

Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile

di *Antonio Carratta*

SOMMARIO: 1. Premessa: la difficile definizione del concetto di preclusione. – 2. Il lento affermarsi della tecnica delle preclusioni come principio processuale. – 3. Principio di preclusione e autoresponsabilità delle parti. – 4. Principio di preclusione e verità. – 5. Principio di preclusione e sistemi processuali. – 6. Limiti all’attuazione del principio di preclusione. – 6.1. Natura esplicita delle preclusioni. – 6.2. Preclusioni e salvaguardia della “parità” fra le parti. – 6.3. Imputabilità delle preclusioni. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa: la difficile definizione del concetto di preclusione*

In termini di teoria generale del processo, occorre anzitutto chiedersi se esista o meno un vero e proprio principio di preclusione capace di informare di sé l’intero sistema processuale. La risposta non è né agevole, né sicura.

Non è un caso, dunque, se proprio con riferimento alla rilevanza giuridica del concetto di preclusione, si sono registrate nella riflessione della dottrina processual-civilistica opinioni notevolmente diverse¹.

¹ Sul concetto di preclusione v., in particolare, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 859 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, ristampa anastatica della 2^a ed., Napoli, 1960, 321 ss. e II, Napoli, 1936, 478 ss.; ID., *Cosa giudicata e preclusione* (1933), in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano, 1993, 231 ss.; ID., *Del sistema negli studi del processo civile* (1907), *ivi*, I, 227 ss., spec. 237 ss.; ID., *Cosa giudicata e competenza* (1905), *ivi*, II, 411 ss.; D’ONOFRIO, *Sul concetto di preclusione*, in *Studi in*

E così, da una parte, minoritaria, della dottrina si è sostanzialmente sostenuta l'inesistenza di un significato giuridico-processuale del concetto di preclusione, in quanto "la preclusione è l'effetto che la legge ricollega ad una pluralità di cause, tra le quali la decadenza", e dunque "le cause che danno luogo a preclusione possono verificarsi anche al di fuori del processo e sul piano del diritto sostanziale, di modo che, quando ciò avvenga, ad esse pure potrà ricollegarsi quell'effetto che definito 'preclusione' nell'ambito del processo, consiste, per il titolare, nella perdita del potere che gli spettava"².

Mentre, dall'altra parte, se ne è affermata la stretta correlazione con il fenomeno processuale rilevando che ogni processo "per assicurare precisione e rapidità di svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all'esercizio di determinate facoltà processuali, con la conseguenza che di là di quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare"³, che il sistema di preclusioni ha una "logica immanenza nel processo"⁴ e che "la preclusione rappresenta l'ingrediente di cui non si può fare a meno per costruire la nozione di processo, inteso come serie di atti delle parti e del giudice (in genere degli organi giudiziari) cronologicamente ordinati in vista del provvedimento finale"⁵.

In tempi più recenti, poi, con l'obiettivo di chiarire la nozione generale di preclusione si è distinto fra *preclusione in senso lato* e *preclusione in senso stretto*, riferendo la prima nozione ad "ogni fenomeno per cui un diritto

onore di G. Chioyenda, Padova, 1927, 427 ss.; ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 ss.; ID., voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.; ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 567 ss.; PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, 229 ss.; TESORIERE, *Contributo allo studio della preclusione nel processo civile*, Padova, 1983, 30 ss. e 51 ss.; BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, 26 ss.; TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 794 ss.

² In questo senso soprattutto ATTARDI, voce *Preclusione*, cit., 901 ss., il quale aggiunge anche che "non solo nell'ordinamento processuale, ma anche nel diritto materiale si possono verificare, e non con minore frequenza, fenomeni sostanzialmente identici a quelli che la dottrina, non solo quella tradizionale, riconduce all'istituto della preclusione". Nel contesto della dottrina processual-penalistica, nello stesso senso, FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939, 151.

³ Così CHIOYENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., 232.

