

CARMINE PUNZI

IL PROCESSO CIVILE
SISTEMA E PROBLEMATICHE

Volume II

**LA FASE DI COGNIZIONE
NELLA TUTELA DEI DIRITTI**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

**IL PROCESSO CIVILE
SISTEMA E PROBLEMATICHE**

II

CARMINE PUNZI

IL PROCESSO CIVILE

SISTEMA E PROBLEMATICHE

Volume II

LA FASE DI COGNIZIONE
NELLA TUTELA DEI DIRITTI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2008 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappicelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-7758-6

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

decadenza. Quando, viceversa, il convenuto abbia sì proposto tempestivamente la domanda riconvenzionale, ma questa risulti viziata da nullità per omissione o assoluta incertezza dell'oggetto o del titolo, il giudice istruttore, che rileva la nullità, può anche d'ufficio fissare un termine perentorio per integrarla. Ma tale integrazione non impedirà le decadenze maturate *medio tempore*.

2.3.5. *La prova nel processo.*

2.3.5.1. *Le regole generali: disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.), onere della prova e patti relativi (artt. 2697, 2698 c.c.).* – Come si è detto, nel capo del codice destinato alla «istruzione della causa» sono state distinte la sezione II, «della trattazione della causa» e la sezione III «della istruzione probatoria», e si è così evidenziato che quest'ultima è la fase di preparazione (*in-struere*) della causa per la decisione, che attiene specificamente al materiale probatorio. Ma all'interprete non possono sfuggire altri due aspetti significativi per la ricostruzione del sistema delle prove.

Il primo, interno alla sezione III, «dell'istruzione probatoria», è rappresentato dal fatto – v. *infra*, n. 2.3.6.2. – che le norme relative alla nomina e alle indagini del consulente tecnico (art. 191 ss. c.p.c.) risultano poste in un paragrafo che precede quello dell'assunzione dei mezzi di prova in generale (art. 202 ss. c.p.c.). Ciò per isolare e distinguere le indagini e gli accertamenti del consulente tecnico dall'assunzione di tutti gli altri «mezzi di prova».

Il secondo attiene rispettivamente alla natura delle prove e all'attività necessaria per la loro assunzione nel processo.

In proposito si deve osservare, preliminarmente, che non è certo casuale che le norme sulle prove siano collocate nel codice civile, e precisamente nel titolo II del libro sesto dedicato alla tutela dei diritti, mentre quelle sull'«assunzione dei mezzi di prova» nel codice di procedura civile.

Il vero è che le fonti o mezzi di prova, in quanto destinati a dimostrare i fatti che costituiscono il fondamento dei diritti, appartengono al diritto sostanziale, come i diritti che questo riconosce.

Il problema sorge allorché tali diritti vengono contestati e sia quindi necessario dimostrarne il fondamento nel processo.

In tale dimostrazione dovranno essere ancora rispettate, da un punto di vista oggettivo, la legge di formazione delle singole fonti di prova (art. 2699 ss. c.c.) e, da un punto di vista soggettivo, le regole sull'onere della prova e sulla sua distribuzione tra le parti (art. 2697 ss. c.c.): l'una e le altre funzionali alla certezza del rapporto entrato in crisi e quindi appartenenti al diritto sostanziale. Viceversa, i modi e le forme per l'assunzione nel processo di questi mezzi o fonti di prova non possono che appartenere al processo. Nella necessità della loro «assunzione» nel processo, e quindi nella loro necessità per il giudizio, si può cogliere il passaggio dal momento statico al momento dinamico della pro-

va [S. SATTÀ, C. PUNZI (245), 317]. È a questo punto necessario tener conto non solo dei rapporti tra le parti, già codificati nell'art. 2697 c.c., ma anche di quei rapporti tra il giudice e le parti che, nel nostro processo, sono informati al principio dispositivo, e in particolare alla regola secondo cui *iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*, che appare a sua volta codificata nel codice di procedura civile all'art. 115 c.p.c. (v. *supra*, n. 2.3.5.1.).

Dal coordinamento delle norme sostanziali sulla distribuzione tra le parti dell'onere della prova con quelle processuali che riguardano i rapporti tra le parti e il giudice risulta, dunque, il seguente sistema.

Innanzitutto, a norma dell'art. 115 c.p.c., il giudice è condizionato dall'iniziativa delle parti non solo per quanto concerne l'introduzione del processo — *ne procedat iudex ex officio*, art. 99 c.p.c. — e la determinazione del *thema decidendum* — *ne eat iudex ultra petita partium*, art. 112 c.p.c. — ma anche per quanto concerne la formazione del suo convincimento, sia in ordine ai fatti che fondano la pretesa, che devono essere allegati dalle parti — *iuxta alligata*, ovvero *principio di allegazione* — sia in ordine alla prova di tali fatti — *iuxta probata*, ovvero *principio dell'onere della prova* — che le parti devono fornire (art. 115 c.p.c.).

In relazione alla clausola di cui all'art. 115, comma 1°, c.p.c., che fa «salvi i casi previsti dalla legge», l'opinione prevalente della dottrina vi scorge il riferimento alle ipotesi eccezionali e tipizzate in cui il giudice può disporre d'ufficio i mezzi di prova, inquadrando in tal modo il rapporto tra iniziativa istruttoria di parte e iniziativa istruttoria officiosa nello schema di regola-eccezione [V. ANDRIOLI (8), 238; S. LA CHINA (152), 631; G. BALENA (20), 83; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 109].

Secondo l'impostazione tradizionale, l'art. 115, comma 1°, c.p.c. codificherebbe il principio dispositivo «in senso processuale», che si sostanzia nel monopolio delle parti nella acquisizione del materiale probatorio necessario per la decisione. Tale principio andrebbe, dunque, distinto rispetto al principio dispositivo in «senso sostanziale», individuabile negli artt. 99 e 112 c.p.c. e riconducibile, invece, al potere di disposizione delle parti in ordine al rapporto sostanziale [v., per tutti, M. CAPPELLETTI (48), 357; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 107].

Parte della dottrina scorge invece nella norma la consacrazione del c.d. divieto di scienza privata del giudice [S. SATTÀ (243), vol. I, 452], che costituisce una regola tecnica diretta a preservare la terzietà e l'imparzialità dell'organo giudicante [G. BALENA (20), 83].

Secondo altra parte della dottrina, ancora, l'art. 115, comma 1°, c.p.c. dovrebbe preferibilmente essere letto quale riconoscimento positivo del c.d. «diritto alla prova» (costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.), sia con riferimento al diritto di ciascuna delle parti di provare i fatti che ritenga a sé favorevoli, sia con riferimento al diritto di vedere utilizzate tali prove dal giudice in sede di decisione [E.F. RICCI (227), 382 ss.; *contra*, B. CAVALLONE (72), 291 ss.].

Di recente è stato, inoltre, notato come la norma abbia anche la funzione di indicare, ai fini del giudizio di fatto, i dati fondanti della decisione del giudice, il quale, al di fuori dei casi previsti dalla legge, può fondare la propria decisione solo sulle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, mentre solo eccezionalmente (nei «casi previsti dalla legge») può fondare la sua decisione su fonti di informazione differenti dalle prove [G. RUFFINI (235), 1353].

Se, poi, dal rapporto esterno delle parti con il giudice si passa al rapporto interno tra le parti stesse, viene in evidenza la regola dell'art. 2697 c.c., che attiene, appunto, alla distribuzione tra le parti dell'onere della prova.

Tale onere viene imposto secondo un *principio di responsabilità*, in base al quale: «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento» e correlativamente «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

Principio di responsabilità che informa le conseguenze della prova mancata, conseguenze che risentono dell'antico brocardo *actore non probante reus absolvitur*. L'applicazione di questo antico brocardo, infatti, comporta appunto che, in base al principio di responsabilità, se chi vuol far valere un diritto in giudizio non offre la prova dei fatti che ne costituiscono il fondamento, subisce le conseguenze negative del mancato accoglimento della sua domanda. E analogamente se chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, o che il diritto fatto valere si è modificato o estinto, non prova i fatti su cui tale eccezione si fonda, vedrà respinta la sua eccezione, con conseguente accoglimento della pretesa avversaria.

