

Quando la memoria di replica ha il contenuto di una memoria istruttoria

La prova diretta e la prova contraria: limiti e contenuto delle memorie istruttorie di cui all'art. 183, sesto comma, nn. 2 e 3 del Codice di rito.

Massimiliano Fabiani, Avvocato in Bologna

Si analizza la questione relativa al contenuto delle memorie istruttorie depositate nei termini (30+20) di cui all'art. 183, sesto comma, nn. 2 e 3, c.p.c. In particolare, premessi brevi cenni in merito alla riforma del cosiddetto "rito competitivo", verrà analizzato il dettato normativo voluto dal Legislatore della riforma, i limiti in merito alla deducibilità dei mezzi di prova in rapporto alle domande e difese proposte dalle parti e al contenuto del provvedimento del Giudice sull'ammissibilità dei mezzi di prova ai sensi dell'art. 183, settimo comma, c.p.c.

IL CASO

Tizio è proprietario di un terreno dal 1975. Detto terreno viene mantenuto dal di lui padre fino all'anno 1986, anno in cui il genitore decede. Da tale data il terreno viene curato da un parente, cui la madre di Tizio, dopo il decesso del marito, ha dato mandato di occuparsene. Da una verifica effettuata con un geometra di fiducia a fine anno 2004, Tizio apprende che sul terreno di sua proprietà, Caio, proprietario del terreno confinante, ha eretto un muretto in cemento su cui ha posto una rete metallica. Caio ha inoltre costruito due piccoli manufatti, adibiti a ricovero attrezzi. Con raccomandata del

PUNTI RILEVANTI

- 1** L'art. 183, comma 6, c.p.c. prevede tre termini e tre memorie.
- 2** I termini sono detti espressamente perentori: le attività contemplate per ciascuna memoria sono precluse successivamente alla scadenza di essi.
- 3** La memoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c. è deputata, a pena di decadenza per entrambe le parti, alle definitive richieste e produzioni in prova diretta.
- 4** La memoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c. è preposta alla indicazione della sola prova contraria.

PUNTI CONTROVERSI

- 1** Provvedimenti del Giudice e violazione del principio del contraddittorio.
- 2** La prova diretta nella memoria di replica.
- 3** La produzione di un documento con la memoria di replica.

febbraio 2005, Tizio intima a Caio l'immediata rimozione della rete metallica nonché la demolizione dei manufatti presenti in loco. Caio, a mezzo del proprio legale, asserisce che lo stato dei luoghi è di fatto immutato da oltre quarant'anni. Tizio adisce il giudizio chiedendo la declaratoria di insussistenza di alcun diritto da parte di Caio con conseguente sua condanna al ripristino della situazione *quo antea*, nonché il risarcimento di tutti i danni subiti nella misura che risulterà di giustizia. Caio, costituendosi, chiede il rigetto delle domande proposte da Tizio e, in via riconvenzionale, chiede che venga dichiarata l'intervenuta usucapione del terreno in virtù dei presupposti di cui all'art. 1158 c.c. Concessi i termini di cui all'art. 184 c.p.c., Tizio, deduce una serie di prove testimoniali volte a dimostrare il possesso e il godimento del terreno e produce una serie di fotografie aeree che ritraggono lo stato dei luoghi negli anni 1984 (in cui non emerge la presenza di reti metalliche e

manufatti) e 1987 (in cui appare per la prima volta la presenza di una tettoia sul confine del terreno). Caio, nella memoria istruttoria, si limita a dedurre una prova testimoniale volta a provare l'occupazione di parte del terreno per cui è causa da oltre vent'anni. Tizio, con la memoria di replica, richiede la prova contraria mentre Caio produce una relazione e una serie di fotografie eseguite da un tecnico di fiducia, al fine di contestare le prove dedotte dalla controparte. Tizio, in sede di udienza per la discussione sull'ammissione dei mezzi di prova, chiede dichiararsi l'innammissibilità della memoria di replica depositata da controparte, in quanto trattasi di memoria non autorizzata che sottende una memoria istruttoria, poiché contiene prove dirette poste a fondamento della spiegata domanda riconvenzionale. Il Giudice, con ordinanza resa all'udienza, ammette le prove così come dedotte dalle parti e dichiara inammissibile la memoria di replica depositata da Caio, in quanto contenente prove dirette e quindi in violazione del secondo termine di cui all'art. 184, primo comma, c.p.c., rito previgente.