⁴ Così GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 639 ss., spec. 644.

⁵ Così ANDRIOLI, voce *Preclusione*, cit., 568. In proposito v. anche TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 711 ss.; GRASSO, *Interpretazione della preclusione*, cit., 644 ss.

o una facoltà diventano non più esercitabili dal soggetto che era titolare” e la seconda alle sole ipotesi in cui il meccanismo operi nel contesto processuale, “trascurando l’eventualità che fenomeni simili possano essere riscontrati anche in altre aree dell’ordinamento”⁶. Aggiungendo anche l’opportunità di ulteriormente distinguere la preclusione dalla decadenza, in quanto “la decadenza fa riferimento alla perdita del diritto non esercitato, mentre la preclusione si riferisce essenzialmente all’impossibilità di esercitare successivamente quel diritto, in conseguenza del fatto che esso non è più ‘azionabile’ oltre un certo momento del processo”⁷.

2. *Il lento affermarsi della tecnica delle preclusioni come principio processuale*

Ma procediamo con ordine.

Anzitutto, si deve, come noto, a Giuseppe Chiovenda una prima definizione e poi una successiva elaborazione del concetto di preclusione, pienamente calato nella più ampia ricostruzione del processo come rapporto giuridico processuale. Ed infatti, dopo aver definito nei *Principii* la preclusione come il fenomeno processuale per cui “in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di termini, è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati, o in genere atti processuali”, in un momento successivo Egli puntualizzò meglio la consistenza del fenomeno processuale. Ed aggiunse che la “perdita, o estinzio-

⁶ In questo senso TARUFFO, voce *Preclusioni*, cit., 794 ss. Anche ANDRIOLI, voce *Preclusione* (*dir. proc. civ.*), cit., 567, rileva che, nel sistema chiovendiano, la preclusione assume due significati: “il primo di più vasta portata, accogliendo il quale s’intende per preclusione la perdita, o estinzione, o consumazione d’una facoltà processuale che si subisce per il fatto o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentori e la successione legale delle attività e delle eccezioni, o di aver compiuto un’attività incompatibile con l’esercizio della facoltà, come la proposizione di un’eccezione incompatibile con un’altra o il compimento d’un atto incompatibile con l’intenzione d’impugnare una sentenza, o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione propriamente detta); il secondo, specifico al processo di cognizione, facendo proprio il quale la preclusione sta ad indicare vuoi l’espedito per garantire il risultato ultimo del processo medesimo, e cioè la cosa giudicata sostanziale, a sua volta intesa come l’affermazione indiscutibile, e obbligatoria per i giudici di tutti i futuri giudizi, d’una volontà concreta di legge che riconosce o disconosce un bene della vita ad una delle parti, vuoi la preclusione di singole questioni nel caso del processo”.

⁷ Ancora TARUFFO, voce *Preclusioni*, cit., 795.

ne, o consumazione d'una facoltà processuale" si determina "per il fatto: *a*) o di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale delle attività e delle eccezioni; *b*) o di aver compiuto un'attività incompatibile coll'esercizio della facoltà, come la proposizione di un'eccezione incompatibile con un'altra, o il compimento d'un atto incompatibile con l'intenzione d'impugnare una sentenza; *c*) o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione processuale detta)"⁸.

In questo quadro teorico, dunque, la preclusione consisterebbe nella perdita o nella consumazione di una facoltà processuale. E – occorre aggiungere – a prescindere dalla ragione che in concreto ha portato alla perdita o alla consumazione della facoltà e della piena consapevolezza e volontà della parte di determinare un simile effetto. Quel che rileva, al fine di impedire l'esercizio della facoltà per il futuro, è il dato oggettivo della perdita o della consumazione della stessa. L'irrilevanza del profilo soggettivo, della genuinità del comportamento (commissivo o omissivo) del titolare della facoltà processuale consente, nella ricostruzione chiovendiana dell'istituto, di mettere insieme fenomeni fra loro molto diversi con il chiaro obiettivo di dare consistenza teorica al c.d. principio di preclusione, come la decadenza dal termine preclusivo e la consumazione della facoltà per l'esercizio della stessa.

