

## LA TRATTAZIONE DELLA CAUSA

(estratto dal *Manuale pratico della riforma del processo civile* BUCCI, CRESCENZI MALPICA, Cedam 1993)

Sommario:

- 1. L'udienza di prima comparizione.
- 2. Le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio:
  - a) le eccezioni in generale;
  - b) le eccezioni di merito;
  - c) le eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio;
  - d) in particolare: le eccezioni di rito non rilevabili d'ufficio.
- 3. La prima udienza di trattazione:
  - a) aspetti generali;
  - b) il libero interrogatorio delle parti;
  - c) il tentativo di conciliazione;
  - d) la comparizione delle parti o del loro procuratore;
  - e) l'omessa comparizione delle parti e la mancata conoscenza dei fatti di causa da parte del procuratore.
- 4. Le attività consentite alle parti nella prima udienza di trattazione:
  - a) la proposizione di nuove eccezioni e di domande riconvenzionali da parte dell'attore;
  - b) la chiamata di terzo;
  - c) l'emendatio libelli;
  - d) la possibilità di replica delle parti.
- 5. L'ammissione dei mezzi di prova.
- 6. Il sistema delle preclusioni:
  - a) le preclusioni in ordine alla deduzione dei fatti;
  - b) le preclusioni in ordine alla ammissibilità delle prove.

### 1. L'UDIENZA DI PRIMA COMPARIZIONE (ARTICOLO 180)

Il D.L. del 18 ottobre 1995, ha introdotto nella disciplina della trattazione delle cause civili, modificando la rubrica e l'articolo 180, una "udienza di prima comparizione". Il primo comma della disposizione stabilisce che "all'udienza fissata per la prima comparizione il giudice verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti

*dall'articolo 102, secondo comma, dall'articolo 164, dall'articolo 167, dall'articolo 182 e dall'articolo 291 primo comma*". Le norme richiamate riguardano l'ordine di integrazione del litisconsorzio necessario, il rilievo della nullità della citazione e della domanda riconvenzionale, con i conseguenti provvedimenti di rinnovazione o integrazione, la verifica della regolarità della costituzione delle parti, in relazione ad eventuali difetti di rappresentanza, assistenza o autorizzazione, con i conseguenti provvedimenti diretti ad eliminare tali irregolarità, il rilievo della nullità della notificazione della citazione, con il conseguente ordine di rinnovazione.

Il secondo comma della disposizione, dopo aver detto (secondo quanto già previsto) che il giudice istruttore può autorizzare, se richiesto, lo scambio di comparse, aggiunge che *"in ogni caso, fissa a data successiva la prima udienza di trattazione, assegnando al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio"*.

Da tali disposizioni si ricavano due importanti conseguenze. La prima è che vi è una *"udienza di prima comparizione"* distinta dalla *"prima udienza di trattazione"* di cui al successivo articolo 183, con obbligo per il giudice di tenere distinte le udienze stesse in modo che si svolgano in tempi successivi. Tale udienza è espressamente dedicata a definire, preliminarmente la posizione delle parti con riferimento alla regolarità della loro costituzione e della proposizione delle rispettive domande, nonché al controllo della validità della notificazione della citazione.

La seconda conseguenza è che il termine di decadenza per la proposizione delle eccezioni *"non rilevabili d'ufficio"*, che in precedenza era stabilito con riferimento al deposito della comparsa di risposta, viene a verificarsi solamente alla scadenza del termine fissato dal giudice istruttore, che non deve essere inferiore a venti giorni prima della successiva udienza di prima trattazione.

Tale *"allungamento"* dei termini per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, rispetto alla decadenza prevista per la domanda riconvenzionale, che deve essere proposta a pena di inammissibilità con la comparsa di risposta, è giustificato dalla considerazione che, mentre le domande riconvenzionali decadute possono essere riproposte in separato giudizio, altrettanto non può dirsi per le eccezioni riservate esclusivamente alla parte, in merito alle quali la scadenza del termine porta a preclusioni non più superabili nell'intero corso del giudizio.

Va ancora detto che l'articolo 180 non si pone contrasto con il disposto dell'articolo 38 del codice di procedura civile, in tema di eccezione di incompetenza territoriale derogabile (*fuori dai casi previsti dall'articolo 28*). Tale eccezione, pur rientrando nel novero di quelle non rilevabili d'ufficio, deve essere proposta dal convenuto, “*a pena di decadenza nella comparsa di risposta*”, ponendosi tale disposizione come speciale rispetto alla regola generale

Ci si domanda se il termine per la proposizione di tali eccezioni deve essere concesso anche se il convenuto sia rimasto contumace. Anche se una prima lettura della disposizione porterebbe ad escludere tale obbligo, sul rilievo che non può concedersi alcunchè ad una parte inesistente, la considerazione della gravità delle conseguenze che derivano dal formarsi di decadenze assolute e quella relativa alla circostanza che il rinvio alla prima udienza di trattazione viene posto dalla norma come un obbligo per il giudice, induce a valutare positivamente la soluzione opposta.

Ci si domanda, inoltre se, in caso di domanda riconvenzionale del convenuto, il termine per la proposizione delle eccezioni debba essere concesso anche all'attore. La risposta non può che essere negativa. L'attore può infatti proporre le “*eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale*”, nel corso della prima udienza di trattazione, successiva a quella di prima comparizione, per cui l'assegnazione di un termine perentorio con scadenza anteriore, significherebbe pregiudicare tale posizione, senza alcun supporto normativo.

## **2. LE ECCEZIONI PROCESSUALI E DI MERITO NON RILEVABILI D'UFFICIO (articolo 180)**

### *a) le eccezioni in generale: le mere difese*

Nel linguaggio processuale, il termine “eccezione” è usato con significati di varia ampiezza, il più ampio dei quali comprende ogni tipo di istanza con funzione di contrasto rispetto alla domanda principale o riconvenzionale.

E' evidente comunque che non possono ricomprendersi nell'ambito delle “eccezioni” le mere difese volte a contestare la verità dei fatti costitutivi della pretesa attorea (Cass. 20 luglio 1985, n. 4301; Cass. 12 aprile 1985, n. 2444), o degli assunti difensivi avversari (Cass. 15 maggio 1981, n. 3206), nè, ovviamente, la prospettazione di questioni attinenti alla corretta interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche (Cass. 28 marzo 1980, n. 2040).