TRATTAZIONE

Nel caso esposto, la controversia riguarda il problema della rilevanza della prova e della deducibilità della stessa al fine di corroborare, con supporto probatorio, la domanda proposta in giudizio. Si tratta di un caso in cui la discussione sull'ammissibilità della prova contraria (leggi "prova diretta") richiesta dal convenuto è stata dichiarata inammissibile dal Giudice alla luce del previgente art. 184, secondo comma, c.p.c.: la medesima decisione sarebbe stata adottata dal Giudice anche in virtù dell'attuale art. 183, settimo comma, c.p.c. Il Legislatore della riforma ha "mantenuto" inalterata la perentorietà dei termini per le deduzioni, produzioni e istanze istruttorie nonché per la formulazione della eventuale prova contraria. L'unica differenza rispetto alla previgente normativa, di cui all'art. 184, primo comma, c.p.c., attiene alla

(pre) determinazione codicistica dei termini istruttori (30+20) nell'attuale art. 183, sesto comma, c.p.c., rispetto ad una fase in cui era demandato al Giudice la fissazione dei termini ultimi per la formulazione delle istanze istruttorie alle parti. Preliminarmente tuttavia è opportuno analizzare il dettato normativo attuale, con riferimento anche a quello *ante* riforma del 2005 nonché gli eventuali riflessi sulla strategia di difesa in rapporto alla perentorietà dei termini: in particolare come evitare di vederci preclusa la prova diretta a sostegno della domanda spiegata in giudizio. Partiamo innanzi tutto dall'analisi del dettato normativo con particolare riferimento all'art. 183, sesto comma, nn. 2 e 3, c.p.c.

Prima della riforma degli anni novanta (l. 26 novembre 1990, n. 353), le parti potevano formulare le richieste istruttorie fino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Dopo l'entrata in vigore della suddetta riforma, l'introduzione dei termini perentori, di cui all'art. 184, primo comma, c.p.c. (con fissazione temporale del termine ultimo lasciato alla discrezionalità del Giudice), ha costituito, fino alla riforma sul cosiddetto "rito competitivo", la soglia di sbarramento volta alla produzione documentale e alla indicazione di nuovi mezzi di prova: in sostanza il primo termine era volto alla predisposizione della prova diretta e il secondo termine preposto alla formulazione della eventuale prova contraria. La seconda udienza *ex* art. 184 c.p.c. era, come noto, fissata per la discussione sull'ammissione dei mezzi di prova dedotti dalle parti entro i termini di cui sopra.

Con l'entrata in vigore della l. n. 80/2005, nella versione modificata dall'art. 1 della l. n. 263/2005, l'art. 183, sesto comma, c.p.c. prevede ora tre termini (30+30+20) e tre memorie. I termini sono detti espressamente perentori, e dunque le attività contemplate dalla legge per ciascuna memoria sono di regola precluse successiva-

NORMATIVA PREVIGENTE

ART. 184 C.P.C.

Deduzioni istruttorie.

Salva l'applicazione dell'art. 187 il Giudice istruttore, se ritiene che siano ammissibili e rilevanti, ammette i mezzi di prova proposti; ovvero, su istanza di parte, rinvia ad altra udienza, assegnando un termine entro il quale le parti possono produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova, nonché altro termine per l'eventuale indicazione di prova contraria.

I termini di cui al comma precedente sono perentori.

Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal Giudice, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi.

ART. 183 C.P.C.

Prima udienza di trattazione.

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 mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'art. 116.

Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'art. 116.

Il Giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli artt. 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Entrambe le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.