Se ne desume dunque che la regola dall'art. 2697 c.c., oltre a ripartire tra le parti l'onere di provare i fatti posti a fondamento delle rispettive pretese, consente al giudice di giungere comunque ad una decisione, sia nel caso in cui le parti non abbiano offerto prove al riguardo, sia nel caso in cui, nonostante l'espletamento dell'attività probatoria, il giudice non abbia raggiunto la certezza sulla verità di tali fatti.

In tal senso, si è osservato che l'art. 2967 c.c. è strettamente collegato al divieto del *non liquet*, che impone al giudice di giudicare sempre sulle domande propostegli, svolgendo sotto tale aspetto la funzione di distribuire tra le parti il rischio del mancato convincimento del giudice [S. PATTI (202), 9]. Infatti, benché questa norma abbia per destinatarie le parti [V. ANDRIOLI (6), 292], rappresenta al contempo una «regola di giudizio per il giudice» [E.T. LIEBMAN (160), 93 s.], il quale, rilevando il difetto di prova su un determinata circostanza, deve innanzitutto stabilire quale delle parti era onerata della relativa prova, per dedurne, al riguardo, la soccombenza della parte onerata e la vittoria dell'altra parte [C. MANDRIOLI (171), vol. II, 187].

Peraltro, l'art. 2697 c.c. in questione, offre la base positiva per la contrapposizione tra fatti costitutivi da un lato, e fatti estintivi, impeditivi e modificativi dall'altro. Posto che tutti i fatti che si verificano possono essere valutati sotto il duplice profilo del loro accadimento e del loro mancato accadimento, la questione principale è quella di individuare un criterio discrezionale tra i fatti costitutivi e fatti impeditivi, considerato che si tratta di fatti che operano simultaneamente con riferimento ad un diritto, sia pure in direzione opposta, l'uno determinandone la nascita, l'altro impedendola. La questione si pone tutte le volte in cui una determinata fattispecie consideri, come rilevante per la nascita del diritto, un fatto che potrebbe costituire tanto un fatto costitutivo, quanto un fatto impeditivo, a seconda cioè se lo si prospetti in senso positivo (come accadimento) o negativo (come mancato accadimento).

In proposito si è rilevato come l'art. 2697 c.c. costituisca una norma in bianco, in quanto, indicando soltanto le categorie di fatti che costituiscono oggetto della ripartizione del-

l'onere della prova, non fornisce alcun ausilio al riguardo [V. ANDRIOLI (6), 293]. Pertanto, al di fuori delle ipotesi in cui la legge individua direttamente la natura costitutiva o impeditiva di un certo fatto (v., ad esempio, l'art. 1218 c.c.) o stabilisce un certo assetto della ripartizione dell'onere della prova, attraverso il ricorso alla tecnica delle presunzioni legali (v., ad esempio, gli artt. 1141, 1142, 1143, 1147, comma 3°, c.c., in favore del possessore), in dottrina e in giurisprudenza si ritiene di dover far ricorso al criterio della occasionalità, nel senso che devono ritenersi impeditivi quei fatti che nella fattispecie sostanziale sono di eccezionale, o comunque non normale ricorrenza [V. ANDRIOLI (6), 293; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 190; Cass. 28 aprile 1997, n. 3629], osservandosi, peraltro, come tale carattere del fatto possa non di rado emergere dall'utilizzo, nelle norme di riferimento, di espressioni come «salvo che», «tranne quando» e simili [G. BALENA (20), 91].

La distribuzione tra le parti dell'onere della prova può essere *pattiziamente* modificata dalle parti stesse, ma solo in ordine ai diritti disponibili e con un limite di tolleranza. Infatti, a norma dell'art. 2698 c.c., i patti con cui è invertito o modificato l'onere della prova sono nulli non solo quando si tratta di diritti indisponibili, ma anche nel caso in cui, pur riguardando diritti di cui le parti hanno la disponibilità, l'inversione o la modificazione dell'onere della prova abbia l'effetto di rendere ad una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del suo diritto.

L'inversione convenzionale dell'onere della prova [sulla quale v. V. DENTI (127), 709 ss.] va tenuta distinta dall'inversione dell'onere della prova collegato ad eccezionali previsioni di legge, quali gli artt. da 2050 c.c. a 2054 c.c., oppure all'ipotesi in cui la parte, cui la prova non spettava, abbia comunque voluto rinunciare in maniera non equivoca ai vantaggi derivanti dall'applicazione dell'art. 2697 c.c. [Cass. 28 giugno 1984, n. 3796]. Peraltro si ritiene comunemente in dottrina [S. SATTI (243), vol. I, 453; S. PATTI (202), 9; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 191] e in giurisprudenza [Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20916; Cass. 23 luglio 2004, n. 13830] che le parti possano incidere sulla distribuzione dell'onere della prova, escludendolo, attraverso il comportamento processuale di «non contestazione», pur riconoscendosi che non esiste nel nostro ordinamento un principio generale di contestazione [Cass. 1 agosto 1994, n. 7156, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2759; Cass. 5 dicembre 1992, n. 12947; Cass. 12 maggio 1971, n. 1367, in *Foro it.*, 1971, I, 298].

Si afferma infatti che, posto che la contestazione deve ritenersi un presupposto dell'onere probatorio, la non contestazione dispensa la parte onerata dal provare i fatti non contestati [Cass. 9 giugno 1999, n. 5699; Cass. 16 ottobre 1988, n. 10247], chiarendo tuttavia come, affinché un fatto possa considerarsi pacifico, anche se non ammesso dalla parte, è comunque indispensabile che la non contestazione si sostanzi in argomentazioni difensive conciliabili con la verità dei fatti allegati dall'altra parte [da ultima Cass. 28 febbraio 2002, n. 2959, in *Dir. e giustizia*, 2002, 52; v. in dottrina V. ANDRIOLI (6), 273]. Ciò implica che la non contestazione debba necessariamente riferirsi ad una parte o (al suo difensore), presente nel processo, non potendo mai riguardare il contumace [Cass. 19 agosto 2003, n. 12184; Cass. 11 aprile 1985, n. 2410].

Occorre tuttavia evidenziare come, specialmente con riferimento al processo del lavoro, la giurisprudenza non di rado riconosce che l'inadempimento del convenuto all'onere di cui all'art. 416, comma 3°, c.p.c. è idonea a rendere automaticamente incontrovertibili i fatti costitutivi affermati dall'attore, così sostanzialmente riconoscendosi la codificazione di un vero e proprio onere di contestazione delle allegazioni avverse, con conseguente preclusione di contestazioni successive alla memoria difensiva [si v. Cass., sez. un., 23 marzo

2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019, con nota di C.M. CEA, *sia pure a livello di obiter dictum*; Cass. 15 gennaio 2003, n. 535, in *Foro it.*, 2003, I, 1463; Cass. 14 gennaio 2004, n. 405; Cass. 16 agosto 2004, n. 15949; Cass. 5 agosto 2004, n. 15107; Cass. 19 marzo 2005, n. 996].

Quanto al rito ordinario, si discute se la modifica dell'art. 167, comma 1°, c.p.c. (ad opera della l. 26 novembre 1990, n. 353), che impone al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, abbia comportato l'introduzione di un vero e proprio onere di contestazione, soggetto peraltro al limite temporale della costituzione del convenuto o comunque dell'udienza di trattazione *ex art.* 183 c.p.c. [per la soluzione affermativa v. Cass. 25 maggio 2004, n. 10031; Cass. 8 aprile 2004, n. 6936]. La soluzione prevalente, tuttavia, sembra essere ancora quella negativa [cfr. Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273; Cass. 28 ottobre 2004 n. 20916; Cass. 23 luglio 2004, n. 13830. In dottrina, per ampi ed approfonditi ragguagli, v. B. CIACCIA CAVALLARI (86); A. CARRATTA (65); nonché di recente, S. DEL CORE (122), 111 ss.].