Il termine “eccezione”, poi, è usato in modo del tutto improprio, in relazione alle questioni, di rito e di merito, che attengono ad elementi necessariamente acquisiti al processo, sin dalla fase introduttiva della proposizione della domanda principale o riconvenzionale e che debbono essere rilevate dal giudice d’ufficio, senza alcuna necessità di allegazione di fatti o circostanze diverse.

Così appartengono al novero delle “mere difese”, i rilievi formulati dalle parti in merito alle questioni che il giudice è tenuto ad esaminare nel corso della prima udienza di comparizione, di cui all’articolo 180, che, come abbiamo visto, attengono alla estensione ed alla regolarità del contraddittorio, alla validità delle domande e delle notificazioni, alla rituale costituzione delle parti.

Anche l’eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito attenendo a questione rilevabile d’ufficio, potrà essere proposta in ogni stato e grado del giudizio, anche in caso di tardiva costituzione (Cass. 11 giugno 1977, n. 2434 e Cass. 16 aprile 1984, n. 2424).

Non possono poi, certamente, rientrare tra le “eccezioni” le questioni relative al difetto di legittimazione processuale che attengono alla regolarità del contraddittorio ed alla validità della sua costituzione, (Cass. 17 aprile 1980, n. 2535). Sia l’eccezione di difetto di “legítimatio ad processum”, in quanto inerente alla carenza di un presupposto processuale, sia quella di difetto di “legítimatio ad causam”, giacché attinente all’insussistenza di una condizione dell’azione, aderiscono certamente a questioni rilevabili d’ufficio, immediatamente connesse alla proposizione delle domande. Le questioni concernenti l’effettiva titolarità del rapporto giuridico dedotto a fondamento della domanda attengono, infine, al merito della controversia (Cass. 9 marzo 1981, n. 1321; Cass. 5 luglio 1983, n. 4524), ed integrano, quindi, una mera contestazione della prospettazione dei fatti esposta dalla controparte.

#### b) *le eccezioni di merito*

Diversa rilevanza, in tema di eccezioni, deve senza dubbio attribuirsi alla introduzione nel processo di fatti principali, nuovi e diversi da quelli allegati a fondamento delle domande, che, in quanto estintivi, impeditivi o modificativi, del diritto fatto valere dalla controparte, comportano uno specifico onere probatorio a carico di chi li deduce, ai sensi dell’articolo 2697 del codice civile.

Tali deduzioni sono le cosiddette “eccezioni di merito o sostanziali” che non sono semplici negazioni dei fatti costitutivi delle altrui domande, ma sono vere e proprie richieste di una decisione negativa sulle altrui pretese fondata sulla allegazione di fatti (estintivi, impeditivi o modificativi) da cui deriva

un'estensione dell'oggetto del processo rispetto a quello determinato dalla domanda dell'attore.

Se l'attore richiede il pagamento di una somma allegando la esistenza di una obbligazione contrattuale, il convenuto può dedurre, quale fatto estintivo del diritto, l'avvenuto pagamento, introducendo un fatto principale nuovo. Secondo la regola dell'articolo 2697 del codice civile, quindi, mentre l'attore sarà tenuto a dare la dimostrazione del contratto, il convenuto dovrà provare l'avvenuto pagamento.

*c) le eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio.*

Come si rileva dalla disposizione dell'articolo 112 del codice di procedura civile, esistono delle "eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti" sulle quali il giudice non può pronunciarsi (non può cioè tenerle in considerazione) d'ufficio, se non espressamente proposte.

Per individuare un tal genere di eccezioni, che rientrano comunque nella categoria più generale delle eccezioni sostanziali, poiché sono attinenti anch'esse a fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto fatto valere dall'attore, occorre considerare che per alcune di esse, la loro proponibilità ad istanza di parte, è espressamente prevista dalla legge. Così ad esempio è detto per l'eccezione di prescrizione dall'articolo 2938 del c.c. (*il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta*), ovvero per la decadenza dall'articolo 2969 del c.c. (*la decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice*), o per la compensazione dall'articolo 1242 (*il giudice non può rilevarla d'ufficio*).

Esistono comunque, per concorde ammissione della dottrina e della giurisprudenza, alcune eccezioni sostanziali di merito, che per la loro natura, debbono essere fatte valere espressamente dalla parte che intende avvalersene, anche in assenza di una specifica disposizione, e che si contrappongono a quelle circostanze di fatto o eccezioni di cui il giudice deve tenere conto automaticamente.

Se infatti il giudice deve pronunciarsi sulla esistenza attuale del diritto fatto valere da chi propone la domanda, egli deve tenere conto di quei fatti estintivi, impeditivi o modificativi che abbiano prodotto automaticamente i loro effetti: si pensi ad esempio al pagamento, alla risoluzione consensuale del contratto, alla nullità del contratto, alla simulazione, alla novazione, alla rinuncia. Ma se questi fatti debbono essere tenuti presenti d'ufficio dal giudice, esistono altri fatti impeditivi, modificativi o estintivi che producono questi effetti non automaticamente, ma solamente su istanza della parte.

Ciò si verifica quando questi effetti sono oggetto di un controdiritto che la parte che resiste potrebbe far valere (e anche non far valere) con una azione autonoma. Si pensi ad esempio all'azione di annullamento del contratto od alla risoluzione per inadempimento. Tali eccezioni non rilevabili d'ufficio, corrispondono in generale a *diritti potestativi*, che, se proposti in via autonoma, danno origine a pronunce di carattere costitutivo.

L'esempio più illuminante è quello del contratto annullabile, per vizi della volontà, che mantiene i suoi effetti sino alla pronuncia costitutiva di annullamento. Tale invalidità può essere oggetto di una autonoma azione della parte interessata, ovvero di una eccezione (contro la domanda di esecuzione dell'atto) che può essere proposta anche oltre i limiti della prescrizione dell'azione stessa (articolo 1442 del c.c.), e che, ovviamente non può che essere affidata alla disponibilità esclusiva della parte stessa.

*d) in particolare: le eccezioni di rito non rilevabili d'ufficio*

Per quanto riguarda le eccezioni *di rito*, dobbiamo richiamare quanto già detto a proposito degli elementi già necessariamente acquisiti al processo sin dalla fase introduttiva, che in generale debbono essere rilevati d'ufficio dal giudice e che quindi non possono qualificarsi come vere e proprie eccezioni. La regolarità della notificazione, la nullità della citazione, la tempestività della costituzione delle parti formano infatti oggetto di rilievi che il giudice deve necessariamente compiere senza che sia necessaria alcuna iniziativa della parte.