Se richiesto, il Giudice fissa 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. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dell'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il Giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184.

mente alla scadenza di essi. **La memoria di cui all'art. 183, sesto comma, n. 2, c.p.c.** ultima parte in «un termine di ulteriori trenta giorni (...) per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali» è **deputata, a pena di decadenza per entrambe le parti, alle definitive richieste e produzioni in prova diretta.** La memoria di cui all'art. 183, sesto comma, n. 3, c.p.c. in «un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria» è invece preposta alla indicazione della sola prova contraria. Esauriti i termini di cui al sesto comma, il settimo comma dell'art. 183 c.p.c., che si applica anche nell'ipotesi in cui i termini non siano stati richiesti (così B. CAPPONI, *Passato e presente dell'art. 183 c.p.c. - in punta di penna sulla l. n. 80/2005*, Padova 2007), prevede che il Giudice dovrà decidere se rinviare ad un'udienza in cui rimettere la causa in decisione (ex art. 187, secondo e terzo comma, c.p.c.) o se provvedere sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'art. 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. L'ottavo comma dell'art. 183 (lo accenniamo soltanto) prevede l'ipotesi in cui il Giudice istruttore decida di disporre l'assunzione dei mezzi di prova d'ufficio con l'ordinanza di cui al settimo comma.

PUNTI CONTROVERSI

1 Provvedimenti del Giudice e violazione del principio del contraddittorio.

Dobbiamo ora porci alla questione se la scansione prevista dall'art. 183, sesto comma, nn. 2 e 3 del Codice di rito possa dirsi sufficiente per garantire sempre e comunque il rispetto del diritto di difesa. Niente, infatti, assicura che la controparte non abbia alcunché da replicare alla prova contraria dedotta con la memoria di cui al n. 3.

Non solo, ma ben potrebbe ciascuna parte avere obiezioni circa l'ammissibilità, la rilevanza e l'efficacia delle prove richieste con la memoria di cui al n. 3. **Dove e come, allora il convenuto potrà indicare** - ciò che altrettanto sicuramente deve essergli consentito in nome del contraddittorio - **i testi a prova contraria?** Una qualche soluzione possiamo tentarla nello spazio intermedio esistente tra l'udienza di trattazione e quella successiva volta all'assunzione della prova o, addirittura, alla precisazione delle conclusioni. L'equilibrio difensivo dovrebbe essere assicurato con provvedimento di formale rimessione in termini ex art. 184-bis c.p.c. o anche di semplice adeguamento imposto dall'art. 111 Cost. e da principi generali di immanente evidenza; provvedimento da sollecitarsi proprio all'udienza ex

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 183, COMMI 6, 7, 8, C.P.C.

Prima comparizione delle parti e trattazione della causa.

Omissis.

Se richiesto, il Giudice concede alle parti i seguenti termini perentori:

- 1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;
- 2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
- 3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

Salva l'applicazione dell'art. 187, il Giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'art. 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni.

Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal Giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal Giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma.

Omissis.

ART. 184 C.P.C.

Udienza di assunzione dei mezzi di prova.

Nell'udienza fissata con l'ordinanza prevista dal settimo comma dell'art. 183, il Giudice istruttore procede all'assunzione dei mezzi di prova ammessi.

ART. 184-BIS C.P.C.

Rimessione in termini.

La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al Giudice istruttore di essere rimessa in termini.

Il Giudice provvede a norma dell'art. 294, secondo e terzo, comma.

art. 184 e da emanarsi nel corso della medesima o successivamente ad essa, con dilazione dunque delle incombenze cui quella udienza è fisiologicamente destinata. Per salvaguardare il principio del contraddittorio, il Giudice potrebbe fissare fuori udienza, con l'ordinanza prevista dall'art. 183, sesto comma, c.p.c., ulteriore termine perentorio (precedente l'udienza ex art. 184 c.p.c.) ad una parte o ad entrambe per l'espletamento dell'attività difensiva indispensabile al ristabilimento dell'equilibrio dialettico. Con una seconda ordinanza ancora successiva, e sempre precedente l'udienza di eventuale assunzione delle prove, il Giudice delibererà, se ancora necessario, sulla ammissione delle stesse.