Si esclude in ogni caso che la non contestazione possa rilevare in materia di diritti indisponibili o per sopperire alla mancanza di prova scritta qualora questa sia richiesta *ad substantiam*. [V. ANDRIOLI (6), 274; Cass. 6 agosto 2002, n. 11756; Cass. 19 aprile 1996, n. 3722, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1325]. Pur riconoscendo che la non contestazione presenta delle affinità con l'ammissione, laddove i fatti che ne formano oggetto devono, in entrambe le figure, essere contrari all'interesse della parte che li contesta e favorevoli all'interesse di chi non li contesta, si è chiarito come la non contestazione si differenzi dall'ammissione per il carattere di provvisorietà, nel senso che, nel rispetto dei limiti processuali, possa venir meno attraverso la successiva contestazione della parte o del difensore [V. ANDRIOLI (6), 274], nonché per il suo essere connessa al potere di allegazione della parte [G. VERDE (277), 614]. Peraltro, secondo l'opinione di un'autorevole dottrina, l'ammissione costituirebbe già di per se stessa una prova, anche se non piena, non ponendosi, pertanto, un problema di applicazione della regola sulla ripartizione dell'onere della prova [C.M. DE MARINI (119), 253].

Sulla ripartizione dell'onere della prova, oltre agli stessi soggetti del rapporto, incidono anche le norme che prevedono le presunzioni legali, le quali consistono nelle «conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato» (art. 2727 c.c.), e che producono l'effetto di esonerare da qualunque prova colui a favore del quale sono stabilite (art. 2728 c.c.). Esse vengono comunemente suddivise in presunzioni *iuris tantum* o relative, qualora ammettano la prova contraria, e in presunzioni *iuris et de iure* o assolute, nel caso in cui non ammettano tale prova [su tale argomento, v., in particolare, R. SACCO (236), 405 ss.; V. ANDRIOLI (7), 766 ss.].

Con riferimento alle presunzioni *iuris tantum*, è stato infatti chiarito in dottrina come queste, malgrado la collocazione degli artt. 2727 e 2728 c.c., non possano considerarsi un mezzo di prova in quanto non mirano a formare il convincimento del giudice, ma determinano il suo dovere di ripartire in un certo modo l'onere della prova [R. SACCO (236), 408; S. PATTI (202), 12], pur riconoscendosi che mediante tali presunzioni la legge non si limita a ripartire tale onere tra le parti, ma stabilisce le «le conseguenze giuridiche della mancata prova del fatto opposto a quello presunto» [R. SACCO (236), 410].

Infine, occorre rilevare che sono sottratti alla regola dell'onere probatorio «le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza», in relazione alle

quali l'art. 115, comma 2°, c.p.c. stabilisce che possono essere poste a fondamento della decisione senza bisogno di prova, esenzione dall'onere della prova che, come si è avuto modo di dimostrare (v. *supra*, vol. I, n. 14.4.), riguarda non solo i fatti notori, ma anche le massime di esperienza.

La giurisprudenza designa come notori quei fatti che «appartengono alla sfera delle conoscenze dell'uomo di media cultura, in un dato tempo e in un dato luogo, con tale grado di certezza da apparire incontestabile e indubitabile» [così, da ultimo, Cass. 7 marzo 2005, n. 4862; Cass. 12 novembre 2003, n. 17041; Cass. 24 aprile 2002, n. 5978; Cass. 5 maggio 2000, n. 5680], con ciò non escludendo che la notorietà possa venire in rilievo anche entro limiti spaziali più ristretti [Cass. 21 gennaio 1980, n. 479; Cass. 17 settembre 1979, n. 4787; Cass. 14 giugno 1978, n. 2957].

Si ritiene comunemente che l'esenzione dalla prova del notorio comporti automaticamente esenzione dello stesso dall'allegazione, salvo che si tratti di un fatto c.d. «principale», indispensabile, come tale, per la individuazione della domanda, per il quale, dunque, l'onere della formale allegazione ad opera della parte scaturirebbe direttamente dagli artt. 99 e 112 c.p.c. [V. ANDRIOLI (8), 336; L. MONTESANO (187), 227; B. CAVALLONE (72), 136].

Ciò premesso, si possono distinguere quattro momenti fondamentali concernenti la prova nel processo: la *proposizione*, l'*ammissione*, l'*acquisizione* e, infine, la *valutazione*. I primi tre rientranti nella istruzione probatoria vera e propria, il quarto, della *valutazione*, nella fase decisoria.

2.3.5.2. La proposizione della prova: l'onere di specificazione e l'onere di contrasto probatorio. – A carico di ogni parte è posto – come si è detto – l'onere di allegare i fatti e di provarli, onere distribuito secondo la regola di cui all'art. 2697 c.c.

Ma chi deduce una prova ha un ulteriore *onere di specificazione*, che deve essere assolto al fine di ottenerne l'ammissione. Tale *onere di specificazione* è finalizzato ad evitare la indeterminatezza del risultato della prova e quindi ad assicurarne la idoneità a dimostrare il fatto che costituisce il fondamento della pretesa o della contrapposta eccezione.

E così per l'interrogatorio formale che tende alla confessione giudiziale (art. 228 c.p.c., artt. 2730 e 2733 c.c.) è previsto che debba essere dedotto per articoli separati. Analoga regola è stabilita per il giuramento decisorio (art. 233, comma 2°, c.p.c.), con l'aggiunta che deve essere formulato «in modo chiaro e specifico». Non meno rigorosa è la regola fissata per la prova testimoniale, dove l'onere di specificazione investe sia separatamente, sia in collegamento tra loro, i fatti da dimostrare e i testimoni da interrogare. In altre parole, la parte istante non solo deve elencare i nominativi dei singoli testimoni e formulare il capitolato di prova in articoli separati, ma deve anche indicare quali sono i testimoni da interrogare su ciascun capitolo di prova (art. 244 c.p.c.).

Per quanto concerne le prove documentali, l'onere suddetto si esaurisce con la produzione formale del documento in giudizio; produzione che, se av-

viene all'atto della costituzione in giudizio, comporta, per l'attore, l'indicazione specifica nell'atto di citazione e l'inserimento nel fascicolo che si deposita in cancelleria (art. 165 c.p.c.) e, per il convenuto, l'indicazione nella comparsa di risposta e l'inserimento nel fascicolo che viene depositato in cancelleria (art. 166 c.p.c.).

Le prove documentali offerte in comunicazione dopo la costituzione in giudizio possono essere prodotte o fuori udienza o in udienza. Nel primo caso devono essere depositate in cancelleria e il relativo elenco deve essere comunicato alle altre parti nelle stesse forme stabilite dall'art. 170, ult. comma, c.p.c. per la comunicazione delle comparse nel corso del procedimento (art. 87 disp. att. c.p.c.), nel secondo caso, la produzione deve risultare espressamente dal verbale dell'udienza.

In corrispondenza con quest'onere di specificazione, che incombe su chi deduce una prova in giudizio, sussiste un *onere di contrasto probatorio*, a carico del soggetto nei cui confronti la prova viene proposta. E così il soggetto nei cui confronti è deferito il giuramento decisorio, può, fino a quando non abbia dichiarato di essere pronto a giurare, riferirlo all'avversario, ribaltando così i termini della sfida che l'avversario ha lanciato (art. 234 c.p.c.).

Per quanto concerne la prova testimoniale è stato abrogato dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, il secondo comma dell'art. 244 c.p.c., che imponeva alla parte contro la quale la prova veniva proposta, anche quando si opponeva alla sua ammissione, di indicare, a sua volta, nella prima risposta, le persone che intendeva interrogare, e di dedurre per articoli separati i fatti sui quali tali testimoni dovevano essere interrogati.

Con riferimento alle prove documentali, incombe a carico della persona contro cui venga prodotta una scrittura privata e che intenda disconoscerla, l'onere di negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione (art. 214 c.p.c.). Ove questo soggetto non la disconosca o non dichiari di non conoscerla nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione, la scrittura privata si ha per legalmente riconosciuta ex art. 215 c.p.c. e quindi acquisterà efficacia di prova piena fino a querela di falso (art. 2702 c.c.).

2.3.5.3. L'assunzione della prova: ammissione e acquisizione. – Col termine «assunzione» il legislatore ha voluto indicare la c.d. raccolta o, con termine più tecnico, l'*acquisizione* al processo dei mezzi di prova, acquisizione che comporta una valutazione preventiva concernente la loro *ammissione*.