In sostanza le vere eccezioni *di rito non rilevabili d'ufficio*, sono ad esempio, relative all'eccezione di incompetenza territoriale derogabile (che però deve essere espressa, a pena di decadenza nella comparsa di risposta: articolo 38 secondo comma del c.p.c.) alla eccezione di carenza di giurisdizione nei confronti del convenuto straniero (art. 4 della L. n. 218 del 1995 sul sistema italiano di diritto internazionale privato).

### **3. LA PRIMA UDIENZA DI TRATTAZIONE (articolo 183 del c.p.c.)**

a) *aspetti generali*

Uno degli aspetti centrali della riforma del processo civile è certamente rappresentato dalla rilevanza attribuita, nell'ambito del complessivo iter processuale, alla prima udienza di trattazione.

La ratio della nuova disciplina è individuabile nell'intento di fare della prima udienza un momento di reale confronto delle parti tra loro e delle parti con il giudice. E tale obiettivo risulta perseguito dal legislatore mediante due diverse modalità di intervento: in primo luogo, la preventiva conoscenza della causa da parte del giudice istruttore, alla quale appare finalizzata la previsione dell'obbligo del cancelliere di trasmettere il fascicolo all'istruttore designato e che risponde all'esigenza di rendere effettiva, sin dai primi momenti del processo, l'attività di direzione del giudizio demandata al giudice istruttore; in secondo luogo, il complesso degli oneri incombenti sulle parti in funzione della sostanziale puntualizzazione dei temi essenziali della controversia in un momento antecedente alla prima udienza; tutto ciò al fine di evitare che "il processo parta col piede sbagliato di un'udienza di mero rinvio, che è intrinsecamente diseducativa" (dalla Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura approvata il 18 maggio 1988).

Ed il giudice è quindi chiamato, sin dalla prima udienza (ed anche in virtù dell'esame preliminare del fascicolo), non soltanto ad individuare gli eventuali margini di trattativa ma anche a definire quali aspetti della controversia esigano chiarimenti in sede di libero interrogatorio delle parti, oltreché ad evidenziare le questioni rilevabili d'ufficio.

In questa direzione, infatti, assume grande rilevanza l'interrogatorio libero delle parti ed il tentativo di conciliazione, rivolto ad ottenere i chiarimenti utili, per delimitare le questioni realmente controverse, e la prospettazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio, delle quali il giudice considera opportuna la trattazione. Tale ultima disposizione sembra da correlarsi essenzialmente al rilievo di eventuali nullità degli atti (contratti, delibere, etc.) prodotti dalle parti, di eventuali decadenze, nei casi in cui queste siano rilevabili d'ufficio, etc. Va, comunque, sottolineato al riguardo che la norma di cui al terzo comma del nuovo testo dell'art. 183 riproduce esattamente la formulazione del secondo comma della medesima disposizione, nel testo precedente, riguardo alla quale la giurisprudenza aveva precisato che la richiesta alle parti, ad opera del giudice istruttore, dei chiarimenti necessari, prevista dall'art. 183, 2° comma, costituisce un'attività squisitamente discrezionale, il cui mancato uso, lungi dal poter formare oggetto di un motivo di impugnazione, per violazione della legge processuale, comporta soltanto una maggiore attivazione probatoria della parte che avrebbe avuto interesse a rendere i chiarimenti stessi (Cass. 19 aprile 1982, n. 2712).

Parallelamente all'esigenza di consapevolezza da parte del giudice istruttore dei temi centrali della controversia, il legislatore ha inteso responsabilizzare le parti rispetto alla causa, imponendo alle stesse una diretta partecipazione all'udienza; e questo, potenzialmente, sembra poter costituire uno strumento di

notevole efficacia, in un contesto giudiziario frequentemente caratterizzato da posizioni di sostanziale disimpegno delle parti rispetto allo svolgimento del giudizio, interamente delegato ai procuratori.

Infine, trova compiuta attuazione nell'ambito della prima udienza il complesso sistema delle preclusioni delineato dal legislatore in relazione all'onere di allegazione dei fatti costituenti le ragioni della domanda o il "titolo" delle riconvenzionali: la prima udienza rappresenta il momento finale della progressiva specificazione delle rispettive posizioni delle parti, oltre il quale non è più possibile la introduzione di nuovi fatti "principali", in termini di domande o di eccezioni.

#### *b) il libero interrogatorio delle parti*

Il primo comma del nuovo testo dell'art. 183 prescrive che nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore *"interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione"*. La norma specifica che la mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

In relazione a tali disposizioni si deve porre in rilievo come l'interrogatorio non formale non è inteso a provocare dichiarazioni contrarie all'interesse del rispondente, bensì a far chiarire o meglio spiegare al giudice le ragioni addotte da ciascuna delle parti. Correlativamente le dichiarazioni rese in tale sede non hanno, in linea generale, valore confessorio, ma sono per lo più suscettibili di valutazione come elementi indiziari di carattere sussidiario rispetto agli altri elementi di prova (in tal senso, Cass. 28 gennaio 1983, n. 801; Cass. 1 dicembre 1983, n. 7197); al riguardo, si è peraltro precisato che l'art. 229 c.p.c., secondo cui "la confessione spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente, salvo il caso dell'art. 117", va interpretato (avuto riguardo al precedente art. 228, che contrappone alla confessione giudiziale spontanea quella "provocata mediante interrogatorio formale") nel senso che non può essere considerata confessione giudiziale spontanea (e, quindi, non forma piena prova ai sensi dell'art. 2733, 20 comma, c.c.) la dichiarazione avente contenuto confessorio, se provocata dalle domande rivolte dal giudice in sede di interrogatorio non formale, e cioè con modalità diverse da quelle espressamente previste per l'interrogatorio formale dall'art. 230 c.p.c.. Peraltro, non è da escludere la configurabilità di una confessione giudiziale spontanea anche in sede di interrogatorio non formale, qualora risulti dal verbale che la dichiarazione della parte non sia stata provocata da una domanda del giudice, bensì resa autonomamente, ed il verbale rechi la sottoscrizione personale della parte, necessaria ai fini

della prova della consapevolezza e volontà della dichiarazione, ossia, in sostanza, del requisito della spontaneità (Cass. 7 gennaio 1983, n. 122).