Come riconosce lo stesso Chiovenda⁹, però, il merito di aver elaborato il c.d. principio di preclusione spetta ad Oskar von Bülow¹⁰, che parla di *Rechtsverwirkungsprinzip* in riferimento alla caratteristica del processo come rapporto giuridico in formazione. Nell'ambito della ricostruzione del processo come rapporto giuridico in formazione alle parti vengono riconosciuti veri e propri diritti processuali soggettivi o facoltà ed imposti doveri processuali. Gli atti compiuti dalle parti nel corso del giudizio, cioè, sareb-

⁸ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 479.

⁹ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 858 in nota 1.

¹⁰ VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Arch. civ. praxis*, 62 (1879), 1 ss., spec. 59 ss. Il principio venne successivamente ripreso anche da KLEIN, *Die schuldhaftige Parteibehandlung*, Wien, 1885, 42 ss. e 145 ss.; da VON CANSTEIN, *Grundlagen des Kontumazialrecht*, in *ZZP*, 16 (1891), 1 ss., e da noi, sempre sotto il codice del 1865, oltre che da Chiovenda, da REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 67; da BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 59; da ANDRIOLI, voce *Preclusione*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, 130 ss.; da SEGNI, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Studi sassaresi*, 1937, 71 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, 338 ss.); ID., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, in *Scritti*, cit., I, 364 ss.

bero da distinguere non solo fra atti efficaci o inefficaci, ammissibili o inammissibili, ma anche fra atti giuridicamente facoltativi e atti giuridicamente necessari. Anche gli atti facoltativi, tuttavia, – aggiunge von Bülow – non sono esercitabili in qualsiasi momento. Il diritto di difendersi, infatti, deve essere coordinato con il principio di preclusione, di cui il processo moderno si serve per ottenere un più ordinato svolgimento dell'attività. In base a tale principio – rileva ancora von Bülow – se la parte non esercita il diritto di difendersi nei modi e nei termini stabiliti dal legislatore, perde la possibilità di esercitarlo in un momento successivo. E questo avviene senza la necessità di verificare preventivamente se il comportamento tenuto dal convenuto sia colpevole o meno, perché sussisterebbe nel processo un prevalente principio di responsabilità oggettiva (*Verantwortlichkeitsprinzip*)¹¹.

In tale contesto il principio di preclusione viene a configurarsi – secondo la ricostruzione chiovendiana – come “un espediente”, al quale il legislatore processuale ricorre “al fine di rendere certo, ordinato e sollecito” il cammino del processo e la “certezza delle situazioni processuali”¹². In base a tale “espediente”, dunque, il mancato esercizio di una determinata attività processuale ad opera delle parti entro un termine stabilito o il compimento di attività incompatibili con la prima determina la perdita del potere di compiere tale attività¹³. Ed il medesimo effetto si produce anche laddove quella determinata attività sia esercitata nei termini e con le modalità fissate dal legislatore.

In fondo, come aveva ben evidenziato von Bülow, il mancato esercizio del diritto, quando per esso sia stabilito un termine, comporta la perdita dello stesso e dunque l'impossibilità di esercitarlo successivamente: “pur garantendo alle parti la maggior libertà di difesa, la legge procede per via di

¹¹ VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, cit., 75 ss.

¹² ATTARDI, voce *Preclusione*, cit., 896.