Sembrano dare conforto a questa soluzione, *in primis*, la disposizione di cui all'art. 175, primo comma (peraltro spesso trascurata) che non solo consentirebbe di rendere meno rigido lo schema proposto dall'art. 183 ma giustificherebbe anche che a tale elasticizzazione provveda il Giudice d'ufficio, verificando fuori udienza, dalla memoria di replica di una delle parti, che l'altra (la quale non ha nel frattempo la formale possibilità di interloquire e sollecitare nuovo termine) ha diritto ad una nuova memoria. In secondo luogo, l'assenza, nelle disposizioni specifiche interessate dalla novella di riforma del rito competitivo ed anche altrove, di elementi lessicali o sistematici che impediscano di pensare che l'ordinanza introduttiva alla assunzione delle prove debba essere una e una sola.

Da ultimo, la previsione di cui all'art. 183, ottavo comma, c.p.c., che indica per l'appunto una via "fuori udienza" onde assicurare il diritto di difesa nell'ipotesi in cui ciò si renda necessario a seguito dell'iniziativa istruttoria del

Giudice. È dunque del tutto logico che via analogo si segua, allorché l'esigenza di assicurare il diritto di difesa sorga da iniziativa istruttoria della controparte che, per forza di cose, sia stata legittimamente assunta solo nella terza memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. La soluzione che forse consente una maggiore tranquillità al difensore, in attesa di pronunce interpretative sui casi che la Suprema Corte andrà a esaminare nel corso dei prossimi anni, è quella di proporre, subito dopo la replica avversaria e prima dello scadere del termine per l'emanazione dell'ordinanza fuori udienza, formale istanza di rimessione in termini ex art. 184-bis c.p.c. E ben inteso alla rimessione, o più semplicemente ad un logico ossequio al principio del contraddittorio anche al di fuori dell'ambito applicativo dell'udienza dell'art. 184-bis, si appellerà nell'udienza ex art. 184 la parte "vittima" dello squilibrio e della momentanea disattenzione del Giudice, ottenendo invariabilmente da questi di essere ammessa, se del caso al di là della (prima) udienza ex art. 184 c.p.c., alla prova contraria o ad altra attività difensiva.

2 La prova diretta nella memoria di replica.

Nel caso guida oggetto della presente trattazione, controparte aveva dedotto nella propria memoria istruttoria di replica una prova diretta "mascherata" da prova contraria nella relazione del proprio consulente di parte, in cui aveva trasfuso anche alcune fotografie dei luoghi atte a "dimostrare" la presenza di una antecedente occupazione del terreno oggetto di disputa. Il Giudice ha dichiarato inammissibile il contenuto della suddetta memoria (*rectius* relazione) sul principio sostenuto nelle de-

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 175 C.P.C.

Direzione del procedimento.

Il Giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento.

Egli fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali.

Quando il Giudice ha ommesso di provvedere a norma del comma precedente, si applica la disposizione dell'articolo.

DIRITTO DI DIFESA

Diverse sono le soluzioni che permettono alle parti di dedurre la prova contraria, in nome del principio del contraddittorio:

- ▶ Il Giudice fissa ulteriore termine perentorio ad una parte o a entrambe per difese al fine di ristabilire l'equilibrio dialettico. Con successiva ordinanza, precedente all'udienza ex art. 184, il Giudice deciderà sulle prove ammesse (soluzione preferibile anche se pensata in applicazione analogica del potere d'ufficio di cui all'art. 183, ottavo comma, c.p.c.)
- ▶ Il Giudice all'udienza ex art. 183 concede quattro termini sfalsati:
 - due per memorie e repliche integrative in ordine alle allegazioni;
 - due successivi termini per memorie e repliche istruttorie. (Soluzione adottata inizialmente e occasionalmente dalla prassi giurisprudenziale di merito, ma contraria al dettato normativo e che pone il fianco al formalismo giudiziale nei gradi di impugnazione).
- ▶ La parte che rileva la violazione del diritto di difesa attende che il Giudice si pronunci, senza poterlo sollecitare in udienza (ipotesi di depositare in cancelleria atipiche istanze).
- ▶ La parte propone formale istanza di rimessione in termini ex art. 184-bis c.p.c. dopo il deposito della memoria di replica avversaria e prima dello scadere del termine per l'emanazione della ordinanza fuori udienza (soluzione ammissibile).