Il libero interrogatorio delle parti, introdotto dal nuovo testo dell'art. 183, ha carattere obbligatorio e non meramente facoltativo; esso rappresenta un adempimento doveroso per il giudice di primo grado (così Cass. 29 gennaio 1985, n. 526 e Cass. 7 marzo 1977, n. 938). Peraltro, la giurisprudenza formatasi in riferimento, al rito dei lavoro è assolutamente univoca nell'escludere che la sua omissione si risolva in una nullità processuale (tra le altre, Cass. 21 marzo 1986, n. 2030 e Cass. 19 dicembre 1986, n. 7740).

### *c) il tentativo di conciliazione*

L'art. 185 primo comma, abrogato dall'art. 89 della legge di riforma, prevedeva che, qualora la natura della causa lo consentisse, il giudice istruttore doveva, nella prima udienza, cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorresse, la loro comparizione personale. L'art. 420, in riferimento al rito del lavoro, afferma semplicemente che "nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice tenta la conciliazione della lite".

Il nuovo testo dell'art. 183 ha riprodotto la correlazione del tentativo di conciliazione con la natura della causa figurante nell'originaria formulazione dell'art. 185. E ciò trova giustificazione nel rilievo che nell'ambito del giudizio ordinario possono porsi questioni relative a diritti indisponibili, riguardo alle quali, quindi, non è configurabile il determinarsi di convenzioni aventi carattere negoziale, in sintonia con il disposto dell'art. 1966, 2° comma, secondo cui la transazione è nulla se i diritti che formano oggetto della lite, sono, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sottratti alla disponibilità delle parti.

Al di fuori di tali ipotesi, il tentativo di conciliazione riveste certamente carattere obbligatorio e non meramente discrezionale; peraltro, per le stesse considerazioni esposte in relazione al mancato espletamento dell'interrogatorio libero delle parti, si deve escludere che l'omissione del tentativo di conciliazione si risolva in un motivo di nullità (sul punto, in riferimento alla disposizione di cui all'art. 420, cfr. Cass. 14 febbraio 1983, n. 1113 e Cass. 21 marzo 1986, n. 2030; nello stesso senso anche Cass. 9 febbraio 1985, n. 1009 e Cass. 16 giugno 1986, n. 4002 che, pur ribadendo il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione, precisano che esso non è espressamente previsto a pena di nullità ed è rimesso al potere discrezionale del giudice del merito, al quale compete il dovere funzionale di valutare in relazione anche agli assunti delle parti ed al loro comportamento processuale, se sussista o meno una possibilità, anche remota, di esito favorevole).

*d) la comparizione delle parti o del loro procuratore*

Per impedire che gli adempimenti previsti alla prima udienza siano vanificati da atteggiamenti dilatori delle parti, il legislatore ha attribuito carattere obbligatorio alla partecipazione della parte alla prima udienza, o personalmente o per il tramite di un procuratore generale o speciale.

La parte può sottrarsi a tale obbligo soltanto in presenza di un giustificato motivo; vengono in rilievo, sotto tale profilo, tutte le situazioni di impedimento oggettivo, quali stati di malattia, incidenti di qualsiasi natura, prolungata lontananza dall'Italia per motivi di lavoro, etc.; si deve trattare, comunque, di situazioni documentate. Riteniamo che sia in facoltà della parte dimostrare l'impedimento anche nell'udienza successiva, qualora questo abbia assunto carattere improvviso ed imprevedibile; peraltro, siamo dell'avviso che non sia ipotizzabile un rinvio della prima udienza per consentire la partecipazione della parte, giacché ciò significherebbe introdurre un elemento suscettibile di fatto di scardinare tutto il complessivo sistema delineato dal legislatore in funzione di un sollecito avvio del giudizio, tenuto conto che la situazione legittimante l'assenza può persistere per più udienze e considerato che è in facoltà della parte di farsi rappresentare da un proprio procuratore; fermo restando che, ai sensi del secondo comma dell'art. 185 (divenuto ora primo comma per effetto dell'abrogazione dell'originario primo comma), il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.

In relazione all'ipotesi di rappresentanza della parte per il tramite di un procuratore, si deve rilevare come la norma riproduca integralmente la formulazione dell'art. 420, salvo che per le conseguenze della mancata conoscenza dei fatti di causa da parte del procuratore, riguardo alle quali il nuovo testo dell'art. 183 richiama il disposto dell'art. 116, in sintonia con il primo comma della medesima disposizione, relativa all'ipotesi di mancata comparizione della parte. In proposito, si deve precisare che la procura a rispondere all'interrogatorio può essere rilasciata dalle parti anche al proprio difensore, ma non può ritenersi ricompresa nella procura alle liti, ancorché estesa al potere di transigere o conciliare (Cass. 25 marzo 1983, n. 2096). La norma specifica che *"la procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata"* e deve articolarsi anche nel conferimento al procuratore della capacità di conciliare o transigere la controversia; la puntualizzazione operata dalla norma delle fonti del potere rappresentativo e del suo contenuto induce a ritenere che l'adozione di modalità diverse rispetto allo schema legale si traducano in una nullità rilevabile dal giudice e, quindi, produca di fatto le stesse conseguenze della mancata comparizione della parte.

*e) l'omessa comparizione delle parti e la mancata conoscenza dei fatti di causa da parte del procuratore*

In ordine alle conseguenze della mancata comparizione della parte, si deve sottolineare che l'accennata diversa formulazione della norma in esame rispetto al testo dell'art. 420 si traduce sul piano probatorio in implicazioni di maggiore rilievo. Infatti, secondo la giurisprudenza, dalla mancata comparizione della parte nel processo dei lavoro possono desumersi soltanto elementi di carattere meramente indiziario (Cass. 13 aprile 1987, n. 3681), come tali, quindi, insuscettibili, di per sé soli, di essere posti a fondamento del convincimento del giudice.

