

## IL GIUDICE

ex art. 183, comma VII, c.p.c.

nel giudizio civile iscritto al n. 1862 del 2010

- □□□ -

### OSSERVA

La parte convenuta non ha contestato le avverse richieste e allegazioni della parte attrice, come introdotte nella memoria istruttoria ex art. 183 comma VI c.p.c. (secondo termine), pur potendolo fare nella memoria di replica, concessa dal giudice unitamente ai termini di cui alla norma succitata. Lo ha, però, fatto nell'odierna udienza e, quindi, successivamente alla prima difesa utile e alla scadenza dei termini perentori disegnati nella volta dell'art. 183 cit.

Giova ricordare che la Consulta, con orientamento di recente ribadito (v. Corte costituzionale ordinanza 29 aprile 2010 n. 163) ha precisato che se dai principi del giusto processo discende il diritto ad un «equo vaglio giurisprudenziale», ciò non toglie che il processo debba esser governato, per esigenze di certezza e ragionevole durata, da scansioni temporali, il cui mancato rispetto va assoggettato alla sanzione della decadenza dal compimento di determinate attività (sentenze n. 11 del 2008 e n. 462 del 2006). Ecco perché, per le Sezioni Unite, una volta scaduto il termine, anche ordinatorio, senza che si sia avuta una proroga si determinano, per il venir meno del potere di compiere l'atto, conseguenze analoghe a quelle ricollegabili al decorso del termine perentorio (cfr. Cass. civ. SS.UU. sentenza n. 20604 del 30 Luglio 2008). Si aggiunga, poi, seguendo la direttrice ermeneutica indicata dal giudice della Nomofilachia (v. Cass. civ., Sez. Unite, sent. 23 giugno 2010, n. 15169) che il vigente modello processuale configura un processo che si articola in fasi successive e non ammette deroghe (salvo il caso eccezionale previsto dall'art. 153 c.p.c.). Il mancato rispetto dei termini fissati dal giudice, determina la decadenza, rilevabile d'ufficio, della facoltà assertorie ed istruttorie delle parti. Merita, dunque, ampia condivisione e riaffermazione, che il regime delle preclusioni introdotto nel rito civile ordinario, dovendo ritenersi inteso non solo posto a tutela di parte, bensì anche a tutela dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, comporta il rilievo ex officio da parte del giudice dell'eventuale tardività di domande, o allegazioni. Ebbene, nel caso di specie, debbono quindi ritenersi tardive quelle asserzioni e deduzioni che dovevano essere svolte nella terza memoria e sono state svolte solo in udienza. Questione diversa, ma pure qui rilevante, è quella delle contestazioni che non sono state inserite nella succitata memoria e svolte solo nell'udienza ex art. 183, comma VII, c.p.c.

Orbene, la dialettica del processo regola anche le contestazioni, così come le allegazioni, nel senso che entrambe contribuendo a scandire i tempi del procedimento e la formazione del thema decidendum e probandum, sono introdotte nell'ambito delle preclusioni implicite e esplicite previste dal rito civile. La giurisprudenza, al riguardo, ha puntualizzato che l'onere di contestazione deve

essere assolto nella prima difesa utile (Cass. civ. 27 febbraio 2008 n. 5191; Cass. civ. 21 maggio 2008 n. 13079). Va ricordato, comunque, che la questione (con riferimento al rito del lavoro) è stata risolta nella motivazione della sentenza Sez. Un. 761 del 23 gennaio 2002 che ha particolarmente approfondito la questione esponendo le argomentazioni fondamentali sulle quali si è basata, poi, la nuova giurisprudenza. In detta decisione infatti si legge: "...Il menzionato difetto di contestazione (...) dei fatti si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicché simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; in altre parole, considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione".

La dottrina, peraltro, ha osservato che «la contestazione tardiva (vale a dire la contestazione successiva ad un fatto originariamente incontestato), in quanto comportamento che può provenire esclusivamente dalla parte (che inizialmente non aveva contestato), può essere assimilata all'eccezione in senso stretto»: conseguentemente la contestazione successiva di fatti rimasti incontestati nel giudizio di primo grado deve ritenersi inammissibile in appello, sia nel processo del lavoro che nel rito ordinario (salva la rimessione, oggi ex art. 153 c.p.c.). In realtà, sotto altro punto di vista, il problema della contestazione cd. tardiva riguarda la cd. revocabilità della non contestazione. Chi medita sull'ammissibilità di una tale opzione, subito evidenzia che, tal caso, la parte onerata della prova è l'avversario dell'autore della revoca (contestazione tardiva), "per cui è ovvio che egli, che fino ad allora aveva confidato nell'altrui non contestazione, debba a questo punto essere posto in grado di reagire con pienezza di poteri al mutato atteggiamento dalla controparte". In Dottrina si propone, comunque, sul tema in generale una soluzione semplice e chiara configurando l'ammissione quale allegazione conforme a quella della controparte e dunque la contestazione quale allegazione difforme. In tal caso, ne discenderebbe che la contestazione incontra lo stesso limite temporale di qualunque altra allegazione e che, superato tale limite, e perfezionatasi dunque la non contestazione, la revoca di questa (la contestazione tardiva) sia possibile solo in presenza dei presupposti per la rimessione in termini e previa richiesta in tal senso. L'opinione, per tutto quanto sin qui esposto, è senz'altro condivisibile: la non contestazione, disegnando il thema probandum, è sottoposta agli stessi limite temporali delle allegazioni e la contestazione cd. tardiva può essere ammessa solo ricorrendo allo strumento della rimessione in termini, ex art. 153 c.p.c. In altri termini, "esaurita la fase dell'ammissione delle prove, la non contestazione diventa tendenzialmente irreversibile".