duzioni a verbale all'udienza ex art. 184 c.p.c. dall'attore secondo cui la memoria di replica istruttoria del convenuto conteneva, in verità una serie di prove dirette poste a fondamento della domanda riconvenzionale spiegata per l'accertamento dell'intervenuta usucapione. E infatti, **al fine di richiedere che il Giudice all'udienza ex art. 183, settimo comma, c.p.c. (o al previgente art. 184, secondo comma, c.p.c.) dichiari inammissibile perché tardiva e posta in violazione del contraddittorio una produzione documentale e/o una indicazione di prova testimoniale, si deve guardare non tanto alla natura della prova richiesta (potendo benissimo prodursi un documento con la memoria ex art. 183, sesto comma, n. 3, c.p.c.) quanto all'onere della prova imposto alle parti in virtù della doman-**

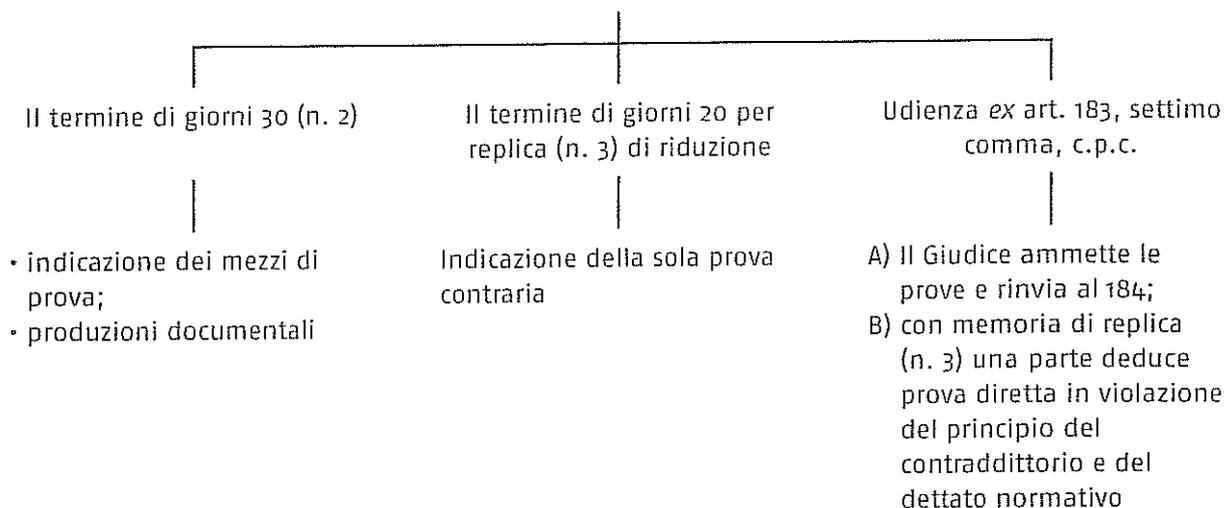
da principale o riconvenzionale spiegata. E infatti, poiché il convenuto, costituendosi, aveva richiesto, in via riconvenzionale, l'accertamento dell'usucapione, è evidente che a suo carico era ed è posta la prova dei fatti costitutivi della domanda e del diritto vantato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2697, primo comma, c.p.c. In sostanza controparte era ed è tenuta a provare il possesso ultraventennale del terreno conteso. Prova che, con ogni mezzo, ivi compreso quello fotografico, avrebbe dovuto essere fornita con la comparsa di costituzione o, al più tardi, con la concessione del primo termine di cui alla memoria istruttoria ex art. 184 c.p.c. Sui medesimi principi si è espresso il Tribunale di Bassano del Grappa con la sentenza n. 344/2006, di cui vale la pena riportare la parte di motivazione che attiene al caso in esame: «i capitoli formulati da parte convenuta in memoria di replica ex art. 184 c.p.c. non avevano valenza contraria rispetto a quelli articolati dagli attori nella memoria istruttoria, ma, al contrario, si presentavano con natura di prova diretta a sostegno delle allegazioni operate dai convenuti nel contesto dei propri atti introduttivi. Per tale motivo ne va ribadita l'inammissibilità, stante la reiterata istanza (formalizzata in sede di precisazione delle conclusioni dai convenuti) di ammissione delle prove in questione». Come evidente, anche in questo caso, il Giudice ha valutato, ancora una volta, come inammissibili prove aventi natura diretta e non formulate a prova contraria rispetto a quelle indicate da parte attrice.