Il richiamo al secondo comma dell'art. 116, ed il conseguente riferimento al concetto di "argomenti di prova", contenuto nel nuovo testo dell'art. 183, invece, prefigura un ordine di conseguenze di maggiore pregnanza, in quanto i cosiddetti argomenti di prova sono generalmente ricondotti, nell'ambito della giurisprudenza, nella categoria delle presunzioni semplici (Cass. 18 dicembre 1968, n. 4022; Cass. 10 gennaio 1964; etc.), che, in quanto tali, possono assurgere al valore di prova piena quando abbiano le caratteristiche indicate dall'art. 2729 c.c., siano cioè gravi, precise e concordanti; con la precisazione che la giurisprudenza ha reiteratamente ribadito che il convincimento del giudice può fondarsi anche su una di esse, purché grave e precisa (Cass. 10 dicembre 1979, n. 6431; Cass. 7 agosto 1979, n. 4568); in particolare, in giurisprudenza si è affermato che il contegno della parte può costituire unica e sufficiente fonte di prova e non soltanto un elemento di valutazione degli elementi probatori già acquisiti al processo (Cass. 9 ottobre 1980, n. 5402, Cass. 25 gennaio 1979, n. 575).

In sostanza, alla stregua dei menzionati orientamenti giurisprudenziali, sembra corretto affermare che l'ingiustificata mancata comparizione della parte integri *ex se* un elemento di prova, con la conseguenza che, qualora non constino ulteriori o contrari elementi probatori, il giudice può fondatamente basare la propria decisione sulla predetta circostanza. E' chiaro, comunque, che si tratta di una mera facoltà discrezionale del giudice che potrà legittimamente farvi ricorso soprattutto in quelle ipotesi in cui la parte si trovi nell'oggettiva impossibilità di addurre più significativi elementi di prova a sostegno delle proprie tesi.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi in relazione anche all'ipotesi di ignoranza da parte del procuratore dei fatti di causa; con la precisazione che la formulazione della norma, che fa riferimento al concetto di "gravi ragioni", sembra sottintendere l'adozione di criteri maggiormente rigorosi (rispetto all'ipotesi di mancata comparizione delle parti) nella valutazione delle circostanze giustificatrici addotte dalla parte.

#### 4. LE ATTIVITA' CONSENTITE ALLE PARTI NELLA PRIMA UDIENZA DI TRATTAZIONE

a) *la proposizione di nuove eccezioni e di domande riconvenzionali da parte dell'attore.*

Come già rilevato, la prima udienza costituisce inoltre uno dei momenti centrali nel processo di progressiva determinazione del *thema decidendum*.

Già dalla citazione e dalla comparsa di costituzione dovrebbero evincersi i fatti rispettivamente adottati dalle parti a fondamento delle proprie domande ed eccezioni. Peraltro, limitare la possibilità di allegazione ai soli atti introduttivi della lite avrebbe determinato la possibilità di palesi scompensi nella linea difensiva dell'attore rispetto alle domande ed alle eccezioni proposte dal convenuto.

In tale prospettiva, il quarto comma del nuovo testo dell'art. 183 attribuisce, in primo luogo, all'attore la facoltà di proporre nella prima udienza *"le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto"* nella comparsa di risposta ovvero nel termine assegnato dal giudice *ex art. 180* (per le eccezioni non rilevabili d'ufficio); già la giurisprudenza formatasi nella vigenza del vecchio testo degli artt. 183 e 184 aveva evidenziato la proponibilità da parte dell'attore di una domanda nuova, quando ciò sia determinato dall'esigenza di contrastare le eccezioni e le domande riconvenzionali del convenuto (Cass. 25 marzo 1981, n. 1744). Il legislatore ha quindi sanzionato tale principio, conferendo all'attore la possibilità di introdurre alla prima udienza, le eccezioni volte a paralizzare l'eventuale domanda riconvenzionale del convenuto (*ecteptio reconventionis*), le eccezioni rivolte a paralizzare le eccezioni avversarie (*ecteptio ecteptionis*) e anche nuove domande riconvenzionali dirette a paralizzare la nuova domanda introdotta dall'altra parte (*reconventio reconventionis*).

Così ad esempio, contro la riconvenzionale di annullamento del contratto, può proporre l'azione di arricchimento senza causa, contro l'eccezione di prescrizione del diritto può eccepire la sospensione o la interruzione della prescrizione, contro la riconvenzionale di rescissione del contratto può eccepire la prescrizione, contro l'eccezione di risoluzione per eccessiva onerosità può offrire di modificare equamente le condizioni del contratto. Così ancora, se il convenuto, per contrastare la domanda dell'attore, deduca, in via di domanda o di eccezione, l'esistenza di una transazione, deve ritenersi proponibile la richiesta di

annullamento della transazione opposta (in questo senso, Cass. 21 settembre 1964, n. 2397).

Peraltro, perché possa operare il principio in questione è necessario che la nuova domanda sia sollecitata e resa indispensabile o da una domanda riconvenzionale o da un'eccezione in senso proprio del convenuto, cioè da un elemento nuovo che questi introduce nel processo; di contro, deve escludersi l'applicabilità del citato principio allorché il convenuto proponga una mera difesa che, palesandosi fondata, pregiudichi la conseguibilità dell'obiettivo che si intendeva raggiungere con la domanda originaria (Cass. 7 aprile 1971, n. 1025; Cass. 19 maggio 1983, n. 3490); in altri termini, la formulazione da parte del convenuto di difese che inficino l'attendibilità della prospettazione dei fatti esposta dall'attore in citazione non legittima di certo la proposizione da parte dell'attore di una domanda diversa.

#### *b) La chiamata del terzo*

La norma prevede, inoltre, che l'attore possa chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, laddove una tale esigenza sia sorta in conseguenza delle difese del convenuto.

La disposizione trova un'ulteriore specificazione nel terzo comma del citato art. 269, secondo cui "*ove, a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta, sia sorto l'interesse dell'attore a chiamare in causa un terzo, l'attore deve, a pena di decadenza, chiederne l'autorizzazione al giudice istruttore nella prima udienza*".

Come si vede, in entrambe le norme l'interesse alla chiamata in causa del terzo viene correlato alle "difese" del convenuto, ma la disciplina normativa induce a ritenere che a tale espressione debba attribuirsi un significato sostanzialmente coincidente con quello che, nella medesima disposizione, viene dato in relazione alla proponibilità di nuove domande e di nuove eccezioni, per cui l'istanza di autorizzazione alla chiamata del terzo può proporsi solamente quando l'esigenza sorga in relazione alla formulazione, da parte del convenuto, di domande riconvenzionali o di eccezioni in senso proprio. Non sembra, invece, ammissibile la chiamata del terzo per sopperire ad un'iniziale erronea prospettazione da parte dell'attore in ordine al soggetto sul quale verte l'obbligazione dedotta a fondamento della domanda.

#### *c) l'emendatio libelli*

L'ultima parte del quarto comma della norma in esame contempla la possibi-

lità per entrambe le parti, di "*precisare e modificare le domande e le eccezioni*" ed, in genere, "*le conclusioni formulate*".