L'idea dell'*assunzione* si accompagna a quella della prova che veniva comunemente chiamata *costituenda*, ossia di quella prova che si forma direttamente nel processo attraverso una apposita attività istruttoria, in contrapposto alla prova *costituita*, cioè alla prova che si forma prima e al di fuori del processo e che, in pratica, si identifica nella prova documentale.

I documenti non sono considerati oggetto di assunzione se non in quanto si

tratti di documenti in possesso altrui (esibizione: art. 210 c.p.c.) o di verifica di essi (verificazione di scrittura privata: art. 216 c.p.c.; querela di falso: art. 221 ss. c.p.c.), cioè in quanto anch'essi «costituendi» in giudizio. Per i documenti che sono già nella disponibilità della parte non si vede una esigenza di assunzione, cioè di acquisizione al processo, perché l'acquisizione si realizza già con la produzione, cioè con la loro immediata presentazione nel processo, secondo le forme di legge.

In realtà le cose non sono così semplici, perché questa idea presuppone che il fatto di detenere un documento, di averne cioè la materiale disponibilità, si identifichi con la disponibilità giuridica che consente la produzione e in essa si concreti. Ciò è vero nella generalità dei casi, onde non sorge in pratica se non raramente una questione di ammissibilità del documento, ma vi sono dei casi limite che dimostrano come la distinzione sussiste. Tali sono i casi in cui vi sia una provenienza illecita del documento, o una indisponibilità convenzionale o, ancora, un affidamento del documento da parte di un terzo con impegno di non produrlo (impegno che può essere esplicito, o anche implicito in relazione alla provenienza: es. corrispondenza tra avvocati ai fini di una composizione amichevole della controversia).

Non c'è dubbio che in questi casi si pone un problema di ammissibilità, che non è la ammissibilità della prova, ma proprio dello stesso documento, poiché riguarda la possibilità della sua acquisizione nel processo.

Contro questa soluzione si è talora addotto che l'interesse alla giustizia della decisione prevale sul diritto che la parte ha sul documento [v. E.T. LIEBMAN (160), 123; nonché di recente, A. PROTO PISANI (212), 574 ss.; *contra*, S. LA CHINA (151), 2]; posizione questa assolutamente fallace, perché la giustizia della decisione è in funzione delle norme processuali, che sole assicurano tale giustizia, essendo intrinsecamente estranea al processo civile ogni idea di acquisizione.

Seguendo infatti tale impostazione, bisognerebbe dare per ammesso che la legge processuale consenta la produzione del documento sottratto; ma invece così non è poiché la legge, avendo regolato l'istituto della esibizione, ha stabilito per implicito che bisogna seguire determinate vie per acquisire il documento al processo.

La verità è che la disponibilità del documento non è un elemento esterno al documento stesso, ma un elemento che afferisce alla sua funzione probatoria. Non si può disporre del documento perché il documento serve per la prova, ma, al contrario, il documento serve per la prova in quanto se ne può disporre. Il fatto che se ne possa disporre influisce decisamente sul valore del documento: ed è per questo che la legge prevede l'esibizione (art. 210 c.p.c.) quale strumento per l'acquisizione al processo di una prova documentale [in tal senso, B. CAVALLONE (71), 664 ss.], il cui presupposto è la disponibilità. Ora la sottrazione del documento è incompatibile con la disponibilità onde se ne de-

duce che non può essere prodotto il documento sottratto, e, se prodotto, il giudice non ne deve tener conto.

Ciò premesso, è possibile passare a considerare *l'ammissione e l'acquisizione* dei mezzi di prova.

a) Per quanto concerne, in particolare, *l'ammissione*, il contenuto della funzione esercitata dal giudice istruttore può essere descritto con il richiamo dell'art. 184 c.p.c. e del suo immediato antecedente, e cioè di due disposizioni di legge ormai espunte dal codice a seguito della l. 26 novembre 1990, n. 353: l'art. 178, comma 2°, c.p.c., e l'art. 187, comma 4°, c.p.c., nella formulazione novellata dalla l. 14 luglio 1950, n. 581. In queste norme si individua appunto, come contenuto della funzione che il giudice istruttore deve assolvere nella fase di ammissione dei mezzi istruttori, la valutazione di *ammissibilità* e di *rilevanza* di essi.

Il giudizio di *ammissibilità* concerne i limiti che le singole disposizioni di legge pongono alla prova di determinati fatti o rapporti e si concreta, in sostanza, in un provvedimento che assume la forma dell'ordinanza. Così, ad esempio, il limite di ammissibilità della prova testimoniale in conseguenza del valore del contratto di cui si vuole offrire la dimostrazione (art. 2721, comma 1°, c.c.), ovvero per la dimostrazione di patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento (art. 2722 c.c.).

Un problema particolarmente dibattuto in dottrina è quello che concerne l'ammissibilità delle c.d. «prove atipiche», espressione questa con la quale si intende far riferimento tanto alle prove non previste dalle norme del codice civile e del codice di rito, quanto alle prove che, pur rientrando fra quelle espressamente previste dalla legge, siano tuttavia assunte con modalità diverse da quelle legalmente prescritte [M. TARUFFO (251), 402].

Le posizioni della dottrina al riguardo sono alquanto numerose e diversificate. In via di grande approssimazione è possibile distinguere, al suo interno, una posizione più restrittiva di coloro che, propugnando la tipicità dei mezzi di prova, sostengono che questi costituirebbero un *numerus clausus* [G. GRASSO (148), 1305; V. ANDRIOLI (6), 268; G. LASERRA (153), 838 ss.; L. MONTESANO (191), 234; B. CAVALLONE (70), 679 ss.; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 178], e coloro che invece sostengono la tesi contraria, sia pure sulla base di diverse argomentazioni e con varie sfumature [F. CARNELUTTI (55), 746; M. CAPPELLETTI (48), 270].

Più di recente, per la inconcepibilità di una norma di chiusura del sistema probatorio e per l'argomentazione secondo la quale la possibilità di fare ricorso a mezzi di prova diversi da quelli tipici sarebbe indirettamente riconosciuta dall'art. 2729 c.c., dal quale può desumersi l'atipicità degli indizi, v. soprattutto, M. TARUFFO (251), 389, nonché, G.F. RICCI (230), 118 ss.

Sulla scorta di tale linea interpretativa, una parte della dottrina ha tuttavia evidenziato come tale atteggiamento di apertura non può comunque tradursi in una indiscriminata utilizzazione delle prove atipiche da parte del giudice, ritenendo piuttosto che tale utilizzazione debba essere soggetta ad una serie di limitazioni. Si è così sottolineato come l'ingresso nel processo di una prova atipica non possa mai risolversi nella violazione del principio del contraddittorio [G.F. RICCI (230), 461 ss.; L.P. COMOGLIO (101), 50], né possa avvenire in sostituzione di corrispondenti prove tipiche costituende [con riferimento all'inammissibilità, in tal senso, della perizia stragiudiziale, v. B. CAVALLONE (72), 354; G. BALENA (20),

171, nonché, con riguardo alle scritture provenienti da terzi estranei alla causa G. TARZIA (259), 640; G. BALENA (20), 171; A. PROTO PISANI (214), 425].

In tale prospettiva di definizione dei limiti di utilizzabilità delle prove atipiche si è altresì chiarito che in ogni caso la prova atipica non può servire al giudice per aggirare surrettiziamente i limiti previsti dalla legge in tema di ammissibilità delle prove tipiche, adducendosi, quale principale esemplificazione di tale principio, l'inutilizzabilità di scritture provenienti da terzi incapaci di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c. [S. CHIARLONI (78), 863]. Questo atteggiamento essenzialmente rigoroso della dottrina si traduce, in sede di valutazione delle prove atipiche, nella sostanziale degradazione di esse a meri indizi [G. GRASSO (148), 1304; G. VERDE (277), 606 ss.; S. CHIARLONI (78), 863], o a fonti di argomenti di prova [L. MONTESANO (191), 249; G.F. RICCI (233), 894].