3 La produzione di un documento con la memoria di replica.

Il dettato normativo ante e post riforma l. n. 80/2005 e successive modificazioni non dice quando una prova possa dirsi posta in violazione del principio del contraddittorio e quando essa debba considerarsi formulata come diretta nella memoria di replica. Il Giudice compirà le proprie valutazioni ai sensi dell'art. 116 del Codice di rito in tema

IL RAGIONAMENTO

**ALL'UDIENZA EX ART. 183 C.P.C.
LE PARTI CHIEDONO I TERMINI PREVISTI DAL SESTO COMMA**



Schema di ragionamento:

- 1 All'udienza ex art. 183 c.p.c. le parti richiedono i termini previsti dal sesto comma.
- 2 Il primo termine di 30 giorni, previsto dal comma 6, n. 2 è concesso per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali.
- 3 Il secondo termine di 20 giorni, previsto dal comma 6, n. 3, è concesso per le sole indicazioni di prova contraria.
- 4 Il comma 7 prevede che, salva l'applicazione dell'art. 187, il Giudice provveda sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'art. 184 per assumere i mezzi di prova ritenuti rilevanti e ammissibili.

di rilevanza e ammissibilità delle prove dedotte in sede di udienza ex art. 183, settimo comma, c.p.c. o con ordinanza riservata nei trenta giorni successivi. Le opposizioni alle memorie di cui al primo termine istruttorio (n. 2) si fanno adesso più preganti rispetto al rito previgente. Nessun dubbio che comunque possano essere anche formulate a verbale all'udienza del 183, settimo comma, in particolare qualora si ravvisi la violazione dei termini perentori operata da controparte con il deposito di una prova diretta mascherata da prova contraria nel termine di cui al n. 3. Abbiamo visto come la giurisprudenza di merito, con pronunce attinenti il rito *ante* la riforma del 2005, individui la violazione del principio di deduzione

della prova nei termini perentori e della dialettica processuale tra le parti con riferimento all'esame di quelle che sono le domande avanzate in giudizio dall'attore e dal convenuto. Non sarà quindi inammissibile la produzione di un documento con la memoria di replica solo perché il n. 3 parla di "sola prova contraria" e il n. 2 precisa "produzioni documentali". Lo stesso dicasi per il previgente art. 184, primo comma, ove, «il Giudice istruttore», qualora non ammetteva i mezzi di prova già proposti, inviava ad altra udienza assegnando un termine entro il quale le parti potevano produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova, nonché altro termine per l'eventuale indicazione di prova contraria. Pacifico quanto

precede, pacifico che, anche nell'attuale dettato normativo, l'espressione «indicazione di prova contraria» faccia riferimento non solo a eventuali prove orali, ma anche documentali, rivolte a contrastare le prove dell'altra parte. Deve escludersi, infatti, che l'espressione «prova contraria», che appare nell'ultima parte del n. 3 dell'art. 183 c.p.c., faccia riferimento unicamente a prove «contrarie» a quanto dedotto entro il termine di cui al n. 2 per la produzione di documenti e la deduzione di nuove prove. **È sufficiente, in particolare, perché siano ammissibili nuove «prove» orali o documentali, da indicare nel terzo termine di quelli previsti dall'art. 183, sesto comma, c.p.c. che le stesse non tendano** (come precisa l'art. 2697 c.c.) «a provare i fatti che costituiscono il fondamento» del diritto fatto valere in diritto, ma a dare la prova contraria di quei fatti. La produzione di un documento con la memoria di replica del n. 3 dell'art. 183, sesto comma è, dunque, legittima e pienamente ammissibile se e solo se è formulata e dedotta come prova contraria rispetto a quanto la controparte ha dedotto e prodotto con la memoria di cui al n. 2. La valutazione che la parte, contro cui è prodotto quel documento, deve compiere in sede di udienza ex art. 183, settimo comma per opporsi con fondamento è se quel documento sia invece un mezzo di prova che controparte avrebbe dovuto produrre nel primo termine dei 30 giorni, perché volto a supportare la domanda avanzata in giudizio con l'atto introduttivo o con la comparsa di costituzione, anche in via riconvenzionale.