L'elemento di più rilevante novità è rappresentato dall'eliminazione dal contesto del codice della facoltà, originariamente prevista dall'art. 184, di modificare le domande eccezioni e conclusioni precedentemente formulate e proporre nuove eccezioni fino alla rimessione della causa al collegio. Per effetto di tale eliminazione, lo *ius variandi*, come anche lo *ius novorum*, resta precluso nell'alveo della prima udienza di trattazione, con l'eventuale appendice della dilazione di tali attività, prevista dal quinto comma della disposizione, comunque, anteriormente alla successiva udienza. Riflesso immediato di tale nuova disciplina è rappresentato dalla modificazione dell'art. 189, nel cui ambito viene introdotta la specificazione che le conclusioni che le parti devono precisare all'atto della rimessione della causa al collegio (o all'atto in cui il giudice istruttore trattiene la causa per la decisione, ai sensi dell'art. 190-bis) deve effettuarsi "*nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell'articolo 183*".

La facoltà di precisare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate va intesa come diretta a chiarire eventuali aspetti della propria posizione processuale non adeguatamente espressi; nell'ambito del concetto di precisazione può ricondursi sia l'esplicitazione di deduzioni implicite nelle domande e nelle eccezioni proposte, sia la specificazione, ad esempio, dell'ammontare della domanda. Sembra, invece, estranea al concetto di precisazione la diversa qualificazione giuridica delle proprie allegazioni, in quanto una tale facoltà, così come il correlativo potere - dovere del giudice di individuare l'esatto *nomen iuris* della questione prospettata, non sembra suscettibile di preclusione.

La possibilità di modificazione della domanda cui si riferisce la norma si sostanzia nella tradizionale ammissibilità *dell'emendatio libelli*, contrapposta all'inammissibilità della *mutatio libelli*. Al riguardo, è sufficiente ricordare come, secondo la giurisprudenza, si ha *mutatio libelli*, intesa nel senso del mutamento della domanda originaria, quando l'attore proponga una nuova domanda, basata su presupposti di fatto diversi da quelli dedotti a fondamento dell'originaria domanda, dando così luogo ad una trasformazione obiettiva della controversia (Cass. 18 febbraio 1981, n. 983) ed introducendo nel giudizio un tema di indagine e di decisione completamente nuovo (Cass. 21 febbraio 1983, n. 1301); di contro, non concreta una *mutatio libelli* la specificazione di ulteriori circostanze di fatto, a sostegno dell'originaria domanda, allorché restino fermi il *petitum* e la *causa petendi* (Cass. 18 febbraio 1981, n. 983). In particolare, in relazione al *petitum* si ha una *mutatio libelli* soltanto quando sia innovato l'oggetto della pretesa, inteso non come *petitum* immediato, cioè come il provvedimento richiesto al giudice, ma come *petitum* mediato, che si traduce nel conseguimento

di un determinato bene giuridico (Cass. 7 agosto 1982, n. 4438); con riferimento alla *causa petendi*, si è esclusa la configurabilità di una *mutatio libelli*, allorché la modifica della domanda iniziale incida unicamente nel senso di una diversa interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto (Cass. 30 novembre 1982, n. 6517).

Se, in sostanza, il mutamento della domanda si identifica con la proposizione di una nuova pretesa, fondata su nuovi fatti principali, intesi questi ultimi nel senso di fatti giuridici, costitutivi del diritto o della situazione fatta valere, non costituisce certamente una *mutatio* la specificazione di fatti cosiddetti secondari, che non introducendo un tema di indagine diverso, sono solamente diretti alla dimostrazione delle circostanze poste a fondamento della domanda.

### *c) la possibilità di replica delle parti*

L'eventuale uso da parte dell'attore della facoltà di introdurre nel giudizio, nell'ambito della prima udienza di trattazione, nuove domande e nuove eccezioni, quale conseguenza delle domande riconvenzionali del convenuto, e la possibilità concessa ad entrambe le parti di "*precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate*" determina evidentemente la necessità di consentire alle parti stesse la possibilità di controdedurre rispetto alle nuove o meglio definite posizioni processuali.

Tale esigenza è regolata dal quinto comma dell'articolo 183, che dopo aver disposto l'obbligo per il giudice "*se richiesto*", di assegnare ad entrambe le parti "*un termine perentorio non superiore a trenta giorni, per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte*" prevede la concessione di un ulteriore termine perentorio non superiore a trenta giorni "*per replicare alle domande nuove o modificate dell'altra parte e per proporre le eccezioni che sono la conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime*".

Ed è soprattutto la posizione del convenuto ad essere tutelata da queste possibilità di nuove deduzioni e di replica. Come abbiamo visto, la citazione dell'attore consente al convenuto di replicare con la comparsa di costituzione e di inserire nella stessa eccezioni "in senso stretto" o "in senso lato" ed eventuali domande riconvenzionali. Dopo la prima udienza di comparizione, nel termine previsto dall'articolo 180, lo stesso convenuto può ancora dedurre quelle eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio, che non abbia già sollevato nella comparsa di costituzione, esaurendo in tal modo, in modo completo, la propria attività difensiva nei confronti della posizione espressa nella citazione. Nel corso della udienza di prima trattazione, come abbiamo visto, quindi, l'attore che già è a

conoscenza di tali attività difensive del convenuto, può “*proporre le domande e le eccezioni* (sia in senso stretto che in senso lato) *che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni* (di rito o di merito, rilevabili o non rilevabili d’ufficio) *proposte dal convenuto*”, esercitando la facoltà di introdurre *reconventio reconventionis, reconventio ecteptionis, ectceptio reconventionis e ecteptio ecteptionis*.

Sembra evidente che, una volta precisate o modificate tutte le domande e le eccezioni, nel senso che scaturisce dal confronto tra la citazione e la comparsa di risposta, tra le ulteriori eccezioni del convenuto e la replica dell’attore nel corso dell’udienza, il convenuto, utilizzando tale secondo termine potrà replicare alle domande ed alle eccezioni nuove dell’attore, espresse nel corso dell’udienza, formulando a sua volta repliche ed eccezioni. L’attore dal canto suo potrà utilizzare lo stesso termine per le repliche e le eccezioni che si rendano necessarie a seguito della modifica delle domande e delle eccezioni del convenuto.