¹³ Ed esattamente rileverà ATTARDI, voce *Preclusione*, cit., 903, che, intesa nei termini in cui l'intendeva Chiovenda, la preclusione diventa sinonimo di “decadenza” e serve “a cogliere e a contrassegnare un fenomeno di portata generale quando si presenti nel processo”, senza che questo ne giustifichi una diversa (ed autonoma) qualificazione, “a meno che non si ritenga – ed allora in via generale – che si debbano configurare (o costruire) istituti diversi in relazione alle finalità che uno stesso fatto giuridico possa raggiungere nei vari campi del diritto: idea questa che ovviamente non può essere condivisa”. In proposito v. anche TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni*, cit., 72 ss. D'altra parte – rileva ancora ATTARDI (*ivi*, 909) – anche in ambito strettamente processuale “il principio di preclusione non sarebbe riferibile all'intero campo nel quale si abbiano preclusioni, operando solo se – dalla previsione di una preclusione – discenda per le parti l'onere di cumulare le possibili deduzioni per l'accoglimento o il rigetto della domanda”.

preclusioni, in ogni caso in cui da considerazioni generali, e più o meno esatte, di equità approssimativa, di probabilità, di normalità, si sente autorizzata a farlo”¹⁴. Ne deriva che la collocazione naturale del c.d. principio di preclusione è nel contesto della dommatica (italiana e tedesca) sul processo come rapporto giuridico processuale, dove le situazioni di vantaggio (le facoltà) prevalgono di gran lunga rispetto alle situazioni passive delle parti. La necessità di organizzare queste situazioni di vantaggio in un procedimento ordinato porta a limitarne l’esercizio attraverso il ricorso alla nozione di preclusione.

Ciò che non può derivare dalla preclusione sono gli effetti in positivo del mancato esercizio del diritto, vale a dire le conseguenze ulteriori, per avere le quali, infatti, è necessario che ricorra l’espressa previsione normativa.

Questo limite, peraltro, ha la sua radice nell’idea stessa del processo come rapporto giuridico processuale, nell’ambito del quale manca, come noto, la possibilità di configurare il concetto di onere. Non a caso osserverà Satta (ma forse in maniera un po’ troppo precipitosa) che “la concezione della preclusione come istituto autonomo si ricollega teoricamente all’idea del rapporto giuridico”, e dunque “è destinata a tramontare con questo”¹⁵. L’evoluzione successiva (e la stessa riflessione odierna) dimostra l’inesattezza di questa previsione nei termini assoluti in cui è formulata e la necessità di circoscriverne la portata alla sola concezione chiovendiana di preclusione (alla quale probabilmente era riferita), “strettamente legata a presupposti teorici (come la concezione del rapporto giuridico processuale) che ormai non sono più condivisi”¹⁶.

Ed infatti, l’abbandono della ricostruzione del fenomeno processuale in termini di rapporto giuridico non determinerà affatto anche l’abbandono dell’istituto della preclusione.

Piuttosto, accadrà esattamente il contrario e quel che verrà meno sarà solo una certa idea di preclusione.

¹⁴ CHIOVENDA, *Del sistema negli studi*, cit., 237.

¹⁵ SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, 239; v. anche SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 263; RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951, 37 ss.

¹⁶ Così TARUFFO, voce *Preclusioni*, cit., 794. V. anche GRASSO, *Interpretazione della preclusione*, cit., 640, il quale sottolinea come nel sistema chiovendiano, incentrato sulla figura del rapporto giuridico processuale e sulla “concezione pseudo-sostanziale di quel rapporto”, manchi “la nozione generale di *onere*, termine che è usato solo per rappresentare la posizione della parte di fronte alla prova, e quale regola di giudizio per il giudice”.

3. Principio di preclusione e autoresponsabilità delle parti

Senza dubbio più puntuale si presenterà la riflessione intorno all'istituto della preclusione nell'ambito della ricostruzione goldschmidtiana del processo come situazione giuridica (*Rechtslage*)¹⁷. Dal punto di vista della parte il compimento di una determinata attività processuale, nei modi e nei termini stabiliti dal legislatore, si presenta non come un diritto o una facoltà (secondo la ricostruzione del processo come rapporto giuridico) ma come onere processuale (*processuale Last*), ovvero come lo strumento per ottenere la "tutela del proprio interesse" (*Gebot des eigenen Interesses*)¹⁸ e dunque una situazione assolutamente passiva.