CONCLUSIONI

Non rimane altro, per concludere, che riepilogare le possibili soluzioni che il Giudice può adottare qualora la deduzione della prova non consenta alla controparte di poter replicare e che, quindi, venga violata la parità delle armi che è principio cardine del giusto processo. Soluzioni, allo stato prospettate dalla dottrina in assenza di statui-

zioni della Suprema Corte, stante la recente novella. Se una parte deduce una prova in memoria di replica che sottende una prova diretta si prospettano quattro possibili soluzioni. *In primis*, il Giudice potrebbe fissare fuori udienza, con l'ordinanza ex art. 183, sesto comma, c.p.c., un ulteriore termine perentorio ad una parte o a entrambe per difese al fine di ristabilire l'equilibrio dialettico. Con successiva ordinanza, precedente all'udienza ex art. 184, il Giudice deciderà sulle prove ammesse. Il Briguglio ritiene sia la soluzione preferibile, richiamandosi al dettato di cui all'art. 175, primo comma, c.p.c. e ad una "lettura" analogica dell'ottavo comma dell'art. 183 c.p.c. In secondo luogo, il Giudice all'udienza ex art. 183 potrebbe concedere quattro termini sfalsati: due per memorie e repliche integrative in ordine alle allegazioni; due successivi termini per memorie e repliche istruttorie. Detta soluzione, adottata occasionalmente da alcuni tribunali, non tiene però conto del dettato normativo, che ha ulteriormente ristretto "l'imbutto" del processo rispetto alle preclusioni e decadenze già esplicitate dalla riforma degli anni 1990/1995. Come sottolinea il Briguglio, detta soluzione difficilmente reggerebbe innanzi ad una possibile, quanto credibile, ipotesi di impugnazione. Impugnazione cui è esposta, peraltro, anche l'ordinanza emessa dal Giudicante con la quale venga posticipata la decorrenza del triplo termine di cui all'art. 183, sesto comma rispetto alla data in cui si è tenuta l'udienza ex art. 183. In terzo luogo, la parte che rileva la violazione del diritto di difesa potrebbe confidare nell'attenzione del Giudice chiamato, in questo caso a provvedere fuori udienza. Oppure, da ultimo, è possibile servirsi dello strumento generale di recupero e superamento delle decadenze maturate (peraltro lasciato intatto dalla Riforma sul rito competitivo), che consente di proporre formale istanza di rimessione in termini ex art. 184-bis c.p.c. dopo il deposito della memoria di replica av-

versaria e prima dello scadere del termine per l'emanazione della ordinanza fuori udienza. Naturalmente la rimessione in termini di una parte consente

all'altra di compiere tutte le attività che costituiscono la replica a quelle che vengono compiute in virtù della rimessione in termini. ■

GIURISPRUDENZA RILEVANTE

DOPPIO TERMINE

Orientamento maggioritario

Trib. Napoli, Sez. II, 27.04.2006

In considerazione della funzione della previsione del doppio termine ex art. 184 c.p.c. – il primo per articolare la prova diretta ed il secondo al fine di replicare con articolazione della prova contraria – la produzione documentale effettuata nel secondo termine non può qualificarsi tardiva qualora sia volta a contrastare quanto dedotto da una delle parti nel primo termine.

Cass. civ., Sez. III, 9.2.2005, n. 2656

In controversia instaurata nel 1997, concessi dal Giudice istruttore i termini previsti dall'art. 184 c.p.c. e inutilizzati dalle parti il primo di essi, legittimamente il convenuto deposita, nel rispetto di quello per l'indicazione di prova contraria documenti volti a dimostrare circostanze opposte a tutte quelle invocate dall'attore.

