutto concedere, nell'ambito della trattazione della causa)³⁰;

²⁹ È diffuso, in dottrina, l'auspicio che siffatto rigoroso orientamento possa, finalmente, prevalere sull'orientamento che considera perlopiù relative e derogabili – come tali, soggette al potere dispositivo di eccezione delle parti (*ex art. 157 c.p.c.*), in quanto disciplinate nel loro interesse esclusivo – le nullità, le irregolarità e le ulteriori inosservanze di forma, attinenti alla deduzione od all'assunzione delle prove costituende (per ampi riferimenti in proposito, CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al c.p.c.*³, Padova, 1994, *sub art.* 244, 537; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 279-281; DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Digesto, IV ed., disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, 57; VACCARELLA-VERDE, *C.p.c. commentato*, Libro II, Torino, 1997, *sub art.* 244, 329).

³⁰ Così, nel senso di escluderne l'invocabilità per le decadenze eventualmente maturatesi al di là dei limiti cronologici della trattazione in primo grado (e, segnatamente, per quelle riconducibili alla fase di proposizione dei mezzi di impugnazione, *ex artt.* 325-327 c.p.c.), cfr., ad es., Cass. 17 settembre 1997, n. 9257, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Procedimento civile*, n. 237; Cass. 25 maggio 1998, n. 5197, *ivi*, 1998, voce *Cassazione civile*, n. 120. Nel medesimo senso, a proposito della sua non invocabilità per le “situazioni esterne allo svolgimento del giudizio” (ad es., con riferimento a decadenze relative al-

d) peraltro, nel silenzio delle norme qui applicabili, le decadenze in cui siano incorse le parti non incidono minimamente sui *poteri istruttori* che spettano *d'ufficio* al giudice e che quest'ultimo, nelle diverse fattispecie esplicitamente disciplinate dalla legge³¹, è in grado di esercitare, anche su eventuale *sollecitazione* di parte³², al di là di qualsiasi barriera temporale preclusiva;

e) la natura di quei *poteri* è tecnicamente discrezionale, implicando valutazioni ed apprezzamenti di opportunità, di cui il giudice è responsabilmente sovrano; sicché il loro mancato esercizio non integra di per sé alcuna violazione delle singole norme che li prevedano, né tantomeno soggiace – se non per un difetto eventuale di motivazione, configurabile quando vi siano state istanze o sollecitazioni di parte, comunque disattese – ad alcuna forma di censura o di sindacato nel giudizio di legittimità dinanzi alla Corte di cassazione;

f) quelle fattispecie eccezionali e derogatorie, in cui la legge conferisce al giudice determinati poteri istruttori *d'ufficio*, vanno a loro volta interpretate *stricto jure*, in coerenza con il principio sancito dal cit. art. 14 disp. prelim. c.c.;

g) le menzionate *iniziative d'ufficio*, naturalmente, devono armonizzarsi con i doveri istituzionali di *imparzialità*, di *neutralità* e di *equidistanza*, cui il giudice è comunque soggetto;

h) esse, quindi, anche al di fuori delle aperture dichiaratamente inquisitorie di determinati sub-modelli di procedimento³³, nello stesso

l'infruttuoso decorso di un termine perentorio iniziale, previsto per l'esercizio dell'azione e per il promovimento del giudizio), Cass. 15 ottobre 1997, n. 10094, *ivi*, 1997, voce *Termini processuali civili*, n. 2.

Sull'invocabilità dell'art. 184 *bis* nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, cfr., ad es., Trib. Rovigo, 29 novembre 1996, cit., in *Foro it.*, 1997, I, 1262-1264; e nel procedimento monitorio, in rapporto alla decadenza derivante dall'art. 644 c.p.c., Pret. Torino, 17 marzo 1997, Soc. Maraschi c. Soc. Korkio Insam Italia, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 647.

³¹ Da intendersi quali eccezioni ad un'opposta regola (arg. ex art. 115, comma 1, inc. iniz.).

³² Coerentemente, le *istanze di sollecito*, rivolte al giudice per provocarne ed ottenerne l'esercizio di un potere *d'ufficio*, non sono a loro volta soggette ad alcuna preclusione o decadenza. Sul principio, riferito al processo del lavoro ed all'art. 420, comma 7, c.p.c., cfr., ad es., Cass. 25 luglio 1994, n. 6903, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Lavoro e previd. (controv.)*, n. 173.