Per riassumere mentre l’attore potrà esprimere in udienza, domande ed eccezioni nuove quale conseguenza delle riconvenzionali ed eccezioni del convenuto, il convenuto potrà esprimere, nella comparsa di replica di cui al quinto comma dell’articolo 183, a fronte delle domande nuove e delle nuove eccezioni dell’attore, solamente delle eccezioni nuove, fermo restando che entrambe le parti potranno sia in udienza che tramite memorie autorizzate, modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già prese.

## **5. L'AMMISSIONE DEI MEZZI DI PROVA (articolo 184 del c.p. c.)**

Dopo l'esaurimento della fase diretta all'allegazione ed alla precisazione (ed all'eventuale modificazione) delle domande e delle eccezioni delle parti, si apre la fase istruttoria del processo.

Come desumibile dal richiamo dell'art. 187, contenuto nell'art. 184, si tratta di una fase avente carattere meramente eventuale, potendo il giudice ritenere la causa matura per la decisione o l'opportunità di una decisione separata in ordine a questioni aventi carattere preliminare o pregiudiziale. In base alla nuova formulazione dell'art. 184, il giudice, nell'ambito della prima udienza, deve procedere alla valutazione dell'ammissibilità e della rilevanza dei mezzi istruttori proposti dalle parti, provvedendo alla loro eventuale ammissione.

L'esame della rilevanza e dell'ammissibilità dei mezzi di prova può, peraltro, essere differito ad una successiva udienza in due ipotesi tipiche: la prima consegue all'eventualità che il giudice abbia concesso ad entrambe le parti od esclusivamente al convenuto i termini previsti dall'ultimo comma dell'art. 183; la seconda è espressamente prevista dall'art. 184 e si riconnette alla facoltà delle

parti di chiedere un rinvio ad altra udienza; esiste, inoltre, una terza ipotesi di differimento del termine finale per l'allegazione di mezzi istruttori che si riconnette alla chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore.

Riguardo alla prima ipotesi, il giudice, allorché fissa il termine per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande e delle eccezioni già proposte od il termine concesso al convenuto per replicare e controdedurre rispetto alle domande ed eccezioni proposte dall'attore, quali risposta alle domande ed eccezioni contenute nella comparsa di costituzione, fissa altresì una nuova "*udienza per i provvedimenti di cui all'articolo 184*".

Per quanto attiene alla seconda ipotesi sopra menzionata, la norma di cui all'art. 184 prevede che il giudice, qualora sollecitato da una od entrambe le parti, conceda alle stesse un termine perentorio entro il quale possono prodursi documenti ed indicare nuovi mezzi di prova, nonché altro termine, ugualmente perentorio per l'eventuale indicazione di prova contraria.

Ma quali sono i fatti che possono essere oggetto delle prove da ammettersi nel processo?

Quando si parla di "fatti" da provare nel processo civile, ci si riferisce evidentemente ai cosiddetti "fatti principali" e cioè ai "fatti giuridici" che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere, ovvero delle eccezioni dirette all'accertamento della inefficacia, della modifica o dell'estinzione del diritto medesimo, secondo la formulazione dell'articolo 2697 del codice civile. Si tratta, in sostanza, dei fatti costituenti le ragioni della domanda principale ovvero il titolo della domanda riconvenzionale (secondo la formulazione degli articoli 163 e 167 del c.p.c.) ovvero il fondamento delle eccezioni sostanziali di merito.

Nell'ambito delle attività consentite alle parti nel progressivo determinarsi del *thema decidendum*, nel corso degli atti introduttivi, della udienza di prima comparizione, delle comparse di cui all'articolo 180, nella udienza di prima trattazione e nelle memorie di cui al quinto comma dell'articolo 183, come abbiamo visto, il convenuto può proporre domande riconvenzionali ed eccezioni, l'attore può introdurre nuove domande e nuove eccezioni che siano conseguenza di quelle ed il convenuto a sua volta infine può eccepire in risposta delle nuove domande e delle nuove eccezioni dell'attore.

Tali attività trovano il loro limite di chiusura, secondo il disposto legislativo, con la fissazione da parte del giudice di termini "perentori", oltre i quali nessuna attività difensiva è più consentita. E se oltre tali termini nessuna delle parti potrà dedurre nuove domande o nuove eccezioni (siano queste ultime rilevabili o non rilevabili d'ufficio) ci sembra di poter concludere nel senso che alle parti stesso è preclusa qualsiasi allegazione di fatti giuridici principali, che costituiscono la

premessa ed il fondamento di nuove domande o di nuove eccezioni, essendo tale preclusione rilevabile d'ufficio.

La stessa conclusione riveste un preciso significato anche in relazione ai limiti ed alla estensione delle facoltà delle parti di chiedere l'ammissione delle prove, secondo il disposto dell'articolo 184. Se con il deposito delle memorie di modifica, di precisazione e di proposizione di nuove eccezioni, di cui all'ultima parte dell'articolo 183, si chiude la fase di determinazione dell'ambito della controversia, ci sembra evidente che i mezzi di prova che il giudice può ammettere, siano gli stessi formulati negli atti introduttivi o nelle successive comparse, altro non sono che quelli tendenti alla dimostrazione dei fatti principali che costituiscono le ragioni delle domande o sui quali si fondano le eccezioni (siano queste rilevabili o non rilevabili d'ufficio) indicate dalle parti nell'ambito delle attività consentite dagli articoli 180 e 183. Qualunque sia il significato che si voglia attribuire alla espressione "*nuovi mezzi di prova*" la cui indicazione è consentita dall'articolo 184, non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che, attraverso gli stessi, le parti non possano introdurre nuovi fatti, proponendo in sostanza nuove domande o nuove eccezioni oltre i limiti perentori segnati dall'articolo 183.

Così ad esempio il convenuto non potrà produrre (o se lo farà la produzione non sarà ammessa) un documento che dimostri la "controdi chiarazione" ossia la simulazione del contratto fatto valere, né la ricevuta del pagamento del debito contratto, ove tali fatti non siano stati in precedenza in alcun modo dedotti sotto forma di eccezione.

Così l'attore non potrà chiedere di provare per testimoni la falsità della scrittura contro di lui prodotta, per paralizzare la domanda, se tale falsità non sia stata allegata nel corso delle attività consentite sino alle memorie di cui al quinto comma dell'articolo 183.