La giurisprudenza, dal canto suo, adotta una impostazione estremamente largheggiante, riconducendo l'utilizzabilità delle prove atipiche nel processo al principio del libero convincimento del giudice. Tra le ipotesi principali, senza pretesa di esaustività, possono innanzitutto ricordarsi, «le prove raccolte in altro processo civile tra le stesse o altre parti, o in un giudizio penale». Al riguardo l'orientamento consolidato è nel senso che tali prove possono essere liberamente valutabili come indizi [v., da ultimo, Cass. 16 maggio 2006, n. 11426; Cass. 6 aprile 2006, n. 8096; Cass. 5 agosto 2005, n. 16559; Cass. 25 marzo 2005, n. 6478], sempre che siano state assunte con tutte le garanzie di legge [Cass. 23 gennaio 1998, n. 624; Cass. 13 dicembre 1996, n. 11157], qualora si tratti di prove raccolte in sede penale, mentre per quanto riguarda le prove relative ad una distinta controversia civile, l'orientamento è oscillante, ravvisandosi talvolta la possibilità di trarne fonti esclusive del convincimento del giudice [Cass. 11 agosto 1999, n. 8585; Cass. 13 marzo 1996, n. 2085], talaltra di semplici indizi liberamente valutabili [Cass. 11 dicembre 1999, n. 13889; Cass. 30 maggio 1996, n. 5013; Cass. 17 gennaio 1995, n. 478].

Analogo valore indiziario è riconosciuto all'ipotesi dello «scritto proveniente» da un terzo estraneo al giudizio, al quale si riconosce la possibilità di corroborare gli altri elementi probatori acquisiti in giudizio [v., da ultimo, Cass. 27 luglio 2004, n. 14122; Cass. 14 febbraio 2002, n. 2149; Cass. 26 settembre 2000, n. 12763, in *Giur. it.*, 2001, 1378, con nota di C. BESSO].

Rimangono, infine, da menzionare gli atti e i documenti che vengono di solito assimilati, dal punto di vista della loro efficacia probatoria, al documento pubblico ex 2700 c.c. Si tratta, in particolare, dei verbali redatti dai funzionari degli enti previdenziali e assistenziali, ai quali si riconosce l'attitudine a fare piena prova, fino a querela di falso, della provenienza dal funzionario che li ha redatti e di quanto questi attesta essere avvenuto in sua presenza [Cass. 6 settembre 1995, n. 9384; Cass. 1 aprile 1995, n. 3853; Cass. 29 luglio 1994, n. 7095], nonché dei verbali degli organi di polizia giudiziaria [Cass. 16 giugno 2003, n. 9620; Cass. 20 maggio 1999, n. 4915].

Per quanto concerne, invece, le certificazioni amministrative, si ritiene che costituiscono atto pubblico a tutti gli effetti quando avvengano nell'esercizio del potere certificativo dell'amministrazione [Cass. 24 febbraio 2004, n. 3654; Cass. 30 luglio 1987, n. 6595] e limitatamente a quanto il verbalizzante attesta essere avvenuto in sua presenza [Cass. 3 giugno 1999, n. 5435], affermandosi che, al di fuori di tale ipotesi, possano valere come mere presunzioni *iuris tantum* [Cass. 22 settembre 1986, n. 5699; Cass. 24 dicembre 1981, n. 6250; Cass. 12 aprile 1980, n. 2354].

Contiguo a quello dell'ammissibilità delle prove atipiche è il problema che concerne le c.d. «prove illecite», espressione con la quale si fa riferimento tanto alle prove contemplate dalla legge, ma acquisite al processo con modalità difformi da quella legalmente stabilite [G.F. RICCI (231), 68 ss.], quanto alle prove documentali di cui una parte sia venuta in possesso *contra legem*, ossia in violazione del principio del *neminem laedere* o di specifici precetti di natura costituzionale o penale [L.P. COMOGLIO (101), 370]. L'opinione preva-

lente in dottrina è nel senso della loro inutilizzabilità o inefficacia [V. ANDRIOLI (6), 291; L.P. COMOGLIO (101), 370 s.; *contra*, G.F. RICCI (231), 68 ss.].

Il giudizio di *rilevanza* concerne la idoneità del mezzo di prova ad assolvere l'onere che incombe sulle parti di provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si fa valere in giudizio o il fondamento della contrapposta eccezione.

In proposito si è chiarito in dottrina come tale valutazione preventiva di ammissibilità non dipenda da una preventiva valutazione del giudice in ordine ai risultati della decisione, in quanto ciò sarebbe incompatibile con l'attribuzione esclusiva alle parti del potere di fissare il *thema probandum* [S. SATTÀ (243), vol. I, 458], laddove, invece, il giudizio di rilevanza, anch'esso preventivo, implica necessariamente una valutazione anticipata della decisione finale, al fine di stabilire se l'esperimento positivo della prova possa apportare un contributo effettivo al giudizio [G. BALENA (20), 86; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 108].

b) In ordine all'*acquisizione*, rinviando all'illustrazione dei singoli mezzi di prova gli aspetti che li riguardano particolarmente, riteniamo opportuno occuparci in questa sede di alcuni aspetti generali.

aa) Osserviamo, innanzi tutto, che la legge attribuisce al giudice un potere di *determinazione delle modalità di assunzione* dei mezzi di prova, potere che deve essere esercitato nel rispetto delle regole poste per ciascuno di questi mezzi e che riguardano essenzialmente le prove costituenti, giacché, come si è detto, è per queste prove che si pone un problema di assunzione, ed è ancora per tali prove che diviene centrale l'udienza innanzi al giudice istruttore.

L'udienza è, dunque, il *luogo* in cui tale assunzione viene effettuata, e dal coordinamento dell'art. 202 c.p.c. con gli artt. 183 e 184 c.p.c. si deduce che ci si riferisce alla prima udienza di comparizione e trattazione *ex art. 183 c.p.c.*, nonché alla successiva udienza cui il giudice, su istanza di parte, può rinviare la causa per l'ammissione delle prove e per la loro immediata assunzione. Ed è solo per l'ipotesi in cui tale assunzione non sia possibile nella stessa udienza in cui le prove sono state ammesse che il giudice «stabilisce il tempo, il luogo e il modo dell'assunzione» (art. 202, comma 1°, c.p.c.), fissando al riguardo un'apposita udienza. Ove, poi, l'assunzione della prova non si esaurisca nella stessa udienza in cui la prova è stata ammessa o nell'ulteriore udienza così fissata, il giudice potrà differirne l'assunzione ad un'udienza successiva che, secondo una regola sempre inapplicata, non solo dovrebbe essere fissata ad un giorno «prossimo» (art. 202, comma 2°, c.p.c.), ma anche in modo che l'intervallo tra le varie udienze non superi i quindici giorni, salvo che – recita inutilmente l'art. 81 disp. att. c.p.c. – «per speciali circostanze, delle quali dovrà farsi menzione nel provvedimento, sia necessario un intervallo superiore».

bb) Quando si deve assumere una *prova fuori della circoscrizione del tribunale* (art. 203 c.p.c.), il giudice potrà trasferirsi *in loco* per effettuarne l'as-

sunzione solo quando coincidano due condizioni: che le parti lo richiedano concordemente e che il presidente del tribunale esprima il suo consenso.

La giurisprudenza, invece, in contrasto con il dato letterale dell'art. 203 c.p.c., ritiene che l'esercizio del potere di delega da parte del giudice istruttore sia discrezionale [Cass. 30 maggio 2005, n. 11394; Cass. 10 novembre 1998, n. 11334; Cass. 23 dicembre 1983, n. 7607, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1444].

In difetto di tali condizioni, il giudice istruttore non potrà fare altro che delegare a procedervi il giudice istruttore del luogo, fissando il termine entro il quale la prova deve essere assunta e, tenuto conto di tale termine, l'udienza di comparizione innanzi a sé per la prosecuzione del giudizio.

Si ritiene comunemente in giurisprudenza che la scadenza del termine per l'espletamento della prova comporti la decadenza della parte dal diritto di far assumere la prova e non solo di farla assumere tramite il giudice delegato [Cass. 20 febbraio 2004, n. 2406; Cass. 23 febbraio 1985, n. 1633, in *Foro it.*, 1986, I, 764], affermandosi peraltro che tale decadenza si verifichi anche qualora, nel termine fissato, la prova sia iniziata ma non esaurita [Cass. 25 novembre 1975, n. 3942].