³³ È il caso emblematico del processo del lavoro (artt. 420, 421 e 425 c.p.c.).

modello dispositivo «attenuato», che caratterizza il procedimento ordinario di cognizione, presuppongono una rigorosa identificazione dei *limiti oggettivi* in cui possa dirsi eccezionalmente concesso al giudice di ricercare e di investigare d'ufficio la *verità storica* (o, se si preferisce, la *verità effettuale*) dei fatti controversi;

i) quei limiti, che circoscrivono con rigore l'ambito di esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, permettono al giudice di sopperire in via suppletoria ad *obiettive difficoltà* nel reperimento delle fonti e nell'acquisizione o nell'assunzione dei mezzi di prova, autorizzandolo a chiarire e ad eliminare *oggettive aporie* od *incertezze* nella ricostruzione dei fatti controversi, prima di fare ricorso ad un'applicazione drastica e automatica della regola finale di giudizio *actore non probante reus absolvitur (ultima ratio*, in base all'art. 2697 c.c.);

l) i medesimi *limiti*, però, gli inibiscono in assoluto qualsiasi possibilità, diretta o indiretta³⁴, di porre rimedio ad una carenza o ad un'omissione probatoria che sia soggettivamente imputabile ad inerzia e a colpa di una delle parti; giacché, altrimenti, l'esercizio di quei poteri integrativi o suppletori condurrebbe il giudice a sostituirsi arbitrariamente a quella stessa parte, rilevandola o tenendola indenne dalle conseguenze processuali sfavorevoli, correlate al mancato assolvimento dell'onere probatorio da cui la medesima era gravata, con una inammissibile compromissione dei doveri di *imparzialità* e di *neutrale equidistanza* dalle parti in lite³⁵.

Si tratta, comunque, di principi ormai consolidati, sui quali non occorre dilungarsi oltre.

Ora, alla stregua di quei principi, ci si domanda in concreto:

1) se la decisione del giudice sull'ammissibilità e sulla rilevanza dei mezzi di prova dedotti tempestivamente dalle parti debba essere unitaria e contestuale, ai sensi del comma 1 dell'art. 184, oppure sia suscettibile

³⁴ È quanto, in una diversa prospettiva, emerge anche dall'art. 184 *bis*, il quale: a) da un lato, esclude *a priori* ogni possibilità di rimessione in termini *ex officio*; b) dall'altro, subordina l'accoglimento dell'istanza di rimessione in termini all'avvenuta dimostrazione, offerta dalla parte istante, «di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile».

³⁵ Sul tema, cfr. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, cit., 57-65, 175-183, 184-186; ID., *Le prove civili*, cit., 53-60, 114-117.

di un frazionamento e di un parziale differimento nel prosieguo del processo, anche al di là delle barriere preclusive maturate, a seconda del tipo di domanda (principale, alternativa o subordinata) cui le deduzioni di parte si siano riferite;

2) se, anche dopo l'avvenuta consumazione dei poteri di parte per effetto delle maturate preclusioni, il giudice fruisca comunque di idonei poteri *d'ufficio*, che gli permettano di far integrare o rettificare, prima dell'assunzione, le modalità di deduzione di talune prove costituende, eventualmente «difettose» o inidonee *ab initio* (ad es., per una capitolazione insufficiente, in articoli separati, dei fatti costituenti l'oggetto di una prova testimoniale);

3) se, soprattutto, nell'ipotesi in cui un mezzo di prova sia stato tempestivamente dedotto dalla parte onerata, entro i termini previsti dall'art. 184, e il giudice ne abbia dapprima ammesso solo parzialmente l'assunzione, «riservandosi» di provvedere sull'eventuale ammissione *in toto* di quel medesimo mezzo all'esito di un diverso mezzo istruttorio da esperirsi con priorità, a lui comunque competano, in caso di ammissione successiva, analoghi poteri di integrazione o di modificazione;

4) se, infine, sia rimediabile per ordine dello stesso giudice, anche al di là delle menzionate barriere preclusive, un'eventuale originaria carenza nelle modalità di deduzione di una prova costituenda (ad es., la mancata «indicazione specifica» dei testi da escutere).

4. TIPI DI PROVA E POTERI DI INTERVENTO DEL GIUDICE

Nel rispondere al quesito *sub* 1), è spinto a scegliere l'alternativa dell'ammissione frazionata, anche al di là delle barriere preclusive tracciate dall'art. 184, chi propenda per un rafforzamento dei poteri del giudice ex artt. 175 e 202 – nell'ottica di un'elastica attuazione del principio di economia processuale – laddove, in presenza di domande pregiudiziali o principali e di domande dipendenti o subordinate, l'esigenza di evitare un inutile dispendio di energie processuali imponga di non ammettere (perché, allo stato, irrilevanti) le prove già dedotte a fondamento delle seconde, con riserva di disporre l'ammissione e l'assunzione soltanto dopo che la loro rilevanza possa eventualmente sopravvenire all'esito di quelle dedotte, ammesse ed assunte con priorità, a fondamento delle pri-