Cass. civ., Sez. I, 19.03.2004, n. 5539

Nei procedimenti instaurati dopo il 30 aprile 1995, regolati dalle nuove disposizioni introdotte dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, non trova più applicazione il principio secondo cui l'inosservanza delle disposizioni che delimitano il momento in cui è possibile produrre in giudizio documenti deve ritenersi sanata qualora la controparte non abbia sollevato la relativa eccezione in sede di discussione della causa dinanzi al collegio. Difatti il novellato art. 184 c.p.c. non solo prevede l'eventuale assegnazione alle parti di un termine entro cui dedurre prove e produrre documenti, ma espressamente stabilisce il carattere perentorio di detto termine, il che vale a sottrarre siffatto termine alla disponibilità delle parti (stante il disposto dell'art. 153 c.p.c.), come del resto implicitamente confermato anche dal successivo art. 184-

bis, che contempla la possibilità di rimessione in termini, ma solo ad istanza della parte interessata ed a condizione che questa dimostri di essere incorsa nella decadenza per una causa ad essa non imputabile.

Cass. civ., Sez. II, 29.01.2003, n. 1303

In considerazione della natura perentoria del termine assegnato ai sensi dell'art. 244 c.p.c. per formulare o integrare i capitoli e la lista della prova testimoniale, è precluso al Giudice disporre la proroga o la dilazione, atteso che l'inosservanza del termine produce decadenza dalla prova rilevabile d'ufficio e non sanabile dall'accordo delle parti.

Trib. Firenze 24.12.2002

Non è possibile dedurre implicitamente, dalla nuova struttura del processo civile, l'esistenza di preclusioni in ordine alla proposizione di mezzi istruttori non contenuti negli atti introduttivi e ritenere che, con le memorie istruttorie ex art. 184 c.p.c., siano formulabili solo le istanze istruttorie giustificate da nuove allegazioni avverse o da risultanze dell'udienza di trattazione.

Cass. civ., Sez. III, 25.11.2002, n. 16571

Nel processo civile disciplinato dalla l. n. 353/1990, che lo configura come un processo articolato in fasi successive (la fase preparatoria, la fase istruttoria e la fase decisoria) alle quali si correlano preclusioni all'esercizio dei poteri processuali, la facoltà delle parti di chiedere nuovi mezzi di prova deve essere esercitata a pena di decadenza formulando l'istanza di assegnazione del termine per ulteriori deduzioni istruttorie di cui all'art. 184, comma 1, nel momento in cui si conclude la fase di trattazione preparatoria e, senza soluzione di continuità, si apre la fase istruttoria (in difetto della quale si verifica l'immediato

passaggio alla fase decisoria, ai sensi dell'art. 187 c.p.c.).

Cass. civ., Sez. I, 28.09.2001, n. 12136

Alla stregua del principio di concentrazione e unicità della prova, deve ritenersi tardiva, e perciò inammissibile, la prova contraria dedotta in appello per confutare la prova diretta che, già dedotta in primo grado e non ammessa, sia stata poi ammessa dal Giudice del gravame.

Orientamento minoritario

Trib. Verona 24.11.2002

È inammissibile l'istanza istruttoria avente ad oggetto prove orali formulata dalla parte per la prima volta nella memoria autorizzata ex art. 184 c.p.c. nel caso in cui la medesima parte non abbia formulato nel primo atto difensivo alcuna istanza istruttoria relativa a prove costituenti.

Trib. Roma 3.01.1998

Il (doppio) termine di cui all'art. 184, comma 1, c.p.c., deve essere assegnato dal Giudice per formulare altri e diversi mezzi istruttori rispetto a quelli già indicati negli atti introduttivi e per riformulare quelli già articolati, anche se non sono state effettuate nuove allegazioni di fatto.

RITO ANTE RIFORMA L. 353/1990

Orientamento maggioritario

Cass. civ., Sez. III, 10.03.2000, n. 2805

È ammissibile la prova testimoniale chiesta all'udienza di precisazione delle conclusioni, ultimo limite essendo quello della rimessione della causa al collegio.

Trib. Roma 19.06.1998

È inammissibile la richiesta di mezzi di prova formulata dalla parte per la prima volta all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. quando, non essendo intervenuta alcuna modificazione del "thema decidendum", tale richiesta avrebbe potuto essere svolta sin dagli atti introduttivi.