Il giudice così delegato viene investito di una competenza, anche se *ad tempus*, che si estende alla risoluzione degli eventuali incidenti nel corso della prova, con tutti i poteri del giudice istruttore (potrà disporre il confronto dei testimoni, denunciarli al pubblico ministero nel caso di rifiuto o di falsità, chiamare a deporre nuovi testi nell'ipotesi di riferimento).

Il conferimento della delega non è sufficiente per l'inizio delle attività del giudice delegato, essendo all'uopo richiesta un'istanza *ad hoc* della parte interessata.

Il verbale che documenta tali attività deve essere invece trasmesso d'ufficio al giudice della causa prima dell'udienza fissata per la prosecuzione del processo, anche se l'assunzione non si è ancora esaurita, salvo che le parti, direttamente o tramite lo stesso giudice delegato propongano istanza per la proroga del termine (art. 203, commi 3° e 4°, c.p.c.).

cc) Quando la *prova* debba essere assunta all'estero, il giudice istruttore emette i provvedimenti per la rogatoria all'autorità giudiziaria straniera e la relativa trasmissione per via diplomatica (art. 204, comma 1°, c.p.c.) oppure, se la rogatoria riguarda cittadini italiani residenti all'estero, delega il console competente che provvede a norma della legge consolare – d.p.r. 5 gennaio 1967, n. 200 – (art. 204, comma 2°, c.p.c.).

Peraltro la materia, già disciplinata dalla Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 (ratificata dall'Italia con l. 24 ottobre 1980, n. 745), è stata oggetto di recente disciplina da parte del Regolamento CE 28 maggio 2001, n. 1206, il quale trova applicazione nell'ipotesi in cui l'assunzione in questione riguardi

Stati membri della Comunità Europea. Tale disciplina consente sia la trasmissione diretta di richieste di assunzione di prove tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri, sia, a certe condizioni, l'assunzione diretta della prova in altro Stato membro.

dd) Al giudice istruttore competono, oltre al potere di ammissione della prova e di determinazione delle modalità per la sua assunzione, anche quello di risolvere, con ordinanza, tutte le *questioni che sorgono* nel corso della stessa (potere che, come si è visto, nei casi di delega al giudice istruttore di altro tribunale, compete anche al giudice delegato, v. art. 205 c.p.c.), nonché di dichiarare la decadenza della parte dall'assunzione e di revocare tali decadenze (art. 208 c.p.c.) – v. *infra*, n. 2.3.5.4 –.

ee) Al giudice istruttore compete, infine, il potere di *dichiarare chiusa l'assunzione* della prova quando sono esauriti tutti i mezzi di prova oggetto dell'assunzione; quando, dichiarata la decadenza di cui si è fatto ora cenno, non vi siano altri mezzi di prova da assumere, ovvero, anche in via anticipata, quando, pur essendo ancora in corso l'assunzione della prova, ritenga superflua la ulteriore assunzione alla stregua dei risultati raggiunti con le prove acquisite (art. 209 c.p.c.).

Tale giudizio in ordine alla prosecuzione della fase istruttoria, c.d. «giudizio di superfluità», presuppone dunque una valutazione anticipata dell'esito dell'istruttoria, ragione per cui parte della dottrina dubita che si tratti di un provvedimento istruttorio [L.P. COMOGLIO (100), 236]. Mentre la prevalente giurisprudenza ritiene che il giudizio in questione sia interamente rimesso alla discrezionalità del giudice [Cass. 10 ottobre 2004, n. 18222; Cass. 16 agosto 2004, n. 15955], la dottrina appare schierata su posizioni più restrittive. Per un verso, infatti, si ritiene che esso possa riguardare solo la prova testimoniale e non anche il giuramento o l'interrogatorio formale [S. SATTI (243), vol. II, 1, 149], mentre per altro verso si afferma che, affinché tale potere non si traduca in una violazione del diritto alla prova, il giudice possa reputare superflue le ulteriori prove solo quando la loro acquisizione condurrebbe ad un risultato pienamente conforme al convincimento che il giudice abbia già raggiunto, o quando abbiano ad oggetto un fatto divenuto irrilevante alla luce di esso [G. BALENA (20), 101; G. RUFFINI (235), 1338].

ff) È riconosciuta la *facoltà delle parti di assistere personalmente* all'assunzione di tutti i mezzi di prova (art. 206 c.p.c.), e dello svolgimento della prova viene redatto processo *verbale*, redazione che dovrebbe essere effettuata con l'assistenza del cancelliere (art. 57, comma 2°, c.p.c.) che deve comunque sottoscriverlo (art. 126 c.p.c.) e, in ogni caso, sotto la direzione del giudice (art. 207 c.p.c.).

Si ritiene che la verbalizzazione delle prove, che deve recare anche la sottoscrizione dei testimoni e degli altri soggetti presenti (art. 126, comma 2°, c.p.c.), sia espressione del processo scritto e sia imposta dalla mancanza di

immediatezza della decisione. Non si può, tuttavia, ignorare che anche nel processo orale sussiste l'esigenza che le prove costituenti abbiano una documentazione della loro assunzione per permetterne il controllo in sede di impugnazione, anche a prescindere dalla possibilità della loro rinnovazione innanzi al collegio del tribunale (art. 281 c.p.c.) ovvero in sede di appello (art. 256 c.p.c.).

C'è da aggiungere, infine, che il rapporto tra il processo verbale e la prova presenta due aspetti: il primo, relativo alla documentazione dell'assunzione, caratterizzato dal fatto che la verbalizzazione costituisce prova piena fino a querela di falso dell'assunzione stessa [A. MASSARI (173), 1222; *contra*, Cass. 16 gennaio 1999, n. 395]. Il secondo è quello della esclusività della documentazione, nel senso che, al di fuori della documentazione, sono irrilevanti la memoria o i ricordi privati del giudice istruttore [S. SATTA (243), vol. II, I, 140 ss.]. Ciò che si esprime col noto brocardo, *quod non est in actis non est in mundo*.

Cò spiega perché, al fine di permettere e legittimare il giudice a trarre argomento di prova anche dal contegno delle parti nel processo (art. 116, comma 2°, c.p.c.), è previsto che nel processo verbale dell'assunzione il giudice, quando lo ritiene opportuno, nel riportare le dichiarazioni della parte o del testimone, ne «descrive il contegno» (art. 207, comma 2°, c.p.c.).

2.3.5.4. Effetti per le parti della proposizione e dell'ammissione delle prove: il principio di acquisizione e la decadenza dall'assunzione. – Dall'esame delle disposizioni del codice è dato ricavare un principio che può essere definito di *acquisizione* al processo, in base al quale una volta che la prova sia stata introdotta nel processo esce dalla disponibilità della parte su istanza della quale sia stata acquisita, con la conseguenza che la parte non può rinunciare alla sua assunzione (nel caso di prova costituenda) o revocarne la sua produzione (nel caso di prova preconstituata).

Questo principio risulta consacrato, per la prova testimoniale, nell'art. 245, comma 2°, c.p.c., ove è stabilito che la rinuncia di una parte all'audizione dei testimoni da essa indicati non ha effetto senza l'adesione delle altre parti e il consenso del giudice.

Quanto alle prove documentali, il limite alla loro disponibilità è legato ai vincoli posti al ritiro del fascicolo che li contiene, nonché al regime del rilascio della copia a cura del cancelliere. Quanto al ritiro del fascicolo nel corso del giudizio, questo può essere effettuato solo a seguito di decreto di autorizzazione del giudice istruttore, emesso su istanza di parte (art. 77 disp. att. c.p.c.). Ma è riconosciuta in ogni caso la facoltà delle parti di ritirare il fascicolo all'atto della rimessione della causa al collegio, fermo il loro obbligo di restituirlo «al più tardi» al momento del deposito della comparsa conclusionale (art. 169, comma 2°, c.p.c.). Viene, peraltro, attribuito a tutte le parti e ai loro

difensori, muniti di procura, il potere di esaminare gli atti e i documenti inseriti nel fascicolo d'ufficio nonché in quelli delle altre parti e di farsene rilasciare copia dal cancelliere (art. 76 disp. att. c.p.c.). Sicché ottenuto il rilascio di dette copie, la parte potrà utilizzarle validamente in giudizio anche in sostituzione dei documenti originali inseriti nel fascicolo che la controparte ha ritirato e non più restituito. Per quanto concerne, infine, il giuramento, la possibilità di revocarlo resta preclusa nel momento in cui l'avversario ha dichiarato di essere pronto a prestarlo (art. 235 c.p.c.).