Soltanto l'introduzione nella riflessione dottrinale sul processo della figura dell'onere ha consentito, di fatto, di superare il limite connesso alla ricostruzione del processo come rapporto giuridico. Con il concetto di onere, infatti, s'intende non soltanto il comportamento che la parte deve tenere per conseguire un determinato vantaggio processuale a proprio favore¹⁹ o l'aspettativa di una sentenza per sé favorevole²⁰, ma anche il comportamento che

¹⁷ In proposito v. anche LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 328 ss., ora in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 144 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 33; CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 223 ss.; ID., *Un maestro di liberalismo processuale*, *ivi*, 1951, I, 1 ss. Anche GUARNIERI, voce *Preclusione (dir. proc. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 572, osserva che "la dottrina del rapporto processuale appare troppo ristretta e, comunque, inadeguata a comprendere la molteplice fenomenologia processuale, con particolare riferimento all'istituto della preclusione e di altri istituti analoghi, quali la nullità, i termini, le decadenze e così via. I quali meglio si inquadrano nel concetto di situazione giuridica".

¹⁸ Così NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre*, Göttingen, 1950, 336. V. anche J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, 288.

¹⁹ V., in particolare, CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 55 ss. e 68 ss.; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 172 ss.; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 13 e 264; ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1925, 249 ss. e 261 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 57; ID., voce *Dovere giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 52 ss.; CORDEIRO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 97 ss. e 120 ss.

²⁰ Secondo la ricostruzione di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., 252 ss. e 268 ss., il quale, peraltro, richiama la contrapposizione privatistica dell'onere rispetto all'obbligo giuridico di THUR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, 99 ss.; II, 2, Leipzig, 1918, 493 ss. e di ZITELMANN, *Das Recht des BGB, Allgemeine Teil*, Leipzig, 1900, 152 ss., il quale, peraltro, parla dell'onere come "obbligo verso se stesso".

la parte deve tenere per evitare il prodursi di determinate conseguenze sfavorevoli, come la preclusione o la decadenza o altre conseguenze sfavorevoli espressamente previste dal legislatore (ad es., la *ficta confessio*, dove il legislatore, associando alla preclusione il c.d. *Fiktionsgedanke*²¹, trae determinati effetti giuridici, in positivo, dal verificarsi del mancato esercizio nei termini del potere di contestare quanto allegato *ex adverso*)²². In questo contesto la preclusione viene a coincidere con l'inadempimento di un determinato onere processuale nel termine stabilito.

Quale complesso di oneri e di aspettative il processo consente la realizzazione dell'aspettativa della parte di ottenere una sentenza favorevole, quanto più questa sfrutterà le aspettative intermedie che sono ricollegate ad ogni singolo atto processuale. Nell'ambito di questa più ampia ricostruzione del processo la preclusione diventa la conseguenza (negativa) dell'inadempimento di un onere processuale o meglio come la conseguenza del "mancato tempestivo svolgimento di un'attività, senza la quale la parte non può conseguire un certo risultato" positivo²³. Da un simile punto di vista la funzione della preclusione non è altro che quella di sanzionare il comportamento della parte che non compia l'attività processuale nel tempo e nel modo stabiliti e costituisce, perciò, l'effetto di una espressa previsione legislativa che faccia scaturire tale conseguenza da un determinato comportamento processuale della parte²⁴. E questo – conviene sottolinearlo – a prescindere dalla

²¹ Sul c.d. *Fiktionsgedanke* v., in particolare, ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion*, 2. Aufl., Frankfurt a.M., 1969, 15 ss., 33 ss. e 62 ss.; per un discorso più generale sulla tecnica delle "finzioni" PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 45 ss., spec. 104 ss.; ID., voce *Finzione*, *ivi*, XVII, Milano, 1968, 658 ss., spec. 663; GUA-
STINI, voce *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 354 ss.