L'indirizzo qui sposato è stato avallato, in tempi recenti, dal giudice del gravame. Infatti, con ricca motivazione, la Corte Appello Milano, sez. IV civ., sentenza 29 giugno 2011 (Pres. Fabrizi, est. Marini) ha affermato che "*il potere di contestazione "si consuma" nello stesso modo in cui "si consuma", secondo il rito prescelto, il potere di allegazione consentito alle parti. Ciò vuol dire che, nel rito ordinario, la contestazione tardiva è improduttiva di effetti*".

Alla luce dei rilievi sin qui svolti, le contestazioni svolte dalla parte convenuta solo in udienza vanno dichiarate tardive e deve procedersi all'esame del materiale istruttorio indicato dai litiganti in assenza delle stesse. I capitoli di prova articolati

dalla parte convenuta, nella sua memoria istruttoria (capitoli nn. 1 e 2) si presentano rilevanti poiché afferiscono ad aspetti del negozio, non consacrati nella forma scritta, che possono trovare riscontro in sede di escussione dei testimoni. Sono anche ammissibili per la loro specificità.

Quanto alle richieste istruttorie della parte attrice, i capitoli nn. 5, 6, 7, 10 involgono accertamenti contabili non deferibili al teste. Relativamente ai capitoli 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, la prova orale va respinta per inammissibilità. I capitoli non indicano, in modo sufficiente, un dato storico e nessuno dei capitoli indica un dato topico o una esatta descrizione dell'oggetto del fatto che si vuole provare. Le circostanze sono, poi, evanescenti e non emergono fatti specifici che costituiscono il grimaldello che salva il rispetto del principio del contraddittorio atteso che la controprova non può essere svolta e la contestazione specifica effettuata in difetto di circostanze particolareggiate come, peraltro, richiede espressamente la Legge all'art. 244 c.p.c. Giova ricordare, infatti, che la richiesta di provare per testimoni un fatto esige non solo che questo sia dedotto in un capitolo specifico e determinato, ma anche che sia collocato univocamente nel tempo e nello spazio, al duplice scopo di consentire al giudice la valutazione della concordanza della prova ed alla controparte la preparazione di un'adeguata difesa (cfr. Cass. 9547/2009; Trib. Lodi, 1 aprile 2011).

Le parti sul calendario del processo, si sono rimesse alla scelta del Giudice. La giurisprudenza di questo Tribunale - aderendo alla impostazione dottrinale ritenuta preferibile - ha interpretato la norma ex art. 81-bis c.p.c. affermando la discrezionalità del calendario del processo (Tribunale di Varese, sezione Prima civile, ordinanza 15 aprile 2010 in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); [www.tribunale.varese.it/Massimario](http://www.tribunale.varese.it/Massimario); così anche: Trib. Catanzaro, sezione II civile, ordinanza 3 giugno 2010). Nel caso di specie, l'istruttoria verrà esaurita in una udienza, per cui non sembra né necessario, né opportuno, predisporre il calendario. Gli Avvocati, se lo ritengono opportuno, sono abilitati a farne richiesta scritta al giudice prima della prossima udienza. In quel caso il Giudice vi provvederà.

## **P.Q.M.**

*Letto ed applicato l'art. 183, comma VII, c.p.c.*

**DISPONE** l'acquisizione dei documenti prodotti ed allegati dalle parti poiché ammissibili e rilevanti ai fini del decidere

**NON AMMETTE** le prove orali richieste dalla parte attrice

**AMMETTE** le prove orali richieste dalla parte convenuta sui capitoli 1, 2 con il teste Alberto Angelini

**FISSA** l'udienza in data 7 marzo 2012 ore 12.00 per l'assunzione di tutte le prove.

**MANDA** alla cancelleria affinché la presente ordinanza sia comunicata alle parti costituite.

*visti gli artt. 72, 74 disp. att. cod. civ.,*

**INVITA** i difensori che non lo abbiamo già fatto, a provvedere, senza indugio, alla regolarizzazione del fascicolo di parte, dotandolo di apposito **INDICE** degli atti e dei documenti, ove mancante. Riserva ogni provvedimento di Legge in caso di inottemperanza.

**Varese, li 14 ottobre 2011**

**Il Giudice**  
**DOTT. GIUSEPPE BUFFONE**