Dal principio di acquisizione appena illustrato, discende inoltre, quale ulteriore e importante corollario, che i risultati della prova acquisita potranno giovare a qualunque delle parti presenti nel processo e, quindi, non soltanto alla parte che ne aveva proposto istanza di ammissione [v. G. BALENA (20), 84; Cass. 4 aprile 2000, n. 4116].

A seguito del provvedimento di ammissione, si svolge la fase destinata all'assunzione della prova durante la quale incombe sulle parti un dovere di comportamento nonché lo svolgimento di determinate attività, la cui omissione viene espressamente sanzionata con la *decadenza* dall'assunzione della prova medesima.

La decadenza, evidentemente, non può che riguardare le prove costituenti, la cui formazione avviene nel contraddittorio delle parti. Il codice originariamente prevedeva tre casi di decadenza. Il primo caso, espunto dall'art. 208 c.p.c. a seguito della riforma di cui alla l. 26 novembre 1990, n. 353, concerneva la mancata comparizione di entrambe le parti nel giorno fissato per l'inizio o la prosecuzione della prova, a seguito della quale il giudice le dichiarava decadute dal diritto di farla assumere. Il secondo caso, ancora presente nell'art. 208 c.p.c., riguarda la mancata comparizione della parte su istanza della quale deve iniziarsi o proseguirsi la prova: in tal caso il giudice la dichiara decaduta, salvo che l'altra parte presente non ne chieda l'assunzione.

È, tuttavia, concesso alla parte decaduta di chiedere la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato tale decadenza, allegando che la mancata comparizione è stata cagionata da causa a lei non imputabile (art. 208, comma 2°, c.p.c.). Infine, il terzo caso di decadenza è previsto dall'art. 104 disp. att. c.p.c. e riguarda la parte che senza giusto motivo non fa chiamare i testimoni davanti al giudice. Anche qui il giudice, se riconosce giustificata l'omissione, fissa una nuova udienza per l'assunzione della prova, senza dichiarare la decadenza della parte.

Occorre evidenziare come, secondo l'impostazione comunemente accolta in giurisprudenza, la decadenza non si verifica per effetto del semplice verificarsi del fatto cui la legge lo ricollega, ma produce effetti solo a seguito della ordinanza del giudice istruttore [Cass. 27 novembre 1973, n. 3271; Cass. 29 ottobre 1966, n. 2722] il quale – si afferma – ha un potere discrezionale nel valutare l'entità del ritardo [Cass. 25 luglio 1967, n. 1954] e la sussistenza di giusti motivi per revocare l'ordinanza di decadenza [Cass. 19 giugno 2006, n. 14098]. Peraltro si esclude che essa possa essere invocata con riferimento alla consulenza

tecnica d'ufficio [Cass. 16 aprile 1970, n. 1062, in *Giust. civ.*, 1970, I, 1630], mentre una parte della dottrina sostiene che tale decadenza possa riguardare solo la prova testimoniale [S. SATTI (243), vol. II, 1, 149].

2.3.5.5. *La valutazione delle prove.* – Resta da considerare la funzione attribuita al giudice (collegiale o monocratico) nella fase decisoria del processo, per quanto concerne la *valutazione* delle prove acquisite.

Al riguardo, l'art. 116, comma 1°, c.p.c. stabilisce che il giudice «deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento», salvo che la legge disponga altrimenti, sancendo così il criterio discretivo tra prove legali, la cui efficacia all'interno del processo è inderogabilmente fissata dalla legge e prove libere, soggette, invece, al suo «prudente apprezzamento».

Dal confronto dell'art. 115, comma 1°, c.p.c. con l'art. 116, comma 1°, c.p.c., sembrerebbe, a prima vista, che al condizionamento assoluto del giudice agli *alligata atque probata partium* come fonte esclusiva per la formazione del suo convincimento (suscettibile di eccezione solo in costanza di quella «comune esperienza» che permette al giudice di porre a fondamento della decisione fatti notori e massime di esperienza – v. *supra*, vol. I, n. 14.4.) corrisponderebbe un'ampia discrezionalità nel momento della valutazione della prova acquisita, valutazione che potrebbe essere effettuata dal giudice «secondo il suo prudente apprezzamento».

Tuttavia, ad una lettura complessiva delle norme sulle prove risulta una realtà diversa, anche con riferimento all'inciso «salvo che la legge disponga altrimenti» contenuto nell'art. 116, comma 1°, c.p.c., il quale sembra configurare le regole legali sull'efficacia delle prove come mera eccezione rispetto alla regola generale della libera valutabilità delle stesse secondo il prudente apprezzamento del giudice [v. in tal senso, M. TARUFFO (254), 2].

Infatti tali regole, ben lungi dal costituire previsione eccezionale nel sistema delle prove, codificato negli artt. 2699 ss. c.c., rappresentano piuttosto – con la solitaria esclusione della prova testimoniale – un elemento costante di questo sistema.

Un breve *excursus* delle disposizioni del codice civile è sufficiente per dimostrarlo.

Seguendo l'ordine del codice incontriamo, innanzi tutto, le prove documentali. Quanto all'atto pubblico, questo, a norma dell'art. 2700 c.c. «fa piena prova, fino a querela di falso della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti». Analoga efficacia probatoria ha, a norma dell'art. 2702 c.c., la scrittura privata riconosciuta o autenticata.

Ancora in tema di prove documentali si deve ricordare l'efficacia probatoria contro l'imprenditore dei libri e delle scritture contabili delle imprese soggette a registrazione (art. 2709 c.c.), nonché l'efficacia di «piena prova» delle riproduzio-

ni meccaniche quanto ai fatti e alle cose rappresentate «se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime» (art. 2712 c.c.) e delle taglie o tacche di contrassegno, tra coloro che usano provare in questo modo la somministrazione che fanno o ricevono al minuto (art. 2713 c.c.).

«Piena prova» che, in presenza delle condizioni di volta in volta determinate, si estende alle copie di atti pubblici (art. 2714 c.c.) o di scritture private originali depositate (art. 2715 c.c.), alle copie parziali o alle riproduzioni per estratto (art. 2718 c.c.), alle copie fotografiche di scritture (art. 2719 c.c.), nonché agli atti di ricognizione o di rinnovazione (art. 2720 c.c.).

E, sempre seguendo l'ordine del codice e superata la prova testimoniale, se per le presunzioni semplici vediamo che il legislatore si rimette «alla prudenza del giudice» anche se ammonisce che questo non deve ammettere che «presunzioni gravi, precise e concordanti» (art. 2729 c.c.), per le presunzioni legali stabilisce che queste «dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali sono state stabilite» (art. 2728 c.c.).

Va, tuttavia, sottolineato che la più recente giurisprudenza, contrariamente all'insegnamento dottrinale tradizionale [G. GRASSO (148), 1306 e 1320; L. MONTESANO, G. ARIETA (196), 1363], afferma che il giudice possa fondare il proprio convincimento anche su una sola presunzione semplice [cfr. *ex plurimis* Cass. 18 gennaio 2000, n. 491; Cass. 4 maggio 1999, n. 4406; Cass. 2 febbraio 1999, n. 914. In dottrina, v. in tal senso, V. ANDRIOLI (7), 772; A. PROTO PISANI (214), 440; B. CAVALLONE (72), 375 s.; G. RUFFINI (235), 1339 s.] e che, affinché il giudice possa desumere dal fatto noto il fatto ignoto, non occorre che quest'ultimo costituisca l'unica conseguenza possibile del fatto noto, essendo sufficiente che rappresenti una conseguenza «ragionevolmente probabile» [così, da ultimo, Cass. 20 giugno 2006, n. 14115; Cass. 23 gennaio 2006, n. 1214; Cass. 25 ottobre 2005, n. 20671; Cass. 19 luglio 2005, n. 15213; Cass. 20 febbraio 2003, n. 2582, in *Giur. it.*, 2003, 2251].