²² V., in proposito, SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 99 ss., spec. 109 ss.; per altri rilievi v. anche GELATO, voce *Onere*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 59 ss.

²³ Così GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, cit., 1993, 641. V. anche, in senso analogo, TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, cit., 795.

²⁴ V. anche GRASSO, *Interpretazione della preclusione*, cit., 641, per il quale la preclusione "si attegga *prima facie* quale situazione del mancato tempestivo svolgimento di un'attività, senza la quale la parte non può conseguire un certo risultato (come l'introduzione nel processo di elementi fattuali, la loro concatenazione quando è richiesta e la prova dei fatti); e ciò si esprime, perspicuamente, con l'idea di un onere inadempito"; TARUFFO, voce *Preclusioni*, cit., 795, per il quale la funzione della preclusione di consentire l'ordinato, razionale e spedito svolgersi del procedimento viene conseguita "sanzionando processualmente l'inottemperanza delle parti alle norme che regolano l'ordine, il tempo e le modalità delle loro attività".

circostanza che abbia determinato il mancato compimento dell'attività processuale. Ed infatti, il mancato compimento dell'attività processuale può derivare o dalla semplice inattività della parte o dal compimento di attività incompatibili con quelle previste dal legislatore: vi rientrano tutte quelle situazioni nelle quali matura, per espressa previsione legislativa, l'impossibilità sopravvenuta di esercitare una determinata attività processuale che esisteva, in capo ad un determinato soggetto, prima che tale impossibilità si verificasse.

Lungo questa strada si apre, perciò, quella che sembra la soluzione maggiormente condivisibile per individuare il fondamento del meccanismo o principio di preclusione. Il ricorso a tale meccanismo o espediente o principio, infatti, si giustifica con l'opportunità soprattutto dei sistemi processuali moderni (in quanto ispirati almeno tendenzialmente alla prevalenza del principio dispositivo) di dare la dovuta rilevanza all'autoresponsabilità delle parti nel processo per ciò che fanno o non fanno: è propria del processo improntato al principio dispositivo la regola per cui "la parte ha da sopportare le conseguenze di ciò che afferma o non afferma; di ciò che nega o ammette; di ciò che prova o non prova; di ciò che dice o tace; in breve, del suo contegno processuale"²⁵. Come rileva Salvatore Pugliatti nella sua voce sull'*Autoresponsabilità* il comportamento integrante l'autoresponsabilità va rapportato al non rispetto di una specifica disposizione (sostanziale o processuale) a tutela di un interesse che fa capo allo stesso soggetto agente²⁶. Questo non esclude, tuttavia, che anche il comportamento integrante autoresponsabilità debba essere rapportato alla violazione di una precisa norma posta a tutela di un interesse che fa capo sullo stesso soggetto agente: "soltanto per una prima approssimazione generica si può considerare l'autoresponsabilità come necessità (giuridica) di subire gli effetti dell'atto posto in essere o dell'omissione"²⁷. In realtà, in questi termini estremamente generici la nozione di autoresponsabilità non avrebbe alcuna utilità e apparirebbe "non solo incolore e scarsamente utilizzabile, ma addirittura equi-

²⁵ FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 64 ss.

²⁶ PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 463, il quale delinea il concetto di autoresponsabilità come autonomo rispetto a quello di responsabilità verso terzi sul presupposto che il comportamento del soggetto non integri profili di tutela di un interesse alieno o di un interesse generale. Il concetto di autoresponsabilità viene esaminato anche da CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Torino, 1960, 71 ss. e 164 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 224 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 102 ss.

²⁷ PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., 457.

voca”, mentre “perché si possa parlare convenientemente di autoresponsabilità è per lo meno necessario che si possa riscontrare una deviazione dalla norma, sia pure con riferimento ad un determinato onere, e correlativamente si possa prospettare un determinato tipo di conseguenza, che costituisce esso medesimo una deviazione dalla norma”²⁸. È la *deviazione* dal comportamento *normale* previsto dalla norma che genera autoresponsabilità delle parti nel processo.