In sostanza oggetto delle prove, sia documentali che orali, non potranno essere che quei fatti che le parti stesse hanno posto a fondamento delle loro domande o delle loro eccezioni, entro i limiti della dialettica processuale della prima udienza di trattazione, senza che sia possibile, attraverso nuove produzioni o nuovi documenti, non prodotti in precedenza, ovvero con la richiesta di prove orali, introdurre od ampliare il *thema decidendum*, definito in contraddittorio.

Ci si riferisce, in questo senso, ai cosiddetti "fatti principali", nel senso che certamente oggetto di "nuove" prove potranno essere invece i fatti "secondari", quelli cioè semplicemente diretti alla dimostrazione, in via di presunzione, di quelli posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, senza alcun mutamen-

to della *causa petendi*. Se ho dedotto una locazione, non potendo esibire una prova scritta del contratto, potrò sempre dedurre una prova testimoniale tendente a dimostrare che il convenuto occupa il mio immobile e che paga un corrispettivo.

## 6. IL SISTEMA DELLE PRECLUSIONI

### a) *le preclusioni in ordine alla deduzione dei fatti*

In relazione alle preclusioni relative alla introduzione di domande ed eccezioni, ci sembra di poter dire che il sistema delineato dalla legge di riforma del 1990, in senso opposto ed innovativo rispetto al precedente, impone alle parti degli obblighi inderogabili di rispetto delle scadenze previste dagli articoli 164, 167, 180 e 183 del c.p.c., in termini di proposizione di domande ed eccezioni.

In questo senso va posto in evidenza un elemento interpretativo di notevole significato: la previsione di una moltitudine di termini perentori imposti alle parti; termini, che, per l'esplicita previsione dell'art. 153, non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti. In sostanza, dunque, si sancisce l'irrilevanza dell'eventuale accordo delle parti in ordine alla scadenza di una pluralità di termini: il termine per l'integrazione della domanda di cui al quinto comma dell'art. 164, il termine per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio di cui all'articolo 180, il termine per la proposizione delle domande riconvenzionali di cui all'articolo 167, il termine per la precisazione e la modificazione delle domande e delle eccezioni di cui all'ultimo comma dell'art. 183, il termine concesso al convenuto per la formulazione di ulteriori eccezioni conseguenti alle nuove domande dell'attore, di cui alla stessa disposizione. E la conseguenza logica di tale irrilevanza non può che essere la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale inosservanza e la conseguente inammissibilità dell'attività compiuta successivamente alla scadenza del detto termine. Una tale conclusione indurrebbe necessariamente a ritenere che anche le altre scadenze previste dalla legge, con specifico riferimento a quelle inerenti alla proponibilità di nuove domande ed eccezioni, nell'ambito della prima udienza di trattazione di cui al quarto comma dell'articolo 183 si traducano in decadenza rilevabili d'ufficio, in quanto non avrebbe senso limitare il sindacato del giudice ad alcuni aspetti marginali del complessivo sistema delle preclusioni, se poi fosse in facoltà delle parti scardinare il sistema stesso con l'accettazione del contraddittorio in ordine ad una domanda od ad un'eccezione nuova, proposta tardivamente.

Ci sentiamo di poter dire, come già più volte abbiamo accennato, in conclusione, che non dovrebbero esservi dubbi sulla assoluta inderogabilità e sulla

rilevabilità d'ufficio dei termini e delle scadenze che attengono alla proposizione delle domande e delle eccezioni, e quindi alla allegazione dei fatti su cui le stesse si fondano, scandite dalle norme sopra richiamate, nella direzione della definizione del *thema decidendum*, in modo non più modificabile, nella fase introduttiva del procedimento che si conclude con le attività consentite dal quinto comma dell'articolo 183.

b) *le preclusioni in ordine alla ammissibilità delle prove.*

Il discorso è più articolato e complesso, in relazione alle preclusioni che attengono alla ammissibilità delle prove prodotte o richieste dalle parti.

In proposito si può osservare che di *indicazione specifica dei mezzi di prova* e dei *documenti* offerti in comunicazione si parla solamente nel n. 5) del terzo comma dell'articolo 163, sui contenuti dell'atto di citazione e nel primo comma dell'articolo 167, sul contenuto della comparsa di risposta, e che la fissazione, da parte del giudice, di termini perentori, è prevista solo dall'articolo 184 a proposito della produzione di documenti e della indicazione di "nuovi mezzi di prova".

Tali rilievi, unitamente alla considerazione che il convenuto, secondo l'articolo 167, deve proporre sin dalla costituzione tutte le sue difese, portano a concludere per l'esistenza di una preclusione, rilevabile d'ufficio, posta sin dagli atti introduttivi del giudizio (citazione e comparsa di risposta), e che le "nuove prove" di cui all'articolo 184, altro non siano che quelle la cui necessità scaturisce dalla proposizione delle nuove domande e delle nuove eccezioni, nella dialettica processuale di cui al quarto ed al quinto comma dell'articolo 183. Il che porterebbe alla conclusione che se l'attore che fa valere un diritto fondato su di un contratto scritto a pena di nullità, ometta di "offrirlo in comunicazione" con la citazione e con il deposito in cancelleria del documento, all'atto della costituzione, tale attività gli sarebbe preclusa ulteriormente e che non gli sarebbe consentito di adempiere all'onere probatorio neppure usufruendo del termine previsto dall'articolo 184.

Tale conclusione, che ci appare aderente al sistema delineato dalla riforma del 1990, non sembra aver trovato sino ad ora una sufficiente elaborazione in dottrina, essendo stato posto in rilievo, su tale punto, che "non essendo comminata alcuna decadenza in caso di omessa indicazione dei mezzi di prova negli atti introduttivi, l'espressione *nuovi mezzi di prova*" va intesa nel senso che le parti, ove ne facciano richiesta, possono formulare altri e diversi mezzi istruttori... senza alcuna limitazione circa l'ambito della novità" (Montesano Arieta, *Diritto processuale civile*, Torino 1996; vedi anche Consolo Luiso Sassani *Commentario alla riforma*, Milano 1996, che mettono in rilievo la differenza con il rito del

lavoro, che invece prevede una decadenza collegata al ricorso introduttivo ed alla comparsa di risposta).

Quello che comunque è certo è che lo sbarramento preclusivo che l'articolo 184 fa coincidere con la scadenza del doppio termine, esclude che le parti possano legittimamente dedurre nuovi mezzi di prova, sia documentali che orali, per tutto l'ulteriore corso dell'istruzione.