Anche quanto alla confessione giudiziale (art. 2733 c.c.) e a quella stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta (art. 2735 c.c.) viene codificata la regola secondo cui esse formano «piena prova contro colui che l'ha fatte» (art. 2733, comma 2°, c.c., richiamato dall'art. 2735, comma 1°, c.c.), qualificando come eccezione che permette il «libero apprezzamento del giudice» la confessione giudiziale resa da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari (art. 2733 comma 3°, c.c.) e quella stragiudiziale fatta a un terzo o contenuta in un testamento (art. 2735, comma 1°, c.c.).

Regime analogo si rinviene, infine, nelle disposizioni che riguardano il giuramento dove, considerando come eccezione il giuramento prestato da alcuni dei litisconsorti, che è «liberamente apprezzato dal giudice» (art. 2738, ultimo comma, c.c.), viene elevato al rango di prova legale il giuramento prestato dalla parte, sia deferito, che riferito (art. 2738 c.c.).

Si deve, quindi, concludere che normalmente il giudice deve valutare le prove uniformandosi alle norme di legge che di ciascuna prova sanciscono l'efficacia probatoria e che resta salva e confinata al rango di mera eccezione

l'ipotesi in cui tale valutazione venga rimessa al suo «libero», o, come recita l'art. 116, comma 1°, c.p.c., «prudente apprezzamento».

In dottrina, comunque, si esclude che tale principio si traduca nella possibilità per il giudice di valutare le prove in maniera del tutto discrezionale ed arbitraria [V. ANDRIOLI (6), 336; F.P. LUISO (167), 74], sostenendosi piuttosto come tale norma, nel richiamare il «prudente apprezzamento» del giudice, vada interpretata come un richiamo all'uso dei canoni di logica e di buon senso [G. BALENA (20), 87] nonché alle massime di esperienza, in quanto criteri generali tratti dall'esperienza che sono presenti in ogni giudizio di fatto [L. MONTESANO (187), 225]. Al riguardo si è tuttavia evidenziato come l'uso di tali massime non sarebbe comunque idoneo ad eliminare del tutto, dalla valutazione del giudice, la componente discrezionale [M. TARUFFO (254), 4; L.P. COMOGLIO (101), 109]. Sotto altro profilo, il principio del libero convincimento si tradurrebbe nella libertà del giudice di scegliere, tra gli elementi di prova sottoposti al suo vaglio, quelli che ritenga più idonei al fine del proprio convincimento [v., da ultima, Cass. 23 marzo 2006, n. 6507, in *Boll. trib. inf.*, 2006, 866] anche se si chiarisce che tale scelta, sindacabile in Cassazione solo in via indiretta, ex art. 360, n. 5, c.p.c. deve essere comunque congrua ed esaustiva [v. *ex plurimis*, Cass. 13 luglio 2004, n. 12912; Cass. 2 aprile 2004, n. 6519].

L'art. 116 c.p.c. stabilisce, poi, al comma secondo, che il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno in sede di interrogatorio libero (art. 117; art. 185, comma 1°, c.p.c.), dal loro ingiustificato rifiuto a consentire all'ispezione (art. 118, comma 2°, c.p.c.), nonché, in generale, dal loro contegno nel processo.

La norma in questione consacra una distinzione, sul piano pratico [v. S. SATTA, C. PUNZI (245), 190], tra fonti che possono sicuramente fondare il convincimento del giudice e fonti che invece consentono a questi di trarre solo elementi per il suo convincimento.

Secondo l'opinione tradizionale della dottrina, strettamente aderente alla lettera dell'art. 116 c.p.c., gli argomenti di prova si differenziano nettamente dalle prove *stricto sensu* intese, in quanto costituiscono solo elementi sussidiari e integrativi che il giudice può utilizzare per valutare le altre prove [V. ANDRIOLI (3), 289; L. MONTESANO (191), 236; C. MANDRIOLI (171), vol. II, 184], ossia la loro intrinseca attendibilità [F.P. LUISO (167), 76], e che pertanto non possono autonomamente sorreggere la sua decisione [G.F. RICCI (232), 1056; E.T. LIEBMAN (160), 306; G. VERDE (279), 119; B. CAVALLONE (72), 378; G. BALENA (20), 89; L.P. COMOGLIO (101), 130].

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che la *differentia specifica* tra prove e argomenti di prova andrebbe individuata in sede di giudizio di «superfluità» delle prove (art. 209 c.p.c.), nel senso che i secondi sarebbero inidonei a legittimare tale giudizio qualora le parti abbiano offerto ulteriori prove con essi in contrasto [S. CHIARLONI (78), 845; A. PROTO PISANI (214), 432]. In altre parole, cioè, il giudice non potrebbe mai negare l'ingresso a tali prove reputando sufficienti per il proprio convincimento soltanto gli argomenti di prova disponibili.

Di recente, si è rilevato come gli argomenti di prova consisterebbero nelle

presunzioni che il giudice fonda sul contegno processuale delle parti, nonché sulle altre attività menzionate nell'art. 116, comma 2°, c.p.c. [G. RUFFINI (235), 1354 ss.]. Secondo questa interpretazione, tale norma, nell'attribuire espressamente al giudice il potere di argomentare, in via presuntiva, la prova della esistenza o inesistenza del fatto da provare da tali accadimenti processuali, consentirebbe di prescindere, per gli argomenti di prova, dal limite dell'impossibilità di *presumere de praesumpto*, operante per le presunzioni [G. RUFFINI (235), 1355 ss.].

Peraltro la giurisprudenza, è orientata in senso decisamente contrapposto rispetto alla posizione dottrinale tradizionale, affermando che il contegno delle parti nel processo può senz'altro costituire l'unica fonte del convincimento del giudice [v., da ultimo, Cass. 8 febbraio 2006, n. 2815; Cass. 4 maggio 2005, n. 9279; Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273; Cass. 27 gennaio 2005, n. 1658].

Va inoltre rilevato che la nozione di contegno processuale comunemente accolta dalla giurisprudenza è notevolmente ampia e ricomprende una gamma di ipotesi tra loro fortemente eterogenee. Senza alcuna pretesa di completezza, può dirsi che in essa si riconducono frequentemente: il sistema difensivo adottato da una parte tramite il proprio difensore [v. *ex plurimis*, Cass. 27 gennaio 2005, n. 1658; Cass. 19 luglio 2002, n. 10568; Cass. 23 febbraio 1998, n. 1940, in *Giur. it.*, 1998, 2256]; la non contestazione di circostanze di fatto allegate dalla parte avversaria [v., da ultimo, Cass. 13 giugno 2006, n. 13685; Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273] e le ammissioni contenute negli scritti difensivi [Cass. 6 giugno 1992, n. 6995; Cass. 11 aprile 1989, n. 1737, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1700]. Per una disamina puntuale e approfondita al riguardo, v. M. MONTANARI (183), 1121 s.

Occorre comunque evidenziare che l'elencazione contenuta nell'art. 116 c.p.c. in ordine alle fonti dalle quali il giudice può trarre argomenti di prova non è esaustiva, essendovi ulteriori ipotesi contemplate dalla legge come idonee a fornire al giudice argomenti di prova per il suo convincimento. Ci si riferisce, seguendo l'ordine del codice, alla mancata comparizione della parte o di un suo procuratore informato dei fatti di causa, all'interrogatorio libero (art. 185, comma 1°, c.p.c.), alle dichiarazioni delle parti riportate nella relazione del consulente tecnico (art. 200, comma 2°, c.p.c.), nonché alle prove raccolte nel processo estinto (art. 310 c.p.c.).

2.3.6. L'esercizio dei poteri d'ufficio del giudice nell'istruzione probatoria.

2.3.6.1. *Cenni introduttivi.* – Il tema dei poteri istruttori esercitabili dal giudice è stato già affrontato quando, illustrando i rapporti tra le parti e il giudice, abbiamo analizzato il principio secondo cui «*iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*», con specifico riguardo ai limiti della sua applicabilità (v. *supra*, vol. I, n. 14.2.3.). Il problema di tali limiti viene posto, in particolare, per: a) la consulenza tecnica; b) l'ispezione nei suoi rapporti con l'esibizione; c) la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione; d) le riproduzioni e gli esperimenti; e) l'interrogatorio libero delle parti; f) l'ammissione d'ufficio della prova testi-