Proprio per questa ragione il tema dell’autoresponsabilità troverà pieno sviluppo nella riflessione dei processualcivili in rapporto con il mancato rispetto dell’onere²⁹. Se l’autoresponsabilità “si circoscrive nella sfera *degli interessi del soggetto agente*” stretta appare la correlazione con il concetto di onere “che non implica l’idea di un *vinculum juris* verso gli altri, ma, se mai, quella di una valutazione in lato senso economica della *opportunità* di tenere un determinato comportamento per il conseguimento di un dato risultato”³⁰.

Ed anzi, non mancherà chi vedrà nell’autoresponsabilità la conseguenza ineludibile dello stesso principio dispositivo, in quanto è propria dei processi ispirati a quest’ultimo la regola per cui “la parte ha da sopportare le conseguenze ... del suo contegno processuale”³¹. Fino ad arrivare a configurare, abbinato all’autoresponsabilità delle parti ed espressione di quel “dovere di lealtà e probità” codificato nell’art. 88 c.p.c., un vero e proprio dovere di collaborazione per la sollecita e corretta soluzione della controversia e, di riflesso, a giustificare l’adozione di specifiche sanzioni processuali nei confronti dei comportamenti delle parti non rispettosi di un tale dovere collaborativo³². Di conseguenza, la consumazione del potere o della

²⁸ PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., 457 ss.

²⁹ V., in particolare, BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 58-59; ID., *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 106 ss., spec. 116; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 146 ss.; MICHELI, *L’onere della prova*, rist., Padova, 1966, 77 ss.; LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 150 ss.; DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 114 ss.

³⁰ Così ancora PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., 454.

³¹ Così FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 64-65. Sullo stretto collegamento fra autoresponsabilità delle parti e principio dispositivo v. già VON BÜLOW, *Civilprozessualistische Fiktionen und Wahrheiten*, cit., 59 ss. e 75 ss.; ID., *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*, in *ZfP*, 27 (1899), 201 ss., spec. 231-232; WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozess*, Berlin, 1914, 26; R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1906, 418 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess al Rechtslage*, cit., 128 ss.; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 725 ss.

³² In proposito v. già CHIOVENDA, *Relazione*, in *La riforma del procedimento civile pro-*

facoltà riconosciuta alle parti, al quale risponde – nella visione chioviendiana – l'applicazione del principio di preclusione, favorisce, in primo luogo, l'interesse delle parti ad ottenere in tempi ragionevoli la decisione della controversia; ma al tempo stesso mira a sollecitare la collaborazione delle parti nel prevalente interesse generale ad un tale obiettivo.

Alla luce di una tale riflessione ben si comprende la conclusione per cui "l'interesse dell'ordinamento al preconstituito svolgimento del processo deve ritenersi preminente su ogni contrario interesse delle parti e non consente che queste si accordino per derogarvi"³³.

Lungo questa strada, dunque, il principio di preclusione, quale espressione dell'autoresponsabilità (privatistica) delle parti nel processo per ciò che fanno o non fanno, assume sempre più una coloritura pubblicistica³⁴

posta dalla Commissione per il dopo guerra, Napoli, 1920, § 83; CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., 61; ID., *Istituzioni del processo civile*, Roma, 1956, I, 3 e 29; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 21 ss.; FURNO, *Contributo*, cit., 61 ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 699 ss.; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 53; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 128 ss.; CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 128 ss.; GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 377 ss.; PROTO PISANI, *Il processo civile a trent'anni dal codice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 34 ss., spec. 71 ss.; CARPI, *Il dovere di collaborazione delle parti nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 544 ss., spec. 546 ss.; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, *ivi*, 1986, 819 ss., spec. 850.

Anche nell'ambito della dottrina tedesca si è dato grande peso al *Mitwirkungspflicht* delle parti nell'ambito del processo: v., in questo senso, già VON BÜLOW, *Die Lehre von den Processeinreden und Processvoraussetzungen*, Giessen, 1868, 2; in tempi più recenti, PETERS, *Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Gegners*, in *ZZP*, 82 (1969), 200 ss., spec. 208 ss.; ID., *Ausforschungsbeweis im Zivilprozess*, Köln-Berlin, 1966, 108 s.; VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt, 1939, 218 ss. e 282 ss.; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis der Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied-Darmstadt, 1978, 109, che parla di *Kooperationsmaxime* nel nome della prevalente funzione sociale del processo civile (ma *contra*, su questa conclusione estrema, JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, München, 1988, 75 ss., il quale sottolinea come in questo modo si attenuerebbero la libertà e la responsabilità delle parti; LEIPOLD, *Verfahrensbeschleunigung und Prozessmaximen*, in *Festschrift für H. W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Wien, 1988, 329 ss., spec. 342); v. anche BERNHARDT, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*, Köln, 1983, 82 ss. e 299 ss.; GREGER, *Kooperation als Prozessmaxime*, in *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*, a cura di Gottwald, Greger e Prütting, Bielefeld, 2000, 77 ss.

³³ Così GRASSO, *Interpretazione della preclusione*, cit., 644 ss.

³⁴ V., soprattutto, PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., 73 ss.; CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.*,

di strumento processuale finalizzato non solo all'ordinato e sollecito svolgimento del processo, "indispensabile tutte le volte che il legislatore intende disciplinare l'ordine e la scansione temporale delle attività delle parti nel processo perseguendo scopi di semplificazione, rapidità ed efficienza del procedimento"³⁵, ma anche a rendere concreto e cogente il loro dovere di collaborazione alla "ragionevole durata del processo".

4. *Principio di preclusione e verità*

Acquisita la stretta relazione che sussiste, da un lato, fra preclusione e autoreponsabilità delle parti nel processo e, dall'altra, fra preclusione e dovere di collaborazione, non può essere trascurata, tuttavia, l'altra faccia della medaglia di una simile ricostruzione: "non vi è sistema procedurale, il quale non debba sacrificare qualcosa delle esigenze imposte dalla ricerca della c.d. verità materiale per far luogo al principio dell' 'autoreponsabilità delle parti' "³⁶.

Ed infatti, se la preclusione si collega alla consumazione di un potere, facoltà o onere processuale, è inevitabile rilevare che la previsione di meccanismi preclusivi si riflette sulle potenzialità difensive delle parti. Non v'è dubbio che l'inammissibilità di attività difensive delle parti, fondate nel merito ma precluse, finisce per limitare le possibilità di difesa della parte stessa e può determinare, di conseguenza, un'alterazione nell'accertamento della fattispecie sulla quale decidere. Ma è altrettanto indubbio che nella scelta a favore del sistema preclusivo giocano soprattutto esigenze di ragionevole durata del processo, che inevitabilmente impattano sulla qualità dell'accertamento³⁷. In fondo è la medesima *ratio* che connota il fenomeno

2002, V, 24 ss.; ID., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 455 ss.; MONTELEONE, *L'attuale dibattito sugli orientamenti pubblicistici del processo civile*, in *www.judicium.it*; CEA, *Valori e ideologie del processo civile: le ragioni di un "terzista"*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 87 ss.

³⁵ TARUFFO, voce *Preclusioni*, cit., 794.

³⁶ MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 19 ss., spec. 28.

³⁷ V., in proposito, BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 45 ss.; MONTELEONE, *Preclusioni e giusto processo: due concetti incompatibili*, *ivi*, 2007, 31 ss.; ID., *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863 ss.; ID., *Alle origini del principio del libero convincimento*, *ivi*, 2008, 123 ss.